



JURIDISKA FAKULTETEN vid Lunds universitet

Sara Lundin

Vad är skyddsintresset bakom artikel 82 – konsumenterna eller konkurrenterna?

This essay aims to decipher whether Article 82 protects competitors or consumers, as there has been a great uncertainty about this. There has been a tendency in the case law to protect competitors, whilst politicians have stated that consumers should be the main concern.

This essay presents relevant case law in the area, as well as the new competition policy presented by the European commission. To conclude the essay, a comparison is made between the new policy and the outcome of the landmark Microsoft-case.

Examensarbete
20 poäng

Hans Henrik Lidgard

Konkurrensrätt

Hösten 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Syfte och frågeställning	6
1.2 Metod	6
1.3 Avgränsning	7
1.4 Disposition	7
2 KONKURRENSTEORIN	8
2.1 Perfekt konkurrens och faktiskt monopol	8
2.2 Konkurrensens fördelar	9
2.3 Konkurrensrättens funktioner	9
2.4 Konkurrensrättens förhållande till ekonomiska teorier	10
3 KONKURRENSRÄTTEN	12
3.1 EG:s konkurrenspolitik	12
3.2 De centrala bestämmelserna	12
3.3 Den amerikanska antitrust-lagstiftningen	13
4 TILLÄMPNINGEN AV ARTIKEL 82	15
4.1 Dominans	15
4.2 Missbruk	16
4.2.1 Missbrukande prissättningspolitik	17
4.2.1.1 Kommissionens beslut <i>ECS/AKZO</i> och <i>AKZO</i> mot kommissionen	18
4.2.1.2 France Télécom mot kommissionen	19
4.2.1.3 Irish Sugar mot kommissionen	19
4.2.2 Rabatt- och bonussystem	20
4.2.2.1 Michelin mot kommissionen (Michelin II)	20
4.2.2.2 British Airways mot kommissionen	21

4.2.2.3	Kommissionens beslut <i>Portugese Airports</i> och Portugal mot kommissionen	22
4.2.3	Leveransvägran	22
4.2.3.1	Commercial Solvents mot kommissionen	23
4.2.4	Exklusivitetsavtal	23
4.2.4.1	Hoffman-La Roche mot kommissionen	23
4.2.4.2	Van den Bergh Foods mot kommissionen	24
4.3	Kommissionens nya politik	25
4.4	Kommissionens diskussionspapper	26
5	MICROSOFT-MÅLET	29
5.1	<i>Microsoft</i> , kommissionens beslut	29
5.1.1	Kommissionens utredning	29
5.1.2	Kommissionens ålägganden	33
5.2	Microsoft mot kommissionen	34
5.3	Respons till Microsoft-målet	35
6	ANALYS	37
6.1	Slutsatser av kommissionens och domstolarnas rättspraxis	37
6.2	Kritik mot rättstillämpningen	37
6.3	Hur överensstämmer den framförda kritiken med Microsoft-målet?	40
6.4	Slutsats	44
7	EGNA KOMMENTARER	45
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	53

Summary

The existence of workable competition in the marketplace is a fundamental part of a free market economy. Competition is believed to bring many positive effects to both society and the marketplace by ensuring that products and services held in demand are placed on the market at a price that consumers are willing to pay. Furthermore, competition results in product efficiency. Competing companies are constantly aiming to lower their prices, as their positioning on price is a major marketing device, which could determine their chances to stay in that marketplace. Another benefit of workable competition is that it brings a dynamic to the marketplace and stimulates the product development – since the producers will constantly develop and invest in new products or services as a result of the competition, and in a bid to win the consumers' business.

Competition law aims to protect the competition in a free market economy by promoting competition, which will be effective and undistorted. This enables the public to receive as many benefits from the competition as is possible. The key objective of the EC Competition policy is said to be the protection of competition, since it facilitates the integration within the common market and also enables the consumers to benefit from the workable competition. One of the most fundamental rules regarding competition law in the EC is Article 82 EC-treaty, which outlaws dominant companies from abusing their strong position in the market, since this can result in hindering the maintenance of workable competition and makes the market ineffective.

During recent years there has been criticism as regards how Article 82 is applied by the Commission and the European Courts. A number of people think that too much emphasis is put in the protection of competitors rather than competition itself – even in cases where the dominant undertaking's conduct might benefit consumers and thereby undermine the EC competition policy. However, some of the criticism has been justified. The Commission and the Courts have, when applying Article 82 EC-Treaty, shown clear features of unpredictability and there has been a tendency among the authorities to outlaw some of the actions made by a dominant company – without looking into its effect on the competition, or to consumers. Moreover, companies have been given the burden of having to prove that their actions are not anti-competitive. In addition to this, the Commission and the Courts have often stated that dominant companies have a special responsibility not to let their conduct impair the undistorted competition within the common market.

As a result of the criticism, the Commission undertook a review of the policy behind Article 82 and published a *Discussion paper*, to explain and declare the key objectives behind the Article. In the Discussion paper, the Commission stated that it was the protection of the competition and the con-

sumer welfare that was its key concern, and that the Commission aimed to start applying a more effect based approach when applying article 82, to ensure that it is competition, and not competitors, that is protected.

At the time of the Commission's review the Microsoft case was also taking place. This case is considered to be a landmark, not only because of the extremely high fine imposed or the monopolistic position the undertaking was considered to have, but because the Commission and the CFI were given a chance to apply their new policy. During the Microsoft case, the Commission and the CFI applied the competition policy that was expressed in the Discussion paper, meaning that the protection of the competition was put first, as a way to maintain a high degree of consumer welfare. Microsoft was found to have abused its dominant position on the common market by devoting itself to anti-competitive actions which had a detrimental effect on other undertakings' incentives to innovate, whilst having an excluding effect on the market which decreased the competition and therefore the range of products on the market. These factors combined were also deemed to have a detrimental effect on the consumers. On the basis of this, the conclusion when it comes to Article 82, is that it aims to protect the consumers and not the competitors, even if there has been a great uncertainty about this before.

Sammanfattning

Existensen av konkurrens på marknaden sägs vara grundläggande för förekomsten av en fungerande marknadsekonomi. Konkurrens bringar olika fördelar till samhället såsom att marknaden effektiviseras, vilket innebär att de produkter och tjänster som efterfrågas av konsumenterna, tillhandahålls till ett pris dessa är villiga att betala. Vidare resulterar konkurrens i produkt-effektivisering, innebärandes att företagen strävar efter att sänka kostnaderna, eftersom priset är det främsta konkurrensmedlet och dess största chans att stanna kvar på marknaden. En tredje konsekvens med konkurrens är att den resulterar i produktutveckling och leder till att marknaden blir dynamisk, då företagen i sina mål att locka till sig kunderna utvecklar och investerar i nya produkter och tjänster.

Syftet med konkurrensrätten är att reglera konkurrensen på marknaden, för att säkerställa att konkurrensens fördelar kommer samhället tillgodo. Det huvudsakliga skyddsintresset inom EG:s konkurrenspolitik är konkurrensen, då den kan underlätta integrationen av den gemensamma marknaden samt bringa positiva effekter till konsumentkollektivet. Artikel 82 EGF är en av de grundläggande bestämmelserna i EG:s konkurrenslagstiftning, och förbjuder dominanta företag att missbruka sin starka ställning på marknaden. Anledningen bakom detta är att ett sådant missbruk kan leda till att konkurrensstrycket försvagas och marknaden blir ineffektiv.

En relativt omfattande kritik har framförts genom åren, innefattandes att kommissionens och de europeiska domstolarnas rättstillämpning av artikel 82 resulterar i att konkurrenterna, och inte konsumenterna, skyddas. Rättstillämpning motsäger därmed den uttalade politiken bakom EG:s konkurrensrätt. Den kritik som framkommit har visat sig vara befogad då rättstillämpningen på området har visat tydliga drag av oförutsägbarhet, samt osäkerhet angående vad som befinner sig i skyddsintresset. Det har även förelegat en tendens bland myndigheterna att förbjuda ageranden av dominanta företag automatiskt, utan att se till dess effekt på konkurrensen eller konsumenterna. Vidare har dominanta företag ålagts bevisbördan för att visa att dess agerande inte utgör ett missbruk, och myndigheterna har åtskilliga gånger uttalat att dominanta företag har ett särskilt ansvar för hur de uppträder på marknaden.

På grund av den kritik som framkommit har kommissionen sett över sin konkurrenspolitik avseende artikel 82 och utfärdat ett diskussionspapper, för att förklara kommissionens politik samt tydliggöra tillämpningen av nämnda lagrum. I diskussionspapperet sades att det var skyddet för konkurrensen och upprätthållandet av konsumentvälfärden som stod i centrum för kommissionens konkurrenspolitik. Kommissionen uttalade även att den avsåg att börja tillämpa en mer effektbaserad tillämpningsmetod, för att motverka en rättstillämpning som skyddar konkurrenter istället för konkurrensen och konsumenterna.

I samband med att kommissionen företog denna översyn, har Förstainstansrättens avgörande i Microsoft-målet kommit. Microsoft-målet har blivit ett väldigt uppmärksammat mål, på grund av det enorma bötesbelopp företaget ålades att betala, samt att kommissionen och Förstainstansrätten gavs möjlighet att tillämpa kommissionens nya konkurrenspolitik. I målet befanns Microsoft ha missbrukat sin dominanta ställning genom att ägna sig åt konkurrensbegränsande beteenden som kraftigt minskade konkurrenstrycket på marknaden, och verkande menligt för konsumenterna. Såväl kommissionen som Förstainstansrätten följde i Microsoft-målet konkurrenspolitiken såsom den uttrycktes i diskussionspapperet, innebärandes att myndigheterna satte bevarandet av konkurrensen i centrum för att upprätthålla en hög grad av konsumentvälfärd. Utifrån detta kan därmed slutsatsen dras att artikel 82, avser att skydda konsumenterna och inte konkurrenterna, även om det tidigare förelegat en stor osäkerhet om detta.

Förkortningar

AmCham	The American Chamber of Commerce
EG-domstolen	European Court of Justice
EG	Europeiska Gemenskapen
EGF	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
Förstainstansrätten	European Court of First Instance
Kommissionen	Europeiska kommissionen
WMP	Windows Media Player

1 Inledning

Det har under senare år riktats kritik mot kommissionen och domstolarna angående rättslämpningen av artikel 82 EGF. Den kritik som framförts handlar främst om att EG:s konkurrenspolitik förefaller vara oklar angående vad som står i fokus för konkurrenslagstiftningen – huruvida det är konsumenterna eller konkurrenterna – fastän det tidigare uttalats att det är skyddet för konsumentvälfärden som är det centrala. Vidare menar kritikerna att rättstillämpningen på området är mycket oförutsägbar och inkonsekvent. Kritiker har även uttryckt sina uppfattningar om att rättstillämpningen i många fall leder till att förfaranden av dominanta företag förbjuds, även i fall där agerandet kan resultera i fördelar för konsumenterna, och bidra till att konkurrensstrycket på marknaden upprätthålls. Detta menar kritikerna resulterar i att ineffektivitet uppstår på marknaden, eftersom konkurrenter skyddas från mer effektiva konkurrenter, och därmed underminerar syftet med den europeiska konkurrenslagstiftningen.

På grund av den kritik som framkommit har kommissionen företagit en översyn av politiken bakom artikel 82, och lämnat ett reformförslag. Anledningen till detta sade kommissionen vara dess önskan att fastställa och förklara gemenskapens konkurrenspolitik, samt att möjliggöra för en mer enhetlig och förutsägbar rättstillämpning.

Utöver detta har även avgörandet i *Microsoft mot kommissionen* avkunnats. Målet har kommit att bli mycket uppmärksammat och omdiskuterat på grund av det enorma bötesbelopp som utdömdes, och för att kommissionen och Förstainstansrätten getts tillfälle att applicera kommissionens nya konkurrenspolitik. Frågan aktualiseras därför, vad som egentligen är skyddsintresset vid tillämpningen artikel 82– är det konsumenterna eller konkurrenterna?

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är att undersöka huruvida det är konsumenterna eller konkurrenterna som är skyddsintresset vid tillämpningen av artikel 82.

1.2 Metod

I arbetet med att besvara ovanstående frågeställning har jag främst använt mig av klassisk juridisk metod, med utgångspunkt i doktrin, rättspraxis, artiklar samt lagtext. Det har även varit nödvändigt att tillämpa en rättsekonomisk metod, med utgångspunkt i doktrin, för att få information om konkurrens teorier samt undersöka och förstå kopplingen mellan ekonomi och konkurrensrätt. Jag har även använt mig av komparativ metod, och tagit del

av utländsk doktrin och lagtext, i arbetet att jämföra den europeiska konkurrenslagstiftningen med den amerikanska antitrusträtten.

1.3 Avgränsning

Denna uppsats har avgränsats till att endast behandla europeisk rätt på området. Detta eftersom den kritik som framställts avseende rättstillämpningen, relaterar till artikel 82.

1.4 Disposition

I kapitel 2 behandlas konkurrensteorin, dess fördelar och funktion i samhället, samt förhållandet mellan konkurrensrätt och ekonomiska teorier. Syftet med detta är att ge läsaren en förberedande inblick om bakgrunden till konkurrenslagstiftningen. I kapitel 3 presenteras den europeiska konkurrensrätten, samt dess funktion och utformning. I slutet av detta kapitel följer även en *komparativ* del, vilken behandlar den amerikanska konkurrenslagstiftningen, som fungerat som förebild för många andra konkurrenslagstiftningar. Vidare är den av intresse att känna till, då såväl amerikaner som européer förespråkat att EG:s konkurrensrätt bör utformas enligt samma modell som den amerikanska, samt framfört kritik angående den europeiska regleringen på området. I kapitel 4 beskrivs tillämpningen av artikel 82, samt rättspraxis som är relevant till frågeställningen. I anslutning till detta behandlas även kommissionens nya politik, såsom den presenterats i dess diskussionspapper. Kapitel 5 behandlar kommissionens beslut mot Microsoft samt Förstainstansrättens dom i samma ärende. I detta kapitel presenteras även den respons myndigheterna erhållit i anslutning till nämnda mål. I kapitel 6 behandlas praxis från kommissionen och domstolarna, samt den kritik som framkommit avseende myndigheternas rättstillämpning. I anslutning till detta följer även en jämförelse mellan den kritik som framkommit, och myndigheternas tillämpning av artikel 82 i Microsoft-målet.

Slutligen, i kapitel 7, kommer jag att diskutera vad jag tycker verkar ligga i fokus för konkurrenspolitiken avseende artikel 82 – är det skyddet för konsumenterna eller konkurrenterna?

2 Konkurrensteorin

2.1 Perfekt konkurrens och faktiskt monopol

För att kunna förklara konkurrensteorin och demonstrera hur aktörerna på marknaden agerar under olika förhållanden, brukar ekonomer hänvisa till två modeller: *perfekt konkurrens* och *faktiskt monopol*.¹

På en marknad där det råder *perfekt konkurrens*, förekommer det många köpare och säljare. Alla konkurrenter har lika stor marknadsandel och alla aktörer är medvetna om alla händelser på marknaden. Denna medvetenhet gör det möjligt för konkurrenterna att anpassa sig efter händelserna på marknaden och följa med i dess utveckling, genom att t.ex. sänka priserna, introducera nya produkter, öka eller sänka tillgången på sina varor eller tjänster. På en marknad där perfekt konkurrens existerar, uppfattar köparen de olika konkurrenternas produkter som likvärdiga. Vidare föreligger det en total avsaknad av avtal och regleringar beträffande aktörernas ageranden på marknaden. Ett ytterligare kännetecken för perfekt konkurrens är att det råder ett fritt inträde till marknaden, såväl som ett fritt utträde.² Vidare har inte någon marknadsaktör något större inflytande än de andra aktörerna, eller besitter en sådan makt att denne kan påverka faktorer som pris eller utbud.³ Det främsta resultatet av att det råder perfekt konkurrens på en marknad, är att det förekommer en väldigt hög effektivitet. Denna effektivitet medför att varor tillverkas under lägsta möjliga kostnad, eftersom alla producenter som inte producerar tillräckligt effektivt tvingas lämna marknaden, då priset är det viktigaste konkurrensmedlet.⁴

På en marknad där det råder *faktiskt monopol*, är det bara ett företag som tillhandahåller varor och tjänster. Detta företag har fullständig kontroll över marknaden, eftersom kunderna inte kan vända sig till någon annan för liknande produkter eller tjänster. Monopol leder till ineffektivitet eftersom företaget inte är föremål för påtryckningar att uppnå produkteffektivitet, erbjuda låga priser till konsumenterna eller utveckla nya produkter. Faktiskt monopol är dock sällsynt. Däremot förekommer det ibland att det på en marknad existerar *rättsliga monopol* samt *naturliga monopol*.⁵ Rättsliga monopol innebär att bara ett företag erhåller tillstånd att tillhandahålla vissa varor och tjänster. Naturliga monopol uppstår oftast i vissa branscher där kostnaderna för anläggningar är oerhört höga, men där kostnaderna för driften är relativt låga. Avsevärt vanligare än monopol är *oligopol*, som kännetecknas av att det på en marknad förekommer mellan två till sju kon-

¹ Whish, sidan 2.

