



HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI

Opiskelijakirjaston verkkojulkaisu 2004

Ackvisitionskontrollens anatomi – rättsekonomska tvivel

Max Oker-Blom

Julkaisija: Helsingfors : Juridiska föreningen i Finland, 1865-
Julkaisu: Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland (JFT)
2001
ISSN 0040-6953
s. 260-276

Tämä aineisto on julkaistu verkossa oikeudenhaltijoiden luvalla. Aineistoa ei saa kopioida, levittää tai saattaa muuten yleisön saataviin ilman oikeudenhaltijoiden lupaa. Aineiston verkko-osoitteeseen saa viitata vapaasti. Aineistoa saa opiskelua, opettamista ja tutkimusta varten tulostaa omaan käyttöön muutamia kappaleita.

www.opiskelijakirjasto.lib.helsinki.fi

opiskelijakirjasto-info@helsinki.fi

Ackvisitionskontrollens anatomi – rättsekonomska tvivel*

av jur.lic. MAX OKER-BLOM

1. Några frågor

Stadgandena om förvärvskontroll intogs i den finska lagen om konkurrensbegränsningar 1.10.1998.¹ Enligt uppgift har konkurrensverket under år 1999 godkänt 75 förvärv och med konkurrensrådets benägna bistånd villkorat 5. Per sista november år 2000 har 97 godkänts och 5 godkänts med villkor. Tillsvidare har alltså inget förvärv förbjudits helt.² Procentuellt sett har alltså 100 % av förvärven klarat kontrollen och i ca 5 % av fallen har en justering av förvärvet skett. En genomgång av motsvarande siffror för EU-kommissionen ger följande statistik. Av sammanlagt 1490 anmälda företagsförvärv sedan september år 1990, d v s den tidpunkt den sk fusionsförordningen³ trädde i kraft, till slutet av september 2000 har 13 ackquisitioner förbjudits och i 117 fall har förvärven villkorats.⁴

* Jur. kand. och ekonom Minna Huhtaniska har vänligen läst igenom artikeln och kommenterat denna för vilket jag är mycket tacksam.

¹ 3a kapitlet i Lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992).

² Uppgifterna för 1.1-30.11.2000 har vänligen lämnats av gruppsekreterare Hannele Montonen vid konkurrensverket 1.12.2000. Se också beträffande statistiska uppgifter Konkurrensverkets årsbok 2000 15 där uppgifter om de anmälda företagsförvärvens antal och karaktär intagits samt Wallin-Sittnikow 148. Enligt uppgift av konkurrensverket har de villkor som föreslagits av konkurrensrådet i ett fall visserligen enligt förvärvarna varit så restriktiva att dessa (Sonera Oyj och Yleisradio Oy) avstod från köpet. Fallet som här avses gällde - Digita varav Sonera Oyj och Rundradion gemensamt förvärvat en bestämmande position.

³ Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

⁴ European Merger Control - Council Regulation 4064/89 - Statistics, <http://www.europa.eu.int/comm/cotnpetition/mergers/cases/stats.html>

Omräknat i procent har alltså drygt 99 % godkänts, varav 8,5 % villkorats, men godkänts, och 0,95 % stoppats helt.⁵ Utan tvivel intressanta siffror. De ger anledning till ett antal frågor.

Är det kanske så att marknaden, d v s den finska och den sk inre marknaden, fungerar effektivt eller åtminstone relativt effektivt, eftersom så få ingripanden behövts? Finns det en risk att de verkligt flagranta fallen trots allt inte fångas upp av förvärvskontrollen? Med hänsyn till dagens stundtals aggressiva mediabevakning är detta likväl mycket osannolikt. En försummelse att anmäla är ju dessutom sanktionerad.⁶ Eller är det så att stadgandena har preventiv effekt?⁷ Vissa ansökningar dras tillbaka i fall då negativa avgöranden är att vänta såsom ovan antytts. Eller är det rentav så ställt att reglerna inte alls behövs? Jag har i huvudsak haft den sistnämnda, och antagligen mest provokativa, frågan i tankarna i framställningen nedan. Jag betraktar först förvärvskontrollens uppkomstorsaker och begreppsbildning varefter jag ger uttryck för vissa tvivel. Några rättsdogmatiska tolkningsspörsmål diskuteras inte, vilket i och för sig säger sig självt. Jag kommer här, vid sidan av finska synpunkter, som upptar det huvudsakliga intresset, in på vissa europeiska, d v s EG-rättsliga, tankegångar. Detta är i och för sig rätt självfallet då de finska reglerna i hög grad influerats av de EG-rättsliga. Framställningen skall närmast förstås som en inledning till fortsatt analys och diskussion.

⁵ Vid beräkningen av procentsatsen har jag subtraherat de återkallade fallen, d v s 61 st, från totalbeloppet liksom sammanlagt 63 fall på vilka förordningen antingen inte ansetts tillämplig, 52 st, eller vilka återförts till de lokala konkurrensmyndigheterna, 11 st.

⁶ Se t.ex. 11 g § i den finska lagen. Se också Konkurrensverkets årsbok 2000 10 där det bl a konstateras att »Yritykset ovat omaksuneet säännökset hyvin, eikä viraston tietoon ole tullut merkittäviä kauppojen ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntejä.»

⁷ Se ibid. »Yrityskauppavalvonnalla on selvästi ollut myös haitallisia yrityskauppoja ennalta estävä vaikutus.» Detta påstående har likväl inte utvecklats närmare.

