



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Erik Svensson

# Missbruk av kollektiv dominans

- Särskilt om tyst samordning på oligopolmarknader

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Handledare  
Katarina Olsson

Ämnesområde  
Konkurrensrätt

HT 2010

# Innehåll

|                                                                    |           |
|--------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>SUMMARY</b>                                                     | <b>1</b>  |
| <b>SAMMANFATTNING</b>                                              | <b>3</b>  |
| <b>FÖRORD</b>                                                      | <b>5</b>  |
| <b>FÖRKORTNINGAR</b>                                               | <b>6</b>  |
| <b>1 INLEDNING</b>                                                 | <b>7</b>  |
| 1.1 Bakgrund                                                       | 7         |
| 1.2 Syfte och frågeställningar                                     | 7         |
| 1.3 Metod och material                                             | 8         |
| 1.4 Avgränsningar                                                  | 9         |
| 1.5 Disposition                                                    | 9         |
| <b>2 EKONOMISK TEORI</b>                                           | <b>11</b> |
| 2.1 Marknadsformer                                                 | 11        |
| 2.1.1 Inledning                                                    | 11        |
| 2.1.2 Perfekt konkurrens                                           | 11        |
| 2.1.3 Monopol                                                      | 12        |
| 2.1.4 Oligopol                                                     | 12        |
| 2.2 Teorin om oligopolisters ömsesidiga beroende                   | 13        |
| 2.3 Spelteori                                                      | 15        |
| 2.4 Förutsättningar för tyst samordning                            | 17        |
| 2.4.1 Inledning                                                    | 17        |
| 2.4.2 Incitament att undvika att konkurrera                        | 18        |
| 2.4.3 Tyst samordning möjlig                                       | 19        |
| 2.5 EU:s konkurrensrätt, oligopol och tyst samordning              | 20        |
| <b>3 ARTIKEL 101 OCH OLIGOPOLISTERS PARALLELLA<br/>UPPTRÄDANDE</b> | <b>22</b> |
| 3.1 Samordnat förfarande                                           | 22        |
| 3.2 Förhållandet till parallellt uppträdande och tyst samordning   | 23        |
| <b>4 ARTIKEL 102 OCH KOLLEKTIV DOMINANS</b>                        | <b>27</b> |

|            |                                                                    |           |
|------------|--------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>4.1</b> | <b>Inledning</b>                                                   | <b>27</b> |
| <b>4.2</b> | <b>Allmänt om artikel 102 och missbruk av individuell dominans</b> | <b>27</b> |
| 4.2.1      | Allmänt                                                            | 27        |
| 4.2.2      | Dominansbedömningen                                                | 28        |
| 4.2.3      | Missbruk                                                           | 30        |
| <b>4.3</b> | <b>Kollektiv dominans</b>                                          | <b>32</b> |
| 4.3.1      | Bakgrund                                                           | 32        |
| 4.3.2      | Konceptet kollektiv dominans bekräftas                             | 33        |
| 4.3.2.1    | Italian Flat Glass                                                 | 33        |
| 4.3.2.2    | Ekonomiska bindningar: Rättsläget osäkert                          | 34        |
| 4.3.3      | Utvecklingen av konceptet kollektiv dominans i rättspraxis         | 34        |
| 4.3.3.1    | Inledning                                                          | 34        |
| 4.3.3.2    | Almelo                                                             | 35        |
| 4.3.3.3    | Frankrike mot kommissionen                                         | 36        |
| 4.3.3.4    | Gencor                                                             | 36        |
| 4.3.3.5    | Irish Sugar                                                        | 37        |
| 4.3.3.6    | Compagnie Maritime Belge                                           | 38        |
| 4.3.3.7    | Airtours                                                           | 40        |
| 4.3.3.8    | TACA                                                               | 42        |
| 4.3.3.9    | Laurent Piau                                                       | 42        |
| 4.3.3.10   | Impala                                                             | 43        |
| 4.3.4      | Artikel 102 kontra koncentrationsförordningen                      | 44        |
| 4.3.5      | Tyst samordning och artikel 102                                    | 47        |
| <b>5</b>   | <b>MISSBRUK AV KOLLEKTIV DOMINANS</b>                              | <b>50</b> |
| <b>5.1</b> | <b>Inledning</b>                                                   | <b>50</b> |
| <b>5.2</b> | <b>Kollektivt missbruk</b>                                         | <b>50</b> |
| 5.2.1      | Inledning                                                          | 50        |
| 5.2.2      | Exploaterande missbruk                                             | 50        |
| 5.2.2.1    | Tyst samordning                                                    | 50        |
| 5.2.2.2    | Överprissättning                                                   | 51        |
| 5.2.3      | Exkluderande missbruk                                              | 52        |
| <b>5.3</b> | <b>Individuellt missbruk</b>                                       | <b>53</b> |
| 5.3.1      | Irish Sugar                                                        | 53        |
| 5.3.2      | Implikationer av Irish Sugar-målet                                 | 54        |
| <b>5.4</b> | <b>”Facilitating practices” under artikel 102</b>                  | <b>57</b> |
| <b>6</b>   | <b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>                                      | <b>59</b> |
| <b>6.1</b> | <b>Kollektiv dominans</b>                                          | <b>59</b> |
| <b>6.2</b> | <b>Missbruk av kollektiv dominans</b>                              | <b>62</b> |
|            | <b>BILAGA: UTDRAK UR EUF-FÖRDRAGET</b>                             | <b>65</b> |
|            | <b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>                             | <b>67</b> |



# Summary

An oligopolistic market is often characterized by the fact that there is a relationship of interdependence existing between the oligopolists. This means that the market behavior of an undertaking affects the other undertakings as well and that each undertaking has to take the other undertakings anticipated reaction into account before deciding its own course of action on the market. As a consequence of the market structure and the relationship of interdependence so-called tacit collusion might exist. Tacit collusion means that the oligopolists are coordinating their market behavior without communicating with one another. If the necessary market conditions are present the undertakings will be able to collude tacitly on price and to sell their products at above competitive prices. The undertakings may through tacit collusion maximize their joint profits at the consumers' expense.

Article 101 TFEU cannot be used to fight the phenomenon of tacit collusion. This is so because tacit collusion entails neither direct nor indirect contact between the undertakings concerned. Pure parallel conduct within an oligopoly does not amount to a concerted practice within the meaning of Article 101. However, Article 102 TFEU is, according to case law, applicable to abuse of a dominant position held jointly by two or more undertakings (abuse of collective dominance). A collective dominant position may exist provided that the legally independent undertakings, from an economic point of view, present themselves or act together on a market as a collective entity. In order to find out if a group of undertakings are to be regarded as a collective entity, it is necessary to examine whether there are economic links between the undertakings that unite them as to their conduct.

Structural links or the implementation of an agreement, concerted practice or decision may lead to the existence of a collective dominant position. However, it is clear from the case law under Article 102 that the existence of an agreement or of other links in law is not indispensable for a finding of a collective dominant position; such a finding may depend on an economic assessment and, in particular, on an assessment of the market structure. The general opinion amongst law scholars is that this case law, together with the case law on the concept of collective dominance in relation to merger control, implies that tacitly colluding oligopolists can hold a collective dominant position. However, there has thus far not been a single Article 102 case involving abusive conduct by tacitly colluding undertakings. This may, among other things, be due to evidentiary hurdles faced by the Commission.

