

**EKONOMI  
HÖGSKOLAN**  
Lunds universitet

Institutionen för Handelsrätt  
HARK10 Kandidatkurs i internationell affärsjuridik  
Kandidatuppsats

HT 2008

# **Missbruk på en angränsande marknad**

– om en utvidgad tillämpning av artikel 82

## Sammanfattning

Räckvidden av artikel 82 i EG-fördraget framgår inte tydligt av fördragstexten och en förståelse för dess tillämpningsområde kräver en undersökning av rättspraxis. Uppsatsens syfte är att klargöra tillämpningen av artikel 82 på marknader där ingen dominerande ställning existerar.

Förstainstansrättens och EG-domstolens benägenhet att utvidga tillämpningen av artikel 82 har varit sparsam, vilket framgår av antalet fall rörande angränsande marknader. Det senaste målet var T-201/04, *Microsoft v Commission*, där Förstainstansrätten kunde ha utvecklat Kommissionens resonemang, som för övrigt var mycket djupgående, men nöjde sig med att bekräfta dess beslut. Även i den rättsvetenskapliga litteraturen är behandlingen av området tämligen begränsad, och bunden till målet C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission*. En närmare undersökning är därför av intresse.

Genom granskning av rättspraxis och med stöd av doktrin har förutsättningarna för tillämpning av artikel 82 på en angränsande marknad analyserats. Det man kan utröna från praxis är att en utvidgad tillämpning alltid förutsätter ett samband mellan två marknader, och att detta samband är starkare i de situationer då både missbruk och dess effekt återfinns på samma marknad. Analysen visar även att den vanligt förekommande uppfattningen att en utvidgad tillämpning av artikel 82 kräver förekomsten av en hävstångseffekt mellan två marknader, inte har stöd i praxis.

Nyckelord: Artikel 82, Angränsande marknad, Konkurrens, Associative links, Hävstångseffekt

## Abstract

The scope of article 82 of the EC Treaty is not really explained in the Treaty itself and an understanding of its application requires an examination of the relevant case law. The purpose of this essay is to clarify the application of article 82 on markets where no dominant position exists.

The inclination of The Court of First Instance and the European Court of Justice to widen the use of article 82 has been rare, which is evident by the low number of cases concerning neighbouring markets that have reached the Courts. The latest case was T-201/04, *Microsoft v Commission*, where the Court of First Instance could have expanded on the Commissions reasoning, which incidentally was very comprehensive, but was content with confirming the decision. The doctrine regarding this matter has been relatively limited and most often only confined to case C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission*. Further studies of this matter is therefore of interest.

The conditions of applying article 82 on neighbouring markets has been analysed by examining case law and backed up by doctrine. Case law reveals that a wider application always presupposes a link between two markets and in situations where both abuse and its effect are found on the same market, this link is stronger. The analysis also shatters the common belief that a wider application of article 82 requires the findings of leveraging, which has no basis in the case law.

Keywords: Article 82, Neighbouring market, Competition, Associative links, Leveraging

# Innehållsförteckning

<b>1. INLEDNING.....</b>	<b>6</b>
1.1 BAKGRUND .....	6
1.2 SYFTE & PROBLEMFORMULERING .....	7
1.3 AVGRÄNSNING .....	7
1.4 DISPOSITION.....	8
1.5 METOD OCH MATERIAL .....	8
<b>2. MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING .....</b>	<b>10</b>
2.1 DOMINANS .....	10
2.2 MISSBRUK .....	12
2.3 KAUSALITET.....	13
2.4 ANGRÄNSANDE MARKNAD .....	14
<b>3. RÄTTSPRAXIS .....</b>	<b>17</b>
3.1 BRITISH GYPSUM.....	17
3.2 TETRA PAK II .....	18
3.3 MICROSOFT .....	21
<b>4. ANALYS .....</b>	<b>25</b>
4.1 GEMENSAMMA KRITERIER.....	26
4.2 MARKNADSBEDÖMNING.....	28
4.3 EN MÖJLIG UTVIDGNING AV BEGREPPET .....	29
4.4 HÄVSTÄNGEFFEKTENS BETYDELSE .....	31
<b>5. SLUTSATS .....</b>	<b>34</b>
<b>6. KÄLLFÖRTECKING .....</b>	<b>36</b>

# Förkortningar

EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
GA	Generaladvokat
OEM	Original Equipment Manufacturer
PC	Personal Computer
RGM	Relevant Geographic Market
RPM	Relevant Product Market
SSNIP	Small but Significant Non-transitory Increase in Price

# 1. Inledning

## 1.1 Bakgrund

För att bättre förstå uppsatsens utgångsläge ges här en kort förklaring av ämnesområdet och varför en undersökning av området är av intresse.

Vanligtvis handlar artikel 82 i EG-fördraget (som behandlar missbruk av dominerande ställning) om att definiera en relevant marknad för att sedan fastställa existensen av dominans och missbruk på denna marknad. Utgångspunkten för denna uppsats är dock att missbruk och dominans befinner sig på två olika marknader, en situation som förändrar förutsättningarna för tillämpningen av artikel 82.

Området är dessutom relativt outforskat, både i doktrin och i rättspraxis, och det finns inte ens ett etablerat uttryck för denna företeelse. Även om missbruk på en angränsande marknad ”omfattas” av artikel 82, är det inte direkt reglerat i EG-fördraget, utan är något som har utvecklats i rättspraxis.

Ämnet är aktuellt i och med Microsoft-målet<sup>1</sup>, men trots att fall som rör angränsande marknader är ovanliga, hamnar den delen av avgörandet sällan i fokus. En undersökning av området kan ge en bättre uppfattning om hur den utvidgade tillämpningen av artikel 82 kommer att regleras i fortsättningen.

---

<sup>1</sup> T-201/04 *Microsoft v Commission*.

## 1.2 Syfte & Problemformulering

Syftet med uppsatsen är att undersöka tillämpningen av artikel 82 på angränsande marknader och utreda de förutsättningar som gör en sådan utvidgad tillämpning aktuell.

Uppsatsen ska visa hur praxis på området ser ut och svara på hur artikel 82 förhåller sig till situationer rörande angränsande marknader i förhoppning om att ge en förståelse för dess räckvidd. Kan man utläsa en konsekvent linje i rättspraxis? Existerar det gemensamma bedömningsgrunder och vilken innebörd och betydelse har de i sådana fall?

## 1.3 Avgränsning

Min utgångspunkt är Kommissionens, Förstainstansrättens och EG-domstolens tillämpning av artikel 82 i EG-fördraget. Nationell rätt kommer därför inte att undersökas.<sup>2</sup> Anledningen till att jag håller mig till EG-nivån är att det fram till nyligen inte varit möjligt för de nationella domstolarna att direkt tillämpa artikel 82. Dessutom är det främst Förstainstansrätten och EG-domstolen som tolkar EG-fördraget. De beslut och riktlinjer som Kommissionen avger är också av stor betydelse för konkurrensrättens utveckling inom EU, trots att den inte är en domstol. De mål som hamnar i nationella domstolar är oftast av mindre betydelse och omfattning. De driver heller inte tolkningen av artikel 82 på samma sätt som instanserna på EG-nivå.

I förhållande till artikel 82 handlar det, som tidigare nämnts, om missbruk av dominerande ställning på en angränsande marknad. Med det menas mer specifikt fall där missbruk förekommer på en annan marknad än den på vilken företaget har en domine-

---

<sup>2</sup> Ett franskt konkurrensrådsavgörande tas upp i analysen, men är inte föremål för en undersökning.

rande ställning. Det är inte mitt syfte att behandla situationer som faller utanför denna definition. Rättsfallen jag valt att inkludera i uppsatsen är de enda med relevans för min undersökning.