2. Uppkomstorsaker och begreppsutredning

Det finns naturligtvis ingen anledning att här upprepa det som redan skrivits om gällande finska⁸ och europeiska⁹ konkurrensreglering. Jag nöjer mig med att konstatera att den finska konkurrensrättsliga förvärvskontrollen, som konstaterat ovan, förverkligades 1.10.1998, d v s ca sex år efter det att lagen om konkurrensbegränsningar trätt i kraft. Bestämmelserna ingår i det nya 3a kapitlet §§ 11-11 i.¹⁰ I detta definieras först vad som enligt lagen skall betraktas som företagsköp, t.ex. förvärv av bestämmanderätt (11 §). Därefter anges tröskelvärdena för när en anmälan skall ske (11 a §). Bestämmelsen i 11 b § reglerar sättet att räkna omsättningen. I §§ 11 c, 11 e och 11 h slås tidsfristerna för anmälan och behandling fast och av 11 d § framgår vilka åtgärder konkurrensmyndigheterna kan vidta, t.ex. villkora eller förbjuda förvärvet. och under vilka omständigheter detta kan äga rum. 11 f § förbjuder parterna att verkställa förvärvet medan konkurrensverkets utredning pågår. Enligt 11 g § slutligen är en försummelse att inkomma med en anmälan sanktionerad.

På EU-nivå realiserar förvärvskontrollen, som sagt, med stöd av den sk fusionsförordningen, som trädde i kraft 21.9.1990.¹¹ Också den innehåller en definition på en sk företagskoncentration (3 art. 1 och 2 pt). I art. 1 pt 2 slås tröskelvärdena fast, dvs när en koncentration skall anses ha en sk gemenskapsdimension. I pt 3 i samma artikel definieras lägre värden och i artikel 2 listas vilka kriterier som bör beaktas vid bedömningen av om ett förvärv är förenligt med den gemensamma marknaden eller inte.

Det viktiga i det här sammanhanget är alltså, snarare än att beskriva gällande regler, att kursoriskt betrakta de uppgivna orsakerna till att man hos oss och inom EU ansett regler om förvärvskontroll vara

⁸ T.ex. verken Aalto-Setälä m.fl., Hiltunen-Tammivuori-Wallin och Kuoppamäki 987 ff samt artiklarna Jokinen i Konkurrensverkets årsbok 2000 och Wallin-Sittnikow.

⁹ T.ex. Goyder, Joutsamo-Aalto-Kaila-Maunu 673 ff, Kuoppamäki och Leivo-Leivo.

¹⁰ Wallin-Sittnikow beskriver på ett utmärkt sätt gällande finska regler om förvärvskontroll.

¹¹ För en kort beskrivning av förordningens innehåll se t.ex. Oker-Blom - - Huhtaniska 2 ff.

nödvändiga. Det är dessutom, som sagt, av vikt att beskriva vissa relevanta begrepp som används i samband med analysen av förvärv samt hur konkurrensmyndigheterna går tillväga då de bedömer ackquisitioner och företagskoncentrationer med hänsyn till de tvivel jag för fram.

2.1 Uppkomstorsaker

Ett sätt att se på den konkurrensrättsliga regleringen är att dela in den i stadganden om kontroll av beteende och strukturkontroll. Regler om beteendekontroll ingår i den nu gällande finska konkurrensbegränsningslagens 2 kap. I detta stadgas om förbud mot att av följande försäljningsled kräva att ett visst pris inte över- eller underskrids (4 §). Anbudskarteller är förbjudna enligt 5 § och i 6 och 7 §§ förbjuds bl a priskarteller respektive missbruk av dominerande marknadsposition. I 9 § har därtill intagits ett stadgande enligt vilket en konkurrensbegränsning bl a kan anses vara skadlig om den bidrar till att minska på effektiviteten inom näringslivet trots att den inte är förbjuden enligt de nämnda bestämmelserna, d v s §§ 4-7. Medan de förra ger uttryck för den s k förbudsprincipen reflekterar den sistnämnda bestämmelsen missbruksprincipen.

Stadganden som motsvarar 6 och 7 §§ finns i Romtraktatens 81 och 82 artikel, tidigare 85 och 86 artikel¹². Dessa avser också att inverka på marknadsaktörernas, d v s företagens, beteende. I 81 artikel förbjuds, som känt, sådana avtal vilka är ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna och vilka bl a har som avsikt att begränsa konkurrensen på den gemensamma marknaden eller att förhindra eller snedvrída den. Bestämmelsen tillämpas såväl på horisontella avtal, t.ex. sådana som avser priskarteller, som vertikala överenskommelser. 82 artikeln, som förbjuder missbruk av en s k dominerande marknadsposition, tar också fasta på företagens beteende. Också dessa regler bygger på den s k förbudsprincipen. De förbjuder m a o ett visst beteende som betraktas såsom konkurrensbegränsande.

¹² Av en tabell i det sk Amsterdamfördraget framgår att numreringen ändrats. EYVL C 340, 10.11.1997. Till de sk motsvarighetstabellerna hänvisas i art. 12 i avtalet.

