



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Morvarid Dorkhan

***Vilka handlingar kan utgöra
missbruk av dominerande ställning
enligt artikel 82 i Romfördraget?***

Examensarbete
20 poäng

Jean-Monet Professor Carl-Michael Quitzow

EG-rätt

Hösttermin 2001

Innehållsförteckning

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Allmänt	4
1.2 Frågeställning och syfte	5
1.3 Metod	5
1.4 Avgränsning	6
1.5 Disposition	6
2 FRI KONKURRENS OCH FÖRBUDEN MOT KONKURRENSBEGRENSNINGAR	8
2.1 Allmänt	8
2.2 Likheter och skillnader mellan missbruksförbudet i artikel 82 och kartellförbudet i artikel 81.	8
2.3 Hur förhåller sig artikel 82 till artikel 81?	10
3 MISSBRUKSBEGREPPET I ARTIKEL 82	12
3.1 Allmänt	12
3.1.1 Påtvingandet av oskäliga affärsvillkor	13
3.1.1.1 Påtvingandet av oskäligt låga priser	13
3.1.1.2 Påtvingandet av oskäligt höga priser	13
3.1.1.3 Påtvingandet av andra oskäliga affärsvillkor	14
3.1.2 Begränsning av produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna	14
3.1.3 Diskriminering	16
3.1.4 "Tying"	16
3.1.4.1 "Tie-in"	17
3.1.4.2 "Tie-out"	18
4 ANDRA MISSBRUKSGRUNDER ÄN DE I ARTIKEL 82 UPPRÄKNADE	19
4.1 Leveransvägran	20
4.1.1 Vägran att leverera varor/tjänster	21
4.1.2 Minskning av leverans	23
4.1.3 Vägran att tillhandahålla patentskyddad information	23
4.1.4 Vägran att bevilja licens för olika immateriella rättigheter	24
4.1.5 Påläggandet av exklusiva inköpsförpliktelser	25

4.2	Prissättning	25
4.2.1	Plundrande prissättning	26
4.2.2	Orättvis prissättning	26
4.2.3	Buntprissättning	27
4.2.4	Diskriminerande prissättning	27
4.2.4.1	Trohetsrabatter	28
4.2.4.2	Målsättningsrabatter	29
4.2.4.3	“Top slice” rabatter	30
4.3	Ökning av konkurrenters kostnader	30
4.3.1	Utnyttjande av rättegångsförfarande	31
4.3.2	Krav på fullgörelse av ett kontrakt	31
4.4	Korssubvention	32
4.5	Strukturellt missbruk	33
4.5.1	Förvärv varav man styrker dominans	33
4.5.2	Förvärv av minoritetsaktier	34
4.5.3	Förvärv av en licens	35
5	DOKTRINEN OM “ESSENTIAL FACILITIES”	37
6	VEM SKALL ARTIKEL 82 SKYDDA?	40
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	41
	BILAGA A	44
	BILAGA B	45
	BILAGA C	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	47
	RÄTTSFALL FRÅN EG-DOMSTOLEN	49
	RÄTTSFALL FRÅN CFI	51
	KOMMISSIONSBESLUT	52

Sammanfattning

Konkurrensrätten har alltid haft en viktig roll inom Europeiska gemenskapens politik. Den syftar till att säkerställa att näringslivet inom unionen blir konkurrensutsatt. De grundläggande förbuden mot konkurrensbegränsningar stadgas i artiklarna 81 och 82 i Romfördraget. Dessa två artiklar riktar sig mot företag och är ämnade att komplettera varandra med syftet att förbjuda konkurrensbegränsade handlingar. Artiklarna är inte ömsesidigt exklusiva vilket innebär att en handling kan vara förbjudet enligt båda artiklarna samtidigt.

Artikel 82 har som uppgift inom EG-rätten att reglera handlingar som företas av företag med dominerande ställning inom en viss marknad. Sådana företag kan använda sin marknadskraft till att utesluta eller begränsa konkurrensen genom att förhindra tillträde till, eller driva ut existerande konkurrens inom, viss marknad. Syftet bakom artikel 82 är att förbjuda en handling med sådan effekt. Detta syfte är gemensamt för både artikel 81 och 82 men den metod som används i artikel 82 är inte densamma som i artikel 81. Metoden under artikel 81 är att koncentrera sig på olika företags överenskommelser och samordnade förfaranden medan artikel 82 koncentrerar sig på enskilda företag som har fått en dominerande ställning d.v.s. företag med omfattande marknadskraft.

Den dominerande ställningen är inte i sig förbjuden enligt artikel 82. Denna artikel lägger bara ett speciellt ansvar på sådana företag d.v.s. att inte missbruka sin omfattande marknadskraft. EG-domstolen har uttryckt detta ansvar som:

”... not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”

Artikel 82 definierar två olika missbruksbegrepp. Det första är ”exploitive abuse” d.v.s. egennyttigt missbruk. Detta innefattar handlingar där marknadskraften används för att tvinga fram stor vinning för företaget till nackdel för konsumenterna genom t.ex. oskäligt höga priser (artikel 82 a) eller genom begränsad leverans till marknaden. Det andra missbruksbegreppet inom artikel 82 är ”anticompetitive abuse”. Detta innefattar handlingar som används för att fördriva eller utesluta konkurrenter från marknaden genom t.ex. diskriminerande behandlingar (artikel 82 c) eller genom ”tying” (artikel 82 d). ”Tying” syftar på handlingar som till det yttre verkar riktas mot konsumenterna men som i verkligheten har en indirekt effekt mot konkurrenter genom att avhålla och utesluta dem från marknaden.

Både Kommissionen och EG-domstolen tolkar artikel 82 förhållandevis extensivt. Detta innebär att det finns många handlingar som kan anses som missbruk enligt artikel 82 och därmed förbjudna om de utförs av ett företag

med dominerande ställning på viss marknad. Det är därför av stor betydelse för storföretag att ha kunskap om innebörden av praxis på detta område, för att kunna förhindra ett eventuellt missbruk i strid med EG:s konkurrensrätt.

Förkortningar

CFI	Court of First Instance (Förstainstansrätten)
CMLR	Common Market Law Review
ECLR	European Competition Law Review
ECR	European Court Reports
EEC	European Economic Community
EEG	Den europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Den Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen

1 Inledning

1.1 Allmänt

Konkurrensrätten har alltid¹ haft en framträdande plats inom den Europeiska gemenskapens politik och den syftar till att säkra en ”sund konkurrens” på den gemensamma marknaden. Detta syfte framhålls i såväl artikel 2² som i artikel 3(1)(g)³ i Romfördraget⁴. Fördraget innehåller också såväl konkurrensregler som riktar sig till företag som sådana som riktar sig till medlemsstaterna. De grundläggande förbuden mot konkurrensbegränsningar som riktar sig mot företag stadgas i artiklarna 81⁵ och 82 i Romfördraget. Artikel 81 förbjuder konkurrensbegränsande överenskommelser och samordnande förfaranden. Artikel 82 förbjuder marknadsdominerande företag att missbruka sin ställning.

Förbudet mot konkurrensbegränsande handlingar i artikel 82 innehåller en fundamental motsättning till tanken om fri konkurrens på den gemensamma marknaden. Denna motsättning och spänning kan illustreras genom ett citat:

”The successful competitor, having been urged to compete,
must not be turned upon when he wins.”⁶

Förbudet mot missbruk av en dominerande ställning i artikel 82 begränsar den fria konkurrensen för det företag som uppnått en dominerande position på en viss marknad. Syftet med denna artikel är att förhindra en uteslutning eller stor minskning av konkurrensen. Artikeln begränsar alltså den fria konkurrensen för att det skall vara möjligt att fortsätta med och bevara den. Artikeln drar därmed linjen mellan en rättslig konkurrenskraftig handling och en icke-rättslig konkurrenskraftig handling d.v.s. missbruk av en dominerande ställning. Det är denna gränsdragning, i min mening, som gör konkurrensrätten och artikel 82 så intressant och det är därför jag har valt att behandla denna artikel i min uppsats.

¹ Sedan inrättandet av EKSG 1952.

² Se bilaga A.

³ Se bilaga B.

⁴ Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknad i Rom den 25 mars 1957, konsoliderad version i enlighet med ändringar gjorda till följd av det i Amsterdam den 2 oktober 1997 undertecknade Amsterdamfördraget om ändring av Fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem.

⁵ Se bilaga C.

⁶ Detta uttalande är från en amerikansk domare i ett amerikanskt fall: *Alcoa, United States v. Aluminium Co. of America*, och är citerat av Sarah Turnbull i hennes artikel: *Barriers to entry, Article 86 EC and the Abuse of a dominant position: An economic Critique of European Community Competition Law*, [1996] 2 ECLR, s. 96.

1.2 Frågeställning och syfte

Företagens affärsverksamhet påverkas av EG:s konkurrenslagstiftning eftersom de måste anpassa sig till de gällande reglerna. Ett företag med dominerande ställning inom en viss marknad måste alltid ha artikel 82 i åtanke när det gör affärer. Det är därför mycket viktigt att ha kunskaper om denna artikel och vad som enligt artikeln utgör missbruk av en dominerande ställning. Enligt artikel 3 i förordning nr 17⁷, som fastställer regler för tillämpning av artiklarna 81 och 82 i Romfördraget, kan Kommissionen vid ett konstaterande av missbruk ålägga företaget att upphöra med den aktuella handlingen. Enligt artikel 15⁸ i samma förordning kan Kommissionen också pålägga företaget böter. Det är därför av största vikt att större företag är medvetna om och kan förutse vilka handlingar som kan innebära missbruk enligt artikel 82.

I denna uppsats kommer jag inledningsvis kort att behandla och jämföra de grundläggande förbuden mot konkurrensbegränsningar i artiklarna 81 och 82 i Romfördraget. Syftet med denna jämförelse av kartellförbudet i artikel 81 och missbruksförbudet i artikel 82 är att klargöra likheterna och skillnaderna mellan dessa två artiklar. Min huvudsakliga frågeställning i uppsatsen är dock vilka olika handlingar som kan anses utgöra missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82. Syftet med behandlingen av denna fråga är att redogöra för praxis på detta område och därmed beskriva vilka handlingar som större företag bör se upp med för att inte göra sig skyldiga till missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82.

1.3 Metod

Jag har valt att genomgående använda mig av den omfattande rättspraxis från Kommissionen, Förstainstansrätten (nedan kallad CFI) och EG-domstolen för att återge just vad som enligt praxis har ansetts att utgöra missbruk av en dominerande ställning. Praxis är den mest relevanta källan på detta område då det i stor utsträckning är den som styr hur företag skall agera eller rättare sagt inte agera för att inte göra sig skyldiga till missbruk av dominerande ställning. Jag har också använt mig av doktrin och artiklar för att kunna klargöra och komplettera praxis.

⁷ Rådets Förordning 17/62 EEG av den 6 februari 1962, den första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 [1962] EGT L13/204. Se också Commission Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty, COM [2000] 582 av den 27 september 2000. http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/modernisation/comm_2000_582/en.pdf.

Artikel 3 i Förordning 17/62 motsvaras av artikel 7 i det nya förordningsförslaget från år 2000.

⁸ I det nya förordningsförslaget från år 2000 behandlas frågan om möjligheten att pålägga företaget böter i artikel 22.

Den juridiska fakultetens bibliotek i Lund har varit min primära källa för insamling av information. Jag har också haft en väldigt stor användning av Kommissionen- och EG-domstolens databaser på nätet för färdigställandet av detta arbete.

Amsterdamfördraget signerades andra oktober 1997 och trädde i kraft första maj 1999. Detta fördrag bestämde bl.a. att artiklarna i fördraget om Europeiska Unionen och i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen skall numreras om. Artikel 82, som utgör den huvudsakliga artikeln i detta arbete, hade artikelnumret 86 innan Amsterdamfördraget. Artikel 81 och artikel 3(1)(g) hade artikelnumren 85 och 3(f). I detta arbete kommer jag att använda mig av de nya artikelnumren i Romfördraget. Vid citeringar av rättsfall och dokument från tiden innan första maj 1999 sker hänvisning till de gamla artikelnumren. För att förhindra missförstånd för läsaren kommer jag att vid sådana citat ange artikelnumren i kursiverad stil.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen behandlar den mycket viktiga konkurrensrättsliga artikel 82 och omfattar i stort sett samtliga typer av handlingar som ansetts utgöra missbruk av en dominerande ställning i praxis enligt denna artikel. För att en handling skall vara förbjuden enligt artikel 82 krävs det att tre kriterier är uppfyllda:

1. existensen av en dominerande ställning,
2. missbruk av en sådan ställning och
3. möjligheten att handeln mellan medlemsstater kan påverkas av missbruket av den dominerande ställningen.

På grund av utrymmes- och tidsbrist kommer jag endast att behandla det andra kriteriet d.v.s. missbrukskriteriet i denna uppsats. Av samma skäl kommer jag inte heller att behandla artikel 81 i Romfördraget, som också är en viktig konkurrensrättslig bestämmelse. Denna artikel berörs dock kort inledningsvis för att belysa hur artiklarna 81 och 82 kompletterar varandra i syfte att förhindra konkurrensbegränsade handlingar inom unionen.

1.5 Disposition

I uppsatsens andra kapitel redogör jag för förbuden mot konkurrensbegränsningar i artiklarna 81 och 82. I detta kapitel behandlar jag likheterna och skillnaderna mellan missbruksförbudet i artikel 82 och kartellförbudet i artikel 81 och hur dessa två artiklar förhåller sig till varandra.

I kapitel tre följer en närmare behandling av artikel 82. Jag kommer här att behandla de fyra olika exemplen på missbruk som är uppräknade i artikel 82 och vad som enligt praxis faller under dessa fyra olika missbruk.

I nästa kapitel kommer jag att redovisa för andra missbruksgrunder än de uppräknade i artikel 82 som enligt Kommissionen, CFI och EG-domstolen är att anse som missbruk av en dominerande ställning.

Kapitlet därpå ägnas åt doktrinen om "essential facilities". Denna doktrin har använts som ett hjälpmedel i praxis för fastställandet av frågan om en handling utförd av ett företag med dominerande ställning är att anse som missbruk enligt artikel 82.

Uppsatsens sista kapitel innehåller avslutande kommentarer där några kortfattade egna reflektioner tas upp. Detta kapitel baseras på mina egna tankar och "tyckanden" som vuxit fram under den tiden jag har arbetat med denna uppsats.