² Jones och Sufrin, sidan 6.

³ Dahlman, sidan 143.

⁴ Dahlman, sidan 143.

⁵ Jones och Sufrin, sidan 16.

kurrenter, vilket resulterar i att företagen till en stor del påverkas av varandras strategier och beslut.

De två modellerna perfekt konkurrens och faktiskt monopol är nationalekonomiska teorier och påträffas väldigt sällan i verkligheten. Dessa två teorier har en mera illustrativ funktion, för att göra det möjligt att föreställa och förutse händelser och reaktioner på marknaden av olika aktörers handlingar.⁶ På den verkliga marknaden förekommer det någonting som brukar benämnas *effektiv konkurrens*, där konkurrenterna är färre än i en perfekt konkurrens, men fler än på den oligopoliska marknaden.

2.2 Konkurrensens fördelar

Det verkar vara en gemensam uppfattning bland ekonomer att existensen av konkurrens på marknaden medför olika fördelar till samhället. Dessa fördelar är

- *Effektivisering av marknaden.* Konkurrens ökar möjligheten att bara varor och tjänster som är efterfrågade av konsumenterna, finns på marknaden, till ett pris som konsumenterna är villiga att betala.
- *Produkteffektivisering.* Konkurrens på marknaden medför ett påtryckningsmedel för konkurrenterna att sänka sina kostnader, då detta är deras största chans att kunna stanna på marknaden då priset är det största konkurrensmedlet.
- *Produktutveckling.* Konkurrens resulterar i att konkurrenterna kommer att utveckla och investera i nya produkter och tjänster, som ett led i strävan att locka till sig konsumenterna.⁷

2.3 Konkurrensrättens funktioner

Syftet med konkurrenslagstiftning är att upprätthålla konkurrensen på marknaden, så samhället kan ta del av de fördelar som en effektiv konkurrens resulterar i.⁸ Mark Furse valde att uttrycka det på följande sätt: "*the primary purpose of competition law is to remedy some of the situations which the free market system breaks down.*"⁹

Nästan etthundra länder runt om i världen har en konkurrenslagstiftning. Även om det råder en samstämmighet bland många länder om att förekomsten av konkurrensrätt i rättssystemet är nödvändig för att uppnå effekti-

⁶ Jones och Sufrin, sidan 13.

⁷ Goyder, sidan 9.

⁸ Jones och Sufrin, sidan 17.

⁹ Furse, sidan 1.

vitet i samhällsekonomin, verkar det inte finnas någon gemensam ståndpunkt avseende hur en sådan lagstiftning skall utformas.¹⁰

Hur länder med konkurrenslagstiftning väljer att skapa sina konkurrensregleringar, och hur omfattade den utformas, tycks variera väldigt mycket. Trots detta är det möjligt att utröna vissa funktioner som konkurrensrätten kan ha, som olika samhällen lägger olika mycket vikt vid.

- *Konsumentskydd.* Konkurrensrätten kan i vissa rättssystem utformas som ett skydd för konsumentkollektivet, och reglerar konkurrensen så att dess fördelar kommer konsumenterna tillgodo.
- *Skydd för konkurrenter.* Enligt detta syfte fungerar konkurrenslagstiftningen som ett redskap för att säkerställa att små och medelstora företag åtnjuter skydd gentemot större och mer dominanta företag, och ger de mindre företagen en möjlighet att etableras på marknaden.
- *Den gemensamma marknaden.* Konkurrensrätten spelar en vital roll i EU:s målsättning att skapa en gemensam marknad utan några handelshinder mellan medlemsstaterna.
- *Distribuera makt.* Väldigt stora och dominanta företag kan anses vara till skada för konkurrensen. Konkurrensrätten kan i dessa fall fungera som ett medel för att jämna ut makten på marknaden mellan företagen, och därmed uppnå en jämnare maktfördelning dem emellan.¹¹

2.4 Konkurrensrättens förhållande till ekonomiska teorier

Konkurrensrätten är ett rättsområde där rättstillämpningen och rättsutvecklingen är tydligt påverkade av ekonomiska teorier. En stor del av kunskapen om exempelvis marknadsbeteenden har utvecklats ur olika teoribildningar inom ekonomin. Omvänt har konkurrensrätten en stark påverkan på ekonomin, eftersom konkurrensrätten kan användas som ett hjälpmedel för att uppnå mål eller förändringar i ekonomin.¹²

Ekonomiska teorier har spelat en mycket central roll i konkurrensrättens utveckling under senare år, då det kommer till uppkomsten och skapandet av en sekundär lagstiftning, såsom praxis och doktrin.¹³ Detta kan inte förklaras på något annat sätt än hur betydelsefullt det anses vara vid rättstillämpningen, att kunna ge en föreställning av effekterna på marknaden av de

¹⁰ Jones och Sufrin, sidan 17.

¹¹ Whish, sidan 17.

¹² Dahlman, sidan 157.

¹³ Dahlman, sidan 155.

olika marknadsaktörernas ageranden. Det är emellertid viktigt att ha i åmin- nelse att ekonomi och ekonomiska teorier endast bygger på antaganden,¹⁴ och att ekonomiska ”bevis” enligt en del författare på området, bör applice- ras med försiktighet vid rättstillämpningen.¹⁵

För att summera ovanstående anses förekomsten av konkurrens bidra till att effektivisera marknaden, vilket i sin tur resulterar i många olika fördelar till samhället. Ett lands konkurrensrätt kan utformas utifrån vad den aktuella staten bedriver för konkurrenspolitik. Det finns en stark koppling mellan konkurrensrätt och ekonomi, då ekonomiska termer och teorier bidrar till att förklara hur konkurrensen fungerar, och gör det möjligt att förutsäga vad olika beteenden får för effekter på marknaden.

¹⁴ Faull och Nikpay, sidan 4.

¹⁵ Furse, sidan 16.

3 Konkurrensrätten

3.1 EG:s konkurrenspolitik

Konkurrensrätten anses spela en viktig roll inom EU för förverkligandet av den gemensamma marknaden. EG:s konkurrensregler syftar även till att främja en effektiv konkurrens på marknaden, så att den effektiva konkurrentens positiva effekter kommer gemenskapen som helhet till fördel, framför allt konsumentkollektivet.¹⁶ Det är även möjligt att utvärdera andra objekt som varit föremål för reglering inom EG:s konkurrenslagstiftning, såsom skyddet av små och medelstora företag gentemot större, samt skyddet av konkurrenter på marknaden i stort. De olika skyddsintressena konkurrensen, konsumenterna och konkurrenterna, kan ibland krocka med varandra. Icke desto mindre har generaladvokaten Jacobs uttalat i *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint*, att det primära syftet med gemenskapens konkurrenslagstiftning är att motverka hinder mot konkurrensen, och att skydda konsumentkollektivets intressen, istället för att skydda konkurrenterna.¹⁷

Mario Monti, konkurrenskommissionär under åren 1999–2004, sade 2001 att målet att uppnå effektivitet på marknaden är det viktigaste av konkurrensrättens alla syften, eftersom det verkar positivt för konsumenterna. Monti framhöll att

“...the goal of the competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation, all in the interests of the consumer.”¹⁸

Det faktum att Monto uttryckte *‘the goal’* istället *‘a goal’* vann mycket stor uppskattning i USA, där man förklarade sig applådera EG:s tillämpning av en konkurrenspolitik som sätter konsumenten i fokus.¹⁹

3.2 De centrala bestämmelserna

De centrala bestämmelserna när det gäller konkurrensrätten inom gemenskapen är *artikel 81* och *82*. Artikel 81 förbjuder avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater, och som har till syfte eller resultat att hindra,

¹⁶ Jones och Sufrin, sidan 39.

¹⁷ Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint*, stycke 58.

¹⁸ Mario Monti, tal vid Merchant Taylor’s Hall, London, juli 2001.

¹⁹ William J. Kolasky *‘North Atlantic Competition Policy: Converging Towards What?’*, tillgänglig på http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech_kolasky.htm

begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Bakgrunden till artikeln är att avtal, såväl vertikala samt horisontella skadar och motverkar förekomsten av en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden. Artikel 82 reglerar dominanta företags missbruk av sin starka ställning och lyder: *Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på 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 (...).*

3.3 Den amerikanska antitrustlagstiftningen

Den amerikanska konkurrenslagstiftningen, vilken i USA benämns för *anti-trust law*, var den första konkurrensrättsliga regleringen i världen. Den introducerades redan år 1890, då *the Sherman Act* antogs av den amerikanska kongressen,²⁰ i syfte att reglera alltför dominerande företagsgruppen, så kallade *truster*.²¹ På grund av dess tidiga tillkomst, har den amerikanska antitrustlagstiftningen haft ett stort inflytande på konkurrensrättens utveckling ur ett globalt perspektiv, och fungerat som förebild för många länders konkurrenslagstiftningar.

Det har inom den amerikanska konkurrensrätten utvecklats olika teoribildningar, bland andra *the Harvard School* och *the Chicago School*, som har olika syn på vilka mål den amerikanska antitrusträtten bör ha. Harvardskolan, som förespråkar att konkurrensrättens mål skall vara att uppnå effektiv konkurrens, utvecklade tankesättet *Structure-Conduct-Performance*. Tankesättet innebär att ett företags ageranden på marknaden beror på dess ledning. Genom att undersöka kausaliteten mellan de tre faktorerna, är det möjligt att fastställa huruvida det förekommer effektiv konkurrens på en marknad. Harvardskolan utförde empiriska studier av den amerikanska industrin under 1950-talet, och påstod utifrån dessa studier att mindre företag var i behov av skydd gentemot större företag, samt att en ingripande konkurrenspolitik var nödvändig för att uppnå en effektiv konkurrens. Motståndarna till Harvardskolan utvecklade teorin Chicagoskolan, och menade att konkurrensanalyser skall grunda sig på teori istället för erfarenheter. Enligt Chicagoskolan är det möjligt att beteenden som typiskt sett är att betrakta som konkurrensbegränsande, kan ha konkurrensfrämjande effekter på marknaden. Vidare förespråkades att det enda målet med konkurrensrätten skall vara att uppnå effektivitet, och att det därför inte skall förekomma något skydd för mindre företag gentemot större. Enligt Chicagoskolan skall det förekomma så lite inblandning från myndigheterna som möjligt, eftersom marknaden själv kan uppnå ekonomisk effektivitet.²² Den nutida amerikanska konkurrenslagstiftningen syftar till att maximera konsumenternas välbefinnande, och värnar om skyddet för konkurrensen för att uppnå en hög grad

²⁰ Dahlman, sidan 155.

²¹ Gustavsson med flera, sidan 19.

²² Jones och Sufrin, sidan 20-22.

av konsumentvälfärd. Denna lagstiftning bygger på effektprincipen, innebärandes att beteenden förbjuds först efter att skadliga beteenden påvisats.²³

The Sherman Act är i vissa delar oförändrad sedan dess tillkomst. Section 2, vilken motsvarar artikel 82 EGF, förbjuder åtgärder av företag som sker i monopoliseringssyfte och stadgar:

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.”²⁴

I praxis har det införts en möjlighet till en skälighetsbedömning, *rule of reason*, vid tillämpningen av detta lagrum, där domstolarna bedömer konkurrensbegränsningens godtagbarhet.²⁵

Artikel 82 och section 2 har därmed olika utformning och syften. Artikel 82 förbjuder missbruk av dominerande ställning för att i huvudsak bevara konkurrensen på marknaden, och section 2 förbjuder företags ageranden som har monopoliserande effekt eller syfte, för att maximera konsumentvälfärden. Dessa skillnader medför att olika resultat uppstår i situationer där de två reglerna appliceras på samma agerande. Olikheterna har visat sig vara väldigt påtagliga i bland annat *Virgin Atlantic Airways mot British Airways*. I detta mål beslutade Virgin att föra talan mot British Airways i USA angående British Airways kommissionsschema, vid samma tidpunkt som Virgin förde talan inför kommissionen enligt EG-rätten i samma ärende. Domstolen i USA avkunnade en dom till förmån för British Airways, och menade att Virgin inte hade lyckats bevisa sitt påstående om att British Airways rabattschema skadade konsumenterna.²⁶ Förstainstansrätten sade däremot att British Airways genom dess rabattschema missbrukat sin dominanta ställning, och hindrat upprätthållandet samt utvecklandet av en effektiv konkurrens på marknaden.²⁷

²³ Jones and Sufrin, sidan 1235.

²⁴ The Sherman Act 1890, section 2.

²⁵ Bernitz, *Den svenska konkurrenslagen*, sidan 17.

²⁶ *Virgin Atlantic Airways Ltd v British Airways plc*, 257 F3d (2d Cir. 2001).

²⁷ Mål T-219/99 *British Airways plc* mot kommissionen

4 Tillämpningen av artikel 82

4.1 Dominans

En av de grundläggande förutsättningarna för att artikel 82 skall bli tillämplig på ett företags agerande, är att det aktuella företaget innehar en dominerande ställning på den gemensamma marknaden. I *United Brands mot kommissionen*²⁸ gav EG-domstolen följande definition av begreppet dominans:

”en stark ekonomisk ställning hos ett företag som gör det möjligt för företaget att hindra att effektiv konkurrens upprätthålls på en relevant marknad genom att företaget i avsevärd utsträckning kan agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand konsumenterna.”

I praktiken är det emellertid ovanligt att ett företag kan agera helt oberoende av sina konkurrenter, snarare är det så att dess agerande inte begränsas av några fungerande marknadskrafter.²⁹

Vid bedömningen huruvida ett företag innehar en dominerande ställning är det av betydelse att känna till företagets marknadsandel på den relevanta marknaden. Den relevanta marknaden kan delas in i en *produktmarknad* och en *geografisk marknad*. Ett företag som är stort på en snävt definierad produktmarknad, t.ex. spik, kan vara litet på en vidare bestämd produktmarknad, t.ex. byggnadsmaterial. På samma sätt kan ett företag vara stort på en geografisk marknad, om den begränsas till en liten ort, eller mindre dominant, om den bestämts till ett helt land. Vid avgränsandet av den relevanta produktmarknaden bedöms produktens utbytbarhet. Varor och tjänster som utifrån användarens uppfattning är utbytbara mot varandra med hänsyn till exempelvis pris, användningsområde och utseende anses tillhöra samma produktmarknad. När det gäller att bestämma den geografiska marknaden har möjligheten till distribution och kostnader för transport betydelse. Tjänster torde kunna begränsas till en mera lokal marknad, medan produkter sannolikt kan ha hela landet som marknad, men detta beror givetvis på vilka varor och tjänster det handlar om i det enskilda fallet.³⁰

Efter att den relevanta marknaden blivit bestämd, blir det aktuellt att fastställa företagets *marknadsandel* på marknaden. Marknadsandelar ger en indikation för hur dominerande ett företag skall anses vara på marknaden, och återspeglar vanligen företagets försäljningssiffror, och därmed dess styrkeposition på marknaden gentemot dess konkurrenter och kunder.³¹ Enligt praxis skapar ett visst antal marknadsandelar vissa presumtioner för

²⁸ Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen* stycke 2.

²⁹ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, sidan 154.

³⁰ Prop. 1992/93:56, sidan 85.

³¹ Wetter, *Konkurrenslagen – en handbok*, sidan 465.

vilken sorts dominans det aktuella företaget skall anses ha.³² EG-domstolen uttalade i *AKZO mot kommissionen*³³ att en marknadsandel som överstiger 50 procent medför en presumtion för dominans. I *British Airways mot kommissionen*,³⁴ hade British Airways en marknadsandel som understeg 30 procent. Företaget ansågs likväl ha en dominerande ställning på marknaden, då närmsta konkurrent hade en marknadsandel om bara 5 procent. Det kan emellertid inte anses vara troligt att ett företag med en marknadsandel som inte överstiger 25 procent klassificeras som dominant.

