



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

My Becher

Mot en mer effektiv koncentrationskontroll
inom EU
- strukturella förbindelser

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulf Maunsbach

Termin för examen: VT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 BAKGRUND	5
1.2 SYFTE & FRÅGESTÄLLNINGAR	5
1.3 METOD & MATERIAL.....	6
1.4 DEFINITIONER & CENTRALA BEGREPP.....	9
1.5 FORSKNINGSLÄGE.....	9
1.6 DISPOSITION.....	9
2 FÖRETAGSKONCENTRATIONER	11
2.1 BEGREPPET FÖRETAGSKONCENTRATION	12
2.2 SYFTET MED KONTROLL AV FÖRETAGSKONCENTRATIONER	13
2.3 ARTIKEL 101 TFEU	13
2.4 ARTIKEL 102 TFEU	14
2.5 RELATIONEN MELLAN ARTIKEL 101 & 102 TFEU.....	14
2.6 GEMENSKAPSDIMENSIONEN	14
2.7 TRESTEGSORDNINGEN.....	15
2.8 SUBSTANSTESTET.....	16
3 TRE HUVUDTYPER AV KONCENTRATIONER	17
3.1 HORISONTELLA KONCENTRATIONER	17
3.2 VERTIKALA KONCENTRATIONER	18
3.3 KONGLOMERATKONCENTRATIONER	18
4 ICKE KONTROLLERANDE MINORITETSFÖRVÄRV (STRUKTURELLA FÖRBINDELSER) 19	
4.1 EKONOMISKA INTRESSEN & FÖRETAGSRÄTTIGHETER	19
4.2 KONCENTRATIONSFÖRORDNINGEN	20
4.3 ARTIKEL 101 & 102 TFEU	21
4.4 SKADETEORIER	24
4.4.1 <i>Horisontella strukturella förbindelser</i>	24
4.4.1.1 Ensidiga effekter	24
4.4.1.2 Samordnade effekter	26
4.4.2 <i>Icke horisontella strukturella förbindelser</i>	28
4.4.2.1 ”Forward shareholdings”	28
4.4.2.2 ”Backward shareholdings”.....	29
4.4.3 <i>Allmänna reaktioner</i>	31
4.5 REFLEKTIONER.....	31
5 RYANAIR & AER LINGUS	34
5.1 KOMMISSIONENS BESLUT	34
5.2 EU-DOMSTOLEN	36
5.3 BRITTISKT FÖRFARANDE	39
5.4 REFLEKTIONER.....	39
6 KOMMISSIONENS FÖRSLAG	42
6.1 DE AKTUELLA ALTERNATIVEN	43
6.1.1 <i>Anmälningssystem (notification system)</i>	43
6.1.2 <i>Selektivsystem (selective system)</i>	43
6.1.2.1 <i>Självbedömningsystem (self-assessment system)</i>	44

6.1.2.2	Transparensystem (transparency system)	44
6.1.3	<i>Substanstestet</i>	44
6.1.4	<i>Allmänna reaktioner</i>	44
6.2	REFLEKTIONER.....	47
7	UTBLICK	51
7.1	STORBRIANNIEN.....	51
7.2	TYSKLAND	51
7.3	USA.....	52
7.4	REFLEKTIONER.....	53
8	SAMMANFATTANDE REFLEKTIONER & SLUTSATSER	54
8.1	SAMMANFATTANDE REFLEKTIONER.....	54
8.2	SLUTSATSER	55
	BILAGA A	57
	KÄLL- & LITTERATURFÖRTECKNING	60
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	65

Summary

For the Commission to be competent to examine an acquisition, must concern an acquisition of control within the meaning of the Merger Regulation. Therefore the Commission is unable to act upon problematical non-controlling minority shareholdings (also known as structural links). Anticompetitive effects, however, may arise in situations where control has not been acquired. Established economic theory has shown that non-controlling minority shareholdings may lead to horizontal unilateral effects, horizontal coordinated effects or vertical effects.

This dilemma, concerning the lack of the Commission's competence, was evidenced when Ryanair acquired a minority stake in its competitor, Aer Lingus. The anticompetitive acquisition did not qualify as an acquisition of control, and therefore the Commission was unable to deal with the minority stake. Due to this, the Commission has presented a proposal that would make it possible for the Commission to examine problematical cases of structural links by extending the Merger Regulation. The proposal consists of two options: either the notification system or the selective system (self-assessment system or the transparency system).

The purpose of this thesis is to examine and analyze the effectiveness of the EU merger control. This thesis will use research questions to investigate this issue. Therefore, the potential material gap in the EU Merger Regulation will be examined. If there is an existing gap, an extension of the Regulation may be justified. In addition to this analysis, the Commission's proposal will be examined to determine which one of the options would be preferred to achieve effective control without becoming too burdensome for business.

This thesis establishes that there is a material gap in the Merger Regulation because the Commission does not have the competence to act upon problematic structural links. In addition to this finding, this thesis establishes that there is a lack of appropriate legislation that could be used as a tool to handle these problematic cases. Articles 101 and 102 of the TFEU have been suggested as potential legislation, but these articles do not handle the problem in an adequate way. Considering the purpose of the competition law, the anticompetitive effect of the structural links, as well as the lack of additional legislation, it is justified to extend the Merger Regulation.

Lastly, this thesis demonstrates that the self-assessment system is the most appropriate and sufficient system to regulate problematic structural links, both for businesses and for the Commission. The self-assessment system is effective, proportional, and does not go beyond what is necessary to reach the objectives. In conclusion, the self-assessment system guarantees legal certainty, when certain criteria are implemented.

Sammanfattning

För att kommissionen ska vara behörig att granska ett förvärv krävs det att kontroll har förvärvats i enlighet med koncentrationsförordningen. Således är kommissionen oförmögen att agera vid problematiska icke kontrollerande minoritetsförvärv (så kallade strukturella förbindelser). Det är dock inte bara förvärv av kontroll som kan orsaka betydande konkurrensskada. Liknande skada kan förekomma vid minoritetsförvärv. Etablerad ekonomisk teori har visat att strukturella förbindelser kan leda till horisontella ensidiga effekter, horisontella samordnande effekter eller vertikala effekter.

Dilemmat, gällande kommissionens saknade behörighet, uppenbarade sig tydligt efter Ryanairs minoritetsförvärv i konkurrerande Aer Lingus. Det konkurrensbegränsande förvärvet ansågs inte innebära ett förvärv av kontroll och således var kommissionen oförmögen att kräva avyttring. Till följd av det här har kommissionen presenterat ett förslag som skulle möjliggöra för kommissionen att granska strukturella förbindelser genom en utvidgning av koncentrationsförordningen. Förslaget består av två olika system: anmälningssystemet och selektivsystemet (självbedömningssystemet eller transparensystemet).

Syftet med förevarande uppsats är att granska och analysera behovet av en mer effektiv kontroll av företagskoncentrationer inom EU, med utgångspunkt i frågeställningarna. Således utreds det om det finns ett materiellt gap i koncentrationsförordningen och om det här eventuella gapet i så fall rättfärdigar en utvidgning av koncentrationsförordningen. Därtill utreds vilket av kommissionens förslag som är att föredra för att uppnå effektiv kontroll utan att bli en alltför stor börda för affärslivet.

I uppsatsen konstateras att det föreligger ett materiellt gap på grund av att koncentrationsförordningen inte ger behörighet att hantera de problematiska fallen. Därtill saknas det tillräcklig och lämplig kompletterande lagstiftning, som skulle kunna fånga upp de problematiska strukturella förbindelserna. Det är framförallt artiklarna 101 och 102 TFEU som skulle kunna vara aktuella som kompletterande lagstiftning, emellertid behandlar artiklarna inte problematiken på ett fullgott sätt. Med anledning av konkurrensregleringens syfte, de strukturella förbindelsernas negativa konkurrens effekter och bristande kompletterande lagstiftning konstateras det att en utvidgning av koncentrationsförordningen är rättfärdigad.

Det fastställs även att självbedömningssystemet är det system som är mest lämpligt och tillräckligt för att reglera problematiska strukturella förbindelser, både för affärslivet och för kommissionen. Självbedömningssystemet är effektivt, proportionerligt och den minst ingripande regleringen i relation till de andra föreslagna systemen. Slutligen, garanterar systemet rättssäkert, förutsatt vissa angivna kriterier.

Förord

Med den här uppsatsen sätter jag punkt för fem fantastiska år som student i Lund – världens bästa studentstad. Oförglömliga minnen och vänner för livet tar jag med mig härifrån. Tack alla ni som har gjort min studenttid i Lund helt fantastisk.

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Ulf Maunsbach, för alla goda råd och synpunkter under arbetets gång. Tack för din tid och dina kunskaper.

Vidare vill jag tacka min familj för all den kärlek, uppmuntran och stöd som ni alltid ger mig.

Lund, maj 2014.

My Becher

Förkortningar

ABA	American Bar Association
ABI	Association of British Insurers
AmCham	American Chamber of Commerce
DIA	Danish Insurance Association
EU	Europeiska Unionen
HSR	Hart-Scott-Rodino Act
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
KKV	Konkurrensverket
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFT	UK Office of Fair Trading
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union

1 Inledning

1.1 Bakgrund

För att kommissionen ska kunna vidta åtgärder vid en koncentration krävs det att kontroll förvärvas. Det här innebär att kommissionen är oförmögen att agera vid minoritetsförvärv, eftersom en sådan transaktion inte innebär att kontroll förvärvas enligt koncentrationsförordningen. Dilemmat uppenbarade sig tydligt efter Ryanairs minoritetsförvärv i konkurrerande Aer Lingus¹. Det konkurrensbegränsande förvärvet ansågs inte innebära ett förvärv av kontroll, varför kommissionen inte kunde kräva avyttring. Dock konstaterade kommissionen att även om kontroll inte förvärvats kan ett minoritetsförvärv innebära betydande konkurrensskador, både genom ensidiga och samordnade effekter. Kommissionen har av den anledningen presenterat ett förslag som skulle möjliggöra för kommissionen att granska icke kontrollerande minoritetsförvärv (strukturella förbindelser) genom en utvidgning av koncentrationsförordningen.

Kommissionen är just nu aktiv med att ta fram ett vitpaper som ska presenteras någon gång under år 2014. När jag senast var i kontakt med kommissionen (mitten av april) hoppades de på att presentera ett vitpaper innan sommaren 2014, men det finns i skrivande stund inget bestämt datum för när presentationen kommer att ske.

1.2 Syfte & frågeställningar

Syftet med förevarande uppsats är att granska och analysera behovet av en mer effektiv kontroll av företagskoncentrationer inom EU. Kommissionen har presenterat en konsultation med ett förslag för att effektivisera koncentrationskontrollen, vilket kan ses som en indikation på att det föreligger ett behov av effektivisering. I centrum för detta förslag står förvärv av icke kontrollerande minoritetsaktier, så kallade strukturella förbindelser (structural links). Genom konsultationsdokumentet lyfter kommissionen frågan angående om koncentrationsförordningen ska utvidgas till att innefatta ett mandat för kommissionen att granska förvärv av icke kontrollerade aktieandelar. Detta förslag från kommissionen kommer att behandlas ingående och det utgör en viktig del av den analys av behovet av en mer effektiv kontroll av företagskoncentrationer inom EU som utgör uppsatsen huvudsyfte.

För att möjliggöra granskningen kommer även nuvarande rättsläge rörande företagskoncentrationer att presenteras, i syfte att skapa förståelse för den nuvarande regleringen samt för att finna svar på om det finns ett gap i den aktuella koncentrationsförordningen gällande strukturella förbindelser.

¹ Case No COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* och Case T-411/07, *Air Lingus v. Commission*.

Därefter kommer jag, genom att analysera kommissionens förslag, åskådliggöra eventuella problem samt belysa för- och nackdelarna med kommissionens olika föreslagna system.

Frågeställningar som uppsatsen huvudsakligen behandlar:

- 1) Finns det ett materiellt gap i koncentrationsförordningens tillämpningsområde? Om ja, är det här gapet av ett sådant slag att det rättfärdigar en utvidgning av koncentrationsförordningen?
- 2) Kommissionen presenterar två olika system: anmälningssystemet och selektivsystemet (självbedömningssystemet eller transparensystemet), vilket är att föredra för att uppnå effektiv kontroll utan att bli en alltför tung börda för affärslivet?

1.3 Metod & material

För att besvara frågeställningarna har jag utgått ifrån den rättsdogmatiska metoden, vilken har sin utgångspunkt i de befintliga rättskällorna. Avsikten är därmed att fastställa vilka rättsregler som finns (de lege lata) eller bör inrättas av lagstiftaren (de lege ferenda) samt att precisera rättsreglernas innehåll.² Rättdogmatikens huvudsakliga syfte är således att tolka samt systematisera gällande rätt.³ En mer ingående beskrivning av rättsdogmatisk metod kommer jag att avstå från, eftersom det finns flera uppfattningar angående vad som karakteriserar rättsdogmatik, vilket kan skapa viss begreppsförvirring.⁴ Jag har tagit utgångspunkt i rättskällevärdet, vilken rangordnar rättskällorna i en hierarkisk ordning. Den allmänna uppfattningen är att rättskällor vanligen består av: lag, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin.⁵

I rättskällevärdet placeras EU-rätten över nationell rätt, eftersom EU-rätten har företräde framför nationell rätt.⁶ Konkurrensrätten är ett EU-rättsligt harmoniserat område, varför förordningar används som rättskälla. En förordning är allmängiltig, bindande i alla delar samt direkt tillämplig i alla medlemsstater.⁷ EU-rättsliga policydokument, så som en grönbok, kommer även att beaktas, vilka är välkända åtgärdsförslag med vidare omfattning än detaljerade lagstiftningsprodukter. En grönbok kan beaktas som en typ av förarbeten till EU-rättslig lagstiftning, emellertid är den inte lika utfyllande och preciserad i sin karaktär som svenska förarbeten.⁸ Medlemskapet i den Europeiska Unionen har vidgat rättskällevärdet och även medfört att nya rättsprinciper och metod måste tas hänsyn till.⁹

² Lehrberg, 2010, s. 167.

³ Peczenik, 1995, s. 312.

⁴ Sandgren, 2005, s. 649-650 och Sandgren, 2007, s. 53.

⁵ Sandgren, 2007, s. 36-37.

⁶ Lehrberg, 2010, s. 95.

⁷ Artikel 288(2) TFEU.

⁸ Bernitz och Kjellgren, 2010, s. 56.

⁹ EU-rättslig metod, 2011, s. 40-41, 158-159, 236-237.

Under arbetet med uppsatsen kommer jag att försöka bibehålla ett så neutralt perspektiv som möjligt och följaktligen inte företräda någon specifik aktörs åsikter. Jag kommer att utgå ifrån marknadens bästa, då en välfungerande marknad är viktig för välfärden och samhället i stort. Konkurrensrätten är nästan helt EU-rättsligt harmoniserad, varför det faller sig naturligt att utgå från ett EU-rättsligt perspektiv.

Efter att kommissionen publicerade sitt förslag angående strukturella förbindelser var det möjligt för olika aktörer att delge sina synpunkter på kommissionens förslag. Det har varit en öppen process, varför alla som ville var välkomna att skicka in ett ”svar” till kommissionen. Svaren har sedan publicerats av kommissionen, vilket betyder att allmänheten kan ta del av både förslaget samt de inkomna svaren. När jag har tagit del av svaren har jag granskat dem kritisk, med en medvetenhet om att svaren ofta präglas av en tydlig partiskhet. Det går att anta att det finns bakomliggande faktorer till varför vissa organisationer eller företag framhåller en särskild åsikt. För att ta ett exempel kan jag nämna Aer Lingus som framhåller vikten av att minoritetsförvärv ska regleras då företaget anser att det finns ett gap i koncentrationsförordningen, medan Ryanair anser att den befintliga regleringen är tillräcklig. De båda företagen har självfallet utgått ifrån sina egna intressen när de har skrivit sina svar till kommissionen¹⁰.

Svaren har delats in i olika kategorier; offentliga myndigheter, registrerade organisationer, icke registrerade organisationer (flera underrubriker) och enskilda medborgare. Totalt finns närmre 70 svar publicerade och många av svaren är väldigt lika, dock har jag valt att granska 14 svar lite närmre. Urvalen har gjorts utifrån följande överväganden. Vid först gallring plockades alla svar bort som inte var publicerade på engelska (nästan 15 %) och sedan bestämde jag mig för att välja ut ett till tre svar ur varje kategori, med undantag för icke-registrerade organisationer där flera underrubriker valdes ut. Kategorin ”enskilda medborgare” förbisåg jag helt, då de två svar som fanns publicerade inte var särskilt relevanta i relation till övriga svar. Kategorin ”icke registrerade organisationer” hade flera underrubriker, där jag valde att förbise underrubriken ”andra föreningar”. Avgränsningen har gjorts för att granskningen skulle bli hanterbar. I bilaga A finns det en lista över alla aktörer som har skickat in ett svar till kommissionen.

Offentliga myndigheter

- Storbritannien och Tysklands konkurrensmyndigheter valdes ut då de båda reglerar minoritetsförvärv i sina nationella lagstiftningar.
- Den irländska konkurrensmyndigheten har valts ut med anledning av att Irland inte reglerar minoritetsförvärv.

Registrerade organisationer

- Association of British Insurers (ABI) har valts ut då Storbritannien reglerar minoritetsförvärv.

¹⁰ Ryanair, 2013 och Aer Lingus, 2013.

- Danish Insurance Association (DIA) har valts ut då Danmark inte reglerar minoritetsförväv. Därtill tillhör båda organisationerna försäkringsbranschen.

Icke-registrerade organisationer

Advokatbyråer

- Vinge har valts ut då det är det enda svaret från en svensk aktör.
- Baker & McKenzie och Linklaters har valts ut som ytterligare representanter för advokatbyråer, då de är stora inom branschen samt finns representerade i Sverige.

Företag

- Orange och Philips har valts ut då de representerar två olika marknader.
- Aer Lingus och Ryanair har skickat in svar, men med anledning av att jag redogör för deras ståndpunkter genom kommissionens beslut No COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* och rättsfallet T-411/07, *Aer Lingus v. Commission* under kapitlet ”Ryanair/Aer Lingus”, har jag valt att inte se till deras svar.

Företags- och branschorganisationer

- International Chamber of Commerce (ICC) har valts ut då det är en organisation som har ett väletablerat renommé och därtill representerar ett internationellt perspektiv.
- American Chamber of Commerce (AmCham) har valt ut då det länge har funnits en reglering av minoritetsförväv i USA.

Advokatsamfund

- American Bar Association (ABA) och International Bar Association (IBA) har valts ut då de representerar ett internationellt perspektiv samt är väletablerade organisationer. Därtill har den amerikanska organisationen valts ut då en reglering av minoritetsförväv länge har funnits i USA.

Ekonomiska konsultföretag/academia/internationella organisationer

- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) har valts ut då det är en organisation som har ett väletablerat renommé.

Jag kommer att göra en kortare komparativ utblick för att visa att det finns olika sätt att hantera minoritetsförväv. Inom EU är det upp till medlemsstaterna om de vill regelera minoritetsförväv, eftersom minoritetsförväv faller utanför kommissionens behörighet. Både Storbritannien och Tyskland reglerar minoritetsförväv, vilket jag har valt att presentera under mitt utblickskapitel. Därtill har jag valt att presentera USA, som inte är en EU-medlemsstat, men som har reglerat minoritetsförväv under en längre period. Genom den här korta jämförelsen vill jag skapa mig en uppfattning angående vad som utmärker de olika systemen för att bättre kunna granska och analysera kommissionens förslag.