## 1.4 Disposition

Kapitel två ger läsaren en kort sammanfattning av artikel 82 och förtydligar hur dess tillämpning står i relation till det område jag undersöker.

Det tredje kapitlet utgörs av en genomgång av rättspraxis, kapitlets syfte är att navigera läsaren genom rättsfallen och ge en förståelse för hur begreppet ”missbruk på en angränsande marknad” växt fram och utvecklats fram till nu. Kapitlet är också tänkt att fungera som bakgrund till analysen av begreppet och dess användning i uppsatsens fjärde kapitel. Analysen är ett försök att förklara vilka förutsättningar som krävs vid den utvidgade tillämpningen av artikel 82 för att ge en bättre förståelse för dess funktion.

Den sista delen av uppsatsen är slutsatsen, där jag besvarar frågorna som ställts i problemformuleringen.

## 1.5 Metod och material

Jag använder mig i uppsatsen av klassisk juridisk metod och utgår främst från rättspraxis men även doktrin för att analysera gällande rätt.

Det material som ligger till grund för uppsatsen är de rättsfall jag valt att inkludera, dvs. Kommissionens beslut och gemenskapsdomstolarnas avgöranden i *British Gyp-*



*sum*<sup>3</sup>, *Tetra Pak II*<sup>4</sup> samt *Microsoft*<sup>5</sup>. Generaladvokaternas förslag till avgörande i de två förstnämnda rättsfallen har varit en viktig källa till information.<sup>6</sup> Även doktrin, främst Levy<sup>7</sup>, O'Donoghue och Padilla<sup>8</sup> och Monti<sup>9</sup>, har tjänat som underlag.

---

<sup>3</sup> OJ 1989 L10/50, *BPB Industries plc*. T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission* och C-310/93P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*.

<sup>4</sup> OJ 1992 L72/1, *Tetra Pak II*. T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission* och C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission*.

<sup>5</sup> COMP/C-3/37.792, *Microsoft* och T-201/04, *Microsoft v Commission*.

<sup>6</sup> GA Legérs förslag till avgörande i C-310/93P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission* och GA Colomers förslag till avgörande i C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission*.  
<sup>7</sup> Levy, N., 1995, *Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?*, *European Competition Law Review*, nr 2.

<sup>8</sup> O'Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*.

<sup>9</sup> Monti, G., 2007, *EC Competition Law*.

## 2. Missbruk av dominerande ställning

Artikel 82 i EG-fördraget är till för att reglera ett eller flera dominerande företags ensidiga åtaganden.<sup>10</sup>

Detta kapitel går kort igenom de två huvudsakliga delarna av artikel 82, missbruk och dominans<sup>11</sup>, förklarar förhållandet mellan dem och visar sedan på relationen till området jag valt att undersöka. Syftet med kapitlet är att ge en bättre förståelse för begreppets innebörd och visa på betydelsen av att göra en undersökning av området. Texten förutsätter en viss grundläggande kunskap om konkurrensrätt.

### 2.1 Dominans

Oavsett följderna av ett företags åtagande på en marknad, hur konkurrenshämmande de än må vara, måste en dominans påvisas för att artikel 82 ska kunna tillämpas.<sup>12</sup> Den klassiska definitionen av dominans, som kommer från ett EG-domstolsavgörande i *United Brands*, lyder:

*a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave [...] independently of its competitors, customers and ultimately of*

---

<sup>10</sup> Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s 314.

<sup>11</sup> Roth, P. & Rose. V., 2008, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, s. 917.

<sup>12</sup> O'Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 107.

*its consumers.*<sup>13</sup>

Själva fastställandet av en dominerande ställning är en tvåstegsprocess. Först måste en relevant marknad definieras för att i nästa steg göra en uppskattning av företagets styrka på denna marknad.<sup>14</sup> Det bör tilläggas att denna uppdelning är en del av en dynamisk analys och är mer än bara en mekanisk metod för fastställandet av dominans.<sup>15</sup> Kommissionen använder fastställandet av den relevanta marknaden för att bedöma konkurrenssituationen och vilket möjligt konkurrenstryck företaget i fråga utsätts för.<sup>16</sup>

Den relevanta marknaden är i sin tur uppdelad i två delar, en relevant produktmarknad (RPM) och en relevant geografisk marknad (RGM). Precis som det låter så definierar RPM vilka typer av produkter (eller tjänster) som påverkas, och RGM vilket geografiskt område det rör sig om.<sup>17</sup>

Att definiera marknader är ingen exakt vetenskap, men ett vanligt förekommande) verktyg, som Kommissionen använder för att fastställa en dominerande ställning, är ”the hypothetical monopolist test”, eller SSNIP-testet som det ofta kallas.<sup>18</sup> Kommissionen ser på utbytbarheten hos produkten och gör en teoretisk undersökning, vari den uppskattar följderna av en prishöjning (på mellan 5-10%) på produkterna i fråga. Om man tror att en så stor del av kunderna då byter till andra produkter att prisökningen blir olönsam, är det skäl nog till att utöka den relevanta produktmarknaden så att den omfattar även dessa produkter.<sup>19</sup>

Samma test används för att uppskatta RGM, d.v.s. om det blir olönsamt för företaget att höja priserna med 5-10%, eftersom kunderna då kommer att köpa produkterna på

---

<sup>13</sup> 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission.*, stycke 65.

<sup>14</sup> Roth, P. & Rose. V., 2008, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, s. 920.

<sup>15</sup> Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s. 323.

<sup>16</sup> *Ibid.*, s. 323.

<sup>17</sup> Korah, V., 2007, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, s. 107.

<sup>18</sup> *Ibid.*, s. 110.

<sup>19</sup> *Ibid.*, s. 109.

annat håll, bör den relevanta geografiska marknaden utvidgas till att inkludera även dessa. Artikel 82 förbjuder bara missbruk inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden, men det förhindrar inte RGM att omfatta en marknad större än så.<sup>20</sup>

När det gäller marknadsstyrkan hos ett företag brukar man se till tre faktorer som indikatorer på dominans, företagets marknadsställning (t.ex. marknadsandelar), inträdeshinder och ”countervailing market power”<sup>21</sup> (t.ex. kraftiga konkurrensfördelar hos företagets konkurrenter).<sup>22</sup> Det brukar sägas att marknadsandelar i vissa fall kan vara tillräckligt för att fastställa en dominerande ställning.<sup>23</sup> Man ska dock vara försiktig med att överdriva marknadsandelarnas betydelse, en uppskattning av marknadsandelar är inte till för att ersätta en övergripande undersökning av ett företags marknadsstyrka.<sup>24</sup>

## 2.2 Missbruk

När man väl fastställt att en dominerande ställning existerar, krävs en bedömning av huruvida företagets åtaganden innebär ett missbruk av denna ställning. I artikel 82 finns en lista på ageranden som utgör missbruk, denna är inte uttömmande<sup>25</sup>, men tar upp i princip alla tänkbara typer av missbruk.<sup>26</sup> Utöver listan tillhandahåller artikel 82 ingen definition av missbruk och det finns inte heller någon allmän accepterad definition att tala om.<sup>27</sup>

Man brukar säga att det finns två sorters (ibland talar man även om en tredje<sup>28</sup>) missbruk; ”exploitative” och ”exclusionary”.<sup>29</sup> Exploitative abuses är situationer där före-

---

<sup>20</sup> Korah, V., 2007, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, s. 114.

<sup>21</sup> Direktöversättning: ”uppvägande marknadsstyrka”.