Marknadsandelar är den viktigaste punkten vid bedömningen om ett företag besitter en dominerande ställning. Marknadsandelarnas antydan på dominans kan förstärkas eller försvagas på grund av olika omständigheter som förekommer på marknaden, såsom t.ex. *inträdeshinder*. Med inträdeshinder avses faktorer som resulterar i kostnader för potentiella konkurrenters inträde till marknaden. Dessa hinder förhåller sig i realiteten ganska svåranalyserade, och kräver ofta en analys angående marknads dynamik över en längre tidsperiod.³⁵ Inträdeshinder kan ta sig uttryck i att en konkurrent innehar ett starkt varumärke, välutvecklat försäljningssystem,³⁶ tekniska och finansiella tillgångar, utbredd marknadsföring, är välintegrerad på marknaden³⁷ eller innehar immaterialrättigheter. Förutom inträdeshinder finns det även andra faktorer som kan påverka betydelsen av ett företags marknadsandelar, såsom kundernas marknadskraft, konkurrenternas styrka på marknaden³⁸ samt förekomsten av nätverkseffekter.³⁹

4.2 Missbruk

Begreppet *missbruk* har blivit tolkat i många olika riktningar och kan sägas vara ett relativt flexibelt koncept. I *Hoffmann La Roche mot kommissionen*⁴⁰ gav EG-domstolen följande definition av begreppet missbruk:

”The concept of abuse is an objective concept 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 of methods different from those which condition normal competition in

³² Bernitz, *Den svenska konkurrenslagen*, sidan 57 och propositionen 1992/93:56, sidan 85.

³³ Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*

³⁴ Mål 219/99 *British Airways plc mot kommissionen*

³⁵ Furse, sidan 15.

³⁶ Jones och Sufrin, sidan 355-365.

³⁷ Ivo Van Bael, sidan 84.

³⁸ Bellamy och Child, sidan 707.

³⁹ Nätverkseffekter uppstår då nyttan av en produkt för en konsument ökar i relation till antalet andra konsumenter som använder produkten. Ett exempel på en produkt är starkt kopplad till nätverkseffekter är telefonen, eftersom dess användbarhet och nytta för en användare är beroende av hur många andra som har en telefon, dvs. hur många personer denna användare kan kommunicera med. Whish, sidan 9.

⁴⁰ Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461, [1973] CMLR

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.”⁴¹

Eftersom begreppet missbruk är ett *objektivt* koncept, behöver det inte finnas något *syfte* att hämma eller eliminera konkurrensen, för att artikel 82 skall bli tillämplig på konkurrensbegränsande ageranden.⁴²

Vid bedömningen om missbruk föreligger, skall hänsyn tas till de olika speciella omständigheterna i det aktuella fallet.⁴³ Några omständigheter som kan vara att beakta är bland andra beteendets karaktär, huruvida beteendet är ett normalt branschbeteende, förekomsten av konkurrens på marknaden samt beteendets effekter på konkurrenter och konsumenter.⁴⁴ Vidare kan ageranden med syfte att konkurrera vara tillåtna om de företas av ett företag med en svag position på marknaden, medan de kan vara förbjudna om ett företag med en dominerande ställning ägnar sig åt dem. Generellt ställs det högre krav på företag med dominerande ställning, att de inte ägnar sig åt beteenden som kan verka konkurrensbegränsande.⁴⁵

I praktiken går det att urskilja två typer av missbruk:

- a) *Exploaterande missbruk* – då ett dominerande företag utnyttjar sin starka ställning på marknaden till sin egen fördel genom att t.ex. tillämpa oskäligen låga priser och villkor samt begränsa produktion och marknad.
- b) *Exkluderande missbruk* – då ett dominerande företag använder sin marknadsstyrka till att försvåra konkurrenssituationen för utomstående företag, och förhindra deras etablering på marknaden. Detta kan aktualiseras då ett företag applicerar kopplingsförbehåll samt tillämpar olika exklusivitetsavtal.⁴⁶

4.2.1 Missbrukande prissättningspolitik

Ett exempel på en prissättningspolitik som kan utgöra missbruk är *underprissättning*. Vid underprissättning eliminerar företag sina konkurrenter genom att tillämpa en låg prissättning, som medför att de konkurrenter som inte kan tillämpa en sådan prissättning, tvingas lämna marknaden. Då konkurrenterna lämnat marknaden höjer företaget sin prissättning, för att tjäna in de förluster som ådragits under underprissättningsperioden. Det har

⁴¹ Ibid, stycke 38.

⁴² Ibid, stycke 91.

⁴³ Furse, sidan 22, samt mål C-6/72 *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc mot kommissionen*, stycke 26

⁴⁴ Wetter, sidan 157-181.

⁴⁵ Wetter, *Konkurrenslagen i praxis*, sidan 157.

⁴⁶ Wetter, *Konkurrenslagen i praxis*, sidan 157-181.

uttryckts i doktrin att det handlar om att “*sacrifice profit-maximization in the short term in order to reap monopoly profits in the long-term.*”⁴⁷ Ett annat missbruk då det kommer till prissättning är *överprissättning*, vilket aktualiseras då ett företag tillämpar ett oskäligt högt pris för en produkt, vilken inte är utsatt för effektiv konkurrens.⁴⁸ Vid *prisdiskriminering* applicerar företag olika priser på samma vara till olika kunder, trots identiska kostnader. Alla kunder på marknaden har ett reservationspris, innebärandes ett högsta pris en kund är villig att betala för en vara. Vid en perfekt prisdiskriminering, kan ett dominerande företag sälja varor till sina kunder efter kundernas reservationspris. Som regel kan prisdiskriminering bara tillämpas med framgång av företag som innehar en dominerande ställning. Ibland kan mycket kraftiga prisskillnader utgöra en förtäckt leveransvägran.⁴⁹

4.2.1.1 Kommissionens beslut *ECS/AKZO* och *AKZO* mot kommissionen

I kommissionens beslut *ECS/AKZO* ansågs företaget *AKZO*, som var ett relativt stort företag inom plastindustrin, ha ägnat sig åt underprissättning. *ESC* var ett mindre företag med önskan om att expandera sin verksamhet till att bli verksamt på samma marknad som *AKZO*. Då *AKZO* fick höra talas om *ESC* framtidsplaner, kontaktade *AKZO* *ESC* och meddelade att de avsåg att vidta väldiga prissänkningar om inte *ESC* övergav sina intentioner. *AKZO* sänkte senare sina priser och erbjöd stora rabatter till *ESC*:s största kunder. Enligt kommissionen bröt *AKZO* mot artikel 82 genom att vidta åtgärder i syfte att eliminera konkurrenter, och förhindra konkurrenternas etablering på marknaden. Kommissionen fokuserade på hoten som *AKZO* uttalat gentemot *ESC* och det exkluderande syftet, och applicerade inte några regler angående underprissättning. Kommissionen formulerade inte heller några principer för när prissänkningar skall anses utgöra underprissättning.⁵⁰

EG-domstolen fastställde kommissionens beslut att *AKZO* missbrukat sin dominerande ställning genom att tillämpa underprissättning. EG-domstolen valde emellertid att formulera mera strukturella beräkningsmetoder, och förklarade varför underprissättning ansågs vara för handen.⁵¹ EG-domstolen menade att priser under de genomsnittliga rörliga kostnaderna⁵² måste anses utgöra ett missbruk, om de företas av ett dominerande företag i syfte att exkludera konkurrenter. Domstolen menade att ett dominant företag inte applicerar prissättning som ligger under de rörliga kostnaderna med något annat

⁴⁷ Jones och Sufrin, sidan 385.

⁴⁸ Wetter, *Konkurrenslagen i praxis*, sidan 183.

⁴⁹ Jones och Sufrin, sidan 409.

⁵⁰ Commission Decision *ECS/AKZO* [1985] OJ L374/1, [1986] 3 CMLR 273.

⁵¹ Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*

⁵² Med rörliga kostnader menas kostnader som varierar efter den kvantitet som är producerad.

syfte, än att eliminera sina konkurrenter för att sedan höja priserna och dra nytta av sin monopolistiska ställning.⁵³

Den av EG-domstolen uttalade presumtionen är alltså att prissättning under den genomsnittliga rörliga kostnaden konstituerar ett missbruk, oavsett dess resultat på marknaden eller konsumenterna. Vidare tillmätte domstolen syftet bakom företagets agerande betydelse, vilket motsäger domstolens tidigare uttalande att missbruk utgör ett objektiva begrepp.

4.2.1.2 France Télécom mot kommissionen

I *France Télécom mot kommissionen*⁵⁴ befanns ett företag brutit mot artikel 82 genom att ha ägnat sig åt underprissättning. Förstainstansrätten fann att företaget tillämnat en prissättning som var lägre än företagets genomsnittliga rörliga kostnader, och sade att priser som ligger under denna kostnad skapar en presumtion för att prissättningen är exkluderande. Vidare menade domstolen att denna typ av prissättning anses utgöra missbruk, om prissättningen är en del av en plan att exkludera konkurrenter från marknaden. Domstolen fastslog att underprissättning förelåg, utan att avgöra huruvida företaget hade en chans att tjäna in förlusten företaget ådragit sig under den påstådda underprissättningen.⁵⁵ Domstolen sade även att beteendet hade en avskräckande effekt för andra företag, och deras möjlighet att träda in på marknaden.⁵⁶

Domstolen lade med andra ord vikt vid syftet bakom prissättningen, och fokuserade på den avskräckande effekten som beteendet hade.

4.2.1.3 Irish Sugar mot kommissionen

Ett annat rättsfall där underprissättning aktualiserades var *Irish Sugar mot kommissionen*,⁵⁷ där Irish Sugar var den enda producenten av sockerbetor på Irland och Nordirland. Då import på sockerbetor från andra medlemsstater kom igång, började företaget tillämpa olika prisstrategier för att säkra sin position på marknaden. Dessa prisstrategier innebar bland annat att företaget drastiskt sänkte sina priser till konsumenter som ansågs vara föremål för importen. Den vidtagna prissänkningen var emellertid inte så låg att den understeg de genomsnittliga rörliga kostnaderna. Kommissionen och Förstainstansrätten bortsåg emellertid från detta faktum, och ansåg att beteendet utgjorde ett missbruk av dominerande ställning. Fokus lades istället på att det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte bakom prissänkningen. Förstainstansrätten sade att dominanta företag måste tillåtas försvara sina kommersiella intressen då företagen blir föremål för konkurrens, men att försvarsåtgärderna måste vara proportionerliga mot det hot som företaget ut-

⁵³ Stycke 71.

⁵⁴ Mål T-340/03, *France Télécom mot kommissionen*.

⁵⁵ Europeiska Gemenskapens Förstainstansrätt, Press Release No. 09/07, 30 Januari 2007.

⁵⁶ Mål T-340/03, *France Télécom mot Kommissionen*, stycke 264.

⁵⁷ Mål T-228/97, *Irish Sugar mot kommissionen*.

sätts för.⁵⁸ Vidare sade Förstainstansrätten att dessa åtgärder måste, för att anses vara lagliga, vara baserade på ekonomiska grunder och förenliga med konsumenternas intressen. Domstolen lade bevisbördan på det svarande företaget att bevisa att beteendet uppfyllde dessa två kriterier.⁵⁹

Även i detta rättsfall lades vikt vid syftet bakom de företagna åtgärderna, utan att se till de verkliga effekterna på marknaden. Visserligen uttalade domstolen att åtgärdernas laglighet var beroende på huruvida de var förenliga med konsumenternas intressen, men lade bevisbördan på det anklagade företaget att påvisa detta.

4.2.2 Rabatt- och bonussystem

Olika bonus- och rabattsystem kan verka konkurrensbegränsande, då de binder upp kunder till företag och därmed kan exkludera konkurrenter från marknaden. I det kommersiella livet förekommer det en mängd olika rabatt- och bonussystem. Frågan huruvida systemen anses vara konkurrensfrämjande eller konkurrensbegränsande skall avgöras utifrån en bedömning i det enskilda fallet. *Kvantitetsrabatter* som varierar med storleken på kundens order, och som är relaterade till objektiva skillnader i kundens prestationer, är i regel tillåtna. Detta eftersom rabatterna då vanligtvis återspeglar motsvarande kostnadsbesparingar för leverantören. Emellertid anses rabatter och bonussystem som har till syfte att binda upp kunder till det aktuella företaget, så kallade *lojalitetsrabatter*, vara konkurrensbegränsande. Anledningen bakom detta är att de förhindrar kunden att köpa sina varor från andra företag på marknaden.⁶⁰ *Målrabatter* är en typ av rabatt som ett företag anpassat individuellt till en kund efter kundens förväntade inköp, och pressar denne att nå den förväntade inköpssiffran. Eftersom någon rabatt inte utgår om kunden inte uppnår den förväntade siffran, kan denna typ av rabatt ha en exkluderande effekt.

4.2.2.1 Michelin mot kommissionen (Michelin II)

I *Michelin mot kommissionen*⁶¹ tillämpade företaget Michelin ett rabattsystem vars konstruktion var tämligen komplicerat. Bonussystemet innebar bland annat att återförsäljare blev belönade med en bonus om deras inköp ökat i jämförelse med året innan. Dessa målrabatter var individualiserade och hade en tydlig lojalitetseffekt, eftersom rabatterna blev större ju mer en återförsäljare köpte, och beräknades efter en referensperiod som uppgick till ett år. Förstainstansrätten sade att ett dominerande företag inte kan kräva av sina återförsäljare att dessa varje år överträffar förra årets försäljningssiffror, och att företaget på så sätt ökar sina marknadsandelar och drar nytta av sin dominerande ställning.⁶² Förstainstansrätten uttryckte att kvantitetsrabatter

⁵⁸ Ibid, stycke 112.

⁵⁹ Ibid, stycke 189.

⁶⁰ Gustavsson, sidan 124.

⁶¹ Mål T-203/01, *Michelin mot kommissionen*.

⁶² Ibid, stycke 263.

är tillåtna och förenliga med artikel 82, om de grundar sig på de effektivitetsvinster som vinnas av företaget, då en köpare väljer att öka sina inköpsvolymer.

Förstainstansrätten sade Michelins agerande utgjorde ett missbruk, eftersom företaget inte lyckats bevisa att rabattsystemen kunde rättfärdigas på ekonomiska grunder.⁶³ Vidare fann domstolen att rabattsystemets referensperiod var oerhört lång. Förstainstansrätten sade i sina domskäl att konceptet *missbruk* är objektivt begrepp, och hindrar att en effektiv konkurrens upprätthålls och utvecklas på marknaden. Emellertid menade Förstainstansrätten att effekten, inte nödvändigtvis behöver vara faktisk. För att ett missbruk skall vara för handen är det nämligen tillräckligt att påvisa att det aktuella beteendet tenderar att begränsa konkurrensen, eller, att missbruket är möjligt att ha den effekten.

I detta mål tillämpades återigen presumptionsregeln att rabatter måste kunna rättfärdigas på ekonomiska grunder, för att anses vara lagenliga, tillsammans med den omvända bevisbördan.

4.2.2.2 British Airways mot kommissionen

I *British Airways mot kommissionen* fann Förstainstansrätten att British Airways (BA)⁶⁴ missbrukat sin dominanta ställning genom att ha tillämpat ett resultatbonussystem. Systemet var utformat på så sätt att BA belönade resebyråer som överträffade förra årets försäljningsstatistik, med högre kommissionsavgifter. Kommissionsavgifterna ansågs vara lojalitetsbindande eftersom de gav resebyråerna ett incitament att sälja BA:s biljetter framför konkurrenternas. Vidare ansågs det aktuella bonussystemet resultera i att konkurrensen på marknaden snedvreds, och medförde att BA lyckades stärka sin redan starka ställning på marknaden. Eftersom BA inte kunde påvisa att bonussystemet kunde rättfärdigas på ekonomiska grunder, ansågs företaget ha missbrukat sin dominerande ställning.⁶⁵ Förstainstansrätten sade dessutom att BA inte hade tillämpat bonussystemet med något annat syfte än att exkludera sina konkurrenter från marknaden, och därmed motverkade upprätthållandet av en effektiv konkurrens.⁶⁶ Enligt domstolen var det inte nödvändigt att påvisa att agerandet verkligen hade effekten att begränsa konkurrensen på marknaden, utan det räckte att agerandet var möjligt att ha den effekten. Inte heller ansågs BA ha levt upp till det ansvar som ställs på dominerande företag.⁶⁷

I detta mål ansåg domstolen att missbruk förelåg, utan att hänvisa till att beteendet resulterat i några skadliga effekter på marknaden eller konsumenterna. Domstolen lade även vikt vid det exkluderande syftet bakom age-

⁶³ Ibid, Stycke 58.