Frågan om det räcker enbart med att reglera marknadsaktörernas, dvs företagens, beteende eller om statsmakten också skall ha möjlighet att inverka på marknadsstrukturen i konkurrensens namn, diskuterades officiellt och mera systematiskt hos oss först i slutet av åttiotalet. I den sk konkurrens- och priskommitténs betänkande¹³ sägs bl a att genomförandet av en heltäckande fusionskontroll skulle innebära ett byråkratiskt system, som kunde ha en negativ effekt på marknadsfunktionen. De konkurrenspolitiska fördelarna torde, hävdade kommittén, vara tveksamma jämfört med nackdelarna. Det skulle vidare vara svårt att tillräckligt tydligt definiera kriterierna för när ett förvärv kan och när det inte kan godkännas. Man befarade t o m att lagstiftningen i praktiken kunde bli meningslös p g a de svåra ekonomiska bedömningar vilka hänför sig till en ackquisition. Kommittén pekade också på att ett förvärvsförbud kunde ha katastrofala följder för säljaren, ofta en småföretagare, om det blev allmänt känt att försäljningen förbjöds. Förbudet kunde leda till kreditkomplikationer och förlust av arbetskraft. Förbudet kunde t o m ha som konsekvens att försäljningsobjektets verksamhet upphörde, dvs just det som man med förvärvsförbudet försökt förhindra.

Dessa argument liksom nordiska erfarenheter användes likaså i betänkandet från 1991 för att motivera en negativ hållning till att introducera regler om förvärvskontroll i Finland.¹⁴ I detta sägs bl a att man i Sverige undersökt flera företagsaffärer, vilka uppenbarligen lämnats utan åtgärder. Marknadsdomstolen har undersökt fem fall och i samtliga har man valt att inte befatta sig med förvärven. I Norge har man låtit bli att godkänna en affär av två och i Danmark saknas regler om förvärvskontroll.^{14b} Vad Finland beträffar hävdas det i betänkandet att endast sådana förvärv kan betraktas som farliga med hänsyn till konkurrensens funktion som skett på områden till vilka inträde förhindras av statlig reglering. Av betänkandet kan man utläsa, tycker jag, att man finner det tillräckligt att kunna angripa missbruk av dominerande marknadsposition i efterskott, men att man samtidigt önskar få fram mer information om förvärv inom slutna sektorer, dvs sådana som reglerats av staten på något sätt. Beträffande dem

¹³ Kommittébetänkande 1987:4 79. Argumentationen citeras i Kom.bet. 1991:15 33 f.

¹⁴ Kom.bet. 1991:15 34 och Kuoppamäki 992. Se också HE 91/162 där argumentationen delvis går igen.

^{14b} Numera finns likväl en sådan lag. Denna trädde i kraft 1.10.2000, Lov 1997-06-10 nr 384.

efterlyser betänkandet medel, som möjliggör ingripanden redan innan en dominerande marknadsposition uppstått. Det föreslogs att aktörerna inom dessa slutna sektorer av näringslivet bör åläggas en anmälningsplikt. Här är det alltså frågan om, såsom jag uppfattat det, att bereda väg för marknadsekonomin.

I slutet av åttio- och början av nittiotalet avvisade lagberedningen således regler om förvärvskontroll med hänvisning till erfarenheter från såväl de övriga nordiska länderna som Finland. Rädslan för byråkrati och för betydande bedömningssvårigheter vägde tydligen också tungt. Man konstaterade dessutom att förvärvskontrollsystemet inom EES också kunde komma att påverka oss.¹⁵ Vad var det då som ändrades i så hög grad att man sex år senare kom till helt motsatt resultat?

I handels- och industriministeriets betänkande från början av år 1997¹⁶ slår man bl a fast att gällande lag utgick från att man kunde trygga konkurrensen genom att angripa missbruk av dominerande marknadsposition. Man konstaterar likväl att en eventuell koncentration av ägandet ligger utanför kontrollmöjligheterna. Betänkandet fäster därtill uppmärksamhet vid ett fall beträffande vilket ett konkurrensbegränsande avtal mellan två parter ersatts med företagsköp sedan myndigheterna ingripit i avtalsförhållandet. Internationella erfarenheter visar, hävdas det också i betänkandet, att alla negativa effekter av ett företagsköp varigenom en dominerande position uppkommer eller förstärks inte kan elimineras. 7 § i konkurrensbegränsningslagen förmår inte heller förhindra sådana prisförhöjningar som inte betraktas som uppenbart oskäligen eftersom 4 pt i sagda paragraf jämnställer monopolprissättning endast med en sådan prissättning som är uppenbart oskäligen. Enligt betänkandet kan priser som ligger under denna tröskel likväl vara skadliga för såväl

¹⁵ Kom.bet. 1991:15 96. Se likväl Kuoppamäki 992 där han hänvisar till två författare vid sidan av sig själv, d v s Kirsti Rissanen och Pekka Timonen, som bevis för att det också fanns företrädare för uppfattningen att förvärvskontroll behövdes. Kuoppamäkis formulering »Vuonna 1992 yrityskauppa-valvontaa ei nähty tarpeellisenä senkään vuoksi, että integraatoratkaisujen myötä EY:n fuusio-valvonta-asetus (ETY 4064/1989) tulisi koskemaan myös Suomen markkinoita.» andas utan tvivel också rent allmänt en positivare inställning till förvärvskontroll än vad jag tycker att betänkandet ger uttryck för.

¹⁶ HIM:s rapport 3/1.997 131 ff. Se också HE 1997/243, som innehåller i stort sett samma argumentation.

konsumenterna som ekonomin i sin helhet. Beteendekontrollen borde m a o kompletteras med en strukturkontroll.