2 Fri konkurrens och förbuden mot konkurrensbegränsningar

2.1 Allmänt

En av de viktigaste grundprinciperna inom den gemensamma marknaden är fri konkurrens på lika villkor. Enligt artikel 2 i Romfördraget skall gemenskapen bl.a. ha som uppgift att främja en hög grad av konkurrenskraft. Enligt artikel 3(1)(g) i Fördraget skall gemenskapen upprätta en ordning som säkrar att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids. EG:s konkurrensrätt gäller på alla områden som rör ekonomisk verksamhet.⁹ Fördraget innehåller såväl konkurrensregler som riktar sig till företag som sådana som riktar sig till medlemsstaterna. Artiklarna 81 och 82 riktar sig till företag och båda artiklarna har direkt verkan. Detta innebär att de kan åberopas av enskilda vid nationella domstolar.

2.2 Likheter och skillnader mellan missbruksförbudet i artikel 82 och kartellförbudet i artikel 81.

Både artikel 81 och artikel 82 bygger på förbudsprincipen. Detta innebär att konkurrensbegränsade åtgärder principiellt är förbjudna. Båda artiklarna är till för att säkerställa de fastlagda principerna i artiklarna 2 och 3(1)(g) i Romfördraget.¹⁰ Detta innebär att båda artiklarna är instrument som skall underlätta uppbyggandet och upprätthållandet av en gemensam marknad och att de tillsammans bildar ett system som försäkrar att konkurrensen inte snedvrids.

Att artikel 81 och artikel 82 är ämnade att komplettera varandra framgår av EG-domstolens uttalanden i *Continental Can* fallet:

”... *Articles 85 and 86 seek to achieve the same aim on different levels*” och att ”... *Articles 85 and 86 cannot be interpreted in such a way that they contradict each other, because they serve to achieve the same aim.*”¹¹

De icke uttömmande exemplen på missbruk i artikel 82 återger i stort sett de i artikel 81. Exempel (c) d.v.s. diskriminering och exempel (d) d.v.s. ”tying”

⁹ Detta innebär att även om jordbruks- och transportområdena är föremål för särreglering, skall konkurrensreglerna tillämpas också på dessa områden.

¹⁰ 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG v. Kommissionen* [1979] ECR 461, para 125.

¹¹ 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission* [1973] ECR 215, para 25.

i artikel 82 stämmer ordagrant i överens med exempel (d) och (e) i artikel 81. Exemplet (a) och (b) i artikel 82 d.v.s. oskäligen priser och begränsning av produktionen överensstämmer med exemplen (a) och (b) i artikel 81 dock med viss modifikation. Artikel 82 förbjuder endast påtvingandet av oskäligen priser medan artikel 81 förbjuder prisöverenskommelser oavsett om de är skäligen eller inte. Vad gäller begränsning av produktionen är en sådan handling förbjuden enligt artikel 82 bara i den mån som den är till nackdel för konsumenterna medan artikel 81 saknar ett sådant krav. Artikel 82 saknar motsvarighet till exempel (c) i artikel 81, d.v.s. förbud mot uppdelandet av marknader eller inköpskällor. Detta kan bero på att artikel 82 omfattar såväl ensidiga som dubbel- eller flersidiga förfaranden medan begreppet uppdelning i artikel 81 tyder på att endast omfatta förfaranden där minst två parter är inblandade.

Trots att artiklarna 81 och 82 är ämnade att säkerställa samma grundläggande principer i Romfördraget, är de dock två oberoende instrument som har till avsikt att bota två helt olika kommersiella situationer.¹² De viktiga skillnaderna mellan dessa artiklar kan sammanfattas enligt följande:

En stor skillnad mellan artikel 81 och artikel 82 är att den förra inte omfattar ensidiga förfaranden medan den senare gör det. Detta innebär att artikel 81 täcker bara avtalsförhållanden d.v.s. det krävs alltid minst två parter (ett anbud och en accept) för att förbudet i artikeln skall beaktas. Missbruksförbudet i artikel 82 däremot tillämpas utan något sådant krav. Artikeln omfattar alltså även ensidiga förfaranden.

En annan skillnad mellan artiklarna är att ett brott mot artikel 81 kräver ett fastställande att överenskommelsen har ett "anticompetitive" resultat eller syfte. Ett sådant krav saknas för brott mot artikel 82. För att brott skall föreligga enligt denna artikel räcker det att visa att företaget med den dominerande ställningen har utnyttjat denna på ett missbrukligt sätt.

En tredje skillnad är att artikel 82 kräver dominerande ställning för att en handling skall kunna förbjudas enligt artikeln medan det räcker för tillämpningen av förbudet i artikel 81 att handlingen innebär en märkbar begränsning av konkurrensen. Artikel 82 kräver alltså en större grad av marknadskraft än vad artikel 81 gör.

En fjärde skillnad är att det finns möjlighet till undantag vad gäller förbudet i artikel 81¹³ medan artikel 82 inte rymmer några undantag enligt en fast rättspraxis.¹⁴ Detta innebär att om ett företag anses ha missbrukat sin dominerande ställning finns det inget sätt att komma undan artikel 82. Detta beror helt enkelt på att ett missbruk inte kan rättfärdigas.

¹² T 51/89, *Tetra Pak I v. Kommissionen* [1990] ECR II-309, para 22.

¹³ Se artikel 81(3).

¹⁴ C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge och Dafra-Lines v. Kommissionen* [2000] ECR I-1365, para 130.

2.3 Hur förhåller sig artikel 82 till artikel 81?

Med hänsyn till avsnittet ovan kan det konstateras att vissa handlingar kan strida mot både artikel 81 och artikel 82.

Den första frågan som blir aktuell därmed är om artikel 81 och artikel 82 kan tillämpas parallellt d.v.s. kan en handling innebära ett brott mot dessa artiklar samtidigt? Denna fråga har besvarats jakande av EG-domstolen.¹⁵ Detta innebär att en överenskommen handling mellan minst två parter som strider mot artikel 81 kan samtidigt utgöra missbruk av en dominerande ställning och därmed strida även mot artikel 82 eller *vice versa*. Detta innebär dock självklart inte att alla handlingar som strider mot artikel 81 strider samtidigt mot artikel 82 eller *vice versa*. EG-domstolen har också slagit fast att när en överenskommelse verkar strida mot båda artiklarna är det möjligt att använda vilkendera artikel.¹⁶ Enligt EG-domstolens senare praxis är det också möjligt att använda artiklarna samtidigt när en handling strider mot båda dessa artiklar.¹⁷

En annan fråga som blir aktuell är om missbruksförbudet i artikel 82 kan tillämpas när ett undantag (individuellt- eller gruppundantag) beviljats i enlighet med artikel 81(3)? Även denna fråga har besvarats jakande i praxis. CFI bekräftade i *Tetra Pak* fallet¹⁸ Kommissionens beslut¹⁹ att Tetra Paks förvärv av en exklusiv patentlicens stred mot artikel 82. Domstolen konstaterade att det faktum att den exklusiva patentlicensen gagnades av ett undantag p.g.a. blockundantaget för patentlicens²⁰ inte hindrade Domstolen från att fastställa ett brott mot artikel 82.²¹

Det måste dock här konstateras att det är väldigt sällan och osannolikt att ett individuellt undantag beviljas för ett avtal som strider mot eller som sannolikt i framtiden kommer att strida mot missbruksförbudet i artikel 82. Man kan, nästan med full säkerhet, utgå ifrån att Kommissionen vid behandlingen av ett sådant undantag också beaktar tillämpningen av artikel 82. Dessutom är en av kriterierna för beviljandet av undantag enligt artikel 81(3) att undantaget inte ger företaget möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.²² Detta kriterium motsvarar i stort sett det test som används vid tillämpningen av artikel 82. Ett blockundantag innebär dock inte alltid att artikel 82 har beaktats och att undantaget innebär att handlingen inte utgör missbruk av en dominerande

¹⁵ Se bl.a. C-395/96 P och C-396/96 P, *ibid*, para 33.

¹⁶ 85/76, *supra* nr 10, para 116.

¹⁷ 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, [1989] ECR 803, para 37.

¹⁸ T 51/89, *supra* nr 12.

¹⁹ 88/501, *Tetra Pak I* [1988] EGT L272/27.

²⁰ Kommissionens Förordning 2349/84 om tillämpningen av artikel 85(3) i Fördraget på vissa kategorier av patentlicensöverenskommelser [1984] EGT L219/15.

²¹ T 51/89, *supra* nr 12, para 25.

²² Artikel 81(3)(b).

ställning. Det är omöjligt för Kommissionen att, vid beviljandet av ett gruppundantag, kunna förutse om alla avtal som omfattas av undantaget strider mot eller sannolikt i framtiden kommer att strida mot missbruksförbudet i artikel 82.²³

²³ Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EC Law of Competition*, 1999 Oxford, s. 200f.

3 Missbruksbegreppet i artikel 82

3.1 Allmänt

Artikel 82 i Romfördraget lyder enligt följande:

Ett eller flera företags **missbruk** av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Sådant **missbruk** kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Förbudet i artikel 82 riktar sig mot missbruket av en dominerande ställning och inte den dominerande ställningen *per se*. Artikeln lägger bara ett speciellt ansvar på sådana företag d.v.s. att inte missbruka sin omfattande marknadskraft. EG-domstolen har uttryckt detta ansvar som:

”... not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”²⁴

Avgörande för tillämpningen av artikel 82 är alltså effekterna av en dominerande ställning och överhuvudtaget inte hur den marknadsdominerande ställningen har uppkommit. Detta skall dock inte blandas ihop med sådana fall där ett företag med dominerande ställning försöker att skaffa sig en ännu större dominerande ställning på marknaden.²⁵

Artikel 82 förbjuder missbruket av en dominerande ställning utan att definiera begreppet missbruk som sådant. Artikeln innehåller dock en icke

²⁴ 322/81, *Nederlandsche Badens-Industrie Michelin NV v. Kommissionen* [1983] ECR 3461, para 10.

²⁵ Se behandlingen av *Commercial Solvents* fallet nedan i avsnitt 4.1 om leveransvägran.

uttömmande exemplifierande uppräknings på vad som anses som missbruk.²⁶ Jag kommer att behandla dessa olika exempel i de följande avsnitten.

3.1.1 Påtvingandet av oskäliga affärsvillkor

Det första exemplet på missbruksbegreppet är påtvingandet av oskäliga priser eller andra oskäliga affärsvillkor.²⁷ Oskäliga priser omfattar såväl oskäligt låga²⁸ som oskäligt höga priser. Oskäligt låga priser avskräcker potentiella konkurrenter från att träda in på marknaden eller att försöka utvidga sin marknadsandel. Det kan också leda till att köra ut existerande konkurrenter från marknaden eller förlama deras verksamhet, för att kunna tvinga dem att antingen välja konkurs eller att förvärvas av företaget med den dominerande ställningen. Oskäligt höga priser gör det svårt för företagets kunder att kunna sälja vidare varorna till ett ekonomiskt vinnbart pris. Om kunderna använder varorna som råmaterial leder de höga priserna till en otillbörlig kostnad för dem. Detta skulle kunna påverka deras förmåga att konkurrera i handeln mellan medlemsstater.²⁹

3.1.1.1 Påtvingandet av oskäligt låga priser

Det är en väldigt svår uppgift att kunna fastställa vad som är oskäligt lågt pris. Kommissionen blir i sådana fall tvungen att inta en prisreglerande funktion med uppgiften att gissa vad som är den korrekta prisnivån. Detta har i praxis lett till stora svårigheter att använda oskälig prissättning som grund för missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82. Exempel på fall där denna missbruksgrund behandlats är *CICCE* fallet³⁰. I detta fall gjorde klagande, en filmproducentförening, gällande att de franska TV-stationerna tog ut oskäligt låga TV-sändningsavgifter för sändningen av dess filmer. EG-domstolen avvisade klagomålet med motiveringen att påståendet inte kunde styrkas med tillräckligt bevis för att avgifterna inte stod i skäligt förhållande till det ekonomiska värdet av filmerna, ett värde som enligt Domstolen skulle variera för varje film.³¹

3.1.1.2 Påtvingandet av oskäligt höga priser

Vad gäller uttagandet av oskäligt höga priser har Kommissionen endast i ett fåtal fall beslutat om missbruk på denna grund. Detta beror på samma svårigheter som nämnts ovan i samband med behandlingen av oskäligt låga priser. Kommissionen har beslutat om missbruk av en dominerande ställning p.g.a. uttagandet av oskäligt höga priser i *General Motors*-³² och i *United*

²⁶ Att denna uppräknings inte är uttömmande framgår av såväl artikelns ordalydelse som EG-domstolens praxis i bl.a. 6/72, supra nr 11, para 26; C-395/96 P och C-396/96 P, supra nr 14, para 112.

²⁷ Artikel 82(a).

²⁸ Se behandlingen av *AKZO* fallet nedan i avsnitt 4.2.1 om plundrande prissättning.

²⁹ Christopher Bellamy och Graham D. Child, *Common Market Law of Competition*, 1973 London, s. 158.

³⁰ 298/83, *CICCE v. Kommissionen* [1985] ECR 1105.

³¹ 298/83, *ibid*, paras 25-28.

³² 26/75, *General Motors Continental NV v. Kommissionen* [1975] ECR 1367.