1.4 Definitioner & centrala begrepp

Inom konkurrensrätten talas det ofta om en effektiv konkurrens, vilket innebär att det på marknaden inte finns för få säljare, produkterna som erbjuds inte är alltför differentierade, och där företag inte agerar i samförstånd med varandra eller större hinder föreligger för nyetablering av företag.¹¹ Effektiv kontroll är även ett uttryck som är vanligt förekommande inom konkurrensrätten, men tyvärr saknas en officiell definition. Jag har varit i kontakt med Konkurrensverket i hopp om att de skulle kunna bistå med en definition, men tyvärr har Konkurrensverket valt att inte definiera begreppet. I brist på en officiell definition har jag utgått ifrån min egen definition av effektiv kontroll, vilken innebär att syftet med kontrollen uppnås effektivt utan att bli en alltför stor börda för parterna som utsätts för kontrollen i relation till kontrollens syfte. I min mening är det dock olyckligt att det inte finns en officiell definition för ett sådant centralt begrepp, till skillnad från effektiv konkurrens, för att undvika begreppsförvirring.

Vid brist på passande svenska översättningar kommer jag att använda mig av de engelska begreppen. Vissa av de engelska begreppen är att anse som allmängiltiga, varför förklaringar är överflödiga medan andra begrepp har fått en förklaring för att språkförvirring ska undvikas.

1.5 Forskningsläge

Problematiken i den här uppsatsen är ny, vilket gör att det stundtals har varit svårt att finna information utöver förslaget. Det finns följaktligen ett behov av att belysa och analysera problematiken, eftersom en fullskalig studie saknas. Det finns dock en del artiklar skrivna om minoritetsförvärv, framförallt i relation till olika skadeteorier. Två artiklar¹², skrivna av O'Brien och Salop, har varit mer centrala för kommissionen än andra artiklar när det gäller kommissionens tidigare arbete med att ta fram konsultationen.

1.6 Disposition

Uppsatsen är disponerad i åtta kapitel. Inledningsvis finns ett deskriptivt avsnitt gällande företagskoncentrationer som ska ge läsaren en presentation av den nuvarande regleringen (kapitel 2-3). Därefter övergår arbetet till kommissionens konsultation, där strukturella förbindelser förtydligas samt skadeteorierna presenteras (kapitel 4). *Ryanair/Aer Lingus*-fallet presenteras ingående under ett eget kapitel då det var startskottet till debatten (kapitel 5). Sedan presenteras kommissionens aktuella förslag, där bland annat de olika föreslagna systemen presenteras (kapitel 6). Därefter följer ett kortare komparativt utblickskapitel (kapitel 7). Varje kapitel avslutas med mina

¹¹ Konkurrensverket, http://www.kkv.se/t/page_680.aspx#e, 2014-04-02, kl. 13.00.

¹² O'Brien och Salop, 2000 och O'Brien och Salop, 2001.

personliga reflektioner, med undantag för det deskriptiva avsnittet. Uppsatsen avslutas (kapitel 8) med mina sammanfattande reflektioner samt slutsatserna.

2 Företagskoncentrationer

Konkurrensrätten existerar för att skydda ett väsentligt samhällsintresse och är en fullständig offentligrättslig reglering. Konkurrensverket (KKV) har till uppgift att värna om den effektiva konkurrensen, eftersom en svag konkurrens är skadlig för den samhällsekonomiska effektiviteten.¹³ Förutom samhällssekonomi så värnar även konkurrenslagen¹⁴ om konsumenterna och konkurrerande företag.¹⁵ De politiska och ekonomiska målen bakom konkurrensregleringen är tydliga. Regleringen ska bland annat underlätta och främja gränsöverskridande handel samt integrera den inre marknaden, vilket uppmuntrar företag att investera och/eller utvidga sina verksamheter i andra medlemsstater. Det här leder i sin tur till att konsumenterna får ett större utbud av varor och tjänster. Genom integration vill EU öka rörligheten av arbetskraft samt öka företags samarbete inom EU. Det är fundamentalt inom EU att framhålla den fria rörligheten samt upprätthålla en fungerande inre marknad, varför det finns reglering kring detta.¹⁶

Konkurrensrätten är centrerad till en kontroll av tre viktiga områden, varav företagskoncentrationer är ett sådant viktigt område¹⁷. Om KKV finner att ett företagsförvärv påtagligt hämmar förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens ska företagskoncentrationen förbjudas. Särskilt hänsyn ska tas till om koncentrationen medför att en dominerande ställning förstärks eller skapas.¹⁸ Den svenska regleringen återfinns i konkurrenslagen och är baserad på den EU-rättsliga koncentrationsförordningen (EG) nr 139/2004. Koncentrationstillkännagivandet (EG) nr 2008/C95/01 har även varit viktigt för utarbetandet av kapitlet om företagsförvärv i den svenska konkurrenslagen. I konkurrenstillkännagivandet återfinns domar från EU-domstolen, men då i ett strukturerat och uttolkat format.¹⁹

De flesta företagskoncentrationerna är inte hämmande för konkurrensen, men ibland uppstår situationer som innebär att den förändrade marknadsstrukturen kan bli ett potentiellt hot mot den effektiva konkurrensen och därmed den samhällsekonomiska effektiviteten.²⁰

¹³ Sevenius, 2011, s. 439.

¹⁴ Konkurrenslag (2008:579).

¹⁵ Prop. 2007/08:135, s. 67.

¹⁶ Gustafsson och Westin, 2010, s. 20-21.

¹⁷ De övriga två är konkurrensbegränsande samarbeten och missbruk av dominerande ställning.

¹⁸ 4:1 konkurrenslagen.

¹⁹ Sevenius, 2011, s. 440.

²⁰ Whish och Bailey, 2012, p. 818.

2.1 Begreppet företagskoncentration

Inom konkurrensrätten talar man om begreppet ”företagskoncentration”²¹. I europeisk och svensk rätt har begreppet företagskoncentration överensstämmande formulering.²² Det var av mycket stort intresse att de nationella reglerna utformades i enlighet med de EU-rättsliga, varpå begreppet företagskoncentration i den svenska lagstiftningen kom att motsvara det EU-rättsliga.²³ Begreppet koncentration innefattar endast transaktioner som orsakar en varaktig förändring av kontroll och därmed marknadsstrukturen.²⁴ Transaktioner som endast innebär en tillfällig förändring av kontrollen faller av den anledningen utanför koncentrationsförordningen. Om det föreligger en koncentration avgörs av kvalitativa, snarare än kvantitativa kriterier, då kriterierna i artikel 3 grundas på begreppet kontroll. Enligt koncentrationsförordningen föreligger två typer av koncentrationer:

- Tidigare självständiga företag slås samman (3.1 a)
- Förvärv av kontroll (3.1 b)²⁵

Artikel 3.1 a koncentrationsförordningen beskriver ett scenario där två eller flera självständiga företag slås samman, bildar nytt företag och därmed upphör att existera som självständiga juridiska personer för att en koncentration ska uppstå. Om ett företag går upp i ett annat företag och på så vis förlorar sin ställning som juridisk person anses också en koncentration föreligga. En koncentration föreligger likaså, enligt artikel 3.1 a, om en ekonomisk enhet har bildats med anledning av en sammanslagning av tidigare självständiga företags verksamheter, även om en koncentration i rättslig mening inte existerar.²⁶

Koncentration uppstår vid ett förvärv av kontroll enligt artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen. Ett enskilt företag eller flera företag som agerar tillsammans kan förvärva sådan kontroll. Även en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag kan förvärva kontroll (ensam eller gemensam kontroll). I det här sammanhanget innefattas offentligrättsliga juridiska personer, privaträttsliga juridiska personer och fysiska personer i begreppet person. Fysiska personers måste därtill bedriva ytterligare ekonomisk verksamhet eller ha kontroll över minst ett annat företag för att förvärv av kontroll ska anses medföra en varaktig förändring.²⁷ Det räcker att koncentrationen har en möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på företaget för att kontroll ska uppstå. Det finns inget krav att det avgörande inflytandet faktiskt används eller kommer att användas, dock ska det finnas

²¹ Sevenius, 2011, s. 33.

²² Bernitz, 2011, s. 189 samt Gustafsson och Westin, 2010, s. 205.

²³ Prop. 2007/08:135, s. 185 och 265 samt prop. 1998/99:144 s. 43.

²⁴ Förordning 139/2004/EG, ingress, p. 20.

²⁵ 2008/C 95/01, p. 7-8 och p. 12.

²⁶ 2008/C 95/01, p. 9-10 och för exempel se Case No COMP/M.1806

AstraZeneca/Novartis, Case No COMP/M.2208 *Chevron/Texaco* och Case No IV/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers&Lybrand*.

²⁷ 2008/C 95/01, p. 11-12.

en verklig möjlighet till utövandet. Det avgörande inflytandet kan uppstå genom avtal, rättigheter eller andra medel och kan uppstå på rättslig eller faktisk grund.²⁸

2.2 Syftet med kontroll av företagskoncentrationer

Koncentrationsförordningen uppmärksammar företagskoncentrationernas ooundviklighet och önskvärdhet inom EU.²⁹ I takt med att de inre gränserna avvecklas kommer strukturförändringar, så som koncentrationer, fortsätta att bli allt vanligare. Enligt koncentrationsförordningen måste dessa strukturförändringar välkomnas, förutsatt att de tillgodoser kraven på en effektiv konkurrens samt kan öka den europeiska industrins konkurrenskraft. För att undvika att koncentrationerna i framtiden kan komma att skada konkurrensen måste vissa åtgärder vidtas för att säkerställa den effektiva konkurrensen och därför har EU valt att reglera området.³⁰

Syftet med en kontroll av företagskoncentrationer är att möjliggöra för konkurrensmyndigheter att reglera marknadsstrukturer genom en bestämmanderätt över om två eller fler företag ska få förenas till ett företag. En företagskoncentration kan generera ett allvarligt hot mot den effektiva konkurrensen, varför en reglering är önskvärd. Särskilt skadligt är det om en koncentrations position på marknaden ökar alltför mycket, vilket möjliggör en prisökning för produkterna på den relevanta marknaden. Emellertid möjliggör koncentrationer även effektivitetsvinster, vilket kan vara positivt för företagen. Koncentrationen kan till exempel öka effektiviteten av både tillverkning och distribution samt sammanföra forsknings- och utvecklingskompetens. Konkurrensmyndigheterna har till uppgift att identifiera och förbjuda den typen av koncentrationer, som innebär en sådan negativ inverkan på konkurrensen att eventuella fördelarna inte kan anses överväga.³¹

2.3 Artikel 101 TFEU

Artikel 101 TFEU berör huvudsakligen avtal mellan självständiga företag och således kan artikeln anses vara mindre lämplig för kontroll av koncentrationer. Om artikeln skulle ha tillämpats vid företagskoncentrationer hade den varit tvungen att hantera många olika typer av koncentrationer som artikeln ursprungligen inte var skapad för att hantera, till exempel fientliga övertaganden (hostile take-overs). Det kan dock finnas en möjlighet att använda artikel 101 TFEU när direkt eller

²⁸ 2008/C 95/01, p. 16.

²⁹ Craig och De Búrca, 2011, s. 1048.

³⁰ Förordning 139/2004/EG, ingress, p. 3-5.

³¹ Jones och Sufrin, 2011, s. 855 och 856.

indirekt kontroll inte har förvärvats, varpå koncentrationsförordningen inte är tillämplig.³²

2.4 Artikel 102 TFEU

Genom artikel 102 TFEU är det möjligt att ingripa mot missbruk av dominerande ställning, varför det kan tyckas finnas två parallella regelverk. Det finns dock en viktig skillnad mellan artikel 102 TFEU och koncentrationsförordningen. Koncentrationsförordningen är en kontroll i förväg (ex ante), för att förhindra uppkomsten av en alltför stark marknadskoncentration. Artikel 102 TFEU är däremot en kontroll som genomförs efter det att missbruket av marknadsakt har uppenbarats sig (ex post).³³ Artikel 102 TFEU innebär således vissa begränsningar med anledningen av att det förvärvande företaget måste ha en dominerande ställning, som missbrukas innan artikeln kan tillämpas.³⁴ Uppkomsten av en dominerande ställning regleras inte av artikel 102 TFEU, utan endast missbruket av en sådan ställning.³⁵

Det kan även tilläggas att koncentrationsförordningen har ett vidare syfte, eftersom den förutom att förhindra framtida missbruk även ska upprätthålla konkurrenskraftiga marknadsstrukturer för att skapa bättre förutsättningar för konsumenterna. Därtill är processer i anslutning till artikel 102 TFEU långdragna, komplexa och besvärliga, vilket gör koncentrationsförordningen mer effektiv.³⁶

2.5 Relationen mellan artikel 101 & 102 TFEU

Artikel 102 TFEU tar sikte på ensidiga förfarandet medan artikel 101 TFEU rör konkurrensbegränsande samarbeten. För att ett dominerande företags agerande ska anses olagligt under artikel 102 TFEU måste det företaget ha missbrukat sin dominerande ställning. De båda artiklarna exkluderar dock inte varandra då ingåendet av ett avtal kan begränsa konkurrensen enligt artikel 101 TFEU samtidigt som ett företag kan missbruka sin dominerande ställning genom att ingå avtalet.³⁷

2.6 Gemenskapsdimensionen

När det gäller företagskoncentrationer saknas formella krav på överensstämmelse mellan nationell rätt och EU-rätt. Förordningen baseras på principen om "one-stop-shop" (principen om endast en spärr), vilket innebär att om en gemenskapsdimension föreligger ska koncentrationen prövas i enlighet med koncentrationsförordningen. Om en

³² Jones och Sufrin, 2014, s. 1136.

³³ Bernitz, 2011, s. 185-186.

³⁴ Jones och Sufrin, 2011, s. 862.

³⁵ Case T-102/96, *Gencor Ltd v. Commission*, p. 155 och Jones och Sufrin, 2011, s. 862.

³⁶ Whish och Bailey, 2012, p. 817.

³⁷ Gölstam, 2013, s. 130.

gemenskapsdimension inte föreligger är det upp till medlemsstaterna om de vill pröva en sådan koncentration, eftersom det ligger utanför förordningens kompetens.³⁸ Om en koncentration däremot uppfyller tröskelvärdena samt övriga kriterierna i förordningen måste företagskoncentrationen anmälas till kommissionen för granskning.³⁹ Det har ansetts olämpligt samt alltför betungande för företag att behöva anmäla samma koncentration i flera medlemsstater, varför införandet av den här ordningen ansågs viktig och därmed allmänt accepterad.⁴⁰ Koncentrationsförordningen har exklusiv tillämpning, varför nationella konkurrenslagstiftningar inte får tillämpas på koncentrationer med gemenskapsdimension. Således är det endast kommissionen och EU:s domstolar som har rätt att tillämpa förordningen.⁴¹

Det finns villkor som måste vara uppfyllda för att en koncentration ska anses ha en gemenskapsdimension. Koncentrationen måste vara en koncentration i enlighet med artikel 3 i koncentrationsförordningen och därtill ska koncentrationen uppnå relevanta tröskelvärden för omsättning. I artikel 1 koncentrationsförordningen identifieras omsättningar som påverkar gemenskapen och därmed kan anses ha en gemenskapsdimension.⁴²

2.7 Trestegsordningen

En koncentration ska anmälas till Konkurrensverket om koncentrationen ligger under de europeiska tröskelvärdena samt över de svenska tröskelvärdena. Det här innebär att det finns en så kallade trestegsordning.

- Mycket stora företagskoncentrationer måste anmälas till samt prövas av kommissionen i enlighet med koncentrationsförordningen. Enligt huvudregeln för de europeiska tröskelvärdena ska en koncentration anmälas om den totala omsättningen för samtliga aktuella företag i hela världen överstiger fem miljoner euro, eller om den totala omsättningen inom EU, för minst två av de aktuella företagen, överstiger 250 miljoner euro.⁴³
- Mellanstora företagskoncentrationer ska anmälas till och prövas av Konkurrensverket enligt konkurrenslagen. Enligt huvudregeln för konkurrenslagens tröskelvärden ska en koncentration anmälas om den sammanlagda omsättningen för samtliga aktuella företag i Sverige överstiger en miljard kronor, eller om den sammanlagda omsättningen, för minst två av de aktuella företagen i Sverige, överstiger 200 miljoner kronor för vart och ett av företagen.⁴⁴
- Mindre företagskoncentrationer faller utanför konkurrensrättens system för koncentrationskontroll enligt huvudregeln.⁴⁵

³⁸ Prop. 2007/08:135, s. 69-70.

³⁹ Gustafsson och Westin, 2010, s 223-225 samt Bernitz, 2011, s. 187-188.

⁴⁰ Bernitz, 2011, s. 187-188.

⁴¹ Prop. 2007/08:135, s. 70.

⁴² 2008/C 95/01, p. 124.

⁴³ Bernitz, 2011, s. 188 samt Gustafsson och Westin, 2010, s. 223-224.

⁴⁴ Bernitz, 2011, s. 188 samt 4:6 konkurrenslagen.

⁴⁵ Bernitz, 2011, s. 188.

2.8 Substanstestet

För att bestämma om en företagskoncentration ska modifieras eller förbjudas används substanstestet (SIEC-testet). Om en koncentration visar sig påtagligt hämma den effektiva konkurrensen (significantly impede effective competition) ska kommissionen förklara koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden, särskilt om den förstärker eller skapar en dominant ställning.⁴⁶

Det är upp till kommissionen att visa att en koncentration är förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden. För att kunna fastställa att en koncentration påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen måste det visas att ett orsakssamband föreligger mellan den aktuella koncentrationen och de eventuella konkurrensskadorna.⁴⁷ Vid bedömningen ser kommissionen, alternativt Konkurrensverket, till koncentrationens inverkan om koncentrationen skulle godkännas i jämförelse med om den inte skulle godkännas. Vanligen ses det till konkurrensförhållandena som gäller vid tidpunkten för koncentrationen, men vissa framtida förändringar kan beaktas om de är rimligt förutsebara. För att bestämma vad som är ett relevant jämförelseobjekt kan kommissionen eller Konkurrensverket bland annat ta hänsyn till om det är sannolikt att företag inträder eller lämnar marknaden om den aktuella koncentrationen inte genomförs.⁴⁸ Den faktiska minskningen av konkurrenstrycket är det avgörande och därmed inte koncentrationsökningen i sig. Kommissionen, alternativt Konkurrensverket, måste se till marknadens struktur och omfattning. Därtill får intensiteten av den kvarstående konkurrensen på marknaden en betydelse. Koncentrationen ska endast förbjudas om den visar sig påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens. Vid fastställandet görs vanligen en helhetsbedömning.⁴⁹

⁴⁶ Whish och Bailey, 2012, p. 822-823 och 862-863 samt Gustafsson och Westin, 2010, s. 227-228.

⁴⁷ Jones och Sufrin, 2014, s. 1184-1185.

⁴⁸ Riktlinjer 2004/C 31/03, p. 9.

⁴⁹ Bernitz, 2011, s. 194.

