



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Vikt och Kvalitet av Bevisning vid Bedömningen av Komplicerade Koncentrationer

En Studie av E.U. Kommissionens Beslutspraxis

Felix Runer

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng
Förmögenhetsrätt, E.U. Rätt

Prof. Katarina Olsson, L.L.D.

VT. 2013

Innehåll

SUMMARY	2
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Introduktion och syfte	6
1.2 Frågeställningar	6
1.3 Avgränsning	7
1.4 Metod & material	8
1.5 Disposition	9
3.1 Vad skall visas av kommissionen	12
3.2 “Fas I” & “Fas II” beslut	12
3.3 Kommissionens bevisstandard	13
3.3.1 Generella svårigheter	14
3.3.2 Sannolikhetsavvägning & domstolens roll	14
3.3.3 Bevisstandard & bevisbörda	16
4 MARKNADSUNDERSÖKNINGEN & INSAMLING AV BEVIS	18
4.1 Introduktion	18
4.2 Initiala fasen – information vid notifikation	19
4.2.1 Legala grunder	19
4.2.2 Kunder, konkurrenter & tredje parter	20
4.2.3 Problematik	21
4.3 Interna dokument – insikt & faktiskt beteende	22
4.3.1 Omständigheter att vara medveten om	23
4.4 Sammanfattning	24
5 KVANTITATIV OCH EKONOMETRISK BEVISNING	25
5.1 Introduktion	25
5.2 Kortfattat om SIEC-testet	26

5.2.1	Introduktion till kvantitativ bevisning & ekonometri	27
5.2.2	Koncentrationssimulationer	28
5.2.3	Brister & vikt som bevisning	29
5.2.4	Sammanfattning	31
6	BESLUTSPRAXIS, RELEVANTA BEVISFRÅGOR	32
6.1	Vikten av marknadsdefinitionen för parterna i en koncentration	32
6.1.1	Dominans och minskad konkurrens	32
6.1.2	Utbytbarhet	34
6.2	Den kontrafaktiska analysen	36
6.2.1	Failing firm och den kontrafaktiska analysen	37
6.3	Motverkande effekter och effektivitetsvinster	38
6.3.1	Köpkraft	38
6.3.2	Marknadsinträde & faktisk konkurrens	38
6.3.3	Utestängande beteenden	40
6.3.4	Tekniska möjligheter	41
7	ANALYS: BEVIS OCH ARGUMENT AV RELEVANS FÖR GODKÄNNANDE	43
7.1	Introduktion till analysen	43
7.2	Utbytbarhet av för kunder inom relevant marknad	43
7.2.1	Utbytbarhet & marknadsdefinition	43
7.2.2	Vertikal integration som enande faktor	45
7.2.3	Allt eller inget för parterna?	46
7.2.4	Skillnader och likheter mellan tekniska lösningar och användningsområden	46
7.2.5	Skillnader inom kundsegment	47
7.2.5.1	Interna dokument – ”bevisning av anekdotisk art”	49
7.2.6	Differentierade produkter & utbytbarhet	50
7.2.7	Ekonometriska analysers styrka som bevisning	50
7.2.8	Utbytbarhet på tillgångssidan	53
7.3	Styrka och inflytande på marknaden	54
7.3.1	Försämring av innovationen på marknaden	58
7.3.2	”Price Maverick”	59
7.4	Den kontrafaktiska analysen	60
7.5	Köpkraft och inköpsvanor	62
7.6	Marknadsinträde	64
7.7	Icke-horisontella effekter	65
7.7.1	Utestängning på tillgångssidan	66
7.7.1.1	Särskilt om vertikal utestänging och teknologi	67
7.7.2	Licensiering och vertikal problematik	68
7.8	Sammanfattande slutsatser	70
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	72

Summary

In the past few years the European Commission has made several high profile prohibition decisions that involved the use of large market investigations, surveys, and in one case the extensive use of econometric analyses, to determine the scope & effects of the concentration. These three decisions, as well as a number of newer decisions in other complex and large cases that were approved, with or without remedies, are examined and analyzed to find the most important lines of argument and their supporting evidence.

The parties in a proposed concentration spend a considerable amount of time and financial resources to prove their case before the Commission. In turn, the Commission has to examine all the arguments that the parties present, as well as arguments put forward by other parties, such as competitors and customers, to ascertain the likely effects of the concentration.

During the course of the paper, the different types of arguments and evidence that the parties and the Commission utilize during the investigation, and the value of the different types of evidence used in the arguments, are investigated and analyzed to ascertain whether or not there are certain arguments or certain types of evidence that carry a heavier weight than others in the Commission's investigation. While the findings in this paper point to certain conclusions about the hierarchy and importance of certain types of evidence and arguments in competition, the variety of possible situations is almost infinite, which merits a degree of caution in drawing any definite conclusions.

Sammanfattning

Under de senaste åren har EU-kommissionen hindrat koncentrationen i flera högprofilförbud i komplicerade fall som involverade användning av omfattande marknadsundersökningar, kundundersökningar, och i ett fall en omfattande användning av ekonometriska analyser, för att bedöma effekterna av koncentrationen. Denna uppsats undersöker dessa tre beslut samt ett antal beslut, i stora och komplexa ärenden, vilka godkändes, med eller utan åtgärder från parterna.

Parterna i en föreslagen koncentration tillbringar tid och avsevärda ekonomiska resurser för att bevisa sin sak inför kommissionen, och kommissionen måste undersöka alla de argument som parterna presenterar, liksom argument som andra parter, såsom konkurrenter och kunder, för att fastställa de sannolika effekterna av koncentrationen.

Under loppet denna uppsats, har de olika typerna av argument och bevis som parterna och kommissionen använder vid undersökningen, och värdet av de olika typer av bevisning som används i argumentationen, utretts och analyserats för att avgöra huruvida det finns vissa argument eller vissa typer av bevis som bär en tyngre vikt än andra i kommissionens undersökning. Samtidigt som resultaten i denna uppsats pekar på vissa slutsatser om hierarki, och betydelsen av vissa typer av bevisning och bevisfakta, i konkurrensundersökningen, är antalet tänkbara situationer nästan oändligt, vilket förtjänar en viss försiktighet med att dra definitiva slutsatser.

Förord

När jag nu med detta arbete avslutar mina juridikstudier kan jag se tillbaka på en spännande, lärorik, och inte minst rolig, tid i Lund. Det känns ibland som det var igår jag steg in på Juridicum för första gången, men tiden går, som man säger, fort när man har roligt. Juridiska fakulteten har erbjudit fyra och ett halv lärorika år, men det kommer en tid att finna nya utmaningar i livet, och jag ser fram emot ett minst lika lärorikt och spännande liv utanför den akademiska världen. Jag vill därför tacka alla lärare och all personal på Juridiska fakulteten som har inspirerat och gjort de senaste åren så intressanta och lärorika. Jag vill även tacka advokaterna Frédéric Depoortere och Marcus Glader för deras synpunkter och intressanta uppslag om ämnet. Jag vill även tacka min handledare Katarina Olsson som har varit till stor hjälp med sina värdefulla synpunkter på arbetet. Sedan vill jag tack mina systrar, Hanna och Cecilia, samt min mor för all uppmuntran, och min far för sina råd och korrekturläsning. Slutligen vill jag tacka min sambo, Sarah, som funnits där som både som stöd och som uppmuntran, och som bidragit till att göra de senaste åren så fantastiska.

Förkortningar

CFI	Förstainstansrätten, numera Tribunalen.
DG Competition	Directorate General of Competition.
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet.
EC	European Community (nu EU).
EG	Europeiska gemenskapen (nu EU).
EU	Europeiska Unionen.
EUD	Europeiska Unionens Domstol.
ETD	Exchange Traded Derivative.
EUT	Europeiska Unionens Officiella Tidning.
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.
GD konkurrens	Generaldirektoratet för konkurrens.
ICN	International Competition Network
JV	Joint Venture (bolag).
OTC	Over The Counter (traded derivative).
SSNIP	Small But Significant Increase In Price.
SIEC	Substantial Lessening of Effective Competition.
TFEU	Treaty on Functioning of the European Union.

1 Inledning

1.1 Introduktion och syfte

Konkurrensrätten spelar idag en central roll, både nationellt och internationellt, på den interna marknaden i Europa.¹ Som bekant anmäls koncentrationer av viss omfattning till EU-kommissionen² för prövning av om den föreslagna koncentrationen skulle komma verka konkurrenshämmande i en sådan omfattning att den ej kan tillåtas.³ Besluten som tas kan ha stor påverkan på både de relevanta marknaderna, kunderna som berörs om koncentrationen tillåts, samt på de anmälade parterna vars grundläggande rättigheter att driva verksamhet inskränks om koncentrationen inte tillåts.⁴

De snäva tidsramar och höga kostnader som är involverade innebär att det är av vikt att rätt undersökningsmodell väljs, och de verktyg som ger det mest rättvisande resultatet av förväntade effekter på marknaden används.⁵ Parterna styr även delvis undersökningen genom subjektiva val i sin argumentation.

Därför är det av intresse att vara medveten om det finns vissa argumentationslinjer eller typer av bevisning som tenderar att väga tyngre än andra i kommissionens bedömning för att visa att konkurrensen inte troligen kommer att skadas av koncentrationen.

Syftet med detta arbete är att undersöka den mycket komplicerade processen vilken utgör undersökningen av koncentrationer av gemenskapsdimension, för att försöka fastslå huruvida vissa typer av bevisning (bevismedel), bevisfakta kan anses väga tyngre än andra inom ramen för kommissionens undersökning av företagskoncentrationer av gemenskapsdimension. Som läsare är det viktigt att vara medveten om att för full förståelse krävs att man är insatt i E.U. rätt, och konkurrensrätt, för att kunna ta till sig innehållet som är snävt och ganska tekniskt invecklat.

1.2 Frågeställningar

Uppsatsen ämnar ge en bild av vad företagen som anmäler en koncentration rimligen kan förvänta sig av kommissionens analys och tolkning av argumentation och insamlad bevisning, för att bidra till en ökad förståelse för vilka fakta och faktorer som är mest centrala i koncentrationskontrollen. De precisa frågeställningarna kan sägas vara som följer:

¹ Se Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF), art. 32, 101-102, samt ingressen. Samt Protokoll om den inre marknaden och konkurrens.

² Hädanefter kallad kommissionen.

³ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ("EG:s koncentrationsförordning" – hädanefter kallad koncentrationsförordningen), EUT nr L 024, 29/01/2004 s. 0001 – 0022, art. 1-3.

⁴ Artikel 1, Tilläggsprotokoll till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, Skyddet för rätten att äga egendom.

⁵ Se en generell och lättillgänglig beskrivning i M. Rosenthal, S. Thomas, European Merger Control. Verlag C.H. Beck (2010). München, Germany. s. 86-88.

1. Vilka faktorer, vilken fakta och vilka bevis typer är relevant i EU kommissionens undersökningar av koncentrationer?
2. Vilka faktorer styr vilken bevisning som används i undersökningarna, samt vilken bevisning och vilka faktorer är mest vanligt förekommande i koncentrationsundersökningar?
3. Väger de olika typer av bevis vilka är aktuella i koncentrationsundersökningar olika tungt i bedömningen av koncentrationernas tillåtlighet?
 - a. Framstår en viss faktor eller bevis typ, som är vanligt förekommande, ha en större tyngd än andra? Vad styr en eventuell distinktion? Kan en sådan distinktion göras?

1.3 Avgränsning

Kommissionen fattar stora mängder beslut varje år, många av dem är förenklade förfaranden. Den första avgränsningen i detta arbete, kom genom användningen av besluten i *Ryanair/Aer Lingus*⁶ och i *Deutsche Börse/NYSE Euronext*⁷, där kontroll av koncentrationer av gemenskapsdimension blev inriktningen.

Många beslut som fattas av kommissionen i koncentrationsärenden gäller koncentrationer som inte kräver stora undersökningar, eller andra anledningar inte bidrar till undersökningen.⁸ Jag strävade efter att de undersökta rättsfallen och doktrinen skulle hållas inom de senaste 3-4 åren, dock har en del äldre rättsfall och beslut presenterats, då deras vikt som ”landmark cases” inte kan förnekas eller ignoreras.

Mycket tid har lagts på att analysera beslut där argumentationen är tillräckligt utvecklad för att kunna försöka hitta slutsatser. Detta ledde även till att en stor andel av besluten i uppsatsen är från fas II⁹ utredningar, med djupare undersökningar och mer utvecklad argumentation. Besluten har valts efter genomläsning, samt i viss mån efter jämförelse med andra källor, som skrifter från advokatbyråer samt doktrin, för att undersöka om beslutet har noterats av praktiker och akademiker vilket kan tyda på att beslutet har viss notabilitet. Denna jämförelse utgjorde dock endast en kompletterande urvalsmetod och var inte bestämmande för användningen av något material.

Då målet är att försöka uttyda mönster på en större skala kommer arbetet inte heller att fokusera på detaljerade beskrivningar och analyser av specifika bevis typer eller definitioner, då detta inte ryms inom ramarna för denna uppsats. Jag är medveten om att detta förefaller vara en väldigt bred avgränsning, särskilt då besluten involverar flera olika typer av effekter.¹⁰ Arbetet behandlar dock endast de

⁶ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, Brussels, 27/06/2007 C(2007) 3104. Samt Tribunalens dom 6 juli 2010 (T-342-07) *Ryanair Holdings plc mot Europeiska kommissionen samt Aer Lingus och Irland*.

⁷ COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, Brussels, 1.2.2012, C(2012) 440 final.

⁸ Exempel på när koncentrationen inte brukar leda till effekter är då köpet är mellan ett privat investmentbolag och ett företag inom helt orelaterade verksamhetsområden.

⁹ Se kap. 3 nedan.

¹⁰ Se: Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, 2004/C 31/03, samt: Riktlinjer för bedömningen av

bevisfakta, och bevisningen omkring denna, och de delar av beslut som framstod som mest relevanta för slutsatserna. Därför saknas det anledning att gå in på alla delar av besluten och analysera dem i detalj. Däremot presenteras kortare introduktioner till relevanta bevisfakta, argument och bevistyper, vilka är vanligt förekommande i besluten och där det är av vikt att ha viss förståelse om funktion.

I kortform kan arbetet avgränsas som följer:

1. Det gäller endast beslut som har fattats av E.U. kommissionen i koncentrationskontroller.
2. Rättsfall från gemenskapsdomstolarna som genom sin vikt definierat centrala begrepp, som bevisstandard m.m., vilket har vikt för E.U. kommissionens undersökning och beslutsprocess, samt för
3. Urvalet av rättsfall och beslutspraxis är baserat på:
 - i. Relevans
 - ii. Ålder – hur gammalt beslutet är
4. Endast bevisfakta, bevisning (bevismedel), och undersökningsmetoder relevanta för prövningen av koncentrationer på gemenskapsnivå kommer att presenteras.

1.4 Metod & material

Arbetet fokuserar på att undersöka kommissionsbeslut från de senaste åren för att hitta komplicerade och relevanta fall med utförliga koncentrationsundersökningar.

Initialt var tanken att arbetet skulle arbeta enligt en variant av den rättsdogmatiska undersökningsmetoden,¹¹ där bakgrund och historiska rättsfall undersöks, med stöd i lag, förordning, doktrin, och praxis från gemenskapsdomstolarna och kommissionen, där källornas legitimitet och utvärdering av de synpunkter de framförde skulle kritiskt granskas och deras resultat bedömas och kontrasteras till gällande rätt och möjligen vad som bör vara rätten. Allt eftersom uppsatsen fortskridit har detta breda begrepp tett sig svårt att direkt applicera på denna uppsats, särskilt då det historiska perspektivet inte är det viktiga samt att då diskussioner med praktiker och sedermera det faktiska arbetet pekade på faktum att det eventuellt kan anses olämpligt att avge allt för auktoritativa synpunkter på kommissionens beslutspraxis. Valet att inte klart definiera metoden som rättsdogmatisk har även tagit vissa influenser från en guidebok av *Claes Sandgren*,¹² där ett klart uttalat rättsdogmatiskt perspektiv kan vara olämpligt. Metoden som har använts är snarlik, vilket framgår av progressionen i uppsatsen, och tillämpar i princip alla de källor som varit relevanta för frågeställningen.

Ursprungligen var målet att producera ett arbete som fokuserade på de anmälade parternas argumentation och bevisföring. Grunden för hela uppsatsen är koncentrationsförordningen och bestämmelserna och fri rörlighet och fritt företagande i Fördraget om Europeiska Unionen och Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, samt den uppsjö av relevanta guider och tillämpningsföreskrifter som publicerats av E.U, kommissionen. Den främsta

icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, 2008/C 265/07.

¹¹ Se allmänt i Aleksander Peczenik, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005 s.249.

¹² Claes Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 2:a uppl. (2007), Norstedts Juridik, Stockholm.

källan till information i uppsatsen, kommissionsbeslut, skrivs av E.U. kommissionen. Därför kan det förefalla som att fokus ligger på kommissionens argumentation och synpunkter. Målet har dock varit att försöka se bortom denna argumentation och undersöka hur parternas argumentation och bevisföring mottogs av kommissionen.

För att se hela bilden av beslutet och argumentationen har besluten lästs och analyserats i sin helhet. Besluten har undersökts och kontrasterats mot utvecklingar i praxis från gemenskapsdomstolarna, vilken har skapat ett ramverk för kommissionens koncentrationsprövning. Doktrin och artiklar erbjuder viss insyn i de mer tekniska och komplicerade frågeställningarna, exempelvis ekonomiska och ekonometriska frågeställningar, och kommenterar även generellt på ämnet.

Det kan dock framstå som problematiskt, eller ensidigt, att endast undersöka kommissionens argumentation och publikationer. Inom ramen för denna uppsats ämnade jag därför undersöka hur praktiker ser på dessa uppsatsens relevanta frågeställningar och om de kan erbjuda någon insikt i vikten av olika typer av bevisning i undersökningen. Tyvärr har svaren i enkätundersökningen och intervjuerna varit väldigt generella och relativt få, med hänvisning till sekretess och byråetik. Ett fåtal svar har ändå inkommit och två telefonintervjuer har dessutom gjorts vilka har erbjudit viss insikt i bevisning och hur praktiker tänker när det planerar sin talan sett olika typer av bevisning. Synpunkterna har därför inte beaktats direkt inom ramen för uppsatsen, utan har endast utgjort en begränsad vägledning i informationssökningen och analysen. För att fokus skall vara inkludera båda sidor i undersökningen studeras även relevanta områden, som vilken kvalitet på bevisning och argumentation som måste uppnås för att ett beslut skall vara taget inom de legala ramarna i gemenskapsrätten, vilket även sätter kvalitets- och användbarhetsdiskussionen i en relevant kontext.

1.5 Disposition

Dispositionen är strukturerad för att ge läsaren introduktioner och legala grunder för de senare analyserna av argumentationen i kommissionsbeslut.

I det andra kapitlet ges en kort lista av begrepp som används genom uppsatsen, och som kan uppfattas som förvirrande utan en kort förklaring.

Kapitel tre består av en mer generell genomgång av bevisstandarden i prövningen av horisontella koncentrationer. Bevisstandarden är den måttstock med vilken bevisningen mäts och som visar hur höga kraven på bevisningen är. Bevisstandarden är av intresse ur en kvalitetssynpunkt eftersom den indirekt styr vilka bevis som kommissionen tar med i undersökningen samt hur omfattande och djuplodande undersökningen blir. Kravet att uppnå en viss nivå i bevisningen spelar stor vikt i valet av lösnings- och bevismodell, då det är av vikt att de väljs tidigt under processen vilken präglas av tidpress, och delvis beror på den nivå till vilken bevisningen måste nå i domstolen. Kapitlet fortsätter med en introduktion till bevisstandarden i överprövningen av kommissionens beslut. Bevisstandarden i domstolens prövning är av vikt vid bedömningen av vilken kvalitet bevisningen måste hålla, och kapitlet ämnar i korthet utreda om bevisstandarden och överprövningsstandarden kan ses tillsammans bilda en del av det som är kraven på en viss beviskvalitet.

Kapitel fyra behandlar de faktiska undersökningsmetoderna kommissionen använder vid undersökningar av föreslagna koncentrationer. Utrymme kommer

dock inte finnas att undersöka samtliga modeller för marknadstester, utan fokuserar på de som används av kommissionen i de komplicerade fall vilka kommit att ifrågasättas vid överprövning.

Kapitel fem är dedikerat till att undersöka kvantitativa och ekonomiska bevismetoder som kommissionen och parterna använder sig av i undersökningen av koncentrationer och den eventuella påverkan de kan ha på den effektiva konkurrensen på marknaden. Kapitlet presenterar dock inte slutgiltigt alla metoder och modelleringar som kan användas, men går igenom flera av de vanligaste, och visar kort deras styrkor och svagheter, vilket är relevant för att förstå användbarheten i undersökningen.

I kapitel sex presenteras ett urval av de mest relevanta kommissionsbesluten ordnade under rubriker som korresponderar brett till de mest relevanta faktorerna, bevisfaktumen och argumentationen. Kapitlet ger kortare introduktioner till omständigheterna i fallen, och menar ge läsaren en introduktion och en relevant bakgrund till de relevanta besluten, och hur bevisfakta och bevisning används av parterna och av kommissionen i talan.

Kapitel sju utgörs av analysen, som är strukturerad enligt de breda områden som identifierats i kapitel fem, vilka var relevanta för argumentationen i olika besluten. De olika delarna av besluten som har varit mest relevanta för undersökningen har sedan integrerats löpande under de olika kategorierna av bevisfakta och argumentation som identifierades besluten, med skillnaden att kap. sex tillämpar fler underrubriker för att undvika att diskussionen skall bli för generell, och visar på styrkor, svagheter och om möjligt vilka typer av bevisning som har mest bäring i undersökningen.

Slutsatserna från analysen svaret på om det varit möjligt att svara på frågorna presenteras i slutet på kapitlet i ett kort format där läsaren kan ta del av korta uttalanden från författaren. Förhoppningen är att läsaren vid denna punkt kan bilda sig en egen uppfattning av om det förekommer mönster i parternas argumentation och kommissionens prövning, vilka kan tyda på styrkor och svagheter inom de olika analys- och argumentationsmetoderna som tillämpas i bedömningen av koncentrationer.

2 Definitioner

Bevisstandard, är ett centralt begrepp i detta arbete och förtjänar ett förtydligande för att ge en minde insatt läsare förståelse för begreppets innebörd. Bevisstandard är en rättsprincip som fastställer den nivå av övertygande och säkerhet i bevisning som måste uppnås för att omständighets skall vara visad, och för att ett beslut för eller emot åtgärder eller förbud skall kunna tas, det vill. Exempelvis, måste saken vara bevisad bortom rimligt tvivel, eller är en sannolikhetsavvägning enligt överviktsprincipen nog?

Beviskrav, ges i denna uppsats samma innebörd som bevisstandard, men bevisstandard är det begrepp som generellt tillämpats inom aktuella beslut och rättsfall samt i europeisk doktrin.

Bevisbörda. Bevisbördan ligger på den part, här anmälade parter eller kommissionen, som skall visa att en viss omständighet föreligger.

Bevisfakta utgör de omständigheter, vilka är av omedelbar betydelse för att stödja eller motbevisa beviset, eller argumentationslinjen. Jämför med hjälpfakta, vilka utgör tolkningshjälp, omständigheter som kan höja eller sänka det värde som kan ges ett bevis- eller rättsfaktum.

Bevis, bevisning, skall läsas i sin kontext. Begreppen används för att beskriva olika typer av ”bevis” som kommissionen eller företagen presenterar för att styrka sina yrkanden och påståenden. Därav utgör både ”ekonometriska analyser”, kundundersökningar och buddataanalyser ”bevisning”.

Part, parter, parterna. När vi diskuterar tvister i civilrättsmål innefattar ”parterna” oftast båda lägren. I detta fall, där kommissionen genomför den första prövningen benämns kommissionen som ”kommissionen”, och de anmälade parterna som ”parterna”. För att inte förvirra läsaren så behålls begreppets innebörd i detta arbete även gällande rättsfall, där kommissionen normalt tydligare skulle inta en partsställning.

Argumentation, kan på somliga ställen liknas vid sakframställan. Begreppet argument och argumentation är taget från beslut, rättsfall och doktrin, för att undvika begreppsförvirring. En parts argumentation är dess strukturering och prestation av olika bevis, vilka är relevanta för att visa att ett visst påstående eller yrkande är i linje med de faktiska omständigheterna.

3 Bevisstandard

3.1 Vad skall visas av kommissionen

I introduktionen nämndes bevisstandard kort. Det finns två typer av standard som bevisning prövas mot: ”Standard of Evidence” och ”Standard of Review”.¹³ Den första standarden är den standard som kommissionen måste hålla i sin sakframställan för att kunna hävda att de har tillräckligt stöd för sina antaganden. ”Standard of Review”, eller överprövningsstandard, är den standard som gemenskapsdomstolarna tillämpar i sin laglighetsprövning av överklagade kommissionsbeslut.

Trots att huvudämnet för denna uppsats är en analys av bevisning, beviskvalitet och dess användning i undersökningen, är bevisstandard, fortfarande av intresse då den visar vilka krav som ställs på argumentationen i besluten. Den styr indirekt hur omfattande undersökningen blir och vilka metoder som används. Valet av undersökningsmetod är beroende av flera olika saker: omfattningen av den föreslagna koncentrationen styr hur omfattande undersökningen måste bli; vilken typ av koncentration det är och vilken eller vilka marknader den kan antas beröra; vilket material de upplysande parterna lämnar in samt den nivå bevisningen måste nå upp till i en laglighetsprövning i domstolen.

3.2 “Fas I” & “Fas II” beslut

Undersökningen av en komplicerad koncentration görs generellt i antingen ett eller två steg, beroende på omständigheterna i fallet. När kommissionen mottagit en komplett anmälan I enlighet med artikel 6(1) i koncentrationsförordningen påbörjas en det första steget i undersökningen, ”Fas I”.¹⁴ Under denna period om 25 dagar undersöks koncentrationen som den beskrivits i notifikationen och en generell bedömning av den anmälda koncentrationens möjliga påverkan på den effektiva konkurrensen. Undersökningen har som mål att fastslå om koncentrationen kan tillåtas, med eller utan åtaganden, eller om koncentrationen orsakar allvarliga tvivel gällande dess överensstämmande med funktionen av gemenskapsmarknaden.¹⁵

Processen involverar ofta en förening av juridiska och ekonomiska undersökningsmetoder som baseras på parternas inlagor och en s.k. marknadsundersökning.¹⁶ Beroende på fynden i Fas I kan kommissionen ta ett antal beslut. Inom ramen för detta arbete är beslutet att godkänna koncentrationen enligt

¹³ Se generellt: David Bailey, *The Standard of Proof in EC Merger Proceedings: a Common Law Perspective*, *Common Market Review* 40, 2003, 2003 Kluwer Law International, s. 845-846.

¹⁴ Koncentrationsförordningen (139/2004), art. 4.

¹⁵ Koncentrationsförordningen (139/2004), art. 2.

¹⁶ En marknadsundersökning samlar information om, och analyserar rådande förhållanden på den relevanta marknaden och undersöker hur relevanta marknadsspelare och andra intresserade parter ser på koncentrationen.

art. 6(1)(b) eller att inleda en ”Fas II” undersökning enligt art. 6(1)(c) mest relevanta.¹⁷

Fas II undersökningen inleds med stöd i art. 6(1)(c) i koncentrationsförordningen om kommissionen anser koncentrationen, baserat på tillgänglig fakta och den initiala granskningen, orsakar allvarliga tvivel angående förenligheten med den gemensamma marknaden. Undersökningen i Fas II är betydligt mer omfattande och detaljerad än undersökningen i Fas I, och involverar en ansevärd mängd procedurregler som styr processen. Kommissionen måste presentera tillräckligt precis information om de områden där den ser risker, och parterna måste få tillgång till kommissionens material för att kunna formulera sakframställan & åtaganden.¹⁸ Som kommer visas i senare kapitel utgör information och synpunkter från tredje parter en central källa till information under denna undersökning. I likhet med ”Fas I” kan dessa undersökningar mynna ut i antingen att koncentrationen ej anses utgöra ett betydande hot mot den effektiva konkurrensen, utan åtaganden eller med,¹⁹ alternativt ett förbud.²⁰

3.3 Kommissionens bevisstandard

Inom gemenskapsrätten saknas generellt vägledning i lag och förordning för hur bevisfakta och bevismedel som presenteras inom ramen för en koncentrationsundersökning skall bedömas. Sedan den nya koncentrationsförordningen trädde ikraft år 2004 har gemenskapsdomstolarna agerat som uttolkare av gällande rättsläge och de yttre gränserna för kommissionens bedömningar, och har även genom ett antal tongivande domar, skapat ett ramverk för bevisnivån koncentrationsundersökningar. Gemenskapsdomstolarna har hållit sig medvetet vaga i sina formuleringar och aldrig klart definierat vilken typ av bedömning av bevisningen de gör. Domstolarna förefaller ha visat att det kräver klara fel för att de skall visa en uttalat negativ syn på kommissionens argument och bevisning.²¹

Bevisning till stöd för ett antagande skall enligt domstolen vara baserad på fakta vilken är understödd av klar och logisk bevisning. I tongivande domar under den nuvarande koncentrationsförordningen har gemenskapsdomstolarna, utan att i direkt sätta en titel, utmejslat beviskraven som måste uppfyllas. I *Kali & Salz*²² bedömde domstolen att kommissionens beslut ej var understött av ”tillräckligt

¹⁷ Se till exempel COMP/M.5727 *Microsoft/Yahoo Search Business* [2010], där respondenterna i ”Fas I” uttryckte att de positiva effekterna av en starkare konkurrent till marknadsledaren och leda till fler för- än nackdelar. Respondenterna i undersökningen var viktiga för koncentrationens godkännande i ”Fas I”.

¹⁸ Se till exempel T-310/01 *Schneider Electric mot kommissionen* [2002] E.C.R. II-4071, 444§, Där domstolen erinrade om vikten av att klart beskriva och motivera de områden som kan kollidera med den fria och effektiva konkurrensen som kommissionen förutser, för att parterna skall kunna bemöta kritiken på ett effektivt vis och föreslå åtaganden.

¹⁹ Artikel 2(4) och 8(1) respektive 8(2) i koncentrationsförordningen.

²⁰ Artikel 8(3) i koncentrationsförordningen.

²¹ Se. t.ex. C-68/94 etc. *Frankrike mot Kommissionen*, [1998] ECR I-1375, 223,224§§; T-102/96 *Gencor mot Kommissionen*, [1999] ECR II-753, 164-165§§;

T-342/99 *Airtours mot Kommissionen* [2002] ECR II-2585, 64§, samt T-5/02 *Tetra Laval BV mot kommissionen* [2002], E.C.R. II-04381, 119§.

²² Exempelvis Förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Frankrike och andra mot Kommissionen* [1998] E.C.R. I-1375, (*Kali & Saltz*).

betydelsefulla och samstämmiga uppgifter”.²³ Bevisning som används till stöd för ett argument måste därav uppfattas som klar, övertygande samt utan logiska motsägelser,²⁴ och ett liknande resonemang återfinns i domarna i *Airtours*²⁵ samt i *Schneider*²⁶.