It is important to notice that the existence of a collective dominant position is not, in itself, an infringement of Article 102; for there to be an infringement of Article 102 there must be conduct that amounts to an abuse. There is nothing that indicates that tacit collusion, in itself, constitutes an abuse and this state of affairs seems reasonable. What qualifies as an abuse

of collective dominance has to be regarded as unclear due to the relative lack of case law on this issue. It is, however, clear that a collective dominant position can be abused also individually by a single undertaking that is part of the dominant oligopoly. This might render Article 102 a more effective tool to fight lack of price competition in oligopolistic markets.

# Sammanfattning

En oligopolistisk marknad kännetecknas ofta av att det föreligger ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan företagen som är verksamma på marknaden. Detta innebär att ett företags uppträdande på marknaden får effekter också för de övriga företagen och att varje enskilt företag måste beakta de andra företagens förväntade reaktion innan det beslutar hur det ska agera på marknaden. Som en konsekvens av marknadens struktur och det ömsesidiga beroendeförhållandet kan så kallad tyst samordning förekomma. Tyst samordning innebär att oligopolisterna samordnar sitt agerande på marknaden utan att kommunicera med varandra. På en marknad där de rätta förutsättningarna föreligger kan företagen genom tyst samordning sälja sina produkter till priser som är högre än de konkurrensmässiga. Genom tyst samordning kan företagen på så sätt maximera sin gemensamma vinst på konsumenternas bekostnad.

Eftersom tyst samordning varken innefattar direkt eller indirekt kontakt mellan företagen kan inte artikel 101 i EUF-fördraget tillämpas för att stävja detta fenomen. Parallellt beteende inom ett oligopol utgör inte ett samordnat förfarande i den bestämmelsens mening. I rättspraxis har det dock slagits fast att artikel 102 i EUF-fördraget kan tillämpas på missbruk av en dominerande ställning som innehas gemensamt av två eller flera företag (missbruk av kollektiv dominans). För att en kollektiv dominerande ställning ska kunna föreligga krävs det att de i juridiskt hänseende oberoende företagen, ur ekonomisk synvinkel, uppträder eller agerar tillsammans som en kollektiv enhet på marknaden. För att ta reda på om en grupp av företag tillsammans kan anses utgöra en kollektiv enhet, måste det undersökas om det föreligger så kallade ekonomiska band eller bindningar mellan företagen som gör att de förenas vad gäller deras beteende.

Strukturella bindningar eller genomförandet av ett avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande kan medföra att en kollektiv dominerande ställning föreligger. Enligt rättspraxis under artikel 102 är det emellertid inte nödvändigt med ett avtal eller andra så kallade juridiska band för att kollektiv dominans ska kunna konstateras; ett sådant konstaterande kan istället bero på en ekonomisk bedömning och, i synnerhet, på en bedömning av marknadsstrukturen. Den allmänna uppfattningen i doktrinen är att denna rättspraxis, i kombination med rättspraxis gällande konceptet kollektiv dominans vid koncentrationskontroll, innebär att tyst samordnande oligopolister kan inneha en kollektiv dominerande ställning. Hittills har dock inget missbruksärende gällt missbruk av tyst samordnande företag. Detta kan bland annat bero på bevisvärigheter som kommissionen stöter på.

Viktigt att notera är att förekomsten av en kollektiv dominerande ställning inte i sig utgör en överträdelse av artikel 102, utan för att en överträdelse ska kunna konstateras krävs det att ett beteende som utgör missbruk har

förekommit. Inget tyder på att tyst samordning i sig betraktas som ett missbruk och detta torde även vara en rimlig ordning. Vad som kan utgöra missbruk av kollektiv dominans får i avsaknad av tillräcklig rättspraxis betraktas som oklart. Det står dock klart att en kollektiv dominerande ställning kan missbrukas även individuellt av ett ensamt företag ingående i det dominerande oligopolet. Detta förhållande kan eventuellt göra artikel 102 till ett effektivare verktyg för att bekämpa bristande priskonkurrens på oligopolistiska marknader.



# Förord

Jag vill passa på att tacka min handledare Katarina Olsson för goda råd i inledningsskedet av uppsatsskrivandet samt för genomläsning och feedback på ett utkast till denna uppsats. Tack även till Dr Robert Lane vid University of Edinburgh för en intressant konkurrensrättskurs som inspirerade mig till att skriva detta examensarbete inom ämnesområdet konkurrensrätt.

Lund, den 7 december 2010

# Förkortningar

|                     |                                                                                |
|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| EEG                 | Europeiska ekonomiska gemenskapen                                              |
| EG                  | Europeiska gemenskapen                                                         |
| EG-domstolen        | Europeiska gemenskapernas domstol                                              |
| EG-fördraget        | Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen                            |
| EGT                 | Europeiska gemenskapernas officiella tidning                                   |
| EU                  | Europeiska unionen                                                             |
| EUF-fördraget       | Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt                                 |
| EUT                 | Europeiska unionens officiella tidning                                         |
| Förstainstansrätten | Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt                                    |
| Kommissionen        | Europeiska kommissionen (tidigare Europeiska gemenskapernas kommission)        |
| REG                 | Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt |

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

De rättsliga förutsättningarna för att konkurrera och möta konkurrens från andra företag skiljer sig åt beroende på om ett företag innehar en dominerande ställning eller ej. EU:s konkurrensrätt innefattar ett förbud mot ensidigt konkurrensbegränsande agerande av dominerande företag. Detta förbud återfinns i artikel 102 i EUF-fördraget<sup>1</sup> och förbjuder missbruk av en dominerande ställning. Artikeln omfattar således inte icke-dominerande företag.

Normalt sett tillämpas den nu beskrivna förbudsregeln på ett företags missbruk av dess individuella dominerande ställning. Det har emellertid fastslagits i rättspraxis att en dominerande ställning kan innehas tillsammans av flera inbördes fristående företag (dvs. av två eller flera oberoende ekonomiska enheter).<sup>2</sup> Flera företags gemensamma dominans brukar benämnas *kollektiv dominans*.<sup>3</sup> Bekräftandet i rättspraxis av att konceptet kollektiv dominans existerade ökade naturligtvis möjligheterna att tillämpa artikel 102. Det skapade emellertid även många frågor, bland annat på vilket sätt självständiga företag måste vara förenade för att de tillsammans ska kunna inneha en kollektiv dominerande ställning och hur en sådan ställning kan missbrukas. I denna uppsats kommer dessa frågor att behandlas.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka i vilken utsträckning förbudet mot missbruk av en dominerande ställning, i artikel 102 i EUF-fördraget, kan respektive bör tillämpas när omständigheterna är sådana att flera självständiga företag, till skillnad från ett ensamt företag, misstänks ha missbrukat en kollektiv dominerande ställning på marknaden.