3 Tre huvudtyper av koncentrationer

Det finns tre olika kategorier av företagskoncentrationer: horisontella, vertikala och konglomerat (branschblandade). Den vanligaste typen av koncentrationer där hot mot den effektiva konkurrensen kan uppstå är de horisontella, vilka även är de potentiellt mest skadliga. Vid icke-horisontella koncentrationerna (vertikala och konglomerat) är det mindre sannolikt att konkurrensproblem uppstår.⁵⁰

3.1 Horisontella koncentrationer

En horisontell koncentration är en koncentration mellan företag som är verksamma inom samma distributions- eller produktionsled och på samma eller närliggande marknader.⁵¹ Den här typen av koncentrationer kan påtagligt hämma den effektiva konkurrensen genom att skapa eller förstärka en dominerande ställning. Det finns två situationer när horisontella koncentrationer kan vara särskilt hämmande för konkurrensen och det är vid så kallade icke-samordnade effekter och samordnade effekter.⁵²

Icke-samordnade effekter (eller unilaterala effekter) innefattar situationer där ett väsentligt konkurrensstryck som en eller flera säljare utsatts för elimineras. Konkurrensen mellan de samgående företagen upphör således att existera, vilket är den mest direkta effekten av koncentrationen. Genom ett ökat marknadsinflytande möjliggör det för koncentrationen att öka priser utan att riskera att förlora försäljning, vilket tidigare skulle ha inträffat.⁵³

Samordnade effekter syftar till en ändring i konkurrensens karaktär som innebär att företag som tidigare inte samordnade sitt beteende nu med stor sannolikhet kommer att samordna och öka sina priser eller agera på något annat sätt som påtagligt hämmar konkurrensen. Om det på en koncentrerad marknad uppkommer en koncentration kan den påtagligt hämma den effektiva konkurrensen, särskilt genom att skapa eller förstärka en kollektivt dominerande ställning. Även för företag som bedrev samordning redan innan koncentrationen kan en koncentration göra deras samordnade lättare, stabilare eller effektivare.⁵⁴

⁵⁰ *ICN Merger Guidelines Workbook*, 2006, s.10 och Craig och De Búrca, 2011, s. 1047.

⁵¹ Bernitz, 2011, s. 188.

⁵² Riktlinjer 2004/C 31/03, p. 22.

⁵³ Riktlinjer 2004/C 31/03, p. 24.

⁵⁴ Riktlinjer 2004/C 31/03, p. 22 och 39.

3.2 Vertikala koncentrationer

Vertikala koncentrationer äger rum mellan företag i olika distributions- eller produktionsled. Motivet bakom en vertikal koncentration är vanligen att säkra tillgången till råvara. Det finns en risk för att vertikala koncentrationer hämmar den effektiva konkurrensen då koncentrationen kan avskärma markanden eller en tillgångskälla för tredjepart. Effekterna av en sådan avskärmning blir väldigt påtaglig om det endast finns en eller ett fåtal leverantörer av viktiga komponenter. En vertikal koncentration kan även orsaka en prisökning samt underlätta för samverkan mellan företag som är verksamma på marknaden.⁵⁵

3.3 Konglomeratkoncentrationer

Koncentrationer av företag som har ett ömsesidigt förhållande, som varken är horisontellt eller vertikalt, anses vara av konglomerattyp. Vanligen rör det koncentrationer där företagen är verksamma på närliggande marknader. I de flesta fall orsakar inte konglomeratkoncentrationer några konkurrensproblem, men i vissa särskilda fall kan de vara skadliga.⁵⁶ Koncentrationen kan utnyttja sitt marknadsinflytande över en marknad för att avskärma konkurrensen på en närliggande eller angränsande marknad till exempel genom kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudanden. Den här typen av avskärmning kan orsaka att faktisk eller potentiell konkurrens försämras.⁵⁷

Minoritetsförvärv kan förekomma under liknande konstellationer, vilket presenteras närmre längre fram.

⁵⁵ Jones och Sufrin, 2011, s. 858.

⁵⁶ Riktlinjer 2004/C 31/03, p. 91 och 92.

⁵⁷ Jones och Sufrin, 2011, s. 859.

4 Icke kontrollerande minoritetsförvärv (strukturella förbindelser)

Minoritetsförvärv är ett begrepp som innefattar situationer när aktieägaren har mindre än 50 % av rösterna i målföretaget (target firm). Vanligen anses begreppet ange äganderätten av aktier eller säkerheter i ett företag. Dock anges inte om ett minoritetsförvärv innebär kontroll eller annan typ av påverkan av målföretaget. Generellt innebär ett minoritetsförvärv inte att ägaren utövar kontroll över det förvärvade företaget. Det finns dock situationer när ett minoritetsförvärv kan leda till viss kontroll, antingen ensamt eller gemensamt med andra minoritetsförvärv.⁵⁸ Någon entydig definition av ett minoritetsförvärv verkar inte förekomma. I förslaget koncentrerar sig kommissionen på den mest allmänt förekommande definitionen av minoritetsförvärv.⁵⁹

Minoritetsaktieförvärv är ett utspritt fenomen, även bland konkurrerande företag. Företag investerar i minoritetsandelar hos andra företag av olika anledningar. Aktieförvärv kan vara ett medel för att få tillgång till speciella tillgångar så som ny teknik eller ytterligare ekonomiska resurser. Syftet kan även vara att etablera och förstärka företagsrelationer, underlätta tillträde till nya marknader, etcetera.⁶⁰

4.1 Ekonomiska intressen & företagsrättigheter

När ett företag helt förvärvar ett annat företag erhålls vanligen både kontroll samt ekonomisk rättigheter. Det är viktigt att kunna särskilja mellan ekonomiska intressen och företagskontroll när det gäller minoritetsförvärv.⁶¹ Företagskontroll handlar om det förvärvande företags förmåga att kontrollera eller påverka målföretagets beslutsfattande, däribland prissättning, produktval samt försäljning av företags tillgångar. Medan de ekonomiska intressena handlar om det förvärvande företags rätt till en andel av vinsten i målföretaget. De två olika faktorerna har nämligen särskilda och distinkta effekter på konkurrenskraften mellan företagen. Företagskontroll påverkar konkurrenskraften hos målföretaget medan ekonomiskt intresse påverkar konkurrenskraften hos det förvärvande företaget.⁶² Vanligen innebär stort ekonomiskt intresse även stort företagsinflytande, emellertid kan det förekomma situationer när nivåerna

⁵⁸ OECD, 2008, s. 20.

⁵⁹ Staff Working Document, Annex I, s. 6.

⁶⁰ OECD, 2008, s. 22.

⁶¹ Staff Working Document, Annex I, s. 7.

⁶² O'Brien och Salop, 2000, s.568.

av ekonomiskt intresse och företaginflytande skiljer sig avsevärt. Ett ekonomiskt intresse är ofta relativt enkelt att kvantifiera. Däremot kan det vara svårt att bedöma företagsinflytandet i praktiken, eftersom ett relativt litet förvärv kan leda till ett betydande inflytande.⁶³

Ett minoritetsförvärv behöver inte innebära något inflytande över målföretagets agerande om förvärvet inte medför några speciella företagsrättigheter. En sådan situation kan vara när förvärvet endast består av icke röstberättigade aktier. Ett passivt minoritetsförvärv som saknar kontroll över målföretagets beslutfattande kan dock få negativa konkurrens effekter.⁶⁴ Det kan vara möjligt för ett minoritetsförvärv att påverka beslutsfattandet i målföretaget utan att vara helt i kontroll. Beslutsfattaren måste nämligen beakta att vissa av företagets aktieinnehavare har ekonomiska intressen i konkurrerande företag. Det är svårt att förutse exakt utfall då det inte finns någon utarbetad metod för att ta hänsyn till dessa många och potentiella intressekonflikter.⁶⁵

4.2 Koncentrationsförordningen

Koncentrationsförordningen tillämpas på situationer som innebär en varaktig förändring av kontroll.⁶⁶ Endast minoritetsförvärv som innebär en varaktig kontroll eller ett avgörande inflytande utsätts således för koncentrationsförordningens anmälningsplikt. Kommissionen kan dock komma att beakta befintliga icke kontrollerande minoritetandelar vid bedömning av kontroll vid en koncentration. Därtill är det möjligt att granska minoritetsförvärv under artiklarna 101 och 102 TFEU. Om ett minoritetsförvärv innebär ett avgörande inflytande bestäms av olika sakförhållanden och i slutändan görs en avvägning. Olika företeelser får betydelse så som bolagsstyrningen i det aktuella landet där företaget är hemmahörande, rättigheter anslutna till minoritetsandelarna, storleken på övriga aktieinnehavare. Icke kontrollerande minoritetsförvärv kan innebära inflytande, men det behöver inte innebära kontroll per se.⁶⁷ Kommissionen saknar behörighet att granska minoritetsförvärv genom koncentrationsförordningen, vilket har bekräftats av EU-domstolen.⁶⁸

⁶³ Staff Working Document, Annex I, s. 7.

⁶⁴ Staff Working Document, Annex I, s. 8.

⁶⁵ O'Brien och Salop, 2000, s.579-580.

⁶⁶ Koncentrationsförordningen, art 3(1) och 3(2).

⁶⁷ Levy, 2013, s. 723-724.

⁶⁸ Case T-411/07, *Air Lingus v. Commission*, p. 65-66.

4.3 Artikel 101 & 102 TFEU

I *Philip Morris*-fallet bekräftades det att kommissionen har behörighet att granska icke kontrollerande minoritetsförvärv (strukturella förbindelser) under artiklarna 101 och 102 TFEU.⁶⁹

Företag kan agera i strid med artikel 101 TFEU efter att ett avtal har uppkommit mellan företag på grund av strukturella förbindelser. De här strukturella förbindelserna kan fungera som ett instrument för att påverka det kommersiella agerandet hos målföretaget genom att begränsa eller förvränga konkurrensen på marknaden där företagen är aktiva.⁷⁰ Domstolen fastställer i *Philip Morris*-fallet att sådana strukturella förbindelser kan påverka viljan hos förvärvaren att konkurrera med målföretaget.⁷¹ Artikel 102 TFEU kan även kränkas om de strukturella förbindelserna utgör ett missbruk av en dominant ställning, förutsatt att förvärvet leder till effektiv kontroll över det andra företaget eller inflytande över företagets policy.⁷²

Efter *Philip Morris*-fallet har Kommissionen granskat flera strukturella förbindelser genom att tillämpa artikel 101 och 102 TFEU.⁷³ Det finns en uppfattning om att det förligger en klar och tydlig praxis när det gäller tillämpningen av artiklarna 101 och 102 TFEU på strukturella förbindelser.⁷⁴ Sedan finns det andra som menar att en snäv tolkning av *Philip Morris*-fallet innebär att endast ett begränsat antal situationer kan fångas upp av artikel 101 TFEU. Ezrachi och Gilo menar att sättet som artikel 101 TFEU är skriven på samt EU-domstolens och kommissionens tolkning av artikeln innebär svårigheter att tillämpa artikeln på situationer som inte leder till klara samordnade effekter, vilket innebär att ensidiga effekter faller utanför tillämpningsområdet. Den här tolkningen skulle betyda att artikel 101 TFEU endast kan tillämpas på situationer då ett minoritetsförvärv leder till samordning eller förvärv av kontroll. I *Philip Morris*-fallet tog domstolen aldrig upp de passiva investeringarnas eventuella ensidiga effekter och därtill presenterar domstolen en vag definition av aktieförvärv som kan "serve as an instrument for influencing the commercial conduct of the companies in question so as to restrict or distort competition on the market"⁷⁵. Ezrachi och Gilo anser således att en mer utvidgad tolkning av *Philip Morris* inte står i relation till EU-

⁶⁹ Joined Cases 142 and 156/84, *British-American Tobacco e.a. v. Commission* "Philip Morris".

⁷⁰ Joined Cases 142 and 156/84, *British-American Tobacco e.a. v. Commission* "Philip Morris", para. 37-38.

⁷¹ Joined Cases 142 and 156/84, *British-American Tobacco e.a. v. Commission* "Philip Morris", para. 50-51.

⁷² Joined Cases 142 and 156/84, *British-American Tobacco e.a. v. Commission* "Philip Morris", para. 65.

⁷³ Exempelvis: Case No IV/34.857 *BT/MCI* och Case No IV/34.410 *Olivetti/Digital*.

⁷⁴ Levy, 2013, s. 726.

⁷⁵ Joined Cases 142 and 156/84, *British-American Tobacco e.a. v. Commission* "Philip Morris", para. 37.

domstolens avsikter samt att kommissionens ställningstagande i *BT/MCI-fallet*⁷⁶ stödjer den snäva tolkningen av *Philip Morris-fallet*.⁷⁷

Kommissionen har inte granskat strukturella förbindelser under de nyss nämna artiklarna på väldigt länge. Levy framhåller att det här beror på att strukturella förbindelser inte är ett särskilt stort problem eller att kommissionen har valt att prioritera annat, varför Levy tillhör dem som anser att artiklarna är tillräckliga för att kontrollera skadliga strukturella förbindelser. Levy anser att oavsett anledning till kommissionens frånvaro gällande granskning av strukturella förbindelser bör den här frågan ifrågasätta kommissionens reella behov av en ändring av koncentrationsförordningen. Kommissionen bör istället tillämpa artiklarna som finns tillgängliga innan de föreslår en utvidgning av förordningen.⁷⁸

Kommissionen anser dock att det finns ett gap i koncentrationsförordningens tillämpningsområde, eftersom möjligheten att ingripa via artikel 101 eller 102 TFEU är begränsad samt att alla typer av konkurrensbegränsade strukturella förbindelser inte innefattas. Det är oklart när strukturella förbindelser utgör ett avtal som har till syfte eller effekt att begränsa konkurrensen i enlighet med artikel 101 TFEU. För att tillämpa artikel 102 TFEU krävs det att företaget redan var dominant innan förvärvet, vilket innebär att artikel endast blir aktuell i mycket begränsad omfattning. Kommissionen anser det nödvändigt med en utvidgning av deras verktyg för att kunna ingripa vid problematiska strukturella förbindelser.⁷⁹ Kommissionen har därmed ändrat uppfattning sedan sitt grönpapper 2001 där kommissionen angav att det endast var ett begränsat antal strukturella förbindelser som inte fångades upp av artiklarna 101 och 102 TFEU, varför det skulle vara oproportionerligt att utsätta alla strukturella förbindelser för en ex ante-kontroll.⁸⁰ Kommissionen vidhåller dock fortfarande att problemet med strukturella förbindelser är begränsat.⁸¹

OECD konstaterar att det kan finnas ett gap i tillämpningsområdet. Beroende på den nationella lagstiftningen kan det förekomma strukturella förbindelser med konkurrenshämmade effekter, vilka kan undgå granskning.⁸²

Av de svar som har kommit in till kommissionen anser flera av aktörerna att artiklarna 101 och 102 TFEU är tillräckliga för att reglera minoritetsförvärv.⁸³ AmCham anser att problematiken kring strukturella förbindelser behandlas på ett lämpligt och tillräckligt sätt genom artikel 101 TFEU, varför det skulle vara olämpligt att utvidga den nuvarande koncentrationsförordningen. Informationsutbytet, som kommissionen bland

⁷⁶ Case No IV/34.857 *BT/MCI*, para. 44.

⁷⁷ Ezrachi och Gilo, 2006, s. 340-341.

⁷⁸ Levy, 2013, s. 726.

⁷⁹ Staff Working Document, s. 6.

⁸⁰ Green Paper, No 4964/89, 2001, s. 27.

⁸¹ Staff Working Document, s. 6.

⁸² OECD, 2013, s. 46.

⁸³ ICC, AmCham, IBA, ABA, Baker & McKenzie, Linklaters, Vinge, Orange, 2013.

annat har varit bekymrad över, anser AmCham inte vara något större problem, eftersom artikel 101 TFEU kan appliceras på den typen av informationsutbyte.⁸⁴ Kommissionen presenterar dock en situation som visar på ett gap i tillämpningsområdet för artikel 101 TFEU. Det anses oklart under vilka omständigheter en strukturell förbindelse kan utgöra ett avtal som faller in under artikel 101 TFEU, särskilt när den strukturella förbindelsen har skapats genom en följd av aktieförvärv via börser.⁸⁵ ICC anser dock inte det här vara en övertygande anledning för att införa en reglering. ICC konstaterar att problematiken kring att identifiera ett sådant avtal är väldigt liten och att den lilla grupp av företag som berörs redan erhåller betydande skydd mot olämplig påverkan från minoritetsförvärvare.⁸⁶

Även IBA finner kommissionens analys svag och argumenterar för att de generella konkurrensreglerna förtjänar ytterligare beaktning. IBA konstaterar att den nuvarande regleringen är mer proportionerlig samt specifik för att hantera problemen som uppstår på grund av strukturella förbindelser, varför organisationen rekommenderar att kapaciteten hos den nuvarande regleringen borde utforskas till fullo innan en ny reglering föreslås. Vidare förklarar organisationen att artikel 101 TFEU är en lämplig bestämmelse, eftersom den fångar upp många olika typer av konkurrenshämmande beteenden. Därtill framhåller IBA att enligt EU-domstolens praxis kan artikel 101 TFEU tillämpas på nästan alla situationer som innefattar strukturella förbindelser. Fallen som kommissionen omnämner i sin konsultation innefattar överenskommelser eller informationsutbyte och allt tyder på att artikel 101 TFEU kunde ha tillämpats i fallen, enligt IBA. I både *IPIC/MAN Ferrostaal*⁸⁷ och *Siemens/VA Tech*⁸⁸ fanns det en överenskommelse, vilken gav aktieägarna tillgång till särskild information. Om kommissionen anser att strukturella förbindelser är ett sådant stort problem borde de ha försökt att tillämpa artikel 101 TFEU vid ett flertal tillfällen, vilket kommissionen inte har gjort enligt IBA. Därtill kunde kommissionen ha utfärdat riktlinjer för hur artikel 101 TFEU skulle kunna tillämpas vid strukturella förbindelser. IBA framhåller att det skulle vara mer lämpligt och effektivt att tillämpa artikel 101 TFEU vid strukturella förbindelser, än att utvidga koncentrationsförordningen. Koncentrationsförordningen är utformad för att omfatta betydelsefulla och långvariga strukturella förändringar när det gäller kontroll. Det här skiljer sig väldigt från de mer ”lösa” formerna av samverkan som fångas upp av artikel 101 TFEU och av den anledningen menar IBA att en utvidgning av koncentrationsförordningen skulle innebära en avvikelse från förordningens huvudsyfte. Därtill är det inte klart varför strukturella förbindelser ska innefattas i koncentrationsförordningen, medan andra former av samverkan ska fortsätta att granskas under artikel 101 TFEU. IBA varnar för att den här typen av inkonsekvent hantering kan leda

⁸⁴ AmCham, 20013, s. 3.

⁸⁵ Staff Working Document, s. 6

⁸⁶ ICC, 2013, s. 6.

⁸⁷ Case No COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal*.