<sup>22</sup> Roth, P. & Rose, V., 2008, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, s. 920.

<sup>23</sup> *Ibid.*, s. 922.

<sup>24</sup> O’Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 111.

<sup>25</sup> Whish, R., 2003, *Competition Law*, s. 194.

<sup>26</sup> O’Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 214.

<sup>27</sup> Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s. 348.

<sup>28</sup> O’Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 174 (reprisal abuses).

<sup>29</sup> Roth, P. & Rose, V., 2008, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, s. 952.

tag utnyttjar sin marknadsstyrka för att skada kunder, t.ex. överprissättning. Den andra formen av missbruk, exclusionary, handlar om företags försök att skada konkurrenter eller utestänga dem från marknaden, genom att exempelvis använda sig av underprissättning. Båda kategorierna av missbruk hanterar försök från företag i dominerande ställning att skada kunder, antingen direkt (exploitative) eller indirekt (exclusionary).<sup>30</sup>

Artikel 82 innehåller inga egentliga undantag från bestämmelserna, men i fall där företag kan visa på att deras åtaganden varit objektivt rättfärdigade, anses åtagandena inte längre utgöra ett missbruk.<sup>31</sup> Förenklat kan man säga att artikel 82 utgår från att det inte föreligger något rättfärdigande och att det är upp till företagen att bevisa att åtgärderna kan rättfärdigas.<sup>32</sup>

## 2.3 Kausalitet

En inte helt okontroversiell del av artikel 82 gäller länken mellan dominans och missbruk. Det råder långt ifrån konsensus i frågan, men den rådande uppfattningen är att en sådan koppling inte måste påvisas<sup>33</sup>. I *Continental Can*<sup>34</sup> slog EG-domstolen fast att ett missbruk kan anses föreligga även då företaget inte använt sig av eller förlitat sig på en dominerande ställning och senare, i *Hoffmann-La Roche*, uttalade sig domstolen på följande sätt:

*the interpretation suggested by the applicant that an abuse implies that the use of the economic power bestowed by a dominant position is the means whereby the abuse has been brought about cannot be accepted.*<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s. 348.

<sup>31</sup> *Ibid.*, s. 355.

<sup>32</sup> Roth, P. & Rose, V., 2008, *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*, s. 951.

<sup>33</sup> O'Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 216.

<sup>34</sup> 6-72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*.

<sup>35</sup> 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*, stycke 91.

Även ett åtagande som annars inte skulle likställas med missbruk kan alltså anses utgöra ett missbruk då företaget innehar en dominerande ställning.<sup>36</sup> Missbruk är ett objektivt begrepp, men är endast applicerbart på företag i dominerande ställning.<sup>37</sup>

Det finns de som är övertygade om att ett krav på koppling mellan dominans och missbruk existerar. O'Donoghue och Padilla förnekar inte EG-domstolens många uttalanden som pekar på en tolkning som inte förutsätter en koppling, men menar att det finns betydligt fler uttalanden som visar på motsatsen.<sup>38</sup> De menar att EG-domstolens uttalande i *Continental Can* måste ses i rätt sammanhang och anser att vissa felaktigt tolkar dess innebörd.<sup>39</sup> Domen kom nämligen vid en tidpunkt då artikel 82 fyllde en funktion som koncentrationskontrollförordningen senare kom att ta över, vilket förändrade förutsättningarna för bedömningen enligt O'Donoghue och Padilla.<sup>40</sup>

Ett annat argument som lyfts fram för kravet på kausalitet är att huvudkategorierna för de missbruk som artikel 82 reglerar, endast är möjliga på grund av en dominerande ställning.<sup>41</sup> Detta är i och för sig riktigt, men huruvida det utgör ett giltigt belägg för att domstolen förutsätter en koppling mellan dominans och missbruk är tveksamt.

## 2.4 Angränsande marknad

Begreppet "missbruk av dominerande ställning på en angränsande marknad" är inte etablerat vare sig i doktrin eller i praxis. Företeelsen kallas ibland "abuse in a linked market", "abuse in a neighbouring market" eller "abuse in an adjacent market"<sup>42</sup>. Vad företeelsen kallas är av mindre betydelse, det som spelar roll är vad den faktiskt inne-

---

<sup>36</sup> Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s. 349.

<sup>37</sup> Whish, R., 2003, *Competition Law*, s. 201 och Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s. 349.

<sup>38</sup> O'Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 216.

<sup>39</sup> *Ibid.*, s. 217.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, s. 216.

<sup>42</sup> *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005, s. 30.

bär.

Det är inte helt ovanligt att företeelsen ibland får en bredare definition, vilket gör att man i begreppet inkluderar andra typer av situationer än de som undersöks i uppsatsen.<sup>43</sup> Det är inte enbart en fråga om semantik, utan kan leda till att man inkluderar rättsfall som inte hör hemma under definitionen, t.ex. *Commercial Solvents*<sup>44</sup> och *AKZO*<sup>45</sup>.

Begreppet är en indikator på hur omfattande artikel 82 verkligen är. Som vi vet utgår artikel 82 från att ett företag ska inneha en dominerande ställning på en marknad samt agera på ett sätt som anses utgöra ett missbruk. Utvecklingen på området har dock lett till att domstolarna idag har en bredare syn på artikel 82.

Ett äldre fall som var en indikation på domstolens vilja att bredda, inte enbart artikel 82, utan hela EG-rättens omfattning och som möjligtvis fungerade som katalysator till vad som skulle komma, var EG-domstolens avgörande i *Commercial Solvents*.<sup>46</sup> Avgörandet där gjorde det möjligt för Kommissionen att fälla företag som gjorde sig skyldiga till missbruk av dominerande ställning i situationer där effekten av detta missbruk påverkade en marknad i efterföljande led.

De rättsfall som tas upp i nästa del av uppsatsen kan ses som en fortsättning på utvecklingen och rör situationer där kopplingen mellan missbruk och dominans är ännu svagare än i *Commercial Solvents*. För att enklare beskriva förhållandena på marknaderna i de olika fallen följer här nedan en bild som illustrerar situationerna.

**Bild 2.1 – Förhållandet mellan dominans, missbruk och effekt.**<sup>47</sup>

Mål	Marknad A	Marknad B
<i>Commercial Solvents</i>	Dominans, Missbruk	Effekt
<i>British Gypsum</i>	Dominans, Effekt	Missbruk
<i>Tetra Pak, Microsoft</i>	Dominans	Missbruk, Effekt

<sup>43</sup> GA Legérs förslag till avgörande i C-310/93P, stycke 82-83.

<sup>44</sup> 6/73 och 7/73, *ICI and Commercial Solvents v Commission*.

<sup>45</sup> C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission*.

<sup>46</sup> Monti, G., 2007, *EC Competition Law*, s 192.

<sup>47</sup> Baserat på en skiss i Monti, G., 2007, *EC Competition Law*, s. 204.

Som jag redan tagit upp så inriktar sig uppsatsen på fall där missbruket befinner sig på en icke-dominerande marknad, m.a.o. kommer jag inte att ta upp *Commercial Solvents* i nästa kapitel. Fallet är med på bilden för att ge en utgångspunkt och bättre visa på utvecklingen i rättspraxis, då rättsfallen är kronologiskt listade.



## 3. Rättspraxis

### 3.1 British Gypsum

British Gypsum (Gypsum) var ett dotterbolag till BPB Industries, ett holdingbolag i Storbritannien, som producerade och sålde gipsskivor, bolaget var även aktivt gipsmarknaden. I slutet av december 1988, efter klagomål från ett spanskt företag (Iberian Trading), fälldes British Gypsum för överträdelse av artikel 86 (nuvarande art. 82).