⁶⁴ Mål T-219/99 *British Airways plc mot kommissionen*.

⁶⁵ Ibid, stycke 280-284.

⁶⁶ Ibid, stycke 288.

⁶⁷ Ibid, stycke 293.

randet, och ålade företaget ett speciellt ansvar på grund av sin dominerande ställning.

4.2.2.3 Kommissionens beslut *Portugese Airports* och Portugal mot kommissionen

I kommissionens beslut *Portugese Airports*⁶⁸ gav en flygplatsoperatör rabatter på landningsavgifter till flygbolag, som var baserade på antalet flygplan som flygbolagen landade med på flygplatsen. Emellertid innehöll rabattsystemet väldigt höga trösklar, som resulterade i att endast två portugisiska flygbolag med ett mycket stort antal landningar, kunde tjäna in de högsta rabatterna. I kommissionens beslut i ärendet, citerades Förstainstansrätten i *BPG Industries mot kommissionen*⁶⁹, där domstolen sade att branschbetenden som vanligen betraktas som normala kan utgöra missbruk, om de företas av ett företag med en dominerande ställning. Kommissionen sade därefter att ett dominerande företag, då de särbehandlar sina kunder, måste kunna rättfärdiga denna särbehandling på ekonomiska grunder. I detta mål befann kvantitetsrabatterna strida mot artikel 82, eftersom rabatterna inte kunde rättfärdigas på objektiva eller ekonomiska grunder.

EG-domstolen uttalade⁷⁰ att det kommer naturligt med bonussystem, att bara de största köparna kan erhålla de största rabatterna. Domstolen fann att det aktuella bonussystemet var diskriminerande, eftersom systemet innehöll tröskelvärden som bara ett fåtal bolag kunde uppnå. Vidare gav bonussystemet dessa bolag en oproportionerlig rabatt och en klar ekonomisk fördel. Domstolen noterade i sina domskäl att särbehandlingen inte ansågs vara motiverad, av den orsaken att flygplan behöver samma service och assistans vid start och landning, oavsett hur många flygplan som flygbolagen landar med. Kvantitetsrabatterna bedömdes som diskriminerande och oförenliga med artikel 82, eftersom de portugisiska myndigheterna inte lyckades styrka att rabatterna kunde hänföras till ekonomiska grunder, eller rättfärdigas på objektiva grunder.⁷¹

Av detta rättsfall kan slutsatsen dras att kvantitetsrabatter anses utgöra missbruk, om de i realiteten verkar diskriminerande – oavsett om rabatterna inte har någon exkluderande effekt, eller verkar menligt för konsumenterna.

4.2.3 Leveransvägran

För att en leveransvägran inte skall utgöra missbruk av dominerande ställning, skall den grunda sig på objektiva godtagbara skäl⁷². Objektiva godtagbara skäl i detta hänseende kan vara kundens badwill, att leverantören inte har tillräckligt med varor i sitt lager eller betalningssvårigheter hos kunden. Vidare skall säljvägran vara proportionerlig i den meningen att företagets

⁶⁸ Kommissionens beslut (1999/199EG), den 1 juli 1999.

⁶⁹ Mål T-65/89, *BPG Industries mot kommissionen*.

⁷⁰ Mål C-163/99, *Portugal mot kommissionen*.

⁷¹ Ibid, stycke 52-53.

⁷² Jones och Sufrin, sidan 466.

intresse att inte vilja ingå avtalet, skall väga tyngre jämfört med nackdelarna det innebär för kunden att inte erhålla den efterfrågade produkten eller tjänsten.⁷³

4.2.3.1 Commercial Solvents mot kommissionen

I *Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp mot kommissionen*⁷⁴ hade företaget Commercial Solvents (CSC), en världsomspännande dominans på marknaden för aminobutanol, från vilket ämne ethambutanol kunde produceras. CSC:s italienska dotterbolag, Instituto, distribuerade ämnet inom EU till bland annat företaget Zoja, som var en stor tillverkare av mediciner baserade på ethambutanol. Då Instituto bestämde sig för att börja tillverka mediciner baserade på ethambutanol, slutade CSC att leverera aminobutanol till Zoja.

EG-domstolen fann att CSC hade missbrukat sin dominanta ställning genom att tillämpa leveransvägran mot Zoja. Domstolen sade att CSC agerande var oförenligt med artikel 82, eftersom företaget utnyttjat sin dominanta ställning på marknaden för råvarumaterial, för att begränsa konkurrensen på marknaden för produkter framställda av råmaterialet. Domstolen fastställde att missbruk var för handen utan att undersöka huruvida agerandet kunde verka konkurrensfrämjande på den senare marknaden, och beteendets eventuella positiva effekter för slutanvändarna, dvs. konsumenterna.

4.2.4 Exklusivitetsavtal

Exklusivitetsavtal ger återförsäljare en ensamrätt till försäljning av en viss produkt eller tjänst, men förbjuder återförsäljaren att sälja konkurrerande produkter eller tjänster. Detta leder till att konkurrensen begränsas, eftersom återförsäljaren blir stängd som försäljningskanal mot de andra företagen på marknaden.⁷⁵ Exklusivitetsavtal kan också utformas så att en köpare enligt avtalet blir förhindrad att köpa konkurrerande varor från någon annan, men erhåller på grund av exklusivitetsavtalet olika förmåner, såsom rabatter eller utökad service. Exklusivitetsavtal förbjuds *per se*, eftersom de i allra flesta fall resulterar i att konkurrensstrycket försvagas. Vidare anses denna typ av avtal resultera i en utestängningseffekt, sedan de försvårar för konkurrerande leverantörer att sälja sina produkter.⁷⁶

4.2.4.1 Hoffman-La Roche mot kommissionen

I *Hoffman-La Roche mot kommissionen*⁷⁷ befanns ett företag, Hoffman-La Roche (HLR) ha missbrukat sin dominerande ställning genom att erbjuda

⁷³ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, sidan 164.

⁷⁴ Förenade målen C-6 & 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp. mot kommissionen*, REG 1974, s 229.

⁷⁵ Whish, sidan 654.

⁷⁶ Jones och Sufrin, sidan 450.

⁷⁷ Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission*, [1979]ECR 461, [1973] CMLR

sina kunder lojalitetsrabatter. HLR var aktivt på marknaden för vitaminer och hade en marknadsandel om 80 procent för vitaminen B6, som behövdes av företagets alla stora kunder. HLR uppmuntrade sina kunder att köpa hela sitt behov av vitaminer av HLR, och meddelade att kunderna vid beräkningen av rabatterna, tilläts lägga samman sina inköp av de andra vitaminerna med inköpen av B6-vitaminerna.

EG-domstolen sade att lojalitetsrabatter, till skillnad från kvantitetsrabatter, har samma verkan som exklusivitetsavtal. Detta eftersom lojalitetsrabatter genom sin konstruktion erbjuder köparna en finansiell fördel, om köparna företar sina inköp hos företaget, och därmed förhindrar köparna från att göra sina inköp hos andra företag. En annan effekt av lojalitetsrabatter är att olika priser för samma kvantitet appliceras på olika köpare, beroende på om dessa väljer att köpa deras varor exklusivt från företaget, eller om de väljer att vända sig till flera olika företag. EG-domstolen förbjöd i detta fall exklusivitetsavtal, samt rabattsystem som har samma effekt som exklusivitetsavtal *per se*, oavsett dess effekter på marknaden. Anledningen till detta var exklusivitetsavtal förutsattes skada konkurrensen, och fungerade som inträdeshinder till marknaden.⁷⁸

Detta rättsfall är ett ytterligare exempel på fall där myndigheterna väljer att bortse från effekterna på marknaden, och förbjuder vissa beteenden automatiskt.

4.2.4.2 Van den Bergh Foods mot kommissionen

I *Van den Bergh Foods* mot kommissionen⁷⁹ tillhandahöll företaget Van den Bergh Foods (VBF) gratis frysboxar samt kostnadsfritt underhåll av dessa, om återförsäljarna lovade att bara förvara produkter från VBF i frysboxarna. Förstainstansrätten fann att exklusivitetsklausulen utgjorde ett missbruk av dominerande ställning, som skapade inträdeshinder för andra företag till marknaden. Detta eftersom andra företag inte kunde erbjuda frysboxar gratis, samt att många av återförsäljarna bara hade plats för en frysbox. Domstolen uttryckte att dominerande företag har ett särskilt ansvar för hur de uppträder på marknaden, och förbjöd VBF från att tillämpa nämnda exklusivitetsavtal, så länge företaget hade en dominant ställning på marknaden.

I detta fall verkar det särskilda ansvaret som dominanta företag åläggs, syfta till att skydda konkurrenterna. Anledning till detta är att Förstainstansrätten sade VBF inte fick tillämpa exklusivitetsavtal så länge företaget har en dominerande ställning, och därmed tillåter icke dominerande företag att tillämpa denna typ av avtal.

⁷⁸ Stycke 89.

⁷⁹ Mål T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd. mot kommissionen*.

4.3 Kommissionens nya politik

Det har under senare år framförts kritik innebärandes att kommissionen och de olika domstolarna vid tillämpningen av artikel 82, skyddar konkurrenterna istället för konsumenterna. Rättstillämpningen har sagts vara osammanhängande, och det har rätt osäkerhet vad som egentligen varit skyddsintresset i myndigheternas konkurrenspolitik.

Som ett resultat av denna kritik, startade kommissionen 2003 en intern översyn av artikel 82, för att på sikt utforma konsekventa och tydliga teorier för principerna bakom detta lagrum. Principerna skulle vara baserade på ekonomiska teorier, och ta hänsyn till de verkliga förhållandena på marknaden. Mario Monti sade i juni 2003 att syftet med översynen var att se över och utvärdera den rådande politiken bakom bestämmelsen, samt att göra den mer förtydlig och effektivisera rättstillämpningen⁸⁰

Neeli Kroes, den nuvarande (2007) kommissionären ansvarig för konkurrensfrågor, höll i september 2005 ett föredrag vid *Fordham Corporate Law Institute*⁸¹, där hon redogjorde för översynen och resultatet bakom denna. Kroes uttryckte att kommissionen ansåg artikel 82 vara en grundläggande bestämmelse då det kommer till att säkerställa förekomsten av en effektiv konkurrenspolitik, som i sin tur kan resultera i upprätthållandet av ett högt konkurrensstryck i Europa. Kroes underströk att avsikten med genomgången av artikel 82 inte var att föreslå en radikal förändring av konkurrenspolitiken, utan att utveckla och förklara konkurrensbegränsande beteenden utifrån ekonomiska teorier, och att underlätta förståelsen av kommissionens politik.

Enligt Kroes anser kommissionen att ekonomiska analyser är nödvändiga vid bedömningen om ett företag innehar en dominerande ställning på marknaden. Detta eftersom marknadsandelar bara skapar en presumtion för hur dominerande företaget skall anses vara, och säger inte någonting om vilka förhållanden som råder på marknaden. Ekonomiska analyser skall även vara centrala då det kommer till att avgöra om ett dominerande företags agerande verkligen har, eller skulle kunna leda till, negativa effekter på marknaden och konsumentvälfärden. Detta eftersom det bara är sådana beteenden som skall klassificeras som missbruk. Kroes sade "In our view, the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare, and ensuring an efficient allocation of resources." Kroes uttryckte även att kommissionen tycker det är viktigt att forma en rättstillämpning som gör det möjligt att kunna förutse vilka ageranden på marknaden som konstituerar missbruk, och som kan möjliggöra för företag att veta då de agerar i enlighet med gällande konkurrensbestämmelser.

⁸⁰ http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf.

⁸¹ Neelie Kroes, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, tal vid Fordham Corporate Law Institute den 23 september 2005, hittas på <http://www.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

Kroes egen filosofi avseende artikel 82, är att det primärt skall vara konkurrensen, och inte konkurrenter, som skyddas. Det sekundära syftet med bestämmelsen måste vara att förhindra effekter av konkurrenters beteenden som är skadliga för konsumenterna. Hon avslutade sitt framträdande med att säga "I like aggressive competition, including by dominant companies and I don't care if it may hurt competitors as long as it ultimately benefits consumers. That is because the main and ultimate objective of Article 82 is to protect consumers, and this does, of course, require the protection of an undistorted competitive process on the market."

4.4 Kommissionens diskussionspapper

Kommissionen publicerade i december 2005 ett diskussionspapper avseende tillämpningen av artikel 82 på exkluderande beteenden.⁸² I detta diskussionspapper förespråkades att kommissionen skulle överge det tidigare formalistiska synsättet vid företags exkluderande beteenden, och istället övergå till en mer analytisk metod. Det nya tillvägagångssättet handlade i huvudsak om att kommissionen skall företa en analys, vilken skall ta hänsyn till alla relevanta fakta och omständigheter i det enskilda fallet, och beakta beteendets skadliga effekter på marknaden och konsumentvälfärden.

Kommissionen sade att syftet bakom artikel 82 då det kommer till exkluderande beteenden, är att bevara konkurrensen på marknaden för att skydda och upprätthålla konsumentvälfärden. Vidare uttrycktes att förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden är viktig, eftersom den resulterar i positiva effekter såsom sänkta priser, produktinnovation och ett brett utbud.⁸³

Diskussionspapperet inleddes med att kommissionen förklarade dess tillvägagångssätt vid bedömningen om ett företag innehar en dominerande ställning på marknaden. Denna bedömning påbörjas med att den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden avgränsas. Det blir efter detta aktuellt att undersöka huruvida företaget har en dominerande ställning, innebärandes att företaget innehar en *substantiell marknadskraft*. Den substantiella marknadskraften definierades som en stark ekonomisk ställning hos ett företag, som möjliggör företaget att hindra att en effektiv konkurrens upprätthålls, genom att företaget kan agera oberoende av sina konkurrenter, kunder och konsumenterna. Det blir vid denna analys relevant att beakta det dominanta företags och dess konkurrenters marknadsposition, eventuella expansions- och inträdes hinder samt köparnas marknadsposition. Omständigheten att ett företag skall anses vara dominant kan vara ett resultat av

⁸² DG Competition Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, december 2005.

⁸³ Diskussionspapper, stycke 4.

många olika faktorer, vilka var och en för sig nödvändigtvis inte skulle leda till samma resultat.⁸⁴

Kommissionens förklarade att marknadsandelar endast ger en indikation på hur dominant ett företag skall anses vara på marknaden. Styrkan på denna indikation är beroende av olika omständigheter i det aktuella fallet, såsom produkternas särskiljningsegenskap och utbytbarhet. Om en produkts särskiljningsförmåga är stark, eller om produkten inte är vidare utbytbar, kan konkurrenstrycket ett företag utsätts för anses vara svagt, och därmed förstärka marknadsandelarnas indikation på dominans. Det är därför viktigt att se till konsumenternas uppfattning angående produkters utbytbarhet och särskiljningsförmåga, vid bedömningen om ett företags utsätts för konkurrens från ett annat företag. Det kan förhålla sig så att ett agerande från en konkurrent (A), med en marknadsandel om 10 procent, mot en konkurrent (B), med en marknadsandel om 50 procent, utgör ett större konkurrenstryck än från en konkurrent (C), som innehar en marknadsandel om 20 procent, om A och B säljer exklusiva varor och C säljer varor av lågpriskvalitet.⁸⁵ Även andra faktorer kan bidra till att stärka samt försvaga marknadsandelarnas tecken på dominans. Om köparnas köpkraft bedöms vara stark, kan detta försvaga marknadsandelarnas indikation på dominans, samtidigt som ett företags förmåga att tillämpa en väldigt hög prissättning kan förstärka denna indikation.⁸⁶ Vidare kan styrkan på marknadsandelarnas indikation variera beroende på hur länge företaget innehaft en dominerande ställning i branschen, och vilka inträdeshinder och expansionshinder som förekommer på den aktuella marknaden. Är dessa hinder väldigt låga, anses ett företag med en hög marknadsandel inte inneha en substantiell marknadskraft, och därmed inte inta en dominerande ställning.⁸⁷

I diskussionspapperet uttryckte kommissionen att syftet med artikel 82 då det kommer exkluderande beteenden, är att förhindra konkurrensbegränsande beteenden, samt företags ageranden med syfte att motverka att de utsätts för konkurrens. Anledningen bakom detta är att exkluderande beteenden verkar menligt för konsumentvälfärden, eftersom de resulterar i utestängningseffekter som sänker konkurrenstrycket på marknaden, och därmed hindrar upprätthållandet av en effektiv konkurrens. Kommissionen sade att regleringen om exkluderande beteenden inte handlar om att skydda konkurrenter från konkurrens från dominanta företag, utan att se till att konkurrenterna ges möjlighet att etablera sig på marknaden utan att möta ett kraftigt begränsat konkurrenstillstånd.⁸⁸

Kommissionen förklarade att utestängning innebär att faktiska eller eventuella konkurrenter helt eller delvis, fräntas dess möjlighet till ett lyckat inträde till marknaden. Utestängning kan även vara för handen om de utestängda konkurrenterna inte lämnat marknaden, eftersom det är tillräckligt

⁸⁴ Diskussionspapper, stycke 28

⁸⁵ Ibid, stycke 33.