⁸⁸ Case No COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*.

till forumshopping. Överenskommelser som inte innebär något aktieäggande faller in under artikel 101 TFEU, men i kombination med aktieäggande skulle koncentrationsförordningen bli aktuell.⁸⁹

Om ett dominant företag ökar sin dominans genom strukturella förbindelser kan situationen behandlas under artikel 102 TFEU.⁹⁰

IBA medger dock att det finns situationer när det kan vara svårt att identifiera ett avtal som faller in under artikel 101 TFEU, till exempel vid ett fientligt övertagande. Om det därtill inte föreligger någon dominans kommer inte heller artikel 102 TFEU att bli aktuell. Att varken artikel 101 eller 102 TFEU kan tillämpas hävdar IBA dock vara sällsynt i praktiken, eftersom artikel 101 TFEU kan bli relevant även vid ett litet informationsutbyte. Därtill tillägger IBA att risken för både samordnade och ensidiga effekter inte är särskilt troliga vid ett fientligt övertagande.⁹¹ Linklaters och Bakers & McKenzie ifrågasätter även hur troligt det är att konkurrenshämmande beteende uppenbarar sig i de situationer när artiklarna 101 och 102 TFEU inte kan tillämpas, varför de anser den nuvarande regleringen vara tillräcklig och eventuellt mer lämplig för att reglera problematiska strukturella förbindelser.⁹²

4.4 Skadeteorier

Det är inte bara vid förvärv av kontroll som konkurrensen kan skadas betydligt. Liknande skada kan förekomma vid strukturella förbindelser, vilka inte omfattas av koncentrationsförordningen. Konkurrensbegränsande effekter är dock inte lika tydliga vid strukturella förbindelser som vid förvärv av kontroll. Strukturella förbindelser kan dock leda till konkurrensskador på olika sätt enligt etablerad ekonomisk teori genom att:

- Minska konkurrenstrycket mellan konkurrenter – ”horisontella ensidiga effekter”
- Väsentligt underlätta samordningen mellan konkurrenter – ”horisontella samordnande effekter”
- Vid vertikala strukturella förbindelser möjliggör det för företag att hämma konkurrenters tillgång till insatsprodukter eller kunder – ”vertikala effekter”⁹³

4.4.1 Horisontella strukturella förbindelser

4.4.1.1 Ensidiga effekter

Finansiella intressen hos konkurrerande företag kan leda till konkurrensbegränsningar, med eller utan förvärv av kontroll. Strukturella förbindelser kan leda till minskad effektivitet och ökade priser, med

⁸⁹ IBA, 2013, s. 10-11.

⁹⁰ IBA, 2013, s. 11.

⁹¹ IBA, 2013, s. 12.

⁹² Linklaters, 2013, s. 1-2 och Baker & McKenzie, 2013, s. 4.

⁹³ Staff Working Document, s. 4.

anledning av den positiva korrelation som föreligger mellan företagens vinster. Om ett företag utövar kraftig konkurrens mot ett konkurrerande företag, som företaget samtidigt äger andelar i, kan en eventuell förlust hos målföretaget påverka värdet på andelarna som ägs av det förvärvande företaget. Sålides kommer det förvärvande företaget vara mindre benäget att konkurrera med anledningen av investeringen i det konkurrerande företaget. I motsats till det tidigare påståendet kan det förvärvande företaget även ha ett intresse av att ensidigt minska effektiviteten och öka priset för målföretaget. Det här förutsätter att företaget har en möjlighet att ersätta hela eller delar av förlusten genom försäljning med anledning av företagets ekonomiska medverkan i det konkurrerande företaget.⁹⁴ Om ett företag har ett ekonomiskt intresse i ett konkurrerande företag tenderar det att skapa ett incitament för det förvärvande företaget att öka sitt eget pris. För ett företag som istället äger företagsrättigheter i ett konkurrerande företag innebär det istället en möjlighet till att öka sin konkurrents pris. En strukturell förbindelse som innebär tillräckligt med inflytande kan förmå det konkurrerande företaget att konkurrera mindre aggressivt, eftersom det vanligen innebär en större vinst för det förvärvande företaget. Följaktligen är de konkurrensbegränsade effekterna troligen större vid strukturella förbindelser som innebär inflytande över det förvärvade företaget än vid förbindelser som endast innebär ett ekonomiskt intresse.⁹⁵ Konkurrensbegränsningen är av en lägre dimension vid strukturella förbindelser än vid en fullständig koncentration. Vid en koncentration förvärvas kontroll både via företagsrättigheter och ekonomiska intressen.⁹⁶ Det finns dock vissa som anser att konkurrensen i praktiken inte alls kommer att minska mellan företagen därför att målföretaget alltid kommer att prioriter sin egen vinst. Det förvärvande företaget kommer att ha en stark vilja att konkurrera med det andra företaget då det förvärvande företaget erhåller all vinst från sitt eget företag, men endast en del av målföretagets vinst.⁹⁷

Om det på marknaden råder effektiv konkurrens har det visats att passiva investeringar inte har några ensidiga effekter. Det är ändå möjligt att underlätta för en eventuell samordning, vilket ses som en konkurrensbegränsad effekt. Om marknaden däremot är ofullständig (det råder inte effektiv konkurrens) kan den redan mindre konkurrensbenägna marknaden bli än mindre konkurrensbenägen.⁹⁸

Strukturella förbindelser kan således leda till en relativt betydande prisökning om det förvärvande företaget besitter betydande företagsrättigheter, vilket gynnar det förvärvande företaget. Däremot behöver det här inte betyda att det förvärvande företaget får bära några större kostnader, eftersom kostnaderna står i relation till den ekonomiska

⁹⁴ OECD, 2008, s. 24.

⁹⁵ Staff Working Document, Annex I, s. 9.

⁹⁶ O'Brien och Salop, 2000, p. 562.

⁹⁷ Levy, 2013, s.731.

⁹⁸ Ezrachi och Gilo, 2006, s. 331.

äganderätten.⁹⁹ Dubrow argumenterar dock för att det finns flera utjämnande faktorer, så kallade ”real-world facts” som kan försvaga de strukturella förbindelsernas effekter, således bör dessa faktorer undersökas innan det presumeras att minoritetsförvärv kan leda till prisökning eller annan negativ konkurrenspåverkan. Exempel på sådana faktorer kan vara förekomsten av ofullständig information, oförmåga att erhålla förmåner, ledningens incitament.¹⁰⁰ Levy argumenterar för att informationen som det förvärvande företaget kan ta del av således är ofullständig och oförutsägbar, varför det kan vara svårt att anta att ett visst agerande leder till ett visst resultat eller om det ens är möjligt för företaget att erhålla några fördelar.¹⁰¹ Det är möjligt att vissa av dessa utjämnade effekterna kan ha en viss dämpande effekt under särskilda situationer. O’Brien och Salop anser dock att även om det finns en sådan dämpande effekt innebär det inte att konkurrenspåverkan elimineras, eftersom det fortfarande kan finnas betydande konkurrenspåverka.¹⁰²

Även om de strukturella förbindelserna endast innebär ett litet inflytande kan ensidiga effekter uppkomma. Signifikanta ensidiga effekter kan uppkomma även då ett minoritetsförvärv besitter ett relativt litet ekonomiskt intresse, speciellt i särskilda fall då det föreligger ett betydande inflytande trots att kriteriet för avgörande inflytande inte är uppfyllt. Oro för ensidiga effekter, på grund av horisontella strukturella förbindelser, uppkommer främst i situationer där fullständiga koncentrationer skulle vara uppenbart konkurrensbegränsande.¹⁰³

4.4.1.2 Samordnade effekter

Diskussionen ovan angående de ensidiga effekterna baseras på antagandet att företagen på marknaden sätter priserna självständigt. Frågan uppkommer dock hur de strukturella förbindelserna kan påverka företagets vilja att i tystnad eller uttryckligen agera i samförstånd. Blotta existensen av strukturella förbindelser behöver inte betyda att företag samordnar sig. Det gäller att finna om de strukturella förbindelserna har påverkat incitamenten och möjligheterna för företagen att samordna sig.¹⁰⁴ Enligt ekonomisk teori finns det flera viktiga förhållanden som måste uppfyllas för att samarbetande parter ska kunna enas kring en samordning samt för att denna samordning ska kunna bevaras. Strukturella förbindelser kan särskilt påverka följande förhållanden:

- Marknadsförhållandena måste vara tillräckligt transparenta så att varje kartellmedlem kan övervaka övriga företags beteende.
- Det måste finnas ett hot för framtida repressalier, som är tillräckligt allvarligt och trovärdigt, för att avskräcka företag från att avvika från den gemensamma strategin.¹⁰⁵

⁹⁹ Staff Working Document, Annex I, s. 10.

¹⁰⁰ Dubrow, 2001, s. 132-135.

¹⁰¹ Levy, 2013, s. 732.

¹⁰² O’Brien och Salop, 2001, s. 615-616.

¹⁰³ Staff Working Document, Annex I, s. 11.

¹⁰⁴ OECD, 2008, s. 29.

¹⁰⁵ Staff Working Document, Annex I, s. 11.

Ett minoritetsförvärv förser ägaren med en möjlighet till en privilegierad inblick i målföretagets kommersiella aktiviteter. Företaget kan få tillgång till information som kan underlätta samförstånd eller övervakning av efterlevnaden av det gemensamma överenskomna beteendet. Även vid en helt passiv investering kan insynen öka, även om ägaren av minoritetsförvärvet inte aktivt deltar i ledningen av det förvärvade företaget eller besitter några representationsrättigheter (representation rights). Ett minoritetsförvärv kan innebära tillgång till information som en konkurrent inte har möjlighet att ta del av. Exempel på sådan information kan vara planer på att expandera eller att slå sig samman med eller förvärva andra företag.¹⁰⁶ Strukturella förbindelser som därtill besitter betydande företagsrättigheter kan möjligen ha tillgång till än mer detaljerad information. Beroende på mängden av offentlig information som finns tillgänglig påverkas omfattningen av informationsflödet.¹⁰⁷

Benägenheten av att agera i samförstånd beror på vinsten när parten håller fast vid den gemensamma strategin jämfört med vinsten då parten avviker från strategin. Ett företags totala vinst med anledning av en avvikelse bestäms både av vinsten som uppkom fram till att det avvikande företags avvikelser upptäcktes av övriga företag samt av vinsten som uppkom sedan alla marknadsaktörer har haft en möjlighet att reagera på den här avvikelsen. Passiva strukturella förbindelser leder vanligen till två utjämnande effekter, det kan dock finnas fler. Vid delad äganderätt där företag avviker från samordningen får de aktuella företagen ta del av förlusten, vilket minskar benägenheten för avvikelse. Konkurrensen kan även lätta efter upphörandet av samordningen, vilket följaktligen ökar företagets vilja att avvika.¹⁰⁸

Slutligen, marknadsaktörernas möjlighet och incitament till att samordna sig kan påverkas av horisontella strukturella förbindelser. Effekterna är särskilt sannolika om det är troligt att företag kan återkomma till aggressiva avskräckande strategier eller om konkurrensen kan förväntas vara intensiv i frånvaro av samordning. För industrier där det tidigare har funnit intensiva priskrig eller där aggressiva bestraffningar är troliga i framtiden om samordningen upphör, bör det vara särskilt motiverat att uppmärksamma eventuella effekter från strukturella förbindelser.¹⁰⁹

Kritikerna anser dock att samordnade effekter endast uppenbarar sig i sällsynta fall och att det därför skulle vara oproportionerligt att utvidga koncentrationsförordningen på grund av de samordnade effekterna.¹¹⁰

¹⁰⁶ OECD, 2008, s. 30.

¹⁰⁷ Staff Working Document, Annex I, s. 12.

¹⁰⁸ Staff Working Document, Annex I, s. 12.

¹⁰⁹ Staff Working Document, Annex I, s. 13-14.

¹¹⁰ Levy, 2013, s. 735.

4.4.2 Icke horisontella strukturella förbindelser

Icke horisontella transaktioner kan även leda till konkurrensbegränsningar. Fullständiga koncentrationer, men även strukturella förbindelser, kan leda till icke horisontella effekter. En viktig distinktion kan göras mellan kontrollerande och passivt ägande, precis som vid horisontella aktieinnehav. Vad som dock är specifikt för vertikala aktieinnehav är deras riktning. Ett ”forward shareholding” uppenbarar sig när ett uppströmsföretag äger andelar i ett nedströmsföretag, medan ett ”backward shareholding” uppenbarar sig när ett nedströmsföretag äger andelar i ett uppströmsföretag.¹¹¹ Ett uppströmsföretag innebär ett företag i föregående produktionsled, medan ett nedströmsföretag innebär ett företag i efterföljande produktionsled.

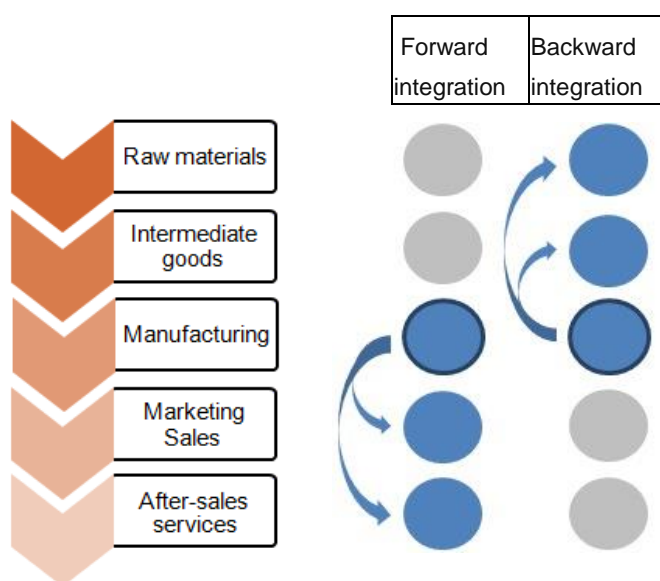


Bild hämtad från Strategic Management Insight¹¹²

4.4.2.1 ”Forward shareholdings”

Ett uppströmsföretag som förvärvar en passiv strukturell förbindelse i ett nedströmsföretag och därmed har rätt till vinsten i nedströmsföretaget kan få vissa effekter. De här effekterna beror på om det är möjligt att uppströmsprisdiskriminera. Om en prisdiskriminering inte är möjlig och uppströmsföretaget upprätthåller en linjärprissättning tenderar företaget att öka den sålda kvantiteten, vilket resulterar i lägre priser för konsumenterna.¹¹³ Ett uppströmsföretag som äger andelar i ett nedströmsföretag tenderar att konkurrera mindre aggressivt med målföretaget.¹¹⁴ När ett uppströmsföretag tar del av nedströmsmarginalen är företaget redo att öka kvantiteten, vilket är på bekostnad av företagets

¹¹¹ Staff Working Document, Annex I, s. 15.

¹¹² Strategic Management Insight,

<http://www.strategicmanagementinsight.com/topics/vertical-integration.html>, 2014-03-10 kl. 13:15.

¹¹³ Staff Working Document, Annex I, s. 15.

¹¹⁴ Flath, 1989, s. 375 och Staff Working Document, Annex I, s. 15.

uppströmsmarginal. Det här agerandet är konkurrensfrämjande då det minskar dubbelmarginalisering. Om ett uppströmsföretag istället väljer att diskriminera mellan köpare kan företaget, som är en minoritetsägare, välja att avskärma andra nedströmsföretag. Avskärmning är dock mindre vanligt vid minoritetsförvärv än vid fullständiga koncentrationer, då endast en liten del av nedströmsvinsten tillfaller uppströmsföretaget med anledning av företagets minoritetsposition. Uppströmsförlusten på grund av utebliven försäljning utbyts med en liten del av den svagare konkurrentens nedströmsvinst. Även om uppströmsminoritetsförvärvaren skulle erhålla kontroll genom minoritetsandelen är det osannolikt att avskärmningen förvärras ytterligare.¹¹⁵

Om avtalen inte är offentligt tillgängliga möjliggör det för uppströmsföretaget att skydda sin marknadsställning. Det här förutsätter att företaget har förvärvat strukturella förbindelser i ett nedströmsföretag. Om avtalen är hemliga mellan uppströms- och nedströmsföretagen kan det dock leda till att uppströmsföretaget inte kan maximera sitt generella försäljningspris. Ett uppströmsföretag, som har förvärvat en passiv strukturell förbindelse, kommer att behöva ta del av det nedströmsföretagets förlust samtidigt som företaget kommer att sälja sina varor till ett mer fördelaktigt pris. En strukturell förbindelse återställer dock delvis ett uppströmsföretags möjlighet att hålla höga priser, vilket således minskar behovet hos uppströmsföretaget att utestänga nedströmsföretag.¹¹⁶

Det är möjligt att ett kontrollerande ”forward” minoritetsförvärv leder till större avskärmning av kundmarknaden än en fullständig koncentration. En leverantör gynnas av en ökad uppströmsförsäljning samtidigt som nedströmsföretaget inte förmås att köpa varor från konkurrerande kunder, förutsatt att leverantören besitter en kontrollerande ”forward” minoritetsandel. Leverantören behöver endast bära en del av den uteblivna förlusten hos det förvärvade nedströmsföretaget.¹¹⁷

Sammanfattningsvis tenderar passivt ”forward” minoritetsinnehav att minska dubbelmarginaliseringen, men kan i vissa avseenden underlätta avskärmning. Den här typen av passivt minoritetsinnehav kan även underlätta för uppströmsföretag att upprätthålla högre priser om avtalen med nedströmsföretagen inte är offentliga för alla nedströmskunder.

4.4.2.2 ”Backward shareholdings”

Ett nedströmsföretag som äger passiva strukturella förbindelser hos en uppströmsleverantör kan delvis ta del av uppströmsmarginalen av sin produkt. Således finns en benägenhet hos nedströmsföretaget att sälja större kvantitet på bekostnad av sin nedströmsmarginal. Det här innebär en ökad efterfråga hos leverantören som därmed har ett intresse av att öka sitt uppströmspris. Effekterna från ett vertikalt minoritetsförvärv tenderar att

¹¹⁵ Staff Working Document, Annex I, s. 15.

¹¹⁶ Staff Working Document, Annex I, s. 15-16.

¹¹⁷ Staff Working Document, Annex I, s. 16.

neutraliseras, förutsatt att uppströmsföretaget inte diskriminerar mellan köpare.

Om strukturella förbindelser föreligger kan det antas att försäljningen till företag som inte äger några andelar i uppströmsföretaget kommer att minska, eftersom de här företagen får betala ett högre pris. Den här förlusten kommer dock att kompenseras av den ökade försäljningen till nedströmsföretagen som äger andelar i uppströmsföretaget.¹¹⁸

Om det på uppströmsmarknaden finns en existerande konkurrens och om uppströmsprisdiskriminering är möjlig kan passiva ”backward” strukturella förbindelser ha konkurrensbegränsade effekter.¹¹⁹ Konkurrensen kan minska om ett nedströmsföretag besitter passiva aktieandelar hos en leverantör som även handlar med andra nedströmskonkurrenter.¹²⁰ Nedströmsföretaget gynnas dock av uppströmsförsäljning till de konkurrerande nedströmsföretag, eftersom företaget får ta del av uppströmsföretagets vinst. Således möjliggör det för nedströmsminoritetsägaren att höja sitt pris. Minoritetsägaren får dock inte förvärva betydande kontroll om effekten ska förverkligas. Det här gäller särskilt på marknader där en fullständig koncentration skulle minska nedströmspriserna, med anledning av minskad dubbelmarginalisering. Det är det passiva ”backward” aktieinnehavet som möjliggör effekten av ökade nedströmspriser.¹²¹

Om det är möjligt för leverantören att diskriminera bland köparna samt om nedströmsminoritetsägaren besitter betydande inflytande innebär det en möjlighet att påverka leverantören till avskärmning av andra nedströmskonkurrenter. Den här avskärmningen innebär vanligen en minskad uppströmsvinst, ändå genomförs den. En försvagad nedströmskonkurrens möjliggör stora fördelar för det kontrollerande nedströmsföretaget, som endast bär en liten del av förlusten på grund av uppströmsföretagets minskade försäljning. Ett nedströmsföretag som besitter ett sådant inflytande kan leda till en större benägenhet att avskärma konkurrenter, i jämförelse med en fullständig koncentration.¹²²

Slutligen, ett nedströmsföretag som besitter ett kontrollerande ”backward” minoritetsinnehav tenderar att underlätta för avskärmning av insatsprodukter. Medan ett passivt ”backward” minoritetsinnehav kan dämpa nedströmskonkurrens, vilket således kan leda till ökade konsumentpriser.