Företaget hade tillämpat en sorts trohetsrabatt vid försäljning av gips som gav kunderna förmånliga avtalsvillkor om de förband sig att inte inhandla importerade gipsskivor. British Gypsum var enligt Kommissionen dominerande på marknaden för gipsskivor men inte på gipsmarknaden, där missbruket faktiskt ägde rum. Den centrala frågan i målet var huruvida företagens agerande på gipsmarknaden kunde anses utgöra ett missbruk, trots avsaknaden av en dominerande ställning. Kommissionen gjorde bedömningen att företagens agerande på gipsmarknaden hade för avsikt att stärka den dominerande ställningen på marknaden för gipsskivor och att förhållandet mellan de två marknaderna gjorde det möjligt för åtagandet att omfattas av artikel 82.

<sup>48</sup>

Gypsum överklagade beslutet och hävdade att Kommissionen aldrig påvisat en dominerande ställning på gipsmarknaden och följaktligen kunde företaget inte heller ha missbrukat en sådan ställning.<sup>49</sup> Förstainstansrätten instämde dock med Kommissionens beslut och menade att åtgärder på en marknad som har till syfte eller effekt att stärka en dominerande ställning på en annan marknad under vissa förutsättningar kan

---

<sup>48</sup> T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*, stycke 80 och 93.

<sup>49</sup> *Ibid.*, stycke 82.

anses utgöra en överträdelse av artikel 82. Förutsättningarna för en sådan bedömning var i detta fall uppfyllda enligt Förstainstansrätten, dessa förutsättningar var följande:

- Marknaden där Gypsum saknade en dominerande ställning uppvisade vissa särdrag. Produktens (gipsets) begränsade utbytbarhet var ett sådant särdrag. Detta gjorde det följaktligen svårt för kunderna att byta leverantör och försatte dem på så vis i en beroendeställning gentemot Gypsum.
- Företagets kunder befann sig på både på marknaden för gips och på marknaden för gipsskivor.<sup>50</sup>

Målet fortsatte sedan till EG-domstolen, som bekräftade Förstainstansrättens dom. Domstolen gick inte specifikt in på resonemangen för varför Kommissionens beslut var korrekt utan hänvisade till Generaladvokatens förslag till avgörande.<sup>51</sup> GA Léger menade att det existerade ett samband mellan marknaderna. Kundernas närvaro på marknaderna var ett tecken på detta samband.<sup>52</sup> Det var dessa starka band som gjorde det möjligt för Gypsum att genom åtgärder på gipsmarknaden stärka sin dominans på en annan marknad.<sup>53</sup>

## 3.2 Tetra Pak II

*Tetra Pak* var ett fall som tog upp fyra slags överträdelser av artikel 86 (nuvarande art. 82), rovprissättning, kopplingsförbehåll, diskriminerande priser och konkurrensbegränsade avtalsvillkor. Målet handlade bl.a. om huruvida företagets avtal med dess underleverantörer var för restriktiva, t.ex. genom att företaget i avtalsklausuler förpliktigade motparten att enbart använda inköpta maskinerna ihop med Tetra Paks egna kartonger.<sup>54</sup> Det multinationella företaget, med huvudkontor i Schweiz, fälldes

---

<sup>50</sup> T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*, stycke 93.

<sup>51</sup> C-310/93P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*, stycke 11.

<sup>52</sup> GA Légers förslag till avgörande i C-310/93P, stycke 78.

<sup>53</sup> *Ibid.*, stycke 85.

<sup>54</sup> OJ 1992 L72/1, *Tetra Pak II*, stycke 27.

1991 av Kommissionen för missbruk av dominerande ställning på alla de ovan nämnda punkterna.

Kommissionen fastställde fyra relevanta produktmarknader; en marknad för maskiner som paketerar aseptiska livsmedelsprodukter i kartonger, en för motsvarande marknad men för själva kartongerna och två marknader som speglar de ovan nämnda, men där det gällde icke-aseptiska livsmedelsprodukter.<sup>55</sup> På den aseptiska marknaden hade Tetra Pak en marknadsdel runt 90% och bedömdes som dominerande.<sup>56</sup>

När det gällde den icke-aseptiska marknaden kunde inte Kommissionen med säkerhet fastställa en dominans, givet att den sågs avskilt från den aseptiska marknaden.<sup>57</sup> Trots det fälldes Tetra Pak för missbruk även på de icke-aseptiska marknaderna. Kommissionen ansåg att det fanns ett samband mellan marknaderna som tillsammans med Tetra Paks dominans på den aseptiska marknaden gjorde ett fastställande av dominerande ställning på de icke-aseptiska marknaderna överflödigt. Marknaderna var inte bara angränsande, utan de var även vad Kommissionen beskrev som tätt förknippade med varandra.<sup>58</sup>

Den centrala frågan i förhållande till min undersökning är hur domstolarna, men även Kommissionen, resonerade när de bedömde åtagandena av företaget på den icke-aseptiska marknaden som missbruk, trots att varken missbruk eller effekt skedde på en icke-dominerad marknad. Vid överklagandet till Förstainstansrätten argumenterade Tetra Pak för att Kommissionen felaktigt tillämpat artikel 86 (nuvarande art. 82), artikeln var enligt företaget inte applicerbar på en marknad där en dominerande ställning saknas.<sup>59</sup>

Förstainstansrätten menade att det inte fanns något i artikel 82 som talade för att missbruket måste förekomma på marknaden som använts för att fastställa den domi-

---

<sup>55</sup> OJ 1992 L72/1, *Tetra Pak II*, stycke 11.

<sup>56</sup> *Ibid.*, stycke 99.

<sup>57</sup> *Ibid.*, stycke 104.

<sup>58</sup> *Ibid.*, stycke 104, punkt 3.

<sup>59</sup> T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission*, stycke 42.

nerande ställningen.<sup>60</sup> Men för att fastställa om Kommissionen gjort en riktig bedömning var Förstainstansrätten tvungen att gå igenom vad som egentligen utgjorde de samband Kommissionen hänvisat till. Förstainstansrätten kom fram till följande:

- Företagets konkurrenter befann sig eller försökte slå sig in på samma marknader som Tetra Pak.
- Företagets kunder befann sig även de på marknaderna, cirka 35% av deras kunder köpte både aseptiska och icke-aseptiska produkter.
- Det rörde sig om förpackning av samma huvudprodukt, flytande livsmedel (främst juice och mjölk).

Kortfattat kan man säga att Förstainstansrätten, när det gällde kopplingen mellan marknaderna, analyserade konkurrenternas och kundernas beteende, samt hur produkterna förhöll sig till marknaderna. Förstainstansrätten kallade dessa underliggande samband för ”associative links”.<sup>61</sup>

Förstainstansrätten analyserade även Tetra Paks marknadsstyrka på den aseptiska marknaden och hur denna marknadsstyrka påverkade den angränsande marknaden. Förstainstansrätten ansåg att Tetra Paks starka ställning och tekniska övertag på den aseptiska marknaden, gjorde det möjligt för företaget att utan risk koncentrera sina ansträngningar till den icke-aseptiska marknaden. En annan faktor i bedömningen var att Tetra Paks monopolliknade ställning på den aseptiska marknaden gjorde företag till en självklar leverantör för kunder på den angränsande marknaden.<sup>62</sup>

Den nära anknytningen till en marknad där företaget var dominerande, samt att företaget intagit en ledande ställning på den icke-aseptiska marknaden, ansåg Förstainstansrätten vara skäl nog till att missbruk på den sistnämnda marknaden skulle falla inom ramarna för artikel 86 (nuvarande art. 82).<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission*, stycke 113.