Grundläggande för att kunna uppfylla detta syfte, är att utreda vad som krävs för att två eller flera företag tillsammans ska kunna inneha en kollektiv dominerande ställning. Mer exakt är frågan på vilket sätt och i vilken utsträckning självständiga företag måste vara sammankopplade med varandra, för att deras respektive ställning på marknaden ska kunna sammanläggas och behandlas som en gemensam, eventuellt dominerande,

---

<sup>1</sup> Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Artikel 102 återfanns tidigare i EG-fördraget som artikel 82. När endast 'artikel 102' nämns nedan i uppsatsen avses 'artikel 102 i EUF-fördraget'.

<sup>2</sup> Se nedan avsnitt 4.3.2.

<sup>3</sup> Även termerna gemensam dominans och oligopolistisk dominans förekommer. I denna uppsats används termen kollektiv dominans, detta eftersom det främst är denna term som återfinns i rättspraxis från EU-domstolarna. Se Nygren, Marie & Nilsson, Mats, *Förstainstansrättens dom i Airtours-målet – betyder kollektiv dominans tyst samordning?*, Europarättslig Tidskrift, 2002, s. 539.

marknadsställning. Med andra ord: vilka slags bindningar måste föreligga mellan inbördes fristående företag för att de tillsammans ska kunna inneha en kollektiv dominerande ställning enligt artikel 102? En särskilt viktig fråga är här om en oligopolistisk marknadsstruktur, och så kallad tyst samordning mellan företag ingående i ett begränsat oligopol, kan innebära att kollektiv dominans föreligger. Uppsatsen tar även upp frågan om hur existensen av tyst samordning kan bevisas och om kommissionen bör driva missbruksärenden involverande tyst samordning mellan oligopolister.

Förekomsten av en kollektiv dominerande ställning innebär dock inte i sig att en överträdelse av artikel 102 är förhanden, utan det krävs att företagens gemensamma maktställning missbrukas. Detta medför att det är nödvändigt, för att fullgöra syftet, att även undersöka de speciella frågor som aktualiseras i fall av misstänkt missbruk av kollektiv, i motsats till individuell, dominans. Frågor som kommer att diskuteras i detta sammanhang innefattar huruvida tyst samordning på oligopolistiska marknader utgör missbruk respektive bör utgöra missbruk, hur företagen gemensamt kan missbruka sin ställning och om kollektiv dominans kan missbrukas individuellt.

### 1.3 Metod och material

Den egentliga utgångspunkten för att utröna rättsläget avseende villkoren för förekomsten av kollektiv dominans är först artikel 102 i EUF-fördraget. Bestämmelsen i sig har dock praktiskt taget inget att säga om detta; det enda av intresse är att det i artikeln talas om *ett eller flera* företags missbruk av en dominerande ställning. Det finns däremot en relativt omfattande rättspraxis från EU-domstolarna<sup>4</sup> angående begreppet kollektiv dominans. Rättsfallen avser såväl missbruksärenden under artikel 102 som koncentrationsärenden enligt den ursprungliga koncentrationsförordningen.<sup>5</sup> En genomgång av denna rättspraxis utgör kärnan i denna uppsats redogörelse för gällande rätt avseende när en kollektiv dominerande ställning föreligger. Rättsfallen belyses även genom redovisning av kommentarer och analyser som återfinns i läroböcker om EU:s konkurrensrätt och i mer specialiserade artiklar.

När det gäller frågan om missbruk av kollektiv dominans finns det betydligt mindre rättspraxis att utgå ifrån. Metoden i detta fall har därför istället främst varit att redogöra för det som finns skrivet om ämnet i doktrinen; även i detta fall har litteraturen bestått av både läroböcker och artiklar. Litteraturen som har använts vid författandet av uppsatsen är i de flesta fall engelskspråkig, även om svenska arbeten också förekommer. Förklaringen

---

<sup>4</sup> Med 'EU-domstolarna' avses i denna uppsats Domstolen (EU-domstolen) och dess föregångare EG-domstolen, samt Tribunalen och dess föregångare Förstainstansrätten. Vid referat av rättsfall används termerna EG-domstolen respektive Förstainstansrätten eftersom all rättspraxis som redogörs för i denna uppsats härrör från innan den 1 december 2009, dvs. innan Lissabonfördragets ikraftträdande och innan domstolarnas namn ändrades.

<sup>5</sup> Rådets förordning (EEG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT L 395/1, 30.12.1989.

till detta är att eftersom uppsatsen uteslutande behandlar EU-rätt så finns det helt enkelt mer skrivet om ämnet på engelska. Avslutningsvis ska angående materialet sägas att kommissionen inte har publicerat några riktlinjer angående kollektiv dominans och missbruk därav som har kunnat vara till vägledning.<sup>6</sup>

## 1.4 Avgränsningar

För att något begränsa omfattningen av uppsatsen behandlas uteslutande EU-rätt och sålunda inte svensk rätt. Denna avgränsning torde dock vara av främst formell natur, då de materiella EU-rättsliga reglerna och principerna inom detta område av allt att döma speglar rättsläget även i svensk rätt.<sup>7</sup> Vidare fokuserar uppsatsen på konceptet kollektiv dominans under artikel 102, inte på kollektiv dominans i koncentrationsärenden. En del rättsfall angående företagskoncentrationer har dock potentiellt stor betydelse för begreppet kollektiv dominans innebörd och tolkning i missbruksärenden. Dessa rättsfall behandlas därför noggrant, men uppsatsen innehåller ingen ingående allmän framställning av EU:s koncentrationskontroll.

Vidare behandlas inte så kallade ”facilitating practices” under artikel 101 i EUF-fördraget,<sup>8</sup> dvs. avtal eller samordnade förfaranden som exempelvis kan göra en oligopolistisk marknad mer transparent och därmed kan öka risken för tyst samordning,<sup>9</sup> detta beroende på att uppsatsen som nämnts fokuserar på artikel 102. Vidare redogörs inte för strukturella åtgärder och dessas möjliga tillämpning på dominerande oligopol.

## 1.5 Disposition

Den fortsatta framställningen inleds med ett kapitel om ekonomisk teori. Syftet med kapitlet är att redogöra för den bakomliggande ekonomiska teorin till konceptet kollektiv dominans. Kapitlet inleds med en kort genomgång av olika marknadsformer, varefter marknadsformen oligopol och företags beteende på sådana marknader behandlas närmare. I kapitel 3 diskuteras sedan huruvida artikel 101 kan tillämpas på parallellt uppträdande på en oligopolistisk marknad. Kapitel 4 inleds med en allmän redogörelse för artikel 102 och begreppen dominerande ställning respektive missbruk. Kapitlet fortsätter sedan med att behandla förutsättningarna för att kollektiv dominans ska kunna anses föreligga. Denna redogörelse utgår från den rättspraxis angående begreppet kollektiv dominans som har producerats

---

<sup>6</sup> Notera att kommissionen i nyligen publicerade riktlinjer valde att endast behandla individuell dominans. Se Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (nedan kallat kommissionens riktlinjer för missbruksbedömning), EUT C 45/7, 24.2.2009, p. 4.

<sup>7</sup> Se exempelvis Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, 1:a upplagan, Norstedts Juridik, 2005, s. 156.