¹¹⁸ Greenly och Raskovich, 2006, s. 1018, 1027 samt 1034 och Staff Working Document, Annex I, s. 16.

¹¹⁹ Staff Working Document, Annex I, s. 16.

¹²⁰ Hunold, Röller och Stahl, 2012, s. 15-16.

¹²¹ Hunold, Röller och Stahl, 2012, s. 15-16 och Staff Working Document, Annex I, s. 16.

¹²² Staff Working Document, Annex I, s. 17.

4.4.3 Allmänna reaktioner

Linklaters framhåller att skadeteorierna är komplexa och att de troligen endast uppstår i väldigt specifika situationer.¹²³ Kommissionen presenterar fyra olika skadliga effekter av strukturella förbindelser, emellertid anser Philips att dessa teoretiska effekter i sig inte är ett tillräckligt bevis på att minoritetsförvärv är ett verkligt problem. Enligt Philips lyckas kommissionen inte påvisa att det föreligger ett genuint och verkligt problem, varken i teorin eller i praktiken. Därtill bekräftar kommissionen att antalet fall som kan skapa problematiska strukturella förbindelser verkar vara relativt få.¹²⁴ Även ICC menar att kommissionen inte har lyckats presentera ett enda fall där strukturella förbindelser har lett till konkurrenshämmande effekter. Vidare tillägger ICC att en reform bör bygga på fakta, snarare än teori.¹²⁵

4.5 Reflektioner

Kommissionen har tidigare bekräftat att minoritetsförvärv kan hanteras genom artiklarna 101 och 102 TFEU, genom *Philip Morris*-fallet. Många svarsaktörer har argumenterat för att artiklarna är både lämpliga och tillräckliga för att reglera strukturella förbindelser och således att en utvidgning skulle vara både olämpligt och oproportionerligt. Det tål dock att påminna om att många av svarsaktörerna kan ha dolda intressen av att strukturella förbindelser inte ska regleras, eftersom en reglering kommer att innebära kostnader och administration för affärslivet (oavsett vilket system som skulle väljas). Faktum kvarstår dock att det finns en problematik kring strukturella förbindelser med anledning av de konkurrensskador som kan uppenbara sig. Både kommissionen och IBA påvisar att det finns situationer där det kan vara svårt att tillämpa artikel 101 eller artikel 102 TFEU, vilket kan betyda att konkurrensskadliga strukturella förbindelser kan undgå granskning. Därtill tillkommer en annan problematik om kommissionens primära verktyg för att hantera strukturella förbindelser skulle vara artikel 101 eller 102 TFEU. Jag menar att problem kring rättssäkerheten och förutsägbarheten kan uppenbara sig då företagen inte vet hur kommissionen eller EU-domstolen kan tänkas använda eller tolka de aktuella artiklarna.

Det tycks vara generellt accepterat att problematiska strukturella förbindelser endast verkar uppenbara sig i relativt få fall. Dock framhåller kommissionen att de få problematiska transaktionerna kan få stora negativa konkurrenseffekter, varför en reglering är motiverad. *Ryanair/Aer Lingus*-fallet, vilket också var startskottet för debatten, är en tydlig bekräftelse på att strukturella förbindelser kan få konkurrensskadliga effekter. Ändå kan jag till viss del förstå de svarsaktörer som anser att kommissionen har misslyckats med att visa att strukturella förbindelser är ett reellt problem. Kommissionen presenterar de teoretiska effekterna ingående, men lyckas inte presentera problem i praktiken på ett tydligt sätt. Därtill ifrågasätter

¹²³ Linklaters, 2013, s. 2-3.

¹²⁴ Philips, 2013, s. 3 och 6 och Staff Working Document, s. 6.

¹²⁵ ICC, 2013, s. 3.

flera svarsaktörer sannolikheten för att konkurrenshämmande effekter uppenbarar sig i situationer när artikel 101 och 102 TFEU inte kan tillämpas, vilket även påvisar kommissionens bristande presentation. Kommissionen lyckas inte riktigt presentera på ett klart och tydligt sätt att det föreligger ett verkligt problem med strukturella förbindelser och därför förstår jag att vissa svarsaktörers tvekan inför förslaget.

Strukturella förbindelser avviker dock från koncentrationsförordningens huvudsyfte, vilket är att reglera transaktioner som innebär en varaktig förändring av kontroll. Artikel 101 TFEU reglerar mer ”lösa” former av samverkan, varför många svarsaktörer anser att den här artikeln är mer lämpad för att reglera strukturella förbindelser. *Philip Morris*-fallet är en bekräftelse på att artiklarna 101 och 102 TFEU kan tillämpas vid minoritetsförvärv. Jag argumenterar dock för den snävare tolkningen av *Philip Morris*-fallet, vilken innebär att endast ett fåtal situationer kan fångas upp av artiklarna 101 och 102 TFEU. Kommissionens förmåga att tillämpa artiklarna på konkurrenshämmande strukturella förbindelser är begränsad och därtill är inte alla typer av konkurrenshämmande strukturella förbindelser inkluderade under artiklarna. *Ezrachi* och *Gilo* framhåller även den här snävare tolkningen av rättsfallet och i min mening har de goda argument för sitt ställningstagande. Att kommissionen inte har tillämpat artiklarna oftare på problematiska strukturella förbindelser anser jag påvisa att artiklarna är bristfälliga och inte tillräckliga för att hantera strukturella förbindelser. *Levy* argumenterar för att kommissionens frånvaror beror på att strukturella förbindelser inte är ett särskilt stort problem eller att kommissionen har valt att prioritera annat, vilket jag finner vara en förenkling av verkligheten utan någon förankring i reella argument. *Ryanair/Aer Lingus*-fallet är ett tydligt exempel på att kommissionen har försökt att hantera problematiska strukturella förbindelser, men misslyckats på grund av bristande behörighet. Såvida, även om kommissionen hade presenterat tydliga riktlinjer för hur artiklarna 101 och 102 TFEU skulle kunna tillämpas vid minoritetsförvärv eller aktivt arbetat för att praxis ska växa fram, är artiklarna inte tillräckliga för att behandla de problematiska strukturella förbindelserna. Därtill menar jag att om lagstiftaren hade velat att kommissionen skulle ha en mer omfattande kompetens hade lagstiftaren infört en sådan bestämmelse

Det finns ett materiellt gap i koncentrationsförordningen och artiklarna 101 och 102 TFEU täpper inte till det här gapet på ett lämpligt eller tillräckligt sätt. Även om de problematiska strukturella förbindelserna är relativt få kan dessa få transaktioner leda till ansevära konkurrensskadliga effekter, vilket går emot konkurrensrättens syfte. Det föreligger följaktligen ett reellt problem som inte fångas upp av någon reglering, vilket innebär att potentiellt konkurrensskadliga strukturella förbindelser kan undgå granskning. Det här gapet behöver således tillslutas för att tillförsäkra en fungerande konkurrens på den gemensamma marknaden under rättsäkra förhållanden. Att det därtill föreligger tydliga ”spelregler” för affärslivet borde även ligga i affärslivets intresse för att möjliggöra effektiv

affärsverksamhet. Någon typ av reglering finner jag således motiverad för att upprätthålla en effektiv konkurrens.

5 Ryanair & Aer Lingus

Ryanair är ett börsnoterat irländskt baserat flygbolag som bedriver reguljärverksamhet på över 400 rutter i 24 europeiska länder. Mellan Irland och andra europeiska länder erbjuder flygbolaget mer än 75 rutter. Ryanair har 19 baser runt om Europa, däribland de viktigaste är London (Stansted) och Dublin.

Aer Lingus är också ett irländskt baserat flygbolag som privatiserades av den irländska regeringen år 2006, varvid staten behöll 25,35 % av aktiekapitalet. I oktober 2006 börsnoterades Aer Lingus. Bolaget bedriver reguljärflyg och erbjuder över 70 rutter mellan Irland och andra europeiska länder. Flygbolaget erbjuder även långdistansflyg, främst till USA, samt godstransport. Aer Lingus är huvudsakligen baserat i Dublin.

5.1 Kommissionens beslut

Ryanair meddelade i oktober 2006 att företaget hade avsikt att lämna ett offentligt bud på hela Aer Lingus aktiekapital, ett så kallade fientligt övertagande, strax efter att Aer Lingus hade börsnoterats. Redan innan Ryanair hade tillkännagivit sin avsikt hade bolaget förvärvat 16,03 % av aktiekapitalet i Aer Lingus. I samband med tillkännagivandet ökade Ryanair sitt aktiekapital till 19,21 % efter ytterligare ett förvärv. Ännu ett förvärv ägde rum i november 2006, vilket gav Ryanair totalt 25,17 % av aktiekapitalet i Aer Lingus.

Ryanair planerade att förvärva kontroll över Aer Lingus i enlighet med artikel 3.1.b koncentrationsförordningen, varför bolaget gjorde en förhandsanmälan enligt artikel 4 koncentrationsförordningen i oktober 2006. I december samma år deklarerade kommissionen sin oro beträffande den anmälda koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Enligt artikel 6.1.c koncentrationsförordningen inleddes därför en procedur om fördjupad prövning. Kommissionens beslut presenterades den 27 juni 2007 och genom tillämpning av artikel 8.3 koncentrationsförordningen konstaterades det att transaktionen skulle signifikant hämma konkurrensen, varför den anmälda koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden. I beslutet konstaterades det även att hela förfarandet med de olika aktieförvärven skulle anses utgöra en enda koncentration.

I utredningen konstaterades det bland annat att det råder omfattande konkurrens mellan Ryanair och Aer Lingus. Om den anmälda koncentrationen skulle godkännas skulle dock konkurrensen försvagas mellan parterna och därtill leda till högre priser. Därjämte skulle det hindra Ryanair eller Aer Lingus att konkurrera på en rutt (till eller från Irland), som endast en av parterna är aktiva på. Det bör tilläggas att Ryanair eller Aer Lingus är den mest troliga potentiella aktören på marknaden att försöka slå sig fram på en rutt som endast är trafikerad av en av parterna.

Kommissionen bekräftade även att det på parternas överlappande rutter råder väsentliga barriärer, vilka skulle innebära svårigheter för nya inträden. Inget företag kan förväntas konkurrera med Ryanair eller Aer Lingus i någon större skala. I beslutet bekräftades det att ett potentiellt inträde varken skulle vara troligt eller lämpligt samt tillräckligt för att utgöra ett konkurrenspåtryck på den anmälda koncentrationen. Således är det inte troligt att den förlorade konkurrensen mellan Ryanair och Aer Lingus går att kompensera. Slutligen konstaterade kommissionen att transaktionen signifikant skulle hämma konkurrensen på rutter till och från Irland.

Ryanair menade dock att den anmälda koncentrationen inte skulle innebära några konkurrensbegränsningar. Företaget framhöll framförallt att koncentrationen inte skulle leda till några ensidiga effekter på grund av effektivitetsvinster och affärsmodellen. Vidare ansåg Ryanair att de här effektivitetsvinsterna skulle gynna kunderna i form av lägre biljettpriiser, vilket i sig inte skulle gå utöver Aer Lingus kvalitet på servicen. Effektivitetsvinsterna bedöms under en princip som består av tre kumulativa villkor: verifierbarhet, koncentrationsspecificitet (merger specificity) och kundförmåner¹²⁶. Kommissionen ansåg dock att Ryanair inte lever upp till principen om effektivitetsvinster, eftersom den anmälda koncentrationen faller redan på det första villkoret. De påstådda effektivitetsvinsterna består främst av ett allmänt påstående, vilket inte är verifierbart.

Därtill påpekade kommissionen att det är ytterst osannolikt att en koncentration som innebär att marknadspositionen närmar sig ett monopol kan förklaras förenligt med den gemensamma marknaden, med argumentet att effektivitetsvinsterna skulle vara tillräckliga för att neutralisera eventuella konkurrenshämmande effekter¹²⁷.

Genom beslutet förklarades transaktionen vara oförenlig med den gemensamma marknaden och således förbjöds den. Kommissionen förklarade dock att de saknade behörighet att kräva att Ryanair skulle avyttra sitt minoritetsinnehav på 25,17 % eller att Ryanair skulle vidta andra åtgärder för att återställa situationen som rådde innan transaktionerna ägde rum. Transaktionerna innebär varken rättslig eller faktisk kontroll, över Aer Lingus, i enlighet med artikel 3.2 koncentrationsförordningen. Det förtydligas dock att kommissionens bristande behörighet inte är ett hinder för medlemsstaterna att tillämpa deras nationella konkurrensregler på Ryanairs minoritetsförvärv i Aer Lingus.¹²⁸

¹²⁶ Case No COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, para. 1100.

¹²⁷ Case No COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, para. 1102.

¹²⁸ Case No COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*.

5.2 EU-domstolen

Trots beslutet som togs av kommissionen den 27 juni 2007 förvärvade Ryanair ytterligare 4,3 % av aktiekapitalet i Aer Lingus i augusti 2007, vilket innebar att Ryanair då hade förvärvat 29,3 % i Aer Lingus.

I november 2007 väckte Aer Lingus talan om ogiltighetsförklaring av det angripna beslutet, Case No COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*. Sökanden ansökte även om interimistiska åtgärder och uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet. Förstainstansrätten avslog ansökan om interimistiska åtgärder och uppskov med verkställighet i mars 2008 i beslut i mål T-411/07 *Aer Lingus v. Commission*. Aer Lingus begärde även att målet skulle handläggas skyndsamt, vilket även avslogs av förstainstansrätten genom beslut i december 2007. Kommissionen yrkade att talan skulle ogillas i den del som avser att kommissionen inte har inlett ett förfarande med stöd av artikel 8.4 och 8.5 koncentrationsförordningen. Kommissionen ville även att förstainstansrätten skulle avvisa eller i andra hand ogilla talan i den del som avser att kommissionen inte har gjort någon tolkning enligt artikel 21.3 koncentrationsförordningen. Ryanair ville även att Aer Lingus talan skulle ogillas.

Till stöd för sin talan åberopade Aer Lingus två grunder. Den första avser kommissionens åsidosättande av artikel 8.4 och 8.5 koncentrationsförordningen. Den andra avser kommissionens åsidosättande av artikel 21.3 koncentrationsförordningen. Aer Lingus anser att kommissionen har åsidosatt artiklarna 8.4 och 8.5 koncentrationsförordningen genom att inte anse sig vara behörig att kräva att Ryanair skulle avyttra sina andelar i Aer Lingus, återställa situationen som rådde innan förvärvet eller vidta interimistiska åtgärder. Kommissionen hade tidigare förbjudit Ryanair att genomföra den anmälda koncentrationen, varför Aer Lingus förväntade sig någon av de nyss nämna efterföljderna. Aer Lingus ansåg att Ryanairs minoritetsförvärv innebar betydande negativa effekter på konkurrensen, varför kommissionen borde vara behörig enligt artikel 8.4 och 8.5 koncentrationsförordningen att undanröja effekterna. Aer Lingus menade att om inte kommissionen besitter en sådan behörighet finns det en "allvarlig lucka i förordningen och i gemenskapens behörighet att säkerställa icke snedvriden konkurrens"¹²⁹.

Flera faktiska omständigheter gjordes gällande för de negativa effekterna. Sökanden ansåg att Ryanair hade använt sitt aktieinnehav för att få tillgång till Aer Lingus konfidentiella strategiska plan och företagshemligheter, stoppat ett särskilt beslut om ökning av kapital hos Aer Lingus, samt begärt två extra bolagsstämmor för att försöka upphäva strategiska beslut. Därtill menade Aer Lingus att Ryanair skulle ha utnyttjat sin ställning för att bedriva en kampanj mot Aer Lingus ledning samt hotat att väcka talan på grund av försummande av lagstadgade skyldigheter mot Ryanair. Den effektiva konkurrens som förelåg mellan Aer Lingus och Ryanair innan

¹²⁹ Case T-411/07, *Aer Lingus v. Commission*, para 45.

förvärvet, försvagas på grund av de här omständigheterna, enligt sökande. Ryanair, som aktieinnehavare i Aer Lingus, har ett intresse av att upprätthålla värdet på sina andelar och säkerställa Aer Lingus lönsamhet, varför företaget bli mindre motiverat att konkurrera med Aer Lingus. Konkurrensen kan snedvridas, eftersom det ligger i parternas intresse att ingå i tyst samförstånd samt höja priserna. Ryanairs minoritetsförvärv påverkar även Aer Lingus attraktivitet på börsen och deras finansiella ställning enligt Aer Lingus. Sökande har även gjort gällande att kommissionens felaktiga tolkning av artikel 8.4 och 8.5 koncentrationsförordningen i sin tur leder till en felaktig tolkning av artikel 21.3 koncentrationsförordningen. Om det visar sig att kommissionen är behörig att kräva Ryanairs avyttring innebär det att de nationella konkurrensmyndigheterna inte är behöriga att ingripa enligt 21.3 koncentrationsförordningen.

Sökandes argument har bestridits av kommissionen, som framhåller att endast koncentrationer som motsvarar definitionen i artikel 3 koncentrationsförordningen faller in under förordningen. Enligt koncentrationsförordningen faller inte ett minoritetsförvärv in under förordningen om minoritetsförvärvet inte innebär ett förvärv av kontroll. Kommissionen betonade även att artikel 21.3 inte innebär några skyldigheter eller befogenheter för kommissionen och således är kommissionen inte behörig att lämna en tolkning av artikel 21.3 koncentrationsförordningen vid en anmodan om att vidta åtgärder enligt artikel 232 EG (artikel 265 TFEU). Därtill har kommissionen framhållit att artikel 21.3 koncentrationsförordningen endast innebär en skyldighet för medlemsstaterna, vilket innebär att artikeln inte ger några särskilda rättigheter eller befogenheter för kommissionen.

Domstolen konstaterar att endast aktieförvärv som innebär ett förvärv av kontroll, i enlighet med artikel 3 koncentrationsförordningen, faller in under koncentrationsförordningen. Det här innebär att reglerna kan skiljas sig åt i jämförelse med vissa medlemsstater som, enligt nationell lagstiftning, är behörig att vidta åtgärder vid minoritetsförvärv. Kommissionen har dock inga befogenheter, enligt koncentrationsförordningen, att kräva avyttring om kontroll inte har förvärvats. Domstolen konstaterar även att om lagstiftaren hade velat ge kommissionen en mer omfattande behörighet hade lagstiftaren infört en sådan bestämmelse. Ryanairs aktieinnehav innebär inte en kontroll av Aer Lingus, vilket är ostridigt. Inte heller efter att Ryanair hade förvärvat 29,3 % av aktiekapitalet ansågs kontroll vara etablerad. Aer Lingus påstår således inte att kontroll är förvärvat, i den mening som avses i artikel 3 koncentrationsförordningen, men att Ryanair besitter en "betydande möjlighet att ingripa i Aer Lingus ledning och affärsstrategi"¹³⁰.