*Brands*³³ fallen. Båda dessa fall ströks dock av EG-domstolen av olika orsaker. Domstolen har dock i båda fallen klargjort att överprissättning kan i princip innebära missbruk av en dominerande ställning. I *Sirena* fallet³⁴ slog EG-domstolen fast att överprissättning kan anses som missbruk av en dominerande ställning om det höga priset inte kan rättfärdigas med objektiva skäl.³⁵

3.1.1.3 Påtvingandet av andra oskäligen affärsvillkor

Artikel 82(a) tar också upp påtvingandet av andra oskäligen affärsvillkor som exempel på missbruk. För att bevisa vad som utgör skäligen affärsvillkor i motsats till oskäligen sådana möter man samma problem som nämnts ovan angående fastställandet av vad som skall anses vara ett skäligen pris. För att kunna fastställa om ett affärsvillkor är oskäligen måste Kommissionen eller EG-domstolen först kunna fastställa vilka villkor som skulle råda på en konkurrenskraftig marknad. Detta har lett till att Kommissionen och Domstolen använder sig av denna missbruksgrund bara i undantagsfall. *GEMA* fallet³⁶ var det första kommissionsbeslutet vad gäller tillämpningen av artikel 82.³⁷ I detta fall ansågs påtvingandet av oskäligen villkor utgöra missbruk av en dominerande ställning. Ett annat exempel på fall där EG-domstolen använt sig av denna missbruksgrund är *Alsatel* fallet³⁸. Detta fall berörde ett avtal om uthyrning av telekommunikationsutrustning. Avtalet innehöll villkoret att företaget med den dominerande ställningen kunde ensidigt höja hyran och automatiskt förlänga hyreskontraktet med 15 år. EG-domstolen fastslog att detta villkor var oskäligen och kunde därmed utgöra missbruk av en dominerande ställning om de andra villkoren i artikel 82 var också uppfyllda.³⁹

3.1.2 Begränsning av produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna

Det andra uppräknade exemplet på missbruk i artikel 82 är begränsning av produktionen, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna.⁴⁰ Det viktiga avgörandet för denna missbruksgrund är att den skall vara till konsumenternas nackdel. Denna begränsning beror på att artikeln tillåter existensen och den fortsatta verksamheten av företag med dominerande ställning. När efterfrågan i en industrigren förändras måste ett

³³ 27/76, *United Brands Co. & United Brands Continentaal BV v. Kommissionen* [1978] ECR 207.

³⁴ 40/70, *Sirena Srl v. Eda Srl och andra* [1971] ECR 69, para 17.

³⁵ Se även 78/70, *Deutsche Grammophon v. Metro* [1971] ECR 487, para 19; 26/75, *supra* nr 32, para 12.

³⁶ 71/224, *GEMA* [1971] EGT L134/15.

³⁷ Rättsfallet finns bara i tysk version.

³⁸ 247/86, *Alsatel v. Novasam* [1988] ECR 5987, para 10.

³⁹ Exempel på andra fall där missbruk fastslagits p.g.a. påtvingandet av oskäligen affärsvillkor är: 127/73, *BRT v. SABAM (BRT II)* [1974] ECR 313, para 15; 92/163, *Tetra Pak II* [1992] EGT L72/1, paras 135-138.

⁴⁰ Artikel 82(b).

företag med dominerande ställning kunna, liksom andra producenter på marknaden, rationalisera produktionen, lägga om verksamheten i olika marknader och ändra sin forsknings- och utvecklingsstrategi.⁴¹

Att fastställa hur mycket varor eller vilken kvalitet som bör krävas av ett företag med dominerande ställning för att detta inte skall anses agera till konsumenternas nackdel är ingen lätt uppgift. I praxis har missbruk ansetts föreligga när ett företag med dominerande ställning slutat att producera en vara/tjänst som det producerat/erbjudit innan utan något försvarbart affärsmässigt skäl och till konsumenternas nackdel. Ett exempel på ett sådant fall är *British Leyland* fallet⁴². EG-domstolen fastslog här att en brittisk bilverkare som vägrat att förnya intyget för bilar avsedda för vänsterhänta, som företaget innan erbjudit, innebar en missbruklig begränsning av tillverkningen. Företaget kunde inte visa något affärsmässigt rättfärdigande skäl och det var klart att företagets huvudsakliga skäl varit att hindra den brittiska marknaden från parallellimport.⁴³ Exempel på ett godtagbart affärsmässigt skäl är när begränsning sker för att eliminera förlust som varan orsakar.⁴⁴

När medlemsstater har anförtrott företag med en exklusiv rätt att utföra viss verksamhet, har EG-domstolen varit angelägen att fastställa missbruk när företagets tillverkning lett till att en påtaglig mängd av efterfrågan lämnats otillfredsställd. Denna otillfredsställdhet kan både vara kvantitativ eller kvalitativ. Exempel på kvantitativ otillfredsställdhet är *Höfner* fallet⁴⁵. I detta fall fastställde EG-domstolen att en tysk offentlig institution för sysselsättning med monopol för tillhandahållandet av placeringstjänster, hade misslyckats att bemöta efterfrågan på sina tjänster och därmed missbrukat sin dominerande ställning.⁴⁶ Ett exempel på kvalitativ otillfredsställdhet är *Port of Genoa* fallet⁴⁷. I detta fall fastställde EG-domstolen att företaget med den exklusiva rätten att organisera hamnarbete hade missbrukat sin dominerande ställning eftersom företaget misslyckats med att använda modern teknologi och därmed ökat kostnaderna och orsakat längre förseningar för företagen.⁴⁸ Även privata företag med en dominerande ställning kan göra sig skyldiga till missbruk om företagets tillverkning leder till att en påtaglig mängd av efterfrågan lämnas otillfredsställd.⁴⁹

⁴¹ Christopher Bellamy och Graham D. Child, *supra* nr 29, s. 158 f.

⁴² 226/84, *British Leyland v. Kommissionen* [1986] ECR 3263.

⁴³ 226/84, *ibid*, paras 12-21.

⁴⁴ Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra* nr 23, s. 194.

⁴⁵ C-41/90, *Höfner (Klaus) och Fritz Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979.

⁴⁶ C-41/90, *ibid*, paras 30-34.

⁴⁷ C-179/90, *Merci Convenzionale Porto di Genova SpA v. Sidurgica Gabrielli SpA* [1991] ECR I-5889.

⁴⁸ C-179/90, *ibid*, paras 18-24.

⁴⁹ Se 99/329, *International Group of P&I Clubs* [1999] EGT L125/12.

3.1.3 Diskriminering

Det tredje uppräknade exemplet på missbruk i artikel 82 är diskriminering varigenom de som diskrimineras får en konkurrensnackdel.⁵⁰ Avgörande för denna missbruksgrund är huruvida den diskriminerade parten placeras i en konkurrensmässigt ofördelaktig situation. Enligt praxis kan dock sådana diskriminerande villkor accepteras om det finns en legitim förklaring till diskrimineringen.⁵¹ Användandet av olika villkor baserade på partens nationalitet är dock aldrig en tillåten grund för diskriminering. Detta skulle strida emot artikel 12 i Romfördraget som förbjuder all diskriminering p.g.a. nationalitet. Diskriminering som baseras på partens hemvist eller verksamhetsort kan däremot tillåtas om det inte sätter de som fått de "sämre" villkoren i en konkurrensmässigt mindre fördelaktig situation. Diskriminerande prissättning kommer att behandlas nedan i avsnitt 4.2.4.

3.1.4 "Tying"

Det fjärde uppräknade exemplet på missbruk i artikel 82 är s.k. "tying".⁵² Denna grund för missbruk innebär att ett företag med dominerande ställning tvingar sina kunder att köpa två eller flera av varandra oberoende varor eller tjänster tillsammans. En sådan handling ser ut att riktas mot konsumenter men i verkligheten har handlingen en indirekt effekt mot konkurrenter genom att avhålla och utesluta dem från marknaden.

En typisk "tying" situation är när ett företag vägrar att leverera varor som företaget har dominerande ställning på (the tying market) till köparen om denne inte är beredd att förvärva även andra varor som företaget inte har en dominerande ställning på (the tied market) från samma företag. En sådan handling kan begränsa konkurrensen i den s.k. "tied market" genom att driva ut från marknaden de som bara säljer de s.k. "tied produkterna". Sådana handlingar kallas för "tie in" d.v.s. företaget binder kunden vid inköpsituationer. En annan "tyingsituation" är s.k. "tie out" vilket innebär att företaget binder kunden vid försäljningssituationer genom att t.ex. bestämma över vem köparen får sälja företagets varor till. Dessa två olika "tying" handlingar behandlas i de två följande avsnitten men jag skall först här beskriva de kriterier som måste vara uppfyllda för fastställandet av ett "tying" missbruk.

För att fastställa missbruk av en dominerande ställning i "tying" situationer måste fyra kriterier vara uppfyllda:

⁵⁰ Artikel 82(c).

⁵¹ Se t.ex. 27/76, *supra* nr 33; 92/163, *supra* nr 39. I dessa fall prövade EG-domstolen och Kommissionen frågan om en legitim förklaring till diskrimineringen kunde existera men kom fram till att en sådan förklaring saknades.

⁵² Artikel 82(d).

1. Det skall handla om två av varandra oberoende saker. Detta skall enligt artikel 82 beslutas utifrån varans eller tjänstens natur eller utifrån handelsbruk.
2. Kunden skall ha tvingats till att köpa de två varorna tillsammans. Tvingandet kan ha olika former. Det klaraste fallet är när företaget gör köpet av den s.k. "tied" produkten ett absolut villkor för säljandet av den s.k. tying-produkten. Detta villkor kan antingen inbegripas i ett kontrakt mellan parterna⁵³ eller tillämpas *de facto* av företaget genom att inte sälja den s.k. "tying" produkten, såvida inte köparen förvärvar också de s.k. "tied" produkterna av företaget.⁵⁴ Tvingandet kan också gå ut på att ta bort vissa fördelar mot kunder som köper varorna var för sig. I t.ex. *Novo nordisk* fallet⁵⁵ avsåg en tillverkare av insulininjektionspennor ansvaret för funktionsstörning hos dessa pennor och vägrade att utge garanti för dem när pennorna användes tillsammans med kompatibla beståndsdelar tillverkade av konkurrenter. Tvingandet kan slutligen utövas genom eggande prissättning. Ett företag med dominerande ställning kan sänka⁵⁶ eller höja⁵⁷ rabatter beroende på om kunden köper båda varorna tillsammans eller inte.
3. Handlingen skall påverka eller skall kunna påverka konkurrensen inom den s.k. "tied" marknaden genom att hindra eller utesluta konkurrens inom denna marknad. Detta var vad som skedde i *Hilti* fallet.⁵⁸
4. Handlingen skall inte kunnas rättfärdigas med objektiva skäl från företagets sida. Enligt praxis är t.ex. behållandet av kvaliteten och/eller säkerheten en godtagbar grund för "tying". Det krävs dock i sådana fall att "tying" är det minst restriktiva sättet att försäkra kvaliteten.⁵⁹

3.1.4.1 "Tie-in"

Ett klassiskt fall på en "tie in" handling är *Hilti* fallet⁶⁰ där företaget med dominerande ställning inom handeln med lufttryckspistoler och dess tillbehör (patroner och spikar) sålde sina patroner bara till kunder som gick med på att också köpa dess nålar. Detta ledde till att självständiga producenter av nålar som passade till företagets lufttryckspistoler uteslöts från marknaden. Kommissionen fann att detta var missbruk av en

⁵³ T 83/91, *Tetra Pak International v. Kommissionen* [1994] ECR II-755; 83/400, *Windsurfing* [1983] EGT L229/1.

⁵⁴ T-30/89, *Hilti AG v. Kommissionen* [1991] ECR II-1439.

⁵⁵ Se Europeiska kommissionen, rapporter om konkurrenspolitiken 1996 (Vol. XXVI), s. 35.

⁵⁶ T-30/89, *supra* nr 54.

⁵⁷ 85/76, *supra* nr 10, para 71.

⁵⁸ T-30/89, *supra* nr 54.

⁵⁹ 27/76, *supra* nr 33, para 158.

⁶⁰ C-53/92, *Hilti AG v. Kommissionen* [1994] ECR I-667.

dominerande ställning.⁶¹ Både CFI⁶² och EG-domstolen höll med Kommissionen i detta hänseende.

3.1.4.2 “Tie-out”

Ett exempel på en “tie out” handling är *United Brands* fallet⁶³ där United Brands (UB) hade en klausul i sina kontrakt som förbjöd sina s.k. ”mognare”/distributörer att återförsälja gröna bananer.⁶⁴ När UB vägrade att sälja bananer till det danska företaget Olesen begärde företaget leverans av gröna bananer av UB:s distributörer. Företaget vägrades dock leverans eftersom dessa distributörer var hindrade enligt sina kontrakt att sälja gröna bananer. Kommissionen gjorde gällande i fallet att denna klausul innebar missbruk av en dominerande ställning.⁶⁵ UB gjorde gällande i fallet att det enda syftet med den ifrågavarande klausulen var att skydda märket ”Chiquita” och därmed även konsumenterna genom att försäkra dem om bra kvalitet på produkten.⁶⁶ EG-domstolen fann i fallet att en sådan förpliktelse för ”mognare”/distributörer utgjorde en begränsning av konkurrensen och innebar missbruk av en dominerande ställning, eftersom den begränsade marknaden till konsumenternas nackdel.⁶⁷ Domstolen konstaterade dock i fallet att det är lagligt att sträva efter en kvalitetspolicy men att en sådan policy bara kan rättfärdigas om den inte innebär något hinder mot konkurrensen vars effekt går utöver det mål som eftertraktas.⁶⁸

⁶¹ 88/138, *Eurofix-Bauco/Hilti* [1988] EGT L65/19, para 8.

⁶² T-30/89, *supra* nr 54, paras 95-101.

⁶³ 27/76, *supra* nr 33.

⁶⁴ För närmare behandling av detta fall se nedan i avsnitt 4.1.

⁶⁵ 27/76, *supra* nr 33, para 130.

⁶⁶ 27/76, *ibid*, para 142.

⁶⁷ 27/76, *ibid*, paras 157,159-161.

⁶⁸ 27/76, *ibid*, para 158.

4 Andra missbruksgrunder ände i artikel 82 uppräknade

Artikel 82 förbjuder missbruk av en dominerande ställning utan att definiera begreppet missbruk som sådant. Jag har i det föregående kapitlet behandlat de olika exemplen på missbruk som finns uppräknade i artikel 82, med hänvisning till olika rättsfall. Som jag nämnt ovan är dessa exempel inte uttömmande. Detta innebär att man i betydande utsträckning är beroende av doktrin och praxis för att kunna bedöma vad som utgör missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82. I doktrin har begreppet beskrivits bl.a. som:

”... the use of a dominant position to act in an unreasonable way which, in conditions of effective competition, would be unlikely to be permitted by suppliers or customers or would not be practicable in view of likely action by competitors. It is action which is taken as a result of and by the use of the economic power of the undertaking.”⁶⁹

Begreppet missbruk omfattar enligt EG-domstolen både direkt utnyttjande “exploitive abuse” och indirekt utnyttjande “exclusionary abuse”. Direkt utnyttjande omfattar alla handlingar varigenom det dominerande företaget utnyttjar sin marknadskraft till nackdel för konsumenterna. Indirekt utnyttjande omfattar alla handlingar som indirekt innebär nackdel för konsumenterna genom att företaget med den dominerande ställningen orsakar otillbörlig minskning av konkurrensen.⁷⁰ Missbruk av en dominerande ställning i enlighet med artikel 82 kan ta många former enligt praxis på området. Saknaden av en enhetlig definition av begreppet har gett EG-domstolen ett stort tolkningsutrymme ”margin of appreciation”.⁷¹ Begreppet har beskrivits av EG-domstolen som:

”The concept of abuse is an objective conception relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”⁷²

EG-domstolens uttalande tyder på en extensiv tolkning av begreppet missbruk där det dominerande företagens avsikter är utan betydelse. Det är alltså bara fakta som beaktas och inte frågan om företaget avsiktligen

⁶⁹ Christopher Bellamy och Graham D. Child, *supra* nr 29, s. 156.