<sup>8</sup> Artikel 101 återfanns tidigare i EG-fördraget som artikel 81. När endast ’artikel 101’ nämns nedan i uppsatsen avses ’artikel 101 i EUF-fördraget’.

<sup>9</sup> Whish, Richard, *Competition Law*, 6:e upplagan, Oxford University Press, 2009, s. 554f.

av EU-domstolarna, men även kommentarer och analyser från läroböcker och artiklar redovisas. Uppsatsen fortsätter i kapitel 5 med att behandla olika frågor relaterade till missbruk av kollektiv dominans. I det avslutande kapitlet analyseras sedan frågorna som har behandlats tidigare i uppsatsen och slutsatser och personliga reflektioner presenteras.

# 2 Ekonomisk teori

## 2.1 Marknadsformer

### 2.1.1 Inledning

Ett företags marknadsuppträdande påverkas i stor utsträckning av vilken typ av marknad företaget verkar på och marknadsformen avgör ett enskilt företags möjligheter att påverka marknaden i stort. Inom ekonomisk teori benämns de två ytterlighetsfallen av marknadsformer perfekt eller fullständig konkurrens respektive monopol. En mellanform av dessa två extremer är oligopolmarknaden, vilken uppvisar drag av såväl en perfekt konkurrensmarknad som en monopolmarknad.<sup>10</sup> Nedan beskrivs först dessa tre marknadsformer kort, därefter studeras oligopol och oligopolisters beteende närmare eftersom det är på oligopolmarknader som kollektiv dominans kan förekomma.<sup>11</sup>

### 2.1.2 Perfekt konkurrens

På en marknad där det råder perfekt konkurrens maximeras såväl konsumentvälfärden (consumer welfare) som samhällets totala välfärd (social welfare). Perfekt konkurrens medför att det råder en effektiv allokering av de ekonomiska resurserna då varje producent, som är pristagare och således inte själv kan påverka marknadspriset, kommer att producera så många enheter av sin produkt att marginalkostnaden blir lika med marginalintäkten (försäljningspriset).<sup>12</sup> På en perfekt konkurrensmarknad kommer även produktionseffektivitet att råda. Det innebär att produktionen av varor och tjänster sker till lägsta möjliga kostnad, vilket är en nödvändighet för företag verksamma på en marknad med perfekt konkurrens då de annars hade gått med förlust och blivit tvungna att lämna marknaden.<sup>13</sup>

Problemet med den teori som just beskrivits är att det i verkligheten är i princip omöjligt att hitta en marknad där det råder perfekt konkurrens. Det beror på att en rad förutsättningar måste vara uppfyllda för att en marknad ska kunna definieras som en perfekt konkurrensmarknad. Bland dessa förutsättningar märks särskilt att antalet köpare och säljare måste vara mycket stort, att produkterna som tillverkas måste vara helt homogena (identiska), att konsumenterna måste ha fullständig information om priser och andra villkor, att det inte finns några transaktionskostnader, samt att det

---

<sup>10</sup> En fjärde vanlig marknadsform benämns monopolistisk konkurrens, det har dock inte ansetts nödvändigt att redogöra för denna typ av marknad i denna uppsats.

<sup>11</sup> Jermsten, Rikard & Jonsson, Therese, *Kollektiv dominans*, Juristförlaget, 1997, s. 14f.

<sup>12</sup> Marginalkostnaden och marginalintäkten är kostnaden för respektive intäkten av att tillverka respektive sälja ytterligare en enhet av en viss produkt.

<sup>13</sup> Bishop, Simon & Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3:e upplagan, Sweet & Maxwell, 2010, s. 21ff.

inte existerar några inträdes- eller utträdes hinder på marknaden. I stort sett alltid saknas en eller flera av dessa förutsättningar, vilket medför att teorin om perfekt konkurrens är just en teoretisk modell och inte en beskrivning av hur marknader fungerar i praktiken.<sup>14</sup> Detta är också anledningen till att *effektiv konkurrens* är det som eftersträvas av nutida konkurrensrätt.<sup>15</sup>

### 2.1.3 Monopol

Det motsatta extremparet till perfekt konkurrens är monopol. Antagandet att det finns ett stort antal säljare av en viss produkt är i monopolfallet utbytt mot att det endast finns en säljare. Monopolisten svarar således själv för hela den samlade produktionen på den marknad han verkar på. Det medför att han kan bestämma marknadspriset och den totala utbudna kvantiteten, till skillnad från säljarna på en perfekt konkurrensmarknad som saknar makt över marknadspriset. Förutsatt att monopolföretaget vill maximera vinsten kommer det att tillverka en lägre kvantitet och sälja till ett högre pris än vad som hade varit fallet på en marknad med konkurrens. Konsumenterna kommer då inte att kunna köpa den kvantitet av produkten som de efterfrågar, trots att de värderar produkten högre än eller åtminstone lika högt som dess tillverkningskostnad. Monopol leder på detta sätt till en ineffektiv resursallokering. Den totala samhällsliga välfärden maximeras inte på en monopolmarknad och det uppkommer en så kallad ”deadweight loss”.<sup>16</sup>

Vidare riskerar monopol att leda till produktionsineffektivitet med onödigt höga tillverkningskostnader och låg innovation; detta beroende på att monopolisten kan göra vinst utan att produktionseffektivitet råder, vilket träffande har beskrivits med att den främsta fördelen med att vara monopolist är ”a quiet life”. Avslutningsvis angående monopol ska dock sägas att det är, precis som i fallet med perfekt konkurrens, ovanligt att en marknad i praktiken stämmer överens med den teoretiska modellen. Att ett enda företag är ansvarigt för hela produktionen och försäljningen av en viss produkt hör inte till vanligheten och EU:s konkurrensrätt intresserar sig istället för företag som innehar *en dominerande ställning*, vilket är ett begrepp som omfattar betydligt fler företag än rena monopolister.<sup>17</sup>

### 2.1.4 Oligopol

Marknadsformerna perfekt konkurrens och monopol (i dess egentliga betydelse med endast en säljare) är, som har beskrivits ovan, mycket ovanliga i praktiken. Desto vanligare är marknader där det råder fåtalskonkurrens, så kallade oligopol. På oligopolmarknader utspelas

---

<sup>14</sup>Whish, s. 4ff.

<sup>15</sup> Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, 2009, s. 51. Exakt vad som innefattas i begreppet effektiv konkurrens är inte helt klart och faller utanför denna uppsats omfång, se vidare Bishop & Walker, s. 15ff.

<sup>16</sup> Bishop & Walker, s. 26f.

<sup>17</sup> Whish, s. 6f.



konkurrensen i huvudsak mellan några stycken stora företag. Hur många företag som verkar på marknaden kan variera, men det rör sig ofta om två till fem stycken (i fallet med endast två företag brukar man tala om duopol).<sup>18</sup> Observeras ska dock att det ibland används en bredare definition av oligopol; oligopol betraktas då som en marknadsform som återfinns någonstans mellan perfekt konkurrens och monopol.<sup>19</sup>

På marknader som kan klassificeras som oligopolmarknader kan konkurrensstrycket vara högst varierande. Det finns många marknader med endast ett fåtal säljare där det ändå råder hård konkurrens, medans det på andra sådana marknader uppstår problem då företagen inte fullt ut konkurrerar med varandra.<sup>20</sup> På oligopolmarknader där konkurrensen på det ena eller andra sättet, mer eller mindre sätts ur spel blir effekterna liknande dem som kan observeras vid monopol, bland annat höga priser och minskad konsumentvälfärd.<sup>21</sup> Nedan redogörs för vad som styr oligopolföretags agerande på marknaden och vilka hänsyn företagen måste ta innan de fattar strategiska beslut.