Vid sidan av detta konstateras att i elva av femton medlemsländer inom EU förekom nationella regler om förvärvskontroll. Holland stod då också i beråd att införa dylika bestämmelser¹⁷ medan Danmark och Luxemburg vid sidan av Finland saknade sådana. Fusionsförordningens tröskelvärden när en anmälan om förvärvskontroll skall ske ansågs också för höga med hänsyn till den begränsade finska marknaden. Förordningen fångar inte heller upp nationella förvärv menade man. I betänkandet betonas likväl möjligheten att med hjälp av fusionsförordningens 22 art., den sk Dutch Clause, överföra ett nationellt ärende rörande ett förvärv till EU-kommissionen för avgörande. Detta skedde ju också i det sk Kesko/Tuko -fallet.¹⁸ Detta stadgande har dock ett antal brister enligt betänkandet. För det första skall förvärvet ha implikationer för handeln mellan medlemsländerna. För det andra hamnar behandlingen av ärendet utanför de finska myndigheternas kontroll och reella påverkningsmöjligheter. Enligt betänkandet riskerar tillämpningen, för det tredje, att bli beroende av ett ad hoc- artat förvaltningsbeslut i stället för ett överklagbart utslag, som baserar sig på materiella nationella regler. Tillämpning av enbart 22 art. i fusionsförordningen på nationell nivå leder också till att man i förvärvsavtal måste inkludera ett villkor enligt vilket avtalet inte träder i kraft innan tidsfristen för att föra ärendet till kommissionen utgått. Betänkandet slår slutligen fast att det inte är förenligt med subsidiaritetsprincipen¹⁹ att med stöd av 22 art. överföra ett ärende till kommissionen.

Oberoende av de redovisade skälen ovan är det sannolikt två omständigheter som vägde tyngre än andra, nämligen att Finland hörde till de få kvarvarande länderna inom EU som saknade regler om förvärvskontroll samt överföringen av det sk Kesko/Tuko - fallet till kommissionen för avgörande. Avsaknaden av nationell reglering i detta hänseende stod knappast i samklang med Finlands strävan, som

¹⁷ Reglerna om förvärvskontroll ingår i 5 kap. i den holländska konkurrenslagen 1997, 242, som trädde i kraft i början av 1998.

¹⁸ EYVL (1997) L 110/53

¹⁹ Se t.ex. Joutsamo-Aalto-Kaila-Maunu 44 f om innebörden i denna sk subsidiaritetsprincip, d v s att »... yhteisön tulee toimia vain siinä laajuudessa ja siinä määrin, kuin tietty toiminta voidaan toteuttaa paremmin yhteisön kuin jäsenvaltioiden tasolla.»

för övrigt kommit allt klarare i dagen på senare tid, att inte avvika från medlemsländernas majoritet. Konkurrensverkets åtgärd att överföra det berörda ärendet till EU-kommissionen rönne likaså skarp kritik och betraktades på vissa håll rentav som oförenlig med nationella intressen.²⁰

Att det ligger något i detta antagande går relativt enkelt att visa. För det första behöver en koncentration inte i sig vara av ondo. Den kan bli en bidra till att öka effektiviteten genom att bidra till kostnadsinbesparingar. Det uppstår sk synergier vid sammanslagningen av två företag. Det räcker med ett huvudkontor, en säljkår, en forskningsavdelning, etc. De kostnader som sålunda sparats kan investeras på annat håll. För det andra nämner beredningen bara i förbigående ett exempel på att man kringgått ett konkurrensbegränsande avtal genom företagsförvärv. Ett dylikt förhållande kan man dessutom komma åt om det sedermera förekommer missbruk av dominerande marknadsposition. För det tredje kan man naturligtvis knappast med några som helst legala åtgärder räkna med att komma åt alla former av missbruk. För det fjärde finns det självfallet inget särskilt hinder för att sänka tröskeln i 7 § och därigenom fånga upp mindre och eventuellt skadliga prishöjningar. För det femte finns det, alltså med hänvisning till fusionsförordningens tröskelvärden, synpunkter som talar för att tillåta en viss koncentration på en mindre marknad för att göra företagen där konkurrenskraftigare i relation till konkurrenter från större medlemsländer, för att inte tala om globala sådana.²¹ Vad slutligen 22 art. beträffar råder det åtminstone ingen tvekan om att de finska konkurrensmyndigheterna kan framföra sin syn till kommissionen om hur ett visst ärende skall avgöras. Vidare skulle det självfallet utkristallisera sig en praxis kring i hurdana fall 22 art. kan komma att tillämpas. Kommissionens beslut kan dessutom överklagas. Vad villkorade företagsköp beträffar är det normal rutin att också nu

²⁰ Se t.ex. KL 20.1 1.1996 »EU näyttää valtansa» där ledarskribenten avslutar med att konstatera följande:» Jos kauppa kaatuu, kommissio on yhden yrityksen osalta käyttänyt valtaansa tavalla, joka - oikein tai väärin - koetaan myös iskuksi pienen jäsenvaltion suvereniteettia kohtaan.» Se också KL 22.1 1.1996, där chefredaktör Lauri Helve bli skriver » ... Miten yrityksen on EU:n sedän mielestä pärjättävä ja kasvettava? Jos Kesko tekee edelleen hartiavoimin töitä, palvelee hyvin ja halvalla ja saavuttaa näin Keskon + Tukon markkinaosuuden -onko se siis oikein kasvettu? Kommission päätös panee kysymään, saako yritys olla kilpailijoitaan tehokkaampi. Ilmeisesti ei Bian paljon tehokkaampi.»

²¹ Se bli a Oker-Blom – Huhtaniska 20 ff om det sk småstatsargumentet.

förutsätta godkännande från konkurrensmyndigheterna innan köpeskillingen erläggs. Kravet på mellanstatlighet liksom oförenligheten med subsidiaritetsprincipen kvarstår likväl.²² Tolkningen av vad som avses med mellanstatlighet framstår likväl i ljuset av Kesko/Tuko-fallet inte som särskilt restriktiv.