⁷⁰ 85/76, *supra* nr 10.

⁷¹ Ett exempel på sådan extensiv tolkning är fallet 6/72, *supra* nr 11, para 26 där begreppet missbruk ansågs omfatta förvärv av andra företag (för närmare behandling av detta fall se nedan avsnitt 4.1).

⁷² 85/76, *supra* nr 10, para 91.

missbrukat sin dominerande ställning eller inte. Jag kommer i det följande att behandla olika fall där andra handlingar än de i artikel 82 uppräknade har ansetts utgöra missbruk av en dominerande ställning av Kommissionen, CFI och/eller EG-domstolen. Jag kommer, ur framställningstekniska skäl, att dela upp dessa missbruk i olika kategorier.

4.1 Leveransvägran

I praxis har många olika handlingar, där företaget med den dominerande ställningen vägrat att göra affärer med en kund (konkurrent och/eller konsument) ansetts utgöra missbruk. Vägran att förhandla med en kund omfattar såväl fall där företaget med den dominerande ställningen vägrar att påbörja att göra affärer med kunden som fall där företaget avslutar en pågående affärsrelation med denne. För att fastställa missbruk i sådana situationer räcker det inte bara med att vägran skadar kunden utan vägran måste också leda till en påtaglig minskning av konkurrensen inom den relevanta marknaden. För att kunna bestämma om konkurrensen kommer att minskas genom företagets vägran måste man kunna bedöma omfattningen av den belastning som konkurrenten utsätts för genom en sådan vägran. Om konkurrenten förblir kapabel att fungera i marknaden genom andra sätt, är företagets handling inte att beakta som missbruk. I *Oscar Bronner* fallet⁷³ slog EG-domstolen fast att vägran att tillhandahålla tillgång till en distributionsfacilitet utgjorde missbruk endast om det inte skulle finnas ett verkligt eller potentiellt substitut till faciliteten.⁷⁴

För att kunna fastställa missbruk krävs det också ytterligare att vägran att göra affärer inte kan rättfärdigas med ett objektiva skäl (affärsmässigt skäl) från företagets sida. EG-domstolen har varit sträng med att godkänna sådana rättfärdigande. Ett exempel på detta är *United Brands* fallet⁷⁵ som handlade om vägran att leverera varor till en kund. UB producerade bananer och vägrade att leverera bananer till en dansk distributör. Detta p.g.a. att den senare hade börjat att sälja produkter för UB:s konkurrenter och försummat att sälja UB:s produkter. EG-domstolen fastslog att UB:s vägran att sälja till den danska distributören innebar en begränsning av marknaden till nackdel för konsumenterna och skulle innebära diskriminering som i slutändan kunde leda till att eliminera en konkurrent från den relevanta marknaden. Domstolen fastslog därför att en sådan handling stred mot artikel 3(1)(g) och artikel 82, speciellt styckena (b) och (c) i denna artikel.⁷⁶ Domstolen erkände samtidigt i rättsfallet en rätt till motattack om det dominerande företagets egna affärsintressen attackerats. Domstolen kom dock fram i fallet att användandet av leveransvägran som sanktion mot den danska

⁷³ C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co v. Mediaprint Zeitungs* [1998] ECR I-7791, para 41.

⁷⁴ För närmare behandling av detta fall se nedan i kapitel 5 där doktrinen om "essential facilities" behandlas.

⁷⁵ 27/76, *supra* nr 33.

⁷⁶ Se även 22/78, *Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd. v. Kommissionen*, [1979] ECR 1869.

distributören var en överdriven motattack och därmed utgjorde missbruk av den dominerande ställningen.⁷⁷

Ett annat exempel på en sådan sträng tillämpning av godtagandet av affärsmässiga skäl är *Commercial Solvents* fallet⁷⁸. Commercial Solvents Corporation (CSC) tillverkade råmaterial som användes för att tillverka medicin mot tuberkulos. CSC ägde 51% av ett italienskt företag, Instituto, som köpte råmaterialet från CSC och sålde det till ett annat italienskt företag, Zoja. Instituto försökte att förvärva Zoja utan framgång. Instituto höjde därför sitt pris till Zoja vilket ledde till att Zoja började skaffa material från CSC:s andra kunder. CSC informerade sina kunder om att dessa skulle sluta att sälja vidare till Zoja. CSC gick sedan ut med att det inte längre skulle sälja råmaterial utan det skulle använda råmaterialet för att själv producera den färdiga produkten. EG-domstolen slog här fast att ett företag med en dominerande ställning i råmaterialsmarknaden som undanhåller sådant råmaterial för att själv producera en färdig vara och därmed utgör en risk för eliminering av all konkurrens för kunden, missbrukar sin dominerande ställning i enlighet med artikel 82.⁷⁹ Domen innebär att en vägran från ett företag med en dominerande ställning som baseras på en önskan att integrera vertikalt i marknaden för den färdiga varan är att anse som missbruk enligt artikel 82.⁸⁰

Exempel på olika typer av vägran som kan anses att utgöra missbruk av en dominerande ställning är leveransvägran, minskning av leverans, vägran att tillhandahålla information, vägran att bevilja licens för olika immateriella rättigheter och påtvingandet av exklusiva inköpsförpliktelser.⁸¹ Gemensamt för dessa olika typer av missbruk är att de alla handlar om vägran från det dominerande företags sida. Jag kommer i det följande att belysa dessa olika typer av vägran genom att hänvisa till praxis på området. Det måste dock påpekas att dessa exempel på vägran att göra affärer inte är uttömmande utan bara utgör de mest frekventa fallen. I princip kan alla sorters vägran att göra affärer, som leder till en väsentlig minskning av konkurrensen, falla in under missbruksförbudet i artikel 82.

4.1.1 Vägran att leverera varor/tjänster

Vägran att leverera varor/tjänster till en kund har behandlats med stränghet i praxis och ansetts som ett flagrant brott mot artikel 82. Vägran att leverera

⁷⁷ 27/76, *supra* nr 33, para 183.

⁷⁸ 6 och 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents v. Kommissionen* [1974] ECR 223.

⁷⁹ 6 och 7/73, *ibid*, para 25.

⁸⁰ Se nedan i kapitel 6 om vad denna begränsning av möjligheten att integrera vertikalt innebär för konsumenterna.

⁸¹ Se nedan i kapitel 5 där betydelsen av doktrinen om ”essential facilities” behandlas i olika fall som rör det dominerande företags vägran att handla med kunden.

varor har redan behandlats ovan (*United Brands- och Commercial Solvents* fallen) i samband med behandlingen av rättfärdigandet av vägran.⁸²

Ett tredje rättsfall på detta område som är av intresse är *BP* fallet⁸³. I detta fall behandlades en leverantörs skyldigheter att leverera varor när det fanns en allmän brist på marknaden på den efterfrågade varan. Det tyska företaget ABG hade fått bensin från den tyska företagssammanslutningen BP sedan 1968. Företaget hade dock bytt leverantör 1972, bara några månader innan en brist på bensin började att uppstå på marknaden. När oljekrisen uppkom, begärde ABG leverans från BP men fick mycket mindre bensin än vad det begärde. BP hade nämligen valt att ge företräde till sina stamkunder under kristiden. Kommissionen fastslog i fallet att det fanns en rättighet för BP att behandla sina stamkunder och tillfälliga kunder olika men att detta måste ske på objektiva skäl och inte ha några diskriminerande effekter.⁸⁴ EG-domstolen höll med Kommissionen i detta hänseende och konstaterade att företaget kunde behandla en tillfällig kund sämre än en stamkund. Domstolen noterade också att det faktum att det rådde brist på varan, inte ändrade detta förhållande och att inga extraförpliktelser kunde påläggas företaget med den dominerande ställningen under sådan tid. Domstolen noterade här att en sådan skyldighet bara kunde uppstå om det fanns lagstiftning om leveransskyldighet som antagits inom ramen för Romfördraget eller av nationella myndigheter.⁸⁵

Domstolen avslutade dock sin dom med en mening som gör att man kan ifrågasätta värdet av hela domen. Domstolen poängterade nämligen det faktum att ABG hade tack vare andra leverantörmöjligheter som marknaden erbjöd kunnat klara sig igenom svårigheterna under kristiden.⁸⁶ Betyder detta uttalande att BP:s handlande, att ge mindre leverans till ABG än vad denne begärt, under en tid då brist rådde på varan är att anse som missbruk av en dominerande ställning om ABG inte hade haft andra leveransmöjligheter?⁸⁷ Denna fråga kan inte besvaras med säkerhet då frågan inte besvarades i fallet och inte heller ännu kommit upp inför Domstolen. Jag tror dock att EG-domstolens sista uttalande inte var det som var avgörande för Domstolens beslut utan bara utgjorde *obiter dictum*. Jag tycker därför att man kan dra den slutsatsen från fallet att det inte ställs högre krav på ett företag med dominerande ställning på viss marknad under kristider om det inte finns lagstiftning på området. Frågan är dock fortfarande öppen och kommer förhoppningsvis att besvaras i senare praxis.

⁸² Se avsnitt 4.1 ovan.

⁸³ 77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV, British Petroleum Raffinerij Nederland NV och British Petroleum Maatschappij Nederland BV v. Kommissionen* [1978] ECR 1513.

⁸⁴ 77/327, *ABG oil companies operating in the Netherlands* [1977] EGT L117/1, s. 9-10.

⁸⁵ 77/77, *supra* nr 83, paras 32-34.

⁸⁶ 77/77, *ibid*, para 42.

⁸⁷ Jmf denna tanken med tanken om doktrinen om "essential facilities" som behandlas nedan i kapitel 5.

Leveransvägran omfattar också vägran att leverera tjänster. I *Telemarketing* fallet⁸⁸ hade ett TV-sändningsföretag från Luxemburg (CLT) vägrat att ordna TV-sändningstid för ett belgiskt telemarketing företag. Orsaken till denna vägran var att CLT ville förbehålla telemarketingen åt en av sina dotterbolag, som också verkade inom detta affärsområde. EG-domstolen fastslog att denna vägran var missbruk av en dominerande ställning.⁸⁹ Ett annat fall som behandlar frågan om vägran att leverera tjänster är det mycket omtalade *Oscar Bronner* fallet⁹⁰ som kommer att behandlas nedan i kapitel 5 i samband med behandlingen av doktrinen om ”essential facilities”.

4.1.2 Minskning av leverans

Även minskning av leverans har i praxis ansetts utgöra missbruk av dominerande ställning. I *BP*-fallet⁹¹ fastslog Kommissionen att en diskriminerande minskning av leverans till en kund (under en kristid) är att anse som missbruk av en dominerande ställning om företagets minskning sker i mycket större utsträckning än minskningen till andra kunder.⁹² Detta innebar dock inte enligt Kommissionen att företaget inte kunde rättsligt skilja mellan stamkunder och tillfälliga kunder.⁹³ Kommissionen uttalade att:

”... any differences in treatment which may result ought to be objectively based and their choice may not have a discriminatory effect.”⁹⁴

Kommissionen fann i fallet att BP hade diskriminerat ABG, som var en tillfällig kund, i förhållande till sina andra tillfälliga kunder vad gällde minskningen av leverans. Kommissionen fastställde därför att ABG hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden. EG-domstolen höll med Kommissionen om att en diskriminerande minskning av leverans till en kund är att anse som missbruk men fann att ABG inte hade diskriminerat BP i förhållande till sina andra kunder vad gällde minskningen av leverans och upphävde därmed Kommissionens beslut i detta hänseende.⁹⁵

4.1.3 Vägran att tillhandahålla patentskyddad information

Ibland måste en konkurrent ha tillgång till viss patentskyddad information från företaget med den dominerande ställningen för att kunna tillträda viss

⁸⁸ 311/84, *Centre belge d'études de marché- Télémarketing (CBEM) v. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)* [1985] ECR 3261.

⁸⁹ 311/84, *ibid*, paras 25-27.

⁹⁰ C-7/97, *supra* nr 73.

⁹¹ För närmare behandling av detta fall se ovan avsnitt 4.1.1 om vägran att leverera varor/tjänster.

⁹² 77/327, *supra* nr 84, s. 11.

⁹³ Se ovan avsnitt 4.1.1 om vägran att leverera varor/tjänster.

⁹⁴ 77/327, *supra* nr 84, s. 10.

⁹⁵ 77/77, *supra* nr 83, para 30.

marknad. I sådana fall kan företaget med den dominerande ställningen bli tvungen att tillhandahålla nödvändig information till konkurrenten.⁹⁶ Det rör sig många gånger i sådana fall om teknisk information. Kommissionen har faktiskt gått så långt i dessa fall att även ändring av tekniska standarder har ansetts utgöra missbruk av en dominerande ställning när sådan ändring inte informerats till konkurrenter. Detta var t.ex. fallet i *Decca Navigator System* fallet⁹⁷ där det dominerande företaget som tillverkade elektrisk utrustning för maritim navigation hade ändrat de elektroniska signalerna som producerades via dess utrustning utan att informera tillverkarna av konkurrerande utrustning. Detta ledde till att alla konkurrerande företag tillverkade utrustning med opålitliga resultat. Kommissionen ansåg att detta utgjorde missbruk enligt artikel 82.

4.1.4 Vägran att bevilja licens för olika immateriella rättigheter

Att inneha patent, varumärkesrätt eller upphovsrätt på en marknad innebär inte *per se* att en dominerande ställning uppstår. Om ett företag med sådana rättigheter nu har en dominerande ställning på marknaden kan detta leda till att innehavarens utövande av ensamrätten under särskilda omständigheter leder till ett beteende som utgör ett missbruk. Problemet uppkommer dock bara i undantagsfall eftersom syftet med sådana rättigheter (att belöna kreativitet, kvalitet och innovation) annars kan gå förlorat. I vissa fall kan vägran att bevilja licens gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa syften och innebär då missbruk av en dominerande ställning. Detta är t.ex. fallet då denna vägran leder till att konkurrensen begränsas eller utesluts inom en annan marknad än den för vilken rättigheten var beviljad.