## 2.2 Teorin om oligopolisters ömsesidiga beroende

Det utmärkande draget för en oligopolmarknad är att oligopolisterna är ömsesidigt beroende av varandras beslut och uppträdande på marknaden (oligopolistic interdependence). Detta förhållande gör sig inte alls gällande på varken en perfekt konkurrensmarknad eller en monopolmarknad. På en marknad med perfekt konkurrens är varje företag så litet att det inte kan påverka marknadspriset oavsett om det väljer att tillverka och sälja lite eller mycket. Detta medför att företag på en perfekt konkurrensmarknad inte behöver bekymra sig om vad konkurrenterna tänker göra när de bestämmer sin egen strategi; marknadspriset är givet och utom räckhåll för individuell påverkan. När det gäller monopol så saknar som bekant monopolisten rent definitionsmässigt konkurrenter att ta hänsyn till.<sup>22</sup>

Teorin om oligopolisters ömsesidiga beroende bygger på att företagen på denna typ av marknad har en förhöjd medvetenhet om varandras närvaro på marknaden. Oligopolföretagen bevakar varandra och följer noga de relativt få konkurrenternas agerande på marknaden. Företagen är ofta väl medvetna om deras ömsesidiga beroende och att vad den ene gör får effekter också för de andra.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Bernitz, 2009, s. 52.

<sup>19</sup> Whish, s. 545f.

<sup>20</sup> Ibid, s. 546.

<sup>21</sup> Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, 3:e upplagan, Oxford University Press, 2008, s. 858.

<sup>22</sup> Bishop & Walker, s. 33.

<sup>23</sup> Jones & Sufrin, s. 872.

Det ömsesidiga beroendet kan exempelvis observeras om ett av företagen skulle sänka sitt pris i ett försök att öka sin marknadsandel och försäljning. Då detta kommer att attrahera de andra företagens kunder är dessa företag enligt teorin tvungna att matcha det lägre priset och på så sätt göra den initiala prissänkningen verkningslös. Resultatet blir då att företagen behåller sina respektive marknadsandelar, men eftersom det nya priset är lägre än innan förändringen kommer företagens vinster att bli lägre. På motsvarande sätt kan en oligopolist inte enskilt genomföra en prishöjning, eftersom företaget då riskerar att förlora en stor del av sin kundkrets till sina konkurrenter om dessa fortfarande säljer till det lägre priset. Dessa förhållanden leder till att priskonkurrensen mellan oligopolisterna kommer att vara obefintlig och att en icke-konkurrenspräglad stabilitet uppkommer på marknaden.<sup>24</sup>

Förutom att de enskilda oligopolföretagen är medvetna om sitt ömsesidiga beroende till de andra företagen, så är de även måna om att främja sitt egenintresse att maximera sin vinst. Företagen kan då inse, utan att ingå någon egentlig överenskommelse eller kommunicera med varandra, att det bästa för samtliga parter är att sätta sina respektive priser på en vinstmaximerande nivå. Företagen uppträder då som om en uttrycklig överenskommelse (om en gemensam, hög prisnivå) hade ingåtts. Detta fenomen kallas *tyst samordning*<sup>25</sup> och innebär att oligopolisterna agerar parallellt på marknaden och att priset på detta sätt hamnar på en högre nivå än vad som hade varit fallet på en marknad med fungerande priskonkurrens.<sup>26</sup>

På grund av den oligopolistiska marknadsstrukturen och det ömsesidiga beroendet är det, enligt teorin, inte nödvändigt för företagen att ingå en egentlig överenskommelse eller att kommunicera med varandra för att samordna sina priser. Tyst samordning uppkommer istället då företagen inser att om de konkurrerar mindre intensivt så kommer de att kunna göra större vinster, och att en prissänkning från ett företag bara skulle leda till att övriga företag svarade med en motsvarande sänkning av priset.<sup>27</sup>

Det nu beskrivna fenomenet att oligopolister genom tyst samordning, dvs. utan att kommunicera med varandra, kan driva upp och samordna priser har ifrågasatts. Det har hävdats, bland annat inom den så kallade Chicago-skolan, att för att företag med framgång ska lyckas samordna sina priser måste det till någon slags överenskommelse. Denna ståndpunkt får till följd att parallellt uppträdande, när det observeras på en marknad, är tillräckligt bevis för att företagen har haft någon sorts kontakt med varandra och att det är denna kontakt som orsakat det parallella beteendet. Denna kritik innebär

---

<sup>24</sup> Whish, s. 546.

<sup>25</sup> På engelska används för att beskriva detta fenomen termerna tacit collusion, tacit coordination, conscious parallelism samt coordinated effects. Se Whish, s. 544ff.

<sup>26</sup> Whish, s. 546f och Jones & Sufrin, s. 872.

<sup>27</sup> Ibid.

således något förenklat att ”monopolpriser” inte kan förväntas på oligopolmarknader i avsaknad av uttryckliga överenskommelser.<sup>28</sup>

Kritiken har dock inte fått konkurrensmyndigheter, varken inom EU eller i USA, att anse att tyst samordning inte kan existera. Däremot har den influerat den rådande uppfattningen att förekomsten av tyst samordning förutsätter att det finns en ”bestraffningsmekanism” för att upprätthålla samordningen. En sådan mekanism (exempelvis kapacitet att inleda ett priskrig) anses dock kunna existera även utan en överenskommelse. Förutom en bestraffningsmekanism krävs det att ytterligare förutsättningar är förhållandevis för att tyst samordning ska vara sannolik. Dessa förutsättningar kommer att behandlas nedan i avsnitt 2.4.<sup>29</sup>

## 2.3 Spelteori

Forskningen inom så kallad spelteori har hjälpt till att ytterligare förklara och förutsäga företags beteende på oligopolistiska marknader.<sup>30</sup> Det klassiska, grundläggande exemplet som brukar användas benämns ”Fångarnas dilemma”. Exemplet, som i dess ursprungliga form handlar om de två fångarnas dilemma huruvida de ska erkänna det begångna brottet eller förbli tysta, kan enkelt anpassas till situationen som två duopolister befinner sig i.<sup>31</sup>

De två företagen kommer att ställas inför ett val om de ska samarbeta (samordna sitt agerande med det andra företaget) eller om de istället ska välja att inte samarbeta (konkurrera med det andra företaget). Å ena sidan kommer företagen att inse möjligheten att gemensamt göra större vinster genom att samordna sitt agerande gällande priser och producerad kvantitet. Å andra sidan kommer de båda företagen var för sig att ha ett incitament att i hemlighet bryta ett inlett samarbete, vilket brukar benämnas att ”fuska”. Detta innebär att ett företag börjar sälja till ett lägre pris än det ”överenskomna” och ökar sin försäljning. Det fuskande företaget ökar då sin marknadsandel på det andra företags bekostnad och gör ännu större vinst än tidigare när företagen samordnade sitt agerande (tillämpade ett gemensamt, högt pris). Det finns således en intressekonflikt mellan det kollektiva och det enskilda intresset.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Monti, Giorgio, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, s. 310f, 334f och 344.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Jones & Sufrin, s. 860.