Domstolen slår fast att kommissionen har gjort en korrekt bedömning när den har konstaterat att de negativa effekterna från Ryanairs minoritetsförvärv inte kan likställas med en typ av kontroll.

¹³⁰ Case T-411/07, *Aer Lingus v. Commission*, para 67.

Koncentrationsförordningens syfte är inte att avlägsna osäkerhetsfaktorer gällande aktieägarnas godkännande av viktiga beslut eller affärsmässiga konflikter med aktieägarna. Om Ryanair har agerat olagligt får Aer Lingus ta upp händelserna inför nationell domstol eller annan behörig nationell myndighet.

Sökanden har påstått att det aktuella minoritetsförvärvet snedvrider konkurrensen, vilket emellertid motsägs av de faktiska omständigheterna. Konkurrensen verkar istället ha ökat mellan parterna då Ryanair har startat flera nya förbindelser på sträckor där Aer Lingus tidigare agerade ensamt samt ökat antalet flygningar på flera linjer där bolaget konkurrerar med sökanden. Därtill påstods det att Aer Lingus attraktivitet på börsen skulle påverkas negativt, dock måste hela ägarbilden beaktas och inte bara Ryanairs andel. Även om Ryanairs minoritetsförvärv påverkar attraktiviteten är det inte styrkt att det föreligger kontroll i den mening som avses i artikel 3 koncentrationsförordningen.

När kommissionen tidigare har tillämpat artikel 8.4 koncentrationsförordningen har det gällt redan genomförda koncentrationer, där målbolaget har upphört att vara en oberoende konkurrent till förvärvaren. Kommissionens beslutspraxis kan således inte användas för att ifrågasätta kriterierna i bestämmelsen. Domstolen konstaterar därmed att kommissionen inte har åsidosatt artikel 8.4 koncentrationsförordningen, då kommissionen inte ansåg sig ha behörighet att kräva en avyttring. Om Ryanair hade haft möjlighet att kontrollera Aer Lingus, genom rättsligt eller faktiskt inflytande, hade kommissionen haft behörighet enligt koncentrationsförordningen. Även om den omtvistade transaktionen har förklarats oförenlig med den gemensamma marknaden har Ryanair inte faktiskt förvärvat kontroll över sökanden, varför transaktionen inte kan likställas med en koncentration som redan har genomförts. Domstolen anser att kommissionen har gett en tillräcklig motivering, faktiskt och rättsligt, i det angripna beslutet för att inte vidta åtgärder enligt artikel 8.4 koncentrationsförordningen. Domstolen framhåller även att samma resonemang gäller för artikel 8.5 koncentrationsförordningen.

Angående artikel 21.3 koncentrationsförordningen anser domstolen att kommissionen för ett korrekt resonemang, varför kommissionen inte kan klandras för att i sitt svar ha erinrat om tillämpliga bestämmelser och följderna av dess. Domstolen poängterar även att det är fritt fram för medlemsstaterna att tillämpa sina nationella konkurrensregler på koncentrationer som saknar gemenskapsdimension.

Domstolen ogillar talan i sin helhet.¹³¹

¹³¹ Case T-411/07, *Aer Lingus v. Commission*.

5.3 Brittiskt förfarande

I Storbritannien har UK Office of Fair Trading (OFT) behörighet för att granska icke kontrollerande minoritetsförvärv, varför OFT inledde en granskning av Ryanairs minoritetsinnehav i Aer Lingus år 2010. I juni år 2012 bestämde sig OFT att hänvisa fallet vidare till Competition Commission, eftersom OFT ansåg att innehavet kan ha lett till eller kan förväntas leda till en väsentligt minskad konkurrens på rutten mellan Storbritannien och Irland.¹³² Competition Commission konstaterade i augusti 2013 att Ryanairs minoritetsinnehav hade gett upphov till eller kan i framtiden ge upphov till väsentliga konkurrenshämmande effekter och därför beordrades Ryanair att avyttra en del av sitt innehav. Ryanair tilläts behålla 5 % av sina nästan 30 % aktiekapital i Aer Lingus.¹³³ Ryanair överklagade Competition Commissions beslut till Competition Appeal Tribunal. Competition Appeal Tribunal bestämde enhälligt att avvisa Ryanairs ansökan om prövning.¹³⁴

5.4 Reflektioner

Det är korrekt att koncentrationsförordningen inte ska reglera diverse affärsmässiga beslut. Förordningens syfte är inte att avlägsna osäkra faktorer gällande aktieägares godkännande av viktiga beslut eller affärsmässiga konflikter med aktieägarna. Om ett företag anser att en aktieägare har agerat olagligt får denne ta upp det i nationell domstol, eftersom den typen av olovligt agerande inte innefattas i koncentrationsförordningen. Problematiken med strukturella förbindelser är dock mer komplext än så, då jag anser att problem som uppstår på grund av strukturella förbindelser inte per se kan likställas med problem som kan uppstått vid affärsmässiga beslut. Strukturella förbindelser kan få betydande negativa konkurrens effekter, vilket även bekräftas i *Ryanair/Aer Lingus*-fallet. Den här typen av transaktioner har visat sig vara av konkurrensmässigart, eftersom dessa kan innebära ett hot mot den effektiva konkurrensen. En diskussion kring koncentrationsförordningens tillämpningsområde blir således aktuell. I *Ryanair/Aer Lingus*-fallet konstaterar kommissionen att den saknar behörighet för att kräva att Ryanair ska avyttra sitt minoritetsförvärv, emellertid påminner kommissionen medlemsstaterna om att problemet kan hanteras på nationell nivå.

Det har konstaterats att strukturella förbindelser kan få allvarliga konsekvenser, men att det kan antas att problemet är relativt begränsat. Om artikel 101 eller 102 TFEU därtill har tillämpats bör det vara än färre problematiska strukturella förbindelser som undgår granskning. I tidigare kapitel har jag argumenterat för att artikel 101 och 102 TFEU inte är tillräckliga eller lämpliga för att reglera strukturella förbindelser på ett fullgott sätt, varför vissa strukturella förbindelser kommer att undgå

¹³² *Ryanair/Aer Lingus*, ME/4694/10, OFT decision, 15 juni 2012.

¹³³ *Ryanair/Aer Lingus*, CC Report, 28 augusti 2013.

¹³⁴ Case 1219/4/8/13, *Ryanair/Competition Commission*, 7 mars 2014.

granskning även efter att de här artiklarna har tillämpats. Antalet problematiska strukturella förbindelser som undgår granskning efter det här är troligen ytterst få, således ställer jag mig frågan om det vore tillräckligt att tillämpa nationell lagstiftning på dessa strukturella förbindelser som har undgått EU-rättslig granskning. Gapet som kvarstår borde minska, eventuellt helt försvinna, om nationell lagstiftning tillämpas. Spontant kan det här alternativet uppfattas som mer proportionerligt, än en ingripande EU-rättslig reglering. Frågan kvarstår dock om det är lämpligt att förlita sig på nationell lagstiftning, för att värna om den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden. Konkurrensrätten är nästan helt EU-rättsligt harmoniserad, varför jag anser att strukturella förbindelser borde vara inkluderade i denna harmonisering för att upprätthålla klarhet, tydlighet och förutsägbarhet. Idag är det endast ett fåtal medlemsstater som reglerar minoritetsförvärv, vilket kan ge upphov till forumshopping. Om alla medlemsstater bestämmer sig för att reglera strukturella förbindelser kvarstår dock problemet med forumshopping, då de nationella regleringarna inte kommer att vara överensstämmande.

I mitt utblickskapitel presenterar jag tre olika länder (Storbritannien, Tyskland och USA) som har valt att reglera minoritetsförvärv och de har alla olika tillvägagångssätt för att närma sig problemet, varför deras regleringar skiljer sig åt. Förutom att olika nationella regleringar möjliggör en risk för forumshopping, kan de olika regleringarna leda till förvirring kring reglernas klarhet, tydlighet och förutsägbarhet för rättsliga konsekvenser. Rättssäkerhet är fundamentalt i ett demokratiskt samhälle och därför är det viktigt att en reglering är effektiv och förutsägbar för att inte rättsosäkerhet ska uppstå. Inom unionen har företagskoncentrationer uppmuntrats och de anses både vara oundvikliga och önskvärda. I samband med att de inre gränserna avvecklas bedömer EU att koncentrationer kommer att bli allt vanligare. Jag ser dock en risk med att EU eventuellt skulle förlita sig på nationella lagstiftningarna, eftersom de skilda lagstiftningarna kan innebära barriärer för företag som vill investera i andra medlemsstater. Jag hävdar att osäkerheten inför vad som gäller i vilken medlemsstat kan leda till en minskad attraktivitet av att investera inom Europa, vilket skulle vara beklagligt då EU har arbetat för att integrera den inre marknaden. Företag utom Europa kan av samma anledning tveka inför att investera i Europa, vilket jag även finner beklagligt då det kan innebära att Europa går miste om viktiga investeringar. Företag gör årligen stora mängder minoritetsförvärv, varför en oklar och otydlig reglering kan bli ett påtagligt problem för företagen. Oklar, otydlig och svårigheter att förutse de rättsliga konsekvenserna i den bemärkelsen att företagen kan få problem att förutse om artikel 101 eller 102 TFEU blir aktuell, om transaktionen istället ska granskas under nationell lagstiftning och i så fall vad som gäller i vilken medlemsstat. Inte nog med att det här kan minska attraktiviteten för att investera över medlemsgränserna kan det innebära en administrativ- samt ekonomiskbörda för företagen. Den europeiska konkurrensrättens syfte är att säkerställa effektiv konkurrens, varför jag finner någon typ av EU-rättslig reglering av strukturella förbindelser motiverad för att upprätthålla detta syfte då strukturella förbindelser kan få negativa konkurrenseffekter.

Alternativen som har diskuterats ovan finner jag varken lämpliga eller tillräckliga på grund av att jag finner de tveksamma ur både ett rättssäkert samt samhällsekonomiskt perspektiv.

6 Kommissionens förslag

Kommissionen framhåller att det inte bara är förvärv av kontroll som kan leda till betydande konkurrensskada, även förvärv av strukturella förbindelser kan få samma följd. Koncentrationsförordningen reglerar dock endast förvärv av kontroll. Ändå kan strukturella förbindelser få betydande konsekvenser för konkurrensen enligt etablerad ekonomisk teori.¹³⁵ Se avsnitt 4.4.

Vid strukturella förbindelser är de konkurrenshämmande effekterna mindre markanta och mer begränsade än vid förvärv av kontroll. Betydande hinder kan dock uppenbara sig för den effektiva konkurrensen, så som effekter på pris, tillväxt och anbud.¹³⁶

När det gäller befintliga minoritetsinnehav finns det en möjlighet att ta hänsyn till dem när kommissionen har att göra med en anmäld koncentration, eftersom kommissionen har behörighet att undersöka även dem vid ett separat förvärv av kontroll. Det finns flera exempel på fall där kommissionen har ingripit, på grund av befintliga minoritetsinnehav, vid en anmälan om en koncentration. För att avhjälpa problematiska situationer har kommissionen vanligen krävt avyttring av de befintliga minoritetsaktierna. I *Siemens/VA Tech*-fallet¹³⁷ hade Siemens ett minoritetsförvärv i SMS Demag, vilket var en konkurrent till VA Tech. Siemens hade dock ingått en säljoption och utövade sin rätt att sälja, men på grund av pågående förhandling hade avyttringen inte ägt rum vid anmälan av koncentrationen. Kommissionen var bekymrad över att det skulle uppstå problem på horisontnivå. Siemens hade fortfarande ett inflytande via sitt minoritetsförvärv, vilket kunde innebära en minskad konkurrens på den redan högt koncentrerade marknaden. Slutligen godkände kommissionen koncentrationen, med förbehållet att en förvaltare övertog Siemens rättigheter som aktieägare i väntan på avyttringen. I *IPIC/Man Ferrostaal*-fallet¹³⁸ hade MAN Ferrostaal ett minoritetsinnehav i Eurotecnica. Eurotecnica var en viktig leverantör för parternas och tredjemans kemikalieproduktion. Kommissionen var bekymrad över konkurrensbegränsningar på vertikalnivå, på grund av risk för avskärmning. Koncentrationen godkändes dock, förutsatt att minoritetsförvärvet avyttrades.¹³⁹

Problem uppstår dock om minoritetsförvärvet har ägt rum efter att kommissionen redan har granskat ett förvärv av kontroll. Även om konkurrensproblematiken är exakt densamma saknar kommissionen behörighet under koncentrationsförordningen att granska den typen av

¹³⁵ Staff Working Document, sid. 4.

¹³⁶ Staff Working Document, sid. 4.

¹³⁷ Case No COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*.

¹³⁸ Case No COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal*.

¹³⁹ Staff Working Document, sid. 5.

potentiellt konkurrenshämmande förvärv. Således är kommissionen oförmögen att granska senare uppkomna minoritetsförvärv, som inte är relaterade till förvärv av kontroll. Kommissionen finner den här situationen otillfredsställande.¹⁴⁰

Strukturella förbindelser kan leda till effekter liknande de som uppstår vid en fullständig koncentration. Kommissionen anser att en uppdatering av deras verktyg krävs för att de ska kunna agera vid problematiska situationer av minoritetsförvärv. En sådan uppdatering skulle innebära en utvidgning av koncentrationsförordningens tillämpning. Förordningen är begränsad till att endast innefatta koncentrationer som innebär ett förvärv av kontroll. En utvidgning skulle innebära att en ny typ av transaktioner skulle innefattas, nämligen strukturella förbindelser. Antalet fall som innebär problematiska strukturella förbindelser verkar dock vara relativt begränsade, varför kommissionen framhåller att det troligen inte är nödvändigt att vidta alla förfaranderegler i den nuvarande koncentrationsförordningen vid strukturella förbindelser. Kommissionen frågar sig om det obligatoriska ex-ante anmälningssystemet är nödvändigt eller om förfarandereglerna kan utformas så att kommissionen har möjlighet att välja ut de problematiska fallen.¹⁴¹

6.1 De aktuella alternativen

Kommissionen har valt att presentera två olika system för att granska strukturella förbindelser.

6.1.1 Anmälningssystem (notification system)

Det här systemet innebär egentligen bara en utvidgning av det nuvarande systemet, vilket innebär att strukturella förbindelser ska innefattas av ex-ante koncentrationskontrollen. Det här skulle innebära att alla relevanta strukturella förbindelser måste anmälas i förväg till kommissionen. Således får transaktionen inte genomföras om kommissionen inte har godkänt den. Kommissionen kommer då att avgöra från fall till fall om en transaktion ska godkännas.¹⁴²

6.1.2 Selektivsystem (selective system)

Under det här systemet skulle kommissionen ha diskretionen att välja ut specifika fall som rör strukturella förbindelser. Kommissionen presenterar två varianter av systemet. Eventuellt kan det under båda varianterna bestämmas att transaktionsparterna ska ha en möjlighet att lämna en frivillig anmälan.¹⁴³

¹⁴⁰ Staff Working Document, sid. 5.

¹⁴¹ Staff Working Document, sid. 6.

¹⁴² Staff Working Document, sid. 7.

¹⁴³ Staff Working Document, sid. 7.

6.1.2.1 Självedömningsssystem (self-assessment system)

En skyldighet att anmäla en transaktion på förhand till kommissionen ska inte omfatta strukturella förbindelser, enligt det här systemet. Parterna ska kunna genomföra transaktionen, men det finnas en möjlighet för kommissionen att inleda en granskning av strukturella förbindelser om kommissionen så önskar. För att bli varse strukturella förbindelser som kan vara konkurrenshämmande kommer kommissionen behöva förlita sig på sin egen marknadsinformation eller inkomna klagomål.¹⁴⁴

6.1.2.2 Transparensystem (transparency system)

Den andra varianten innebär att parterna vid en prima-facie-problematisk strukturell förbindelse är skyldiga att lämna in ett meddelande med översiktlig information angående transaktionen. Informationen som ska anmälas kan till exempel vara information angående parterna, vilken typ av transaktion det gäller och möjligen begränsad information angående den ekonomiska sektorn eller den aktuella marknaden. Den här typen av anmälan skulle försäkra att inga transaktioner äger rum obemärkta. Informationen skulle sedan publiceras på kommissionens hemsida och/eller i ”Official Journal”. Således uppmärksammas tredjeman samt medlemsstater på den aktuella transaktionen.¹⁴⁵

6.1.3 Substantestet

Substantestet, som återfinns i koncentrationsförordningen, används för att granska fullständiga koncentrationer. Genom substantestet fastställs det om en transaktion påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen. Kommissionen anser att substantestet skulle kunna appliceras på strukturella förbindelser möjligen med vissa klargöranden, förslagsvis i kommissionens riktlinjer. Likaså skulle koncentrationsförordningens tröskelvärde gällande omsättningen, som för närvarande fastställer kommissionens behörighet att pröva fullständiga koncentrationer, också kunna tillämpas på strukturella förbindelser.¹⁴⁶

6.1.4 Allmänna reaktioner

Bland svaren, som har kommit in till kommissionen, finns det många olika förslag när det gäller vilket system som borde antas om kommissionen bestämmer sig för att fortskrida med förslaget. Generellt verkar självbedömningsystemet vara det system som de olika aktörerna skulle föredra¹⁴⁷. Transparensystemet är det näst mest populära systemet, medan anmälningsystemet är det minst populära systemet.

¹⁴⁴ Staff Working Document, sid. 7.

¹⁴⁵ Staff Working Document, sid. 7.

¹⁴⁶ Staff Working Document, sid. 7.

¹⁴⁷ ICC, 2013, Baker & McKenzie, 2013, ABI, 2013, UK Competition Authority, 2013, AmCham, 2013, Linklaters, 2013, Orange, 2013, Philips, 2013, IBA, 2013, ABA, 2013.