I *Magill* fallet⁹⁸ hade två företag inom TV-sändningsmarknaden en dominerande ställning vad gällde leveransen av deras programlistor som var skyddade genom upphovsrätt. Dessa företag vägrade att ge detaljer om sina program mer än en dag i förhand till andra företag (bl.a. *Magill*) som planerade att publicera veckovisa uppgifter (kanal, dag, tid och rubrik) för sändningarna. Detta ledde till att det blev omöjligt för dessa självständiga tidningsutgivare att ge ut en veckotidning som täckte alla TV-sändningsprogram. Kommissionen⁹⁹, CFI¹⁰⁰ och EG-domstolen fann alla att detta innebar missbruk av en dominerande ställning. Anledningen var att vägran att bevilja licens hade lett till att förhindra uppkomsten av en ny vara på marknaden för vilken det fanns en potentiell efterfrågan från konsumenter. Det fanns inte heller någon rättfärdigande orsak för en sådan vägran. Dessutom hade TV-utsändarna på detta sätt tillskansat sig en

⁹⁶ Se behandlingen av *Magill* fallet nedan i avsnitt 4.1.4 om vägran att bevilja licens för olika immateriella rättigheter.

⁹⁷ 89/113, *Decca Navigator System* [1989] EGT L43/27, paras 108-110.

⁹⁸ C-241 och 242/91, *RTE och ITP v. Kommissionen* [1995] ECR I-743.

⁹⁹ 89/205, *Magill TV Guide/ITP, BBC och RTD* [1989] EGT L78/43.

¹⁰⁰ T-69/89, *RTE v. Kommissionen* [1991] ECR II-485.

tillhörande marknad, nämligen marknaden för veckovis utkommande TV-programblad, genom att utestänga all konkurrens från denna marknad.¹⁰¹

4.1.5 Påläggandet av exklusiva inköpsförpliktelser

I praxis har påläggandet av exklusiva inköpsförpliktelser, som medfört att det dominerande företags konkurrenter i stort sett uteslutits från marknaden, ansetts att utgöra missbruk i enlighet med artikel 82. Påläggandet av exklusiva inköpsförpliktelser omfattar olika handlingar där företaget med den dominerande ställningen pålagt sina handelspartners (konsumenter, distributörer och/eller leverantörer) att bara göra affärer med detta företag. Påläggandet innebär att företaget med den dominerande ställningen vägrar att göra affärer med motparten om denne inte följer påläggandet. I *Hoffman-La Roche* fallet slog EG-domstolen fast att:

”An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers- even if it does so at their own request- by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.”¹⁰²

Påläggandet av exklusiva inköpsförpliktelser omfattar även s.k. ”English clauses” som också kallas för ”most favoured customer clauses”. Sådana klausuler tillåter köparen att byta till en annan leverantör om denna erbjuder fördelaktigare termer men bara om företaget med den dominerande ställningen i ett sådant fall inte är villigt att erbjuda samma villkor.¹⁰³ Sådana klausuler kan leda till att andra leverantörer förhindras att locka kunder genom gynnsammare erbjudanden såvida företaget med den dominerande ställningen inte är villigt att erbjuda samma villkor. EG-domstolen har därför fastslagit att en sådan klausul innebär missbruk av dominerande ställning.¹⁰⁴

4.2 Prissättning

I praxis har olika handlingar där företaget med den dominerande ställningen använt olika prissättningsstrategier, för att minska eller utesluta konkurrensen, ansetts utgöra missbruk. I det följande kommer jag att ta upp typiska fall där det ansetts föreligga missbruk av en dominerande ställning i enlighet med artikel 82 på grund av olika prissättningsstrategier.

¹⁰¹ C-241 och 242/91, *supra* nr 98, paras 52-57.

¹⁰² 85/76, *supra* nr 10, para 89.

¹⁰³ 85/76, *ibid*, para 102.

¹⁰⁴ 85/76, *ibid*, paras 107-108.

4.2.1 Plundrande prissättning

Med plundrande prissättning menas att ett företag med dominerande ställning sänker priset på sina varor så mycket att företagets konkurrenter automatiskt tvingas att lämna marknaden. När konkurrenter uteslutits från marknaden på detta sätt kan företaget med den dominerande ställningen åter höja priset. Detta skulle innebära att företaget med den dominerande ställningen först åsamkar sig kortvarig förlust för att sedan kunna förvärva långvarig vinst. Sådan prissättningsstrategi har ansetts att utgöra missbruk av dominerande ställning av EG-domstolen i bl.a. *AKZO* fallet¹⁰⁵. EG-domstolen fastslog i fallet att missbruksbegreppet är ett objektiva begrepp¹⁰⁶ men använde sig av ett subjektivt test för att se om missbruk förelåg. Domstolen utvecklade ett test i två steg för fastställandet av huruvida ett företag använt sig av en plundrande prissättningsstrategi. Detta test baserades på två presumtionsregler:

1. priser som sätts under den genomsnittliga rörliga kostnaden¹⁰⁷ presumeras vara plundrande och därmed utgöra missbruk,¹⁰⁸
2. priser som sätts under den genomsnittliga totala kostnaden¹⁰⁹ men över den genomsnittliga rörliga kostnaden presumeras också att vara plundrande men bara om det går att visa att företaget med den dominerande ställningen hade för avsikt att utesluta en svagare konkurrent från marknaden.¹¹⁰

4.2.2 Orättvis prissättning

I *United Brands* fallet¹¹¹ fastställde EG-domstolen att orättvis prissättning är att anse som missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82. I fallet gjorde Kommissionen gällande att UB hade tagit ut för höga priser av sina kunder för sina Chiquita bananer, jämfört med det ekonomiska värdet av bananerna.¹¹² Kommissionen observerade att det fanns en skillnad på 20-40% mellan priset på UB:s Chiquita bananer och andra bananer utan märke. Detta trots att det skilde väldigt lite mellan kvaliteten av dessa bananer och trots att konkurrenters försäljning av bananerna utan märke gav dem vinst. Kommissionen gjorde därför gällande att UB skulle sänka sina priser med 15% för att inte anses missbruka sin dominerande ställning p.g.a. orättvis prissättning.¹¹³

¹⁰⁵ 62/86, *AKZO v. Kommissionen*, [1991] ECR I-3359.

¹⁰⁶ 62/86, *ibid*, para 69.

¹⁰⁷ D.v.s. kostnader som varierar med hänsyn till den producerade kvantiteten.

¹⁰⁸ 62/86, *supra* nr 105, para 71.

¹⁰⁹ D.v.s. den rörliga kostnader plus den fasta kostnaden. Den senare är kostnader vilka är konstanta oberoende den producerade kvantiteten.

¹¹⁰ 62/86, *supra* nr 105, para 72.

¹¹¹ 27/76, *supra* nr 33.

¹¹² 27/76, *ibid*, para 235.

¹¹³ 27/76, *ibid*, para 240-241.

EG-domstolen fastslog i fallet att ett företag med dominerande ställning missbrukar denna ställning om det direkt eller indirekt tar orättvisa inköps- eller försäljningspriser. Domstolen noterade dock att det fanns möjlighet till undantag i vissa fall.¹¹⁴ Domstolen konstaterade att det måste först fastställas om företaget med den dominerande ställningen har utnyttjat de möjligheter som en sådan ställning gett företaget för att skörda vinst som företaget inte kunnat skörda om det fanns normal och tillräckligt effektiv konkurrens på marknaden. Domstolen gjorde sedan gällande att i ett sådant fall är uttagandet av priser som är för höga, p.g.a. att priset inte står i skäligt förhållande till det ekonomiska värdet av den levererade produkten, att anse som missbruk.¹¹⁵ Domstolen fastlog också i fallet, att det är Kommissionen som bär bevisbördan för att företaget har tagit ut orättvisa priser.¹¹⁶ EG-domstolen fann att trots att priset för Chiquita bananer skilde sig med ungefär 7% från priset på dess främsta konkurrenter, kunde denna skillnad inte automatiskt betraktas som överdriven och därmed som orättvis. EG-domstolen fann att Kommissionen inte lyckats att bevisa att UB missbrukat sin dominerande ställning genom att ta ut ett orättvist pris av sina kunder och ogillade därmed Kommissionens talan i detta hänseende.¹¹⁷

4.2.3 Buntprissättning

Buntprissättning innebär att företaget med den dominerande ställningen använder sig av samma villkor för icke-likvärdiga transaktioner. Kommissionen fastställde i *Napier Brown* fallet¹¹⁸ att British Sugar's policy, att ta ut ett buntpris av alla sina kunder som köpte socker av företaget, utgjorde diskriminering.¹¹⁹ Buntpriset gick ut på att ta ut ett och samma pris av alla företagets kunder. Priset inkluderade ett leveranspris även om kunderna inte önskade att få sockret levererat av British sugar. Kommissionens ingripande ledde till att British sugar införde ett alternativpris för kunder som inte önskade att företaget skulle leverera det köpta sockret.

4.2.4 Diskriminerande prissättning

Enligt artikel 82(c) är tillämpning av olika villkor, för likvärdiga transaktioner, med vissa handelspartner varigenom dessa får en konkurrensnackdel att anse som missbruk. Förbudet att använda sig av diskriminerande villkor handlar ofta om diskriminerande prissättning vilket innebär att ett företag tar ut olika mycket betalt av olika kunder för identiska produkter och/eller tjänster. I *United Brands* fallet¹²⁰ fraktade UB bananer

¹¹⁴ 27/76, *ibid*, para 248.

¹¹⁵ 27/76, *ibid*, paras 249-250.

¹¹⁶ 27/76, *ibid*, paras 264.

¹¹⁷ 27/76, *ibid*, paras 266-267.

¹¹⁸ 88/518, *Napier Brown/British Sugar* [1988] EGT L284/41, para 71.

¹¹⁹ Se också 98/531, *Van den Bergh Foods Limited* [1998] EGT L246/1.

¹²⁰ 27/76, *supra* nr 33.

från Centralamerika till Europa. Vissa bananer hade namnet ”Chiquita” och ansågs tillhöra en högre prisklass än de andra bananerna. UB sålde bananerna till s.k. ”mognare” som sålde de vidare till grossister som i sin tur sålde de till återförsäljare. UB sålde bananerna till olika priser i olika medlemsstater utan något objektivt skäl som rättfärdigade handlingen. UB menade att det var rätt att sälja bananerna till olika priser i olika medlemsstater eftersom prisskillnaderna reflekterade marknadskrafterna d.v.s. utbud och efterfrågan i varje medlemsstat.¹²¹

EG-domstolen konstaterade först att samspelet mellan utbud och efterfrågan bara kan beaktas i de led som verkligen påverkas av detta d.v.s. förhållandet mellan säljaren och den slutliga konsumenten och inte mellan säljaren (UB) och köparen (”mognare”, grossist eller återförsäljare). EG-domstolen noterade att den diskriminerande prissättningen skapade en stel uppdelning av den nationella marknaden genom att sätta vissa ”mognare”, grossister och återförsäljare i en sämre konkurrenssituation. Detta utgjorde därmed missbruk av UB:s dominerande ställning.¹²²

Diskriminerande prissättning handlar inte alltid om missbruk genom direkt prissättning utan kan också utgöras av indirekt prissättning d.v.s. genom erbjudandet av rabatter och avdrag. Inte alla avdrag och rabatter är dock att anse som diskriminerande prissättning. Rabatter som lämnas i förhållande till köpmängden (kvantitetsrabatter) är i princip inte att anse som missbruk. Exempel på andra sorters rabatter som också kan ses som icke-diskriminerande är rabatter som ges på grund av kontantbetalningar, omgående betalningar eller på grund av kvalitetsdefekter.

Rabatter som i princip är att anse som missbruk är s.k. trohets- eller lojalitetsrabatter, målsättningsrabatter och ”top slice” rabatter. Jag kommer nu att behandla dessa tre olika rabatter under var sitt avsnitt.

4.2.4.1 Trohetsrabatter

Trohetsrabatter är rabatter som ges utan hänsyn till köpmängden. Ett företag använder sig av trohetsrabatter när det vill behålla sina kunder¹²³ vilket går ut på att kunden får rabatt om den väljer att köpa alla eller det mesta av sina varor av företaget. Trohetsrabatter kan också gå ut på att rabatter ges om kunden förbinder sig att under viss tid köpa sina varor av företaget.

I *Hoffman-La Roche* fallet¹²⁴ har EG-domstolen gett sitt mest omfattande och klara beslut om trohetsrabatter.¹²⁵ I detta fall ökades rabatten i proportion till kundens köp från företaget (*Hoffman-La Roche*) d.v.s. ju

¹²¹ 27/76, *ibid*, para 215.

¹²² 27/76, *ibid*, paras 228-233.

¹²³ Jmf med ”tying” situationer som behandlats ovan i avsnitt 3.1.4.

¹²⁴ 85/76, *supra* nr 10.

¹²⁵ Se även 40-48, 50, 54-56, 111, 113 & 114/73, *Cooperatieve Vereniging ”Suiker Unie” UA och andra v. Kommissionen* [1975] ECR 1663, paras 500-506; 322/81, *supra* nr 24, paras 71, 80-86.

större proportion av kundens behov som förvärvades av detta företag desto större rabatter gavs till kunden.