⁸⁶ Ibid, stycke 34

⁸⁷ Ibid, stycke 34-40.

⁸⁸ Ibid, stycke 4 samt 54-56.

att dessa missgynnas och tvingas konkurrera mindre aggressivt. Utestängning anses skada marknaden, eftersom utestängning kan förhindra att en effektiv konkurrens upprätthålls eller utvecklas, och leder till att priserna ökar. För att kunna fastställa en sådan marknadsskadlig effekt måste hänsyn tas till agerandets natur, och i vilken utsträckning det tillämpas av det dominanta företaget. När ett exkluderande agerande på ett uppenbart sätt inte kan sägas vara konkurrensfrämjande, och inte skapar några effektivitetsvinster utan endast förhindrar effektiv konkurrens, kan ett sådant agerande presumeras utgöra ett missbruk.⁸⁹

Kommissionen satte under den senare delen av diskussionspapperet upp ramar, inom vilken analysen av exkluderande beteenden skall ske. Kommissionen förklarade ingående vilka rekvisit som skall vara uppfyllda för att varje exkluderande beteende skall vara för handen. Då det gäller kommissionens föreslagna tillämpningsmetod, som har till syfte att se till effekterna på marknaden av dominanta företags agerande, kan den sammanfattningsvis sägas innebära följande trestegsmetod:

- (1) Det måste påvisas att beteendet till sin natur har möjlighet att helt eller delvis stänga ute konkurrenter från marknaden, eller hindra dem från att göra någon vinst (*profitable access to the market*).
- (2) Det måste påvisas att det aktuella beteendet kan ha en konkurrensbegränsande effekt på den aktuella marknaden.
- (3) Det anklagade företaget har en rätt att bemöta påståendet att dess agerande på marknaden utgör ett missbruk, genom att göra gällande tre försvar: *objektiv nödvändighet*⁹⁰, *en rätt att bemöta konkurrens*⁹¹ och *ett effektivitetsargument*⁹².

Som nämndes ovan, utgjorde kommissionens diskussionspapper endast ett förslag på hur kommissionen avser att tillämpa artikel 82 på exkluderande beteenden, och sändes ut på en öppen remiss. Kommissionen mottog mycket positiv respons, men har uttalat att den avser att vänta tills avgörandet i ett stort mål faller (vilket sannolikt torde vara *Microsoft-målet*), innan den kommer att utfärda några vägledande riktlinjer hur den i fortsättningen kommer att applicera artikel 82.⁹³

⁸⁹ Diskussionspapper, stycke 58-59.

⁹⁰ Ibid, stycke 80.

⁹¹ Ibid, stycke 81.

⁹² Ibid, stycke 84.

⁹³ <http://www.reuters.com/article/governmentFilingsNews/idUSL0258402220070502>

5 Microsoft-målet

5.1 Microsoft, kommissionens beslut

Kommissionen meddelade den 24 mars 2004⁹⁴ ett beslut mot *Microsoft Corporations*, innebärandes att företaget missbrukat sin dominerande ställning på den gemensamma marknaden. Beslutet grundade sig i en femårig utredning som började 1998, då det amerikanska företaget *Sun Microsystems* anmälde Microsoft till kommissionen, för att Microsoft vägrat tillhandahålla information om operativsystemet *Windows* domänuppbyggnad (interoperabilitetsinformation). Informationen behövdes för att andra producenter på marknaden skulle kunna utveckla produkter som var kompatibla med Microsofts operativsystem. Kommissionen tillsatte en utredning i ärendet,⁹⁵ och startade även på eget initiativ en utredning⁹⁶ angående Microsofts mediaspelare *Windows Media Player*, som redan var installerad och följde med gratis vid köp av Windows för persondatorer.

5.1.1 Kommissionens utredning

De båda utredningarna kopplades samman och resulterade i att Microsoft bötfälldes på ett belopp om 497 miljoner euro, för att ha missbrukat sin dominerande ställning på den gemensamma marknaden. Kommissionens beslut innehöll två huvudpunkter. *Den första punkten* avsåg Microsofts vägran att utge information om interoperabilitet för dess operativsystem. *Den andra punkten* handlade om sammankopplandet av mediaspelaren Windows Media Player (WMP) med operativsystemet Windows.

Kommissionen avgränsade den relevanta produktmarknaden till tre separata produktmarknader: marknaden för klient PC operativsystem,⁹⁷ gruppserveroperativsystem⁹⁸ och mediaspelare.⁹⁹ När det kom till att bestämma den relevanta geografiska marknaden, avgränsades den tämligen vitt: hela världen ansågs vara den relevanta geografiska marknaden. Detta eftersom kommissionen fann att de objektiva villkoren för konkurrens i princip är

⁹⁴ Kommissionens beslut *Microsoft*, COMP/C-3/37.792, 24 mars 2004.

⁹⁵ Case IV/C-3/37.347.

⁹⁶ Case Comp/C-3/37.792.

⁹⁷ Det engelska ordet är *client PC operating systems*. Operativsystem definierades som en mjukvara som kontrollerar de grundläggande funktionerna av en dator, och möjliggör för användaren att använda datorn och köra applikationer genom den. Klient PC definierades som datorer som är designade för att användas av en person åt gången, men kapabla att kopplas upp till ett litet eller mellanstort nätverk. Stycke 37.

⁹⁸ Det engelska ordet är *work group server operating system* och definierades som operativsystem som är designade för ett relativt litet antal klient PCs, vilka är ihopkopplade till ett litet eller mellanstort nätverk, och möjliggör för t.ex. kontorsdatorer att dela skrivare och filer som är sparade på den gemensamma servern. Stycke 53 och 345.

⁹⁹ Mediaspelare blev definierat som en mjukvara som kan läsa musik och video i digital form och översätta detta till instruktioner för hårdvara, t.ex. högtalare eller en display.

likadana över hela världen, att datorer tillverkas av företag som är verk-samma globalt, och att datorer sedan säljs på en världsomspännande basis.

Efter att ha avgränsat produktmarknaden och den geografiska marknaden började kommissionen diskutera dominans. Microsoft beräknades 2001 ha en marknadsandel på 93,8 procent på marknaden för klient PC operativsystem. Denna oerhört höga marknadsandel förföll dock inte vara något nytt fenomen, eftersom företaget på denna marknad sedan 1997 haft en marknadsandel som konstant legat över 80 procent, och över 90 procent sedan 2000. Microsoft befanns besitta en monopolliknande ställning på marknaden för operativsystem för persondatorer, eftersom Microsofts operativsystem fanns i mer än 95 procent av världens persondatorer. Kommissionen noterade även att huvudalternativet till Windows klient PC operativsystem var operativsystem från konkurrenterna Apple och Linux, vilka hade en marknadsandel om 2,9 procent respektive 2,8 procent.¹⁰⁰ Kommissionen fann att konkurrensen på marknaden var väldigt försvagad på grund av Microsofts stora marknadsandelar, och ansåg att det förelåg betydande svårigheter för konkurrenter att etableras och bryta denna dominans. Kommissionen uttalade att Microsofts dominans inte bara medförde att Windows skulle anses vara dominerande på marknaden för klient PC operativsystem, utan också som standardoperativsystem för PC.¹⁰¹

Kommissionen fann att Microsoft även på marknaden för gruppserveroperativsystem intog en dominerande ställning, eftersom företaget där hade en marknadsandel om minst 60 procent. Kommissionen tog även andra faktorer vid beaktande, och noterade att företaget var aktivt på en marknad där förekomsten av nätverkseffekter var vanligt förekommande. Dessa nätverkseffekter resulterade i inträdeshinder, och bidrog till att stärka företagets dominans.¹⁰² Kommissionen menade att nyttan en konsument har från sitt PC operativsystem beror på hur många applikationer¹⁰³ konsumenten kan använda i operativsystemet, och som denne förväntas kunna använda i framtiden. Självständiga utvecklare av mjukvara skriver och utarbetar applikationer till de mest efterfrågade operativsystemen, vilket resulterar i att ju populärare ett operativsystem är, desto mer applikationer skrivs till det operativsystemet. Detta leder även till att om fler applikationer skrivs till ett operativsystem, kommer operativsystemet bli populärare bland användarna. Kommissionen menade att dessa nätverkseffekter resulterade i inträdeshinder, eftersom det inte befanns troligt att någon producerar och utvecklar ett operativsystem som, i alla fall till en början, inga applikationer är skrivna till. En annan omständighet som kommissionen fann stärka marknadsandelarnas indikation för dominans på marknaden för gruppoperativsystemen, var den nära kopplingen som förelåg till marknaden för klient PC operativsystem. Detta eftersom klient PC operativsystem ofta integreras i gruppser-

¹⁰⁰ Kommissionens beslut *Microsoft*, COMP/C-3/37.792, stycke 434.

¹⁰¹ *Ibid*, stycke 471.

¹⁰² *Ibid*, stycke 515-525.

¹⁰³ Den engelska termen är *applications*, och är en benämning på olika tillämpningsprogram en användare kan använda i sin dator såsom ordbehandlingsprogram, kommunikationsprogram eller nöjesprogram.

veroperativsystem. På grund av nätverkseffekterna sade också kommissionen att det var troligt att Microsoft även i fortsättningen kommer att erhålla en oerhört hög marknadsandel.

På grund av Microsofts omfattande marknadsandelar och förekomsten av höga inträdeshinder till marknaden, fann kommissionen att företaget hade en dominerande ställning på marknaden för klient PC operativsystem och gruppserveroperativsystem. Kommissionen menade att Microsofts dominerande ställning medförde att företaget kunde agera självständigt i förhållande till sina konkurrenter, direkta kunder samt slutkunder, vilket Microsoft också var medveten om.¹⁰⁴

Då det kom till att avgöra huruvida Microsofts leveransvägran konstituerade ett missbruk, sade kommissionen att ett företag enligt huvudregel har rätt att fritt bestämma vem det vill ingå avtal med. Bara i undantagsfall kan en leveransvägran utgöra missbruk av dominerande ställning. För att en licensvägran till tredje man skall konstituera missbruk, skall enligt kommissionen tre förutsättningar vara uppfyllda.¹⁰⁵ För det första måste licensvägran relatera till en produkt eller tjänst som är nödvändig för utövandet av en aktivitet på en närliggande marknad. För det andra skall licensvägran vara av en sådan art, att den kan verka för att förhindra förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden. För det tredje måste licensvägran förhindra uppkomsten av en ny produkt eller tjänst, för vilken det finns efterfrågan ur konsument-synpunkt. Om ovanstående förutsättningar är uppfyllda, kan en licensvägran utgöra ett missbruk av dominerande ställning, såvida agerandet inte kan rättfärdigas på objektiva godtagbara skäl.¹⁰⁶

Kommissionen fann de tre ovanstående rekvisiten vara uppfyllda, då licensvägran relaterade till information som var nödvändig för skapandet av program kompatibla med Windows operativsystem, och som även var efterfrågade ur konsument-synpunkt. Vidare förhindrade leveransvägrandet förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden. Kommissionens konsumentundersökningar påvisade att konsumenterna valde att köpa Windows operativsystem samt Windows produkter, för att undvika problem relaterade till bristande interoperabilitet mellan operativsystem och program. Denna omständighet påvisade att konsumenterna blev bundna till Microsoft, och att konsumenternas förmåga att välja mellan olika produkter därmed reducerades.¹⁰⁷ Kommissionen sade vidare att Microsofts licensvägran kunde leda till oerhörda konkurrensbegränsande effekter, eftersom agerandet hämmade innovationen på marknaden, och förhindrade andra företag från att producera produkter som kunde konkurrera med Microsofts. Licensvägran resulterade i ett minskat produktutbud, och befanns därför skada konsumentvälfärden.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Kommissionens beslut *Microsoft*, COMP/C-3/37.792, stycke 463.

¹⁰⁵ *Ibid*, stycke 547.

¹⁰⁶ *Ibid*, stycke 554.

¹⁰⁷ *Ibid*, stycke 642 och 706.

¹⁰⁸ *Ibid*, stycke 693-708.

Till sitt försvar sade Microsoft att företaget inte kunde anses vara skyldigt att lämna ut information om interoperabilitet, eftersom informationen var immaterialrättsligt skyddad. Kommissionen bemötte detta påstående med att förklara att själva tanken bakom immaterialrättigheter är att uppmuntra kreativitet och innovation, genom att skydda arbeten som produceras mot kopiering och obehörigt nyttjande. Detta anses vara nödvändigt för att öka producenters initiativ att producera, och på så sätt möjliggöra för samhället att kunna ta del av nyskapande. Men då ett företag vägrar att tillhandahålla information, kan det under vissa speciella omständigheter verka negativt för samhällsintresset, och resultera i skadliga effekter för såväl konsumenter som innovationsutvecklingen.¹⁰⁹ Kommissionen sade att den negativa effekten som det innebär för Microsofts incitament att utveckla och producera nya produkter, om företaget skulle tvingas tillhandahålla information, måste vägas gentemot den positiva effekten detta åläggande skulle innebära för innovationen för hela industrin. Kommissionen kunde inte finna att det inte förelåg några exceptionella omständigheter, som skulle kunna leda till att Microsofts licensvägran kunde rättfärdigas på objektiva grunder.¹¹⁰

Då det kom till den andra huvudpunkten, sammankopplandet av mediaspelaren till operativsystemet, ställde kommissionen upp fyra rekvisit för att ett kopplingsförbehåll skall vara för handen. *För det första* skall det aktuella företaget ha en dominant position på marknaden för den kopplande produkten. *För det andra* skall den kopplande produkten och den kopplade produkten utgöra två separata produkter. *För det tredje* skall konsumenten inte ha någon möjlighet att erhålla den kopplande produkten utan kopplade produkten. *För det fjärde*, skall agerandet verka konkurrensbegränsande. Kopplingsförbehåll kan utgöra missbruk av dominerande ställning såtillvida att kopplingsförbehållet inte kan rättfärdigas på objektiva grunder.¹¹¹

Kommissionen ansåg de fyra rekvisiten var uppfyllda, eftersom Microsoft intog en dominerande ställning på marknaden för operativsystem, och då mediaspelaren och operativsystemet befanns utgöra två separata produkter. Detta bland annat för att fristående företag sålde båda produkterna självständigt, och för att Microsoft utvecklat och sålt mediaspelare för sina konkurrenters operativsystem. Det var inte heller möjligt för kunderna att erhålla operativsystemet utan mediaspelaren. Då det kom till den fjärde punkten, fann kommissionen att sammankopplandet begränsade konkurrensen för andra mediaspelare på marknaden, och menade att Microsoft använde sitt operativsystem som en distributionskanal för sin mediaspelare. Detta medförde att företaget kom i besittning av en avsevärd konkurrensfördel, som resulterade i skadliga effekter på konkurrensen på marknaden för mediaspelare.¹¹² Kommissionen påvisade att företaget, enligt marknadsanalyser och marknadsundersökningar, efter produktsammankopplingen introducerats, kommit i besittning av en avsevärt starkare ställning på

¹⁰⁹ Ibid, stycke 711.