<sup>61</sup> *Ibid.*, stycke 120.

<sup>62</sup> *Ibid.*, stycke 121.

<sup>63</sup> *Ibid.*, stycke 122.

EG-domstolen bekräftade Förstainstansrättens avgörande och slog fast att artikel 82 förutsätter ett samband mellan ett företags dominerande ställning och dess missbruk. I fall där företag befinner sig på två distinkta men angränsande marknader kan detta rekvisit endast anses uppfyllt om speciella omständigheter föreligger.<sup>64</sup> EG-domstolen ansåg att en situation där ett företag har en monopolliknande ställning på en marknad och en stark ställning på en angränsande marknaden var jämförbar med ett innehav av dominerande ställning på marknaderna som en enhet.<sup>65</sup>

### 3.3 Microsoft

Microsoft-målet har blivit ett av 2000-talets mest uppmärksammade konkurrensrättsfall, mycket p.g.a. målets omfattning och de dryga böter Microsoft slutligen blev skyldigt att betala. Målet kan huvudsakligen delas upp i två delar, en del rörande licensvägran och en del rörande kopplingsförbehåll. Den delen som är avgörande för min undersökning har att göra med licensvägran.

Twisten kring licensvägran handlade om huruvida Microsofts ovilja att ge ut interoperabilitets-information till sina konkurrenter var ett brott mot artikel 82. Denna information var till för att operativsystem för arbetsgruppservrar skulle kunna kommunicera med operativsystem för klientdatorer.

De grunder som Kommissionen hänvisade till i sitt beslut som indikation på Microsofts dominerande ställning på marknaden för operativsystem för arbetsgruppservrar var företagets marknadsandelar och de inträdeshinder som hade konstaterats. Kommissionen tog sedan i beräkning ytterligare en faktor för fastställandet av företagets dominerande ställning (i det fall de två tidigare grunderna inte skulle anses tillräckliga), nämligen anknytningen till marknaden för operativsystem för klientdatorer.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission*, stycke 27.

<sup>65</sup> *Ibid.*, stycke 31.

<sup>66</sup> COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, stycke 526.

Enligt Kommissionen innehade Microsoft en monopolliknande ställning på denna marknad, med marknadsandelar på över 90%.<sup>67</sup> Kommissionen ansåg att en bedömning av arbetsgruppsservermarknaden som helt fristående skulle ge en felaktig bild av Microsofts verkliga styrka på marknaden. Kommissionen menade att det fanns starka kopplingar mellan de två marknaderna som möjliggjorde en annan bedömning.<sup>68</sup>

Kommissionen hänvisade till de ”associative links” som fastställts av Förstainstansrätten i *Tetra Pak*, och menade att dessa samband kunde delas upp i fyra delar:

1. Företaget hade en monopolliknande ställning på den ena marknaden och kunde p.g.a. det koncentrera sina ansträngningar till den angränsande marknaden.
2. Dess marknadsstyrka gjorde även företaget till en självklar leverantör på den angränsande marknaden och en oundgänglig leverantör på den dominerande marknaden.
3. En stor andel (cirka 35%) av företagets kunder handlade med produkter från båda marknaderna.
4. Företagets konkurrenter befann sig även de på bägge marknaderna.<sup>69</sup>

Kopplingarna mellan marknaderna ansågs av Kommissionen vara snarlika de som EG-domstolen fastställde i *Tetra Pak*.<sup>70</sup> Kommissionen menade att det fanns två typer av samband, dels affärsmässiga och dels tekniska samband. I ett nätverk är en dator och en server rent fysiskt ihopkopplade, vilket utgjorde det tekniska sambandet.<sup>71</sup> När det gäller de affärsmässiga sambanden hävdade Kommissionen, att de kunder som önskade att köpa in arbetsgruppsserverar i princip hade uteslutande Microsofts operativsystem på sina datorer. Kunderna ville gärna ha en väl fungerande samverkan mellan systemen vilket gav Microsoft en oerhörd konkurrensfördel på marknaden.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, stycke 530.

<sup>68</sup> *Ibid.*, stycke 526.

<sup>69</sup> *Ibid.*, stycke 527.

<sup>70</sup> *Ibid.*, stycke 529.

<sup>71</sup> *Ibid.*, stycke 532.

<sup>72</sup> *Ibid.*, stycke 530.

Kommissionen tog även hänsyn till företagen som monterade ihop arbetsgruppservrar, vanligtvis betecknade OEM (Original Equipment Manufacturers). Majoriteten av dessa företag tillhandahöll även klientdatorer till återförsäljare, vilket gjorde dem beroende av Microsoft.<sup>73</sup>

Kommissionen ansåg att de ovanstående kopplingarna mellan marknaderna ledde till synergieffekter som Microsoft utnyttjat med avsikt att få till stånd en hävstångseffekt från den dominerande marknaden till den angränsande marknaden.<sup>74</sup> Även om Kommissionen ansåg att detta beteende låg bakom själva missbruket, kan man fråga sig vilken betydelse uttalandet har. Räcker det inte med att konstatera att det föreligger tillräckligt starka sambanden för att möjliggöra ett avsteg från den konventionella marknadsbedömningen? Denna fråga besvaras i kapitel fyra.

Microsofts hävdade att omständigheterna på marknaderna, specifikt gällande utbud och efterfrågan, skiljde sig markant från förhållandena på Tetra Paks marknader. Microsoft ansåg att det i deras fall rörde sig om komplement<sup>75</sup>. Kommissionen gjorde enligt Microsoft därför fel i att hänvisa till sambanden som fastställdes i *Tetra Pak*. EG-domstolen i Tetra Pak-fallet definierade, enligt Kommissionen, aldrig hur produkterna skulle vara relaterade till varandra, vilket betydde att även komplement kan hamna under bedömningen.<sup>76</sup>

I överklagandet som följde gick Förstainstansrätten inte djupare in på sambanden mellan marknaderna utan fastställde Kommissionens beslut och använde sambanden som ett av flera stöd för att fastställa en dominerande ställning på marknaden för operativsystem för arbetsgruppservrar.<sup>77</sup>

Den del av Microsoft-domen som berör sambandet mellan marknaderna har i doktrin sällan hamnat i fokus, vilket kan tyckas märkligt med tanke på hur sällan Kommissio-

---

<sup>73</sup> COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, stycke 531.

<sup>74</sup> *Ibid.*, stycke 533.

<sup>75</sup> Om efterfrågan på vara A sjunker när priset på vara B stiger, och efterfrågan på vara A ökar när priset på vara B sjunker, är vara A ett komplement.

<sup>76</sup> COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, stycke 529.

<sup>77</sup> T-201/04, *Microsoft v Commission*, stycke 33.

nen och domstolarna breddar tillämpningen av artikel 82. Detta kan möjligtvis förklaras av att de andra grunderna, som Kommissionen hade för att fastställa Microsoft som dominerande på den angränsande marknaden, minskade behovet av en sådan tolkning.

Vissa har från *Microsoft* tolkat den angränsande marknaden som en marknad där Microsoft var dominerande och att detta tillsammans med sambanden mellan marknaderna låg till grund för missbruket.<sup>78</sup> En sådan tolkning av Kommissionens argument är kanske inte direkt felaktig men enligt mig synnerligen missvisande. Missbruk på en angränsande marknad anser jag främst vara ett verktyg för att fastställa ett företags verkliga marknadsstyrka och ska inte enbart tolkas som ett underlag för missbruksbedömning.

---

<sup>78</sup>Andreangeli, A., 2008, *Case T-201/04, Microsoft v. Commission, Judgment of the Grand Chamber of the Court of First Instance of 17 September 2007*, Common Market Law Review, volym 45, nr. 3, s. 866.