Argumentationen från 1997 kullkastade m a o inte farohågorna om byråkrati och komplexitet. Intressant är också att i detta avseende notera att i betänkandet från 1997 konstateras att en tillämpning enbart av 22 art. i fusionsförordningen skulle bespara Finland från att etablera »... erillistä monimutkaista lainsäädäntöä, johon elinkeinoelämän olisi perehdyttävä.»²³ Påståendet om att det hade inträffat en förändring i finsk konkurrenspolitik ligger säkert närmast sanningen.²⁴ Såsom jag ovan konstaterat ville de politiska beslutsfattarna i Finland nog inte att vi skulle hamna bland en minoritet av länder inom EU som saknade regler om förvärvskontroll. En förståelig men i sanning inte en sakligt sett särskilt vägande konkurrensrättslig och -ekonomisk motivering.

Den finska regleringens tillkomst speglar delvis den europeiska. Också inom EU fick man vänta länge, rentav sexton år, innan stadgandena om fusions- eller förvärvskontroll förverkligades. Redan år 1973 förelåg nämligen det första förslaget till fusionsförordning. Enligt uppgift var förslagets tillämpningsområde så omfattande att det inte fick medlemsländernas stöd. Nya förslag tillkom åren 1982, 1984 och 1986, men inte heller någon av dessa vann medlemsstaternas understöd. Det var först förslaget från år 1988 som efter diverse justeringar, bl a förhöjda omsättningskrav, godkändes av rådet 21.12.1988 och trädde i kraft. som inledningsvis påpekats, 21.9.1990.²⁵ Inte heller EU:s regler om förvärvskontroll uppkom således utan vånda. Det finns de facto en möjlighet att inga regler alls skulle ha utfärdats genom rådets försorg om inte kommissionen i samband med behandling av ett konkurrensfall meddelat att om rådet

²² Intressant är likväl att konstatera att i skrivande stund håller kommissionen på att utreda möjligheterna för att kunna koncentrera behandlingen av konkurrensanmälningar i de fall då den förvärvande parten är tvungen att göra separata anmälningar i flera länder

²³ HIM:s rapport 3/ 1997 136.

²⁴ Kuoppamäki 993. där han bl a konstaterar »Kilpailupolitiikassa tapahtui käänne vuoden 1997 aikana.»

²⁵ T. Ex. Goyder 389 ff.

inte godkänner förslaget till förordning så föreligger kommissionen inget nytt förslag överhuvudtaget.²⁶

2.2 Begreppsutredning och tillvägagångssätt

Traditionellt har man i den konkurrensrättsliga litteraturen indelat företagsköpen i horisontella, vertikala och i sk konglomeratförvärv.²⁷ Med de förstnämnda avses sådana ackquisitioner beträffande vilka avtalsparterna, dvs säljaren och köparen, verkar på samma nivå. Företagens produkter konkurrerar mer eller mindre med varandra. I vertikalförvärv är säljaren och köparen verksamma på olika nivåer i distributions- eller produktionskedjan för en viss produkt. Med den sistnämnda kategorin i dess renaste form förstås en sådan situation där avtalsparterna inte överhuvud konkurrerar med varandra. Av förståeliga skäl är det i huvudsak de förstnämnda förvärven som är intressantast med hänsyn till kontrollaspekter.

Vid sidan av att förstå att de horisontella förvärven generellt sett röner större intresse än andra typer av ackquisitioner är det likaså skäl att vara medveten om att inte heller alla dessa är relevanta ur konkurrensrättslig synvinkel. I 11 d § i den finska lagen om konkurrensbegränsningar stadgas nämligen bl a att endast de förvärv som leder till att en sådan dominerande marknadsposition uppstår eller förstärks som i betydande grad förhindrar konkurrensen på den finska marknaden eller en väsentlig del av den kan förbjudas, hävas eller villkoras. Det är således, för det tredje, det enskilda förvärvets konsekvenser i första hand och inte dess motiv som är avgörande vid en konkurrensrättslig och -ekonomisk prövning.²⁸ Myndigheterna skall således i alla fall, såvitt lagens ordalydelse ankommer, ägna sig åt konsekvens- och inte motivprövning. Samtliga förvärv borde således bedömas på samma sätt obe-

²⁶ Joutsamo-Aalto-Kaila-Maunu 673 Fallet som här avses gällde BAT och Reynolds.

²⁷ T.ex. Aalto-Setälä m.fl. 273 och Kuoppamäki 988. Se också Lexecon competition memo 27 October 2000 » Indirect effects in merger analysis» i vilket memorandum det inledningsvis konstateras bl.a. »The standard starting point for merger assessment is the identification of areas in which the merging parties' activities overlap either vertically or horizontally.» En annan sak är att kommissionen också börjat intressera sig för förvärv beträffande vilka ingen »direct overlap» förekommer.

²⁸ T. Ex. Aalto-Setälä m. fl. 272

roende av om avsikten med förvärvet varit att öka parternas effektivitet eller marknadskraft.²⁹

Innan jag kommenterar de faktorer som man normalt tar hänsyn till vid en bedömning av de konkurrensmässiga konsekvenserna vid ett företagsförvärv några ord om hur myndigheterna går tillväga då de tar ställning till ett anmält företagsförvärv.