EG-domstolen slog fast i fallet att om ett företag i dominerande ställning binder sina kunder att köpa alla eller det mesta av sina varor exklusivt från företaget, missbrukar detta sin ställning i enlighet med artikel 82. Detta gäller oavsett om företaget gör detta på kundens begäran eller av eget initiativ. Domstolen fastslog även att detsamma gäller om företaget med den dominerande ställningen tillämpar trohetsrabatter allmänt utan att binda någon kund genom en formell förpliktelse. Domstolen motiverade detta beslut med att sådana trohetsrabatter ämnar att beröva kunden eller begränsa hans möjligheter att välja sina anskaffningskällor och leder till att förneka andra producenter och konkurrenter tillträde till marknaden. Domstolen noterade också att effekten av trohetsrabatter blir att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med olika kunder. Detta leder till att två kunder betalar olika priser för samma kvantitet av samma produkt beroende på om kunden köper sina varor exklusivt från företaget med den dominerande ställningen eller om han har olika anskaffningskällor. Detta hindrar konsumenterna från att köpa sina varor från konkurrerande tillverkare och utgör därmed missbruk av en dominerande ställning.¹²⁶

4.2.4.2 Målsättningsrabatter

Målsättningsrabatter eller s.k. ”target rebates” går ut på att kunden får rabatt om den når ett visst försäljningsmål. Detta kan få effekten att kunden tvingas att köpa större kvantiteter från företaget. Sådana rabatter bestäms oftast bilateralt mellan företaget och kunden och är inte beroende av att kunden förvärvar alla eller det mesta av sina varor från företaget med den dominerande ställningen. Frågan om huruvida sådana rabatter är att anse som missbruk är beroende av t.ex. den tid under vilken rabatten räknas. Denna missbruksgrund togs upp av EG-domstolen i *Michelin* fallet¹²⁷. I detta fallet hade specifika mål bestämts mellan Michelin och dess kunder i början av varje år, baserade på kundens inköp under föregående år. Avtalet gick ut på att om försäljningsmålet var uppnått eller överskridet skulle en individuellt förhandlad rabatt beviljas.

EG-domstolen fastslog i fallet att det förelåg missbruk av en dominerande ställning. Domstolen beaktade i detta hänseende längden av referensperioden (ett år) och påpekade att kunden skulle med föga sannolikhet byta till en annan leverantör under året, av rädslan att inte beviljas rabatt. Domstolen tog också upp bland sina grunder det hemlighetsfulla sättet att överenskomma rabatter och avsaknaden av enhetlighet och genomsynlighet i överenskommelsesystemet.¹²⁸ Det måste dock påpekas att målsättningsrabatter är att anse som missbruk bara om rabatten leder till en ”tying” effekt på kunden. Detta kan klart ses i *Coca-*

¹²⁶ 85/76, *supra* nr 10, paras. 89-91.

¹²⁷ 322/81, *supra* nr 24.

¹²⁸ 322/81, *ibid*, paras 80-86.

Cola fallet¹²⁹ där Kommissionen gjorde invändningar mot Coca-Colas målsättningsrabatter som också omfattade en referensperiod på ett år. Kommissionen ansåg att detta hade en ”tying” effekt på kunden och därigenom innebar en uteslutning av Coca-Colas konkurrenter inom marknaden. Coca-Cola valde då frivilligt att sänka referensperioden till tre månader. Kommissionen konstaterade att målsättningsrabatten inte längre hämmade företagets kunder att byta leverantörer och därmed inte utgjorde missbruk av en dominerande ställning.¹³⁰

4.2.4.3 “Top slice” rabatter

”Top slice” rabatter är rabatter som erbjuds kunden när denne skaffar huvuddelen av sina behov från en leverantör och resten från någon annan. I sådana omständigheter kan företaget med den dominerande ställningen försöka att förmå kunden att köpa även restprodukten eller den s.k. ”top slice” produkten från företaget genom att erbjuda rabatt på denna produkt. Detta har ansetts utgöra missbruk av en dominerande ställning av Kommissionen i *Soda Ash* fallet.¹³¹ Kommissionen fastslog först att den erkände en kunds frihet att förvärva alla sina behov från ett enda företag om den så önskade. Kommissionen noterade dock också att i en sådan situation skall kunden inte på något sätt ha tvingats till att göra detta.¹³² Kommissionen beaktade i fallet också det faktum att rabatterna inte erbjöds genom en enhetlig tariff till alla mottagare.¹³³

4.3 Ökning av konkurrenters kostnader

Ett företag med dominerande ställning kan öka sina egna kostnader om detta samtidigt leder till ökade kostnader för existerande eller blivande konkurrenter. I allmänhet kan ett företag med dominerande ställning mycket lättare absorbera de ökade kostnaderna än t.ex. små nya företag. Att öka konkurrenters kostnader utgör missbruk bara om det saknas ett objektiva skäl för handlandet och den enda anledningen för handlandet är att utesluta konkurrenter från marknaden.¹³⁴ Detta subjektiva krav är väldigt svårt att bevisa och kan oftast bara ske genom bevis på att företaget haft för avsikt att utestänga eller utesluta konkurrenter.

Ökning av kostnader kan t.ex. ske genom att företaget engagerar sig i reklamkampanjer för att tvinga sina konkurrenter att satsa stora pengar på reklam innan de skall inträda marknaden. Ett annat exempel på ökning av kostnader är när företaget sänker forskningsåtgången genom att teckna patent för även marginella uppfinningar med avsikt att tvinga konkurrenter

¹²⁹ 97/540, *Coca-Cola/Aamalgamated Beverages GB* [1997] EGT L218/15.

¹³⁰ 97/540, *ibid*, para 148 och artikel 9 (ii) (b).

¹³¹ 91/299, *Soda-ash-Solvay* [1991] EGT L152/21.

¹³² 91/299, *ibid*, para 59.

¹³³ 91/299, *ibid*, para 71.

¹³⁴ Se behandlingen av *ITT Promedia* fallet nedan i avsnitt 4.3.1-2 om utnyttjande av rättegångsförfarande och krav på fullgörelse av ett kontrakt.

att antingen vidta samma forskningsansträngningar eller att utmana patentets giltighet.¹³⁵ Det finns dock ingen praxis på dessa typer av missbruk .

Det finns dock praxis på andra handlanden där ökning av kostnader för konkurrenter ansetts utgöra missbruk av dominerande ställning, nämligen rättslig trakasseri. Ett företag med dominerande ställning kan utnyttja denna ställning genom att i utökad utsträckning använda sig av de rättsliga möjligheter som finns till hands för att försvara sina egna intressen. Detta missbruk kan ske genom att utnyttja rättegångsförfarandet eller kräva fullgörelse av ett kontrakt. Jag kommer nu att behandla dessa två förfaranden var för sig.

4.3.1 Utnyttjande av rättegångsförfarande

I *ITT Promedia* fallet¹³⁶ fastslog CFI att utnyttjandet av rättegångsförfarandet kan, i undantagsfall, utgöra missbruk av en dominerande ställning.¹³⁷ Kommissionen gjorde gällande i fallet att för fastställandet av ett missbruk måste två kumulativa kriterier vara uppfyllda:

1. det rättsliga förfarandet kan inte med fog anses vara ett försök att upprätta företagets rättigheter utan tjänar bara till att trakassera konkurrenten,
2. det rättsliga förfarandet måste ha använts i syfte att utesluta konkurrens.¹³⁸

CFI gav i fallet viss vägledning för när första kriteriet skall anses vara uppfyllt. CFI påpekade att första kriteriet inte innebär att man skall utreda om de rättigheter som företaget gjort gällande verkligen existerade eller om dessa rättigheter var välgrundade. För uppfyllandet av första kriteriet skall man enligt CFI bara bedöma huruvida avsikten med det rättsliga förfarandet var att kräva vad företaget med den dominerande ställningen kunde skäligen betrakta som sina rättigheter.¹³⁹

4.3.2 Krav på fullgörelse av ett kontrakt

I *ITT Promedia* fallet fastslog CFI också att även ett krav på fullgörelse av ett kontrakt är att anse som missbruk enligt artikel 82. Detta blir fallet speciellt om kravet överskrider det som parterna skäligen kunnat förvänta sig av kontraktet eller om omständigheterna, under vilka kontraktet slutits, har förändrats under tiden. CFI fastslog att under alla andra omständigheter,

¹³⁵ Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra* nr 23, s. 182.

¹³⁶ T-111/96, *ITT Promedia NV v. Kommissionen* [1998] ECR II-2937.

¹³⁷ T-111/96, *ibid*, para 60.

¹³⁸ T-111/96, *ibid*, para 55.

¹³⁹ T-111/96, *ibid*, paras 72-73 och 93.

är kravet på fullgörelse av ett kontrakt inte att anse som missbruk enligt artikel 82 om avsikten vid avtalsslutandet inte var att missbruka sin ställning.¹⁴⁰

4.4 Korssubvention

Korssubvention innebär att ett företag fördelar hela eller delar av sina kostnader för en produkt eller geografisk marknad, på andra produkter eller geografiska marknader som företaget äger. På detta sätt kan företaget utnyttja sin dominerande position i den ena marknaden för att minska sina kostnader i den andra. Företaget kan därmed lägga fram bättre erbjudanden (erbjuda t.ex. lägre priser) än sina konkurrenter i den korssubventionerade marknaden än vad det annars kunnat göra. Detta är inte resultatet av en effektiv fri konkurrens utan beror endast på användningen av artificiella handlingar d.v.s. subventioner.¹⁴¹ Korssubvention kan därför innebära missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82.

Korssubvention mellan två monopolområden innebär aldrig missbruk eftersom detta inte begränsar konkurrensen då det i sådana fall inte finns någon konkurrens överhuvudtaget att begränsa. Korssubvention mellan två monopolföretag kan t.o.m. vara nödvändigt för att monopolisten skall kunna utföra sin plikt att sörja för en allmän tjänst. Erbjudandet av telefontjänster i olönsamma landsbygder kan t.ex. subventioneras med intäkter från lönsamma landsbygder.¹⁴²

Det kan heller aldrig anses utgöra missbruk, om ett företag som är öppet för konkurrens subventionerar ett företag med monopolställning. Sådana korssubventioner inträffar dock aldrig eftersom den skulle hindra monopolisten från att erbjuda ett konkurrenskraftigt pris för sina varor/tjänster i den marknad som är öppen för konkurrens. Även om en sådan korssubvention skulle inträffa, mot all förmodan, skulle detta aldrig utgöra missbruk eftersom den hade bara påverkat en marknad som redan är monopoliserad och därmed inte öppen för konkurrens.¹⁴³

Korssubvention kan alltså bara anses utgöra missbruk när den utförs mellan två företag öppna för konkurrens eller när handlingen utförs av ett företag med monopolställning för att understödja en marknad som är öppen för konkurrens. Korssubvention kan ske genom att:

1. stödja det andra företags verksamheter med kapital som lånas ut till en ränta som är avsevärt lägre än den rådande marknadsräntan,

¹⁴⁰ T-111/96, *ibid*, para 140.

¹⁴¹ EGT C233/2, *Guidelines on the application of the EEC competition rules in the telecommunications sector* [1991], para 102.

¹⁴² EGT C233/2, *ibid*, para 103.

¹⁴³ EGT C233/2, *ibid*, para 103; Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra* nr 23, s. 185.

2. förse det andra företaget med utrustning, experter och/eller tjänster till ett pris som är avsevärt lägre än det rådande marknadspriset.¹⁴⁴

För fastställandet av missbruk krävs det inte att det erbjudna priset i den korssubventionerade marknaden har en plundringseffekt för konkurrenter. Det räcker, för fastställandet av missbruk, att kunna bevisa att det låga priset beror på att företaget korssubventioneras. Om detta inte kan bevisas kan man titta på prisnivån som sådan och se om denna ligger under den genomsnittliga rörliga kostnaden.¹⁴⁵

4.5 Strukturellt missbruk

Strukturellt missbruk uppstår när ett företag med dominerande ställning vidtar en handling som skapar en omedelbar förändring i marknadsstrukturen till nackdel för konkurrensen. Det finns en stor skillnad mellan strukturellt missbruk och de andra missbruksgrunderna i artikel 82. De andra missbruksgrunderna är resultatet av företagets olika beteenden och uppstår oftast av företagets beteendemönster under en längre period medan strukturellt missbruk uppstår genom en enda handling. Jag kommer i det följande att behandla tre olika strukturella missbruk.

4.5.1 Förvärv varav man styrker dominans

Strukturellt missbruk fastställdes för första gången i *Continental Can* fallet¹⁴⁶ där EG-domstolen uttalade att en sammanslagning som ledde till en väsentlig minskning av konkurrensen är att anse som missbruk av en dominerande ställning. Detta beslut har fått stor betydelse för företagsammanslutningar och är känt som "Continental Can-doktrinen". I fallet ägde det amerikanska företaget Continental Can (CC), som tillverkade metallförpackningar, ett tyskt företag (SLW) i Europa. CC försökte att köpa en större andel i ett tyskt bolag (TDV). Kommissionen fann att CC hade en dominerande position i Europa genom SLW för vissa typer av förpackningar, och att förvärvet av TDV innebar missbruk av den dominerande ställningen.¹⁴⁷ EG-domstolen höll med Kommissionen och slog fast att missbruk kan bestå i att ett företag som har en dominerande ställning stärker denna. Denna höjda dominansgrad skall dock, för att utgöra missbruk, hämma konkurrensen d.v.s. det skall medföra att det på marknaden bara kvarstår företag vilkas uppförande är beroende av företaget med den dominerande ställningen.¹⁴⁸

¹⁴⁴ EGT C233/2, *ibid*, paras 104-105.

¹⁴⁵ Se ovan i avsnitt 4.2.1 om plundrande prissättning.

¹⁴⁶ 6/72, *supra* nr 11.

¹⁴⁷ 72/21, *Europemballage Corporation* [1972] EGT L7/25, s. 37-39.

¹⁴⁸ 6/72, *supra* nr 11, para 26.

Det måste här noteras att detta fall inte ändrar uppfattningen att förbudet i artikel 82 riktar sig bara mot missbruket av en dominerande ställning och inte den dominerande ställningen *per se*.

4.5.2 Förvärv av minoritetsaktier

Ett företag med dominerande ställning kan göra sig skyldig till missbruk av en sådan ställning vid förvärv av minoritetsaktier i ett annat företag. Detta kan vara fallet även om förvärvet inte innebär att företaget med den dominerande ställningen får full eller delad kontroll över det företag där minoritetsaktier förvärvats. I *Bat and Reynolds* fallet¹⁴⁹ slog EG-domstolen fast att när ett företag med dominerande ställning skaffar sig minoritetsaktier i ett annat företag kan detta utgöra missbruk bara om ägandet av aktierna leder till en effektiv kontroll av det andra företaget eller till åtminstone visst inflytande över deras kommersiella policy.

I senare praxis har Kommissionen gått längre än EG-domstolens beslut i *Bat and Reynolds* fallet. I *Warner-Lambert/Gillette* fallet¹⁵⁰ noterade Kommissionen att det dominerande företags (Gillette) förvärv av minoritetsaktier i huvudkonkurrentens företag var att anse som missbruk enligt artikel 82. Kommissionen kom fram till detta beslut trots det faktumet att Gillettes förvärv som var 22% av det andra företags aktier gav Gillette liten formell makt och inte heller gav företaget någon röst vid bolagsstämmor.