<sup>31</sup> Van den Bergh, Roger J. & Camesasca, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2:a upplagan, Sweet & Maxwell, 2006, s. 157f.

<sup>32</sup> Ibid.

De olika valmöjligheter som företagen ställs inför och dessas effekter på respektive företags vinst kan exemplifieras genom följande matris:<sup>33</sup>

|            |           | Företag B: |        |
|------------|-----------|------------|--------|
|            |           | Samarbeta  | Fuska  |
| Företag A: | Samarbeta | 20, 20     | 15, 22 |
|            | Fuska     | 22, 15     | 17, 17 |

Matrisen visar företagens val att antingen fortsätta att samordna agerandet (samarbeta) eller att i hemlighet bryta samordningen (fuska). Siffrorna exemplifierar respektive företags vinst vid de fyra olika utfallen; företag A:s vinst anges först och därefter företag B:s vinst. Av matrisen framgår att det kollektivt mest lönsamma är samordning, vilket ger en gemensam vinst på 40 (20+20). Om båda företagen istället fuskar, dvs. säljer till ett pris under det överenskomna blir den totala vinsten endast 34 (17+17). Om endast det ena företaget avviker från samordningen uppgår den gemensamma vinsten till 37 (22+15). Slutsatsen blir att på det kollektiva planet finns det ett starkt incitament att samordna marknadsuppträdandet och sälja till ett högt pris.<sup>34</sup>

Det framgår dock av exemplet att såväl företag A som företag B kan öka den egna vinsten genom att i hemlighet bryta samordningen, detta så länge det andra företaget inte känner till ”fusket” och således fortfarande tillämpar samordningsnivån på produktion och pris. Detta syns i matrisen genom att den individuella vinsten då blir 22, istället för 20 som den var under tiden samordningen varade. Vinstökningen sker på bekostnad av det andra företaget som fortfarande tror att samarbetet gäller; det företags vinst sjunker från 20 till 15.<sup>35</sup>

Efter denna redogörelse för de möjliga utfallen är nu frågan i vilket av utfallen företagen kommer att hamna i. Om man börjar med att se alternativen ur företag A:s perspektiv, och tar hänsyn till företag B:s möjliga agerande, gäller följande: Om företag B väljer att samarbeta är det bästa alternativet för företag A att fuska, eftersom 22 är mer än 20. Om företag B istället väljer att fuska är det bästa alternativet för företag A att också fuska, eftersom 17 är mer än 15. Företag A kommer således att välja strategin att fuska oavsett vilken strategi företag B väljer. Detta benämns dominant strategi inom spelteorin. Företag B kommer också att ha att fuska som dominant strategi eftersom vinstmatrisen är symmetrisk. Företagen hamnar alltså i utfallet att båda fuskar, dvs. säljer till ett lågt pris och konkurrerar med varandra. Spelets utfall och så kallade Nash-jämvikt blir alltså att företagen gör en total vinst uppgående till 34 och en individuell vinst om 17 vardera.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.

Det nu angivna utfallet, med priskonkurrens mellan företagen, gäller om spelet genomförs en gång, så kallat "one-shot game". Utfallet innebär att företagen konkurrerar om kortsiktiga vinster. På lång sikt är det dock mer fördelaktigt för båda företagen om de upprätthåller en gemensam, hög prisnivå (hamnar i utfallet (20, 20) istället för (17, 17)). Det finns alltså ett tydligt incitament att på lång sikt samordna agerandet företagen emellan, oavsett om detta sker genom en mer eller mindre uttrycklig överenskommelse (explicit collusion) eller om det sker genom så kallad tyst samordning (tacit collusion/coordination).<sup>37</sup> Tyst samordning innebär i det här fallet att de båda företagen omprövar sin situation självständigt, utan att träffas eller kommunicera, och kommer fram till att de båda tjänar på att ta ut ett högre pris.<sup>38</sup>

Inom spelteorin tas hänsyn till det långsiktiga perspektivet genom att man talar om så kallade upprepade spel. När företagen interagerar på marknaden över en lång tidsperiod kommer företagets val idag att ha framtida konsekvenser. Ett företag som överväger att avvika från den gemensamma hållningen, för att på så sätt erhålla ökad vinst på kort sikt, vet att dess agerande kan leda till att konkurrenterna svarar med en motsvarande eller större prissänkning när de märker att företaget avvikit från den gemensamma strategin. Konsekvensen av denna vetskap är att företaget, innan det bestämmer sig för att bryta samordningen, kommer att beakta den negativa inverkan det kan ha på dess långsiktiga vinstmöjligheter. Företaget tar således hänsyn till konkurrenternas förväntade reaktion på dess agerande och detta kan leda till att samordning av pris åstadkoms och upprätthålls.<sup>39</sup>

## 2.4 Förutsättningar för tyst samordning

### 2.4.1 Inledning

De föregående avsnitten har redogjort för teorin om oligopolisters ömsesidiga beroende, för begreppet tyst samordning och för grunderna i de insikter spelteorin har gett angående företags beteende på oligopolmarknader. Det är dock viktigt att återigen poängtera att marknader som kan betecknas som oligopolistiska inte per automatik leder till ett samordnat beteende företagen emellan; tvärtom så finns det oligopolmarknader där konkurrensen mellan företagen är intensiv.<sup>40</sup> Det går därför inte att dra några bestämda slutsatser genom att endast räkna antalet företag på marknaden.<sup>41</sup>

Det enkla spelteoretiska exemplet i föregående avsnitt visar dock att det finns ett långsiktigt incitament för företagen på en oligopolmarknad att

---

<sup>37</sup> Mezzanotte, Félix E., *Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error*, World Competition 33(1), 2010, s. 85f.

<sup>38</sup> Jones & Sufrin, s. 872.

<sup>39</sup> Mezzanotte, 2010, s. 86f.

<sup>40</sup> Jones & Sufrin, s. 871.

<sup>41</sup> Whish, s. 546.

samordna sitt agerande gällande i första hand pris eller producerad kvantitet. Ett sätt att göra det är givetvis som nämnts att ingå ett avtal eller annan uttrycklig överenskommelse (explicit collusion). Denna typ av kartellbildning är förbjuden enligt konkurrensrätten<sup>42</sup> och faller utanför ramen för denna uppsats. Av intresse för uppsatsen är däremot så kallad tyst samordning (tacit collusion/coordination) och nedan ska diskuteras förutsättningarna för att samordning av denna typ ska kunna komma till stånd.