Det gäller först att definiera den sk relevanta marknaden. Härmed avses både produktmarknad och den geografiska marknaden. Nyckelbegreppet då man fastställer den första typen av marknad är, som känt, utbytbarhet eller substituerbarhet. Till en viss produktmarknad hör alla de produkter eller tjänster, vilka konsumenten anser att är utbytbara sinsemellan med hänsyn till egenskaper, pris och användning.³⁰ Den geografiska marknaden utgörs återigen av ett område på vilket de aktuella företagen förbundet sig att erbjuda ifrågavarande produkter eller tjänster och beträffande vilket konkurrensförutsättningarna är tillräckligt enhetliga och vilket därtill kan särskiljas från angränsande geografiska områden speciellt med hänsyn till att konkurrensförutsättningarna är väsentligt annorlunda.³¹ Sedan marknaderna preciserats bör man ställa sig frågan om det uppstår en dominerande marknadsposition eller om en redan existerande förstärks på de relevanta marknaderna. Ifall bedömningen är att detta är fallet bör man slutligen fråga sig om konkurrensen som en konsekvens av detta på de relevanta marknaderna förhindras i betydande grad.

Konkurrensmyndigheterna har en tendens att definiera de relevanta marknaderna snävare än vad aktörerna själva gör eller önskar. Detta leder till att marknadsandelarna stiger och att de förmodade konsekvenserna förstärks. Här har vi den första inbyggda spänningen eller komplikationen, som utan tvivel ger upphov till bedömningssvårigheter. Den eller de andra svårigheterna är förknippade med konsekvensbedömningen. Det här beror självfallet på att man är tvungen att ta hänsyn till många och mångfasetterade ekonomiska faktorer. Det komplicerade är likväl framförallt att

²⁹ A.a. 273

³⁰ Se kommissionens tillkännagivande EYVL N:o C 372, 9.12.1997 5.

³¹ Ibid. Se i övrigt t.ex. Oker-Blom-Huhtaniska 9 angående en mer detaljerad beskrivning av innehållet i tillkännagivandet i detta hänseende, dvs såväl när det gäller att definiera en relevant produkt- som geografisk marknad.

förvärvets positiva och negativa konsekvenser är svåra att mäta uttryckligen med hänsyn till att det är frågan om att dessa inte realiserar omedelbart.³² Litet tillspetsat sagt är det alltså frågan om att bedöma följderna av något som inte har inträffat, åtminstone inte då bedömningen sker - ingen lätt uppgift med andra ord.

Eftersom myndigheterna således inte vet, särskilt exakt alltså, vilka följderna av ett visst förvärv blir måste de använda sig av ett indirekt tillvägagångssätt. Detta gör naturligtvis inte bedömningen enklare. För det första gäller det att slå fast de berörda parternas, d v s köparens och förvärvsobjektets marknadsandelar. Om den sammantagna andelen blir tillräckligt stor, t.ex. minst 40 %³³, kan man hävda att detta har en viss inverkan på konkurrensen. Å andra sidan bör man vara uppmärksam på hur man räknar och att en sammanslagning har en tendens att leda till att den totala andelen minskar.³⁴ Om andelarna fluktuerat har de naturligtvis inte samma relevans som om de varit stabila under ett antal år. Vid en bedömning av ett förvärvs konkurrens effekter brukar man också ta hänsyn till om det föreligger några hinder eller inte för nykomlingar att komma in på marknaden. Ju mindre hindren är desto större orsak finns det, naturligtvis, att förhålla sig positivt till förvärvet och tvärtom. Andra faktorer, som är av betydelse vid värderingen av förvärvet är bl a konkurrensen efter köpet, kundernas marknadsposition och köpkraft, om det är frågan om en mogen marknad eller inte och betydelsen av innovationer. Ett förvärv kan nämligen ge utrymme för konkurrenterna såsom en följd av att sammanslagningen kan ge upphov till att parterna koncentrerar och effektiverar sin verksamhet. De utlovade löften om synergier måste infrias av företagsledningen. Administration och säljkårer slås ihop, etc. En nationell sammanslagning i producentledet kan vara av mindre betydelse om motspelarna utgörs av globala handelskedjor. Ett förvärv har större betydelse på en mättad marknad än en som är stadd i utveckling. Samma logik gäller för marknader där innovationsfrekvensen är låg.

³² Aalto-Setälä m. fl. 276.

³³ A. a. 277, där det bl.a. sägs att EU-kommissionen befattat sig endast med sådana förvärv beträffande vilka de relevanta parternas sammanlagda marknadsandel uppgått till minst 40 %.

³⁴ En bestående export bör t.ex. inte inkluderas i beräkningen eftersom den inte påverkar den relevanta marknaden. Se angående beräkningen t.ex. Aalto-Setälä m.fl. 277. I kommissionens utslag rörande Volvos förvärv av Scania, Case No COMP/M. 1672 vilket som känt inte godkändes, talar man om »shrinkage effect».

De faktorer som jag berört här utgör självfallet bara en del av alla de hänsyn som måste tas vid en bedömning av om ett förvärv har konkurrensbegränsande effekter eller inte. Jag har av forskningsekonomiska skäl inte heller berört de jag nämnt särskilt ingående. Det som jag i alla fall försökt visa är att myndigheterna står inför en veritabel utmaning då de skall ta ställning till de konkurrensmässiga konsekvenserna av ett förvärv.³⁵ Såväl förvärvskontrollens uppkomsthistoria, både på ett nationellt och ett europeiskt plan, definitionen av de relevanta marknaderna, liksom konsekvensbedömningen behäftas följaktligen med en betydande grad av osäkerhet.