Tysklands, som nationellt reglerar minoritetsförvärv, framhåller vikten av att kommissionen fortskrider med anmälningssystemet. Det tyska konkurrensverket betonar att ett obligatoriskt ex-ante anmälningssystem, där transaktionen varken får genomföras före anmälan eller före den har förklarats förenlig med regleringen, är att föredra. Vidare förklarar det tyska konkurrensverket att det är viktigt att hålla den administrativa bördan nere för företagen samtidigt som det inte får gå ut över granskningens effektivitet. För att garantera rättssäkerhet och likabehandling är det viktigt att det finns tydligt uppställda kriterier för kommissionen gällande den eventuella granskningen. Det framhålls även att anmälningssystemet snabbt innebär rättssäkerhet för företag, eftersom företag inte behöver grubbla på om en strukturell förbindelse kommer att anses otillåten längre fram i tiden. Efter att en strukturell förbindelse har anmälts skulle i så fall kommissionen ha ett förutbestämt antal dagar på sig att meddela om en transaktion inte är godkänd. I annat fall är transaktionen förenlig med den gemensamma marknaden.¹⁴⁸

Aktörerna som är emot ett anmälningssystem menar att systemet är en börda för företagen, eftersom det innebär stora kostnader. ICC förklarar att det görs en stor mängd minoritetsförvärv varje år och att då påtvinga företagen en anmälningsskyldighet på grund av ett fåtal problematiska fall skulle vara oproportionerligt.¹⁴⁹ Därtill skulle systemet innebära att kommissionen blir tvungen att lägga stora resurser på att granska transaktioner, som endast i ett fåtal fall är problematiska. AmCham anser det här vara en tillbakagång och i strid med den moderniseringstrend som har dominerat inom europeisk konkurrensrätt det senaste årtiondet.¹⁵⁰ Det irländska konkurrensverket framhåller att det är osannolikt att ett anmälningssystem kommer att innebära en balans mellan den ekonomiska och administrativa bördan och fördelarna med regleringen. Myndigheten varnar även för ett system som påminner om systemen i Storbritannien och Tyskland. I Storbritannien används begreppet ”material influence” och i Tyskland ”competitively significant influence”. Begreppen öppnar upp för olika tolkningar, vilket kan leda till rättsosäkerhet.¹⁵¹ Det brittiska konkurrensverket framhåller vikten av att väga fördelarna med ett anmälningssystem mot den stora administrativa och ekonomiska börda som systemet skulle innebära för parterna. Myndigheten finner anmälningssystemet opassande, med anledning av att det innebär en alltför stor börda för företagen.¹⁵² De flesta strukturella förbindelserna leder sannolikt inte till problem och flera aktörer instämmer om att anmälningssystemet skulle innebära en alltför tung börda, varför systemet anses oproportionerligt. Därtill anses systemet vara tidskrävande samt ett hinder för investeringar i Europa.¹⁵³

¹⁴⁸ German Competition Authority, 2013, s. 4-6.

¹⁴⁹ ICC, 2013, s. 8.

¹⁵⁰ AmCham, 2013, s. 4.

¹⁵¹ Irish Competition Authority, 2013, s. 4-5 och IBA, 2013, s. 18-19.

¹⁵² UK Competition Authority, 2013, s. 3.

¹⁵³ Baker & McKenzie, 2013, s. 5-6, Linklaters, 2013, s. 8, Vinge, 20013, s. 1, IBA, 2013, s. 17-18, ABA, 2013, s. 4 och Philips, 2013, s. 8.

ICC är en av många som argumenterar för att självbedömningssystemet är det bäst lämpade alternativet, då det försäkrar att problematiska transaktioner kommer upp till ytan. Företagen kommer vilja undvika att kostsamma avyttringar uppenbarar sig långt senare, därför kommer de vilja uppmärksamma kommissionen direkt angående aktuella transaktioner. Därtill kommer de mest skadliga transaktionerna att uppmärksammas av kunder och konkurrenter, varför kommissionen snabbt kommer att få vetskap angående problematiska transaktioner.¹⁵⁴ Det brittiska konkurrensverket finner även självbedömningssystemet vara det mest lämpade systemet för att hantera strukturella förbindelser. Dock framhåller myndigheten att det är viktigt att det nya systemet endast fångar upp de få problematiska fallen, bland alla andra transaktioner.¹⁵⁵ Många finner självbedömningssystemet lämpligast när de gäller att balansera den administrativa bördan mot syftet av en eventuell reglering, varför flera aktörer anser det här systemet vara mest proportionerligt.¹⁵⁶

Flera aktörer varnar dock för att självbedömningssystemet kan innebära en viss osäkerhet gällande rättssäkerheten, eftersom det kan vara svårt för parterna att bedöma om en transaktion kommer att granskas. Aktörerna föreslår att kommissionen ska fastställa tydliga riktlinjer och gränsvärden för att problematiska strukturella förbindelser ska kunna identifieras, vilket skulle öka rättssäkerheten.¹⁵⁷ Baker & McKenzie, som föredrar självbedömningssystemet bland de föreslagna, framhåller osäkerheten kring rättssäkerheten. Därtill anser Baker & McKenzie att systemet kommer att leda till stora kostnader och tidsspill för företagen som måste utvärdera transaktionerna, vilket kan leda till ett minskat intresse av att investera i Europa.¹⁵⁸ Det irländska konkurrensverket påpekar även att systemet kan vara svårt att administrera och systemet förlitar sig därtill helt på kommissionens marknadsinformation eller klagomål från tredje man.¹⁵⁹

Bland de aktörer som föredrar ett självbedömningssystem är det många som framhåller betydelsen av att det ska vara möjligt att göra en frivillig anmälan för att uppmärksamma kommissionen. Det skulle innebära att rättssäkerheten ökar för företagen samtidigt som kommissionen får information om potentiellt skadliga strukturella förbindelser.¹⁶⁰ ABA är dock tveksamma inför en frivillig anmälan, då de menar att det innebär en frivillig fördröjning innan transaktionen kan genomföras.¹⁶¹

Det irländska konkurrensverket föredrar transparensystemet, eftersom det här systemet skulle tillfredsställa informationsbehovet för att

¹⁵⁴ ICC, 2013, s. 8.

¹⁵⁵ UK Competition Authority, 2013, s. 3.

¹⁵⁶ Linklaters, 2013, s. 9, IBA, 2013, s. 19, ABA, 2013, s. 3, Orange, 2013, s. 3, och Philips, 2013, s. 10.

¹⁵⁷ AmCham, 2013, s. 4, Irish Competition Authority, 2013, s. 5, Baker & McKenzie, 2013, s. 6 och IBA, 2013, s. 20.

¹⁵⁸ Baker & McKenzie, 2013, s. 6.

¹⁵⁹ Irish Competition Authority, 2013, s. 5.

¹⁶⁰ ICC, 2013, s. 11, IBA, 2013, s. 20 och Orange, 2013, s. 3.

¹⁶¹ ABA, 2013, s. 7.

uppmärksamma potentiellt konkurrenshämmande transaktioner utan att betydligt öka den allmänna regleringen. Myndigheten påpekar dock att informationen som företagen måste tillhandahålla varken får vara alltför betungande eller omfattande.¹⁶²

De flesta aktörer finner dock transparensystemet vara alltför betungande, med anledning av att det innebär en börda för företagen att bistå med information som därtill möjligen inte är offentlig. Informationsbördan skulle dock vara mindre vid ett transparensystem än vid ett anmälningssystem, emellertid skulle den administrativa bördan samt kostnaderna vara fortsatt betungande. Om kommissionen bestämmer sig för att fortgå med transparensystemet bör informationen som företagen ska tillhandahålla vara begränsad.¹⁶³ AmCham uppmärksammar även att ett transparensystem skulle innebära att kommissionen måste lägga stora resurser på att granska transaktioner, trots att endast ett fåtal är problematiska.¹⁶⁴ Dock möjliggör systemet att kommissionen enkelt får tillgång till information angående potentiellt skadliga strukturella förbindelser.¹⁶⁵

Aktörerna anser generellt att det nuvarande substanstestet är ett välfungerande test, som bör kunna appliceras på strukturella förbindelser, varför det inte finns någon anledning att utveckla något nytt test. Testet anses vara brett, eftersom det kan hantera en mängd olika situationer och skadeteorier. Baker & McKenzie framhåller även att det kan vara potentiellt farligt att utveckla ett nytt system, då testet borde vara helt i linje med testet vid förvärv av kontroll för att inte skapa förvirring¹⁶⁶. Om kommissionen bestämmer sig för att fortskrida med förslaget efterfrågas dock riktlinjer för hur substanstestet ska tillämpas vid strukturella förbindelser.¹⁶⁷

Tydliga tröskelvärden och en ”safe harbour” är även något som efterfrågas från många aktörer.¹⁶⁸

6.2 Reflektioner

Vilket system kommissionen än väljer kommer det att innebära någon typ av kostnad och administration för affärlivet. Konkurrensregleringens syfte är att värna om den effektiva konkurrensen på den inre marknaden, vilket är viktigt att framhålla. Det gäller dock att fortskrida med det system som är mest effektivt, proportionerligt och minst ingripande. Naturligtvis måste regleringen även ske under rättssäkra former.

¹⁶² Irish Competition Authority, 2013, s. 5.

¹⁶³ ICC, 2013, s. 8-9, ABA, 2013, s. 4, Baker & McKenzie, 2013, s. 6, Linklaters, 2013, s. 8-9.

¹⁶⁴ AmCham, 2013, s. 4.

¹⁶⁵ British Competition Authority, 2013, s. 3.

¹⁶⁶ Baker & McKenzie, 2013, s. 4.

¹⁶⁷ ICC, 2013, s. 7, Irish Competition Authority, s. 4, UK Competition Authority, 2013, s. 2, Linklaters, 2013, s. 7, Baker & McKenzie, 2013, s. 4, IBA, 2013, s. 15 och 17, ABA, 2013, s. 3, Orange, 2013, s. 2-3.

¹⁶⁸ ICC, 2013, s. 9 och 11, ABA, 2013, s. 6, Linklaters, 2013, s. 10-11, IBA, 2013, s. 20.

Av de svar som jag har granskat är en majoritet för ett självbedömningssystem och även jag finner det systemet mest lämpligt för att reglera strukturella förbindelser. Ett anmälningssystem eller transparensystem anser jag vara alltför betungande för företagen, således finner jag alternativen oproportionerliga. Jag instämmer med ICC som konstaterar att den ekonomiska- samt administrativa bördan skulle vara oproportionerlig i relation till den stora mängd minoritetsförvärv som årligen görs, där endast ett begränsat antal är problematiska. Informationsbördan skulle dock vara mindre vid ett transparensystem än vid ett anmälningssystem, ändå finner jag bördan problematisk. Den stora fördelen med de här två systemen är att inga strukturella förbindelser kan passera kommissionen obemärkt. Systemen är dock, i min mening, alltför ingripande för att kunna motiveras. Systemen innebär en alltför tung börda för affärslivet, men även för kommissionen. Om anmälningssystemet eller transparensystemet antas innebär det att kommissionen måste lägga stora resurser på att granska en mängd minoritetsförvärv, där endast ett fåtal förväntas vara skadliga. Det borde ligga i kommissionens intresse att finna ett effektivt och resurssparande system, så att kommissionen kan fokusera på att ingripa mot de få fallen som faktiskt är problematiska. Således är systemen oproportionerliga för både affärslivet och kommissionen. För företagen kan den administrativa och ekonomiska bördan leda till att det blir mindre attraktivt att investera i minoritetsförvärv, vilket skulle vara negativt ur ett samhällsekonomiskperspektiv. Det skulle även vara negativt ur ett unionsperspektiv, eftersom jag anser att den minskade attraktiviteten framförallt kommer att påverka transaktionerna över medlemsgränserna. Transaktioner utanför den egna medlemsstaten kommer troligen att uppfattas som mer betungande, med anledning av att företag kan tänkas vara mest bekanta med reglering, rutiner och processer i den egna medlemsstaten.

Jag skulle rekommendera kommissionen att anta självbedömningssystemet, med anledning av att jag finner det systemet mest lämpligt och tillräckligt för både kommissionen och affärslivet. Jag råder därtill kommissionen att införa en frivillig anmälan med en tidsbegränsning för att värna om rättssäkerheten. De som har varit kritiska till självbedömningssystemet har framhävt risken för rättsosäkerhet på grund av en eventuell svårighet för företagen att bedöma om en strukturell förbindelse kommer att granskas. Den här problematiken uppstår inte vid ett anmälningssystem då det snabbt blir klart för företagen vad som gäller, emellertid har jag konstaterat att det inte är ett lämpligt system i andra avseenden. Ändå vill jag påstå att självbedömningssystem inte behöver vara ett hot mot rättssäkerheten om kommissionen fastställer tydliga riktlinjer, tröskelvärden och en ”safe harbour”. Om ett frivilligt anmälningssystem med tidsbegränsning därtill införs menar jag att osäkerheten nästan helt kan elimineras. Om ett företag känner sig tveksam inför en transaktion, även efter att företaget har tagit del av kommissionens tydliga riktlinjer, bör det vara möjligt för företaget att göra en frivillig anmälan till kommissionen. Kommissionen uppmärksammas följaktligen på en transaktion som kan vara potentiellt

skadlig. Om kommissionen inte, inom angiven tidsgränsen, påbörjar en granskning är transaktionen förenlig med den gemensamma marknaden. Således anser jag att det inte föreligger någon berättigad oro för rättssäkerhet. Jag argumenterar för att det här systemet försäkras en effektiv kontroll samtidigt som det inte innebär en alltför stor börda för affärlivet eller för kommissionen. Även om strukturella förbindelser kan få betydande konkurrens effekter är problemet relativt begränsat, varför en alltför ingripande granskning är oproportionerlig. Jag ser ingen större risk för att problematiska strukturella förbindelser skulle passera kommissionen obemärkt då de problematiska strukturella förbindelserna lär uppmärksammas av konsumenter och konkurrenter på grund av sina eventuellt negativa konkurrens effekter. Om en problematisk strukturell förbindelse skulle upptäckas senare än önskat är det dock inte något större problem i min mening, eftersom det är möjligt att dela på minoritetsförvärvet i efterhand. Vid en fullständig koncentration kan det vara väldigt svårt att separera företagen efter att koncentrationen har ägt rum, varför även en ex ante-anmälan är motiverad. Vid minoritetsförvärv borde det dock inte vara särskilt komplicerat. Ett visst informationsutbyte kan ha ägt rum, men transaktionen är fortfarande delbar. När det gäller minoritetsförvärv går det således att ”unscramble the egg”, vilket inte är möjligt i samma utsträckning vid en fullständig koncentration. Självbedömningssystemet försäkras följaktligen en effektiv kontroll samtidigt som systemet är lämpligt och tillräckligt. Systemet är proportionerligt och rättssäkert, således rekommendera jag kommissionen att fortskrida med självbedömningssystemet.

Substantestet verkar generellt vara något som aktörerna anser vara tillämpligt även på strukturella förbindelser. Jag anser det även önskvärt att tillämpa samma test vid strukturella förbindelser, som vid fullständiga koncentrationer, för att undvika förvirring. Dock ifrågasätter jag om det i praktiken är möjligt att tillämpa samma test, eftersom testet rekvisitmässigt måste användas annorlunda. Vid strukturella förbindelser förvärvas aldrig kontroll, varför det i praktiken inte kan vara samma test. När det gäller strukturella förbindelser finns det flera dimensioner, således uppstår frågor kring hur riktlinjer och procentsatser ska utformas eller vad det annars ska ses till.

Koncentrationer och minoritetsförvärv är vanliga inom EU och de förväntas bli fler, vilket uppmuntras av EU. Jag anser dock att anmälningssystemet och transparensystemet innebär icke motiverade barriärer för minoritetsförvärv, vilket går emot den modernisering som har förelegat inom den europeiska konkurrensrätten under en längre tid. De politiska och ekonomiska målen bakom konkurrensregleringen är tydliga, men de här två systemen anser jag kan få motsatt effekt. Anmälnings- och transparensystemet kan minska attraktiviteten för företag att investera utanför sina medlemsgränser (se ovan), vilket skulle vara olyckligt. Genom att införa den här typen av reglering kan det således få negativa effekter på den fria rörligheten, vilket är ett fundamentalt värde som EU starkt värnar

om. Samtidigt är det viktigt att upprätthålla en fungerande inre marknad, vilket jag anser att självbedömningssystemet säkerställer.

7 Utblick

Inom EU har flera medlemsstater nationella koncentrationskontrollregler som innebär en behörighet att granska strukturella förbindelser. Exempel på sådana stater är Storbritannien, Tyskland och Österrike.

7.1 Storbritannien

I Storbritannien är det Enterprise Act (2002) som är den aktuella lagstiftningen för koncentrationer och så även för minoritetsförvärv. Behörighet att granska minoritetsinnehav uppenbarar sig när innehavet innebär ett väsentligt inflytande (material influence) över det förvärvade företaget. Det här är en lägre tröskel än den i koncentrationsförordningen. I koncentrationsförordningen talas det om avgörande kontroll, vilket innebär att kontroll måste föreligga.¹⁶⁹ Förmågan att utöva väsentligt inflytande är den lägsta typen av kontroll som kan uppstå vid ett förvärv enligt den brittiska regleringen. När det gäller väsentligt inflytande fokuserar OFT på förvärvarens förmåga att påverka målföretagets policy. Avsnitt 26(3) Enterprise Act stadgar att OFT kan behandla väsentligt inflytande på samma sätt som de behandlar faktiskt kontroll. För att avgöra om det föreligger ett väsentligt inflytande görs en helhetsbedömning, från fall till fall. OFT har kompetens att granska alla minoritetsförvärv som består av minst 15 %, för att avgöra om väsentligt inflytande föreligger. I undantagsfall kan dock OFT granska förvärv som består av mindre än 15 % om speciella omständigheter föreligger. Sådana omständigheter kan vara fördelningen av övriga aktieandelar, närvaro och röstning vid bolagstämma, förekomsten av speciella vetorättigheter, etcetera.¹⁷⁰ Både granskning av minoritetsförvärv och fullständiga koncentrationer görs i syftet för att bedöma om innehavet eller koncentrationen kommer att leda till betydligt minskad konkurrens. Av alla transaktioner som granskas i Storbritannien rör cirka 5 % minoritetsförvärv.¹⁷¹

7.2 Tyskland

Den tyska koncentrationslagstiftningen är kodifierad i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung "GWB" (lag mot konkurrensbegränsningar). Förvärv av både kontrollerande och icke kontrollerande minoritetsinnehav faller in under regleringen förutsatt att förvärvet kvalificeras som en koncentration, i enlighet med § 37 GWB. Om en transaktion faller in under begreppet koncentration föreligger det en skyldighet att anmäla transaktionen. När det gäller förvärv av kontroll följer den tyska lagstiftningen koncentrationsförordningen, men när det gäller icke-kontrollerande minoritetsförvärv finns det två olika alternativ för

¹⁶⁹ Enterprise Act (2002) och Staff Working Document, Annex II, sid. 15.

¹⁷⁰ Office of Fair Trading, *Merger and Procedural Guidance*, Enterprise (2002), sid. 15-16.