3.3.1 Generella svårigheter

Några generella svårigheter kan identifieras gällande fastställandet av en standard.²⁷ Undersökningen, särskilt i Fas II, producerar stora mängder bevisning och fakta som tolkas och vägs mot varandra för att kunna ge leda till en bedömning om koncentrationens påverkan på marknaden. Avsaknaden av klara bedömningskriterier kan tyckas framställa bevisstandarden som oklar. I beslut om en koncentrations troliga effekter förekommer dessutom ett påtagligt inslag av framåtblickande analys. Det vill säga att det kan finnas behov av att företa en undersökning av förväntade framtida effekter. Kommissionen företar även ekonomiska undersökningar, tillämpar ekonomisk och ekonometrisk analys, samt företar en undersökning av koncentrationen och gör en bedömning av dess kompatibilitet med den gemensamma marknaden.

3.3.2 Sannolikhetsavvägning & domstolens roll

Gemenskapsdomstolarna utövar en kontrollerande makt över kommissionens beslut,²⁸ och kontrollerar huruvida beslutet överensstämmer med tillämpliga förordningar. Vid sin prövning är domstolarna, förutom av processuella fel²⁹ eller fel i tillämpningen av lag vilka ej inkluderas i detta arbete, begränsad till att undersöka om bevisningen och argumenten den skall stödja uppnår en tillräckligt hög nivå av kvalitet, samstämmighet och logisk klarhet för att ge det utfall som kommissionen har beslutat.

Kommissionen har en skönmässig marginal i sina bedömningar, särskilt gällande ekonomiska frågeställningar, vilket begränsar domstolens undersökning till att undersöka om uppenbara fel förekommit.³⁰ Domstolen skall dock undersöka tolkningen av informationen,³¹ för att tillse att kommissionen använt korrekt

²³ Förenade målen C-68/94 och C-30/95 *Kali & Saltz* [1998] E.C.R. I-1375, 228§, 1:a men samt 246§.

²⁴ Se även T-342/99 *Airtours plc mot kommissionen* [2002] E.C.R. II-2585, 63§, där domstolen konstaterade att en noggrann undersökning skulle undersöka relevant bevisning som avser de omständigheter som spelar roll för bedömningen.

²⁵ T-342/99 *Airtours plc mot Kommissionen* [2002] E.C.R. II-02585, 294§.

²⁶ C-440/07 P, *Kommissionen mot Schneider Electric SA* [2009] E.C.R. I-06413, språkbruket i denna dom var dock annorlunda än i tidigare domar.

²⁷ Se generellt: Alistair Lindsey, Alison Berridge *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4:e uppl. (2012), Sweet & Maxwell, London 2012, kap. 2-028-29, s. 67-71.

²⁸ Se artiklarna 256 & 263: domstolen har kontroll över överklaganden av kommissionsbeslut.

²⁹ Se t.ex. C-440/07 P *Schneider Electric mot kommissionen* [2009] E.C.R. I-06413, 437-462§§, Processuella fel kan inkludera en brist i kommissionens resonemang (se mål C-378/00, kommissionen mot Europaparlamentet och Rådet, [2003] ECR I-937, 34).

³⁰ Mål T-177/04 *EasyJet mot kommissionen* [2006] E.C.R. II-1931, 44§, där domstolen konstaterade att den var begränsad till att bedöma den faktiska korrektheten av faktan i målet och tillse att kommissionen ej begått ett uppenbart fel i sin bedömning.

³¹ Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer 2004/C 31/03.

bevisning och inte missat relevanta faktorer.³² *Botteman* beskriver kommissionens svängrum gällande kraven att beslut skall luta mot rättvisande fakta, samt inom valet av all relevant fakta och slutsatser dragna från den.³³

Frågan är då vad detta innebär för parternas och kommissionens bevisbördor? I *Tetra Laval mot kommissionen*³⁴ tillämpade tribunalen ett sannolikhetsbalanstest, och förkastade kommissionens argument om att det var tillräckligt att visa möjligheten för konkurrensskadas uppkommande som otillräckligt.³⁵ Distinktionen mellan bevisstandarden i kommissionen prövning och bevisstandarden i domstolarnas lagprövning är nära sammanbundna inte helt enkla att tydligt separera.³⁶ Dåvarande generaladvokat *Tizzano* uttalade i detta sammanhang att kommissionens breda frihet att bedöma bevisning i en koncentrationsprövning inte kan antas betyda att beslut kan tas utan solid bevisning härstammande från en noggrann och detaljerad undersökning samt att en fullgod redogörelse för anledningar bakom beslutet.³⁷

EUD menade att kommissionens kritik efter tribunalens dom i *Tetra Laval* beror på en feltolkning och att tribunalen endast menat belysa hur centralt det är att presentera bevisning som är klar, övertygande och tillförlitlig,³⁸ och inte att ändra eller förtydliga bevisstandarden som kommissionen har att uppnå.³⁹

Generaladvokat *Tizzano* tillade i *Tetra Laval* att kvaliteten på de olika bevisen som kommissionen och parterna presenterar spelar en central roll, och det blir domstolens roll att uttolka huruvida de har uppnått till en tillräcklig nivå sannolikhet samt om slutsatserna logiskt kan kopplas till bevisningen.⁴⁰ Det är viktigt att komma ihåg att processen skall vara juridiskt styrd, att rättsäkerhet råder, och att

³² Se till exempel mål T-282/06 *Sun Chemical mot kommissionen* [2007] E.C.R. II-2149, 61§ med referenser till T-210/01, *General Electric Company mot kommissionen* [2005] E.C.R. II-5575, 42§, 44§, 48§.

³³ Y. Botteman, Standard of Proof & Expert Economic Evidence, 2 J. Comp. L. & Econ. 71 2006, s. 82. En syn på bevisnivån för ekonomisk och ekonometrisk bevisning är att den placerar sig mellan den straffrättsliga standarden ”bortom rimligt tvivel” och en ren civilrättslig sannolikhetsprövning.

³⁴ Dom i mål T-5/02 *Tetra Laval mot kommissionen* [2002] E.C.R. II-4381, 209-214§§.

³⁵ Luca Prete, Alessandro Nucara, Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases: everything clear after Tetra Laval? European Competition Law Review [2005], E.C.L.R. 2005, 26(12), s. 692, 697, Domstolen hade dock inte satt en ny standard utan endast omformulerat domstolens dom från *Kali & Salz*. Författarna noterar även att det förefaller orimligt att kommissionen som administrativ myndighet med relativt breda rättigheter passar en vägning av olika sannolikheter bättre.

³⁶ Se Bailey, Standard of Proof in EC Merger proceedings: A Common Law Perspective, Common Market Law Review 40, 2003 Kluwer Law International. s. 845,850.

³⁷ Se även angående denna punkt mål T-114/02 *BaByliss mot kommissionen*, [2003] E.C.R. II-1297, 353§, 356-358§§, 363§, tribunalens uttalade att ett antagande av kommissionen i fallet hade ett annat *troligt* utfall än vad kommissionen hade förutsatt, samt att beslut kommissionen tar måste vara understödda av ”*precis och sammstämmig* bevisning”.

³⁸ Domstolens dom 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, *Kommissionen mot Tetra Laval/Sidel* [2005] E.C.R. I-00987 39-43§, Denna analys skulle, enligt domstolen, även göra det nödvändigt att kunna se olika händelseförlopp framför sig, med beaktande av olika kedjor av orsak och verkan, för att kunna bedöma vilken som är mest trolig.

³⁹ Domstolens dom 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, *Kommissionen mot Tetra Laval/Sidel* [2005] E.C.R. I-00987, 48-51§§. EUD ger stöd för *Tizzanos* uttalanden om distinktionen mellan laglighetsprövningen av kommissionens bevisning, för vilken bevisnivån är högre, och kommissionens egna analyser av ekonomisk bevisning, i vilket fall kommissionen åtnjuter en frihet i sin bedömning.

⁴⁰ Domstolens dom 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, *Kommissionen mot Tetra Laval/Sidel* [2005] E.C.R. I-00987, 44-45§§.

även fast ekonomisk bevisning pekar åt ett håll skall sannolikhetsavvägningen fortfarande vara det avgörande.

I senare praxis har domstolen cementerat formuleringarna från *Tetra Laval* domarna.⁴¹ När tillgänglig bevisning har samlats in måste kommissionen visa med en *tillräcklig nivå av sannolikhet* att bevisningen tyder på, att koncentrationen i betydande mån,⁴² skulle komma skada eller begränsa den effektiva konkurrensen på den interna marknaden.⁴³ Värderingen är dock inte alltid enkel, exempelvis belyser *Vesterdorf* problematiken i en artikel.⁴⁴

3.3.3 Bevisstandard & bevisbörda

Det framstår som opraktiskt att kommissionen skall med absolut säkerhet visa att koncentrationen skulle komma verka konkurrenshämmande. Ytterst förefaller konsumentskyddsriktningen i koncentrationsförordningen å ena sidan samt rätten att driva näringsverksamhet å andra sidan begränsa hur hög bevisstandarden kan vara.⁴⁵ Undersökningen bör dock vara tillräckligt omfattande och djuplodande, för att slutsatsen om det är mer sannolikt än inte att koncentrationen kommer ha negativ inverkan på konkurrensen kan anses befogad.⁴⁶ Det framstår som att konsumenter och marknadsfunktion är mycket centrala överväganden.

Vem bär då bevisbördan i koncentrationsundersökningar?⁴⁷ Av domstolens dom i *Bertelsmann* framgår att det inte föreligger olika nivåer inom bevisstandarden för

⁴¹ Se exempelvis T-210/01, *General Electric Company* mot kommissionen [2005] E.C.R. II-5575, “[...]övertygande bevis och tillräcklig grad av sannolikhet[...]” [340§]. Dessa begrepp, samt ”troligt” återkom igenom hela domen.

⁴² Bevisning som presenteras måste vara övertygande och logiskt sammanhängande, och bevisning som presenteras måste vara lämpade för den roll de ges i argumentationen. I mål COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012], 485, 491§§, där en konkurrents argument enkelt åsidosattes p.g.a. bristande tillämplighet. Även T-310/01, *Schneider Electric SA. mot kommissionen* [2002] E.C.R. II-4071, 170-71§§, 243§, 256§ & 409§, gällande användningen av data från en större marknad än den relevanta.

⁴³ Se Bo Vesterdorf, *The Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the light of recent case law of the Community Courts*, 1 Eur. Competition J. 3 2005, s. 15-16.

⁴⁴ Vesterdorf, (2005), *Vesterdorf* tar upp ett exempel från *Airtours* domen, där domstolen begärde ut kommissionens marknadsundersökning till vilken kommissionen hade refererat i sitt beslut. Förstainstansrätten fann att dokumentet var både otydligt och att domstolen vid en snabb överläsning fann att kommissionen dragit fel slutsatser. Han noterar härefter att det inte är självklart att en sådan bedömning av tillväxt inte i alla fall kan anses falla under fakta, utan skulle i vissa fall kunna tänkas falla under bedömning av fakta vilket domstolen inte skall ägna sig åt.

⁴⁵ Domstolens dom 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, *Kommissionen mot Tetra Laval/Sidel* [2005] E.C.R. I-00987, 39§, ”*Gemenskapsdomstolen skall nämligen inte bara pröva huruvida de bevis åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.*”

⁴⁶ Generaladvokat Tizzano: *s Opinion* s. 73-74: “*on the basis of solid elements gathered in the course of a thorough and painstaking investigation, and having recourse to its technical knowledge, [it] is persuaded that the notified transaction would very probably lead to a creation or strengthening of such dominant position*”.

⁴⁷ Nyckelmålet är att tillgodose en korrekt och sund balans mellan de anmälade parterers rättigheter och det offentliga intresset: administration av rättvisa, tillgodoseende av konsumenters och konkurrenters rättigheter. Se även domstolens dom i *Bertelsmann & Sony Corporation of America mot Impala* (C-413/06P) [2008] E.C.R. II-4951, 47, 49, 175§§, kommissionen behöver undersöka flera olika alternativ för att fastställa vilket som

koncentrationer, exempelvis för att visa kollektiv dominans, och det föreligger inga generella antaganden för eller emot en koncentrations förenlighet med den interna marknaden.⁴⁸ Av praxis från EUD framgår att kommissionen bär bördan att visa att koncentrationen troligen kommer innebära hinder mot den effektiva konkurrensen på marknaden,⁴⁹ eller för att visa att vissa omständigheter tyder på att inga problem föreligger.⁵⁰ Kommissionen bär även bördan att övertygande argumentera för att ”bevisa” fakta i målet, att visa att ett visst faktum föreligger i enlighet med bevisstandarden.⁵¹ Kommissionens undersökning bygger dock på den information som finns tillgänglig, och det åligger anmälande part att inkomma med tillräcklig bevisning för att kommissionen skall undersöka en fråga. På detta vis ”styr” parterna i viss mån kommissionens undersökning, då kommissionen kommer fokusera en substantiell del av utredningen på att undersöka parternas påståenden.

är mest troligt, därmed förkastade domstolen generaladvokat *Tizzano*: s uttalande i *Tetra Laval* om att risk för konkurrensskada av koncentrationen behövde visas inte ”very probably” (väldigt troligt – författarens översättning).

⁴⁸ C-413/06P *Bertelsmann & Sony Corporation of America mot Impala* [2008] E.C.R. II-4951, 51§, Där domstolen fastställde att det ej finns generell presumtion om att viss typ av transaktion är förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden. För en diskussion i korthet kring avsaknaden av presumtioner se Pal Szilágyi *The ECJ has spoken: where do we stand with standard of proof in merger control?* E.C.L.R. 2008, 29(12), 726-728.

⁴⁹ Se även T-342/99 *Airtours plc mot kommissionen* [2002] E.C.R. II-2585, 63§, kommissionen måste presentera övertygande bevisning för att kunna ta ett beslut att hindra en koncentration.

⁵⁰ Se exempelvis T-87/05 *EDP mot kommissionen* [2005] E.C.R. II-3745, 61-69§§, där kommissionen ålades den huvudsakliga bördan att visa att en koncentration ej kan anses kompatibel med den interna marknaden, samt att samma bevisbörda föreligger i undersökningen av eventuella åtaganden.

⁵¹ Se en generell beskrivning i H. Malek, J. Auburn, R. Bagshaw (ed.) *Phipson on Evidence*, 16: e uppl. 2005 London Sweet & Maxwell (2005), kap. 6-01 till 6-03, s. 125-126.

4 Marknadsundersökningen & insamling av bevis

4.1 Introduktion

Målet med marknadsundersökningen är att utreda information och frågor/påståenden som parterna lyft i sin koncentrationsanmälan, relevanta fakta om funktion och struktur av relevant marknad, samt de effekter som den anmälda koncentrationen troligen kan leda till på den relevanta marknaden.⁵²

Marknadsundersökningen är av intresse då den bidrar med mycket information från flera olika källor, som alla har fördelar och nackdelar. Vidare framgår det av kommissionens beslutspraxis att information som samlats in under marknadsundersökningen väger tungt i bedömningen av fakta och omständigheter i koncentrationsundersökningar. Detta gäller både för definitionen av de relevanta produktmarknaderna och geografiska marknaderna samt i undersökningen av koncentrationens effekter på pris, innovation, urval eller kvalitet, vilket kan påverka konsumenterna negativt.

Marknadsundersökningen bidrar till bedömningen med relevanta fakta och en bred bild av hur parter, kunder, konkurrenter, leverantörer, och andra relevanta organisationer ser på marknaden och parternas påståenden. International Competition Network⁵³ har publicerat generella ”guider” till genomförandet av koncentrationsundersökningar.⁵⁴ Bevisning kan komma från många olika källor och vid olika tidpunkter i processen, med varierande grad av pålitlighet, och valet av typ och källa delvis på hur koncentrationen ser ut och vilket produktområde koncentrationen sker inom.⁵⁵ ICN håller det givet att ingen ensam beviskategori är att anse som helt klar och övertygande, varför det är av stor vikt att den undersökande myndigheten bedömer helheten.⁵⁶

Därför ger detta kapitel korta introduktioner de vanligaste källorna till bevisning under marknadsundersökningen, för att ge läsaren förståelse för deras funktion och vikt i analysen av kommissionsbeslut.

⁵² Generellt A. Lindsey, A. Berridge (2012), kap. 2.8. Detta är inte alltid en enkel uppgift, då alla marknader är på något vis unika och att försöka förutse framtiden i komplicerade fall med många variabler som beror både på varandra och andra, kända eller okända omständigheter

⁵³ Hädanefter benämnt ICN.

⁵⁴ International Competition Network, ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review, av juni 2005. (Tillgänglig på <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc322.pdf>).

⁵⁵ Se generell diskussion i A. Lindsey, A. Berridge (2012), kap. 1.4 (1-035), s. 34: I bedömning är det viktigt att undersöka och räkna in förväntade svar, från konkurrenter på marknaden, på förändringar i den sammanslagna enhetens strategi.

⁵⁶ International Competition Network, ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review, av juni 2005, kap. 3, s. 37.

4.2 Initiala fasen – information vid notifikation

Initialt skapas en relativt stor mängd information genom svar på parternas anmälan med tillhörande stöddokument och genom parternas svar på frågeformulär.⁵⁷ Parterna måste exempelvis bifoga information om koncentrationen, vilka de relevanta geografiska marknaderna och produktmarknaderna är och detaljerad information om deras funktion och parternas och deras konkurrenters roller. Då anmälände part rimligen får anses vara intresserad av ett godkännande beslut föreligger dock vissa risker med att lita på alla påståenden i parternas inlagor.

Därför utförs ett marknadstest av parternas anmälan, vilket är ett incitament att för anmälände parter att bidra med korrekt och komplett information.⁵⁸ Anmälände parter torde dessutom generellt vara intresserade av en snabb process, vilket utgör ännu ett incitament att bidra med korrekt information då anmälan annars kan komma betraktas som inkomplett.

4.2.1 Legala grunder

Kommissionen har relativt breda rättigheter att begära olika typer av information och interna dokument från parterna,⁵⁹ samt tredje parter till den anmälda koncentrationen.⁶⁰ Kommissionen skickar ofta ut frågeformulär⁶¹ samt genomför telefonintervjuer och har möten med tredje parter för att följa upp oklarheter i enkätsvaren eller begära vidare information.⁶²

Oavsett om kommissionens begäran rör en enkel förfrågan om information eller en begäran enligt artikel 11(3) i koncentrationsförordningen, skall kommissionen uppge den juridiska grunden samt målet med begäran.

Begärs information genom beslut enligt koncentrationsförordningen är kommissionen normalt tvungen att förklara noggrannare varför denna information är nödvändig.⁶³ EU:s förordning om procedurregler⁶⁴ stipulerar att informationen

⁵⁷ Se kommissionens guide till korrekt koncentrationsanmälan: Meddelande enligt artikel 3.2 i kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 [1] om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (2006/C 251/02) Europeiska unionens officiella tidning nr C 251, 17/10/2006 s. 0002 – 0003, Anmälan skall vara komplett med understödjande information, information om marknader, förväntad påverkan på marknader och konkurrens etc. Parterna garanterar även att informationen är korrekt.

⁵⁸ Exempelvis undersöks kunders, klienters, konkurrenters och eventuella tredje parter syn på koncentrationen och informationen parterna lämnat, för att bedöma eventuella brister i informationen vilket kan tala för att parterna i koncentrationen har något att dölja.

⁵⁹ Rådets Förordning (EG), nr 139/2004 av den 20 januari 2004.

om kontroll av företagskoncentrationer, art. 11 (1).

⁶⁰ Exempelvis kunder, konsumenter, leverantörer, konkurrenter, fack- och handelsförbund m.fl.

⁶¹ I de flesta fall sköter kommissionen undersökningen på en skriftlig basis: genom att skicka ut begäran om information, DG Best Practices on the Conduct of EC Merger Control Proceedings, 27§.

⁶² Kommissionen har rätten att begära att få genomföra intervjuer med syfte att säkra bevisning i enlighet med koncentrationsförordningen, art. 11(7).

⁶³ Se exempelvis Ivo van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings*, 2011 Kluwer Law International, Bedfordshire UK (2011), kap. 5, s. 129-131, Kravet är högre än en enkel länk mellan dokument och koncentration, dokumentet skall vara relevant för bedömningen.

skall utges av ansvariga personer med huvudmannens samtycke. Huvudmannen är den som skall se till att informationen är korrekt, fullständig och motsvarar kommissionens begäran, även om en auktoriserad företrädare eller advokat presenterar informationen.⁶⁵ För korrespondens mellan part och deras jurister förekommer en distinktion mellan bolagsjurister och externa ombud, vilken framgår av beslutspraxis, där externa ombud är bundna av sin professionella sekretess men ombud direkt anställda av part inte är bundna av sin sekretess mot kommissionen.⁶⁶

Det är dock oklart om bevisning och interna dokument som begärts ut genom användning av exempelvis artikel 11(3) i koncentrationsförordningen har ett högre bevisvärde än andra dokument på grund av att garantin för korrektheten är sanktionsgrundad.⁶⁷

4.2.2 Kunder, konkurrenter & tredje parter

Det framgår av kommissionens beslutspraxis att bevisning från tredje parter ges en framträdande roll för att testa anmälade parts påståenden om marknaden. Till kommissionens förfogande står bland annat frågeformulär, intervjuer, information som inkommit genom en öppen förfrågan eller tredje parts egna inlagor.⁶⁸

Exempelvis kan kunder ge insikt i utbytbarhet, vikten av innovation m.m. vilket kan detta utgöra en intressant och viktig, dock ej slutgiltig, bevisning i marknadsdefinitionen och undersökningen av eventuella negativa effekter.⁶⁹ Företagskunder anses generellt besitta större kunskap än konsumenter om strukturen och funktionen av den marknad där de är aktiva genom sina respektive verksamheter, och deras ekonomiska intresse är betydligt mer omfattande än konsumenternas. Insikter från professionella kunder spelar därför en viktig roll i flera steg av undersökningen.⁷⁰

⁶⁴ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (procedurreglerna).

⁶⁵ Kommission är bunden till professionell sekretess, och det är inte generellt inte möjligt att vägra lämna ut information som utgör affärshemligheter..

⁶⁶ Se exempelvis mål COMP/M-5830 *Olympic/Aegean Airlines*, Brussels, 26/01/2011, C (2011) 316 final, 180§ och fotnot 179, korrespondens och dokument som skapats mellan parterna och deras externa jurister är skyddade av deras professionella sekretess. Jämför med van Bael (2011) s. 154 samt förenade målen T-125/03 och T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd och Akcros Chemicals Ltd mot kommissionen* [2007] E.C.R. II-3523, 165-170§§, interna dokument som rapporterar innehållet i skyddad korrespondens faller under skyddet.

⁶⁷ Se koncentrationsförordningen (139/2004), art. 14 (1). Böter tillhör dock ej en av de vanligare följderna av felaktig eller inkomplett information från parterna. Det är vanligare att de anmälade parterna får ett nekande besked, eller att klockan stoppas, alternativt att kommissionen finner att en fas II undersökning krävs för att utreda de frågor som ej behandlades tillfredsställande i fas I.

⁶⁸ Generellt är undersökningen skriftlig där intervjuer och direkta kundundersökningar används om kommissionen finner något oklart eller om den skriftliga bevisningen är otillräcklig.

⁶⁹ Se exempelvis kommissionens beslut i mål COMP/M-5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2011], 123-144§§ & 147§ vilka visar kort hur kommissionen tittar på kunders och konkurrenters syn på utbytbarheten mellan två produkter, här flygplan och färja, för att undersöka om parternas argumentation stämmer överens med synen hos andra som aktiva på marknaden.

⁷⁰ Se exempelvis DG Competition: Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper, 30-31§§.

Konkurrenter och tredje parter med intresse i målet hörs generellt också i koncentrationsundersökningar. I likhet med kunder kan de bidra med insikt i hur relevanta marknader fungerar och om parternas uttalanden, exempelvis om marknadsandelar,⁷¹ tekniska funktioner,⁷² kapacitet etc. överensstämmer med den faktiska situationen. Särskilt intressant för kommissionen är om tredje parter kan bidra med rena fakta i målet, som kommissionen sedan kan tolka själv.

4.2.3 Problematik

I första hand kan konsumenter och kunder sakna incitament att klaga på koncentrationens effekter. Konsumenter kan vara dåligt insatta i tekniskt komplicerade situationer eller produkter, eller exempelvis för billigare konsumentprodukter vara ointresserade av att svara. I dessa fall kan det ibland vara relevant att genomföra direkta undersökningar bland konsumenterna på viss marknad för att få en mer pålitlig bild av hur konsumenter ser på en viss produkt.⁷³

Vidare kan parternas styrka verka avskräckande på kundernas vilja att svara på undersökningen. Avsaknad av synpunkter kan vara av större intresse än klagomål och synpunkter,⁷⁴ och parterna kan referera till denna tystnad som ett tecken på att kunderna inte förutser att koncentrationen kommer leda till en försämrad konkurrens. I *General Electric Company mot kommissionen*⁷⁵ lyfte sökanden att de två största kunderna, Airbus och Boeing, båda med god köparexpertis & ekonomiska anledningar att yttra sig, hade underlåtit att opponera sig.⁷⁶ Tribunalen förklarade dock att många olika förklaringar kan föreligga:

*”Sökandebolaget har för det andra anfört att varken Boeing eller Airbus motsätter sig koncentrationen. [...] Att fästa alltför stor betydelse vid att det saknas motstånd mot koncentrationen skulle dessutom vara detsamma som att anse att ett företags kunder genom någon sorts privat kontroll av koncentrationer kan avgöra huruvida deras leverantör har en dominerande ställning på en given marknad.”*⁷⁷

Svar från kunder spelar en central roll, men behöver samtidigt vägas och bedömas mot annan information i undersökningen, och som exemplet visar finns flera omständigheter som kan försvaga informationen som lämnas av kunder. Kommissionen ser även bevisligheten på kundundersökningar som parterna

⁷¹ Se exempelvis COMP/M.6512 *DS Smith/ SCA* [2012].

⁷² Se exempelvis COMP/M.5984 *Intel/McAfee*, [2011].

⁷³ Stephen Hurley, *The Use of Surveys in Merger and Competition Analysis*, *Journal of Competition Law & Economics*, 7(1), 45–68, Data från kundundersökningar kan vid bristande data från den “traditionella” undersökningen ge insikt i hur den relevanta marknaden fungerar och vara till hjälp i flera steg av undersökningen, (Stephen Hurley är ”Référéndaire” vid United Kingdom Competition Appeal Tribunal).

⁷⁴ Se till exempel COMP/M.3943 *Saint-gobain/BPB* [2005], 118§, mål COMP/M.3280 *Air France/KLM* [2004], 132§.

⁷⁵ Mål T-210/01 *General Electric Company mot kommissionen* [2005], E.C.R. II-5575, 277-278§§.

⁷⁶ Parterna menade att kundernas starka ställning som ”oundvikliga handelspartners” hindrade dem från att rädas bestraffning.

⁷⁷ Mål T-210/01 [2005] *General Electric Company mot kommissionen*, E.C.R. II-5575, 278§, Det förefaller som att kommissionens slutsatser förutsätter att Boeing och Airbus var medvetna om de priser som de båda betalade för flygplansmotorer, något som mycket väl kan tänkas vara föremål för individuell förhandling. Detta är i sin tur ett faktum som bort undersökas och beaktas vid en bedömning.

inkommer med viss skepticism, särskilt sett till omständigheterna kring bevisningens tillkomst.⁷⁸

Anmälände part och kommissionen bör även vara vaksamma mot uttalanden och fakta som presenteras av konkurrenter, vilka kan tänkas vara intresserade av att hindra en koncentration som skulle kunna ge den nya enheten effektivitetsvinster och därmed en konkurrensfördel på marknaden eller av intresse av att köpa en verksamhetsdel såld genom ett åtgärdsprogram. Det kan då vara av intresse för parterna att belysa konkurrenters argument då kommissionens synpunkt att källan till informationen i kommissionens besittning inte är det centrala, utan om fakta är precis, tydlig och väl underbyggd och konkurrenterna bör kunna stödja understödda sina uttalanden med fakta.⁷⁹

4.3 Interna dokument – insikt & faktiskt beteende

Interna dokument som upprättats innan koncentrationen ges ofta stor vikt vid bedömningen av om den kan komma skapa negativa effekter, och ICN har upprättat en icke uttömmande lista med dokument som kan vara relevanta för bedömningen.⁸⁰

Dokumentet kan ge en värdefull insikt i parternas förväntningar, om ledningen exempelvis själv förutser att den sammanslagna enheten kommer inta en dominerande ställning på en viss marknad.⁸¹ De kan bidra till undersökningen med värdefull information om struktur och konkurrenssituation på de berörda marknaderna, med fördelen att vara fria från påverkan av intresset att nå ett godkännande beslut.⁸²

⁷⁸ Se exempelvis COMP/M.5529 *Oracle/Sun Microsystems* [2010], (överklagat i *Monty Program mot kommissionen* T-292/10), 420-425§§, de 165 brev som kommissionen fått från kunder hade tillkommit efter kontak med Oracle och inte genom Art. 11 begäran.

⁷⁹ Exempelvis har Mario Monti, tidigare konkurrenspolitisk kommissionär, i ett tal i London 2001 i kontext till beslutet i *GE/Honeywell*-målet, uttalat att: ” *The test for considering a complaint is not whether it originates from a customer or a competitor but rather whether it is based on accurate factual information and well-supported and acceptable economic reasoning.* ”, ur utdrag från Mario Montis tal på Merchant Taylor’s Hall i London, 9:e juli 2001, referens: SPEECH/01/340, (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-340_en.htm, hämtad 2013-04-03).

⁸⁰ Interna dokument är en mycket bred beskrivning, och kan inkludera väldigt mycket. För exempel se International Competition Network, ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review, av juni 2005, kap. 3(I), s. 39, Dokument från den löpande verksamheten innehåller exempelvis kundlistor, information om partens syn på konkurrenter, olika typer av information om försäljning och marknadsföring, relevant avtalsinformation och villkor gällande leveranser, försäljning, transaktioner, samt information om geografisk försäljning, placering, information, kapacitet samt utnyttjande av kapacitet på produktionsställen.

⁸¹ Se exempelvis COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 20§ och fotnot 13. Interna dokument som Deutsche Börse bifogade med notifikationen (Form CO) pekade på parternas syn på sin kommande dominans.

⁸² Se exempelvis mål COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], samt *Baccaro* The Thomson/Reuters merger investigation: a search for the relevant markets in the world of financial data, EC CPN 2008 No. 2, s. 61-67. De komplicerade marknaderna utreddes med en användning av stora mängder interna dokument.

Preexisterande dokument kan visa hur parterna beter sig individuellt och sinsemellan, samt tidigare har svarat på olika beteenden från en motpart. Exempelvis hur bolag A har bemött priskampanjer från bolag B.⁸³ Interna dokument från parter och även andra marknadsspelare kan användas i kombination med information från undersökningen bland kunder i vissa fall för att fastställa direkt bevisning om hur parterna och andra marknadsspelare samspelar, exempelvis genom en buddatastudie.⁸⁴

4.3.1 Omständigheter att vara medveten om

Både parter och kommission bör dock vara medvetna om ursprunget till informationen, vilket kan ha betydelse för hur pålitlig eller rättvisande informationen är. Vitböcker, undersökningar och rapporter & annan information skapad inom ramen för koncentrationen fordrar vaksamhet, då det får hållas antagligt att det ligger i anmälande parts intresse att belysa de positiva aspekterna och följderna utav den föreslagna koncentrationen.