3. Tvivel

I tillägg till den osäkerhet jag ovan pekat på skall jag visa på några ytterligare problem som har samband med reglerna om förvärvskontroll. Dessa bidrar knappast till att minska på mina tvivel beträffande det riktiga i att ge myndigheterna rätt till strukturkontroll i samband med företagsförvärv. Dessa kan lämpligen indelas i praktiska tvivel och mer teoretiska sådana. Jag har kallat dessa för tids-, metod- och regleringsproblemet.

3.1 Tidsproblemet

Tidsproblemet är av två slag. Det finns nämligen både för litet och, paradoxalt nog, för mycket tid vid bedömningen av en konkurrensanmälan. I 11 c § 1 pt i konkurrensbegränsningslagen stadgas att anmälan om företagsköpet skall ske till konkurrensverket inom en vecka från det ögonblick då t.ex. bestämmanderätten i ett samfund förvärvats. Detta ögonblick anses sammanfalla med tidpunkten för undertecknandet av ett bindande förvärvsavtal.³⁶ En vecka är en mycket kort tidsfrist med hänsyn till all den information, som myndigheterna kräver. Detta har lett till att man gärna bör ta kontakt med konkurrensmyndigheterna redan innan det är klart om det överhuvud ingås ett köpeavtal mellan säljaren och köparen. Om inget avtal sluts har det uppstått onödiga transaktionskostnader. Om å andra

³⁵ I Aalto-Setälä m.fl. 276 uttrycks saken så här:» Yrityskauppojen kilpailuvaikutusten arvioiminen on moninaisten taloudellisten seikkojen tarkastelua ja sellaisena ehkä vaikein tehtävä käytännön kilpailupolitiikassa.»

³⁶ Se t.ex. Wallin-Sittnikow 156 f. och hänvisningen där till Konkurrensverkets meddelande 15.9.1998.

sidan ett köpeavtal ingås är sannolikt den bättre positionerad som förstått kontakta myndigheterna i god tid än den som inte varit medveten om detta. Om detta även rent praktiskt inneburit att lika inte behandlats lika kräver en skild utredning.

Vad påståendet om att det kan finnas för mycket tid ankommer eller korrektare om att behandlingstiden kan vara för lång hänför sig till sådana situationer då både konkurrensverket och - rådet behöver tilläggstid för konkurrensbedömningen. Om man räknar ihop de olika tidsfristerna får man maximalt sammanlagt nio månader, vilket självfallet är en alldeles för lång tid när det gäller en ackvisition.³⁷ Den osäkerhet som skapas både inom de berörda företagen och på marknaden ökar säkert inte effektiviteten, snarare tvärtom. Personalen koncentrerar sig inte på sitt arbete, en del söker sig bort och konkurrenterna passar på att utnyttja situationen till förvärvarens nackdel. För snävt tilltagna initiella tidsfrister leder tveklöst till längre behandlingstider.

3.2 Metodproblemet

Såsom det redan framkommit gäller förvärvskontrollen i huvudsak konsekvensbedömning. Vilka är följderna av att ett förvärv sker? Detta är ingen typisk juridisk verksamhet. En jurist är van att tillämpa regler på existerande fakta, inte att ta ställning till hypoteser, d v s om så - resonemang. Trots detta behandlas och avgörs de flesta fall av jurister utan vare sig ekonomisk utbildning eller erfarenhet från näringslivet. Risken för att statiska faktorer ges större betydelse än dynamiska är överhängande. Det är m a o lättare att addera marknadsandelar än att bedöma om en koncentration leder till att förvärvarens andel av marknaden minskar såsom resultat av förvärvet, en iakttagelse som ingalunda är ovanlig för en person verksam inom näringslivet. Konstateranden enligt vilka ekonomiska synpunkter endast skall användas som bakgrundsmaterial och som stöd för det rättsliga beslutsfattandet hjälper knappast upp situationen.³⁸ Rättsekonomiska synpunkter bör naturligtvis tvärtom ges ett

³⁷ Se t.ex. a.a. 170 f. Konkurrensverkets behandling 1 månad, fortsatt behandling 3 månader, av konkurrensrådet beviljad tilläggstid 2 månader samt den tid konkurrensrådet förfogar över, d.v.s. 3 månader.

³⁸ Kuoppamäki 879.

betydande utrymme vid bedömningen av olika förvärvs konkurrensmässiga konsekvenser.

3.4. Regleringsproblemet

Regleringsproblemet hänger samman med metodproblemet. Det har naturligtvis också att göra med den fråga jag ställde i början, d v s om det överhuvudtaget är meningsfullt att ge statliga myndigheter rätt till särskild strukturkontroll. Frågan gäller alltså bl a om myndigheterna kan tänkas inneha mer och/eller bättre information om marknaden när det gäller att bedöma framtida följder av ett förvärv än företagen själva. Ett rimligt svar är väl att så knappast är fallet. De erhåller ju informationen av företagen. Den andra synpunkten är, och den är självfallet viktigare, att myndighetsprövning utan tvekan lämpar sig bättre för ex post- än för ex ante- bedömningar, d v s att tillämpa gällande regler på redan inträffade händelser. En övervägande del av den rättsliga prövningen är just av detta slag. Det är min bedömning att regler om strukturkontroll passar illa med den rättsliga systematik vi har anammat både hos oss och i resten av Europa, d v s att domstolar och liknande myndigheter huvudsakligen är rättstillämpande organ och inte lagstiftande. Man kan nämligen hävda att det som konkurrensmyndigheterna ägnar sig åt i samband med förvärvs kontroll har mer drag av det senare än det förra. Myndigheterna bestämmer ju hur företaget får »se ut», ett i sanning intressant fenomen i en marknadsekonomi. Förvärvs kontrollen passar bättre ihop med ett planekonomiskt tänkesätt. Det som också framstår som ologiskt i så fall är att ett företag kan bli hur stort som helst genom organisk tillväxt, men inte genom förvärv.