Kommissionen fann alltså att det förelåg missbruk enligt artikel 82 även om förvärvet gav Gillette bara liten, om överhuvudtaget någon, bestämmande kontroll över det företag där aktier förvärvats. Kommissionen grundade sitt beslut på att strukturen av marknaden på våtrakning hade förändrats genom länken mellan Gillette och dess huvudkonkurrent och att denna ändring skulle innebära en ogynnsam effekt på konkurrensen. Kommissionen beaktade i sitt beslut EG-domstolens beslut i *Bat and Reynolds* fallet och konstaterade att i och med Gillettes aktieförvärv skulle det konkurrerande företaget bli tvunget att ta hänsyn till Gillettes position i företaget. Minoritetsandelen skulle därmed ha inflytande över företags kommersiella verksamhet. Kommissionen betonade också i sina grunder det faktumet att det hade varit Gillette som hade tagit den ledande rollen i transaktionsöverenskommelsen och utformningen av arrangemanget.¹⁵¹

¹⁴⁹ 142 och 156/84, *BAT and Reynolds* [1986] ECR 1899, para 65.

¹⁵⁰ 93/252, *Warner-Lambert/Gillette* [1993] EGT L116/21.

¹⁵¹ 93/252, *ibid*, paras 24-28.

4.5.3 Förvärv av en licens

I *Tetra Pak* fallet¹⁵² förvärvade Tetra Pak, som hade en dominerande ställning inom marknaden för aseptiska mjölkförpackningar och fyllningsmaskiner, en konkurrent. Genom denna handling förvärvade Tetra Pak också en exklusiv licens till en ny teknologi för fyllning av förpackningar. CFI noterade i fallet att det faktumet att ett företag med dominerande ställning förvärvar en exklusiv licens inte *per se* innebär att företaget missbrukar sin ställning. Domstolen noterade att man måste se på omständigheterna i det enskilda fallet och speciellt förvärvets effekter på konkurrensen i den relevanta marknaden.¹⁵³

CFI fastslog i detta fall att Tetra Pak hade missbrukat sin dominerande ställning. Missbruket bestod enligt Domstolen i det faktumet att uppgörelsen gav Tetra Pak tillgång till en ny teknologi som förstärkte dess dominerande ställning och ledde därmed till en betydande uteslutningseffekt mot företagets konkurrenter för en lång period.¹⁵⁴ CFI grundade sitt beslut alltså inte på den koncentrerande effekten av handlingen utan på förvärvet av en licens genom uppgörelsen.

Det finns också fall där Kommission har reagerat mot långsiktiga licensavtal. I *Svenska Tobaks* fallet¹⁵⁵, uttryckte Kommissionen misstankar över ett exklusivt licensavtals giltighet mellan den enda tillverkaren och fysiska distributören av cigaretter i Sverige (Swedish Match Sverige AB) och ett danskt cigarettföretag (Skandinavisk Tobakscompagni A/S). Det exklusiva licensavtalet gick ut på att Skandinavisk Tobakscompagnis märke, Prince, som hade en stark ställning på den svenska cigarettmarknaden fick tillverkas, distribueras och säljas i Sverige av Swedish Match. Enligt avtalet sattes priserna ensidigt av Swedish Match och cigaretterna såldes genom dess försäljare. Detta avtal hade sitt ursprung från år 1961 och anmäldes till Kommissionen efter Sveriges anslutning till EU.

Kommissionen tyckte att ett sådant långfristigt avtal var till nackdel för konkurrensen och därigenom förstärkte det svenska licensinnehavarens dominerande ställning på den svenska cigarettmarknaden. De två företagen gick med på att radikalt ändra villkoren för sitt framtida samarbete om märket Prince. Ändringen av avtalet gick ut på att varumärkesinnehavaren (Skandinavisk Tobakscompagni) fick den huvudsakliga kontrollen över märket Prince samtidigt som företaget fick fortsätta att dra nytta av Swedish Matchs infrastruktur för tillverkning och distribution.¹⁵⁶

¹⁵² T-51/89, *supra* nr 12.

¹⁵³ T-51/89, *ibid*, para 23.

¹⁵⁴ T-51/89, *ibid*.

¹⁵⁵ *Swedish Match Sverige AB och skandinavisk Tobakscompagni A/S*, ej publicerad.

¹⁵⁶ Se Europeiska kommissionen, rapporter om konkurrenspolitiken 1997 (Vol. XXVII), s. 138 f.

Det nya avtalet innebar alltså att en ny konkurrent fick inträde på den svenska cigarettmarknaden, vilket medförde en verklig och omedelbar ökning av konkurrensen.

5 Doktrinen om "essential facilities"

Vägran att leverera varor och vägran att erbjuda tillgång till tjänster har i senare praxis ansetts strida mot artikel 82, när det varit rimligt att betrakta varan eller tjänsten som nödvändig för konkurrentens utförande av sin aktivitet. Detta har utvecklats inom litteraturen till doktrinen om "essential facilities".

Det måste konstateras att både Kommissionen och EG-domstolen har behandlat frågor rörande "essential facility" utan hänvisning till en sådan doktrin. EG-domstolen har aldrig tillämpat doktrinen som sådan.¹⁵⁷ Detta tyder på att doktrinen inte är avsedd till att ersätta de tidigare utvecklade principerna inom EG:s konkurrensrätt. Doktrinen är bara till för att användas som hjälpmedel när det skall fastställas om en handling utförd av ett företag med dominerande ställning är att anse som missbruk enligt artikel 82 eller inte. Doktrinen har inte alltid varit avgörande för fall som rört vägran att leverera varor eller vägran att erbjuda tillgång till tjänster. Doktrinen är bara ett argument som kommit att spela större roll i Kommissionens och Domstolens senare praxis och har varit till stor nytta för att kunna bestämma vilka skyldigheter som skall påläggas företag med dominerande ställning på viss marknad.

Doktrinen om "essential facilities" kommer ursprungligen från den amerikanska antitrust lagstiftningen¹⁵⁸ och har definierats bl.a. som:

"The doctrine of essential facilities in its simplest forms suggests that a monopolist can be forced to sell a product or service when another person needs it to do business."¹⁵⁹

Kommissionen har definierat begreppet "essential facility" som:

"...facility or infrastructure which is essential for reaching customers and/or enabling competitors to carry on their business, and which cannot be replicated by any reasonable means."¹⁶⁰

Doktrinen innebär alltså att ägaren av en facilitet, vilken inte är möjlig eller utomordentligt svår att kopiera och utan vilken konkurrensen på marknaden blir omöjlig eller allvarligt skadas, måste dela med sig av denna facilitet till

¹⁵⁷ Barry Doherty, *Just what are essential facilities?*, [2001] 38 CMLR, s. 405.

¹⁵⁸ Doktrinen om "essential facilities" kan spåras tillbaka till den amerikanska Supreme Courts domslut i *United States v. Terminal Railroad Association* som har behandlats av Barry Doherty i hennes artikel, *ibid*, s. 397-436.

¹⁵⁹ Barry Doherty, *ibid*, s. 397.

¹⁶⁰ EGT C265/3, *Notice on the application of the Competition Rules to access agreements in the telecommunications sector* [1988], para 68.

sina konkurrenter.¹⁶¹ Konceptet ”essential facility” har använts många gånger i förhållanden rörande transportinfrastrukturer, både hamn¹⁶²- och lufttransport¹⁶³. Fall rörande ”essential facility” kan också uppstå inom nyliberaliserade marknader då gamla monopolister besitter äganderätt till olika infrastruktur till vilka tillgång är nödvändig för att nya konkurrenter skall kunna inträda marknaden.¹⁶⁴

Det första fallet där Kommissionen nämnde ”essential facility” var i *B&I/Sealink, Holyhead*.¹⁶⁵ Fallet rörde en bilfärjeoperatör, Sealink, som ägde en hamn, Holyhead. B&I var en annan bilfärjeoperatör som använde Holyhead hamnen för att konkurrera med Sealink vad gällde erbjudandet av vissa färjetjänster. Trafiken i hamnen var strukturerad så att fartyg som tillhörde B&I var tvungna att upphöra med sin verksamhet så fort ett fartyg som tillhörde Sealink inträdde eller lämnade hamnen. När Sealink ändrade sin seglingstidtabell, till fördel för sina kunder, blev B&I tvungen att upphöra med sin verksamhet oftare och drabbades därmed på ett negativt sätt av Sealinks ändring av tidtabellen. Kommission uttalade i fallet att:

”... a company which both owns and uses an essential facility, in this case a port, should not grant its competitors access on terms less favourable than those which it gives to its own services.”¹⁶⁶

Detta fall följdes av ett annat Kommissionsbeslut: *Sea containers/Stena Sealink*¹⁶⁷ som också berörde tillgången till Holyhead hamnen. Kommissionen noterade i detta fall att ägaren av en ”essential facility” inom en viss marknad inte skall använda sin makt till att skydda eller förstärka sin position på en annan relaterad marknad. Kommissionen fann i fallet att Sealinks vägran att erbjuda en potentiell konkurrent tillgång till Holyhead hamnen på skäliga och icke-diskriminerande villkor utgjorde missbruk av en dominerande ställning.¹⁶⁸

De berörda *Sealink* fallen har varit viktiga för utvecklingen doktrinen om ”essential facilities” inom EG-rätten. Kommissionen och Domstolen har dock, som redan nämnts ovan, behandlat frågor rörande ”essential facility” utan att hänvisa till en sådan doktrin. *Oscar Bronner* fallet¹⁶⁹ är det fall där EG-domstolen har kommit närmast ett uttalande om existensen av doktrinen om ”essential facilities”. I fallet hade Mediaprint en dominerande ställning

¹⁶¹ Richard Whish, *Competition Law*, tredje upplagan, 1993 London, s. 618.

¹⁶² Se nedan behandlingen av 94/19, *Sea Containers Ltd v. Stena SeaLink Ports & Stena Sealink Line* [1994] EGT L15/8.

¹⁶³ 88/589, *London European Airways/ Sabena* [1988] EGT L317/47.

¹⁶⁴ Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra* nr 23, s. 161.

¹⁶⁵ *B&I/Sealink, Holyhead*, ej publicerad.

¹⁶⁶ Se Europeiska kommissionen, rapporter om konkurrenspolitiken 1992 (Vol. XXII) s. 121f.

¹⁶⁷ 94/19, *supra* nr 162.

¹⁶⁸ 94/19, *ibid*, para 66.

¹⁶⁹ C-7/97, *supra* nr 73.

som dagstidningsutgivare på den österrikiska marknaden. Företaget hade också under åren utvecklat ett landsomfattande system av hemleverans av sina tidningar. Detta system garanterade att Mediaprints kunder fick sina tidningar tidigt på morgonen. Oscar Bronner var utgivaren av en annan mindre dagstidning och hade inte tillgång till Mediaprints hemleveranssystem. Bronner var därför tvungen att använda sig av det vanliga postleveranssystemet som innebär att tidningarna inte levererades förrän sent på morgonen. Bronner frågade därför Mediaprint om företaget kunde få tillgång till leveranssystemet mot en skälig avgift, men nekades tillgång. Bronner refererade till doktrinen om ”essential facilities” och hävdade att Mediaprint var tvunget att erbjuda tillgång till sitt hemleveranssystem.

EG-domstolen fastställde i fallet tre kriterier som måste vara uppfyllda för att missbruk av dominerande ställning skall anses föreligga i fall där företaget med en sådan ställning har vägrat att erbjuda tillgång till en tjänst:

1. det måste vara sannolikt att vägran leder till uteslutning av all konkurrens inom den relevanta marknaden för den person som efterfrågar tjänsten,
2. vägran skall inte kunna rättfärdigas med objektiva skäl och
3. tjänsten måste vara oundgänglig för den som efterfrågar den p.g.a. att det inte existerar något aktuellt eller potentiellt substitut för produkten.¹⁷⁰

Domstolen noterade först att det inte rädde någon tvekan om att det fanns andra leveranssystem på marknaden som t.ex. posten och/eller försäljning via kiosker, även om dessa system var mindre fördelaktiga för Bronner. Det fanns inte heller något tekniskt eller ekonomiskt förhinder för andra tidningsutgivare att utveckla sitt eget landsomfattande hemleveranssystem. EG-domstolen konstaterade att Bronner inte kunde åberopa det faktumet att det var ekonomiskt ofördelaktigt och att det uppstod svårigheter för honom att göra en kopia av faciliteten p.g.a. den begränsade omsättningen av hans verksamhet.¹⁷¹ Domstolen fastslog därmed att Mediaprints vägran inte var att anse som missbruk av dominerande ställning eftersom det fanns möjliga substitut för Bronner.

¹⁷⁰ C-7/97, *ibid*, para 41.

¹⁷¹ C-7/97, *ibid*, para 45.

6 Vem skall artikel 82 skydda?

Artikel 82 skall skydda både konsumenter och konkurrenter från missbruk av en dominerande ställning. Från början har det varit osäkert om artikeln även skulle skydda konkurrenter. I *Continental Can* fallet¹⁷² slogs det dock fast att artikeln även skulle täcka fall då den primära och huvudsakliga skadan riktas mot eller drabbar konkurrenter.¹⁷³ Detta kan leda till problem då ett dominerande företags missbruk av sin ställning som skadar en konkurrent inte alltid innebär skador för konsumenter.¹⁷⁴

Den stora frågan blir därmed vem artikel 82 skyddar i första hand, om dessa två intressegruppers intressen kolliderar med varandra? Praxis lutar åt att prioritera skyddet för konkurrenter framför konsumenters skydd. *Commercial Solvents* fallet¹⁷⁵ är ett exempel på sådan prioritering. I fallet vägrade företaget med den dominerande ställningen inom en viss råmaterialsmarknad att sälja materialet till konkurrerande företag för att själv kunna integrera vertikalt i marknaden för den färdiga varan.¹⁷⁶

För att ett rationellt företag med dominerande ställning inom viss råmaterialsmarknad skall börja med att producera den färdiga varan själv krävs det i normala fall att företaget tror på att det kan göra detta effektivare än de andra företagen. Detta skulle innebära att konsumenten vinner på en sådan handling eftersom den kan få varan billigare. Det innebär samtidigt att de företag som innan producerat färdigvaran, inte längre kan göra detta om företaget med den dominerande ställningen inte har tillräckligt råmaterial för att både själv kunna använda det och kunna sälja det till konkurrenterna.