I komplicerade mål förekommer ibland kritik från parterna mot kommissionens val och tillämpning av interna dokument.⁸⁵ Det viktigt att i valet av dokument ha i åtanke möjligheten att olika interna dokument kan ha olika värde, beroende på deras ursprung, särskilt i stora och komplicerade mål, för att undvika risker med s.k. ”cherry-picking” av bevisning ur en större mängd. Möjligheten att dokument talar mot varandra föreligger också och bör beaktas. Det är av stor vikt att kommissionen noggrant värderar och förklarar varför de valde de dokumenten de gjorde, särskilt om de är gamla, odetaljerade eller om det finns motsvarande dokument som emotsäger deras betydelse.⁸⁶ Information med bas i studie, undersökning eller liknande handfast underlag kan eventuellt framstå som mer tillförlitliga då det är möjligt att inte se till slutsatserna i själva dokumentet utan använda den underliggande fakta för egna bedömningar.⁸⁷

Parterna får antas beakta vilka reaktioner som kan förväntas på aktiemarknaderna. Dessa reaktioner kan även analyseras som en oberoende källa till information, men då detta inte synbart förekommit i de beslut som analyserats inom ramen för detta arbete kommer denna källa inte redovisas vidare.⁸⁸

⁸³ Se exempelvis mål COMP/M.3099 *Areva/Urenco/ETC JV* [2004], 172-73§§ där Urenco:s affärsplan understödde synen att den relevanta marknaden den senaste tiden utsatts för betydande prispress, vilket lett till kapacitetsminskningar och sedermera generella höjningar av prisnivån. Se även mål T-342/07 *Ryanair mot Aer Lingus/kommissionen* [2010] E.C.R. II-03457, 138§.

⁸⁴ Se exempel i: COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg* [2010], 49-51§§, COMP/M.6106 *Caterpillar/MWM* [2011], 101-113§§ & COMP/M.6357 *Koninklijke Philips/Indal Group* [2011] 135§ & 157§.

⁸⁵ Se exempelvis parternas argument i COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2011], 179-183§§ samt COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012] (överklagat i mål T-175/12 *Deutsche Börse mot kommissionen*) där stora mängder interna dokument användes på ett avgörande vis, där parterna menade att kommissionen tillämpat informationen felaktigt.

⁸⁶ Se kapitel 2.2.2.1 samt 3.2 ovan om värdet att av kommissionen korrekt motiverar logiken bakom sina beslut för att inte öppna för överklaganden, ex. p.g.a. processuella fel.

⁸⁷ International Competition Network, ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review, av juni 2005, kap. 3(I), s. 44.

⁸⁸ Ännu en källa till oberoende information kan vara att undersöka de synliga effekterna på aktiemarknaderna när koncentrationen offentliggörs. Yrkesmässiga aktiehandlare and analytiker torde även ha viss insyn i, och vara känsliga för, den påverkan en koncentration har på marknaden. Om koncentrationen exempelvis förväntas ge effektivitetsvinster utan

4.4 Sammanfattning

Komplicerade koncentrationer involverar ofta omfattande marknadsundersökningar som inkluderar flera av de ovan nämnda källorna. Vilka källor som ges störst vikt varierar från fall till fall, beroende på tillgänglighet och tillförlitlighet av informationen. Alla källor har styrkor samt svagheter som parterna och kommissionen måste vara medvetna om, dock förefaller risken att tredjepartsinformation är påverkad av koncentrationen vara gemensam för flera av beviskällorna. Ytterst är detta en fråga som bedöms *in casu*. Undersökningen bland kunder och andra marknadsaktörer ”tar temperaturen” på marknaden och kontrollerar parternas argument. Marknadsundersökningen producerar även stora mängder kvantitativ bevisning som kan användas under flera steg i undersökningen.

Kommissionen premierar säkra och verifierbara källor, och därför ges ofta interna dokument, vid sidan om information från vertikalt kopplade marknadsaktörer⁸⁹, stor tyngd i bedömningen. Interna dokument kan beroende på sitt ursprung ha stor tyngd då de motbevisa bevisning från parterna som pekar på ett visst faktum. Generellt tillämpas dock de olika källorna i förening för att beslutet skall vara rättssäkert och stå på en robust grund.

prishöjningar skulle då konkurrenterna sjunka samtidigt som parternas aktier markeras upp. För en mer heltäckande genomgång se: Sven-Olof Fridolfsson & Johan Stennek, ”Industry Concentration and Welfare: On the Use of Stock Market Evidence from Horizontal Mergers”, *Economica* (2010) 77, 734–750. Koordinerade effekter och konglomerat passar inte helt lätt in i resonemangen omkring aktiemarknadsbaserad analys och kan ge andra svar vid t.ex. koncentrationer av konglomerattyp än vid en ”vanlig” horisontell koncentration. Att konkurrenter försvagas till den grad att de väljer eller tvingas att lämna marknaden skadas även konsumenterna samt teknologiska effektivitetsvinster som spiller över på konkurrenterna beaktas inte nödvändigtvis inom ramen för analysen. Se Damien Nevens & Lars-Hendrick Röller, *Discrepancies between markets and regulators: An analysis of the first ten years of EU merger control, The Pros and Cons of Merger Control* [2002], Konkurrensverket, Göteborg 2002, kap. 2, s. 19. (Hämtad från: http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_proscons_mergercontrol.pdf, hämtad 2013-04-03).

⁸⁹ Kunder, leverantörer etc.

5 Kvantitativ och ekonometrisk bevisning

5.1 Introduktion

Under marknadsundersökningen samlar kommissionen i stora mängder information. I Fas II undersökningen används ett antal kvantitativa metoder för att definiera de relevanta marknaderna. Kvantitativa tester tar ofta mycket tid och arbete i anspråk och det är av stor vikt att fokus, till exempel i en kvantifiering av data, faller på rätt frågor och rätt data samt att rätt undersökningsmetod tillämpas. *Botteman* beskriver kvaliteten på ekonomisk data som central, och en av de mest komplicerade uppgifterna att lösa i komplicerade fall.⁹⁰

Kommissionen och parterna har även möjligheten att presentera ekonometriska analyser och simulationer som stöd i sin talan. Den ekonomiska och ekonometriska bevisningen i koncentrationskontrollen är en invecklad del i bedömningen, där det förekommer skiljande åsikter om huruvida koncentrationen är kompatibel med marknaden eller inte. *Kali & Salz* formulerar en klassisk standard för kommissionens rättigheter vid koncentrationsundersökningar.

*”Det kan i detta hänseende påpekas att förordningens materiella regler och i synnerhet artikel 2 tillerkänner kommissionen ett visst handlingsutrymme, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar.”*⁹¹

I *Petrolessence*⁹² beskrev domstolen att granskningen är begränsad till att klargöra om kommissionen håller sig inom de processuella reglerna, att kontrollera fakta i målet, undersöka om motivationerna till beslutet är tillräckligt välgrundade, samt fastslå om några uppenbara bedömningsfel eller något maktmissbruk har förekommit.

Tidigare presidenten för tribunalen, *Bo Vesterdorf*, menar att domstolarna dock återfår visst bedömningsutrymme i sin undersökning av uppenbara bedömningsfel, och därigenom har viss möjlighet att bedöma ekonomisk bevisning.⁹³ I *Ryanair*

⁹⁰ Y. Botteman, Standard of Proof & Expert Economic Evidence, 2 J. Comp. L. & Econ. 71, 2006.

⁹¹ Förenade målen C-68/94 och C-30/95, *Frankrike och andra mot Kommissionen* [1998] E.C.R. I-1375, (*Kali & Saltz*), 223§.

⁹² Tribunalens dom, den 3 april 2003, i mål T-342/00 *Petrolessence SA mot kommissionen* [2003] E.C.R. II-01161, 101-102§§. Se även mål T-156/98, *RJB Mining mot kommissionen*, [2001] ECR 11-337, 87§, där domstolen konstaterade att: ”[...] det följer av fast rättspraxis att förstainstansrätten skall begränsa sin kontroll till att pröva huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till maktmissbruk eller på ett uppenbart sätt har åsidosatt fördragets bestämmelser eller någon bestämmelse som gäller dess tillämpning, varvid ordet ”uppenbart” innebär att det skall vara fråga om ett så grovt åsidosättande av rättsregler att detta åsidosättande förefaller vara resultatet av ett uppenbart fel [...]”.

⁹³ Domstolens dom 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, *Kommissionen mot Tetra Laval/Sidel* [2005], 44-45§§, EUD noterar att det ligger inom förstainstansrättens (nu tribunalens) rättigheter att visa kommissionen vilken kvalitet bevisningen måste hålla för att med tillräcklig styrka visa på att kraven i artikel 2.3 i koncentrationsförordningen är uppfyllda:

mot kommissionen klargjorde domstolen dock att den ej är begränsad till att undersöka huruvida bevisning rent materiell är korrekt, tillförlitlig och samstämmig, utan kan undersöka om beslutet är baserat på samtlig relevant bevisning i målet samt om denna kan anses utgöra en tillräckligt robust grund för de slutsatser som baserats på den.⁹⁴

Vikten av ekonomiska och ekonometriska analyser har under EU: s nya system för koncentrationskontroll vuxit, och utgör idag en etablerad del i bedömningen.⁹⁵ Rollen som ekonometriska analyser och koncentrationssimulationer spelar visar sig dock i beslutspraxis vara i viss mån osäker, sett till deras svagheter, och hur denna typ av bevisning vägs mot andra bevistyper.⁹⁶

Kommissionens bedömningsmarginal innefattar valet av bevisning & analysmetodik, och möjligheten att inte tillämpa ekonomisk bevisning om det kan anses olämpligt, onödigt eller om data är otillräcklig förefaller vara upp till kommissionen.⁹⁷ För att resultaten skall bli korrekta bör även korrekta verktyg tillämpas, vilket är ett förekommande argument från parterna mot kommissionens analyser.⁹⁸ Inget förhindrar dock parterna från att företa en egen analys, som kommissionen kommer att testa.

5.2 Kortfattat om SIEC-testet

SIEC⁹⁹ testet utgjorde en tongivande förändring i funktionen av kontrollen av horisontella koncentrationer när den nya koncentrationsförordningen infördes. Fokus skiftade, åtminstone officiellt, från dominans, mot den förmodade effekt koncentrationen kan komma få på relevanta marknader, Skapande eller förstärkande av en dominant marknadsposition endast utgör en central

"I detta sammanhang är kvalitén på de bevis som kommissionen framställer, för att visa att det krävs ett beslut om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden, särskilt viktig. Dessa bevis skall nämligen styrka kommissionens bedömningar, enligt vilka den ekonomiska utveckling som denna institution grundar sig på är trolig, såvida inte ett sådant beslut antas."

⁹⁴ Tribunalens dom, 6 juli 2010 i mål T-342/07, *Ryanair mot kommissionen/Aer Lingus* [2010] E.C.R. II-03457, 30§. Vi kan här jämföra med praxis under den tidigare koncentrationsförordningen: kommissionen mot Tetra Laval, 39§, och dom 10 juli 2008 i mål C-413/06 P, *Bertelsmann och Sony Corporation of America mot Impala* [2008] E.C.R. I-04951, 69§.

⁹⁵ IP/02/1856, Brussels, Dec. 11 2002, Commission adopts comprehensive reform of EU merger control.

⁹⁶ För en översikt, se till exempel D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, tredje uppl. [2009], Kluwer Law International: International Competition Law Series, Vol. 39, Alphen aan den Rijn. The Netherlands, kap. 5.1.2. Även generellt i M. Furse, *Competition law of the EC and UK*, 6. Uppl. Oxford University Press 2008, Oxford. UK, kap.18, s. 373-374.

⁹⁷ Se exempelvis kommissionens förklaring till avsaknaden av empiriska och kvantitativa analyser I COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2011], 28-33§§, Kommissionen menade att tillgänglig data var inkomplett, oprecis, eller av allt för låg kvalitet för att kunna erbjuda en robust analys som kan vara relevant för bedömningen.

⁹⁸ Se Lowri Evans (Då vicedirektör för DG Competition) tal vid International League of Competition Law Congress 2008, i Hamburg, där hon uttalade i ingressen att vikten av sunda ekonomiska analyser har vuxit i dagens internationella och teknologiskt föränderliga samhälle, ekonomiska analyser som är av stor vikt för att nå rätt slutsatser (Talet finns tillgängligt på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2008_06_en.pdf, hämtat 2013-04-04).

⁹⁹ Significantly impede effective competition (hädanefter benämnt SIEC).

komponent.¹⁰⁰ Målet med koncentrationskontrollen är att säkerställa att koncentrationen inte troligen kommer innebära skadliga effekter för konsumenter, den totala välfärden, eller effektiviteten på europeisk, nationell eller regional nivå.¹⁰¹ Trots detta förefaller risken för skada på konsumenterna vara prioriterat.¹⁰² Testet av hotet mot effektiv konkurrens fångar flera olika typer av beteenden och effekter som kan leda till skada på konkurrensen, och därigenom har ekonomiska och kvantitativa metoder har fått ett ökat inflytande, och används i undersökningen av koncentrationers *icke-koordinerade, koordinerade effekter, kollektiv dominans & vertikala effekter*.¹⁰³

5.2.1 Introduktion till kvantitativ bevisning & ekonometri

Kvantitativ bevisning är en relevant beviskategori som används i undersökningen av koncentrationer för att bedöma utbytbarheten på tillgångssidan och efterfrågesidan. Kommissionen föredrar etablerade modeller, ur en rättsäkerhetssynpunkt.¹⁰⁴ Detta arbete ämnar inte göra en komplett genomgång av alla former av kvantitativ bevisning, utan erbjuder en introduktion till funktion samt styrkor och svagheter i de vanligaste metoderna vilka vanligen tillämpas i koncentrationskontroller.

SSNIP¹⁰⁵ testet är konstruerat¹⁰⁶ för att undersöka huruvida kunder eller konsumenter, om produkten eller tjänsten ser en icke övergående prisuppgång om 5-10 % efter koncentrationen, skulle byta till en annan produkt.¹⁰⁷ Kan eller vill kunderna inte byta till andra produkter tyder detta på att produkterna befinner sig på samma produktmarknad och en prishöjning kan då vara lönsam. Testet upprepas och inkluderar de närmaste alternativen till produkten/tjänsten tills det visar att parterna tjänar på en prishöjning, vilket utgör en definition av marknaden.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, 2004/C 31/03, del III.

¹⁰¹ För generella genomgångar se gärna Alberto Pera & Vito Auricchio "Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy, 1 Eur. Competition J. 153 2005, eller A. Lindsey, A. Berridge (2012) kap. 1.2.

¹⁰² Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer, 2004/C 31/03, punkt 8, vilken talar om skydder för konsumenterna. Läs även generaldirektör *Italianer:s tal* "Quantity and 'quality' in economic assessments" tal på Charles Rives Associates årliga konferens från 7 december 2011, Bryssel, s. 3, (tillgängligt på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_15_en.pdf, hämtat 05-05-2013).

¹⁰³ För en diskussion om övergången se D. Hildebrand (2009), kap. 5.3, s. 467-468.

¹⁰⁴ Kommissionen har själva noterat i flera beslut vikten av att använda ekonometriska modeller de känner till, s.k. "mainstream economics".

¹⁰⁵ **Small but Significant Non-transitory Increase in Price**. Även känt som det hypotetiska monopolist (HM) testet.

¹⁰⁶ Se generellt D. Hildebrand (2009), s. 414-415, vanligtvis använder kommissionen sig av frågeformulär, eller möjligen utfrågning av kunder på plats för att bedöma deras syn på utbytbarheten, Detta Se även diskussionen i mål COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding*, 75-85§§ om det möjliga höga bevisvärdet av att fråga konsumenterna icke ledande frågor om tidigare köpvanor och sedan analysera svaren på frågan hur de skulle reagera vid en prishöjning om 5-10%.

¹⁰⁷ Se *Mario Monti:s* (tidigare kommissionär för konkurrensrätt) tal, "Market Definition as a cornerstone of EU competition policy", Speech/01/439, 05.10.2001 (Tillgänglig på: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-439_en.htm?locale=sv, hämtat 05.05.2013).

¹⁰⁸ Testet är dock känsligt för "onaturlig" påverkan på marknaden, som priskrig eller befintligt bristande konkurrensförhållanden.

Elasticitetstest¹⁰⁹ mäter förändringar i efterfrågan för parts egen produkt om priset stiger. D.v.s. om kunder ej byter till andra produkter vid prishöjningar kan testet indikera en marknadsavgränsning.

Korspriselasticitet mäter istället hur efterfrågan förändras för frukt A om frukt B ser en permanent prisuppgång. Stiger efterfrågan för A kan detta tyda på att produkterna befinner sig i samma marknad. Korspriselasticitet kan vara värdefullt fullt för att analysera huruvida det faktiskt skulle vara lönsamt för parterna att höja priset enligt SSNIP. Stor divergens kan tyda på brist i proportionaliteten.¹¹⁰

Priskorrelationsanalysen använder priser från två produkter och jämför hur de förändras i förhållande till varandra. Teorin är att priser inom samma marknad tenderar att följa varandra. Försiktighet kan rekommenderas då resultaten kan vara snedvridna av externa orsaker som prisuppgång på tillgångssidan som påverkar båda produkterna.¹¹¹ Exempelvis påverkar en uppgång i oljepris priserna på både lastbilstransporter och badankor i plast.¹¹² Ett riktmärke¹¹³ bör etableras för att kontrollera korrelationen mellan priserna på relevanta produkter under den relevanta tidsperioden att jämföra resultaten mot.

Stationaritetsanalys mäter huruvida prisförhållandet mellan två produkter tenderar att vara stabilt över en viss tidsperiod eller skifta. Stationaritetsanalysen lider ej av samma problem som priskorrelationsanalyser men fortfarande är vaksamhet att rekommendera.¹¹⁴

Regressionsanalys är en statistisk modell som bedömer förhållandet mellan olika variabler, och kan användas för att beskriva parternas konkurrensmässiga samspel.

5.2.2 Koncentrationssimulationer

Målet med koncentrationssimulationer är att undersöka huruvida transaktionen kan förväntas få negativa effekter för den effektiva konkurrensen, samt för att undersöka utbytbarhet och efterfrågan. Bedömningen skall, eller bör, baseras på all tillgänglig bevisning för att den skall bli så rättvisande som möjligt. För att den ekonometriska analysen skall vara har hög kvalitet & användbar i bedömningen krävs att vissa grundläggande kriterier är uppfyllda.¹¹⁵ Data som används skall vara

¹⁰⁹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EUT nr C 372, 09/12/1997 s. 0005 – 0013, 39§.

¹¹⁰ Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, kap. 1, s. 23-24. (Tillgänglig på: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/effects_mergers_involving_differeniated_products.pdf, hämtad 08-04-2013).

¹¹¹ Ibid. s. 37-38, samt D. Hildebrand (2009), s. 411.

¹¹² Se exempel i mål (97/26/EC) IV/M.619 *Gencor/Lonrho* [1997], OJ L 011, 14/01/1997 P. 0030 – 0072, 52-55§§, gällande platina och andra ädelmetaller.

¹¹³ S.k. "Benchmarking".

¹¹⁴ Se till exempel mål COMP/M.5907 *Votorantim/Fischer/JV* [2011], 92-96§§, "*This caveat also applies [...] as stationarity may be observed for the relative price of products that are not close substitutes.*" Felaktigheter kan uppkomma när det ej förekommer prischocker eller pristrender.

¹¹⁵ David Scheffman and Mary Coleman, FTC Perspectives on the Use of Econometric Analyses in Antitrust Cases (Draft paper), Kap. II. (Tillgänglig på: <http://www.ftc.gov/be/otherdocuments/ftcperspectivesoneconometrics.pdf>, senast hämtad 08-04-2013).

korrekt, passande och täcka ett tillräckligt spann i tid, produkter och andra relevanta faktorer för att kommissionen skall vara beredd att acceptera modellen.¹¹⁶ Analysen bör vidare tillämpa en frågeställning och ekonomisk modell som överensstämmer med etablerad ekonomisk teori och är relevant i situationen.¹¹⁷

Koncentrationssimulationer är komplicerade beräkningar som kan erbjuda insikt i huruvida parterna till följd av koncentrationen kan höja priserna. Samtidigt är de begränsade av metodval, utformning och sina antaganden om konkurrensen.¹¹⁸ *Epstein och Rubinfeld* beskriver i en rapport från 2002 tre huvudsakliga modeller för undersökningen av efterfrågan på marknaden: ALM¹¹⁹, AIDS¹²⁰, och PCAIDS¹²¹.

1. **ALM:** ALM-modellen kräver korrekt och passande data om parternas och koncentrationens marknadsandelar. Modellen mäter främst utbytbarheten mellan givna produkter på den relevanta marknaden vilket erbjuder en illustration av marknadens utbudselasticitet. Modellen innehåller ett starkt antagande om att korselasticitet är likvärdig över olika produkter, vilket de menar kan göra modellen olämplig i koncentrationer med differentierade produkter.
2. **AIDS:** kräver detaljerad information om priser, inkomster och är en mer invecklad modell än ALM, och är inte lika bunden. I kontrast till ALM är AIDS en relativt komplicerad modell som kan kräva bedömningar av många olika koefficienter, vilket gör att modellen kan upplevas komplicerad och svårtillgänglig för jurister, domare, andra ickeekonomer.
3. **PCAIDS:** är i princip en förenkling av AIDS, som endast behöver marknadsandelarna, en bedömning av elasticiteten av marknadens efterfrågan, samt en bedömning av priselasticiteten för efterfrågan efter ett specifikt märke på marknaden.

5.2.3 Brister & vikt som bevisning

En enskild modell kan dock inte ta hänsyn till all underliggande data, vilket innebär att viss data måste beaktas utanför simulationen.¹²² Som en lösning kan två

¹¹⁶ Whinston, "Antitrust Policy toward Horizontal Mergers", i Armstrong & Porter (red), *Handbook of Industrial Organization* (North-Holland, 2007), Vol. 3 s. 2416. Whinston beskriver problematiken som att företag kan gå från en viss bedömningsmodell för konkurrensfunktion, ofta används *Bertrand*-modellen (jfm generellt: A. Lindsey, A. Berridge (2012), kap. 19-008), till en annan, där t.ex. prissamordning förekommer.

¹¹⁷ David Scheffman and Mary Coleman, FTC Perspectives on the Use of Econometric Analyses in Antitrust Cases (Draft paper), Kap. II: Data som används måste vara korrekt, tillräckligt klar och trovärdig samt passa för den situationen. De statistiska metoderna bör vara i linje med erkänd ekonometrisk teori och att de är passande för data, situation, och övrig bevisning som används. Analysen bör vara realistisk och inkludera begränsningar i data. En korrekt utformad och genomförd simulation bör även producera resultat som är starka nog att kunna motstå vid eventuella förändringar i bedömningen.

¹¹⁸ Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, kap. 1.

¹¹⁹ "Antitrust logit model".

¹²⁰ "Almost Ideal Demand System".

¹²¹ "Proportionality-Calibrated AIDS".

¹²² Exempelvis från kundundersökningar alternativt konkurrenter. Se Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07.

modeller kan användas, och resultaten jämföras, för att använda sig av de respektive styrkorna och överkomma svagheter.¹²³ Simulationer bygger på vissa kontroversiella antaganden, exempelvis enligt *Bertrand* modellen eller *IIA* modellen, om hur konkurrensen på marknaden fungerar.¹²⁴ Användbarheten och tillförlitligheten av koncentrationssimulationer beror därför i stor utsträckning på huruvida deras antaganden i tillräcklig utsträckning korrelerar till marknadsmekanismerna som driver konkurrensen. I vissa simulationsmodeller kan svagheter i antagandena överbryggas.¹²⁵ I *Unilever/Sara Lee* noterade dock kommissionen och parterna att, trots kompensation i modelleringen, är vikten som bevisning begränsad på grund av modellens begränsningar.¹²⁶ Simulationsmodeller och ekonometriska analyser kräver tillgång till en tillräcklig mängd kvantitativ data, av tillräcklig kvalitet, för att kunna bidra till koncentrationsundersökningen på ett meningsfullt vis. I *Olympic/Aegean Airlines*¹²⁷ erinrade kommissionen den är förbunden att respektera de anmälande parternas rättigheter och undersöka allt som kan vara relevant i målet, samtidigt som tillgång till relevant och tillräcklig data är central för valet att utnyttja ekonometriska tekniker eller ej.¹²⁸

Parterna och kommission producerar simulationer och ekonometriska analyser som ibland pekar på olika slutsatser. Dessa eliminerar dock inte nödvändigtvis varandra.¹²⁹ Däremot kan värdet sjunka om brister i logiken eller transparensen av fakta förhindrar klargörande av anledningen till skillnaderna.¹³⁰ Exempelvis i *Airtours* fick kommissionen ta emot kritik för bristande transparens i

¹²³ Se till exempel tal av Gregory J. Werden Merger Simulation Disciplined by Daubert, (Tillgängligt på: <http://www.ftc.gov/speeches/other/040129werden.pdf>, hämtat 05.05.2013).

¹²⁴ Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, kap. 1, s. 17, 21-22. *Bertrand* modellen har ett specifikt antagande om att företag konkurrerar över pris, vilket inte kan appliceras på alla marknader.

¹²⁵ Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, kap. 1. "Independent of Irrelevant Alternatives" ("IIA") innehåller ett starkt antagande om korselasticiteten. Viss osäkerhet kan dock avhjälpas genom användningen av s.k. "nests". Detta förutsätter att dessa formuleras korrekt och är tillämpliga i målet.

¹²⁶ COMP/M.5658 *Unilever/Sara Lee* [2010], 175-187§§ samt det tekniska annexet, där kommissionen kommenterar användningen av simulationer som kompletterande som bäst fast med möjligheten att förstärka helhetsbilden om korrekt utförd och testad.

¹²⁷ COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2011]. 28-32§§.

¹²⁸ Se till exempel Y. Botteman, Mergers, Standard of Proof and Expert Economic Evidence, 2 J. Comp. L. & Econ. 71 2006, s. 97-98.

¹²⁹ David Scheffman and Mary Coleman, FTC Perspectives on the Use of Econometric Analyses in Antitrust Cases (Draft paper), "It is not scientifically appropriate (nor does it serve the objective of sound decision making) to take the general approach that conflicting econometric studies 'cancel one another out.'", (tillgänglig på: <http://www.ftc.gov/be/otherdocuments/ftcperspectivesoneconometrics.pdf>).

¹³⁰ Generellt om svårigheter i koncentrationssimulationer: Craig Peters, "Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry", Economic analysis group discussion paper, EAG 03-1, januari 2003. (Tillgänglig på: <http://www.wcas.northwestern.edu/csio/Papers/2003/CSIO-WP-0033.pdf>, hämtad 08-04-2013).

undersökningen.¹³¹ Analyser i konflikt beaktas dock fortfarande mot bakgrund av övriga omständigheter i undersökningen.¹³²

5.2.4 Sammanfattning

Ekonometriska analyser och koncentrationssimulationer kan bistå i undersökningen med värdefull information om utbytbarheten mellan produkter eller parternas möjlighet att påverka priset efter koncentrationen. Som introduktionen visade har dock alla modeller svagheter som måste beaktas när modellerna tillämpas i undersökningen. Därför ges dessa modeller generellt en understödande roll i olika stadier av undersökningen, men saknar styrka att stå själva.¹³³ Som avslutande observation förefaller ekonometriska analyser och kvantifieringar av data ha en högre potential som bevisning då de inte i samma utsträckning som simulationer förlitar sig på starka antaganden.

¹³¹ Mål T-342/99, *Airtours mot kommissionen*, [2002] ECR II-2585, 127§, undersökningen menade kommissionen kunna visa att ett samordnat beteende var troligt att uppkomma. Vi bör notera att kritiken främst gällde metodvalet och stödet för detta hellre än de ekonomiska beräkningarna och att domstolen inte kritiserade utförandet av beräkningarna.

¹³² Exempelvis mål COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium mot kommissionen* [2003], 185-186§§. Kommissionen fann att basen för den ena studien var vag och svår eller omöjlig för kommissionen att validera till fullo då, exempelvis viss data, baserats på minnesbilder från en anställd i företaget. Därigenom uppfattades regressionsanalysen som mindre pålitlig.

¹³³ Exempelvis ges detta uttryck i *Phipson on Evidence*, där det nämns att vikten av bevisning inte kan bestämmas av fast regler då den beror huvudsakligen på logik, erfarenhet och en smula sunt förnuft: Phipson on Evidence, 16th edition [2005], Sweet & Maxwell Ltd 2005, London. UK. Kap. 7-17, s.166.

6 Beslutspraxis, relevanta bevisfrågor

6.1 Vikten av marknadsdefinitionen för parterna i en koncentration

Vid införandet SIEC testet förekom debatt inom Europa huruvida dominans fortsatt skulle vara den ledande markören för konkurrensskada. Hur denna fråga skall besvaras kommer visa sig i analysen. Oavsett hur denna fråga besvaras så kan dock definitionen av de relevanta geografiska marknaderna samt produktmarknaderna utgöra centrala frågor för koncentrationens möjliga påverkan på marknaden.

I flera beslut gällande konsolideringar av flygbolag har definitionen av de relevanta marknaderna utgjort en central fråga. I *Ryanair/Aer Lingus*¹³⁴ beslutet använde sig kommissionen av ett brett urval av undersökningsmetoder, där marknadsundersökningen, understödd av flera omfattande ekonometriska studier, var vital för att definiera marknaden och utbytbarheten mellan flygrutter, samt på vilken basis marknaden skulle bestämmas. I likhet med andra flygbolagskoncentrationer som undersökts inom ramen för detta beslut, *Olympic/Aegean Airlines*¹³⁵, *Lufthansa/Austrian Airlines*¹³⁶, *Lufthansa/ SN Airholding*¹³⁷ samt *IAG/BMI*, kom kommissionen fram till att marknaden bör definieras per rutt på ursprung – mål basis. Detta var i och för sig inte en nyhet, men det spelar stor roll för utbytbarhet, marknadsandelar och i den kontrafaktiska analysen.

Även i *Deutsche Börse/NYSE Euronext* var marknadsdefinitionen viktig för parterna då parterna antingen kunde ha mycket låga eller mycket höga marknadsandelar beroende på slutsatsen i undersökningen. Om parterna lyckats med sin argumentationslinje, och OTC-derivat, där anmälade parter hade marginell närvaro, inkluderats i den relevanta produktmarknaden, så hade kommissionens beslut kunnat bli annorlunda.¹³⁸

6.1.1 Dominans och minskad konkurrens

I de fem flygbolagskonsolideringar som analyserats baserades kommissionens slutsatser på liknande analysmodeller. Kommissionen undersöker relevanta marknader och andra marknadsspelare och konstaterar huruvida parterna skulle bli

¹³⁴ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* [2007] samt Mål T-342/07 *Ryanair mot kommissionen* [2010].

¹³⁵ COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011].

¹³⁶ COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines* [2009].

¹³⁷ COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding* [2009].