¹¹⁰ Ibid, stycke 779.

¹¹¹ Ibid, stycke 794.

¹¹² Stycke 979.

marknaden för mediaspelare.¹¹³ Då sammankopplandet introducerades 1999 erhöll WMP en betydligt lägre marknadsandel än ledaren på marknaden, *RealPlayer*, som vid den tidpunkten hade nästan dubbelt så många användare. Emellertid hade WMP 2002 ökat med mer än 39 miljoner användare, vilket motsvarande den gemensamma ökningen av användarna för *RealPlayer* och Apples mediaspelare *QuickTime Player*.¹¹⁴ Kommissionen menade att sammankopplandet verkade negativt för konsumenterna, eftersom dessa fråntogs valmöjligheten angående vilken mediaspelare de ville använda i sitt operativsystem. Vidare verkade agerandet konkurrensbegränsande för andra mediaspelare på marknaden, även de mer attraktiva, eftersom antalet konsumenter som valde att införskaffa en mediaspelare separat från dess operativsystem, befanns vara mycket litet. Detta ledde enligt kommissionen till att incitamentet för andra producenter att utveckla liknande produkter försvagats avsevärt, och resulterade även i ett inträdeshinder till marknaden, och exkluderade eventuella konkurrenter.¹¹⁵ Kommissionen uttryckte att Microsoft störde bibehållandet av en normal konkurrens på marknaden, och att "Microsoft's conduct affects a market which could be a hotbed for new and exciting products springing forth in a climate of undistorted competition."¹¹⁶

Kommissionen fann att Microsoft inte lyckats framställa några adekvata bevis om att sammankopplandet kunde rättfärdigas på grund av konkurrensfrämjande effekter. Istället fann kommissionen att de fördelar som Microsoft presenterat, likväl kunde uppnås utan sammankopplandet, och att de påstådda fördelarna huvudsakligen var relaterade till Microsofts egna vinningar på grund av sammankopplandet.¹¹⁷

5.1.2 Kommissionens ålägganden

Kommissionen krävde i sitt beslut att Microsoft skulle vidta två korrigerande åtgärder. För det första skulle Microsoft dela med sig av dokumentationen om dess operativsystem.¹¹⁸ Kommissionen underströk att konkurrenterna inte skulle erhålla informationen för att kopiera eller modifiera Microsofts arbete, utan för att möjliggöra för konkurrenterna att utveckla nya produkter, och på så sätt försöka återställa den kraftigt begränsade konkurrensen.¹¹⁹ För det andra krävde kommissionen även att Microsoft skulle erbjuda en version av Windows operativsystem, som inte innehöll WMP, och avstå från att använda kommersiella och tekniska villkor som skulle leda till att versionen utan WMP, framstod som mindre lockande för kunden, än versionen som innehöll mediaspelaren.¹²⁰

¹¹³ Stycke 792.

¹¹⁴ Stycke 905-907.

¹¹⁵ Stycke 424.

¹¹⁶ Stycke 981.

¹¹⁷ Stycke 970.

¹¹⁸ Stycke 998.

¹¹⁹ Stycke 1004.

¹²⁰ Stycke 1011.

5.2 Microsoft mot kommissionen

Förstainstansrätten meddelade en dom i september 2007, där domstolen fastställde kommissionens beslut att Microsofts underlåtelse att tillhandahålla information om sitt operativsystem, samt sammankopplandet av mediaspelaren till sitt operativsystem, utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82.

Domstolen började med att framföra att ett konstaterande att ett företag innehåller en dominerande ställning, inte innebär att någon kritik riktas mot det företaget. Ett sådant konstaterande innebär endast att företaget har ett särskilt ansvar, att se till att dess agerande inte påverkar den fria konkurrensen på den gemensamma marknaden.¹²¹

Då det kom till Microsofts leveransvägran, uttryckte domstolen att kommissionens finande att Microsoft ägnat sig åt leveransvägran, var korrekt. Domstolen konstaterade, liksom kommissionen, att Microsofts licensvägran begränsade den tekniska utvecklingen på marknaden, till nackdel för konsumenterna, och hindrade upprätthållandet av en effektiv konkurrens på marknaden. Domstolen sade att kommissionens beslut inte handlade om att tillåta tredje part att kopiera eller reproducera Microsofts produkter, utan att tillåta tredje part tillverka produkter som skulle vara kompatibla med Microsofts operativsystems domänuppbyggnad. Detta för att möjliggöra produktion av produkter som kunde konkurrera med Microsofts produkter, eftersom avsaknaden av interoperabilitet hade en konkurrensbegränsande effekt. Eftersom Microsoft inte kunde påvisa att företagets innovationsförmåga skulle utsättas för betydande negativa effekter, om företaget skulle föreläggas att utlämna information, fann domstolen att Microsofts vägran att utlämna information, utgjorde missbruk av dominerande ställning.¹²² Domstolen sade att Microsofts agerande hindrade andra företag från att utveckla nya innovativa produkter och därmed hämmande produktutbudet, vilket resulterade i negativa effekter för konsumenterna.¹²³

Domstolen ansåg vidare att kommissionen inte behövde påvisa att konkurrensen redan blivit begränsad, eller att begränsningen var nära förestående.¹²⁴ Om kommissionen skulle vara förhindrad att vidta åtgärder enligt artikel 82, innan det kan påvisas att konkurrenter blivit exkluderade från marknaden, eller till dess att deras elimination var i det närmsta förestående, skulle detta undergräva artikelns syfte att upprätthålla en ostörd konkurrens på den gemensamma marknaden. Det skulle även försvåra för kommissionen att bevara konkurrensen som fortfarande existerade på marknaden.¹²⁵

¹²¹ Mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*, stycke 229.

¹²² *Ibid*, stycke 422.

¹²³ *Ibid*, stycke 653.

¹²⁴ *Ibid*, stycke 457.

¹²⁵ *Ibid*, stycke 561.

Då det kom till sammankopplandet av mediaspelaren till operativsystemet, upprätthöll domstolen kommissionens beslut att agerandet utgjorde ett missbruk av dominerande ställning. Domstolen menade att operativsystemet och mediaspelaren utgjorde två separata produkter¹²⁶, och att kommissionen gjorde en korrekt bedömning då den fann att det förelåg en avsevärd risk, att sammankopplandet skulle leda till att försvaga konkurrensen på marknaden. Domstolen uttryckte att kommissionens åläggande att Microsoft vid sidan av versionen av Windows som innehöll mediaspelaren, även skulle tillhandahålla en version av Windows utan mediaspelaren, inte var oproportionerligt.¹²⁷ Vidare sade domstolen att det höga bötesbeloppet som kommission fastställt, var berättigat på grund av det allvarliga missbruket som Microsoft ägnat sig åt, och som dessutom pågick under en lång tid.¹²⁸

5.3 Respons till Microsoft-målet

R. Hewitt Plate, *Assistant Attorney General* vid *Department of Justice Antitrust Division* 2004, är en av många personer som framfört synpunkter angående Microsoft-målet. I en skrift ifrågasatte Plate den europeiska konkurrenspolitiken såsom den tillämpades i Microsoft-fallet, och ansåg att kommissionens beslut var *'not pro-competitive'*. En sund antitrustpolitik, förklarade Plate, måste undvika att försvåra innovation och konkurrens även av dominanta företag. Detta eftersom ett motsatt tillvägagångssätt riskerar att skydda konkurrenterna, och inte konkurrensen, vilket kan resultera i negativa effekter för konsumentvälfärden.¹²⁹

Kommissionens ordförande José Manuel Barroso, var däremot mycket positivt inställt till utkomsten av Microsoft-målet. Barroso sade i ett pressmeddelande, i anslutning till Förstainstansrättens dom att *"domen bekräftar objektiviteten och trovärdigheten i kommissionens nya konkurrenspolitik"*, och att kommissionens politik *"skyddar europeiska konsumenters intresse och säkerställer att det råder en rättvis konkurrens mellan företagen på marknaden."*¹³⁰

Neelie Kroes sade att Förstainstansrättens fastställande av kommissionens beslut mot Microsoft utgör ett prejudikat av ett stort värde, då det handlar om att ge konsumenterna ett större utbud på marknaden. Kroes menade även att domen var betydelsefull, eftersom den fastställde en skyldighet för do-

¹²⁶ Ibid, stycke 93.

¹²⁷ Ibid, stycke 123.

¹²⁸ Ibid, stycke 1030 samt 1363.

¹²⁹ Assistant Attorney General for Antitrust, R. Hewitt Pate, *Issues Statement on the EC's Decision on its Microsoft Investigation*, 24 mars 2004. Tillgänglig på DOJ's hemsida: http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm.

¹³⁰ http://www.news.com/EU-proposes-new-powers-to-split-up-telephone-companies/2100-1036_3-6218278.html

minerande företag att tillåta konkurrens på marknaden, speciellt då det gäller högteknologiska industrier.¹³¹

Någon som däremot var kritisk till Förstainstansrättens dom mot Microsoft var amerikanen Thomas O. Barnett, *Assistant Attorney General* vid *Department of Justice Antitrust Division*, som gjorde ett uttalande samma dag som domen föll. Barnett uttryckte att man i USA var bekymrade över sättet Förstainstansrätten applicerade reglerna gentemot företags unilaterala beteenden, som "rather than helping consumers, may have the unfortunate consequence of harming consumers by chilling innovation and discouraging competition." Barnett förklarade att den amerikanska antitrusträtten tillämpas för att skydda konsumenterna genom att skydda konkurrensen, inte konkurrenterna. Vid avsaknaden av beteenden som kan verka menligt på konsumentvälfärden, är alla företag, även de dominanta, uppmuntrade att konkurrera med varandra på ett kraftfullt sätt. Barnett förklarade att amerikanska domstolar kan finna att konsumenter tilldelas fördelar i fall då ett företag, även om detta förfaller vara dominant, fattar unilaterala affärsbeslut, såsom att lägga till kännetecken till sina produkter eller licensiera sina immaterialrättigheter till konkurrenter, men även då företaget väljer att inte göra det.¹³²

Neeli Kroes bemötte Barnetts uttalande och meddelade att hon fann det oacceptabelt, att en representant från USA kritiserar en självständig domstol utanför dess jurisdiktion. Kroes menade att kommissionen inte bedömer och kommenterar domar fattade av amerikanska domstolar, och därför förväntar sig samma behandling tillbaka. Kroes sade att Förstainstansrättens dom bekräftar kommissionens ståndpunkt att konsumenterna drabbas av negativa konsekvenser på grund av Microsofts beteende, och att domen på ett tydligt sätt signalerar till superdominanta företag att de inte kan missbruka sin dominanta ställning för att hindra konkurrensen, och skada konsumenterna.¹³³

¹³¹ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/359&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

¹³² Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision, publicerad den 17 september 2007. Finns på http://www.usdoj.gov/opa/pr/2007/September/07_at_725.html.

¹³³ <http://www.eupolitix.com/EN/News/200709/87884c7c-c721-49b1-b6f0-5ba4ece0897c.htm>.

6 Analys

6.1 Slutsatser av kommissionens och domstolarnas rättspraxis

Av att döma av den rättspraxis som presenterades ovan, är det inte vidare självklart att bevarandet av konkurrensen och skyddet för konsumenterna, står i centrum för EG:s konkurrensolitik. Detta eftersom kommissionen och domstolarna visar en benägenhet att förbjuda vissa beteenden automatiskt om de företas av ett dominerande företag, utan att undersöka huruvida de aktuella beteendena skadar konsumenterna eller begränsar konkurrensen. Myndigheterna verkar även i sin rättstillämpning tillmäta syftet bakom företagets agerande, utan att se till det aktuella beteendets effekter. Till och med ageranden som verkar rent avskräckande för konkurrenter, har tagits i beaktande. Det har även uttalats att det inte är nödvändigt att påvisa *faktisk* effekt, för att ett agerande skall anses utgöra missbruk. Detta eftersom det räcker med att påvisa att agerandet *har möjlighet att verka* konkurrensbegränsande.

Kommissionen och domstolarna fokuserar väldigt mycket på 'de speciella omständigheterna' i de olika fallen, utan att ibland formulera eller skapa några generella principer för vilka ageranden som konstituerar missbruk. Myndigheterna ålägger dessutom företagen bevisbördan för att påvisa att exempelvis rabatter och prissänkningar kan hänföras till ekonomiska grunder, eller annars kan rättfärdigas på objektiva grunder. Myndigheterna har uttalat att dominanta företag har ett särskilt ansvar gentemot konkurrensen på marknaden, samtidigt som de sägs ha en rätt att bemöta konkurrens från andra företag. Emellertid verkar lagligheten i denna rätt att konkurrera bedömas utifrån de andra företagens storlek. Det har även framförts att dominanta företag inte får konkurrera mer än vad som är nödvändigt för att dessa skall försvara sina kommersiella intressen. Av detta framgår att kommissionen och domstolarna visar en viss tendens att skydda konkurrenterna på marknaden, istället för att skydda konkurrensen och konsumenterna, trots att det senare uttryckts vara det främsta skyddsintresset i EG:s konkurrensolitik.

6.2 Kritik mot rättstillämpningen

Rättstillämpningen av artikel 82 har utsatts för en omfattande kritik och sägs vara det mest problemfyllda området inom EG:s konkurrensrätt.¹³⁴ Den kritik som framförts handlar främst om att det råder avsaknad av skälighetsbedömning vid rättstillämpningen, innebärandes att avgöranden inte fattas med hänsyn till de relevanta omständigheterna i det aktuella fallet. Annan kritik

¹³⁴ Jones och Sufrin, sidan 527.

som uttalats är att kommissionen och domstolarna klassificerar ageranden av dominanta företag som missbruk *per se*, utan att se till dess effekter på marknaden och på konsumenterna.¹³⁵

En effekt av att myndigheterna väljer att inte se till agerandets effekter på marknaden och konsumenterna, är att dominanta företag upplever att de blir straffade för att de är framgångsrika. Detta för att vissa beteenden anses vara konkurrensfrämjande eller konkurrensbegränsande, utifrån en bedömning vilket företag det är som ägnar sig åt beteendena. Kritiker menar att eftersom kommissionen och domstolarna utvärderar agerandens laglighet utifrån vilket företag det är som företar dem, fokuserar de på bevarandet av konkurrenterna istället för konkurrensen.¹³⁶

Annan kritik som riktats mot kommissionen och domstolarna, är att de inte verkar lyckas med att skilja mellan företags ageranden i syfte att bemöta konkurrens, och företags ageranden som konstituerar missbruk, fastän alla uttalanden att företag måste ha en rätt att konkurrera med andra företag på marknaden. Anmärkningar har framförts att kommissionen och domstolarna i sina beslut skyddat mindre och medelstora företag från starkare företag, utan att ha i åtanke vilka effekter detta kan ha på marknaden ur effektivitets-synpunkt. Vidare har myndigheterna i flertalet rättsfall uttalat att dominerande företag har ett särskilt ansvar för hur de uppträder på marknaden.¹³⁷

Den förre ledamoten av *the Office of Fairtrading*, ekonomen dr. Amelia Fletcher, har förklarat den nuvarande regleringen och tillämpningen av artikel 82 otillfredsställande ur två aspekter; avsaknaden av ekonomisk teori i lagen, samt osäkerheten angående vilka beteenden som faller inom reglernas förbudsområde. Fletcher menar att det finns en tendens till att kommissionen och domstolarna förbjuder vissa beteenden automatiskt, utan att se till dess effekt på marknaden. Hon ser det som en nödvändighet att börja applicera en mer ekonomibaserad tillämpningsmetod, för att uppmuntra ekonomisk effektivitet och tillväxt, samt för att upprätthålla en konkurrenskraftig marknad i Europa.¹³⁸

Amerikanen William J Kolasky, *Deputy Assistant Attorney General* vid *Department of Justice Antitrust Division* 2002, har framfört många synpunkter på den europeiska konkurrensrätten. I maj 2002 uttryckte Kolasky sin uppfattning om att EG:s konkurrensrätt var byggd och tillämpad utifrån stela formalistiska regler, samt att rättstillämpningen inom EU hade en förmåga att lägga mer vikt på skyddet för konkurrenter, än konsumenter. Kolasky fann det anmärkningsvärt att domstolarna i EU inte analyserar eventuella beteendens effekter på marknaden och istället förbjuder många ageranden automatiskt, utan att undersöka om beteendena kan ha konkurrensfrämjande effekter på marknaden. Vidare redogjorde Kolasky för amerikanska domstolars och EG-domstolens olika syn på underprissättning. Den ameri-

¹³⁵ Whish, sidan 694-695.