## 4. Analys

Endast en direkt koppling till rättspraxis gjordes i Microsoft-målet, vilket var hänvisningen till *Tetra Pak*. Detta är kanske inte särskilt förvånande men borde ändå uppmärksammas. Det var sannolikt de stora likheterna mellan fallen som gjorde en hänvisning till annan praxis överflödigt. Microsoft försökte liksom Tetra Pak vinna marknadsandelar på en marknad där företaget inte var dominerande, vilket sågs som en överträdelse av artikel 82. Likheterna var större än så, företagen befann sig marknadsmässigt i situationer som till stor del speglade varandra. Enligt min mening skulle det emellertid vara fel att dra slutsatsen att likheterna i sig var orsaken till Kommissionens val att enbart hänvisa till *Tetra Pak*. De likheter i kundernas förhållande till produkterna, konkurrenternas marknadsställning, företagets marknadsstyrka m.m. gjorde det enbart enklare för Kommissionen och Förstainstansrätten att följa den praxis som fastlades i *Tetra Pak*.

*Tetra Pak* har stark prejudicerande verkan mycket p.g.a. att det var det första i sitt slag, dessutom är fallet relativt aktuellt och gick ända upp till EG-domstolen. Det jag vill komma fram till är, att oavsett likheterna så skulle Kommissionen och Förstainstansrätten i *Microsoft* ha använt sig av Tetra Pak-fallet som stöd. Detta skulle förklara Kommissionens uppslutning bakom resonemangen i *Tetra Pak*. Men det förklarar inte varför i bedömningen inget avseende fästes vid *British Gypsum*.

GA Colomer uttryckte en viss tvekan inför att använda bl.a. *British Gypsum* som ett precedensfall och menade att det borde tolkas restriktivt i förhållande till situationer som Tetra Paks.<sup>79</sup> Enligt honom utgjorde fallet främst ett stöd för utvecklingen i rättspraxis som lett till mindre kav på koppling mellan dominans och missbruk.<sup>80</sup> Den

---

<sup>79</sup> GA Colomers förslag till avgörande i C-333/94P, stycke 52.

<sup>80</sup> Ibid.

viktigare frågan att besvara i sammanhanget är; hur skiljer sig bedömningarna i fall där effekten av ett missbruk återfinns på en dominerande marknad från de som görs när missbruket drabbar en icke-dominerande marknad?

## 4.1 Gemensamma kriterier

Låt oss se hur fallen hänger ihop och i vilket utsträckning bedömningarna liknar varandra för att bättre kunna besvara frågan som ställdes ovan. Oavsett betydelsen av *British Gypsum* för de två senare målen och potentiella skillnader i bedömning beroende på var effekten av ett företags missbruk återfinns, så kan vi från rättspraxis se ett mönster i hur bedömningen av angränsande marknader gjorts. Gemensamt för avgörandena var:

- Produkternas funktion och samspel med marknaderna samt hur de påverkade kundernas agerande och valmöjligheter
- Kundernas “närvaro” på båda marknaderna, dvs. samma kunder köpte produkter från båda marknaderna

Dessa två bedömningsgrunder hänger till stor del ihop, att kunderna ofta befinner sig på de två marknaderna är ofta en följd av produktens funktion. I *British Gypsum* handlade det om produktens karaktär och hur det påverkade kundernas möjlighet att byta leverantör. Liknande resonemang fördes i både *Tetra Pak* och *Microsoft*. I det förstnämnda fallet ansågs huvudprodukterna på båda marknaderna vara en och samma, vilket gjorde kunderna mer benägna att använda samma leverantör på båda marknaderna. I *Microsoft* togs det hänsyn till kundernas beroendeställning gentemot företaget, eftersom dess dominerande ställning på en marknad hade gjort det till en självklar leverantör även på en angränsande marknad. Orsaken till kundernas beroendeställning var till stor del produkternas funktion och nödvändigheten av att ha produkter från båda marknader i sitt utbud.

Skillnaden i bedömningarna låg huvudsakligen i Kommissionens och domstolarnas värdering av marknadsstyrka, både på den icke-dominerande och på den dominerande marknaden. Jag anser att det finns en skillnad i hur man ser på marknaderna, i det ena fallet gör man en helhetsbedömning av två marknader och i det andra så handlar det om att fastställa ett förstärkande av en dominerande ställning. I det senare fallet blir det då möjligt att se den icke-dominerande marknaden, inte som direkt separat, men åtminstone som tillräckligt distinkt för att inte göra en gemensam bedömning av marknaderna.

Det finns självklart andra olikheter, som t.ex. beaktandet av konkurrenternas relation till marknaderna. Jag anser att det mest betydelsefulla för domstolens bedömning var företagets marknadsandelar. EG-domstolen uttalar sig på följande vis:

*given that the quasi-monopoly enjoyed by Tetra Pak on the aseptic markets and its leading position on the distinct, though closely associated, non-aseptic markets placed it in a situation comparable to that of holding a dominant position on the markets in question as a whole.<sup>81</sup>*

Detta visar på att ett företags starka ställning på den icke-dominerande marknaden och dess monopolliknande ställningen på den dominerande marknaden är viktiga förutsättningar för bedömningen, eftersom de inte ingår i sambandsprövningen. Intressant att tillägga är att British Gypsum hade väldigt stora marknadsandelar på de relevanta marknaderna (Storbritannien och Irland), där företaget var dominerande<sup>82</sup>, något som idag förmodligen skulle falla under begreppet ”monopolliknande”, utan att rätten lade någon vikt vid det. Detta menar jag har att göra med att företaget försökte stärka en redan dominerande ställning, vilket minskade betydelsen av marknadsstyrkan.

Sammanfattningsvis är sambandsbedömningen väldigt lik i alla tre fallen medan vik-

---

<sup>81</sup> C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission*, stycke 31.

<sup>82</sup> OJ 1989 L10/50, *BPB Industries plc*, stycke 110 och 113.

ten av marknadsstyrka varierar. Likheterna är enligt min mening större än vad man genom doktrin kan få uppfattning av.

## 4.2 Marknadsbedömning

Vad har denna skillnad i bedömning för betydelse och vad kan det innebära för framtida fall? I *British Gypsum* gjordes det nämligen ingen marknadsbedömning av gipsmarknaden, där företaget saknade en dominerande ställning, utan det konstaterades endast att företaget inte var dominerande där. Betyder detta ett företags marknadsställning inte har någon betydelse i sådana fall eller är det bara fråga om att Förstainstansrätten inte kände det nödvändigt att ta frågan i beaktande?

Det är tydligt i både *Tetra Pak* och *Microsoft* att marknadsandelar på en icke-dominerande marknad är betydelsefulla, vad som är intressant är huruvida detta förhållningsätt kommer stå fast som övergripande praxis i alla mål som har att göra med missbruk på en angränsande marknad.

När det gäller marknadsstyrkans betydelse kan det vara värt att notera att i *Tetra Pak* och *Microsoft* hade Kommissionen och domstolarna möjlighet att bedöma företagen som dominerande på enbart de angränsande marknaderna, utan att behöva ta hänsyn till någon annan marknad.<sup>83</sup>

Dessa omständigheter får mig att tro att omständigheterna i fall som *Gypsum* är tillräckligt annorlunda för att bedömningskriterierna ska skilja sig åt. Denna uppfattning är inte helt ovanligt, betydelsen av ett företags marknadsstyrka beror förmodligen på vilken marknad som drabbas av missbruket. I de fall där företag stärker en dominerande ställning är det ytterst tveksamt om man överhuvudtaget måste ta hänsyn till företagets marknadsstyrka på en angränsande marknad.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission.*, stycke 119 och COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, stycke 99.