¹³⁸ COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 220§, parterna argumenterade derivatens karaktär var så pass liknande att parternas kunder enkelt kunde byta mellan OTC och ETD derivat.

dominanta eller monopolister på ett antal marknader efter koncentrationen.¹³⁹ Dock skiljer bevisföringen sig åt mellan de olika fallen. Exempelvis väljer kommissionen att i vissa fall inte genomföra ekonometriska analyser med hänvisning till kvalitet eller tillgänglighet av data – eller liknande anledningar. I kommissionens beslut att hindra koncentrationerna i *Olympic/Aegean Airlines*¹⁴⁰ och *Deutsche Börse/NYSE Euronext*¹⁴¹ valde kommissionen att basera besluten på fynd i marknadsundersökningen och interna dokument. Parterna opponerade sig mot att kommission använde viss bevisning som stöd, men ignorerade annan.¹⁴² Exempelvis i *Ryanair/Aer Lingus* var Ryanair mycket kritiskt till kommissionens enkät- och kundundersökning på flygplatser, samt användningen av interna dokument från parterna, och menade att kommissionen inte kunde förlita sig på information av s.k. ”anekdotisk art”.¹⁴³ I flera beslut där parterna tappade i sin talan eller tvingades till omfattande åtaganden kommenterar parterna kommissionens användning av viss bevisning. Vilken bevisning som kritiken rör, interna dokument, kundundersökning eller ekonometriska analyser, skiljer sig dock från fall till fall.

Thomson/Reuters är intressant bland annat då slutsatserna om parternas styrka nåddes med hjälp av en utbredd användning av interna dokument som löste två nyckelfrågor: vilken marknadsposition parterna höll, samt vilka som var parternas närmaste konkurrenter på dessa marknader.¹⁴⁴ En ingående analys av stora mängder interna dokument, samt synpunkter från kunder & konkurrenter, var avgörande för slutsatsen att koncentrationen kunde antas leda till prishöjningar och avveckling av produkter i överlappande verksamheter vilket kunde ge kunder minskad valfrihet.¹⁴⁵

Det framgår av besluten att höga marknadsandelar inom relevant produktmarknad eller geografisk marknad pekar på att parterna har en dominant ställning, och därigenom kan försämra konkurrensen. För att motverka att parternas ställning skulle anses vara allt för dominant argumenterade parterna i *DS Smith/SCA*¹⁴⁶ delvis för att marknadens natur kontrollerade parternas beteende så att de inte

¹³⁹ Kai-Uwe Kühn, Svend Albaek, Miguel de la Mano, Economics at DG Competition 2010–2011, 22 november 2011, review of Industrial Organization, December 2011, Vol. 39, Issue 4, Springer, U.S. s. 317. Det kan vara värt att peka ut att flygrutter är marknader som naturligt har en statisk struktur med en eller ett par starka aktörer med bas på stora nationella eller regionala flygplatser. Dessa starka ”hemmaflygplatser” ger flygbolagskonsolideringar en särskild karaktär då inträde är starkt begränsat och en köpare med överlappande verksamhet kan relativt enkelt få mycket höga marknadsandelar.

¹⁴⁰ COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011].

¹⁴¹ COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012].

¹⁴² I mål COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011], 533§, lyfte kommissionen att parterna själva argumenterat att de är varandras närmaste konkurrenter, med stöd i interna dokument.

¹⁴³ Mål T-342/07 *Ryanair mot kommissionen*, 6-7-2010, 128§. Ryanair ansåg att kommissionen förlitat sig för mycket på information från konkurrenter och tolkat intern kommunikation från Ryanair, över vad de menade var sämre bevis för att Aer Lingus skulle utöva ett konkurrenstryck på Ryanair, än den ekonometriska bevisningen som inte visade på detta.

¹⁴⁴ Se COMP/M.4726, *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 47-48§§ för *Reuters* dokument och 49§ för *Thomson*.

¹⁴⁵ COMP/M.4726, *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], exempelvis distribution av forskningsrapporter, mäklarrapporter, grundläggande finansiella data för företag samt historiska serier av ekonomiska data.

¹⁴⁶ COMP/M.6512 *DS Smith/SCA* [2012], 14§.

kunde utöva konkurrensbegränsande beteende,¹⁴⁷ och delvis för att det förelåg sådan utbytbarhet att kunder kan välja andra leverantörer.¹⁴⁸ Frågan var om det existerade reella alternativ för kunderna på marknader där parterna skulle få en mycket hög marknadsandel. Konkurrens från externa konkurrenter & inträde på marknaden ansågs här vara mindre troligt på grund av höga kostnader för inträde och för transport.

6.1.2 Utbytbarhet

I flygbolagskonsolideringar granskas alla relevanta rutter för sig och kunderna delas upp i flera kategorier, baserat på preferenser, och analyseras för priskänslighet. För att fastslå utbytbarheten mellan parternas produkter och konkurrenter inom samma eller liknande produkt/tjänstekategorier så undersöks utbytbarheten mellan olika flygplatser, flygbolag samt andra transportsätt.¹⁴⁹ I dessa fall¹⁵⁰ tillämpades aktivt stora mängder av parternas dokument, samt information från, och intervjuer med, kunder, konkurrenter samt flygplatsansvariga. *Ryanair* argumenterade för att kunderna inte hade förståelse för frågorna samt att kommissionen var ”selektiv” i sina val av svar, s.k. ”cherry picking”. Tribunalen markerade dock kommissionens stora friheter i valet och bedömningen av vilken bevisning som är relevant. I *Olympic/Aegean Airlines* kommenterar parterna kommissionens val av bevisning, men som framgår av kapitel 2-4 ovan är det oklart exakt hur utsträckta dessa friheter är.

Domstolens acceptans i *Ryanair mot kommissionen* av möjligheten att välja bort ekonometriska analyser som verktyg i undersökningen förefaller ha ingett kommissionen mod i valet av bevisning och analysmetod i sina beslut. I *Olympic/Aegean Airlines* och *Deutsche Börse/NYSE Euronext* försökte parterna hävda att delar av informationen som kommissionen grundat sitt beslut på utgörs av ”anekdotisk bevisning”, ett argument som förefaller tagit direkt ifrån *Ryanair*:s överklagande, eller att kommissionen dragit fel slutsatser från informationen som analyserats.¹⁵¹

¹⁴⁷ COMP/M.6512 *DS Smith/SCA* [2012], 14§, Parterna pekade på att inköpsmetoder och prissättningsmetoder öppnade för en mängd konkurrenter och hindrade parterna från att höja priset, vilket fungerade för en relevant marknad, där parternas styrka inte fans kunna påverka marknaden negativt i tillräcklig mån för att skada konkurrensen. Parterna hade dock mindre framgång på de marknader där de var dominanta och trösklarna för inträde var höga. Se generellt om möjligheten för en dominant spelare att utnyttja styrka på inköpsmarknader: P. Carstensen, *Buyer Power and Merger Analysis – The Need for Different Metrics*.

(Tillgängligt på: <http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040217carstensen.pdf>, hämtad 04-25-2013).

¹⁴⁸ Det är fullt möjligt att kontrakt av olika slag som i beslutet kan anses vara delar av samma marknad. Se exempelvis COMP/M.1693 *Alcoa/Reynolds* [2002] OJ L58/25, 14-17§§.

¹⁴⁹ Jämför exempelvis COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012].

¹⁵⁰ COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012], COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011], COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines* [2009], COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding* [2009], COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* [2007].

¹⁵¹ Mål M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 252§. Jämför med mål nr. T-342/07 *Ryanair mot kommissionen* [2010], 128§ & 138§.

I *Deutsche Börse/NYSE Euronext* handlades europeiska ETC¹⁵² derivat i parternas egna vertikala ”silos”.¹⁵³ Kunderna använde parterna på alla nivåer inom den relevanta derivathandeln. Kommissionen ansåg att det inte fanns några stora möjligheter för konsumenter att välja andra leverantörer, samtidigt som modellen avskräckte konkurrenter från inträde på marknaden, vilket även exemplifierades genom interna dokument och referenser till historiska försök till inträde. Beslutet i *Deutsche Börse/NYSE Euronext* har kritiserats av parterna för avsaknaden av ekonometriska och kvantitativa studier gällande derivat, och är för närvarande under överklagande.¹⁵⁴ Besluten är intressanta sett till kommissionens bevisföring och undersökning av parternas användning av egna dokument som bevisning.¹⁵⁵

I *Unilever:s* köp av *Sara Lee:s* ledande märke, *Sanex*, hade koncentrationen i sju länder skapat en marknadsandel över 40 procent, i flera fall inom kategorin deodoranter.¹⁵⁶ Fallet involverade komplicerad marknad för differentierade konsumentprodukter och för att undersöka utbytbarheten använde kommissionen ett brett spektrum av metoder, inklusive interna dokument och information från tredje parter om både nuvarande och historiska förhållanden, samt ekonometriska modelleringar och koncentrationssimulationer. Målet visade även det är möjligt för parterna att producera egna studier, och de kritiserade kommissionens val av simulationsmodeller som opassande för produktmarknaderna. Kommissionen, som har marginal för egen bedömning, ansåg dock att deras egna modelleringar var bättre lämpade för att bedöma hur kunder byter mellan de relevanta produkterna.

I de flesta av de beslut som analyserats var utbytbarheten central i någon utsträckning, som i *Cisco/Tandberg*, där parternas marknadsandelar inom vissa videokonferenslösningar berodde på utbytbarheten mellan olika lösningar. Synpunkter från kunder och andra marknadsaktörer kan erbjuda viktig insikt i förhållanden mellan olika produkter. Samtidigt kan kommissionen välja att fokusera på tekniska, neutrala, specifikationer samt synpunkter från konkurrenter. Vilka källor som är mest passande beror exempelvis på förståelse och insyn i funktionaliteten av produkterna.

Utbytbarheten mellan olika typer av fruktjuicer undersöktes i två beslut, *Votorantim/Fischer/JV*¹⁵⁷ & *Agrana/RWA/JV*¹⁵⁸. Parterna argumenterade både för

¹⁵² Exchange Traded Derivate, ett standardiserat derivat kontrakt som handlas via en centraliserad handelsplats.

¹⁵³ Mål COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 239-241 §§, Kommissionen identifierade modellen som tillämpades, och historiskt hade tillämpats genom att granska interna strategidokument från parterna. En vertikal ”silo” innebär att parterna som stora aktörer kontrollerar flera av stadierna i ett derivats ”livscykel”, d.v.s. att derivaten skapas, handlas, förvaltas etc. hos samma aktör.

¹⁵⁴ COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 23-25 §§, kommissionen kritiserades av parterna för att inte använda tillgängliga ekonometriska metoder. Kommissionens modell för att analysera detta komplicerade och omfattande fall torde leda till att höga krav ställs på kvaliteten på bevisningen, då interna dokument har getts en framträdande roll.

¹⁵⁵ COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011] vid 180-181 §§, saken gällde bevisning, som parterna menade stödde argument om att flygresor som transportmedel är utsatt för konkurrens från det utbyggda nätet med färjor inom Grekland, men som kommissionen fann uppkommit i nära anslutning till koncentrationen vilket skadade värdet.

¹⁵⁶ COMP/M.5668 *Unilever/Sara Lee* [2010].

¹⁵⁷ COMP/M.5907 *Votorantim/Fischer/JV* [2011]. 176 §, parterna genomförde även misslyckade priskorrelationsanalyser, men vann istället på konkurrenters möjlighet att

utbytbarhet mellan en bred grupp av alla liknande juicer, samt mot uppdelning av deras egna produkter i olika undergrupper. I båda fallen vann parterna mest för argumentation kring möjligheten för andra producenter att kompensera för en eventuell nedgång i parternas produktion samt kundernas generella inköpsstrategi. Den första argumentationslinjen var central även i *UPM/Mylykoski and Rhein Papier*.¹⁵⁹ Kundernas inköpsstrategier spelade även stor roll för utbytbarheten mellan olika produkter och därmed parternas styrka på marknaden i två koncentrationer mellan hårddisktillverkare: *Seagate/Samsung*¹⁶⁰ och *WD/Viviti Technologies*¹⁶¹. Utbytbarhet mellan liknande modeller och tekniska lösningar kan undersökas relativt enkelt genom svar från kunder och konkurrenter i marknadsundersökningen, men om data finns tillgänglig så kan parterna och kommissionen välja att exemplifiera denna utbytbarhet med kvantifieringar och ekonometriska analysmetoder.

6.2 Den kontrafaktiska analysen

Den kontrafaktiska analysen är en analys av: 1) marknadssituationen innan koncentrationen; och 2) huruvida förändringar skulle vara troliga utan koncentrationen vilket jämförs med; 3) de väntade effekterna av koncentrationen baserat på resultaten av marknadsundersökningen, interna dokument och annan bevisning. Om det finns en skillnad mellan de första stegen och det sista så utgör detta den förväntade effekten.

Den kontrafaktiska analysen spelar en central roll i bedömningen de effekter som koncentrationen kan komma att få, på de generellt multipla marknaderna som är påverkade av koncentrationen. Som i Ryanair och Olympic, där relativt många rutter var föremål för misstanke om hinder mot effektiv konkurrens under tidiga stadier av undersökningen. Kontrafaktiska undersökningar, som de som presenteras i de presenterade flygbolagskonsolideringarna, baseras på all tillgänglig data om marknadsfunktionen och konkurrensen på alla relevanta marknader, och är till sin natur omfattande och därmed dyra.

I *IAG/BMI* var den kontrafaktiska analysen av särskild vikt då parterna menade att köpet skulle bedömas i ljuset av ett framtida förhållande som innebar insolvens för BMI. Även i Lufthansas förvärv av Austrian Airlines, som också hade ekonomiska problem, var den kontrafaktiska analysen viktig. Lufthansa hävdade det enda

kompensera genom sin produktion och kunders möjlighet vana att köpa från flera producenter.

¹⁵⁸ COMP/M.6439 *Agrana/RWA/JV* [2012], 112-115§§, 119§, 121§, stora konkurrenter med liknande marknadsandelar eller konkurrenter med uppströms/nedströms vertikal integration kan pressa parterna att behålla låga priser. Dessutom kan konkurrenternas möjligheter att öka sin produktion och kundernas inköpsvanor överkomma parternas incitament.

¹⁵⁹ COMP/M.6101 *UPM/Mylykoski and Rhein Papier* [2011], 29-31§§, Parternas verksamhet överlappade främst inom SC-papper, och parterna menade att det finns en mängd liknande produkter från konkurrenter som kan öka sin produktion för att kompensera för nedgång i parternas produktion.

¹⁶⁰ COMP/M.6214, *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 12-18§§, domen är även intressant som ett exempel på "first come – first serve" principen, vilken innebar att *Seagate/Samsung* behandlades som om *WD/Viviti Technologies* inte anmälts – vilket den hade dagen efter Samsung.

¹⁶¹ COMP/M.6203 *Western Digital/Viviti Technologies* [2011], (opublicerad).

alternativet var Air France-KLM, vilket stöddes av dokument från Lufthansa.¹⁶² Parterna i *Olympic/Aegean Airlines* ville även visa att lönsamhetsproblem inom delar av den överlappande verksamheten förelåg och att parterna tidigare övergett vissa marknader av strategiska/ekonomiska anledningar.¹⁶³ Skulle parterna, som i *IAG/BMI*, kunna visa att den ena parten skulle försvinna eller att rutten skulle läggas ned eller domineras av endast en av parterna kan det peka på att koncentrationens påverkan på marknaden är bättre än alternativet där den ena parten drar sig ur marknaden.

6.2.1 Failing firm och den kontrafaktiska analysen

För att lyckas i den kontrafaktiska analysen vill parterna visa att konkurrensläget skulle förändras på ett sådant vis utan koncentrationen att koncentrationen framstår som ett bättre alternativ. Ägaren till BMI, Lufthansa lyfte att BMI var på väg att bli insolvent. I sådant fall skulle parterna kunna hävda ”failing firm” försvaret.¹⁶⁴ BMI måste uppfylla kraven i artiklarna, och anses vara en fristående enhet.¹⁶⁵ Eftersom BMI var ett helägt dotterbolag till Lufthansa, som var utan ekonomiska svårigheter, kunde BMI därför ej anses vara en fristående enhet i kris, och failing firm kunde inte åberopas med framgång. Förekommer alternativa köpare kan detta även inverka på bedömningen, vilket exempelvis framgår i *Lufthansa/Austrian Airlines*.

Parternas argument och bevisning i *IAG/BMI* tillämpades dock i den kontrafaktiska analysen med stor framgång, då IAG fick behålla många ”slots”.

Failing firm kan vara ett svårt försvar i de flesta koncentrationsärenden, men som de många flygbolagskoncentrationerna visar kan det vara helt centralt att föra en liknande argumentationslinje för de marknader där parterna skulle komma få en kraftig dominans. Målet är att framställa det uppköpta bolaget som så svagt inom dessa marknader att de skulle komma att dra sig ur marknaden, i kombination med att visa att det uppköpande företaget är det bästa reella alternativet.

¹⁶² Mål COMP/M.5440 *Lufthansa/ Austrian airlines*, 28/8/2009, 86 & 92§§ samt 96-101§§. Lufthansa (LH) analyserade effekterna av om Air France-KLM förvärvade Austrian Airlines (OS). LH menade att effekterna skulle bli att OS skulle förlora inkomster från en Joint Venture med LH och krävas på avgifter för utträdet ur alliansen. Samtidigt pekade andra dokument på att om OS såldes till Air France-KLM skulle LH behöva agera genom att öka antalet avgångar på vissa befintliga rutter och öppna nya rutter för att kompensera för förlusten av avgångar kopplade till dess nätverk.

¹⁶³ Mål COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011], 777-792§§, discounted cash flow (DCF) analys med målet att detta tillsammans med analyser av diskonterade kassaflöden för de olika rutterna visa att den grekiska marknaden inte var lönsam nog för att två stora bolag skulle kunna hålla överlappande rutter öppna och att minst en av parterna därför skulle behöva lämna vissa rutter.

¹⁶⁴ Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer 2004/C 31/03, artiklarna 89-91.

¹⁶⁵ Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer 2004/C 31/03, artikel 90:

- Det konkurshotade företaget skall inom en nära framtid tvingas ut från marknaden på grund av ekonomiska svårigheter om det inte tas över av ett annat företag.
- Det finns ej köpalternativ som är mindre konkurrenshämmande än den anmälda koncentrationen.
- Det konkurshotade företagens tillgångar oundvikligen skulle försvinna från marknaden utan en koncentration.

6.3 Motverkande effekter och effektivitetsvinster

Beslutet i *Deutsche Börse/NYSE Euronext*¹⁶⁶ var det tredje stora beslutet under den nya koncentrationsförordningen där koncentrationen blockerades då parterna ”tappat” i marknadsdefinitionen. Parterna lyfte några frågor som motverkande argument: huruvida effektivitetsvinster till följd av koncentrationen kan överkomma eventuella problemområden; att parternas styrka och vertikalt integrerade struktur ej hindrade inträde på marknaden; samt att de olika åtaganden som parterna erbjöd var tillräckliga för att motverka negativa effekter. För att bemöta oro över negativa effekter för kunder kan parterna med komplett, tillräcklig och verifierbar bevisning för en kvantitativ bedömning, visa att dessa negativa effekter vägs upp av positiva effekter för kunder eller konkurrenter.¹⁶⁷ Sådan bevisning skall dock inkomma till konkurrensmyndigheterna i god tid för att bli inkorporerade i det generella bevisläget, då det egentligen inte finns ett generellt ”effektivitetsförsvar”, utan effektivitetseffekter räknas in i bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen.¹⁶⁸

Argumentation om effektivitetsvinster förekom i de flesta beslut som undersökts inom ramen för detta arbete, och i flygbolagskonsolideringarna argumenterade parterna särskilt utförligt för vikten av effektivitetsvinster. Argumentet lyckades dock inte i något fall och kommer därför inte beaktas i någon vidare utsträckning.

6.3.1 Köpkraft

Unilever, som enligt kommissionens marknadsundersökning hade en stark position på flera marknader, argumenterade för att kunderna hade sådan köpkraft i de olika medlemsländerna, och att de kunde väga upp parternas styrka. Kommissionen undersöker kundernas styrka på de olika marknaderna under marknadsundersökningen och bedömer om de har möjlighet och incitament att påverka producenterna uppströms, exempelvis genom att sluta saluföra produkterna eller premiera andra produkter.

6.3.2 Marknadsinträde & faktisk konkurrens

Den faktiska och potentiella konkurrensen på marknaden kan väga upp styrka och höga marknadsandelar hos parterna genom att erbjuda kunderna alternativ eller utöva konkurrensmässig press på parterna. I flygbolagskoncentrationer är

¹⁶⁶ COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 287-303§§ samt 329-332§§.

¹⁶⁷ Koncentrationsförordningen (139/2004), skäl 29.

¹⁶⁸ Se till exempel M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, 1100§, om användningen av interna dokument och liknande bevisning för att visa på effektivitetsvinster. Jämför skäl 29 i Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer och 88§ i Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2004/C 31/03) med 289§ och 406-409§§. Interna dokument figurerar som exempel i en icke-bindande och icke-uttömmande lista, men att de nämns särskilt torde bära viss vikt om part eller kommissionen kan presentera dokument, exempelvis styrelsedokument där förväntade effekter diskuteras.

konkurrensens särskilt viktig på grund av marknadsstrukturen.¹⁶⁹ Faktisk konkurrens och möjligt marknadsinträde diskuteras i de flesta beslut.¹⁷⁰ Som exempel ansågs möjligheterna till inträde på flera marknader vara svaga i *Unilever/Sara Lee* och *DS Smith/SCA*, som båda tappade kraft i sin talan, då de båda skulle bli mycket starka inom vissa relevanta marknader.¹⁷¹

Pris

I flera beslut spelade parternas roll som prisledare stor roll i bedömningen av huruvida koncentrationen skulle kunna innebära försämringar för kunder och konsumenter. I *StatoilHydro/ConocoPhillips* undersöktes funktionen av marknaden för fordonsbränsle i Skandinavien genom en direkt kundundersökning bland konsumenterna.¹⁷² Anmälande part hävdade att JET inte utgjorde en stark priskonkurrent på marknaden, och främst följde konkurrenternas prissättning och strategier. Information som pekade på det motsatta hittades dock i parternas interna dokument, samt bland respondenterna i undersökningen.¹⁷³ I de två konsolideringarna av hårddisktillverkare som undersökts var parternas roller som potentiellt starka konkurrenter inom pris centralt för bedömningen av påverkan på konkurrensen, där Samsung visades vara svag och Hitachi var en stark spelare.¹⁷⁴

Innovation

I *Seagate/Samsung*¹⁷⁵ och *WD/Viviti Technologies*¹⁷⁶ framgick även att innovation var en viktig del för konkurrenskraften på marknaden och i marknadsundersökningen undersöktes huruvida parterna var starka inom innovation. Parternas styrka som teknikinnovatörer undersöktes på liknande sätt i *Caterpillar/MWM* där parterna argumenterade att *Caterpillar* var en svag innovatör inom de relevanta marknaderna och ämnade stärka sin portfölj genom köpet, till vinst för kunderna.¹⁷⁷ Som stöd i sakframställan lyftes även vikten av buddataanalyser för att identifiera vilka aktörer som är de främsta konkurrenterna, vilket kan kontrastera och ge understöd till synpunkterna från tredje parter, exempelvis om vilka de starka innovatörerna är. Under marknadsundersökningen framkommer ofta synpunkter från tredje parter om vilka de starka innovatörerna är, som i *Unilever* där Sanex lyftes fram som en innovationsledare på marknaden som vuxit under de senaste åren med hjälp av nya starka produkter. Om två starka

¹⁶⁹ COMP/M.5335 *Lufthansa/ SN Airholding*, [2009], 213§, Användningen av interna dokument var inte central utan fokus låg på marknadsundersökningen och enkätsvar, samt användningen av ekonometriska modeller för att beräkna påverkan av inträdet på vissa flyglinjer av andra flygbolag. Se även Annex III för resultaten av kundundersökningarna.

¹⁷⁰ Se COMP/M.5668 *Unilever/Sara Lee* [2010], COMP/M.5907 *Votorantim/Fischer/JV* [2011], COMP/M.6439 *Agrana/RWA/JV* [2012], för exempel där faktisk och potentiell konkurrens var viktig. I de senare besluten

¹⁷¹ COMP/M.5658 *Unilever/Sara Lee* [2010], 307-309§§, marknadsinträde ansågs vara mindre troligt av flera skäl, baserat på resultaten i marknadsundersökningen. Se även COMP/M.6512 *DS Smith/SCA* [2012], 87-88§§.

¹⁷² COMP/M.4919, *StatoilHydro/ConocoPhillips*, [2008], 92§.

¹⁷³ COMP/M.4919, *StatoilHydro/ConocoPhillips*, [2008], Trots markerade svagheter inom logistiken visade interna dokument från parterna och resultatet från kundundersökningen att JET konkurrerade starkt med sina priser.

¹⁷⁴ Se COMP/M.6214 *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011] och COMP/M.6203 *Western Digital/Viviti Technologies* [2011] (opublicerad). Parterna i M.6203 var tvungna att acceptera försäljning av stora segment av Hitachi för att få godkännande. Detta berodde dock på flera faktorer.

¹⁷⁵ COMP/M.6214 *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011].

¹⁷⁶ COMP/M.6203 *Western Digital Ireland/Viviti Technologies* [2011] (opublicerad).

¹⁷⁷ COMP/M.6106 *Caterpillar/MWM* [2011], 46§.

innovatörer fusionerar finns risken att de ser fördelar att utnyttja sin starka position för att sänka sin innovation och därmed försämra marknaden för konsumenterna.

6.3.3 Utestängande beteenden

Koncentrationer kan på olika vis försätta parterna i en sådan styrkeposition att de kan ha möjlighet och incitament att agera utestängande mot andra marknadsaktörer. Flygbolag kan ha möjligheten att agera utestängande mot andra flygbolag och deras passagerare. I *IAG/BMI* förelåg exempelvis risken att utnyttja sin starka ställning på Heathrow för att hindra passagerare från konkurrerande bolag att få tillgång den fusionerade enhetens flygstolar.

I flera av flygbolagskonsolideringarna fokuserade parterna även på att visa att konkurrenter hade möjlighet att göra inträde på marknaden, vilket kan vara av stor vikt i vissa koncentrationer där marknadsstrukturen i sig innebär höga marknadsandelar. I *Olympic* erbjöd parterna att ge upp platser¹⁷⁸ vid flygplatsen i Aten och vissa andra flygplatser, samt vissa andra eftergifter som tillgång till parternas ”frequent flyer” program. I undersökningen framkommer det om bland konkurrenter finns möjlighet och intresse att göra inträde på marknaden, samt om parternas åtaganden är tillräckliga.¹⁷⁹

Om parterna efter en koncentration har möjligheten att utestänga konkurrenter från tillträde till viktiga produkter som parterna producerar, eller från tillträde till produkt från tredje part, riskerar detta att som i *Thomson/Reuters* skada utbudet som finns tillgängligt för kunder, vilket inverkar negativt på tillåtligheten.¹⁸⁰

I undersökningen av *Syngenta/Monsanto* konstaterades parterna ha överlappande verksamhet inom kultivering och försäljning av solrosfröhybrider, samt licensiering av frön till konkurrerande företag som korsade dem med andra frön för att utveckla nya hybridprodukter.¹⁸¹ Det var genom sin egen styrka och vertikala integration som parterna skulle kunnat utestänga konkurrenters tillträde, via licensiering, till parternas produkter. Parternas styrkeposition, vilken skulle innebära att parterna skulle vara helt självförsörjande av genetiskt material, argumenterades av andra marknadsspelare kunna försämra innovationen på marknaden då mindre konkurrenter skulle få svårt att utveckla nya produkter och parternas incitament att utveckla nya produkter skulle sjunka samtidigt.

¹⁷⁸ ”Slots” beskrivs bäst som platser i terminal och tidtabell för avgångar, landningar och parkering av flygplan. Med andra ord är antalet ”slots” som en part kontrollerar kopplat till denna parts marknadsandelar, om inte förmildrande omständigheter kan påvisas.

¹⁷⁹ COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011], 598§, se fotnot 437-38 i beslutet, ””*OLYMPIC AIR MERGER THOUGHTS*”, *Email from George Koulouris to Andreas Vgenopoulos of 2 February 2010, 13:59.*” Jämför med dom i T-342/07, *Ryanair mot kommissionen* [2010].

¹⁸⁰ COMP/M.4726, *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 424, 428§§.

¹⁸¹ COMP/M.5675, *Syngenta /Monsanto's Sunflower Seed Business*, Brussels, 17/11/2010, C(2010) 7929 final. Koncentrationen nådde inte trösklarna för gemenskapsdimension I artikel 1(2) i koncentrationsförordningen EU 139/2004. Prövningen initierades på begäran av Spanien enl. artikel 22(1) i koncentrationsförordningen och Ungern anslöt sig enligt artikel 22(2).

6.3.4 Tekniska möjligheter

Tekniska möjligheter och incitament att använda sin styrka för att utestänga konkurrenters tillträde till produkter har varit ett återkommande argument i flera beslut rörande högteknologiska produkter & tjänster.¹⁸²

I *HBO/Ziggo* menade konkurrenter exempelvis att ett särskilt attraktivt programinnehåll kan ha ett sådant värde att parterna hade både möjlighet och incitament att utestänga konkurrenters tillträde till detta innehåll.¹⁸³ Vertikal integration som möjlighet att försämlra konkurrensen var aktuellt även i *Google/Motorola Mobility*¹⁸⁴ samt *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*¹⁸⁵. Google kontrollerar ett av de största operativsystemen för mobiltelefoner, och i och med köpet av Motorola oroadde konkurrenter sig för att Google efter köpet skulle ha möjlighet och incitament att undanhålla eller försämlra systemet eller försämlra tillträde till viktiga patent som licensierades ut till de flesta andra tillverkare,¹⁸⁶ för konkurrenter.¹⁸⁷ Även *Cisco/Tandberg* rörde patenterade systemlösningar som kunde användas utestängande mot konkurrenter.¹⁸⁸

I *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV* inkom vissa konkurrenter under marknadsundersökningen med synpunkter på parternas möjligheter hindra tillgång till SIM- korts baserad säker lagring och därmed konkurrerande mobilplånböcker.¹⁸⁹ I den mån det faktiskt var möjligt att blockera specifik datatrafik från en applikation på en mobiltelefon, kan detta kringgå om att det finns teknologiska och praktiska vägar omkring blockeringen, vilket parterna förtjänstfullt argumenterade för.¹⁹⁰

¹⁸² Se exempelvis COMP/M.5984 *Intel/McAfee* [2011], 123-126§§, 262§ samt 329-330§§.

¹⁸³ COMP/M.6369 *HBO/Ziggo* [2011], 57-58§§, Fortsatt tillträde till vad som måste antas vara mer eller mindre likvärdigt material från andra stora Hollywood producenter, och till och med egna exklusiva avtal tyder på att konkurrenterna inte skulle lida i någon store mån av koncentrationen. Det måste noteras att det inte är klart om det är parternas argumentation som ledde till kommissionens slutsatser, dock styr parternas argumentation som bekant undersökningen i stor mån.

¹⁸⁴ COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* [2012].

¹⁸⁵ COMP/M.6314 *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everwhere/JV* [2012].

¹⁸⁶ Särskilt så kallade ”Standard Essential Patent”, hädanefter ”SEP”. Dessa patent är viktiga för andra tillverkare av telefoner och licensierades ut av Motorola enligt ett FRAND avtal om rättvis och lika användning.