Enligt modern oligopolteori är tyst samordning mellan företag sannolik när två grundläggande, kumulativa villkor är uppfyllda: (1) företagen har ett incitament att undvika att konkurrera med varandra och (2) de har förmågan att göra så, dvs. tyst samordning är möjlig.<sup>43</sup>

## 2.4.2 Incitament att undvika att konkurrera

Det första villkoret innebär att företagen måste ha gemensamma intressen för att en tyst överenskommelse ska kunna nås. Dessa gemensamma intressen kommer de att ha om deras startegiska mål är tillräckligt i linje med varandra. Det finns ett antal faktorer som särskilt gör att företagen kan ha gemensamma intressen och incitament. En är att några medlemmar av oligopolet har finansiella intressen i konkurrenter, vilket ibland kan innefatta korsvist ägande (strukturella band). Beslut av ett företag med finansiella intressen i ett konkurrentföretag kommer då även att ta hänsyn till det senare företaget och dess resultat.<sup>44</sup>

En annan faktor som medför att gemensamma intressen kan föreligga är att företagen är tillräckligt lika eller annorlunda uttryckt symmetriska. Samordning är mindre trolig om det på viktiga områden finns asymmetrier mellan konkurrenterna. Förhållanden som kan ge upphov till sådana asymmetrier inkluderar olika kostnadsstrukturer, olika stora marknadsandelar, att företagen konkurrerar med heterogena (differentierade) produkter och olika produktlinjer, samt olika tillväxtmöjligheter för företagen. En ytterligare viktig faktor är att det inte finns ett företag som agerar som så kallad ”maverick”, dvs. ett företag som vägrar att följa det som annars är konsensus i branschen och som exempelvis har en aggressiv strategi vad gäller prissättning och marknadsföring. Ett sådant företag kommer sannolikt att avvika från enighet och tysta överenskommelser och förhindrar således koordination på marknaden.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Enligt artikel 101 i EUF-fördraget.

<sup>43</sup> O'Donoghue, Robert & Padilla, A. Jorge, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, s. 139.

<sup>44</sup> Ibid, s. 139f.

<sup>45</sup> Ibid, s. 140f.

### 2.4.3 Tyst samordning möjlig

När det gäller det andra villkoret, att det ska vara möjligt att nå och upprätthålla en tyst överenskommelse, gör ett flertal faktorer sig gällande. Kostnaden för att åstadkomma tyst samordning måste vara relativt låg, vilket bland annat innebär att marknaden måste vara förhållandevis koncentrerad och stabil. Samordning är alltså mer trolig på marknader med hög koncentrationsgrad och där marknadsvillkoren är stabila, dvs. marknaden är inte alltför dynamisk och innovativ.<sup>46</sup>

Vidare måste oligopolisterna ha möjlighet att genomföra den tysta överenskommelsen gentemot sina kunder. Det höga priset måste vara möjligt att ta ut, utan att företagen tappar alltför många kunder. Tyst samordning är därför mindre sannolik när efterfrågan har en hög elasticitet, dvs. när en prishöjning kommer få till följd att konsumenterna efterfrågar från andra tillverkare istället eller att de i stor utsträckning minskar sin konsumtion av produkten i fråga (konsumenterna är priskänsliga). Sannolikheten för samordning minskar också om det finns faktiska eller potentiella konkurrenter (låga inträdes hinder) som inte deltar i det koordinerade beteendet och på så sätt kan motverka prisökningar. En ytterligare faktor som minskar möjligheten till tyst samordning är om det finns betydande makt på köparsidan.<sup>47</sup>

Slutligen är det viktigt för att den tysta samordningen ska kunna bestå att avvikelser från den är enkel att upptäcka och bestraffa; om så inte är fallet är tyst samordning osannolik. En prissänkning från ett företags sida måste vara möjlig att snabbt upptäcka och svara på med egna prissänkningar av de övriga företagen. Om avvikelser enkelt upptäcks och får till effekt att de andra företagen genomför motsvarande prissänkningar (ett priskrig) kommer det inte att finnas någon mening med att avvika. Den enda effekt som uppnås med en avvikelse är då att alla företagens marginaler blir mindre, medans marknadsandelarna i allt väsentligt förblir oförändrade.<sup>48</sup>

För att en avvikelse ska vara enkel att upptäcka och bestraffa måste en rad förutsättningar vara uppfyllda. För det första måste marknaden vara transparent så att avvikelserna kan upptäckas snabbt. Huruvida marknaden är transparent beror i sin tur på ett flertal olika faktorer: koncentrationsgrad (hög koncentration gör upptäckt lättare), pristransparens, priskomplexitet (exempelvis om företagen använder sig av många olika typer av rabattsystem är det svårt att överblicka om den tysta samordningen följs), efterfrågans stabilitet och graden av informationsutbyte mellan konkurrenterna (informationsutbyte om exempelvis pris kan underlätta upptäckt av avvikelser).<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Ibid, s. 141f.

<sup>47</sup> Ibid, s. 142f.

<sup>48</sup> Ibid, s. 143.

<sup>49</sup> Ibid, s. 144f.

Vad gäller bestraffningen så är det viktigt att den är trovärdig och tillräckligt hård. Den inkomstförlust som ett avvikande företag märker av genom bestraffningen måste vara tillräckligt stor för att avskräcka från avvikelser från den gemensamma prisnivån. Relevanta faktorer inkluderar efterfrågetillväxten (om efterfrågetillväxten är hög ökar bestraffningshotet i styrka eftersom den gör den framtida inkomstförlusten på grund av bestraffningen större), överkapacitet (bestraffningen kan bli hårdare i situationer med överkapacitet) och eventuell interaktion mellan företagen på flera olika marknader (vilket möjliggör bestraffning på en marknad för avvikelse på en annan).<sup>50</sup>

Sammanfattningsvis bör påpekas att den ekonomiska teori som nu har gått igenom identifierar de förhållanden och faktorer som gör tyst samordning sannolik; förekomsten av vissa faktorer pekar mot tyst samordning, medan förekomsten av andra pekar i motsatt riktning. Den ekonomiska teorin kan dock inte med precision avgöra när tyst samordning verkligen existerar.<sup>51</sup>

## 2.5 EU:s konkurrensrätt, oligopol och tyst samordning

De senaste avsnitten har behandlat de konkurrensproblem som enligt den ekonomiska teorin kan finnas på oligopolmarknader och då särskilt problemet med tyst samordning. Med denna teori som bakgrund är frågan vad EU:s konkurrensrätt har att erbjuda som motmedel. Marknadsstrukturen är enligt vad som har beskrivits ovan avgörande för att tyst samordning ska vara möjlig. När koncentrationsgraden på en marknad ökar, så ökar även risken för tyst samordning. En lösning är därför att försöka förhindra att marknaden från första början får en struktur som gör samordnat agerande möjligt eller till och med troligt. Detta är också något som sker när tilltänkta företagsförvärv undersöks av EU-kommissionen.<sup>52</sup>

Ett annat sätt att i preventivt syfte motverka tyst samordning är att tillämpa artikel 101 i EUF-fördraget för att förhindra olika typer av informationsutbyten mellan oligopolföretag och andra så kallade ”facilitating practices”, vilka gör marknaden mer transparent och därmed ökar risken för tyst samordning.<sup>53</sup>

Dessa typer av förebyggande åtgärder är dock av föga nytta om marknaden redan kännetecknas av hög koncentration och hög transparens. Frågan är vilka möjligheter det finns att agera på marknader där tyst samordning eventuellt redan äger rum. En typ av åtgärd som har debatterats genom åren är att ge behöriga myndigheter befogenhet att kräva att dominerande oligopol bryts upp. Eftersom tyst samordning härrör från marknadens struktur är tanken att om man bryter upp strukturen så omöjliggörs

---

<sup>50</sup> Ibid, s. 145.