EG-domstolen valde i *Commercial Solvents* fallet att skydda konkurrenterna. Domstolen fastställde att leveransvägran i syfte att själv kunna integrera vertikalt i en marknad är att anse som missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82.¹⁷⁷

¹⁷² 6/72, supra nr 11.

¹⁷³ Se även 85/76, supra nr 10.

¹⁷⁴ Paul Craig och Gráinne de Búrca, *EU LAW, TEXT, CASES, AND MATERIALS*, andra upplagan, 1998 New York, s. 954 f.

¹⁷⁵ 6 och 7/73, supra nr 78.

¹⁷⁶ För närmare behandling av detta fall se ovan avsnitt 4.1 om leveransvägran.

¹⁷⁷ 6 och 7/73, supra nr 78, para 25.

7 Avslutande kommentarer

EG-rätten och dess konkurrensrättsliga regler har ingenting att invända emot företag med monopolställning eller dominerande ställning som sådan. Sådana företag har dock i enlighet med EG-rätten vissa förpliktelser i förhållande till marknaden. EG-rätten ställer alltså vissa krav på hur sådana företag skall bete sig på den gemensamma marknaden för att inte utesluta eller begränsa konkurrensen inom unionen. Detta innebär att EG-rätten skiljer mellan legitima konkurrenshandlingar och icke legitima sådana, för företag med viss makt på marknaden. Genom lagstiftning d.v.s. artikel 82 i Romfördraget och praxis kring denna artikel klargörs vad som är en icke legitim konkurrenshandling och därmed utgör missbruk av en dominerande ställning. På detta sätt begränsas större företags möjligheter att konkurrera eller att utnyttja sin dominerande ställning och marknadskraft på marknaden.

Som det framgår av denna uppsats är det många handlingar, utförda av företag med dominerande ställning på viss marknad, som kan anses som missbruk av en sådan ställning. Man kan i grova drag inordna dessa missbrukshandlingar under tre huvudsakliga kategorier:

1. utnyttjande missbrukshandlingar,
2. exkluderande missbrukshandlingar och
3. strukturella missbrukshandlingar.

Första kategorin omfattar fall där större företag utnyttjar sin ekonomiska ställning för att uppnå olika syften i sitt eget intresse. Det huvudsakliga syftet brukar vara att generera stor vinst vilket sker på bekostnad av företagets mindre konkurrenter. Uttagandet av oskäligt höga priser eller påtvingandet av andra oskäliga affärsvillkor, orättvis prissättning, diskriminerande prissättning, "top slice" rabatter, buntprissättning, användandet av trohetsrabatter eller målsättningsrabatter, korssubvention samt krav på fullgörelse av ett kontrakt är alla exempel på utnyttjande missbrukshandlingar.

Under den andra kategorin faller t.ex. "tying", leveransvägran, minskning av leverans, vägran att tillhandahålla information, vägran att bevilja licens för olika immateriella rättigheter, påläggandet av exklusiva inköpsförpliktelser, ruinerande priskonkurrens och utnyttjande av rättegångsförfarande. Gemensamt för alla dessa handlingar är att större företag använder sig i sådana situationer av sin ekonomiska ställning för att minska konkurrensen.

Tredje kategorin omfattar missbruk som har varaktig inverkan på företagsstrukturen som t.ex. företagsförvärv, förvärv av minoritetsaktier och förvärv av licenser.

Det måste dock konstateras att det faktumet att en handling ovan placerats i en av de tre nämnda missbrukskategorierna inte innebär att handlingen inte kan falla under en annan missbrukskategori. En handling kan t.ex. utgöra både ett utnyttjande missbruk och/eller ett exkluderande missbruk. Ett exempel på ett sådant fall är då ett företag med dominerande ställning erbjuder trohetsrabatter till sina kunder. Erbjudandet kan innebära att företaget använder sig av sin ekonomiska ställning för att uppnå så stor vinst som möjligt på bekostnad av sina mindre konkurrenter och därmed falla in under missbrukskategorien utnyttjande. Erbjudandet kan också innebära att företaget använder sig av sin dominerande ställning för att utesluta eller begränsa konkurrensen genom att binda upp sina kunder via utlovandet av trohetsrabatter.

Praxis förser alltså större företag med olika exempel på vad som är att anse som missbruk. Det finns dock inga garantier att hämta från praxis för vilka handlingar som är tillåtna/otillåtna att företa som företag med dominerande ställning på viss marknad. Jag anser att Kommissionen och EG-domstolen kan med fog kritiseras för sin praxis och sitt sätt att använda och tolka missbruksbegreppet i artikel 82. Kritiken riktas dock inte mot enskilda beslut utan emot det faktumet att ingendera av dessa instanser har lyckats att definiera vilka specifika förpliktelser som artikel 82 ställer på företag med dominerande ställning. Större företag är ännu idag, 44 år efter signerandet av fördraget, inte säkra på vad de kan och inte kan göra för att inte bryta mot missbruksförbudet i artikel 82 i Romfördraget. Denna ovisshet ökar i och med Kommissionens och EG-domstolens benägenhet att göra en extensiv tolkning av denna artikel.

Det måste dock påpekas i detta sammanhang att det finns visst försök i praxis att definiera missbruksbegreppet i artikel 82. Som exempel kan nämnas EG-domstolens resonemang i *Bronner* fallet där frågan om vägran att erbjuda tillgång till en tjänst behandlades. Domstolens resonemang i fallet kan brytas ner till tre kriterier som måste vara uppfyllda för att ett missbruk skall föreligga i en sådan situation. För det första måste det vara sannolikt att vägran leder till uteslutning av all konkurrens, inom den relevanta marknaden, för den person som efterfrågar tjänsten. För det andra skall vägran inte kunna rättfärdigas med objektiva skäl. För det tredje måste tjänsten i en sådan situation vara oundgänglig för den som efterfrågar den p.g.a. att det inte existerar något aktuellt eller potentiellt substitut för produkten.

Om Kommissionen och EG-domstolen väljer att använda sig av dessa tre ”Bronnerkriterier” i framtida mål kan detta innebära att företag med dominerande ställning har vissa riktlinjer till hands för sitt handlande, i vart fall när det rör frågor om leveransvägran. Dessa riktlinjer är dock inte så klara vilket medför att de lämnar ett stort tolkningsutrymme för Kommissionen och EG-domstolen. Begrepp som ”uteslutning av konkurrens”, ”objektivt rättfärdigande” och ”aktuellt eller potentiellt substitut” är ju inte självklara begrepp i sig. Detta leder till att det inte finns

någon möjlighet för större företag att med säkerhet kunna förutse om en handling kommer att utgöra missbruk av dominerande ställning.

Bilaga A

Artikel 2 (f.d. artikel 2)

Gemenskapen skall ha till uppgift att genom att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och genom att fullfölja den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4 främja en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.

Bilaga B

Artikel 3 (f.d. artikel 3)

1. För att uppnå de mål som anges i artikel 2 skall gemenskapens verksamhet på de villkor och i den takt som anges i detta fördrag innefatta

- a) förbud mot tullar och kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna vid import och export av varor samt förbud mot alla övriga åtgärder med motsvarande verkan,
- b) en gemensam handelspolitik,
- c) en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna,
- d) åtgärder som avser personers inresa och rörlighet enligt avdelning IV,
- e) en gemensam politik på jordbruks- och fiskeområdet,
- f) en gemensam politik på transportområdet,
- g) en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids,
- h) tillnärmning av medlemsstaternas nationella lagstiftning i den utsträckning den gemensamma marknadens funktion kräver det,
- i) främjande av samordningen av medlemsstaternas sysselsättningspolitik i syfte att göra denna mer effektiv genom att utveckla en samordnad sysselsättningsstrategi,
- j) en politik på det sociala området som innefattar en europeisk socialfond,
- k) stärkande av den ekonomiska och sociala sammanhållningen,
- l) en miljöpolitik,
- m) stärkande av gemenskapsindustrins konkurrenskraft,
- n) främjande av forskning och teknisk utveckling,
- o) stimulans till att upprätta och utveckla transeuropeiska nät,
- p) bidrag till att uppnå en hög hälsoskyddsnivå,
- q) bidrag till god utbildning samt till kulturens utveckling i medlemsstaterna,
- r) en politik på området för utvecklingssamarbete,
- s) associering av utomeuropeiska länder och territorier i syfte att öka handeln och att gemensamt främja den ekonomiska och sociala utvecklingen,
- t) bidrag till att stärka konsumentskyddet,
- u) åtgärder på områdena energi, räddningstjänst och turism.

2. I all verksamhet som avses i denna artikel skall gemenskapen syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och att främja jämställdhet mellan dem.

Bilaga C

Artikel 81 (f.d. artikel 85)

1. Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater

och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

- a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) marknader eller inköpskällor delas upp,
- d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

- på avtal eller grupper av avtal mellan företag,
 - beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,
 - samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden, som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte
- a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
 - b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bellamy Christopher och Child Graham D., Common Market Law of Competition, Oxford University Press, Sweet & Maxwell, 1973 London

Craig Paul och de Búrca Gráinne, EU LAW, TEXT, CASES, AND MATERIALS, andra upplagan, Oxford University Press, 1998 New York

Whish Richard, Competition Law, tredje upplagan, Butterworths, 1993 London

Artiklar

Turnbull Sarah, Barriers to entry, Article 86 EC and the Abuse of a dominant position: An economic Critique of European Community Competition Law, [1996] 2 ECLR, s. 96-103.

Doherty Barry, Just what are essential facilities?, [2001] 38 CMLR, s. 397-436.

Fördrag

Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknad i Rom den 25 mars 1957, konsoliderad version i enlighet med ändringar gjorda till följd av det i Amsterdam den 2 oktober 1997 undertecknade Amsterdamfördraget om ändring av Fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem.

Förordningar

Rådets Förordning 17/62 EEG av den 6 februari 1962, den första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 [1962] EGT L13/204

Kommissionens Förordning 2349/84 om tillämpningen av artikel 85(3) i Fördraget på vissa kategorier av patentlicensöverenskommelser [1984] EGT L219/15.

Commission Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty, COM [2000] 582 av den 27 september 2000.

http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/modernisation/comm_2000_58_2/en.pdf.

Kommissionens meddelanden och upplysningar

EGT C265/3, Notice on the application of the Competition Rules to access agreements in the telecommunications sector [1988]

EGT C233/2, Guidelines on the application of the EEC competition rules in the telecommunications sector [1991]

Kommissionens rapporter om konkurrenspolitiken

Publicerad i Luxemburg av Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer

Europeiska kommissionen, rapporter om konkurrenspolitiken 1992 (Vol. XXII)

Europeiska kommissionen, rapporter om konkurrenspolitiken 1996 (Vol. XXVI)

Europeiska kommissionen, rapporter om konkurrenspolitiken 1997 (Vol. XXVII)

Rättsfall från EG-domstolen

40/70, Sirena Srl v. Eda Srl och andra [1971] ECR 69

78/70, Deutsche Grammophon v. Metro [1971] ECR 487

6/72, Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v. Commission [1973] ECR 215

6 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents v. Kommissionen [1974] ECR 223

40-48, 50, 54-56, 111, 113 & 114/73, Cooperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA och andra v. Kommissionen [1975] ECR 1663

127/73, BRT v SABAM (BRT II) [1974] ECR 313

26/75, General Motors Continental NV v. Kommissionen [1975] ECR 1367

27/76, United Brands Co. & United Brands Continentaal BV v. Kommissionen [1978] ECR 207

85/76, Hoffman-La Roche & Co. AG v. Kommissionen [1979] ECR 461

77/77, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV, British Petroleum Raffinerij Nederland NV och British Petroleum Maatschappij Nederland BV v. Kommissionen [1978] ECR 1513

22/78, Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd. v. Kommissionen, [1979] ECR 1869

322/81, Nederlandsche Baden-Industrie Michelin NV v. Kommissionen [1983] ECR 3461

298/83, CICCE v. Kommissionen [1985] ECR 1105

142 och 156/84, BAT and Reynolds [1986] ECR 1899

226/84, British Leyland v. Kommissionen [1986] ECR 3263

311/84, Centre belge d'études de marché- Télémarketing (CBEM) v. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB) [1985] ECR 3261

62/86, AKZO v. Kommissionen, [1991] ECR I-3359

66/86, Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, [1989] ECR 803

247/86, Alsatel v. Novasam [1988] ECR 5987

C-41/90, Höfner (Klaus) och Fritz Elser v. Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979

C-179/90, Merci Convenzionale Porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA [1991] ECR I-5889

C-241 och 242/91, RTE och ITP v. Kommissionen [1995] ECR I-743

C-53/92, Hilti AG v. Kommissionen [1994] ECR I-667

C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge och Dafra-Lines v. Kommissionen [2000] ECR I-1365

C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co v. Mediaprint Zeitungs [1998] ECR I-7791

Rättsfall från CFI

T-30/89, Hilti AG v. Kommissionen [1991] ECR II-1439

T 51/89, Tetra Pak I v. Kommissionen [1990] ECR II-309

T-69/89, RTE v. Kommissionen [1991] ECR II-485

T 83/91, Tetra Pak International v. Kommissionen [1994] ECR II-755

T-111/96, ITT Promedia NV v. Kommissionen [1998] ECR II-2937

Kommissionsbeslut

71/224, GEMA [1971] EGT L134/15

72/21, Europemballage Corporation [1972] EGT L7/25

77/327, ABG oil companies operating in the Netherlands [1977] EGT L117/1

83/400, Windsurfing [1983] EGT L229/1

88/138, Eurofix-Bauco/Hilti [1988] EGT L65/19

88/501, Tetra Pak I [1988] EGT L272/27

88/518, Napier Brown/British Sugar [1988] EGT L284/41

88/589, London European Airways/ Sabena [1988] EGT L317/47

89/113, Decca Navigator System [1989] EGT L43/27

89/205, Magill TV Guide/ITP, BBC och RTD [1989] EGT L78/43

91/299, Soda-ash-Solvay [1991] EGT L152/21

92/163, Tetra Pak II [1992] EGT L72/1

93/252, Warner-Lambert/Gillette [1993] EGT L116/21

94/19, Sea Containers Ltd v. Stena SeaLink Ports & Stena Sealink Line [1994] EGT L15/8

97/540, Coca-Cola/Aamalgamated Beverages GB [1997] EGT L218/15

98/531, Van den Bergh Foods Limited [1998] EGT L246/1

99/329, International Group of P&I Clubs [1999] EGT L125/12