¹⁸⁷ Respondenter lyfte i marknadsundersökningen att skillnaderna i hårdvara och mjukvara mellan mobila enheter (mobiltelefoner, läsplattor) och datorer (P.C. etc.) så att dessa skulle anses tillhöra olika marknader, vilket kommissionen jämför med ett äldre beslut i COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, Kommissionens beslut 24.03.2004. Brussels 21.4.2004 C(2004)900 final, 324-330§§. Det är inte helt klart huruvida parterna har argumenterat mot användningen av detta beslut då teknologin för mobiltelefoner vid tidpunkten för anmälan i *Google/Motorola Mobility* är långt mer utvecklad än vad den var vid beslutstillfället i *Microsoft*, vilket understryks av respondenternas kommentarer i *Google/Motorola Mobility* som pekar på separation inom telefonmarknaden på grund av smarta telefoners datorliknande karaktär.

¹⁸⁸ COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg* [2010],141-142§§

¹⁸⁹ COMP/M.6314 *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everwhere/JV* [2012], 309-310§§, Kommissionen noterade även att myndigheterna kunde anse sådant utestängande som olagligt och ingripa.

¹⁹⁰ COMP/M.6314 *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everwhere/JV* [2012], 272-293§§, Parterna för ett utvecklat resonemang kring deras faktiska och teoretiska möjligheter att utestänga andra företag från att använda den alternative säkra lagringen på

Undersökningarna fokuserade på de tekniska, ekonomiska, och juridiska möjligheterna och incitamenten för parterna att inskränka konkurrenters tillträde till tekniska lösningar eller patent. Kommissionen uppvisade även i *Cisco/Tandberg*¹⁹¹ att tekniska lösningar, och konkurrenternas synpunkter på dessa, kan väga tungt i undersökningen. Trots att kundundersökningen inte tydde på att kunder generellt förutsåg att parterna kommer ha incitament att företa utestängande beteenden mot konkurrenter som att försämra samverkansmöjligheterna mellan parternas och konkurrenters produkter.¹⁹² Gemensamt för att en källa från marknadsundersökningen skall anses pålitlig som bevisning är förståelse för tekniska funktioner och möjligheten att ge insikt i ekonomisk vinning med eller historiskt beteende av utestängande beteende.¹⁹³ Incitamenten att genomföra prishöjningar motsades exempelvis enligt parterna i *Google/Motorola Mobility*, av idén bakom koncentrationen, som var att säkra viktiga patent för Android och upprätthålla en vapenvila gentemot andra operativsystem.¹⁹⁴

I de ovanstående undersökningar där parterna förtjänstfullt lyft argument som pekar på en brist av tekniska möjligheter till, eller ekonomiska anledningar för, parterna att agera utestängande mot andra marknadsaktörer. Möjligheten för nya inträden på marknaden och juridiska hinder¹⁹⁵ mot åtgärder sänker även parternas incitament att agera inskränkande i flera fall.

mobiltelefonen. Även fast de skulle ha den tekniska möjligheten att blockera trafik från applikationen skulle denna teknik ej vara effektiv och leda till problem för deras kunder.

¹⁹¹ Mål COMP/M.5669, *Cisco/Tandberg* [2010], 155-156§§, Konkurrenterna ville ha utökad tillgång till, bland annat, ytterligare protokoll, samt ett mer reciprokt erbjudande om uppdateringar av protokollen, samt tillträdde till nödvändiga tekniska dokument.

¹⁹² Möjligheten att genom sin nya styrka, och/eller vertikalt kopplade verksamheter, skapa en ny typ av teknisk standard som kontrolleras av parterna men används av många på marknaden riskerar leda till att parterna ser vinning i att försvåra konkurrenters interaktion med denna standard. Se även COMP/M.5984 *Intel/McAfee* [2011]120-122§§, 128-148§§, där konkurrenter lyfte synpunkter på parternas möjlighet och incitament att begränsa konkurrenters tillträde till kopplade produkters fulla funktionalitet, vilka bekräftades i interna dokument.

¹⁹³ Stöd för detta är möjligt att hitta både från fristående experter inom området, samt från konkurrenter. Uppkommer inte problem i konkurrenternas ögon tyder det på att inga problem förutses.

¹⁹⁴ Jämför med COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* [2012], förlusterna i form av att tappa mobilförsäljningsandelar står ej i proportion till parternas vinster från den mobila betalningsapplikation, vilket talar emot kommersiellt utestängande beteende.

¹⁹⁵ Som nationell lag, gemenskapsrätten eller avtal.

7 Analys: Bevis och argument av relevans för godkännande

7.1 Introduktion till analysen

Detta kapitel kommer att gå igenom de huvudsakliga frågor och argument som i de komplicerade fall som analyserats förefallit varit centrala för slutsatserna, och analysera hur dessa typer av bevisning har använts och vilken vikt de burit. Samtidigt som de relevanta punkterna presenteras kommer deras värde som bevisning i talan analyseras för att hjälpa läsaren att få en djupare förståelse av vilka typer av argument som i de komplicerade fall som presenterats varit av relevans för den slutgiltiga bedömningen och varför. Slutligen skall analysen försöka dra slutsatser om eventuella mönster i argumentationen i ett försök att utröna om någon typ av inofficiell hierarki förekommer mellan olika typer bevisning.

7.2 Utbytbarhet av för kunder inom relevant marknad

I *kommissionens tillkännagivande*¹⁹⁶ framgår att det är centralt att titta på konsumenternas reaktion vid prisförändringar, d.v.s. genomföra ett SSNIP test, som beskrivits i kap. 4, i undersökningen av om produkterna/tjänsterna befinner sig på samma marknad. Vidare beskrivs i artikel 20 utbytbarheten på tillgångssidan, bland leverantörerna, som intressant då utbytbarheten kan innebära att konkurrenterna kan kompensera i situationer där parterna höjer sina priser eller sänker sin produktion. När man läser kommissionsbeslut är det viktigt att minnas att utbytbarhet på både tillgångs och efterfrågesidan är en central del av marknadsavgränsningen och samtidigt av bedömningen av effekterna på konkurrensen, exempelvis kundernas möjlighet att byta, dominans, m.m. Vilka faktorer som är mest relevanta i bedömningen varierar dock mellan från fall till fall.

7.2.1 Utbytbarhet & marknadsdefinition

När kommissionen letar efter den mest rättvisande bilden av utbytbarheten krävs ofta omfattande undersökningar av marknadens struktur och funktion för att fastställa vilka de relevanta marknaderna är, och hur konkurrensutsatta parternas

¹⁹⁶ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EUT nr. C 372, 09/12/1997, art. 15-19.

produkter är, och sannolikt kan bli, efter koncentrationen.¹⁹⁷ I *Ryanair* var undersökningen omfattande och central för att undersöka erbjud överlappande tjänster på vissa rutter.¹⁹⁸ För flygbolagskoncentrationer har utvecklingen fram till domen i *Ryanair* vid flera tillfällen visat i marknadsundersökningar att det lämpligaste sättet att bedöma marknaden för passagerarflyg på basis av avgångs- och ankomstflygplatser. I *Olympic/Aegean Airlines*¹⁹⁹ stödde kommissionen sig på parternas uttalanden samt tidigare praxis ifrån exempelvis *Lufthansa/SN Airholding* och *Lufthansa/Austrian Airlines* där kommissionen, efter att ha undersökt synpunkter från marknadsaktörer, slöt sig till att marknaderna bör bedömas på basis av ursprung och destination.

Detta sätt att definiera marknaden ger många marknader som på grund av den särskilda strukturen på flygplatser där ett, eller ett par, bolag ofta har en majoritet av utrymmet på flygplatsen. På grund av denna särskilda struktur som lätt innebär att en koncentration leder till mycket höga marknadsandelar på multipla marknader är utbytbarheten mellan parternas produkt/tjänst och närliggande alternativ av stor vikt.

Parternas marknadsföring eller pris/kampanjmässiga uppförande på marknaden i förhållande till varandra utgör, som i *Ryanair*,²⁰⁰ potentiellt värdefull bevisning om historiska beteenden. Styrelsedokument gavs här understödande betydelse i förhållande till kvantitativ och kvalitativ data och bevisning från marknadsundersökningen, till exempel svar från konkurrenter och relevanta tredje parter, på en enkätundersökning.²⁰¹

I *Lufthansa/SN Airholding* lyfte parterna interna dokument som skulle visa konkurrensen mellan *SN* och ett annat bolag som gjort inträde en närliggande flygplats, där målet var att visa att konkurrens från närliggande flygplats vägrade upp parternas styrka på den relevanta marknaden.²⁰² Interna dokument kan vara användbara både som stödbevisning och i sig själva, men måste kunna visa verifierbara omständigheter för att ha värde som bevisning.²⁰³ Problemet för de

¹⁹⁷ Se exempelvis COMP/M.5984 *Intel/McAfee* [2011], där tredje parter inkom med relativt många synpunkter på koncentrationen och kommissionen var tvungen att undersöka bland annat tekniska specifikationer för att få förståelse av situationen. Parterna presenterade även omfattande bevisning och expertuttalanden till stöd för sin talan.

¹⁹⁸ Mål COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* [2007] 52§, *Ryanair* argumenterade att de var en egen marknad på grund av att deras kunder var särskilt priskänsliga. Kommissionen undersökte därför en stor mängd undersökningar till passagerare längs med ett antal rutter där parterna hade överlappande linjer eller låg inom den relevanta radien.

¹⁹⁹ Mål COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2010], 41-44§§.

²⁰⁰ Mål M-4439 *Ryanair mot kommissionen*, 99§(6-7) samt fotnot 94 i målet, "(Quote from Board Paper 4 (Board Meeting [...]*): PAGE 4.2, folio no. 629)", 132-134§§. Parterna tappade på denna bevisning, en *é contrario* tolkning förefaller peka på vikten av historiska kampanjdata.

²⁰¹ Mål nr. T-342/07, *Ryanair mot kommissionen* [2010], 138-140§§, eller 206§ "This is supported by internal documents of *Ryanair*. *Ryanair* systematically refers to the "Frankfurt market" and [...]*", vilket förefaller peka ytterligare på vikten som understödande bevisning.

²⁰² Mål COMP/M.5335, *Lufthansa/ SN Airholding*, Brussels, 22/06/2009, C(2009) 4608 final, 98§. Kommissionen accepterade att *SN* noggrant följde konkurrentens inträde på marknaden och analyserade vilken påverkan detta hade på den egna verksamheten. Kommissionen noterar att en analys gjord efter inträdet av konkurrenten tyder på att inverkan på *SN*: s verksamhet visade sig vara begränsad.

²⁰³ Mål COMP/M.5335, *Lufthansa/ SN Airholding* [2009] 99§. Jämför detta med COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* [2007], där kommissionen tydligt övervägde

anmälande parternas argumentation ligger i svårigheten för den presenterade bevisningen att överbevisa kommissionens syn vilken grundats andra starka omständigheter, exempelvis numerära skillnader mellan antalet passagerare på den relevanta ruten före och efter introduktionen av en part respektive deras påstådda konkurrenter. Trots åberopandet av till synes obestridd dokumentation vilken beslutet menar visar att SN och en konkurrent har stått stilla sett till antalet passagerare, samtidigt som VLM ökat sitt passagerarantal.²⁰⁴ En tolkning *é contrario* av ovanstående bevisföring visar på möjligheten att utnyttja eget historiskt beteende för att kasta en skugga av osäkerhet över argument som pekar på bristande utbytbarhet och konkurrens mellan två produkter. Faktum kvarstår dock att marknadsdefinitionen och dominansen är en central fråga, och därigenom bär de klassiska dominansrekvisiten stor vikt i undersökningen.

7.2.2 Vertikal integration som enande faktor

Syngenta/ Monsanto visade att vertikal integration inom industrin, i detta fall att företag inom branschen generellt licensierar ut vissa rättigheter till andra företag, kan ha stor påverkan på både marknadsandelar, marknadsstyrka och påverkan innovation inom marknaden.²⁰⁵ Licensieringsverksamheten menades vara en del av affärsverksamheten, men utgöra är en sidoverksamhet, och inte särskilt lönsam för företagen som licensierar ut, vilket utgör en argumentationslinje som kan jämföras med *IAG/BMI*:s, att försätta sina starka sidor i ett sämre ljus.²⁰⁶

Genom att undersöka interna dokument, särskilt angående bolagsstruktur och lönsamhet går det dock att slå hål på sådan bevisning, om det inte finns hjälpbevisning, exempelvis i form av ekonometriska analyser till stöd.²⁰⁷ Interna dokument användes i stor utsträckning som sedvanlig stödbevisning för resultaten i marknadsundersökningen och sammantaget kunde slutsatser om marknadsstruktur visa hur olika aktörer agerade på marknaden.²⁰⁸ Vertikal integration kan även spela stor roll som bevisning senare under marknadsundersökningen, vid bedömningen av effekterna på den effektiva konkurrensen.

flygplatser inom viss radie från den ”huvudsakliga flyplatsen” då Ryanair sällan flyger till primära flygplatser.

²⁰⁴ COMP/M.5335, *Lufthansa/ SN Airholding*, Brussels, 22/06/2009, C(2009) 4608 final, 100§. Vi kan notera att kommissionen bemöter detta argument med att konstatera att VLM transporterar ett passagerarantal som motsvarar ca tio procent av SN: s passagerarantal, och därav menar kommissionen att VLM inte utövar en konkurrensmässig press på SN.

²⁰⁵ COMP/M.5675, *Syngenta / Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010], 59, 67§§ & 71-74§§. Parterna ville att produktion, handel och kommersialisering av produkterna skall ses som en marknad. Vertikal integration kan innebära att parterna och andra marknadsspelare är aktiva inom framställning och kommersialisering av produkter samt licensiering till konkurrenter som endast är aktiva inom kommersialisering.

²⁰⁶ Mål COMP/M.5675, *Syngenta / Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010], 74§ och fotnot 73 i beslutet. Parterna exemplifierar även sin syn på att affärsområdet fröer skall se som en marknad genom referenser till äldre kommissionsbeslut.

²⁰⁷ Mål COMP/M.5675, *Syngenta / Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010], 82§. Bland annat åberopades ett e-mail från ett ”external counsel” av kommissionen. Det framgår inte vad det denna person eller organisation har för roll i förhållande till parterna. Enligt beslutet förefaller denna bevisning använts för att styrka Monsanto: s inlagor, som de bidragit med efter en artikel 11 begäran.

²⁰⁸ Mål COMP/M.5675, *Syngenta / Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010], 279-283§§. Syngenta och Monsanto hade endast identifierat fem av marknadsspelarna som relevanta konkurrenter. I samklang med konkurrenters svar på frågor och i intervjuer visar det tydligt att parterna överskattat marknadsandelarna för mindre konkurrenter.

7.2.3 Allt eller inget för parterna?

Hur marknaden definieras kan vara mycket viktig om parternas marknadsandelar enligt en definition innebär överväldigande dominans, men inte alls under en annan. Exempelvis i *Ryanair* där parterna ofta flög till den ”primära” respektive den ”sekundära” flygplatsen inom samma region. Flygplatserna inkluderades i undersökningen efter konsultationer med flygplatserna i fråga angående vilken radie de anser att de är utbytbara med varandra, vilket visade parternas höga marknadsandelar.

Frågan var än mer central i *Deutsche Börse/NYSE Euronext* där *Exchange Traded Derivates* utvecklades och handlades inom de handelshus som parterna kontrollerade. Globalt utgjorde ETD derivat endast en liten del av derivathandeln, där *Over The Counter* derivat, som handlades utanför börser representerade en majoritet av den totala handeln. Argumentation i en sådan vital fråga bör vara tålig för marknadstest, exempelvis så förefaller ekonometrisk och kvantitativ bevisning vara opålitlig sett till vikten av frågan.²⁰⁹

Kommissionen har själv uttalat att den tolkar och väger samman all tillgänglig bevisning i sin bedömning av målet, men som framgår av de tre förbudsbesluten bär synpunkter i marknadsundersökningen, särskilt om de visar på historiska beteenden, tillsammans med interna dokument stor vikt för att visa hur utbytbarheten ser ut.

7.2.4 Skillnader och likheter mellan tekniska lösningar och användningsområden

Skillnad eller likhet i karaktären hos en tjänst eller produkt är viktigt för slutsatsen om den tillhör samma marknad som motparten i koncentrationens. Parterna i *Cisco/Tandberg* menade att en hög grad av utbytbarhet förelåg då teknologierna²¹⁰ som är involverade alla hade utgjorde ersättningar för varandra då alla olika produkter involverade videolösningar. Frågan är då hur kunderna, och möjligen andra marknadsaktörer ser på dessa påståenden.²¹¹

Även tekniska likheter i produktionsprocessen kan tala för att utbytbarhet föreligger, men det är inte alltid relevant för avgränsningen.²¹² Svaren från kunder kan relativt enkelt visa om det finns segment som skiljer sig så pass mycket från de

²⁰⁹ Se COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], där parterna ansåg att kommissionen genom att välja bort ekonometriska analyser i metoden negligerat sin plikt att undersöka alla relevanta faktorer i koncentrationen. Frågan är dock om slutsatsen hade blivit annorlunda då denna typ av bevisning generellt endast utgör stödbevisning till annan kvalitativ och kvantitativ bevisning.

²¹⁰ COMP/M.6214 *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 130-133§§. Utbytbarhet måste vara möjligt rent tekniskt och funktionellt för att över huvud taget kunna övervägas. Vissa produkter, exempelvis mobila datorer, saknar utrymme för 3.5-tums hårddiskar, vilket framställer utbytbarheten som nära noll.

²¹¹ COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg* [2010], 15§. Skillnaden ligger enligt parterna främst i hur sofistikerat systemet som kunden eftersöker är och vilken prestanda det har, kunder och konkurrenter erbjuder direkt information till vilka lösningar som passar till deras behov.

²¹² Se dock mål T-210/01 *General Electric Company mot kommissionen* [2005] E.C.R. II-5575, 524§, det är möjligt att kundernas åsikter inte skall väga tyngre än den tekniska utbytbarheten mellan två produkter med liknande karaktärsdrag.

resterande att de måste anses vara en egen marknad.²¹³ Även i *Seagate/Samsung* misslyckade parterna med att argumentera för en bred marknadsdefinition baserad på tekniska likheter,²¹⁴ där substitutionsmöjligheterna för kunderna i sina produkter var central på grund av marknadsundersökningen.²¹⁵ Svaren i undersökningen skilde sig åt för mycket, trots att en majoritet uttryckt stöd för en viss definition, för att definitiva slutsatser kunde dras utav svaren från respondenterna.²¹⁶ Stöd för marknadsdefinitionen hittades dock i interna dokument och analyser från parterna. Historiska data om byte mellan produkter utgör istället en värdefull resurs som kommissionen och parterna bör ta stor hänsyn till, eller vara medveten om för att kunna argumentera mot.²¹⁷

7.2.5 Skillnader inom kundsegment

Kundsegmenten på en relevant marknad kan i vissa fall ha så pass olika karaktärsdrag att det påverkar hur utbytbarheten mellan olika produkter på marknaden bedöms, och därmed även parternas möjlighet att parternas styrka. I *Olympic*²¹⁸, och flera andra fall rörande flygbolagskoncentrationer, bedömdes affärsresenärer ha en annan priselasticitet, känslighet för förändringar i pris, vilket få genomslag på bedömningen av hur de agerar som privatresenärer då de kan vara mindre flexibla med tid och resesätt och samtidigt mindre känsliga för förändringar i pris när de reser privat. Skillnader i priselasticitet som räknas ut från svaren på undersökningen bland kunderna och andra aktörer på marknaden kan vidare peka på att olika konkurrensmässiga situationer och hinder föreligger på olika marknader, beroende på tillgängligheten till alternativ och kraven från kunderna på marknaden.²¹⁹

²¹³ COMP/M.6214 *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 17-18§§. Respondenterna vidhöll att en faktor som visar att marknadssegmenten är tillräckligt olika är att de uttryckte att om en liten, icke övergående prisändring uppkommer kommer det inte att leda till att kunderna väljer en annan typ av lösning då prisskillnaderna kan vara mycket stora och valet ofta drivs av behov.

²¹⁴ COMP/M.6214 *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 89-141§§, kommissionen går igenom de olika typer av hårddiskar som är relevant i detta fall och frågar ut ett kundurval av de största inköparna av hårddiskar som är av intresse för fallet. Exempelvis är Business Critical HDD: s ofta för dyra för att använda till konsumentprodukter och fortfarande kunna konkurrera prismässigt på marknaden. Kunderna påpekar att rent tekniskt passar vissa typer av hårddiskar bättre för t.ex. att spela in och spel upp ljud av högre kvalitet. Det förekommer även omfattande skillnader i passform och prisnivåer, beroende på vilken typ av hårddisk man har behov av.

²¹⁵ Se COMP/M.6214, *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 83-85§§. Det är värt att notera att Seagate här bygger sina argument kring utformning och teknisk möjlighet att använda olika hårddiskar för samma typ av plattform.

²¹⁶ *Ibid.* 19§. Kommissionen fann att i baserat endast på marknadsundersökningen förfaller ”telepresence” vara en del av en större marknad, men att detta är för osäkert för definitiva slutsatser.

²¹⁷ Mål COMP/M.6439 *Agrana/RWA/JV* [2012], 49-51§§, parterna hävdade dessutom att faktiska byten skett historiskt mellan äppeljuice från koncentrat och juice ej av koncentrat. Det framgår inte klart vad parterna har framlagt för bevisning, men kommissionen pekar på att korrelationen mellan priserna tycks bero på råvarupriset hellre än konkurrensprodukterna emellan, särskilt då byten ej förekommit i någon stor omfattning. Se även liknande resonemang i COMP/M.5907 *Votorantim/Fischer/JV* [2011]. Det är dock svårt att argumentera mot ”hårda fakta” i form av tidigare beteenden.

²¹⁸ Mål COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2010], 54-58§§.

²¹⁹ Mål COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2010], avsnitt 1.3.2.

I *Deutsche Börse/NYSE Eurnoext* hävdade parterna att det fanns en distinktion mellan deras kunder i vilka typer av derivat de handlade med, då parterna argumenterade att det fanns kundklasser som bytte mellan derivat lättare än andra kunder. Kommissionen förlitade sig i stor omfattning på svaren i enkätundersökningen för att fråga kunder direkt vilka derivat de handlade med.²²⁰ I *Olympic/Aegean Airlines* argumenterade parterna, som tillsammans var mycket dominant inom marknaden för flygresor, för att alternativa tjänster som tåg och färja var utbytbara med parternas tjänster och därmed utövade ett konkurrenstryck på parterna.²²¹

Då ekonometriska undersökningar inte kunde genomföras kunde kommissionen basera undersökningen av utbytbarheten mellan flyg och andra transportsätt på kundernas behov och intresse av snabba transporter som kunder antas komma fram i tid.²²² Närvaron av alternativ som konkurrerar med ett viktigt kundsegment på den alternativa marknaden, som i *Lufthansa/SN Airholding* där Eurostar tåget effektivt konkurrerade med en av flygplatserna inom samma upphämningsområde,²²³ kan även påverka hur marknadsdefinitionen och därmed hur konkurrensdynamiken framstår på marknaden och mellan parternas produkter.

För att påvisa utbytbarhet är det viktigt att visa att kunderna ser produkterna/tjänsterna som alternativ bör undersökningen spegla både utbytbarhet sett till pris, kraven som ställs på tjänsterna i förhållande till deras karaktär samt möjligheterna för konkurrenter att erbjuda alternativ.

Både kommissionen och parterna kan stödja sina argument på parternas interna syn på utbytbarheten. Till exempel lyfter kommissionen dokument där det inom *Deutsche Börse* uttalats att kunder kan välja att byta till OTC-derivat men att konkurrensens intensitet är beroende på utbytbarheten på produktnivån och ju mer derivatprodukterna liknar varandra desto större är möjligheterna att byta mellan dem.²²⁴ Parterna kan dock i viss mån själva styra utredningen genom att välja vilka dokument de skickar in. Detta innebär dock inget hinder för kommissionen att begära ut annan information som de anser kan bättre exemplifiera konkurrensdynamiken på de relevanta marknaderna.

²²⁰ Mål COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 287-309§§ Parterna hävdade att andelen kunder som handlade med endast *ETD* derivat var en liten andel av alla kunder. Kommissionen förlitade sig på svaren från kunderna för att undersöka huruvida parternas påståenden stämde överens med uppfattningen på marknaden. Kommissionen använde även intern dokumentation från

²²¹ Mål COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2010], 94-97§§.

²²² Mål COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* [2010], 107-120§§, Respondenter till marknadsundersökningen pekar exempelvis på ett markerat behov av flexibilitet och regelbundenhet i tjänsten för tidskänsliga passagerare.

²²³ Mål COMP/M.5335, *Lufthansa/ SN Airholding*

²²⁴ I mål COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 312§. Se även argumentation vid paragraf 329-330 i beslutet. Kommissionen hade läst ett uttalande från en av *Liffe*: s representanter (NYSE Euronexts handelsplats för derivat) till tidningen *the Financial Times* och nyare interna dokument från NYSE som målade en bild där stora skillnader mellan derivat typerna lyftes. Skillnaden i karaktären av de olika produkterna var det kommissionen letade efter och uttalanden och dokument som pekar rakt emot parternas talan kan tänkas visa den som potentiellt medvetet felinriktad.

7.2.5.1 Interna dokument – ”bevisning av anekdotisk art”

Konkurrenter till parterna kan bidra med relevant information om vad de anser är utbytbara transportsätt för kunder. Som tidigare konstaterat är det inte en okänd företeelse att konkurrenter modererar sina svar om de tjänar på att en konkurrent försvinner eller förstärks. Interna dokument, som för visso är en väldigt bred definition, har ett lika brett användningsområde. I *Ryanair* och även senare i *Deutsche Börse/NYSE Euronext* menade parterna att kommissionen hade stött sig på bevisning av ”anekdotisk art”.²²⁵ Då informationen i styrelsedokumentet ej rörde *Aer Lingus* utan mer generellt situationen på olika flygrutter och därför inte rörde det konkurrenstryck från *Aer Lingus*. Domstolen avfärdade dock detta resonemang med att konstatera att kommissionen var helt inom sina rättigheter när den stödde sig på information angående *Ryanair:s* svar på vissa kampanjer och andra konkurrensstrategier från *Aer Lingus*.²²⁶

För att *Deutsche Börse/NYSE* skulle nå framgång med sina argument att ETC och OTC derivat är delar av samma marknad, krävdes en påvisad utbytbarhet och priskonkurrens mellan de två derivattyperna. De av parternas argument som baserats på interna dokument fanns av kommissionen vara motsagda av andra interna dokument, eller tagna ut sitt sammanhang, vilket måste anses försvagat deras vikt i bedömningen. Det framgår inte klar av beslutet om några av kommissionens argument försvagats nämnvärt av liknande argumentation från parterna.²²⁷ Vilket pekar på att undersökningen av parternas påståenden och inlagor är omfattande, och att inlagor som inte kan understödjas, eller som motsägs av egna dokument, kan försvaga talan och gör kommissionen skeptisk till parternas argumentation.

Interna dokument, vilka är daterade före parternas respektive ekonometriska analyser,²²⁸ understödjer resultat av analysen av fakta i form av marknadsandelar och utgjorde ej slutgiltig bevisning för faktum att kommissionen fann att parterna var varandras närmaste konkurrenter på de relevanta marknaderna.²²⁹

²²⁵ Mål T-342/07 *Ryanair mot kommissionen*, 6-7-2010, 128§. *Ryanair* ansåg att kommissionen förlitat sig för mycket på information från konkurrenter och tolkat intern kommunikation från *Ryanair*, över vad de menade var sämre bevis för att *Aer Lingus* skulle utöva ett konkurrenstryck på *Ryanair*, än den ekonometriska bevisningen som inte visade på detta. Se även COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], där parterna menade att kommissionen begått fel i sin bedömning av fallet då den inte tillämpat ekonometriska analyser, vilka parterna menade hade gett ett mer rättvisande svar.

²²⁶ Mål T-342/07 *Ryanair mot kommissionen* [2010], 129§ för kommissionens förklaring om att dokumenten tolkas tillsammans med övrig information, samt faktumet att på många rutter innehar parterna majoriteten av marknadsandelarna och på ett antal andra rutter föreligger oligopol mellan parterna. I 132-133§§ noterar domstolen att vissa likheter mellan parternas ”yield management” system och övervakningen av vad måste anses vara varandras priser och kampanjer indikerar att parterna är varandras närmaste konkurrenter jmf. 135§.

²²⁷ Jämför med ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review, juni 2005, kap. 3, s. 39-40.

²²⁸ Kommissionen hänvisade exempelvis i 135§ till korrelationsanalysen i Annex III som kommissionen primärt använde för att bestämma den geografiska marknaden.

²²⁹ Mål COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* [2007], 138§. I mål COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011], 533§, lyfte kommissionen att parterna själva argumenterat att de är varandras närmaste konkurrenter, med stöd i interna dokument.

Av kommissionens användning av interna dokument kan vi dra slutsatsen att de är medvetna om att i många fall har parterna en relativt god insyn sin egen position på marknaden. Strategidokument, transkriberingar och protokoll från styrelsemöten används ofta i undersökningen.²³⁰ I fall där interna dokument insamlade från två mycket stora organisationer där chefer, anställda och ansvariga på olika nivåer vilka inte nödvändigtvis har insikt eller förståelse i betydelsen av sina ord används vid en extern bedömning av konkurrensmyndigheterna, är det av vikt att vara medveten om dokumentets ursprung.²³¹ Kommissionen har relativt stor frihet i sin bevisföring men bör samtidigt i sitt kvalitetsarbete vara medveten om betydelsen av bevisningens ursprung, även för interna dokument. Som exempelvis visades i *Olympic/Aegean Airlines* visar kommissionen benägenhet att beakta källan till dokument. Det är dock viktigt att fortsatt vara kritisk till källan till information i undersökningen

7.2.6 Differentierade produkter & utbytbarhet

I mål där marknadsundersökningen visar att närliggande produkter skiljer sig åt från varandra genom sina attribut brukar produkterna benämnas som differentierade.²³² Det kan vara invecklat att utreda marknadsdefinitionen på sådana marknader då konkurrensen mellan dessa produkter kan feltolkas och vara missledande för kommissionen i utredningen. Fokus kan istället läggas på parternas möjlighet och incitament att höja priserna efter koncentrationens genomförande, istället för i marknadsdefinitionen. Ett exempel på detta är *Unilever/Sara Lee* där parterna hävdade att det endast finns en marknad för deodoranter inom EES som inte skulle delas upp baserat på kön eller format.²³³ Enkätundersökningen bland konkurrenter och särskilt bland parternas kunder, främst stora återförsäljare i olika länder, visade dock att uppdelning kan göras för ”manliga” och ”icke-manliga” deodoranter. Ekonometriska analyser kan erbjuda insikt i hur kunderna byter mellan de olika produkterna. En analys som visar hur parternas kunder normalt kan förväntas byta, som i *Unilever*, där kommissionen företog simulationer i två nivåer med s.k. ”nests” för att simulera utbytbarheten på flera marknader.²³⁴ Kommissionen noterade att trots den goda tillgången på data har ekonometriska modeller flera svagheter, vilka försämrar dess tillämplighet.