¹³⁶ Whish, sidan 175.

¹³⁷ Korah, sidan 390.

¹³⁸ Tal av Dr Amelia Fletcher vid Competition Law Forum i Bryssel, 15 mars 2005.

kanska metoden att bedöma underprissättning består av två led. Först genomförs en analys huruvida den påstådda underprissättningen ligger under de normala produktionskostnaderna i verksamheten. Det andra ledet består av att undersöka huruvida det anklagade företaget har möjlighet att tjäna igen förlusten företaget ådrog sig under underprissättningsperioden, genom att höja priserna till monopolpriser. Då det kommer till den europeiska tillämpningen, förklarade Kolasky, väljer EG-domstolen att inte ta hänsyn till det andra ledet, utan fokuserar istället på företagets syfte bakom underprissättningen. Kolasky menar att detta förfarande kan leda till avsevärda nackdelar för konsumenterna, eftersom "cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition". Kolasky tillade sedan att de amerikanska myndigheterna inte tillmäter syftet med konkurrenters ageranden, eftersom "we expect firms to want to crush their rivals if they can."

Kolasky höll även ett framförande i november 2002 vid *American Bar Association Fall Forum*, som behandlade det internationella samarbetet med en global konkurrens. I detta framförande gav han uttryck för vad han tyckte stod i centrum för den amerikanska antitrustlagstiftningen: "Our view is that competition policy should serve one objective and one objective only: using competition to promote consumer welfare".¹³⁹

Amerikanerna Jebsen och Stevens gjorde i en skrift en jämförelse mellan den europeiska och amerikanska konkurrenslagstiftningen. De båda författarna ställde sig undrandes över den europeiska konkurrensrättens syn att missbruk utgör ett objektiva begrepp, då ett missbruk av dominerande ställning kan vara för handen även i de fall då företaget inte haft något sådant syfte. Detta medför att dominanta företag åläggs ett strikt ansvar för sina handlingar. Vidare förhöll sig Jebsen och Stevens kritiska inför att de europeiska konkurrensmyndigheterna ålägger dominanta företag ett 'special responsibility', som varierar utifrån de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall. Jebsen och Stevens menade att möjliggör för myndigheterna att reglera konkurrensen utan att möta några hinder i lagstiftningen, eftersom "the standards by which these authorities implicitly regulate are nowhere laid down any more than they are readily deducible from the jurisprudence."¹⁴⁰

Annan kritik som framställts från USA kommer från *The American Chamber of Commerce* (AmCham), som är en organisation som representerar europeiska företag med amerikanska moderbolag. AmCham uttryckte i en skrift att "the key test to prove Article 82 violation should be clear and demonstrable proof of actual foreclosure and of the absence of consumer benefits." AmCham menade att en formalistisk *per se approach* för att identifiera illegala ageranden inte är lämplig, eftersom det kan förbjuda beteenden

¹³⁹ Tal av William J. Kolasky, *Global competition convergence and cooperation: Looking back and looking ahead*, American Bar Association Fall Forum, Washington DC, 7 november 2002.

¹⁴⁰ P. Jebsen och R. Stevens, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union* (1995-6) 64 *Antitrust LJ* 443, 487-91.

som inte medför en exkluderande effekt, eller verkar skadligt för konsumenterna. AmCham sade även att den formbaserade metoden har en betydande 'chilling effect' på dominanta företags förmåga att vidta konkurrerande ageranden på ett lagenligt sätt, samt begränsar friheten för de företag som har en marknadsandel över 40 procent. Detta leder till att dessa företag avstår från att tillämpa rabatt- och bonussystem, samt väljer att inte delta i en aggressiv konkurrens. Allt detta leder sammantaget till att konsumentvälfärden skadas. Vidare uppmanade AmCham kommissionen att fästa större vikt vid andra omständigheter än bara antalet marknadsandelar, vid bedömningen om ett företag innehar en dominerande ställning, samt att inte lägga bevisbördan på företaget att visa att dess agerande inte är konkurrensbegränsande.¹⁴¹

6.3 Hur överensstämmer den framförda kritiken med Microsoft-målet?

PÅSTÅENDE: Kommissionen och domstolarna skyddar konkurrenterna istället för konsumenterna på marknaden.

Att förelägga ett företag att dela med sig av sin patenterade information skulle kunna ses som att kommissionen och domstolarna skyddar de mindre företagen gentemot Microsoft, eller i vart fall ger dem en fördel i konkurrenshänseende. Emellertid sade kommissionen och Förstainstansrätten att åläggandet att Microsofts skulle tillhandahålla information, syftade till att möjliggöra för konkurrenterna att producera produkter som kunde konkurrera med Microsofts produkter, för på så sätt öka konkurrenstrycket. Ett ökat konkurrenstryck skulle, enligt myndigheterna, göra det möjligt för konsumenterna att ta del av de positiva effekterna som effektiv konkurrens medför, såsom exempelvis produktinnovation och pressade priser.

Vidare fann kommissionen och Förstainstansrätten att Microsoft missbrukat sin dominerande ställning genom att sammankoppla sin mediaspelare med sitt operativsystem, och på så sätt använda sitt populära operativsystem som en distributionskanal för mediaspelaren. Missbruket hade effekten att öka antalet användare av mediaspelaren och hämma andra företags innovationsförmåga, och minskade därmed konkurrenstrycket på marknaden för mediaspelare. Missbruket verkade med andra ord konkurrensbegränsande, och resulterade i negativa effekter för konsumentvälfärden.

Marknadsförhållandena bedömdes vara kraftigt påverkade av Microsofts oerhörda dominans, och det förekom praktiskt taget ingen konkurrens alls på marknaderna där företaget var aktivt. Åläggandena att Microsoft skulle dela med sig av information om sitt operativsystem, samt erbjuda en version av sitt operativsystem som inte innehöll mediaspelaren, vidtog kommissionen och domstolen i syfte att upprätthålla konkurrensen på marknaden, för

¹⁴¹ The American Chamber of Commerce, *Position Paper on Article 82 Enforcement*, den 10 november 2005.

att konsumentvälfärden inte skulle skadas. Myndigheternas syfte med sina ålägganden var således inte att skydda ineffektiva konkurrenter från ett större företag, utan att skydda konkurrensen för att upprätthålla konsumentvälfärden.

PÅSTÅENDE: Företag anses dominanta för att de innehar en stor marknadsandel. Kommissionen förbiser andra omständigheter som kan innebära att företaget de facto inte innehar en dominerande ställning.

I diskussionspapperet förklarade kommissionen att ett företags marknadsandel utgör en indikation att ett företag innehar en dominerande ställning. Kommissionen gav även exempel på omständigheter som kunde försvaga eller förstärka denna indikation. I kommissionens beslut mot Microsoft bedömdes företaget inneha väldigt höga marknadsandelar på marknaderna för klient PC operativsystem samt gruppserveroperativsystem. Kommissionen tog emellertid hänsyn till andra faktorer som kunde förstärka eller försvaga marknadsandelarnas presumtion för dominans. Man fann bland annat att Microsoft erhållit en dominerande ställning på marknaden för klient PC operativsystem sedan 80-talet, vilket ansågs förstärka marknadsandelarnas indikation på dominans. Vidare tog kommissionen i beaktande att Microsofts närmsta konkurrenter, Apple och Linus, hade små marknadsandelar om bara 2,9 respektive 2,8 procent på marknaden för PC operativsystem. Kommissionen noterade även att Microsoft var aktivt i en industri där det förekommer tydliga nätverkseffekter, vilket kunde bidra till att trygga företagets dominanta ställning även i framtiden. Kommissionen kunde även urskilja ett starkt samband mellan marknaden för klient PC operativsystem, där Microsoft hade en närmast monopolliknande ställning, och gruppserveroperativsystem. Detta faktum bidrog till att förstärka marknadsandelarnas indikation på dominans även på den senare marknaden.

I detta avseende torde kritiken att kommissionen inte beaktar omständigheter som resulterar i att företaget inte innehar en dominerande ställning, inte vara berättigad. Kommissionen tog i Microsoft-målet hänsyn till olika omständigheter som påverkade marknadsandelarnas indikation på dominans. Emellertid är detta mål aningen säregt i den betydelsen att företaget hade en oerhört stark marknadsandel, närmast monopolliknande på en av marknaderna, och hade en marknadsandel om 60 procent på en annan. Detta resulterar i att det blir svårt att finna omständigheter som motsäger denna indikation, och väga dem mot marknadsandelarnas starka presumtion för dominans.

PÅSTÅENDE: Beteenden förbjuds *per se* utan att se till beteendets effekt på marknaden eller konsumenterna.

Överhuvudtaget är beslutet och domen i Microsoft-målet mycket omfattande (302 sidor respektive 248 sidor) och innehöll ett flertal olika marknadsundersökningar samt marknadsanalyser. Då det gällde Microsofts leveransvägran konstaterade kommissionen, att agerandet hade effekten att

minska produktutbudet på marknaden och försvagade konkurrensen. Detta eftersom producenter som inte tilläts ta del av informationen förhindrats att tillverka produkter kompatibla med Windows, och därmed inte utsatte Microsoft för någon konkurrens. Vidare bedömdes beteendet resultera i att exkludera konkurrenter från marknaden och inträdeshinder, sedan marknaden inte befanns lönsam för andra producenter. Detta slutsatser kunde påvisas genom att Microsofts konkurrenters marknadsandelar sjunkit kraftigt i samband med att Microsoft erhållit en starkare ställning, och vägrat lämna ut information. De utförda konsumentundersökningarna påvisade även att konsumenterna, för att undvika problem hänförliga till bristande interoperabilitet, valt att införskaffa ett enhetligt system bestående av bara Windows operativsystem och program. Detta faktum påvisade att konsumenternas produktutbud och valbarhet minskat på grund av licensvägrandet. I den del av Microsoft-målet som handlar om sammankopplandet av mediaspelaren med operativsystemet, förekom det undersökningar som beskrev att sammankopplandet bland annat resulterat i att konkurrenternas mediaspelare kommit i skymundan. Detta ledde till att försäljningen av dessa mediaspelare sjunkit, och att Microsofts ställning på marknaden för mediaspelare stärkts.

I domen klargjorde domstolen även att det var nödvändigt att förbjuda beteenden innan det påvisats att de medför en skadlig effekt, om det går att förutspå att det är troligt att beteendena kommer att ha en skadlig effekt. Domstolen menade att det inte kan begäras av kommissionen att denna väntar till att de skadliga effekterna inträtt, innan den bryter in mot beteendet i enlighet med artikel 82. Detta eftersom ett sådant tillvägagångssätt skulle stå i strid med syftet bakom bestämmelsen att upprätthålla en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden.

Den framförda kritiken att beteenden förbjuds automatiskt utan att se till dess effekter på marknaden, motsäges av Microsoft-målet. Detta för att kommissionen kunde påvisa tydliga effekter på marknaden, som t.ex. minskat produktutbud samt reducerad innovationsförmåga bland producenterna.

PÅSTÅENDE: Företag straffas för att de uppnått en stark position på marknaden, och åläggs ett särskilt ansvar som inte de mindre företagen åläggs.

I kommissionens beslut ålades Microsoft ett särskilt ansvar för sin dominerande ställning, med bakgrund av att förhållandena på marknaden lätt kan beröras och påverkas av företagets ageranden. Vidare inledde domstolen sin dom med att särskilt stadga att finndet att ett företag innehar en dominerande ställning, inte innebär att kritik riktas mot det företaget.

Myndigheternas fastställande att Microsoft ägnat sig åt missbruk av dominerande ställning, kan inte sägas grunda sig på några godtyckliga bedömningar. Anledningen bakom detta är att myndigheterna kunde påvisa att företagets agerande begränsat konkurrenstrycket på marknaden, samt resulterat i skadliga effekter på konsumentvälfärden. Vad gäller det särskilda an-

svaret som Microsoft ansågs inneha, torde detta ansvar enligt myndigheterna innefatta en skyldighet att lämna ut patenterad information, för att upprätthålla en effektiv konkurrens och gynna konsumenterna.

Av dessa anledningar torde Microsoft-målet inte handla om att straffa ett dominant företag för dess starka ställning. Istället handlar målet om att kommissionen och domstolen gjorde avkall på dominantas företags rättigheter på grund av samhällsintresset. Givetvis kan det enskilda företaget uppfatta denna rättighetsinskränkning som en straff, men detta torde inte vara myndigheternas syfte.

PÅSTÅENDE: Rättstillämpningen ser inte till konsumenterna.

I kommissionens diskussionspapper framhölls att i centrum för dess konkurrenspolitik var skyddet för konkurrensen. Vidare uttrycktes att syftet med översynen av politiken var ett led i strävan att tillämpa konkurrensreglerna på ett sätt som skulle skydda konkurrensen, för att säkerställa att en hög grad av konsumentvälfärd. I kommissionens beslut mot Microsoft sades vid åtskilliga tillfällen att Microsofts agerande att inte vilja lämna ut information, var till skada för konsumenterna. Detta eftersom produktinnovationen på marknaden förstelnades, och därmed begränsade konsumenternas valmöjligheter. Detta kunde kommissionen påvisa genom konsumentundersökningar som utvisade att problem hänförliga till bristande interoperabilitet, påverkade konsumenternas beslut angående införskaffande av operativsystem. Kommissionen menade även att avsaknaden av en effektiv konkurrens på marknaden också förhindrade att priserna pressades, och att servicen gentemot konsumenterna försämrades. Då det gällde mediaspelaren, ansåg myndigheterna inte att de av Microsoft påstådda positiva fördelarna som konsumenterna åtnjöt med en förinstallerad mediaspelare, uppvägde faktumet att företagets agerande minskade produktutbudet, och förstelnade innovationsmöjligheterna på marknaden.

Något som skulle kunna ifrågasättas är dock omständigheten att fördelarna det innebar för konsumenterna att erhålla ett operativsystem med en mediaspelare, inte ansågs väga vidare tungt i myndigheternas bedömning. Detta skulle ur konsumenternas perspektiv kunna betyda avsevärda fördelar ur bekvämlighetssynpunkt, eftersom dessa inte behöver köpa mediaspelaren separat, och därmed besparas tid och besvär. Myndigheterna verkade istället fokusera på att Microsoft använde Windows som en distributionskanal, och därför kom att erhålla oerhörda konkurrensfördelar, som förhindrade konkurrensen på marknaden och resulterade i ett begränsat produktutbud.

Rättstillämpningen i Microsoft-målet såg därmed till stor del till konsumenterna, då en större del av myndigheternas slutsatser handlade om att konsumenterna led skada av Microsofts ageranden.

6.4 Slutsats

Jag tycker att det ligger sanning bakom påståendet att kommissionen och domstolen såg Microsoft-målet som en möjlighet att förtydliga dess konkurrenspolitik, och applicera den nya tillämpningsmetoden. Detta inte minst på grund av de inledande orden av domstolen, som var att fastställandet att ett företag intar en dominerande ställning inte betyder att kritik riktas mot det företaget. Därutöver presenterade myndigheterna även långtgående ekonomiska analyser angående leveransvägrandets och produktsammankopplingens effekt på konkurrensen, och på konsumenterna. Detta torde betyda att de avsåg att tillämpa den effektbaserade tillämpningsmetoden som kommissionen föreslagit.

Min uppfattning är att Microsoft-målet inte handlar om att skydda konkurrenter. Jag finner detta tydligt då myndigheterna istället fokuserade på skadorna som Microsoft ageranden resulterat i, avseende konkurrensen och konsumentvälfärden. Jag tycker även att målet handlar om att myndigheterna framhåller betydelsen av att en effektiv konkurrens upprätthållas på marknaden. Det myndigheterna verkade vilja åstadkomma var att öka konkurrenstrycket, genom att möjliggöra för andra företag att tillverka produkter kompatibla med Microsofts operativsystem, samt att låta marknadens olika mediaspelare konkurrera på lika villkor.

7 Egna kommentarer

AVSER ARTIKEL 82 ATT SKYDDA KONSUMENTER ELLER KONKURRENTER?

Förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden anses vara betydelsefull för ekonomin, eftersom det resulterar i att varor som är efterfrågade av konsumenterna produceras och placeras på marknaden, till ett pris som konsumenterna är villiga att betala. Konkurrens har också genom ekonomiska teorier och modeller bevisats leda till sänkta produktionskostnader, lägre priser för konsumenterna tillsammans med en stimulerad produktinnovation.

Syftet med konkurrensrätten är att skydda konkurrensen på marknaden, för att möjliggöra att fördelarna med konkurrens kommer samhället tillgodo. Det torde därför vara av grundläggande betydelse att politiken bakom denna reglering, är tydlig och precis, och på ett otvetydigt sätt klargör vilket skyddsintresse som är i huvudfokus. Detta skulle inte bara underlätta för myndigheterna som har att tillämpa de olika bestämmelserna, då de tolkar de olika reglerna och applicerar dem till verkliga förhållanden, utan även göra rättsreglerna mer lättbegripliga för aktörerna på marknaden. Vidare skulle en bestämd och klar politik bakom konkurrensreglerna underlätta medlemsstaternas tolkning av EG:s konkurrensrätt, som är vägledande för dessa.

Den kritik som framkommit angående myndigheternas vid tillämpningen av artikel 82 skyddar konkurrenterna istället för konkurrensen, tycker jag till en viss del är att anses vara befogad. Detta bland annat för att myndigheterna visat en förmåga att lägga bevisbördan på det företag som beskylls ha missbrukat sin dominanta ställning, att påvisa att agerandet inte är konkurrensbegränsande. Detta kommer till uttryck då exempelvis prissänkningar, företagna av dominanta företag, måste kunna rättfärdigas på ekonomiska grunder för att inte dessa skall klassificeras som ett missbruk. Att konkurrera om prissättning är ett företags främsta konkurrensmedel. Detta kan därför försvåra upprätthållandet av en effektiv konkurrens, och leda till att dominanta företag berövas sin rättighet att konkurrera på marknaden.

Det nyss nämnda agerandet från myndigheternas sida, kan enligt min mening innebära att dominanta företag straffas för dess starka ställning på marknaden, och i att skydda konkurrenter. Detta då det uppstår en ojämlig behandling av företagen på marknaden, eftersom dominanta företag inte tillåts företa ageranden som för mindre företag är fullt tillåtna. Det finns avsevärda risker att nämnda tillvägagångssätt kan äventyra upprätthållandet av konsumentvälfärden, då den ineffektivitet som skapas då företag inte tillåts konkurrera på lika villkor, motverkar förekomsten av denna.

En annan sak som starkt kan ifrågasättas är kommissionens och domstolarnas ständiga uttalanden att dominanta företag har ett särskilt ansvar för

hur de agerar på marknaden. I anslutning till dessa uttalanden tillägger också myndigheterna att detta ansvar, inte skall innebära att dessa företag inte skall tillåtas bemöta konkurrens. Emellertid fråntas företagen denna rätt då myndigheterna även uttrycker att detta bemötande måste anpassas efter omständigheterna i det aktuella fallet, samt att företaget inte får påverka konkurrensen mer än nödvändigt. Detta sätter ett väldigt handikapp på dominanta företags frihet att konkurrera med andra företag, och skapar osäkerhet för företag angående huruvida ett agerande skall anses vara konkurrensfrämjande eller konkurrensbegränsande. Visst skall dominanta företag ha ett särskilt ansvar för hur de uppträder på marknaden, eftersom de så lätt kan störa ordningen och konkurrenstrycket. Dock verkar detta ansvar i praktiken vara så ingripande i företagets frihet, och kan av den anledningen resultera i de dominanta företagen inte vågar delta i konkurrensen på marknaden. Det särskilda ansvaret som dominanta företag åläggs kan med andra ord resultera i att förhindra en effektiv konkurrens på marknaden.

Det finns även en antydning att kommissionen och domstolarna avser att skydda konkurrenterna, eftersom myndigheterna i vissa fall tillmäter syftet bakom det aktuella agerandet betydelse. Detta trots att det uttalats i bland annat *Hoffman-La Roche* att missbruk är ett objektiva begrepp, och inte ett subjektivt. Myndigheterna har i vissa fall ansett att ett visst agerande utgör missbruk fastän beteendet inte resulterat i någon effekt på marknaden, eftersom det fanns ett konkurrensbegränsande *syfte* bakom agerandet. Detta förefaller för mig väldigt märkligt, då det motsäger vad konkurrensen handlar om; företags vilja att konkurrera med varandra, eller som Kolasky uttryckte det, "crush their rivals if they can".

Kommissionen och domstolarna har även i många hänseenden blivit beskyllda för att förbjuda beteenden av dominanta företag i förtid, innan en skadlig effekt på marknaden påvisats. Myndigheterna har bemött detta påstående med att förklara att reglernas syfte skulle undergrävas, om myndigheterna inte skulle tillåtas hindra och motverka konkurrensskadliga beteenden innan dessa förverkligats. I dessa fall anser jag förekomsten av ekonomiska teorier och modeller vid bedömningen av det aktuella beteendet vara oerhört viktig. Det är även av stor betydelse att göra noggranna bedömningar angående beteendets förväntade effekter på marknaden och konsumenterna. Detta eftersom beteendena inte har resulterat i någon skadlig effekten *ännu*. Jag anser det även vara av stor vikt att inte konkurrensmyndigheterna bryter in och stör marknaden gång, om det inte är absolut nödvändigt, eftersom detta kan leda till att motverka en effektiv konkurrens på marknaden. Varför laga något som inte är trasigt?

Vid bedömandet av konkurrensbeteenden mellan företag, är det viktigt att ha i åtanke att *rättvis konkurrens* inte är detsamma som *effektiv konkurrens*. Att skydda små och medelstora företag mot större och dominerande företag, för att det skall råda rättvisa på marknaden, kan utan tvekan resultera i att det skapas ineffektivitet på marknaden. Utan att säga emot det nyss sagda, anser jag det vara av största betydelse och grundläggande för upprätthållandet av en effektiv konkurrens, att tillse att det inte förekommer några inträ-

deshinder till marknaden. Detta för att säkerställa att företag ges chans att träda in på marknaden och etablera sig, vilken kan leda till att konkurrensstrycket på marknaden ökar. Men att se till att företag *stannar kvar* på marknaden, tycker jag är en helt annan sak. Tala om att motverka hela syftet med konkurrensen, som ju är att alla företag skall tävla på lika villkor.

Linjen mellan skyddandet av konkurrensen och skyddet av konkurrenterna kan ibland förefalla väldigt tunn. Visst kan skyddet av konkurrenterna i det långa ledet resultera i att konkurrensen på marknaden bevaras. Det är emellertid viktigt att tänka på att det i sådana fall är de *effektiva* konkurrenterna som skall skyddas, och inte de som inte är lika effektiva som det dominanta företaget. En annan sak att ha i åminnelse är att det är de effektiva företagen i dessa fall skyddas från de dominanta företags *missbruk* av sin ställning, och inte dominanta företags ageranden som verkar allmänt konkurrensfrämjande.

Jag ser det som en självklarhet att rättstillämpningen till en viss del skall bestå av ekonomiska analyser, eftersom dessa kan bidra till att förutse effekterna av företags beteenden. Olika beteenden kan leda till olika konsekvenser, beroende på i vilket sammanhang och i vilken miljö de företas. Förbudsprinciper som i förväg förbjuder beteenden automatiskt, torde därför inte vara lämpliga. Problemet med den tidigare tillämpningsmetoden är att beteenden som typiskt sett utgör missbruk av dominerande ställning förbjöds, utan att se till dess verkliga effekter på marknaden och konsumentvälfärden. *Per se* förbud angående vilka ageranden som anses utgöra missbruk resulterar möjligtvis i att göra rätten mer förutsägbar. Emellertid är det viktigt att i detta fall komma ihåg att konkurrensrättens grundläggande syfte är att tillse att konsumenterna tilldelas de fördelar som en effektiv konkurrens medför, och inte att göra rättstillämpningen förutsägbar. Dessutom verkar inte heller de nuvarande *per se* förbuden resultera i att göra rättstillämpningen förutsägbar, eftersom beteenden förbjuds utifrån en bedömning av de dominerande företagens förhållanden till sina konkurrenter.

Skyddsintresset i den europeiska konkurrensrätten är sagd att vara konkurrensen, för att konsumenterna skall få ta del av dess fördelar. En tillämpningsmetod som utgår från effekterna på marknaden, skulle kunna leda till att detta syfte upprätthålls. Detta eftersom bara beteenden som skulle verka negativt på konkurrensen och konsumentkollektivet, skulle förbjudas. Denna tillämpningsmetod skulle även motverka att konkurrenter skyddas från andra konkurrenter på ett ineffektivt sätt, och därmed kunna resultera i ett högt konkurrensstryck på marknaden.

I och med Microsoft-målet verkar det som att myndigheterna vid sin rättstillämpning börjat tillämpa den av kommissionen föreslagna effektbaserade tillämpningsmetoden. Detta anser jag vara en bra utveckling inom den europeiska konkurrensrätten. I målet var det bevisat att Microsofts licensvägran och produktsammankoppling förhindrade förekomsten av en effektiv konkurrens, då agerandet resulterat i inträdeshinder och ett begränsat pro-

duktutbud. Jag tycker inte att rättsfallet handlar om att skydda konkurrenterna från Microsofts framgång, utan att skydda konkurrensen på marknaden för att försäkra att konsumenterna tilldelas de fördelar som en effektiv konkurrens medför.

Att döma av kommissionens diskussionspapper där kommissionen sade sig vilja förklara och förtydliga politiken bakom artikel 82, samt Microsoftmålets utkomst, där bevarandet av konkurrensen stod i centrum för att upprätthålla konsumentvälfärden, är min slutsats därmed att artikel 82, avser att skydda konsumenter och inte konkurrenter.

Käll- och litteraturförteckning

LITTERATUR

Ivo Van Bael, *Competition Law of the European Community*, fjärde upplagan, Kluwer Law International, Nederländerna 2005.

Ulf Bernitz, *Den svenska konkurrenslagen*, första upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.

Ulf Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, Elanders Gotab, Stockholm 2005.

Bellamy och Child, *European Community Law of Competition*, femte upplagan, Storbritannien 2001.

Christian Dahlman, Markus Glader, David Reidhav, *Rättsekonomi – en introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2004.

J. Faull och A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Storbritannien 1999.

Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK*, fjärde upplagan, Oxford University Press, Storbritannien 2004.

Leif Gustavsson, Jacob Westin, Clara Wrangel, Carl Böckwall, *Svensk konkurrensträtt*, Norstedts Juridik, Elanders Gotab, Stockholm 2004

Alison Jones och Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, cases and materials*, andra upplagan, Oxford University Press, Storbritannien 2004.

Valentine Korah, *An introductory guide to EC Competition law and practice*, åttonde upplagan, Hart Publishing, Storbritannien 2004.

R. A. Posner, *Antitrust Law*, andra upplagan, University of Chicago Press, USA 2001.

Carl Wetter, Eric Ericsson, Johan Karlsson, Olle Rislund, *Konkurrenslagen i praxis*, Advokatfirman Vinge KB, Scandbook, Falun 1995.

Carl Wetter, Johan Karlsson, Olle Rislund, Marie Östman, *Konkurrenslagen – en handbok*, Thomson Fakta, Stockholm 2002.

Richard Whish, *Competition Law*, femte upplagan, Oxford University Press, Storbritannien 2005.

OFFENTLIGT TRYCK

The Sherman Act 1890.

EG-fördraget 1957.

Proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, publicerad i december 2005.

ARTIKLAR

EM Fox och LA Sullivan, 'Antitrust – Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where are we going?' (1987) 62 New York University LR 936, 956-9.

Europeiska Gemenskapens Förstainstansrätt, Press Release No. 09/07, 30 Januari 2007.

The American Chamber of Commerce, *Position Paper on Article 82 Enforcement*, den 10 november 2005.

Competition Law forum, *Comments on the DG-Competition Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses*. Publicerad den 31 mars 2006.

International Chamber of Commerce, *Comments on the Reform of the Application of Article 82 of the EC Treaty*, dokumentnummer 225/623, 12 december 2005

Assistant Attorney General for Antitrust, R. Hewitt Pate, *Issues Statement on the EC's Decision on its Microsoft Investigation*, 24 mars 2004.

Tillgänglig på DOJ:s hemsida:

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm.

Besöktes senast den 21 november 2007, klockan 11.27.

P. Jebsen och R. Stevens, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union* (1995-6) 64 *Antitrust LJ* 443, 487-91.

Artikel på Internet: *Kroes slams US criticism of EU Microsoft ruling*.

<http://www.eupolitix.com/EN/News/200709/87884c7c-c721-49b1-b6f05ba4ece0897c.htm>.

Besöktes senast den 15 november 2007, klockan 11.11.

ÖVRIGT

Mario Monti, tal vid Merchant Taylor's Hall, London, juli 2001, hittas på:
http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html

Besöktes senast den 23 oktober 2007 klockan 8.15.

Tal av Dr Amelia Fletcher vid Competition Law Forum i Bryssel, 15 mars 2005. Hittas på http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/speeches/spe0205.pdf.

Besöktes senast den 18 november klockan 12.10.

Tal av William J. Kolasky, *North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What?*, BIICL Second Annual International and Comparative Law Conference, London, 17 maj 2002, hittas på:

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/224128.htm>

Besöktes senast den 11 november, klockan 23.40.

Tal av William J. Kolasky, *Global competition convergence and cooperation: Looking back and looking ahead*, American Bar Association Fall Forum, Washington DC, 7 november 2002. Hittas på

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200442.htm>

Besöktes senast den 18 november klockan 11.50.

Neelie Kroes, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, tal vid Fordham Corporate Law Institute, 23 september 2005, hittas på

<http://www.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Besöktes senast den 30 oktober klockan 8.10.

Eleanor Fox, tal angående Abuse of dominance and monopolization.

[http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709COMPe d-Fox.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709COMPe d-Fox.pdf)

Besöktes senast den 1 november klockan 19.00.

INTERNET

<http://www.reuters.com/article/governmentFilingsNews/idUSL0258402220070502>

Besöktes senast den 30 september 2007, klockan 19.17.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/486&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>.

Besöktes senast den 2 oktober 2007, klockan 19.25.

<http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=678&a=693559>

Besöktes senast den 6 november 2007 klockan 10.15.

<http://www.sr.se/ekot/ekonomiekot/amnessida.asp?programID=178&Nyheter=&grupp=3692&artikel=1603006>

Besöktes senast den 15 oktober klockan 21.27.

http://edit.va.se/nyheter/2007/09/17/boten_blygsam/index.vml

Besöktes senast den 24 september 2007, klockan 9.57.

<http://www.dagensps.se/article.aspx?articleID=311518categID=10>

Besöktes senast den 24 september 2007, klockan 9.34.

http://www.news.com/EU-proposes-new-powers-to-split-up-telephone-companies/2100-1036_3-6218278.html

Besöktes senast den 21 november 2007, klockan 12.24.

Rättsfallsförteckning

Europeiska rättsfall

Mål 6/72, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc mot kommissionen*, REG 1973, s. 215

Mål 27/76 *United Brands Co mot kommissionen*, REG 1978, volym 4, s. 9

Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461, [1973] CMLR

Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, REG 1991, s. 3359.

Mål T-228/97, *Irish Sugar mot kommissionen*, REG 1999, s. II-2969

Mål T-65/89, *BPG Industries mot kommissionen*, REG 1993, s. II-389

Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint*, REG 1998, s. I-7791

Mål T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd. mot kommissionen*, REG 1998, s. II-2641.

Mål C-163/99, *Portugal mot kommissionen*, REG 2001, s. I-02613.

Mål T-219/99, *British Airways plc mot kommissionen*, REG 2003, s. II-05917.

Mål T-340/03, *France Télécom mot kommissionen* (svensk version ännu inte tillgänglig)

Case T-201/04 *Microsoft Corp. v Commission* (svensk översättning ännu inte tillgänglig)

Beslut av Europeiska kommissionen

ECS/AKZO [1985] OJ L374/1, [1986] 3 CMLR 273.

Portugese Airports, Commission Decision, [1999] OJ L69/31

Microsoft, Commission Decision, 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792

Amerikanska rättsfall

Virgin Atlantic Airways Ltd v British Airways plc, 257 F3d (2d Cir. 2001)