<sup>84</sup> Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s. 345.

Vissa går så långt som att säga att ett fastställande av samband inte har någon betydelse för bedömningen i fall där företag försöker stärka en dominerande ställning.<sup>85</sup> Det finns inga belägg för denna uppfattning i praxis, dock vore en sådan utveckling inte helt orimlig.

### 4.3 En möjlig utvidgning av begreppet

Om man ser till de rättsfall med koppling till missbruk på en angränsande marknad som gemenskapsdomstolarna avgjort kan man se hur Kommissionen och domstolarna rört sig bort från den striktare tolkningen av artikel 82. Det är en utveckling som jag skulle vilja påstå inleddes eller åtminstone tog form i och med *British Gypsum*. Fram till tidpunkten för *British Gypsum* hade det friare synsättet på kopplingen mellan två marknader varit begränsad till situationer där missbruket förekom på den dominerande marknaden och effekten drabbade en angränsande marknad.

Genom avgörandet i *Gypsum* försvagades kopplingen mellan missbruk och dominerande ställning och kom senare att försvagas ytterligare i och med *Tetra Pak*. Frågan är om utvecklingen avstannat och kopplingen mellan dominans och missbruk nått sin gräns eller om det finns en möjlighet för domstolarna att ta ytterligare steg i dess tillämpning av begreppet.

Nyligen kom det franska konkurrensrådet med ett avgörande i ett fall rörande rovprissättning på en angränsande marknad. Denna dom säger inget om EG-domstolens nuvarande syn på området, men visar hur utvecklingen fram till nu har format tillämpningen av artikel 82. I detta fall var sambanden mellan marknaderna ännu svagare än de i *Tetra Pak*.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> O'Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 212.

<sup>86</sup> Ezrachi, A., 2008, *EC Competition Law*, s. 137.

Ett äldre kommissionsbeslut, som eventuellt utgör en indikation på att de tidigare resonemangen kring sambandens betydelse i situationer som rör ett stärkande av dominans, är Interbrew. Fallet handlade om en situation där missbruket ägde rum på annan geografisk marknad än den där företaget var dominerande. Företaget fälldes för missbruk av dominerande ställning eftersom det genom oskäligen leveransvillkor på en icke-dominerande marknad försökt stärka sin dominerande ställning. Enbart det faktum att missbruket ledde till en förstärkning av dominerande ställning verkar ha varit ett tillräckligt samband mellan de två marknaderna.<sup>87</sup> Jag är dock ovillig att dra några större slutsatser eftersom det handlar om ett kommissionsbeslut och inte om ett domstolsavgörande.

Är det då tänkbart att domstolarna kan utvidga tillämpningen så till den grad att inget samband krävs? Vissa anser att en sådan utveckling inte är helt ologisk, eftersom företag har möjligheten att utnyttja sin dominerande ställning för att skapa förutsättningar som ger det orättvisa fördelar på en orelaterad marknad. Ett företag kan exempelvis hämta resurser från sin dominerande marknad när det genomför en underprissättningsstrategi på en helt avskild marknad.<sup>88</sup>

Oavsett logiken i argumenten för en sådan bedömning, kan man inte undgå att se att rådande praxis tydligt visar på att ett samband mellan marknaderna måste föreligga för att artikel 82 ska vara tillämplig. I sitt förslag till avgörande resonerade GA Colomer kring frågan och ansåg att det vore oacceptabelt att tänja tillämpningsområdet för artikel 82 så långt, eftersom det skulle göra det i princip omöjligt för företag som är dominerande att konkurrera på lika villkor med företag på andra marknader. Han menade att vissa åtgärder som kan krävas för att penetrera en annan marknad, skulle fälla ett sådant företag för missbruk.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Faull, J. & Nikpay, A., 2007, *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*, s. 344.

<sup>88</sup> Monti, G., 2007, *EC Competition Law*, s. 194.

<sup>89</sup> GA Colomers förslag till avgörande i C-333/94P, stycke 42.

## 4.4 Hävstångseffektens betydelse

Även om sambanden till angränsande marknad fungerar som ett verktyg för att fastställa en dominerande ställning kan man inte undgå att uppmärksamma domstolarnas många hänvisningar till hävstångseffekter<sup>90</sup>. Två av Microsofts invändningar handlade om just avsaknaden av hävstångseffekt, både gällande incitament till att framkalla en sådan effekt och om möjligheterna att utnyttja den.

Kommissionen var noga med att gå igenom argumenten kring hävstångseffekter, i sitt svar på Microsofts invändningar. Om en hävstångseffekt inte är central i fastställandet av dominerande ställning kunde Kommissionen lika gärna ha svarat att invändningarna var oriktiga, vilket den inte gjorde. Nedan följer ett uttalande som visar hur Kommissionen beaktade de nätverkseffekter som fanns mellan marknaderna och vilken roll de spelade i bedömningen:

*The exploitation of those network effects with a view to leveraging its quasi-monopoly from the client PC operating system market to the work group server operating system market is at the root of the identified abuse of refusal to supply*<sup>91</sup>

Kopplingarna gjorde i princip en sådan hävstångseffekt ofrånkomlig, men frågan är om påvisandet av en hävstångseffekt är en förutsättning för att tillämpa artikel 82 på angränsande marknader.

I *Microsoft* användes inte en dominerande ställning för att begå ett missbruk, utan licensvägran skedde och kunde ha skett utan stöd av en dominerande ställning. Det handlar om att företaget utnyttjat de starka kopplingarna till den dominerande marknaden för att maximera effekten av åtagandet på den icke-dominerande marknaden. Dessa samband är vad som gör åtagandet till ett missbruk, eftersom två marknader

---

<sup>90</sup> När ett företag använder en dominerande ställning för att stärka sin position på en annan marknad.

<sup>91</sup> COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, stycke 533.

bedöms som en enda.

Låt oss säga att ett företag är dominerande på marknad A men inte på marknad B, företaget använder sig av underprissättning på marknad B och kan fullfölja en sådan strategi genom att luta sig mot sin dominerande ställning den andra marknaden. I dagsläget skulle det företaget inte fällas för missbruk av dominerande ställning, trots att det förekommer en slags hävstångseffekt, eftersom det inte finns några samband mellan marknaderna som möjliggör en sådan bedömning. En hävstångseffekt är följaktligen ingen förutsättning för att tillämpa artikel 82 på angränsande marknader. Detta borde vara en given slutsats efter Förstainstansrättens avgörande i *Tetra Pak*<sup>92</sup>, och det finns inget i senare praxis som kan anses ha ändrat detta synsätt.

Hävstångseffekter möjliggörs nödvändigtvis inte av sambanden, men sambanden är i princip alltid närvarande när företag försöker utnyttja sin dominerande ställning på en angränsande marknad. Detta är möjligtvis anledningen till att vissa drar, enligt min mening, felaktiga slutsatser om hävstångseffektens betydelse.

Orsakerna till denna fokusering på hävstångseffekter hänger ihop med diskussionen jag tog upp tidigare, angående förutsättningen av kausala kopplingar mellan dominans och missbruk vid tillämpning av artikel 82. Argumenten för kravet på ett påvisande av hävstångseffekt är ofta grundade i ett av EG-domstolens egna uttalanden:

*It is true that application of Article 86 presupposes a link between the dominant position and the alleged abusive conduct, which is normally not present where conduct on a market distinct from the dominated market produces effects on that distinct market.*<sup>93</sup>

Först och främst bör man se domstolens uttalande i rätt sammanhang, det handlade

---

<sup>92</sup> Levy, N., 1995, *Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?*, European Competition Law, s. 108-109.