7.2.7 Ekonometriska analysers styrka som bevisning

I besluten i *Ryanair* och *Unilever* visas tydligt att kommissionen är villig att använda sig av ekonometriska modeller & analyser för att undersöka om en prisförändring skulle orsaka kunder att byta till andra produkter. I båda fallen utförde kommissionen multipla analyser, men det framgår tydligt att deras värde är

²³⁰ Exempel i detta fall: mål M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 298§ och fotnot 197.

²³¹ Exempelvis i *Deutsche Börse/ NYSE Euronext*, [2012] och Thomson Corporation/Reuters Group där interna dokument spelade en viktig roll i bedömningen av

²³² Se exempelvis mål COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 353§ eller 367§.

²³³ COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 36-38§§, Parterna hävdar att tidigare beslut, bland annat M.3732 *Procter & Gamble/Gillette*, Brussels 18.12.1995, har marknaden för deodoranter delats inte upp i smala delar.

²³⁴ COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 177-187§§, kommissionen noterade att modellens antaganden försvagar bevisningens värde, men gavs fortfarande vikt i bevisningen som en del av helheten. Jämförelsen med informationen som samlats in i marknadsundersökningen gav den ekonometriska bevisningens vikt, och kommissionen utförde flera tester av analysernas robusthet för att försäkra att bevisningen var robust och samstämmig.

främst understödande till övrig ”konventionell” bevisning. Som nämnt i kapitel 4 förekommer även problem med vissa modellers pålitlighet. För att överkomma detta kan man använda ekonometriska taktiker, som att bygga modelleringen i två nivåer där den andra beror på den första, och använda s.k. ”nests”.²³⁵ Parterna i *Unilever* producerade en konkurrerande interaktionsstudie för olika medlemsländer som var menad att visa interaktion, bytestrender, mellan olika märken utöver Unilevers egna märken, Dove, och Sanex, genom att undersöka konsumenternas köpmönster i de relevanta länderna.²³⁶ En sådan källa bör dock tolkas med försiktighet, om den inte kan stödjas med annan kvalitativ bevisning som överbryggar felmarginalen.²³⁷ På grund av felmarginalen i kan även mindre felsteg i metod och utförande eller frågetecken kring de data på vilken analysen är baserad leda till felaktiga utfall eller osäkerhet som sänker dess värde som bevisning.²³⁸ I *UPM/Mylykoski & Rein Papier* kritiserade kommissionen faktum att information från ena parten var ”konstruerad” av UPM, då original saknades, vilket ökade risken för påverkan av parternas vilja att koncentrationen skulle godkännas. Anmärkningarna rörde även avsaknaden av nödvändiga tester för att säkerställa att felaktiga korrelationer inte förekom.²³⁹

I *Votorantim/Fischer/JV* sökte parterna visa ökad utbytbarhet mellan apelsin- och blandjuicer, då de senares popularitet stigit och att delade relevanta karaktärsdrag i konsumenternas ögon, det vill säga att apelsinjuice är utbytbar vid prisändringar.²⁴⁰ Parternas ekonomiska bevisning utgjordes av en priskorrelationsanalys och en stationaritetsanalys för apelsin och äppeljuice.

Ekonometriska modelleringar kräver dock stora mängder information och rådata ofta från försäljning, exempelvis genom data från butikskanners, lagerdata och transaktionsdata från parterna. Finns inte data tillgänglig, eller är den opålitlig får detta till följd att analyserna tenderar anses icke robusta och analyserna förlorar i värde. Kunderna indikerade att andra förutsättningar förelåg gällande konsumenternas efterfrågan, och hävdade att kostnader skulle i första hand absorberas av kunderna.²⁴¹

²³⁵ Se exempelvis mål COMP/M.4513, *Arjowiggins/ M-real Zanders Reflex* [2008], 69§.

²³⁶ Mål COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010]. Kommissionen genomförde i *Unilever/Sara Lee* ett SSNIP test baserat på information om konsumentköp för att undersöka om utbytbarhet finns mellan olika underklasser av produkter. En bra förklaring ges i undersökningen av marknaden i Belgien i 371-373§§.

²³⁷ För att kunna peka på analysresultaten visar interaktion behöver eventuella källor till felaktig interaktion beaktas, som i möjligheten att inköp görs av andra än den primära kundgruppen. Särskilt för differentierade konsumentprodukter är denna möjlighet till felmarginal

²³⁸ En svaghet i *logit* modellen är som nämntes kort i kapitel fyra, är svårigheterna med differentierade produkter. I sin rapport nämnde dock Epstein & Rubinfeld att detta kan lösas genom användningen av ”nests”, som kommissionen gjort. Se: Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, Technical Report, Effects of Mergers Involving Differentiated products, COMP/B1/2003/07, October 7, 2004, s. 2-3.

²³⁹ COMP/M.6101 *UPM/Mylykoski and Rhein Papier* [2011] 44-47§§ samt fotnot 15 I beslutet. Se generellt A. Lindsay, A. Berridge (2012), s. 117-118. En korrelation bör testas för att säkerställa att ingen bakomliggande gemensam kostnad som inte är kopplad till produkterna i sig driver priset. Dessa tester utgörs av ekonometriska analyser som ”co-integration” och ”unit root test”.

²⁴⁰ COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, [2011], 69-71§§ samt 91-95§§, parterna argumenterade att kundernas preferenser och priset var kopplade, d.v.s. att om priset stiger tillräckligt mycket ändras kundernas preferenser.

²⁴¹ COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, [2011], 74-79§§. En ekonomisk analys som pekar på helat andra resultat än marknadsundersökningen står dock på relativt svag grund.

Utbytarhetsåtgärderna som parterna argumenterar för måste även vara rimligen genomförbara rent tekniskt.²⁴² Oavsett om analysen testats och funnits tillräckligt robust,²⁴³ kan den falla på att korrelationsnivån inte anses tillräckligt substantiell för att kunna leda till några slutsatser.²⁴⁴ Exakt vilken nivå av korrelation som är statistiskt relevant kan vara svår att bedöma, och för att söka verifiera resultaten av analysen är det möjligt att som parterna utföra en stationaritetsanalys. Testerna av robustheten i ekonometriska analyser visar vikten av att använda sig av korrekta data och att täcka ett tillräckligt tidsspann för att den skall få ett mätbart värde som bevisning.²⁴⁵

I *Deutsche Börse/NYSE* påminns vi om kommissionens stora valfrihet i undersökningen,²⁴⁶ exempelvis att icke använda ekonomiska analysmetoder och ekonometrisk bevisning. Kommissionen är villig att till viss mån acceptera resultaten i parternas undersökningar, men noterar genomgående de inneboende svårigheterna med användningen av simulationsmodeller och klargör att inga slutsatser kommer grundas endast på simulationerna utan att det skall ses som en del utan helheten och resultaten skall tolkas i tillsammans med annan kvalitativ och kvantitativ bevisning, något som upprepas under analyserna av de separata marknaderna.²⁴⁷ Ur en rättssäkerhetssynpunkt förefaller denna inställning upprätthålla säkerheten för både parter och konsumenter då det krävs stabil och pålitlig bevisning för att uppnå den legala standard som ställs på bevisningen i kommissionens beslut.²⁴⁸ Som visades exempelvis i *Votorantim/Fischer/JV* jämförs alla analysresultat med marknadsundersökningen, och kommissionens argumentation pekar på att oavsett hur robust den ekonometriska bevisningen är

Kunderna erbjuder vad som förefaller vara den mest pålitliga undersökningen av huruvida ekonometriska analyser överensstämmer med marknaden.

²⁴² Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, (2004/C 31/03).

²⁴³ Se generellt exempelvis A. Lindsay, A. Berridge (2012), s. 117-119, eller D. Hildebrand (2009), s. 411.

²⁴⁴ COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, [2011], 92§ samt fotnot 77-78, Se generell genomgång i A. Lindsay, A. Berridge (2012), s. 117, Om resultatet för den relevanta analysen är högre än resultaten i "benchmarking" analysen kan detta ses som ett tecken på en stark korrelation.

²⁴⁵ COMP/M.5669, *Cisco/Tandberg* [2010], 49§. för förklaring se t.ex. D. Hildebrand (2009), kap. 5.2. Analys av huruvida Cisco benämnt Tandberg som "konkurrent" om ett visst avtal är synonymt med erbjudanden om större prisavdrag till kund. EJ specificerad i målet, förefaller vara en enklare modellering.

²⁴⁶ Mål M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012], 23-25§§. Kommissionen kritiserades av parterna för att inte använda tillgängliga ekonometriska metoder. Kommissionens modell för att analysera detta komplicerade och omfattande fall torde leda till att höga krav ställs på kvaliteten på bevisningen, då interna dokument har getts en framträdande roll.

²⁴⁷ Mål COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee*, Brussels, 17/11/2010, C(2010) 7934 final, 183§.

²⁴⁸ Det kan vara av intresse att komma ihåg den tidigare vicedirektören för DG-Competition, Lowri Evans, tal på International League of Competition Law: s kongress i Hamburg. Där hon uttryckte att de svåra frågorna identifieras med hjälp av bevisning och information från tredje parter, men att ekonometrisk bevisning har fått ökad vikt inom bedömningen av koncentrationer inom EU. Talet finns tillgängligt på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2008_06_en.pdf (Hämtat 2013-04-04).

föreligger en överhängande risk att den försvagas om resultaten inte kan understödjas av bevisning från marknadsundersökningen.²⁴⁹

7.2.8 Utbytbarhet på tillgångssidan

Om konkurrenter utgör ett reellt alternativ för parternas produkter som svar på SSNIP, eller kan kompensera för bortfall till följd av koncentrationen, kan detta sänka risken för negativa effekter på den effektiva konkurrensen.²⁵⁰ Generellt krävs att parterna pekar på att produktionsomställningar kan ske på kort tid utan att producenten som byter ådrar sig betydande extrakostnader.²⁵¹ I *UPM/Mylykoski & Rhein Papier* fokuserade en del av parternas argumentation på att visa att konkurrenter har möjlighet & incitament att ställa om produktionen inom den relativt omedelbara tidsrymd som krävs tyder på om utbytbarhet på utbudssidan förekommer.²⁵² Medvetenhet om att en omställning inte kan förvänta sig lönsamhet förrän efter en viss tid och utgift visar sig relativt enkelt under marknadsundersökningen, interna dokument och även i historiska omställningar.²⁵³

Generellt förefaller utbytbarhet på tillgångssidan vara ett svagare argument än på efterfrågesidan då tröskeln för att denna utbytbarhet skall beaktas är relativt hög. Däremot kan möjligheten att ställa om produktionen inom en större tidsram peka på möjlighet för konkurrenter att göra ett inträde på marknaden.²⁵⁴

Analogier till tidigare beslut

Analogiska paralleller förekommer relativt ofta i argumentationen kring marknadsdefinition. Kommissionen vaktar dock sin rätt till individuella bedömningar, och det verkar krävas en tydlig likhet för att sådana analogier skall accepteras av kommissionen.²⁵⁵ I *Votorantim* accepterade kommissionen inte argumenten, då besluten som användes i analogierna rörde en helt annan marknad, där det inte var av intresse att närmare undersöka undergrupper av fruktjuicer.²⁵⁶

²⁴⁹ Mål COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, [2011], 95-96§§, där analysen endast inkluderade data från 2002 utan att lämna ett godtagbart rättfärdigande, och höll inte för kommissionens egna analys av samma data fast från ett något större tidsspann. Se även kommissionens resonemang mot parternas yrkanden i COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011], om att ekonometriska analyser borde utföras endast om data av tillräcklig kvalitet och från ett tillräckligt tidsspann är tillgäng.

²⁵⁰ Se till exempel COMP/M.6512 *DS Smith/SCA* [2012], 66§, 97§ & 103§ där parterna argumenterade att konkurrenter kunde enkelt ställa om sin produktion. Konkurrenterna visade dock att omställning var förenad med betydande kostnader.

²⁵¹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, 9.12.1997, OJ C 372, p. 22.

²⁵² Se Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EUT nr C 372, 09/12/1997 s. 0005 – 0013, 20-23§§.

²⁵³ COMP/M.6214 *Seagate/HDD Division of Samsung*, 142-155§§, Parterna kan peka på egna och andras historiska byten som stöd, men i avsaknad av tillförlitlig bevisning kommer konkurrenters synpunkter och svar hållas högt.

²⁵⁴ COMP/M.6101 *UPM/ Mylykoski and Rhein Papier* [2011], 59-61§§.

²⁵⁵ Exempel där kommissionen hänvisar till tidigare praxis är numera den mängd beslut gällande flygbolagskonsolideringar där marknaden definierats på ett visst sätt.

²⁵⁶ Mål COMP/M.5907 *Votorantim/Fischer/JV*, [2011], 63-69§§. Kommissionen pekade ut att i de tidigare fallen så rörde undersökningen flera steg ned i distributionskedjan från var parterna befann sig. Dessutom var det i dessa fall inte av intresse att noggrant undersöka juicesegmentet. Jämför med mål COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010] där kommissionen konstaterade att hänvisningar till tidigare beslut bör vara tillräckligt välmotiverade så att det framgår vad det är som gör besluten lika. Kommissionen

Kommissionens egna analogiska jämförelser visar dock att det är möjligt att bemöta argumentation om produktmarknaden, exempelvis som i *Caterpillar/MWM*, att marknaden bör definieras som en enhet för vissa generatorer.²⁵⁷ Caterpillars argument att hastighet är irrelevant för de för fallet relevanta effektnivåerna, då kunderna kan köpa olika kombinationer produkttyper.

Användning av analogier som stöd i marknadsdefinitionen förekommer i flera beslut.²⁵⁸ Samtidigt som hänvisningar till äldre beslut kan vara av relevans för att försöka styra kommissionens undersökning framstår bevisvärdet som svagt i förhållande till i stort sett all annan bevisning. Användningen kan möjligen vara tillämpligt som en exemplifiering, men kommissionen ser ogärna sin rätt och sin uppgift att granska alla omständigheter som inskränkt av slutsatserna i tidigare beslut.

7.3 Styrka och inflytande på marknaden

Trots den nya förordningen och ändringarna i och med SIEC testet samt den mer ekonomiskt inriktade analysen av koncentrationsärenden väger marknadsundersökningen tungt i undersökningen av vilka områden där marknadsandelar blir problematiskt stora. Samtidigt så är parternas storlek och dominans fortfarande viktiga i undersökningen.²⁵⁹

Parternas styrka spelar stor roll vid bedömningen av eventuella negativa effekter av koncentrationen på den effektiva konkurrensen på marknaden. Argumentationen kring en distinktion mellan produkterna/tjänsternas utbytbarhet samt att försöka utmåla målbolaget eller det egna bolaget som svagt på marknaden, exempelvis inom innovation eller marknadsstyrka i förhållande till sina kunder har potential att visa målbolaget som ett mindre hot mot den effektiva konkurrensen. Exempelvis menade parterna i *Syngenta/Monsanto* etablera att *Monsanto* främst fokuserade på en viss typ av parasittålig solros, men var svag inom oljeväxter och ogräsmedeltåliga sorter där Syngenta var stark.²⁶⁰ Sådana påståenden bör dock kunna styrkas, i alla fall av egna dokument, om stöd inte finns i undersökningen, vilket parterna i *Seagate/Samsung* lyckades visa. I det senare beslutet fanns stöd

klargjorde även att hänvisningar till äldre beslut på inget sätt förminskar kommissionens rätt att marknadspröva alla relevanta delar av parternas argumentation.

²⁵⁷ Kommissionen bemöter parternas argumentation bland annat med hänvisningar till flera beslut som rör liknande situationer där segmentering enligt hastighet och effekt av produkterna användes som definierande faktorer, exempelvis mål COMP/M.6039, *GE/Dresser* [2011] 13-15§§. Dock lämnades marknadsdefinitionen öppen för beslutet som inte fann det nödvändigt att slutligt bedöma produktmarknaden då detta ej hade gjort skillnad i bedömningen.

²⁵⁸ Se exempelvis COMP/M.6222 *GE Energy/Converteam* [2011], 35§.

²⁵⁹ Se Lowri Evans tal på International League of Competition Law: s kongress i Hamburg, Där hon uttryckte att de svåra frågorna fortsatt identifieras med hjälp av bevisning och information från tredje parter. Talet finns tillgängligt på:

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2008_06_en.pdf (Hämtat 2013-04-04).

²⁶⁰ Mål COMP/M.5675 *Syngenta / Monsanto 's Sunflower Seed Business* [2010], 247-249§§. Parterna hävdade att målbolaget var svagt inom FoU och hade haft svårt att hålla jämna steg med konkurrensen. Dessa uppgifter kan dock med relativ lätthet kontrolleras med marknadsundersökningen där de facto tillväxt förelåg.

både i diverse interna styrelse- och strategidokument, samt i marknadsundersökningen.²⁶¹

I *Unilever*, som hade en stark position på flera marknader, presenterades fyra huvudsakliga argument för sin sak, vilka skulle kunna delas in i två undergrupper.

Den första rör tolkningen av produkterna och deras marknadsandelar:

- där den differentierade produktmarknaden för deodorant inte innebär att marknadsandelar och konkurrenspåverkan inte nödvändigtvis är synonyma,²⁶²
- att Sanex, inte utgör en nära konkurrent till Dove, Rexona, eller Axe/Lynx då den skiljer sig i vissa egenskaper, pris och inriktning.²⁶³

En djupgående marknadsundersökning samt analys av tredjepartsinformation utgör generellt basen för att verifiera eller förkasta sådana påståenden. Det är dock tydligt av *Thomson/Reuters* att interna rapporter och kommunikationer kan väga tungt även i bedömningen av marknadsstyrka och marknadsandelar.²⁶⁴ Som framgår kommissionens beslutspraxis utgör interna dokument en insyn i den ”verkliga” funktionen av ett visst förhållande.²⁶⁵

I *Unilever* ville parterna visa att höga marknadsandelar ej vara synonymt med dominans, då produkterna inte ansågs av konsumenterna som utbytbara, på grund av relativt smala skillnader mellan Sanex och deras befintliga märken.²⁶⁶ Parterna presenterade därför flera ekonometriska analyser och egen dokumentation för att stödja sin argumentationslinje. Argumentet att Axe, Unilevers största märke, och Sanex inte konkurrerade föreföll inte övertyga kommissionen då de sålde främst till två helt olika marknadssegment.²⁶⁷ Argumenten parterna presenterar måste kunna logiskt kopplas till de relevanta kundsegmenten.

Kunderna nedströms från parterna kan även, exempelvis, vara flexibla och själva göra förändringar som inte i nämnvärd mån påverkar dem kostnadsmässigt, exempelvis om deras behov kan visas inte vara fixerat vid en specifik produkt eller

²⁶¹ COMP/M.6214, *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 303-311§§, parterna lyckades visa att flera faktorer som pekade på Samsung:s svaga roll på marknaden vilket sänkte de förväntade effekterna av koncentrationen på konkurrensen.

²⁶² Mål COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 151§. Kommissionen erkänner detta faktum och påpekar att intervjuer och frågeformulär till parternas mest relevanta kunder på de olika marknaderna samt undersöker parternas interna dokument.

²⁶³ Mål COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 152-153§§.

²⁶⁴ Mål COMP/M.4726, *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 348-353§§, Kommissionen tittade på extern information om marknadsandelar och tjänster och jämförde med parternas interna uppfattningar om vilka konkurrenter de främst såg som möjliga alternativ för kunder att byta till. Jämför även med mål COMP/M.4731 *Google/DoubleClick* [2008], 300-301§§, möjlighet och intresse för nedströms rivaler att utveckla egna alternativ som effektivt kan konkurrera med den koncentrerade enheten kan utgöra effektiv bevisning för att koncentrationen ej har möjlighet att utestänga rivaler, särskilt om kostnad och tidsåtgång associerad med byte av leverantör är låga.

²⁶⁵ Mål COMP/M.4919 *StatoilHydro/ConocoPhillips* [2008], 100-101§§.

²⁶⁶ Detta är en delikat beräkning som kom att kräva omfattande analyser av alla marknader där koncentrationen skulle komma att få möjligen problematiskt höga marknadsandelar, och resultaten behöver vara tillförlitliga. Se exempelvis en generell diskussion: Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, kap. 1.

²⁶⁷ Mål COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 163§.

märkte.²⁶⁸ I *Agrana/RWA/JV* kunde exempelvis kunderna justera sin tillverkningsprocess till en liten kostnad för att således kunna ändra sina inköp. Konkurrenternas kapacitet och möjlighet att möta produktionssänkningar eller fluktuation i tillgång till följd av en koncentration är även en viktig fråga i bedömningen av marknadsandelarna, som inte nödvändigtvis är så höga som parternas nominella försäljning förefaller visa.²⁶⁹ För att detta skall vara aktuellt torde produkterna inte vara av sådan karaktär att de på grund av preferenser ej kan bytas ut mot varandra.²⁷⁰ Parterna bör dock vara beredda på att marknadsandelarna kan påverkas av särskilda omständigheter kring en produkt eller tjänst, som inte direkt kan översättas i siffror, som att parternas produkt eller tjänst är ledande inom något som konkurrenterna saknar.²⁷¹ En sådan styrka kan även besittas av konkurrenter till parterna, vilket kan vara relevant att peka på under den initiala fasen i en utredning. Andra faktorer som gör det svårt för parterna att höja priserna efter en koncentration då kunder är vana att en viss tjänst eller produkt håller viss kvalitet, funktionalitet eller pris.²⁷² Detta faktum kommer dock att bedömas sett till parternas marknadsandelar, och kan skilja från fall till fall.

Höga marknadsandelar kan även vägas mot reella tillskott, eller en reell möjlighet till tillskott, på marknaden i form av nya produkter som är nära besläktade med parternas. Rena produktionsökningar, kan som i *UPM/Mylykoski & Rhein Papier*, väga tyngre i sannolikhetsavvägningen än av parterna aviserade kapacitetssänkningar i frågan om koncentrationen kan komma skada konkurrensen.²⁷³ Avsaknad av bevisning i marknadsundersökningen för reella alternativ till koncentrationen med mindre inverkan på konkurrensen, av vilka flera dessutom ej hade accepterats av långivarna, gav i detta fall ytterligare stöd till argumentet att kapacitetsminskningarna ej skulle leda till en försämring av konkurrensen på marknaden.

I både *DS Smith/SCA* och *Unilever* menade parterna att förekomsten av många mindre konkurrenter, eller i det senare faller kunder, kan utöva tryck på parterna, sänka marknadsandelarna och beroendet på parternas produkter.²⁷⁴ Fragmenterade

²⁶⁸ Se exempelvis COMP/M.6439 *Agrana/RWA/JV* [2012], i detta fall gällde det kundernas möjlighet att ställa sin behandling av de produkter de köpte in, vilket öppnade för att köpa in från andra producenter som tillverkar snarlika produkter. Se även exempelvis COMP/M.6101, *UPM/ Mylykoski and Rhein Papier* [2011].

²⁶⁹ COMP/M.6101 *UPM/ Mylykoski and Rhein Papier* [2011], 103-105§§, 114§, Detta kan dock inte anses gälla på alla marknader utan individuella bedömningar av marknadsdynamiken måste göras.

²⁷⁰ COMP/M. 6939 *HBO/ZIGGO* [2011], Konkurrenter på marknaden som argumenterade för att JV skulle kunna erbjuda programinnehåll exklusivt till Ziggo, samt att om Ziggo skulle få exklusivitet skulle andra stora aktörer, på grund av Ziggo: s styrka, följa HBO: s exempel. Argumentationen bygger på marknadsstyrka, vilket skulle kräva tillräckliga marknadsandelar, eller andra faktorer som ger aktören tyngd.

²⁷¹ COMP/M.6497 *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria* [2012], IP/12/1361 (opublicerad), Parternas styrka inom trådlös datatrafik tillräknades deras marknadsandelar, vilket gav parterna mer marknadsstyrka än de uppenbara andelarna antydde.

²⁷² Se exempelvis COMP/M.6281 *Microsoft/Skype* [2011].

²⁷³ För att visa att konkurrensproblem ej skulle uppkomma ville parterna visa att de ej hade möjlighet att utnyttja en situation där kapaciteten redan är högt utnyttjad och därmed ha anledning att minska sin produktion för att driva upp priser. COMP/M.6101 *UPM/ Mylykoski and Rhein Papier* [2011], 115-119§§. Utbytbarheten mellan närliggande produkter från kundernas syn kan som här då tyda på att starka konkurrenter kan möta parternas eventuella kapacitetssänkningar.

²⁷⁴ Exempelvis mål COMP/M.6512 *DS Smith/ SCA* [2012], vid 123-124§. Detta testas i marknadsundersökningen där konkurrenter och kunder uppger sin syn på marknaden. Små

leverantörer utan samordning eller nämnvärd marknadsstyrka tenderar ej heller utgöra ett troligt hot mot parternas verksamhet, och riskerar därav utgöra ett svagt argument för parterna.

För att utgöra ett troligt alternativ måste de visas som ett reellt alternativ, och därför krävs i princip bevis på samordning. Detta förefaller vara att kräva väldigt mycket av en eller flera fragmenterade grupper på marknaden. Detsamma gäller om alternativa leverantörer är beroende av parternas produkter för sin produktion, och inget styrkeförhållande föreligger som hindrar den nya enheten från att höja priserna eller sluta leverera. Troligtvis känner parterna till sina kunders behov av tillgänglighet i tillgång och tid, samt pålitlighet, vilket kommer återspeglas i marknadsundersökningen eller interna dokument.²⁷⁵

En buddataanalys från parterna och andra marknadsspelare,²⁷⁶ om data är tillgänglig, kan ge en viktig insikt i hur konkurrensen fungerar mellan företagen på marknaden. I *Caterpillar/MWM* fanns tillräckligt mycket buddata tillgänglig från de olika marknadsspelarna för att visa om parterna ofta utgjorde de främsta konkurrenterna i antalet vunna kontrakt för vissa typer av generatorer.²⁷⁷

Marknader där stora delar av försäljningen sker genom att producenter bjuder på kontrakt, kan potentiellt vara mer konkurrensutsatta marknader.²⁷⁸ Parterna menade att det på efterfrågesidan var av mindre vikt för kunden om den köper en dyrare och större generator med högre effekt eller flera mindre med samma totaleffekt, vilket kan tyda på utbytbarhet mellan produkter i olika effektklasser.²⁷⁹

Genom att använda sig av buddata kan parterna exemplifiera sina argument och i viss mån kanalisera marknadsundersökningen till att analysera utbytbarheten från sin synvinkel. Kommissionen marknadstestar alla påståenden och undersöker de interna förhållandena i företaget med kvalitativ bevisning, och har parterna presenterat en förklaring som inte överensstämmer med ett etablerat beteende i branschen eller saknar täckning i undersökningen i övrigt kan argumenten

leverantörer måste även utgöra troliga alternativ till koncentrationens parter för att kunna anses ersätta dem, sett till kvalitet och leveranssäkerhet, se exempelvis IV/M.1813 *Saint-Gobain/wacker –Chemie/NOM* [1997] OJ L247/1, 119§.

²⁷⁵ Mål COMP/M.6512 *DS Smith/ SCA* [2012], 65§, dessutom var möjligheterna för producenter att ställa om sin produktion begränsad. Ett annat problematiskt fynd är indikationer från konkurrenter om parternas marknadsandelar som strider mot parternas bedömning.

²⁷⁶ Buddata är data som kommer från parternas och konkurrenters bud och övervakning av budprocesser. Om fristående organisationer samlar in informationen kan denna vara av än större värde då den löper mindre risk av att vara manipulerad.

²⁷⁷ Mål COMP/M.6106 *Caterpillar/MWM* [2011], 101-111§§, den kvantitativa analysen av buddata visade att Caterpillar inte var en marknadsspelare som utgjorde en faktisk konkurrent i många av de bud processer som ingick i undersökningen.

²⁷⁸ Exempelvis kan en koncentrerad marknad med få leverantörer/producenter innebära intensiv konkurrens, särskilt i fall där vunna kontrakt representerar en stor del av producenternas totala försäljning. Konkurrenterna har även möjligheten att erbjuda olika kurer olika priser beroende på volym och konkurrens. Små producenter med begränsad försäljning har dessutom möjligheten att påverka konkurrensen mer än på en ”vanlig” marknad då de kan aggressivt bjuda under sina stora konkurrenter för att vinna marknadsandelar. Se även mål COMP/M.6106 *Caterpillar/MWM* [2011], 55§.

²⁷⁹ Se generellt om utbytbarhet: A. Lindsey, A. Berridge, *The EC Merger Regulation, Substantive Issues*, tredje uppl. 2009, s.131-132. Även fast två produkter förefaller vara funktionellt utbytbara betyder det inte att kunderna anser att produkterna är utbytbara mot varandra.

omkullkastas eller försvagas. I Caterpillars fall lyckades parterna visa att de inte konkurrerade inom gasdrivna generatorer, parterna visade dock att de själva hade liten styrka på marknaden jämfört med sin motpart och andra konkurrenter. En extern undersökning av marknaden kan även inhämtas för att verifiera resultat och påståenden med ökad säkerhet.²⁸⁰

Naturligtvis går det inte att bortse från marknadsspecifika omständigheter, och olika branscher kan tänkas ha strukturer som motverkar eller förhindrar att konkurrensbegränsande effekter uppstår. Dock framstår detta mer som ett undantagsfall, och i de studerade besluten har möjligheterna till ensidigt agerande som kan skada konsumenterna och marknadsfunktionen lyfts fram.

7.3.1 Försämring av innovationen på marknaden

I ett flertal av de analyserade besluten innebär ett företags styrka inom innovation och produktförbättringar mycket för dess styrka på marknaden, därför undersöks dessa faktorer noggrant av kommissionen, och kan utgöra ett argument mot att parterna kommer kunna negativt påverka konsumenternas situation. Exempelvis i *Syngenta/Monsanto* beräknades marknadsandelar och trolig påverkan genom sammanräkning av parternas andel av marknads FoU omkostnader, deras produktportfölj samt frekvensen registreringar av nya produkter, där parternas innovation bar stor tyngd i bedömningen.²⁸¹

I *Unilever/Sara Lee* lyfte konkurrenter fram *Sanex* som innovatör som konstant pressade de konkurrenterna och drev utvecklingen av alternativa ingredienser för antiperspiranter och förpackningar.²⁸² Parterna hävdade att på vissa marknader förekom konkurrens från ”privata märken”, kundernas egen produktion. Enkätundersökningen pekade på att *Sanex* mer än andra märken lyckats motstå en minskning i försäljningsvolym genom den starka profil de byggt upp genom innovation.²⁸³ I *Caterpillar* pekade parterna istället på att deras historiskt starka marknadsposition hade sjunkit över de senaste årtiondena inom en viss generatortyp till följd av svaga satsningar på forskning och utveckling av dessa

²⁸⁰ Mål COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010] 254-256§§, Resonemanget kring köpkraft som motverkande kraft kräver, som tidigare noterat, generellt stora kunder för att lyckas. Att å ena handen lyfta att kunderna är i starka i förhållande till *Syngenta* och samtidigt i anmälan benämna marknaden som fragmenterad riskerar försätta parterna i en defensiv situation.