¹⁷¹ Enterprise Act (2002) och Staff Working Document, Annex II, sid. 15.

granskning. Det första alternativet stadgar att ett minoritetsförvärv ska anmälas vid tröskelvärden på 25-50 % (§ 37(1) no 3 GWB). Alternativ två fastställer kvalitativa kriterier för när ett minoritetsförvärv innebär betydande konkurrensinflytande för förvärvaren, varför förvärvet måste anmälas (§ 37(1) no 4 GWB). Av alla koncentrationer som anmäls till det tyska konkurrensverket består cirka 10-12 % av minoritetsförvärv. Förvärv som innebär minst 25 % aktiekapital (§ 37(1) no 3 GWB) består av cirka 10 % och av dessa förbjuds sedan 10 %. Transaktioner som har anmälts under betydande konkurrensinflytandekriteriet (competitively significant influence criterion) (§ 37(1) no 4 GWB) består av endast 0,6 % av alla anmälningar. Av alla koncentrationer som förbjuds är dock 11 % anmälda under betydande konkurrensinflytandekriteriet.¹⁷²

7.3 USA

Den aktuella lagstiftningen i USA är Clayton Act från 1914, vilken är ett tillägg till Sherman Act från 1890. Avsnitt 7 i Clayton Act (Section 7 of the Clayton Act) förbjuder förvärv av tillgångar och aktier när effekten av ett sådant förvärv kan väsentligt minska konkurrensen eller tenderar att skapa ett monopol. Den här definitionen innefattar både strukturella förbindelser och fullständiga koncentrationer. Amerikanska domstolar har i flera fall klargjort tillämpningsområdet, men det finns ingen fastställd praxis för när en viss procentandel ska anses leda till konkurrensbegränsning. De fall där strukturella förbindelser har ansetts vara en kränkning av avsnitt 7 i Clayton Act har innehaven dock legat på minst 15 %. Ändå finns det fall där påföljder (remedial actions) har ordinerats för minoritetsförvärv på mindre än 15 %. En transaktion ska anmälas när den når tröskeln för transaktionsstorleken förutsatt att ingen av undantagen i Hart-Scott-Rodino (HSR) Act är tillämpliga. Strukturella förbindelser kan således behöva anmälas även om de endast består av en väldigt liten del av målföretagets totala aktiekapital. HSR Act innehåller dock en "safe harbour" för alla förvärv som består av eller understiger 10 % av aktiekapitalet och därav undantagna från anmälningsskyldigheten. När en transaktion väl är anmäld förligger en 30 dagars vänteperiod, varefter en transaktion kan verkställas. Det finns inget system för frivilliga anmälningar, men företag kan fortfarande uppmärksamma konkurrensmyndigheterna på icke anmälningsskyldiga transaktioner. Om myndigheterna väljer att inte vidta åtgärder efter en anmälning och väntetiden har passerat kan transaktionen verkställas. Amerikanska konkurrensmyndigheter gör samma konkurrensbedömning vid strukturella förbindelser som vid fullständiga koncentrationer. Sedan 2006 och fram till 2011 har Department of Justice uppmärksammat 18 fall av minoritetsförvärv där konkurrensbekymmer har förelegat.¹⁷³

¹⁷² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen "GWB" och Staff Working Document, Annex II, sid. 11.

¹⁷³ Clayton Act, Hart-Scott-Rodino Act, och Staff Working Document, Annex II, sid. 16-17.

7.4 Reflektioner

Det finns olika sätt att hantera minoritetsförvärv, vilket exemplen ovan illustrerar genom de skilda konkurrensreglerna. Att nationell lagstiftning skulle vara lösningen på problematiska strukturella förbindelser som undgår granskning kan av den anledningen ifrågasättas. Medlemsstaterna skulle i så fall utforma sina nationella lagstiftningar, vilka kan skilja sig väldigt från medlemstat till medlemstat (för vidare resonemang se avsnitt 6.2).

Om kommissionen bestämmer sig för att fortskrida med förslaget finner jag det bekymmersamt om kommissionen bestämmer sig för att införa ett system som påminner om det brittiska eller det tyska systemet, vilket även det irländska konkurrensverket och IBA framhåller. I Storbritannien används begreppet ”material influence” och i Tyskland ”competitively significant influence”. Det här är begrepp som kan ge upphov till olika tolkningar, vilket kan skapa begreppsförvirring. Om medlemsstater tolkar begreppen olika kan det vidare leda till rättsosäkerhet, vilket skulle vara olyckligt. Jag framhåller vikten av att kommissionen fastställer tydliga kriterier för när en strukturell förbindelse är att anses problematisk. Det är viktigt att kriterierna inte öppnar upp för olika tolkningar, eftersom det kan leda till oklarhet, otydlighet samt oförutsägbarhet för rättsliga konsekvenser. Jag bedömer att fastställandet av procentsatser för strukturella förbindelser och ”safe harbours” kan vara erforderliga för att värna om rättssäkerheten. Strukturella förbindelser kan dock få negativa konkurrenseffekter vid relativt små förvärv, varför det kan vara svårt att fastställa korrekta procentsatser för att fånga upp de problematiska fallen. Att de negativa effekterna kan uppenbara sig vid relativt små förvärv ger visst stöd för en reglering likt den brittiska eller tyska. Begrepp som ”material influence” och ”competitively significant influence” ger dock utrymme för alldeles alltför vida tolkningar, vilket kan leda till rättsosäkerhet. För att upprätthålla rättssäkerheten är det viktigt att reglerna är effektiva samt förutsägbara. Enligt mig uppnås det bäst genom en harmoniserad lagstiftning som inte möjliggör alltför vida begreppstolkningar.

8 Sammanfattande reflektioner & slutsatser

Syftet med det här arbetet har varit att analysera och granska behovet av en mer effektiv kontroll av företagskoncentrationer inom EU med frågeställningarna som utgångspunkt. Frågeställningarna följer nedan, men först vill jag redogöra för några sammanfattande reflektioner.

8.1 Sammanfattande reflektioner

Det har konstaterats att de problematiska strukturella förbindelserna är relativt begränsade, dock kan dessa få fall få betydande negativa konkurrens effekter. Kommissionen har i *Philip Morris*-fallet bekräftat att minoritetsförvärv kan hanteras genom artiklarna 101 och 102 TFEU. Det finns dock situationer när det kan vara svårt att tillämpa artikel 101 eller 102 TFEU, varför problematiska strukturella förbindelser kan undgå granskning. Därtill uppenbarar sig problematiken kring rättssäkerhet och förutsägbarhet då företag inte vet hur kommissionen eller EU-domstolen skulle tillämpa eller tolka de aktuella artiklarna. Jag anser inte att det materiella gap som föreligger i koncentrationsförordningen överbyggs på ett lämpligt och tillräckligt sätt med hjälp av artiklarna 101 och 102 TFEU. För att värna om konkurrensregleringens syfte, att värna om effektiv konkurrens, är någon typ av reglering motiverad.

I *Ryanair/Aer Lingus*-fallet konstaterar kommissionen att den saknar behörighet att kräva att Ryanair skulle avyttra sitt minoritetsförvärv. Kommissionen påminde dock om att problemet kan hanteras under de nationella konkurrensregleringarna. Jag finner det dock problematiskt att förlita sig på nationell lagstiftning för att hantera problemet. Konkurrensrätten är nästan helt EU-rättsligt harmoniserad, varför jag anser det lämpligt att även strukturella förbindelser är inkluderade i denna harmonisering för att upprätthålla klarhet, tydlighet och förutsägbarhet. Det finns en risk för att olika nationella regleringar kan ge upphov till forumshopping samt osäkerhet kring reglerna. Rättssäkerheten är fundamental i ett demokratiskt samhälle, således är det viktigt att regleringen är effektiv och förutsägbar för att rättsosäkerhet inte ska uppstå. Jag argumenterar även för att den här osäkerheten kan leda till en minskad attraktivitet för att investera inom EU, vilket skulle vara beklagligt då EU har arbetat för att integrera den inre marknaden. Därtill ser jag en risk för att företag utanför Europa kan tveka inför att investera inom EU, vilket skulle innebära att EU kan gå miste om viktiga investeringar.

Konkurrensregleringens syfte är att värna om den effektiva konkurrensen på den inre marknaden. Kommissionen måste dock se till det alternativ som är mest effektivt, proportionerligt och minst ingripande. Självfallet måste regleringen även ske under rättssäkra former. Jag har konstaterat att

anmälningssystemet och transparensystemet är alltför betungande för affärlivet, men även för kommissionen. Systemen finner jag således oproportionerliga. Jag anser även att de här systemen kan leda till en minskad attraktivitet för att investera i minoritetsförvärv på grund av den ekonomiska och administrativa bördan. Det här skulle vara negativt ur både ett samhällsekonomiskt- och ett unionsperspektiv. Självbedömningssystemet i anslutning med möjligheten till en frivillig anmälan samt att kommissionen fastställer tydliga riktlinjer, tröskelvärden och ”safe harbour”, anser jag vara ett lämpligt och tillräckligt system för att upprätthålla en fungerande inre marknad. Således, garanteras en effektiv kontroll samtidigt som systemet är proportionerligt och rättssäkert.

Kommissionen bör även undvika att anta ett system som påminner om det brittiska (material influence) eller det tyska (competitively significant) systemet då de här systemen öppnar upp för olika tolkningar, vilket kan leda till rättsosäkerhet.

Avslutningsvis, konstaterar jag att kommissionens förslag är ett steg i rätt riktning mot en mer effektiv koncentrationskontroll inom EU. Strukturella förbindelser är, enligt min mening, ett problem som både bör och säkerligen kommer att regleras av EU i framtiden. Jag misstänker dock att det kommer att ta tid innan vi ser en sådan reglering. När kommissionen väl har valt vilket system de vill fortskrida med kommer kommissionen behöva utveckla förslaget. Förslaget är inte alltför övertygande och flera aktörer efterfrågar en tydligare definition på strukturella förbindelser samt exempel på verkliga problematiska händelser, utöver de presenterade skadeteorierna. Strukturella förbindelser är ett hett diskussionsämne just nu, då en reglering kan få betydande konsekvenser för affärlivet. Det är nödvändigt att företagen upplever en eventuell reglering som rimlig och rättvis för att regleringen ska få genomslagskraft. Således är det viktigt att kommissionen presenterar ett tydligt och bestämt förslag för att eliminera eventuell tveksamhet inför förslaget. Slutligen, även om kommissionen har en relativt lång väg kvar mot en mer effektiv koncentrationskontroll är det här förslaget ett steg i rätt riktning.

8.2 Slutsatser

- 1) Finns det ett materiellt gap (material gap) i koncentrationsförordningens tillämpningsområde? Om ja, är det här gapet av ett sådant slag att det rättfärdigar en utvidgning av koncentrationsförordningen?

Som regleringen ser ut idag kan problematiska strukturella förbindelser undgå granskning. Koncentrationsförordningen ger inte behörighet att hantera de problematiska fallen, varför det förligger ett materiellt gap. Därtill saknas det tillräcklig och lämplig kompletterande lagstiftning som skulle kunna tillämpas som ett komplement till koncentrationsförordningens bristande behörighet att fånga upp de strukturella förbindelserna. Det är framförallt artiklarna 101 och 102 TFEU som skulle kunna vara aktuella

verktyg för att hantera problematiska strukturella förbindelser, emellertid hanterar artiklarna inte problematiken på ett fullgott sätt. Det har konstaterats att de problematiska strukturella förbindelserna är relativt begränsade, dock kan de få problematiska fallen innebära stora negativa konkurrens effekter. Konkurrensregleringens syfte är att värna om den effektiva konkurrensen på den inre marknaden och för att upprätthålla det här syftet är en reglering berättigad. I beaktandet av de här betydande negativa konkurrens effekterna samt vetskapen om att det inte finns någon lämplig och tillräcklig kompletterande lagstiftning rättfärdigas en utvidgning av koncentrationsförordningen.

- 2) Kommissionen presenterar två olika system: anmälningssystemet och selektivsystemet (självbedömningssystemet eller transparensystemet), vilket är att föredra för att uppnå effektiv kontroll utan att bli en alltför tung börda för affärlivet?

Min uppfattning är att självbedömningssystemet är mest lämpligt och tillräckligt för affärlivet, men även för kommissionen. Anmälning- och transparensystemet innebär en alltför stor börda för företagen, varför systemet blir oproportionerligt. Självbedömningssystemet är effektivt, proportionerligt samt den minst ingripande regleringen. Därtill anser jag att rättssäkerhet garanteras, förutsatt att systemet möjliggör för en frivillig anmälan med tidsbegränsning samt att tydliga riktlinjer, gränsvärden och ”safe harbour” fastställs.

Bilaga A

REPLIES TO THE CONSULTATION

Public authorities

- Austrian Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)
- Bundeskartellamt and Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Irish Competition Authority
- Office of Fair Trading and UK Competition Commission
- Polish Office of Competition and Consumer Protection
- Norwegian government

Registered organisations

- ABI – Association of British Insurers
- AFEC - Association Française d'Etude de la Concurrence
- AFEP - French Association of Large Companies
- Assonime - Associazione fra le società italiane per azioni/Association of Italian Joint Stock Companies
- BDI - Federation of German Industries
- CEFIC - European chemical industry
- CLLS - City of London Law Society
- COMPER Fornalczyk & Partners General Partnership
- DIA - Danish Insurance Association
- ENEL Group
- EVCA - The European Private Equity and Venture Capital Association
- JBCE – Japan Business Council in Europe
- Liberty Global
- MEDEF - Mouvement des entreprises de France
- Siemens

Non-registered organisations

Law firms

- Allen & Overy LLP
- Ashurst LLP
- Baker & McKenzie
- Berwin Leighton Paisner LLP
- Cadwalader, Wickersham & Taft LLP
- Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
- Clifford Chance LLP
- CMS
- Dickson Minto W.S.

- Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
- Herbert Smith Freehills LLP
- Hogan Lovells International LLP
- Linklaters LLP
- Mayer Brown Europe-Brussels LLP
- NautaDutilh N.V.
- Pinsent Masons LLP
- Shearman & Sterling LLP
- Simmons & Simmons LLP
- SJ Berwin LLP
- Van Bael & Bellis
- Vinge

Companies

- Aer Lingus
- Air France
- Canon Europe
- Orange
- Philips International B.V.
- Ryanair

Companies' and industry associations

- AmCham - American Chamber of Commerce
- DSA - Danish Shipowners' Association
- FVCA - Finnish Venture Capital Association's
- ICC - International Chamber of Commerce
- Merger Streamlining Group

Lawyer's associations

- ABA - American Bar Association
- APDC - Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence
- ECLF - European Competition Lawyers Forum
- IBA - International Bar Association
- ICLA - In-House Competition Lawyers' Association
- Studienvereinigung Kartellrecht

Other associations

- AEDC - Spanish Association for the Defence of Competition
- Le Club des Juristes

Economic consultancies / Academia / international organisations

- CRA - Charles River Associates

- CCP - ESRC - Economic and Social Research Council - Centre for Competition Policy, University of East Anglia, UK
- OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development

Individual citizens

- Mr Capretti
- Mr Davison

Käll- & litteraturförteckning

Rättsakter

EU

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ("EG:s koncentrationsförordning").

Sverige

Svensk författningssamling 2008:579, konkurrenslag.

Internationella

Clayton Antitrust Act (1914), Clayton-15 U.S.C. §§ 12-27, USA.

Enterprise Act (2002), chapter 40, Storbritannien.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen "GWB" (1957), Tyskland.

Hart-Scott-Rodino "HSR" Antitrust Improvements Act (1976), HSR-15 U.S.C. § 18a, USA.

Offentliga tryck

EU

Commission Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC), No 4064/89, 2001.

Commission Staff Working Document, *Towards more effective EU merger control*, part 1/3, 2013.

Commission Staff Working Document, *Towards more effective EU merger control*, Annex I, part 2/3, 2013.

Commission Staff Working Document, *Towards more effective EU merger control*, Annex II, part 3/3, 2013.

Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (2008/C 95/01).

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

Storbritannien

Office of Fair Trading, *Merger and Procedural Guidance*, Enterprise (2002), juni 2009.

Sverige

Proposition 2007/08:135, ”Ny konkurrenslag m.m”.

Proposition 1998/99:144, ”Regler om företagskoncentration”.

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 1, Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, 3. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU law: text, cases, and materials*, 5. ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2011.

Dubrow, Jon B., ”Challenging the Economic Incentives Analysis of Competitive Effects in Acquisitions of Passive Minority Equity Interests”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 69, sidor 113-145, 2001.

EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Ezrachi, Ariel & Gilo, David, ”EC Competition Law and the Regulation of Passive Investments Among Competitors”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 2, sidor 327-349, 2006.

Flath, David, ”Vertical Integration by Means of Shareholding Interlocks”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 7, sidor 369-380, 1989.

Greenlee, Patrick & Raskovich, Alexander, ”Partial Vertical Ownership”, *European Economic Review*, Vol. 50, No. 4, sidor 1017-1041, 2006.

Gustafsson, Leif & Westin, Jacob, *Svensk konkurrensrätt*, 3., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

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

Hunold, Matthias & Röller, Lars-Hendrik & Stahl, Konrad, "Backwards Integration and Strategic Delegation", *ZEW Discussion Paper*, No. 12-022, 2012.

Jones, Alison & Sufrin, B. E., *EU competition law: text, cases, and materials*, 4. ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EU competition law: text, cases, and materials*, 5. ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

Lerhberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 6. uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2010.

Levy, Nicholas, "EU Merger Control and Non-Controlling Minority Shareholdings: The Case Against Change", *European Competition Journal*, Vol. 9, No. 3, sidor 721-753, 2013.

O'Brien, Daniel P. & Salop, Steven C., "Competitive Effects on Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control", *Antitrust Law Journal*, Vol. 67, sidor 559-614, 2000.

O'Brien, Daniel P. & Salop, Steven C., "The Competitive Effects of Passive Minority Equity Interests: Reply", *Antitrust Law Journal*, Vol.69, sidor 611-625, 2001.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridik argumentation*, Fritzes, Stockholm, 1995.

Sandgren, Claes - *Debatt – Är rättsdogmatiken dogmatisk? Tidsskrift för Rettsvetenskap nr 04-05*, s. 648-656, 2005.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattaren: ämne, material, metod och argumentation*, 2. uppl., Nordstedts juridik, Stockholm, 2007.

Sevenius, Robert, *Företagsförvärv: en introduktion*, 2., [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011.

Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, 7. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

Övrigt

ICN Merger Working Group: Investigation and Analysis Subgroup, *ICN Merger Guidelines Workbook*, 2006.

OECD, Policy Roundtables, *Minority Shareholdings*, 2008.

Internet

Strategic Management Insight,
<http://www.strategicmanagementinsight.com/topics/vertical-integration.html>, 2014-03-10, klockan 13:00.

Konkurrensverket, http://www.kkv.se/t/page_680.aspx#e, 2014-04-02, klockan 13:00.

Svar på kommissionens konsultation

Offentliga myndigheter

Bundeskartellamt and Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, 2013.

Irish Competition Authority, 2013.

Office of Fair Trading and UK Competition Commission, 2013.

Registrerade organisationer

Aer Lingus, 2013.

Association of British Insurers, 2013.

Danish Insurance Association, 2013.

Icke registrerade myndigheter

American Bar, Association, 2013.

American Chamber of Commerce, 2013.

Baker & McKenzie, 2013.

International Bar Association, 2013.

International Chamber of Commerce, 2013.

Linklaters LLP, 2013.

Orange, 2013.

Organisation for Economic Co-operation and Development, 2013.

Philips International B.V. 2013.

Ryanair, 2013.

Vinge, 2013.

Rättsfallsförteckning

EU

Tribunalen

Case T-102/96, *Gencor Ltd v. Commission*

Case T-411/07, *Air Lingus v. Commission*

EU-domstolen

Joined Cases 142 and 156/84, *British-American Tobacco e.a. v. Commission*
“*Philip Morris*”

Kommissionens beslut

Case No COMP/M.1806 *AstraZeneca/Novartis*

Case No COMP/M.2208, *Chevron/Texaco*

Case No COMP/M.3653 *Siemens/VA Tech*

Case No COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*

Case No COMP/M.5406 *IPIC/MAN Ferrostaal*

Case No IV/M.1016, *Price Waterhouse/Coopers&Lybrand*

Case No IV/34.410 *Olivetti/Digital*

Case No IV/34.857 *BT/MCI*

Storbritannien

Ryanair/Aer Lingus, ME/4694/10, OFT decision, 15 juni 2012

Ryanair/Aer Lingus, CC Report, 28 augusti 2013

Case 1219/4/8/13, *Ryanair/Competition Commission*, 7 mars 2014