<sup>93</sup> C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission.*, stycke 27.



här om huruvida en tillämpning av artikel 82 på angränsande marknader var möjlig. Jag anser att kravet på kausala kopplingar vanligtvis uppfylls genom att dominerande ställning och missbruk återfinns på samma marknad. I fall som rör angränsande marknader finns det ingen sådan automatisk koppling utan domstolen är tvungen att fastställa ett samband mellan två marknader för att möjliggöra en gemensam marknadsbedömning och därmed uppfylla kravet på kausal koppling.

En fråga jag tidigare satte mig för att besvara handlade om varför den utvidgade tillämpningen av artikel 82 är så sällsynt. Anledningen är att omständigheterna som måste förekomma vid en sådan bedömning inträffar väldigt sällan.<sup>94</sup> Domstolarna är dessutom väldigt strikta med bedömningarna gällande angränsande marknader.<sup>95</sup> I sitt förslag till avgörande i *Tetra Pak* förutspådde GA Colomer mycket riktigt den sparsamma tillämpningen av angränsande marknader som kom att följa.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Levy, N., 1995, *Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?*, European Competition Law, s. 109.

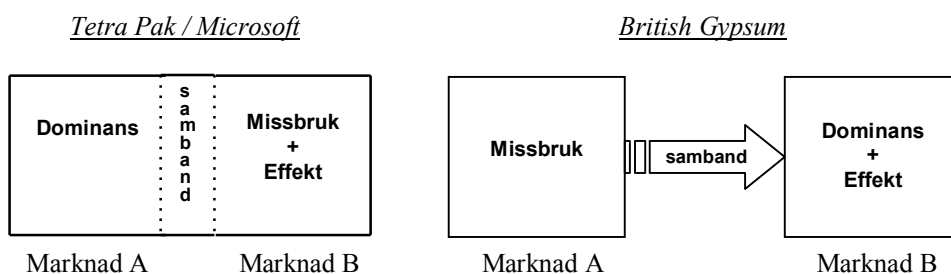
<sup>95</sup> GA Colomers förslag till avgörande i C-333/94P, stycke 57.

<sup>96</sup> Ibid.

## 5. Slutsats

Efter att ha analyserat domstolarnas förhållningssätt till missbruk på angränsande marknader och de resonemang som fördes fram vid bedömningarna i *British Gypsum*, *Tetra Pak* och *Microsoft*, står det klart att det finns betydande skillnader i hur situationerna hanteras. Detta är kanske inte särskilt anmärkningsvärt, däremot är likheterna desto mer intressanta. Här under följer en bild för att bättre illustrera domstolarnas förhållningssätt.

**Bild 5.1 – Två fall av marknadsbedömning**



Som vi kan se av bilden förutsätter den mer vidsträckta tillämpningen av artikel 82 alltid ett samband mellan marknaderna. Dessa samband är väldigt likartade. Utgångspunkten för bedömningen är densamma, men eftersom kopplingen mellan dominans och marknad är som svagast i situationer där effekten av missbruket återfinns på den icke-dominerande marknaden, ställs det hårdare krav vid en sådan bedömning. De hårdare kraven utgörs av ett beaktande av marknadsstyrka, främst på den angränsande marknaden. I sådana situationer måste sambanden vara tillräckligt starka för att möjliggöra en gemensam marknadsbedömning.

Det svaga förhållandet mellan dominans, missbruk och effekt leder till krav på starkare samband mellan marknaderna, så till den grad att domstolarna kan göra en bedömning av en gemensam marknad, där två marknader bedöms som en.

Den enda märkbara skillnaden i utvecklingen av begreppets tillämpning, vars betydelse man kan ifrågasätta, är sättet på vilket man bedömer ett företags ställning på en angränsande marknad. I *British Gypsum* och *Tetra Pak* kom domstolarna fram till att en isolerad bedömning av marknaden inte skulle leda till ett fastställande av dominans, och använde sig därför av sambanden som existerade mellan marknaderna för att göra ett sådant fastställande. I *Microsoft* däremot, använde Förstainstansrätten sambanden till den dominerande marknaden som ett tillägg (inte ett alternativ) i bedömningen av företagets dominans på den angränsande marknaden (operativsystem för klientdatorer).<sup>97</sup>

Som jag nämnde i analysen har frågan om hävstångseffekt varit omdiskuterad. Jag är övertygad om att en sådan effekt inte är en förutsättning vid en utvidgad tillämpning av artikel 82, även om andra hävdar motsatsen.<sup>98</sup> Levy, Padilla och O'Donoghue förespråkar existensen av en sådan förutsättning och går så långt som att ifrågasätta sambandens relevans och nytta men det är uppenbart att stöd för att sådan uppfattning inte finns att hitta i praxis.<sup>99</sup>

När det gäller begreppets framtida användning är det tveksamt om vi kommer få en mer frekvent tillämpning av den bredare tolkningen av artikel 82 och jag tror mig våga påstå att tillämpningsområdet har nått sin gräns.

---

<sup>97</sup> T-201/04, *Microsoft v Commission.*, stycke 33.

<sup>98</sup> Wood, D., 12:e juni 2005, *Article 82 and leveraging*, *Competition Law Insight*, s. 7.

<sup>99</sup> Levy, N., 1995, *Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?*, *European Competition Law*, s. 108 och O'Donoghue, R. & Padilla A.J., 2006, *The Law and Economics of Article 82*, s. 211.

## 6. Källförteckning

### Litteratur

Andreangeli, Arianna, 2008. "Case T-201/04, Microsoft v. Commission, Judgment of the Grand Chamber of the Court of First Instance of 17 September 2007", *Common Market Law Review*, volym 45, nr. 3, s. 863-894.

Ezrachi, Ariel, 2008. *EC Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford.

Faull, Jonathan - Nikpay, Ali, 2007. *Faull & Nikpay: The EC Law of Competition*. 2<sup>nd</sup> edition. Oxford.

Korah, Valentine, 2007. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 9<sup>th</sup> edition. Portland.

Levy, Nicholas, 1995. "Tetra Pak II: Stretching the Limits of Article 86?", *European Competition Law Review*, nr 2, s, 104-109.

Monti, Giorgio, 2007. *EC Competition Law*. Cambridge.

O'Donoghue, Robert - Padilla A. Jorge, 2006. *The Law and Economics of Article 82*, Oxford.

Roth, Peter - Rose Vivien., 2008. *Bellamy & Child: European Community Law of*

*Competition*. 6<sup>th</sup> edition. Oxford.

Whish, Richard, 2003. *Competition Law*. 5<sup>th</sup> edition. London.

Wood, David, 2005. "Article 82 and leveraging", *Competition Law Insight* 12:e juli 2005.

## Offentligt tryck

*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005.

COMP/C-3/37.792, *Microsoft*.

OJ 1989 L10/50, *BPB Industries plc*.

OJ 1992 L72/1, *Tetra Pak II*.

## Rättspraxis

T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission* [1993] ECR II-389

T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission* [1994] ECR II-755

T-201/04, *Microsoft v Commission* (ännu ej publicerat)

Förslag till avgörande av generaladvokat Léger föredraget den 13 december 1994 i C-310/93P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission* [1995] ECR I-865

Förslag till avgörande av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 27 juni 1996 i C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission* [1996] ECR I-5951

6-72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission* [1973] ECR 215

6/73 och 7/73, *ICI and Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223

27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission* [1978] ECR 207

85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461

C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359

C-310/93P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission* [1995] ECR I-865

C-333/94P, *Tetra Pak International SA v Commission* [1996] ECR I-5951