²⁸¹ Mål COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010] 259§, Parterna pekade på ett exempel där marknadsinträde från Frankrike till Spanien hade gjorts. Som noterat hade undersökningen redan visat ett koncentrerat enhetens egna urval av ”germsplasm” var tillräckligt för att *Syngenta* skulle kunna neka licensiering i större omfattning än tidigare och därmed ytterligare försvåra ett eventuellt marknadsinträde. Se även generellt A. Lindsey, A. Berridge (2012), kap. 4-024(d) s. 231 & 265-266. S.k. ”pipeline” produkter kan vara relevanta för parterna att argumentera kring då förekomsten av stora portföljer med produkter under ständig utveckling kan potentiellt innebära att styrkeförhållandena på marknaden ser annorlunda ut än vad som framgår av situationen vid anmälan, eller kan komma att ändras inom en snar framtid.

²⁸² COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 167-173§§. Till exempel pekade konkurrenter i flera medlemsstater ut att *Sanex* hade varit först ut med att använda mineralet alun som aktiv ingrediens samt att de hade introducerat den upp- och nedvända deodorantflaskan, som flera av konkurrenterna skulle komma att följa efter.

²⁸³ COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 698-702§§. Bemötandet från parterna som redovisas i paragraf 702 verkar inte vara speciellt övertygande då inlagor från konkurrenter pekar på att konkurrenstryck från ”privata märken” förekommer ungefär på samma sätt för alla marknadsspelare. Exemplet gällde den spanska marknaden.

produkter och att de till följd av marknadens struktur och den stora vikten av att utveckla nya och förbättrade produkter.²⁸⁴

Om innovation visar sig vara en viktig faktor på marknaden och parterna kan visas vara svaga inom innovation, alternativt kan peka på en annan marknadsspelare som innovations- eller teknologiledare, och verifiera detta under marknadsundersökningen kan detta tyda på koncentrationen inte eliminerar en stark spelare eller sänker incitamenten att utveckla produkterna. I *Seagate/Samsung* bekräftade tredje parter i marknadsundersökningen att Samsung inte ansågs vara en stark innovatör. Kundernas synpunkter i marknadsundersökningen kan kontrasteras mot antal historiskt vunna kontrakt och därmed skapa en bild över rollen som företaget spelar på marknaden. I det efterkommande *WD/Viviti Technologies* framkom det omvända under marknadsundersökningen, att Hitachi var en av de ledande inom teknikutveckling på marknaden. Något som kunde bekräftas i WD: s egna publika uttalanden. Styrka eller svaghet inom innovation kan utgöra robust fakta i en sakframställan, men det kommer sannolikt inte vara helt avgörande för beslutets utgång. Koncentrationen kan även leda till ökad innovation, och vara till gagn för konsumenterna. Att visa att en koncentration kan förväntas komma konsumenterna till godo är dock inte enkelt och den positiva effekten måste kunna visas tillräckligt substantiell för att accepteras som uppvägande faktor.

7.3.2 "Price Maverick"

På vissa marknader kan det förekomma en eller några spelare som genom aggressiv prissättningsstrategi utövar ett starkt konkurrenstryck på konkurrenterna inom överlappande marknader. I *Seagate/Samsung* argumenterade Seagate starkt för att av alla marknadsspelare var Samsung svagast inom både produktportfölj och innovation, och förlorade pengar löpande under de senaste åren. Samsungs svaghet menade de visade att Samsung ej hade möjlighet att agera "price maverick" eller prisledare, som ett mindre företag som aggressivt bjuder på kontrakt för att vinna marknadsandelar, vilket understöddes av marknadsundersökningen.²⁸⁵ Att en av parterna är prisledare är ett faktum som tydligt pekar på negativa konsekvenser för konsumenterna.²⁸⁶

När *Statoil/Hydro* köpte JET stationerna i Skandinavien av *ConocoPhillips* byggde en del av deras argumentation på att visa JET: s roll på den svenska marknaden som svag.²⁸⁷ Frånvaron av konkurrensmässig press samt faktumet att JET endast drev en mindre andel av alla bensinstationer i Sverige menade SH pekade på att

²⁸⁴ Mål COMP/M.6106 *Caterpillar/MWM* [2011], 118-121§§, I kontrast till buddataanalysen pekade kvalitativ bevisning och interna dokument på att parterna låg långt ifrån varandra i styrka inom överlappande marknadssegment.

²⁸⁵ Mål COMP/M.6214 *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 303-310§§, Se även generellt M. Rosenthal, S. Thomas, *European Merger Control* (2010), s. 131-132. Att Samsung är en liten spelare utgör inte nödvändigtvis slutligt bevis för att dess försvinnande som självständig spelare ej innebär att konkurrensen försämras. Som vi sett kan små spelare vara aggressiva med sin prissättning.

²⁸⁶ Om en av parterna är prisledare, och sedan försvinner från marknaden finns risken att detta ett viktigt konkurrenstryck försvinner, och konkurrenter därmed är fria att höja priset.

²⁸⁷ Mål COMP/M.4919, *StatoilHydro/ConocoPhillips*, [2008], Brussels, 21/10/2008, C(2008)6125 final, 92§. Parterna menade att JET som var en betydligt mindre spelare än parterna "följde efter" andra bensinstationers priser, det vill säga var inte en s.k. "price maverick" som kan konkurrera aggressivt med pris på grund av sin lilla storlek och bolagsstruktur.

JET inte var att anse som den närmaste konkurrenten.²⁸⁸ Som framgick i *Ryanair/Aer Lingus* kan kommissionen låta genomföra undersökningar bland konsumenterna för att pröva parternas argumentation, vilket om korrekt utförd, kan utgöra synnerligen god insikt i visa ärenden som inte involverar all för komplicerade frågeställningar.²⁸⁹ Påståenden om viss påverkan på konkurrensen tappar även i styrka om stöd för motsatsen hittas i interna strategiska dokument,²⁹⁰ där part erkänner motpartens ställning som effektiv konkurrent.²⁹¹

I *StatoilHydro/ConocoPhillips* visade konsumentundersökningen och uttalanden i interna dokument att JET ansågs utöva aggressiv prissättning, vilken begränsade konkurrenters prissättning där parallell etablering förelåg.²⁹² Kvantitativa analyser kan bidra med kontrast eller ytterligare styrka i argumentationen, om de kan visa att närvaron av den påstådda priskonkurrenten påverkar den andra marknadsaktörernas prissättningar.

Prisledarargumentet kan utgöra ett starkt bevisfaktum i argumentationen, men det är även ett som relativt enkelt kan testa i marknadsundersökningen samt som visar sig i interna dokument, publika uttalanden, och kvantitativa tester. Vilket innebär att det kan vara olämpligt att basera hela sin argumentation kring ett faktum som kan motbevisas med relativ enkelhet av synpunkter från kunder och i viss mån konkurrenter.

7.4 Den kontrafaktiska analysen

Den kontrafaktiska analysen har genomgående i senare beslut vara av stor vikt i bedömningen, särskilt vid av flygbolagskonsolideringar. Av de beslut som undersökts förefaller de fall där parterna kan göra gällande att en av dem kommer att lämna en viss marknad om koncentrationen inte godkänns. Initialt i *Lufthansa/Austrian Airlines* förelåg misstankar om konkurrensbegränsande effekter för relativt många rutter. I *Lufthansa/Austrian Airlines* förelåg redan ett samarbete mellan parterna och på vissa marknader var de inte att anse som konkurrenter redan innan transaktionen.²⁹³ *Lufthansa* lyckades genom dokumentation om de egna strategierna, och i förekommande fall strategidokument från *Austrian Airlines*, visa

²⁸⁸ Parterna motsades dock av konsumentundersökningen samt sina egna strategidokument.

²⁸⁹ Mål COMP/M.4919, *StatoilHydro/ConocoPhillips*, [2008], 95-99§§, 100§. Vi kan notera att faktorerna ovan inte kan i sig tas för att ge part en ”maverick” status, utan de måste ses i förhållande till den rådande synen på marknaden, där konsumenter, men även andra marknadsspelare kan vara intressanta att höra.

²⁹⁰ Se exempelvis *Phipson* [2005], s. 166, uttalade de: att vikten av bevisning ofta är beroende av den bedömande partens sunda förnuft, och felaktigheter kan underminera förtroendet för parternas talan. Detta är endast en fotnot från författarens sida och kommissionen är fortfarande förbunden att pröva alla relevanta delar av talan och undersöka alla argument på ett opartiskt vis.

²⁹¹ Mål COMP/M.4919, *StatoilHydro/ConocoPhillips*, [2008], 182§, 184-190§§. Interna dokument spelar en särskilt graverande roll när de talar direkt emot argument som förts fram av parterna.

²⁹² COMP/M.4919, *StatoilHydro/ConocoPhillips* [2008], 92-119§§ & 151-199§§.

²⁹³ Mål COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines* [2009], 57-60§§, om parterna visas icke utgöra konkurrenter innan koncentrationen kan detta påverka utfallet av den kontrafaktiska analysen då detta analyserade mot de dubbla kontrafaktiska analyser som kommissionen utförde [145§] där både situationen då konkurrent köper *Austrian* [92§] & fall där bolaget tilläts bli insolvent och försvinna.

att ett antal rutter var för ”tunna”²⁹⁴, eller av andra anledningar inte utsatta för konkurrens eller inträde av Lufthansa.²⁹⁵ Detta var en vinst för *Lufthansa* som, för att minska riskerna för behövde visa att det inte förelåg en konkurrens som skulle i stort försvinna om koncentrationen genomfördes. Fem marknader kvarstod där kommissionens fanns sig skönja frågetecken kring påverkan på konkurrensen, understött av oro inom kundsegmenten och interna dokument som visade att *Austrian* skulle fortsätta flyga dessa linjer i avsaknad av koncentrationen, samtidigt kan taktiken beskrivas som lyckad, åtagandena till trots.²⁹⁶

I *IAG/BMI* analyserade kommissionen koncentrationens förväntade effekter på de överlappande rutternas genom att titta på en situation i framtiden vilket skiljer sig de flesta beslut, där analysen fokuserar på transaktionstillfället.²⁹⁷ Parterna argumenterade förtjänstfullt för att Lufthansa allvarligt övervägde att låta BMI bli insolvent, och presenterade interna dokument,²⁹⁸ och annan bevisning för åtgärder som tagits inom BMI och Lufthansa innan transaktionen inleddes vilka övertygade kommissionen om att den troliga följden av att hindra koncentrationen skulle bli insolvens då ingen realistisk alternativ köpare, som i *Lufthansa/Austrian*, förekom.²⁹⁹ Argument som dessa undersöks noggrant och kommissionen genomför ekonomiska djupanalyser av de påståenden, siffror och fristående rapporter om ett möjligt insolvensscenario som parterna presenterar.³⁰⁰ Parterna visade att IAG förväntade sig frekvensökningar på rutter där BMI verkade, efter transaktionen. Skulle BMI bli insolvent skulle deras ”slots”, i stort, återgå till flygplatsen som skulle sälja dem. Efter att IAG erbjöd att ge upp 14 ”slots” blev följden av att om BMI skulle bli insolvent skulle IAG få köpa 40-50% av platserna som BMI höll, vilket totalt innebar 3 % skillnad mot om koncentrationen tilläts.³⁰¹ IAG lyckades därmed endast behöva släppa en mindre mängd start och landningstillstånd. Flygbolagskoncentrationerna är endast menade som exemplifieringar av vikten som kontrafaktiska analyser spelar i bedömningarna av komplicerade koncentrationer. Exempelvis i *Oracle/Sun* inkluderade kommissionen en bred definition av innovationsmarknaderna i den kontrafaktiska analysen vilket för vissa marknader kunde peka på parternas ökade attraktivitet efter koncentrationen.³⁰²

²⁹⁴ Tunna rutter har ett lågt passagerarantal och riskerar vara olönsamma.

²⁹⁵ Mål COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines* [2009], 145-146§§, 170, 173§§ visar exempel då kommissionen genomförde en dubbel kontrafaktisk analys och fann att *Austrian* skulle kvarstanna på rutten oavsett koncentrationen, alternativt om KLM/Air France skulle låtas köpa bolaget visar undersökningen av Lufthansas interna planering att den potentiella koncentrationen skulle skadas då de förutsåg behov av att öka närvaron på vissa linjer.

²⁹⁶ Se även COMP/M.5907 *Votorantim/Fischer/JV* [2001] 223-226§§, Parterna lyckades visa, särskilt genom svar från kunder och interna dokument, att det inte förelåg stöd för att Citrovia skulle komma göra inträde undermarknaden för fräskpressad apelsinjuice om koncentrationen ej skulle genomföras.

²⁹⁷ Mål COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012], 134§, Som visats i kap. 7 kunde parterna inte hävda ”failing firm” försvaret, men som en integrerad del i argumentationen var det lyckat att visa att BMI inte skulle överleva som fristående.

²⁹⁸ Mål COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012], 118-120§§, Exempelvis dokument som visar på allvarliga försök att hitta alternativa köpare.

²⁹⁹ Mål COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012], 123-130§§.

³⁰⁰ Mål COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012], 126§.

³⁰¹ Mål COMP/M.6447 *IAG/BMI* [2012], 492-496§§.

³⁰² COMP/M.5529 *Sun/Oracle Microsystems* [2010], 262-263§§.

7.5 Köparkraft och inköpsvanor

Som parterna i *Deutsche Börse/NYSE Euronext* ville, men misslyckades visa har kunderna, under vissa förutsättningar, förmågan att väga upp parternas styrka genom sin egna ekonomiska kraft.³⁰³ Konsumenternas möjlighet att byta butik kan innebära att små kunder har en större makt i prispförhandlingar eftersom de har mindre att förlora. Föreligger möjlighet och incitament att byta leverantör eller produkt sjunker den makt som ett ensamt företag kan utöva. Men även om parternas kunder enkelt och billigt kan byta produkt kan vissa andra omständigheter, som märkestrogenhet, motverka detta.³⁰⁴ I *Unilever* bemötte parterna en förkommande åsikt i återförsäljarnas enkätsvar, om att de måste hålla vissa produkter på hyllorna för att kunderna inte skall byta butik, med att parterna inte förstår varför konsumenterna skulle byta butik för en relativt billig sällanköpsvara,³⁰⁵ vilket innebar att parterna presenterat två argument som sade emot varandra.

Förutsatt att de huvudsakliga konkurrenterna kan möta stegringar i efterfrågan för deras produkt, så vittnar kundbeteenden med relativt frekventa leverantörsbyten och där inköp regelmässigt görs från flera leverantörer om att producenternas produkter är i relevant omfattning utbytbara och att kunderna inte är beroende av en leverantör.³⁰⁶

För att detta argument skall anses robust och bära vikt som bevisning bör dock kunderna till övervägande del utgöras av stora kunder som har kraft i sina förhandlingar.³⁰⁷ Parterna hävdar ofta motverkande köparkraft, och det kan utgöra ett robust försvar, men samtidigt kan det vara svårt att visa direkt köparkraft. Möjligen kan sammanslutningar och kooperativ tänkas ersätta denna roll, men detta är inte ett starkt argument såtillvida det inte kan stödjas av fakta, exempel på historiska beteenden.

Ett försvar som hämtar kraft i faktiska omständigheter i hur kunderna agerar på marknaden erbjuder bättre grund. En marknad där inköp från flera producenter, så

³⁰³ Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, 2004/C 31/03, 64§.

³⁰⁴ COMP/M.6214, *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 319-320, 324§§. Kommissionen nyttjade vittnesmål från Seagates ledning som lämnats till FTC i USA inom ramen för deras undersökning där ledningen under ed uppgivit att stark märkeslojalitet ej förekommer i någon större utsträckning. Bedömningen av koncentrationen riktar som nämnt in sig på att undersöka den ”verkliga” situationen. Därför kan möjlighet att byta produkt eller leverantör hindras av incitament eller märkestrogenhet. Det är dock en bedömning som måste göras *in casu*.

³⁰⁵ COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 242-243§§ jämfört med 1026-1029§§.

Notera vad som förefaller vara en logisk motsägelse i argumentationen.

³⁰⁶ Se COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer/JV*, [2011], 159-160§§, 162-163§§. Förutom konkurrenternas möjlighet att möta efterfrågan skall byte av leverantör inte innebära omfattande kostnader för kunderna. Parterna förde en lyckad argumentation kring kundernas möjlighet att antingen byta leverantör då de generellt inte var beroende av en viss leverantör för att klara verksamheten. Läs även riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, 2004/C 31/03, 26-28§§.

³⁰⁷ Se exempelvis S. Baxter, F. Dethmers, Collective dominance under EC merger control - after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance? E.C.L.R. 2006, 27(3), s.148-160, vid s. 155-156.

kallad ”multi-sourcing”, är vanligt förekommande kan klart sänka vikten av en enskild aktör.³⁰⁸ Samtidigt så påverkar denna faktor möjligheterna för företag att gå samman om följderna av en allt för hög koncentration på marknaden och stora kunder får minskad makt genom sina inköp, vilket kan vara svårt för parterna att argumentera mot.³⁰⁹ I *Western Digital/Viviti Technologies*³¹⁰ tappade parterna i sin talan då koncentrationen prövades i ljuset av godkännandet av Seagates köp av Samsungs hårddiskverksamhet och följderna av att Western Digital köp skulle minska antalet konkurrenter på flera marknader där parternas verksamheter överlappande, till två. Därigenom skulle kunderna tappa möjligheten att på billigt vis fortsätta med sin ”multi-sourcing” strategi.³¹¹

I *Unilever/Sara Lee* menade de anmälade parterna att deras märken var utsatta för ett konkurrenstryck från en stor mängd multinationella och lokala leverantörer av deodoranter och andra hudprodukter, i direkt konkurrens med det för koncentrationen mest relevanta märket. I medlemsländer med stor fragmentering kan möjligheten för små återförsäljare att uppnå motsvarande kraft som stora kunder, genom att exempelvis skapa inköparorganisationer som sköter förhandling mot leverantörerna, vara ett argument som väga emot höga marknadsandelar/dominans. Detta scenario visas troligt och relativt omedelbart.³¹²

Detta argument inte troligt att lyckas om det inte redan finns en historik av liknande beteenden, eller tydliga tecken på att sådana system håller på att bildas. Svårigen går det att acceptera att sådana inköparorganisationer kan ändra på efterfrågan på marknaden, särskilt sett till den fria rörligheten av varor.

I jämförelsen mellan *Unilever/Sara Lee*³¹³ och besluten i *Seagate/Samsung & WD/Viviti Technologies*³¹⁴ framträder vikten av att visa märkeslojaliteten som

³⁰⁸ Mål COMP/M.6214 *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 306§. A. Lindsey, A. Berridge, *The EU Merger Regulation, Substantive Issues*, fjärde uppl. 2012, kap. 7.5, s. 302-305., av kunderna har möjligheten att göra sina inköp från flera producenter kan innebära att kunderna kan ”spela ut” producenterna mot varandra och därigenom får en tillräcklig köpkraft vilken motverkar producenternas styrka. Förhållanden där ”multi-sourcing” hävdas innebära motverkande köpkraft kan även testas med ekonomiska analyser av buddata från parter och konkurrenter. Se även IV/M.1578 *Sanitec/Sphinx*, [2000] OJ L294/1, att kunderna är vana vid flera produkter kan underlätta byten mellan leverantörer.

³⁰⁹ Förhållanden där ”multi-sourcing” hävdas innebära motverkande köpkraft kan även testas med ekonomiska analyser av buddata från parter och konkurrenter. Se exempelvis Roy J. Epstein, Daniel L. Rubinfeld, *Technical Report Effects of Mergers Involving Differentiated Products*, October 7, 2004, COMP/B1/2003/07 s. 69-70, samt mål COMP/M.3216 *Oracle/PeopleSoft* [2005], OJ L218/6, 197-205§§. Vad parterna vill visa är att buddataanalysen visar att producenternas bud har en påverkan på valet av leverantör för viss produkt.

³¹⁰ Tidigare Hitachi Storage Technology.

³¹¹ Mål COMP/M.6203 *Western Digital/Viviti Technologies* IP/11/1395, 23/11/2011 (opublicerad), exempelvis skulle marknaden för 3.5 tums hårddiskar till stationära datorer utgöras endast av tre konkurrenter, Seagate och Western Digital med över 90% av marknaden. Detta hade omöjliggjort för kunderna att tillämpa sin ”multi-sourcing” strategi vilken kräver minst tre leverantörer.

³¹² Vi kan jämföra med beslutet i COMP/M.3149 *Procter & Gamble/Wella* [2003], 57§, där köparnas kund finns begränsad när det rörde välkända märken som återförsäljare ”måste” ha i butiken för att kunna konkurrera om kunderna med andra butiker.

³¹³ COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010].

³¹⁴ COMP/M.6203 *Western Digital Ireland/Viviti Technologies* [2011], (opublicerad).

låg.³¹⁵ Spekulative svar gällande framtida förhållanden accepteras generellt inte som bevisning. Parterna hänvisar även regelbundet till tidigare praxis.³¹⁶ Det står dock klart att det krävs en individuell bedömning av motverkande köpkraft i alla enskilda fall. För att analogislut av denna typ skall beaktas torde en strukturerad och logisk förklaring till varför principerna i det specifika fallet är lämpliga att generalisera presenteras.

7.6 Marknadsinträde

Om konkurrenter troligen kan antas göra inträde på marknaden, eller om de precis har gjort det, kan detta effektivt fungera som ett ”trumfkort” mot parternas möjlighet och incitament att negativt påverka konkurrensen på marknaden.³¹⁷ Kommissionen kommer att undersöka konkurrenternas syn på möjligheterna, samt den faktiska kostnad och tidsåtgång som kan förväntas i ett sådant inträde. Parterna har därför mycket att vinna på en lyckad argumentation om möjligheterna och incitamenten som finns för potentiella konkurrenter, vilka gör inträde troligt. I beslutet i *Deutsche Börse/NYSE Euronext*³¹⁸ visade undersökningen bland kunder och parternas interna dokument att parternas organisationer var organiserade i vertikala ”silos” där alla steg av derivathandeln sköttes. Vertikal integration kan tala för att marknaden är strukturerad på sådant vis att kunder har svårt att byta, eller tjäna på att inte göra det, och konkurrenter har svårt att locka kunder.³¹⁹ Parternas respektive interna syner på konkurrenters etableringsförsök kan vara centrala för att visa att parterna ej ansåg att konkurrenterna hade möjligheten att konkurrera med den sammanslagna enhetens utbud och därigenom verka prisbegränsande.³²⁰

Konsolidering av två flygbolag riskerar som vi sett skapa dominans på många marknader samtidigt då de definieras som flygplatspar, och för att minska omfattningen av eventuella åtgärder i flera beslut, exempelvis *Olympic/Aegean Airlines* och *Lufthansa/Austrian*, menade parterna att för flera av deras rutter förkommer stora möjligheter för marknadsinträde av konkurrenter på marknader där parterna annars skulle ha en dominerande ställning.³²¹ Kommissionen

³¹⁵ Se även COMP/M.6266 *Johnson&Johnson/Synthes* [2012], IP/12/386. Synthes produkter rekommenderades/användes av en välrenommerad Schweizisk kirurgledd organisation som och det visade sig att kirurger var mycket ovilliga att byta till andra tillverkare. Se exempelvis COMP/M.6439 *Agrana/RWA/JV* [2012], 110§, där bevisning och uttalanden från kunder visade att de inte var bundna till en särskild typ av äppeljuice utan kunde variera sina inköp efter pris och tillgänglighet.

³¹⁶ COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 203-204§§. Parterna hänvisade till COMP/M.3732 *Procter & Gamble/Gillette*, där kommissionen hade godtagit återförsäljarnas möjlighet att dra tillbaka tillverkarens produkter från hyllorna i sina butiker.

³¹⁷ COMP/M.5658, *Unilever/Sara Lee* [2010], 156-157§§, Parterna lyfter ett exempel från den egna sidan där Sanex gjorde inträde på deodorantmarknaden i Frankrike (under märket Monsavon) från en tidigare etablering av märket under kategorin hudvård, samt P&G: s inträde på vissa marknader med Gillette som tidigare var inriktat på rakning.

³¹⁸ COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* [2012].

³¹⁹ Se exempelvis COMP/M.6281 *Microsoft/Skype* [2011], 85-95§§, Parterna medgav att möjliga hinder kunder föreligger men eftersom marknaden är ny och växande och kunder förväntar sig tjänster som relativt enkelt kan utvecklas föreligger potentiell konkurrens som hinder och parternas incitament är således svaga.

³²⁰ COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 223, 228§§.

³²¹ COMP/M.5335, *Lufthansa/ SN Airholding* [2009] och mål COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines* [2011]. Gällande möjligheterna att göra inträde på marknader för flygtransport av passagerare finns flera faktorer som är typiska för denna typ av

undersöker de faktiska omständigheterna och undersöker tidigare inträden, genom att fråga konkurrenter, och kan begära ut information, exempelvis från Air Berlin, i enlighet med artikel 11(3) i koncentrationsförordningen då det förefaller som att kommissionen ser dessa dokument som mer tillförlitliga.³²²

7.7 Icke-horisontella effekter

Konkurrenter och andra marknadsspelare visar ofta om de ser risker för potentiell utestängning på marknaden, antingen uppströms, nedströms eller av möjligheten för konkurrenter att göra inträde på marknaden. Sammangåendet kan skapa en överlägset stor enhet på marknaden, där risken är att den nya enheten skulle ha möjlighet och incitament att utestänga konkurrenter, då de inte skulle vara beroende av andra för sin verksamhet samtidigt som konkurrenter nedströms från skulle stå utan möjlighet att svara på konkurrensinskränkande beteende.³²³

Kan anmälade part visa att kunder eller konkurrenter har tillräckliga möjligheter att antingen försvara sig mot utestängande åtgärder eller att byta ut parternas produkt så att parterna ej uppnår en *betydande grad av marknadsstyrka*,³²⁴ vilken kan komma skada konsumenter, minskar risken att koncentrationen anses innebära en överhängande risk för konkurrensskada.³²⁵ Om produkten i fråga har ett särskilt värde på marknaden, ett s.k. ”måste ha” värde, kan detta innebära att parternas möjlighet att undandra tillgång till denna värdefulla produkt innebära att en risk för konkurrensskada.³²⁶ I *HBO/Ziggo* markerade parterna dock främst att deras produkt inte utgjorde en produkt med ett ”måste ha” värde, och att de tredje parter som anmärkt inte särskilt produkten från liknande produkter. Är produkterna utbytbara förefaller risken att en produkt skall anses ha ett sådant särskilt värde.

Vertikal integration kan även användas för att visa på svaghet hos antingen sig själv eller målbolaget. *Seagate* visade lyckat med sin argumentation att Samsung inte varken utgjorde en stark marknadsspelare eller en reell konkurrent för parterna som hade en relativt hög grad av vertikal integration, i likhet med andra lyckade

koncentrationer och som följer direkt av fakten i målet, passagerarmängden på den specifika flyglinjen samt tillgängligheten av ”slots” på flygplatserna på avgångs och ankomstorten.

³²² COMP/M.5335, *Lufthansa/ SN Airholding* [2009], 163-167§§. Det är inte möjligt för oss att analysera innehållet i dessa dokument men det är fortfarande relevant att i arbetet för hög besluts kvalitet minnas att få är fria från påverkan.

³²³ COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 424, 428§§.

³²⁴ Mål COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 138§. Det krävs även en kasuell koppling mellan den förväntade vertikala effekten och koncentrationen.

³²⁵ Se exempelvis mål COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* [2012], 83,114§§.

Operativsystemet i mobiler spelade en viktig roll, samtidigt som nedströms producenter kunde byta till andra system eller utveckla egna system. Dessutom förelåg avtal som hindrade utestängande åtgärder från Google då många marknadsspelare hade licensavtal med Motorola, samt 148§ de andra viktiga spelarna på marknaden skulle möta försök att utestänga dem från tillgång till teknologi och patent troligen skulle mötas med aggressiva motåtgärder och motstämningar.

³²⁶ Mål COMP/M.6369 *HBO/Ziggo* [2011], 57-58§§, Fortsatt tillträde till vad som måste antas vara mer eller mindre likvärdigt material från andra stora Hollywood producenter, och till och med egna exklusiva avtal tyder på att konkurrenterna inte skulle lida i någon store mån av koncentrationen. Det måste noteras att det inte är klart om det är parternas argumentation som ledde till kommissionens slutsatser, dock styr parternas argumentation som bekant undersökningen i stor mån.

aktörer på marknaden. Det opublicerade beslutet i *Western Digital/Viviti Technologies* visade att vertikal integration hos båda sidor kan tyda på en stark effekt av en koncentration, i utredningen av Seagates koncentration utmålas exempelvis Hitachi som både ”price maverick”, teknologiledare och aktör med stark vertikal integration där Hitachi i kundernas ögon ansågs vara en av huvudkonkurrenterna till Seagate.³²⁷

7.7.1 Utestängning på tillgångssidan

Parterna i en koncentration kan tillhandahålla en produkt som är av kritisk vikt för exempelvis konkurrenter som befinner sig nedströms från parterna,³²⁸ vilket ofta framkommer i marknadsundersökningen.³²⁹ Detta kan exempelvis vägas upp om parternas egen tillgång kan strypas uppströms som ett resultat av utestängande beteende.³³⁰ Finns interna dokument om affärsstrategier kommer kommissionen dock att titta på dessa för att undersöka om parterna har incitament att anta utestängande åtgärder.³³¹

Håller parterna efter koncentrationen en dominant position på inom ett strategiskt område, som konkurrenter har behov av tillträde till, kan koncentrationen förefalla innebära ett hot mot konkurrensen.³³² Är det antagligt att parterna förlorar mer ekonomiskt, men även varumärkesmässigt, på ett inskränkande beteende på marknaden kan detta utgöra ett relativt starkt argument om att negativa effekter ej är att vänta i större utsträckning. Detta exemplifierades i *HBO/ZIGGO* där parterna visade genom interna dokument att det ej låg i deras intresse, rent ekonomiskt, att inskränka varken inköp från konkurrenter, eller tillgång till parternas produkter.³³³

³²⁷ Mål COMP/M.6214, *Seagate/HDD Business of Samsung* [2011], 361-367, 401, 405, 409§§. Western Digital's ledning hade i publika uttalanden benämnt Hitachi som en påtaglig priskonkurrent. Att argumentera runt sådana fynd torde vara komplicerat när liknande syn hittas i andra källor. Western Digital har överklagat Seagate beslutet.

³²⁸ Det vill säga de konkurrerar men är beroende av viss produkt från part i koncentrationen för att kunna konkurrera. Se mål COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 216-223§§ Parterna hade en databas till vilken tillgången var av hög vikt för vissa konkurrenters möjligheter att konkurrera. P

³²⁹ Se exempelvis mål COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 287-290§§. Det måste vara troligt att en viss effekt kan vara att vänta, lämpligen kommer kommissionen att titta på dessa spelare och undersöka om de har möjlighet och incitament att svara på parternas beteende.

³³⁰ Mål COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 223, 228§§.

³³¹ Se exempelvis Mål COMP/M.4726 *Thomson Corporation/Reuters Group* [2008], 151-156§§ där parterna riskerade att förlora viktiga kundsegment till konkurrenter om de slutade köpa nyheter från en konkurrent.