4. Avslutande reflexioner

Det som jag kallat tids- och metodproblemet är relativt enkla att åtgärda. Genom att, som sagt, rikta sina blickar på tidsanvändningen i början av processen löser man problemet med informationsbehovet för myndigheterna. Det är också relativt enkelt att föra in ett rättsekonomiskt tänkande i kontrollprocessen. Detta underlättar säkert också myndigheternas möjligheter att behärska den ekonomiska mångfalden vid ett förvärv. Det som däremot är betydligt mer komplicerat är att förstå hur förvärvs kontrollen överhuvud är förenlig med en normal marknadsekonomisk reglering. Beskrivningen av regleringens uppkomsthistoria, både hos oss och inom EU, ger en antydning om att

entusiasmen inför den här typens reglering inte varit omedelbar. Så länge myndighetsingripandena är få, d v s det är få fall som förbjudits eller villkorats, kan vi säkert leva med regleringen oberoende av hur övertygade vi är om att den behövs. Så fort de negativa avgörandena ökar bör vi vara på vår vakt. Det är den lagstiftande församlingen, d v s riksdagen, som skall sätta upp ramarna för marknaden och vårt och företagens agerande på den, inte den dömande.

De synpunkter jag anför är övervägande kritiska; detta har också varit meningen. Jag skall i alla fall avsluta framställningen med ett par positiva tankar. Den osäkerhet jag påtalat och som bl a tar sig uttryck i ganska öppna formuleringar såsom den i § 11 d i konkurrensbegränsningslagen, d v s »...förvärv som i betydande grad förhindrar konkurrensen ...» kan tvärtom innebära att utrymme ges för tillämpning av vedertagna ekonomiska argument.³⁹ Detta naturligtvis under förutsättning att rättsekonomisk argumentation ges större utrymme hos oss. Den andra, som det är skäl att framföra här för undvikande av eventuella missförstånd, är att det finns studier som visar att också ekonomister förhåller sig positivt till konkurrenslagstiftning.⁴⁰ I den refererade undersökningen anser t ex 73 % av de tillfrågade att påståendet »International competition has made the regulation of monopolies an outdated policy» som felaktigt. Det jag följaktligen vill ha sagt är att reglerna om förvärvskontroll bör göras till föremål för grundlig och kontinuerlig rättslig och ekonomisk analys, något jag tycker att vi tillsvidare saknat hos oss.

Litteratur

Aalto-Setälä, Ilkka, Kärkkäinen, Hannu, Lehto, Petri, Petäjaniemi-Björklund, Anne, Stenborg, Markku, Kilpailulait ja julkiset hankinnat, Smedjebacken 1999 (Aalto-Setälä m.fl.).

Goyder, D.G., EC Competition Law, Oxford 1993.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista, 1991/162.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta, 1997/243.

Hiltunen, Sari, Tammivuori, Kristian, Wallin, Carl-Henrik, Yrityskauppavalvonta, Porvoo 1998

³⁹ Kovacic 295.

⁴⁰ Van Cayseele m.fl. 127, som hänvisar till Aiginger et al.:s studie från 1998.

- Jokinen, Juhani, Kokemuksia yrityskauppavalvonnasta, Kilpailuviraston vuosikirja 2000, 68-75.
- Joutsamo, Kari, Aalto, Pekka, Kaila, Heidi, Maunu, Antti, Eurooppaoikeus, Jyväskylä 1996.
- Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikuntaraportteja 3/1997, Kilpailulainsäädännön uudistaminen - yrityskauppojen valvonta ja toimivaltakysymykset, Helsinki 1997.
- Komiteamietintö 1991:15, Kilpailulainsäädännön uudistaminen, Helsinki 1991.
- Kovacic, William E., The influence of Economics on Antitrust Law, Economic Inquiry Vol. XXX, April 1992, 294-306.
- Kuoppamäki, Petri, Kilpailunrajoitukset ja julkiset hankinnat, i verket Yritysoikeus, Juva 1999.
- Leivo, Kirsi, Leivo, Timo, Euroopan yhteisön kilpailuoikeus, Helsinki 1997.
- Määttä, Kalle, Taloustieteen hyödyntäminen kilpailunrajoitusten sallittavuutta arvioitaessa, i verket Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen, toim. Kanninen, Vesa, Määttä, Kalle, 2001.
- Neuvoston asetus (ETY) N:o 4064/89 yrityskeskittymien valvonnasta, A:21.12.1989, EYVL N:o L395, 30.12.1989.
- Oker-Blom, Max, Huhtaniska, Minna, EU:n sulautuma-asetus ja tapaus Volvo/Scania - Oikeustaloustieteellinen arvio, i verket Taloustieteellinen näkökulma kilpailuoikeuteen, toim. Kanninen, Vesa, Määttä, Kalle, 2001.
- Van Cayseele, Patrick, Sabbatini, Pierluigi and Van Meerbeck, Wim, National Competition Policies, i verket Regulatory Reform and Competitiveness in Europe, Edited by Galli, Giampaolo and Pelkmans, Jacques, Confindustria 1998.
- Wallin, Carl-Henrik, Sittnikow, Rabbe, Den konkurrensrättsliga förvärvskontrollen, JFT 2000, 148-176.