³³² Mål COMP/M. *IAG/BMI* [2012], 513-518§§ & 528§, På de marknader där parterna efter transaktionen skulle åtnjuta höga marknadsandelar och låga chanser för marknadsinträde förekom skulle parterna få möjlighet att hindra tillträde till anslutningsflyg för passagerare hos konkurrerande bolag. Parterna dock var i någon mån inskränkt av avtal med andra stora flygbolag som hade kunnat genomföra bestraffande åtgärder för IAG: s passagerare. Detta gäller dock bara om flygplatsen på andra ändan flyggrutten är ett nav för en större konkurrent, vilket ej räcker för att avsätta de möjliga negativa effekterna för anslutande passagerare.

³³³ *HBO/ZIGGO* om en part i JVs intresse att nå maximal spridning för sina produkter på marknaden.

7.7.1.1 Särskilt om vertikal utestänging och teknologi

Funktionen av tekniska produkter eller tjänster har potential att utgöra möjlighet för parterna i en koncentration att ta kontroll över marknaden eller undanhålla tekniska lösningar till konkurrenter.³³⁴ Exempelvis *Cisco:s* s.k. TIP-protokoll.³³⁵ Samtidigt föreligger särskilda omständigheter inom teknologiskt utestängande, då högteknologiska produkter ofta har många komponenter och licensavtal med konkurrenter kan utgöra hot om vedergällning vilket effektivt kan hindra utnyttjande av dominans inom en viss produktmarknad. Bristande möjligheter att genomföra konkurrensförsämrande åtgärder efter en koncentration är ett värdefullt argument.³³⁶ Bristande möjlighet kan innebära att parterna argumenterar att kunder eller konkurrenter relativt enkelt och billigt kan kringgå parternas eventuella åtgärder genom inköp från andra, likvärdiga alternativ.³³⁷ I *Intel/McAfee* avgjorde uttalanden av Intels VD argumentationen om parternas möjligheter att kombinera två vertikalt länkade produkter, och huruvida parternas kombination av två produkter skulle kunna utestänga konkurrenter och tvinga kunder att välja parternas lösning.³³⁸

Kunderna på marknaden kan ge värdefull insikt i den kommersiella logiken i inskränkande beteende, exempelvis om industrin kräver att gemensamma standarder används.³³⁹ I *Cisco/Tandberg* var tidigare beteende från parterna en viktig insikt, särskilt i de centrala frågor som parternas möjlighet och incitament att verka inskränkande mot konkurrenter eller kunder.³⁴⁰ Om koncentrationen skulle

³³⁴ Exempelvis mål COMP/M. *Goodrich Corp/ United Technologies* [2012], IP 12/858 (ej publicerad), Om parterna har en allt för höga marknadsandelar och samtidigt är varandras närmaste konkurrenter kan de ha både möjlighet och incitament att utestänga vissa motortillverkare som beror på en av parterna för vissa komponenter.

³³⁵ Mål COMP/M.5669, *Cisco/Tandberg* [2010], Cisco: s protokoll, TIP, undanhölls från konkurrenterna vilka använde mer öppet tillgängliga standarder och protokoll. Generellt visade marknadsundersökningen att förmågan för ett system att fungera ihop med andra system och tjänster är av stor vikt och en central förmåga för konsumenter På så vis skulle Cisco efter koncentrationen kunna hindra konkurrenternas möjlighet att expandera fritt.

³³⁶ COMP/M.6314 *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV* [2012], 272-293§§, Parterna för ett utvecklat resonemang kring deras faktiska och teoretiska möjligheter att utestänga andra företag från att använda den alternative säkra lagringen på mobiltelefonen. Även fast de skulle ha den tekniska möjligheten att blockera trafik från applikationen skulle denna teknik ej vara effektiv och leda till problem för deras kunder.

³³⁷ COMP/M.6314 *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV* [2012], Parternas huvudsakliga konkurrent ansåg att risk för att parterna skulle kunna påverka vissa tillverkare att tillverka individualiserade lösningar som gav företräde till deras applikation, vilket hade skett i USA. Detta förutsatte att enkel tillgång till alternativa sätt att köpa en icke modifierad modell av telefonen ej var trolig, vilket ej var fallet på den relevanta marknaden. Dessutom måste en tillräcklig andel av telefontillverkarna vara villiga och ha möjlighet att ge vika för påtryckningar.

³³⁸ COMP/M.5984 *Intel/McAfee* [2011], 197§, kommissionen använde uttalanden från Intels VD från en presskonferens samt från en senior medarbetare vid ett senare publikt framträdande som bevisning för att parterna kommer ha den tekniska möjligheten att knyta McAfee: s produkter till sina egna dominanta produkter.

³³⁹ COMP/M.5669, *Cisco/Tandberg* [2010], 71§. Kunderna föreföll skeptiska mot eventuella försök från den sammanslagna enheten att minska deras produkters funktionalitet tillsammans med produkter från andra leverantörer. Detta skulle enligt uttalanden i kundundersökningen negativt påverka synen på Cisco.

³⁴⁰ Jämför med mål COMP/M.5675 *Syngenta/Monsato's Sunflower Seed Business* [2010], 141-144, 149§§ samt 160-209§§. Efter koncentrationen skulle Syngenta ha så omfattande rättigheter till genmodifierade frön att en markerad risk att de skulle upphöra att licensiera

kunna utestänga sina konkurrenter från möjligheten att på acceptabla termer kunna erbjuda kunder produkter som fungerar tillsammans med parternas produkt,³⁴¹ eller i utestängas från tillträde eller de nyaste varianterna av parternas produkt vilken behövs för att lyckas på marknaden talar detta emot förenligheten med en effektiv konkurrens. Påvisar parterna ekonomiska motiv mot inskränkande beteende är detta ett tydligt tecken på bristande incitament.³⁴² Ekonomiska analyser och marknadsundersökningen, kanske särskilt kundernas svar, är viktiga i bevisningen till stöd för bristande incitament som förhinder för parterna.

Bristande lönsamhet för parterna att vida åtgärder som potentiellt kan skada konkurrensen tyder på att incitamenten saknas att genomdriva skadliga åtgärder. I *Google/Motorola Mobility* visade parterna i siffror och intern dokumentation att valet att inte inskränka tillträdet till ett operativsystem var långt mer lönsamt än att göra det.³⁴³ Särskilda patent som är essentiella för många tillverkare på marknaden kan även visa sig relevanta för marknadsstyrkan.

Anmälade parter kan i vissa fall argumentera förtjänstfullt för att det del inte ligger i deras intresse att exponera sina produkter, exempelvis sitt operativsystem, för potentiella motåtgärder från konkurrenter. Patent kan utgöra ett tveeggat vapen,³⁴⁴ och även om man innehar en ansenlig mängd ”måste ha” produkter löper den som svingar svärdet risken av att träffas av den andra sidan som exempelvis kan utgöras av stämningar för avtalsbrott, undersökningar om marknadsmissbruk, och förluster sett till framtida samarbete och patentlicensieringsavtal.³⁴⁵ Det är en komplicerad fråga som förtjänar att beaktas vid prövning av koncentrationer där en eller båda företag innehar patent och teknologier som kan utnyttjas mot konkurrenter.

7.7.2 Licensiering och vertikal problematik

På marknader där licensiering och korslicenser av produkter förekommer i hög utsträckning kan en stark position inom denna sektor innebära marknadsstyrka, samtidigt som beroendeförhållanden mellan marknadsspelare i olika form kan föreligga. I *Syngenta/Monsanto* visade marknadsundersökningen exempelvis att

ut frön till andra marknadsspelare förelåg, vilket störde inträdesmöjligheter och konkurrensförmågan hos existerande konkurrenter.

³⁴¹ Mål COMP/M.5669, *Cisco/Tandberg* [2010], 155-156§§, Konkurrenterna ville ha utökad tillgång till, bland annat, ytterligare protokoll, samt ett mer reciprokt erbjudande om uppdateringar av protokollen, samt tillträde till nödvändiga tekniska dokument.

³⁴² Att ett beteende kan komma skada kundernas förtroende och därmed få dem att byta operatör kan är ekonomiskt osunt och talar emot att incitament för utestängande beteende är troligt. Exempelvis bekräftades detta av en myndighet i Storbritannien, att sådan blockering av datatrafik troligen skulle skada användningen av mobila bankapplikationer.

³⁴³ COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* [2012], 86-88. Google har små intäkter från operativsystemet Android jämfört med den övriga verksamheten, och respondenter i marknadsundersökningen antydde att Motorola är en liten spelare inom smarta mobiltelefoner där andra, större tillverkare utgör en stor andel av antalet Android telefoner och av Google: s inkomster från mobil reklam.

³⁴⁴ COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* [2012], 114§. Det kan även tilläggas att även om anmälan där parterna gjorde sina utfästelser skulle vara oförbindande skulle Googles uttalanden och utfästelser däruti skada dem vid eventuella framtida argumentation i domstol eller inför konkurrensmyndighet, vilket kommissionen även noterar [135§].

³⁴⁵ COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* [2012], 118, 129-130§§.

parterna inte redovisat licensieringen av gemensamma hybrider³⁴⁶ som del av verksamheten korrekt, då konkurrenternas inlagor visade att licensieringsvinsterna ligger konstant mellan 15-25 % inom EU.³⁴⁷ Kommissionen ställer sig även som tidigare relativt kallsinnig till att godta referenser till äldre kommissionsbeslut, utan gör individuella bedömningar av omständigheterna, men accepterade trots allt en referens vid undersökningen av kommersialiseringen av solrosfrön.³⁴⁸

Som nämnt kan historiska data från tidigare konsolideringar på marknaden utgöra värdefull bevisning för om koncentrationer lett till att mängden genetiskt material som finns tillgängligt på marknaden minskat.

I *Syngenta/Monsanto* visades tyngden av bevis för historiska beteenden. De pekade på att ju större ett bioteknikföretag är, desto lägre är dess drivkraft för att handla i genetiska variationer då bolagets egna bestånd av ”germsplasm” är tillräckligt brett för att det skall kunna underhålla sitt egna behov av korsningar.³⁴⁹ Historiska beteenden gällande andra än parterna borde dock inte kunna tillämpas *ex analogia*, i likhet med tidigare kommissionsbeslut, utan vidare prövning av lämplighet. I annat fall bör bevisvärdet motsvara stödbevisning i frågan.

Är licenser, korslicenser, eller avtal mellan parterna och andra marknadsspelare vanligt förekommande, kan detta utgöra ett viktigt argument för att parternas beteende kommer vara effektivt återhållet av möjligheten för konkurrenter att genomföra motåtgärder, vilka kan skada parternas verksamhet. Avtal och juridiska hinder utgör starka hinder särskilt mot parternas incitament att begränsa tillgång till sina innovationsprodukter.³⁵⁰

Som visades i *Google/Motorola Mobility* kan kommissionen beakta alla omständigheter som kan visa sig relevanta för parternas möjligheter och incitament att utestänga konkurrenter, eller försämra deras möjligheter att konkurrera, även om informationen utgörs av ett oförbindande löfte i koncentrationsanmälan att ej göra så. Sådana uttalanden kan beaktas i senare juridiska processer och motstämningar. Visar parterna att de riskerar motåtgärder från konkurrenter, eller i förekommande fall myndigheter, kan detta faktum, beroende på huruvida potentiella motåtgärder är substantiella nog att ekonomiskt eller praktiskt hindra

³⁴⁶ ”Co-hybrids” skapas genom att företag licensierar ut gener från till konkurrenter som kan korsa dem med sina produkter och sålunda relativt enkelt utveckla nya, förbättrade produkter.

³⁴⁷ COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010], 87-88§§, samt tabell 3. Av affärshemlighets skäl redovisas endast ett ungefärligt procenttal. Det ekonomiska värdet av handeln med licenser var visades i marknadsundersökningen vara högt för parter och andra marknadsspelare och var därför att anse som en separat marknad.

³⁴⁸ COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010], 84§. Se även exempelvis COMP/M.5658 *Unilever/Sara Lee* där parternas referenser inte var tillräckliga och att de valde för parterna relevanta delar ur beslutet. Rent generellt anser sig kommissionen inte helt bunden äldre beslut, och vill inte se marknadsundersökningen inskränkt om inte god skäl finns.

³⁴⁹ COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business* [2010], 189-190§§, 195,197-202§§. Konkurrenter hade pekat på att det skulle bli svårare att handla med genetiska variationer efter koncentrationens genomförande då Syngenta främst har ekonomiska skäl att sluta licensiera ut genetiskt material till andra, mindre bolag.

³⁵⁰ Vissa typer av patent är av sådan typ att myndigheterna kan tänkas ingripa, exempelvis på grund av missbruk av dominerande ställning.

parternas beteende, innebära att koncentrationens möjligheter att påverka marknaden sänks.³⁵¹

7.8 Sammanfattande slutsatser

En effekt av införandet av SIEC testet var att differentiera bilden av koncentrationen, och vilka relevanta effekter den kan få för den effektiva konkurrensen, vilket öppnade dörren för en mer differentierad argumentation om koncentrationens definition och effekter.

Går det då att dra några slutsatser av presenterad beslutspraxis? Det är svårt att ge ett enkelt svar. I ett stort antal beslut förefaller dominans, på en specifik marknad, fortfarande utgöra en central fråga i undersökningen av möjliga hinder mot effektiv konkurrens. I undersökningarna³⁵² bland praktiker, som genomfördes för denna uppsats, framkom en splittrad bild av vikten olika bevisfakta och bevisning, kan ha i bedömningen. Detta ligger i viss mån i linje med fynden i analysen, och det är svårt och kanske olämpligt att påstå att viss bevisning väger tyngre än annan för att stödja eller motbevisa att ett visst faktum föreligger.

Dominans, genom marknadsandelar, eller produkternas karaktär, har i många av de undersökta besluten fortsatt framstått som en av de viktigaste omständigheterna att undersöka i koncentrationen. Där det är tillämpligt är framträder även mönstret av en växande vikt av den kontrafaktiska analysen, vilken erbjuder ett tydligt ramverk för undersökningen och för argumentation. Parternas möjligheter att utestänga konkurrenter från tillträde till kunder eller leverantörer, genom vertikala eller koordinerade åtgärder, har även framträtt som en viktig faktor i många beslut.

Dessa möjligheter framstår som särskilt viktiga i argumentationen när innovation eller tekniska lösningar utgjort en viktig faktor på den relevanta marknaden.³⁵³ Innovation som del i marknadsstyrka relaterar självklart till storleken på företaget, eller spridningen av dess teknologi. För att vända på resonemanget så kan ett företag med mindre marknadsandelar anses ha en betydligt större styrka, eller betydelse, på marknaden om det är en stark innovatör än vad det annars hade varit. Därigenom har innovation, på allt mer teknikintensiva och snabbt skiftande marknader, visat sig vara viktigt för bedömningen av om en koncentration kan komma skada marknaden eller ej. Det är även författarens syn att innovation kan komma att få en än mer central roll i framtida prövningar.

Ekonomisk bevisning av olika typer har presenterats i uppsatsen, och har ofta använts, där tillämpligt av kommissionen och de anmälade parterna. Som visats har kommissionen och diverse kommissionärer över tid markerat den ökade vikten av mätbarhet och därmed ekonomiska mätningar. Det framstår dock som relativt klart att i dagsläget så utgör ekonomiska mätningar och simulationer främst

³⁵¹ Se exempelvis COMP/M.6381 *Google/Motorola Mobility* [2012], 117-160§§, intressant nog tog kommissionen fasta på parternas löfte att inte bryta mot eller ändra FRAND avtalet om licenser till andra tillverkare samt faktumet att vissa av licenserna var av en sådan karaktär att missbruk troligen hade lett till åtgärder från nationella myndigheter eller kommissionen.

³⁵² Resultatet av enkätundersökning och intervjuer var inte tillräckligt

³⁵³ Samtidigt kan dessa marknader vara invecklade med avtal och beroendeförhållanden i flera nivåer som behöver beaktas.

understödjande bevisning, som inte på egen hand har ett tillräckligt högt värde för att leda till att en koncentration godkänns eller förbjuds.

Trots att de bevisfakta och bevis typer som presenterats i ovan tycks peka på att viss bevisning och vissa faktum kan ha större tyngd i bedömningen än andra, framgår även att kommissionen i sin bedömning beaktar alla relevanta omständigheter och de kan variera stort från fall till fall.

Även i frågan om det existerar en inofficiell hierarki mellan bevis typer har det visat sig svårt, eller olämpligt, att svara i definitiva termer. Generellt förefaller dock, utöver den initiala informationen, undersökningen av synpunkter och information från kunder, samt andra marknadsaktörer, väga tungt i analysen.³⁵⁴ I andra hand kan interna dokument från innan anmälan väga tungt i bedömningen, särskilt om dessa visar på historiska beteenden. Trots det nya ”ekonomiska perspektivet” inom koncentrationskontrollen, och frekvent användning av modelleringar & analyser, intar dessa bevis typer en underordnad ställning till information från tredje parter och intern information från parterna.³⁵⁵

Exakt vilken information och bevisning som väger tyngst bör bedömas *in casu*, då tillgänglighet och pålitlighet inte kan antas vara likvärdiga i alla koncentrationer, och kvalitet och rättssäkerhet är uttalade mål för kommissionen, och nödvändiga för att inte inskränka de grundläggande rättigheterna och målen för den interna marknadens ambitioner.

³⁵⁴ Marknadsundersökningen utgör som konstaterats i kap. 3-4 det primära verktyget för att undersöka parternas argument.

³⁵⁵ ”Interna dokument” är dock ett brett begrepp och kan ha ett varierande värde, alternativt utgöra en ”joker i leken” där användningen omkullkastar annars en trolig bevisning.

Käll- och litteraturförteckning

Förordningar och officiellt tryck

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (Konsoliderad version), (FEUF), samt Protokoll om den inre marknaden och konkurrens.

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ("EG:s koncentrationsförordning"), EUT nr L 024, 29/01/2004 s. 0001 – 0022.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (procedurreglerna).

Tilläggsprotokoll till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna [EKMR], Rom, 4.XI.1950, Skyddet för rätten att äga egendom.

“Best practices” & generella guider

IP/02/1856, Brussels, Dec. 11 2002, Commission adopts comprehensive reform of EU merger control.

DG Best Practices on the Conduct of EC Merger Control Proceedings:
DG Competition Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper.

International Competition Network, ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review, av juni 2005.

Tillgänglig på:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc322.pdf>
(hämtad 17.04.2013).

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EUT nr C 372, 09/12/1997, s. 0005 – 0013.

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

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

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

Meddelande enligt artikel 3.2 i kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 [1] om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (2006/C 251/02), Europeiska unionens officiella tidning nr C 251, 17/10/2006 s. 0002 – 0003.

Artiklar³⁵⁶

Auricchio V. Pera, A. Consumer Welfare, Standard of Proof and the Objectives of Competition Policy, 1 Eur. Competition J. 153 2005.

Baccaro, Vincenzo. The Thomson/Reuters merger investigation: a search for the relevant markets in the world of financial data, EC CPN 2008 No. 2, s. 61-67.

Bailey, David, The Standard of Proof in EC Merger Proceedings: a Common Law Perspective, Common Market Review 40, 2003, 2003 Kluwer Law International, s. 845-846.

Baxter S. Dethmers F. Collective dominance under EC merger control - after Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance? E.C.L.R. 2006, 27(3), s.148-160, vid s. 155-156.

Botteman, Yves, Standard of Proof & Expert Economic Evidence, 2 J. Comp. L. & Econ. 71 2006.

Carstensen, P. ”Buyer Power and Merger Analysis – The Need for Different Metrics”.

Tillgängligt på:

<http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040217carstensen.pdf>, (hämtat 04-25-2013).

Fridolfsson, Sven-Olof & Stennek, Johan, ”Industry Concentration and Welfare: On the Use of Stock Market Evidence from Horizontal Mergers”, *Economica* (2010) 77, 734–750.

Kühn, Kai-Uwe Albaek, Svend de la Mano, Miguel, Economics at DG Competition 2010–2011, 22 november 2011, review of Industrial Organization, December 2011, Vol. 39, Issue 4, Springer, U.S. s. 317.

Nevens, Damien, Röller, Lars-Hendrick, Discrepancies between markets and regulators: An analysis of the first ten years of EU merger control, The Pros and Cons of Merger Control [2002], Konkurrensverket, Göteborg 2002, kap. 2, s. 19. Tillgänglig på:

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_proscons_mergercontrol.pdf (hämtad 2013-04-03).

Hurley, Stephen, The Use of Surveys in Merger and Competition Analysis, *Journal of Competition Law & Economics*, 7(1), 45–68.

Peczenik, Alexander, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005 s.249.

Prete, Luca, Nucara, Alessandro, Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases: everything clear after Tetra Laval? *European Competition Law Review* [2005], E.C.L.R. 2005, 26(12), s. 692, 697.

³⁵⁶ Presenteras i alfabetisk ordning enl. efternamn.

Peters, Craig, ”Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry”, Economic analysis group discussion paper, EAG 03-1, januari 2003.

Tillgänglig på: <http://www.wcas.northwestern.edu/csio/Papers/2003/CSIO-WP-0033.pdf>, (hämtad 08-04-2013).

Rubinfeld, Daniel L. Epstein, Roy J. Technical Report – Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, kap. 1, s. 23-24.

Tillgänglig på:

http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/effects_mergers_involving_differentiated_products.pdf, (hämtad 08-04-2013).

Scheffman D. Coleman M. FTC Perspectives on the Use of Econometric Analyses in Antitrust Cases (Draft paper), Kap. II. Tillgänglig på:

<http://www.ftc.gov/be/otherdocuments/ftcperspectivesoneconometrics.pdf>. senast (hämtad 08-04-2013).

Szilágyi, Pal, The ECJ has spoken: where do we stand with standard of proof in merger control? E.C.L.R. 2008, 29(12), 726-728.

Vesterdorf, Bo, The Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the light of recent case law of the Community Courts, 1 Eur. Competition J. 3 2005.

Tal³⁵⁷

Gregory J. Werden, Merger Simulation Disciplined by Daubert. Tillgängligt på: <http://www.ftc.gov/speeches/other/040129werden.pdf>, (hämtat 05.05.2013).

Italianer, Alexander, tal ”Quantity’ and ’quality’ in economic assessments” tal på Charles Rives Associates årliga konferens från 7 december 2011, Bryssel, s. 3, Tillgängligt på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_15_en.pdf, (hämtat 05-05-2013).

Lowri Evans, tal vid International League of Competition Law Congress 2008, i Hamburg, (tillgängligt på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2008_06_en.pdf, (hämtat 2013-04-04).

Mario Monti, tal på Merchant Taylor’s Hall i London, 9:e juli 2001, referens: SPEECH/01/340, tillgängligt på http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-340_en.htm, (hämtat 2013-04-03 14:42).

Mario Monti, ”Market Definition as a cornerstone of EU competition policy”, Speech/01/439, 05.10.2001, tillgänglig på: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-439_en.htm?locale=sv, (hämtat 05.05.2013).

Böcker³⁵⁸

³⁵⁷ I alfabetisk ordning, enl. författares efternamn.

³⁵⁸ I alfabetisk ordning, enl. författares efternamn.

Bael, Ivo van, Due Process in EU Competition Proceedings, 2011 Kluwer Law International, Bedfordshire UK (2011), kap. 5, s. 129-131

Furse, Mark, Competition law of the EC and UK, 6. Uppl. Oxford University Press 2008. Oxford. UK. kap.18, s. 373-374.

Hildebrand, Doris, The Role of Economic Analysis in the E C Competition Rules, 3: e uppl. 2009, Kluwer Law International: International Competition Law Series, Vol. 39. Alphen aan den Rijn. The Netherlands. Sidorna. 377-416, 467-468.

Lindsey, Alistair, Berridge, Alison, The EU Merger Regulation: Substantive Issues, Sweet & Maxwell (2012). London. UK. Kap. 1.2 s. 1-13. Kap. 1.4-1.5, s. 25-34. Kap. 2.5 s. 64-71. Kap. 3.3, s. 115-118. Kap. 4 s. 231, 234-335. Kap. 6.3, s. 265-266.

Malek, H. Auburn, J. Bagshaw, R. (red.) i Phipson on Evidence, 16: e uppl. 2005. Sweet & Maxwell (2005). London. UK. Kap. 6-01 till 6-03, s. 125-126, kap. 7-17: s.166.

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 2:a uppl. (2007), Norstedts Juridik, Stockholm.

Rosenthal, M. Thomas, S. European Merger Control (2010). Verlag C.H. Beck. München. Germany, 2010. S. 86-88.

Whinston, Michael D. Kap. 36: Antitrust Policy toward Horizontal Mergers, i Armstrong & Porter (red.), *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier (2007), vol. 3, s. 2369-2440, North-Holland, 2007. s. 2416. (Nedladdad via Lunds Universitet från: [http://dx.doi.org/10.1016/S1573-448X\(06\)03036-6](http://dx.doi.org/10.1016/S1573-448X(06)03036-6), hämtad 05.05.2013).

Rättsfallsförteckning

Kommissionsbeslut³⁵⁹

Agrana/RWA/JV (COMP/M.6439), Brussels, 4.4.2012 C(2012)2405 final.
Air France/KLM (COMP/M-3280), Brussels, 11.022004 SG-Greffe(2004) D/200549.
Alcoa/Reynolds (COMP/M.1693 av 03/05/2000, delgivet med nr K(2000) 1176, OJ L58/25.
Areva/Urenco/ETC JV (COMP/M.3099), Brussels, 06.10.2004 C(2004) 3676 final.
Caterpillar/MWM (COMP/M.6106), Brussels, 19.10.2011 C(2011) 7434 final.
Cisco/Tandberg (COMP/M.5669), Brussels, 29.3.2010 SG-Greffe (2010) D/ 4502 C(2010) 2217.
Deutsche Börse/NYSE Euronext (COMP/M.6166), Brussels, 1.2.2012, C(2012) 440 final, (överklagat i mål T-175/12 *Deutsche Börse mot kommissionen*).
DS Smith/SCA (COMP/M.6512), Brussels, 25.5.2012 C(2012) 3542 final.
GE/Instrumentarium mot kommissionen (COMP/M.3083), Brussels, 02.09.2003 C(2003) 3156 final.
Gencor/Lonrho (IV/M.619) (97/26/EC) OJ L 011 , 14/01/1997 P. 0030 – 0072.
Goodrich Corp/ United Technologies (COMP/M.6410), av 20.02.2012, IP 12/858 (opublicerad).
Google/Motorola Mobility (COMP/M.6381), Brussels 13/02/2012 C(2012) 1068.
Google/DoubleClick (COMP/M.4731), Brussels, 11/03/2008 C(2008) 927 final.
GE Energy/Converteam (COMP/M.6222), Brussels, 25.7.2011 C(2011)5467 final.
HBO Netherlands/Ziggo (COMP/M.6369), Brussels, 21/12/2011, C(2011)10049.
Hutchinson 3G Austria/Orange Austria (COMP/M.6497), beslut av 12 december 2012, IP/12/1361 (opublicerad).
IAG/BMI (COMP/M.6447), Brussels, 30.03.2012, C(2012) 2320.
Intel/McAfee (COMP/M.5984), Brussels, 26.1.2011 SG-Greffe (2011) D/1407 C(2011) 529 final.
Johnson&Johnson/Synthes (COMP/M.6266), IP/12/386, (opublicerad).
Koninklijke Philips/Indal Group (COMP/M.6357), Brussels, 23/11/2011 C(2011) 8789 final.
Lufthansa/ SN Airholding (COMP/M.5335), Brussels, 22/06/2009, C(2009) 4608 final.
Lufthansa/ Austrian Airlines (COMP/M.5440), av 28/8/2009.
Microsoft/Yahoo Search Business (COMP/M.5727), Brussels, 18/02/2010, SG-Greffe(2010)D1118 C(2010) 1077.
Microsoft (COMP/C-3/37.792), Kommissionens beslut relaterat till undersökning under art. 82 EC (102 TFEU) av 24.03.2004. Brussels 21.4.2004 C(2004)900 final.
Olympic/Aegean Airlines (COMP/M.5830), Brussels, 26/01/2011 C(2011) 316 final.

³⁵⁹ Alfabetisk ordning.

Oracle/Sun Microsystems (COMP/M.5529), Brussels, 21.01.2010 C(2010) 142 final (överklagat i T-292/10 *Monty Program mot kommissionen*).

Procter & Gamble/Wella (COMP/M.3149), Brussels, 30.07.2003 SG (2003) D/231120.

Procter & Gamble/Gillette (COMP/M.3732), Brussels, 15/07/2005 SG-Greffe(2005) D/203682.

Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439), Brussels, 27/06/2007, C(2007) 3104.

Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM (IV/M.1813), [1997] OJ L 247, 10/09/1997 P. 0001 – 0046.

Seagate/HDD Business of Samsung (COMP/M.6214), Brussels, 19.10.2011, C(2011) 7592 final.

StatoilHydro/ConocoPhillips (COMP/M.4919), Brussels, 21/10/2008 C(2008) 6125 final.

Saint-Gobain/BPB (COMP/M-3943), Brussels, 09/11/2005 SG-Greffe(2005) D/206066.

Syngenta / Monsanto's Sunflower Seed Business (COMP/M.5675), Brussels, 17/11/2010, C(2010) 7929 final.

Thomson Corporation/Reuters Group (COMP/M.4726), Brussels, 19/02/2008 C (2008) 654 final.

Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV (COMP/M.6314), Brussels 4.9.2012 C(2012)6063 final.

Unilever/Sara Lee (COMP/M.5658), Brussels, 17.11.2010 C(2010) 7934 final.

UPM/Mylykoski and Rhein Papier (COMP/M.6101), Brussels, 13/07/2011, C(2011) 4997.

Votorantim/Fischer/JV (COMP/M.5907), Brussels, 4.5.2011, C(2011) 3024 final.

Western Digital/Viviti Technologies (COMP/M.6203), Brussels, 23 november 2011, IP/11/1395 (opublicerad).

Domar³⁶⁰

Airtours plc mot Europeiska gemenskapernas kommission (T-342/99), E.C.R. 2002 II-2585.

Akzo Nobel Chemicals Ltd och Akros Chemicals Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission (förenade målen, T-125/03 och T-253/03), E.C.R. 2007 II-03523.

BaByliss SA mot Europeiska gemenskapernas kommission (T-114/02) E.C.R. 2003 II-1297.

Bertelsmann & Sony Corporation of America mot Impala (C-413/06P), E.C.R. 2008 s. II-4951.

EDP mot kommissionen (T-87/05), E.C.R. 2005 s. II-3745.

EasyJet mot kommissionen (T-177/04), E.C.R. 2006 s. II-1931.

Frankrike m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission (förenade målen C-68/94 och C-30/95), E.C.R. 1998 I-1375, (*Kali & Saltz*).

Gencor mot Kommissionen (T-102/96), ECR 1999 s. II-753.

³⁶⁰ Alfabetisk ordning.

Petrolessence SA mot kommissionen (T-342/00), E.C.R. 2003 s. II-01161
RJB Mining mot kommissionen (T-156/98), E.C.R. 2001 II-00337.
Ryanair Holdings plc mot Europeiska kommissionen samt Aer Lingus och Irland, (T-342-07), E.C.R. 2010 II-03457.
Schneider Electric – Europeiska gemenskapernas kommission mot Schneider Electric SA (C-440/07 P), E.C.R. 2009 I-06413.
Sun Chemical m.fl. mot kommissionen (T-282/06), E.C.R. 2007 II-2149.
Dom i *General Electric Company mot kommissionen* (T-210/01), E.C.R. 2005 II-5575.
Tetra Laval mot Europeiska gemenskapernas kommission (T-5/02), E.C.R. 2002 II-4381.