<sup>51</sup> Ibid, s. 146.

<sup>52</sup> Whish, s. 550f och Jones & Sufrin, s. 873.

<sup>53</sup> Whish, s. 551 och Jones & Sufrin, s. 873.



samordningen. Denna typ av uppbyggnad av företag och marknader anses vara en mycket ingripande och kontroversiell åtgärd att vidta.<sup>54</sup>

Inom EU:s konkurrensrätt finns dock sedan 2004 en, i vart fall teoretisk, möjlighet att vidta strukturella åtgärder, men endast efter att något av förbuden i artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget har överträtts. Åtgärden måste vara proportionerlig och nödvändig, dessutom krävs det att det inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd eller att en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara mer betungande än den strukturella åtgärden.<sup>55</sup>

Ett annat angreppssätt är att se tyst samordning som ett beteendemässigt problem (istället för att endast fokusera på marknadens struktur), vilket medför att kontroll är nödvändig för att förhindra att oligopolister agerar på ett sätt som är konkurrensbegränsande. Om oligopolföretag genom avtal eller samordnat förfarande (i artikel 101:s mening) koordinerar sitt agerande på marknaden finns det givetvis inget som hindrar att de, precis som företag på mindre koncentrerade marknader, anses ha överträtt artikel 101.<sup>56</sup>

Av stor betydelse på just oligopolmarknader är dock frågan huruvida tyst samordning och parallellt marknadsbeteende kan anses utgöra ett samordnat förfarande i lagens mening.<sup>57</sup> Effekterna av tyst samordning är ju liknande de effekter som uppkommer vid uttrycklig samordning och oligopolisternas beslut tas som bekant inte helt och hållet självständigt, utan med beaktande av konkurrenternas förväntade reaktion.<sup>58</sup> Frågan om oligopolisters parallella uppträdande ska anses som ett samordnat förfarande är alltså relevant och kommer att analyseras närmare i nästa kapitel av uppsatsen.

En annan möjlighet är att problemet med tyst samordning och oligopolisters parallella marknadsuppträdande kan stävjas inom ramen för artikel 102 som förbjuder *ett eller flera* företags missbruk av en dominerande ställning. Detta är ett spörsmål som har fått och fortfarande får stort utrymme i den konkurrensrättsliga doktrinen och som även har behandlats av EU-domstolarna vid ett flertal tillfällen. Den fortsatta framställningen kommer därför i huvudsak att behandla rättsläget och rättsutvecklingen gällande så kallad kollektiv dominans och missbruk av en kollektiv dominerande ställning.

---

<sup>54</sup> Jones & Sufrin, s. 874.

<sup>55</sup> Ibid och Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1/1, 4.1.2003, artikel 7.

<sup>56</sup> Whish, s. 551.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Jones & Sufrin, s. 874.

# 3 Artikel 101 och oligopolisters parallella uppträdande

## 3.1 Samordnat förfarande

Artikel 101 i EUF-fördraget förbjuder inte bara avtal som ”kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden”, utan även så kallade *samordnade förfaranden* (och beslut av företagssammanslutningar) som har det sagda syftet eller resultatet.<sup>59</sup> Genom att även samordnade förfaranden inkluderas utvidgas förbudets räckvidd väsentligt. Det innebär att också mer lösa former av samverkan kan vara olagliga. Detta har, eftersom företag sällan sluter formliga kartellavtal, ansetts nödvändigt för att förbudet ska få avsedd effekt. Uttryckliga avtal utgör mycket god bevisning i konkurrensmyndigheters händer och således sker samverkan mellan företag ofta i mer dolda och vaga former.<sup>60</sup>

Förbudet i artikel 101 gäller på samma sätt oavsett om företagens samverkan skett inom ramen för ett avtal eller genom ett samordnat förfarande. Distinktionen mellan å ena sidan avtal och å andra sidan samordnat förfarande är därmed inte avgörande. Den konkurrensrättsligt avgörande skiljelinjen är istället var yttergränsen för ett samordnat förfarande går.<sup>61</sup>

Begreppet samordnat förfarande kan något förenklat definieras med att ”två eller flera företag tillämpar ett visst förfarande i samförstånd utan att det föreligger något avtal mellan dem”.<sup>62</sup> EG-domstolen har i ett antal avgöranden närmare preciserat vad som menas med samordnat förfarande. I målet *Dyestuffs* uttalade domstolen att ett samordnat förfarande innebär ”en form av samordning mellan företag som utan att det har lett fram till att det ingåtts ett egentligt avtal medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete”.<sup>63</sup>

Domstolen har vidare fastslagit att ett samordnat förfarande föreligger om direkta eller indirekta kontakter, som kan medföra påverkan på en faktisk eller potentiell konkurrens beteende på marknaden, har förekommit mellan företagen. Samordnat förfarande är också förhanden om ett företag för en sådan konkurrent avslöjar det beteende det har beslutat eller överväger att själv tillämpa på marknaden. Det nu sagda gäller enligt domstolen när

---

<sup>59</sup> Artikel 101 återges i sin helhet i bilagan i slutet av uppsatsen.

<sup>60</sup> Bernitz, 2009, s. 102.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Mål 48/69, ICI mot kommissionen, REG 1972 s. 619, p. 64.

kontakterna syftar till eller resulterar i konkurrensvillkor som inte motsvarar de på marknaden i fråga normala.<sup>64</sup>

Av EG-domstolens rättspraxis följer således att det måste råda ett slags mentalt konsensus varigenom konkurrens medvetet ersätts av praktiskt samarbete. Samförståndet behöver dock inte nås verbalt och det kan uppnås genom direkt eller indirekt kontakt mellan parterna.<sup>65</sup>

### **3.2 Förhållandet till parallellt uppträdande och tyst samordning**

I det föregående kapitlet redogjordes för hur det på oligopolistiska marknader kan förekomma ett medvetet parallellt marknadsbeteende. Det fåtal företag som är verksamma på en sådan marknad kan då, på grund av marknadens särskilda karakteristika, uppträda parallellt och utvinna fördelar av sin kollektiva marknadsmakt, utan att de nödvändigtvis behöver ingå någon överenskommelse som reglerar deras uppträdande. Detta fenomen kallas som tidigare nämnts tyst samordning.<sup>66</sup>

Begreppet tyst samordning innebär givetvis att något avtal i artikel 101:s mening inte föreligger. Det är dock inte lika självklart hur tyst samordning och parallellt uppträdande förhåller sig till samordnat förfarande. Frågan är om rekvisitet samordnat förfarande är tillräckligt brett för att innefatta tyst samordning, eftersom sådan samordning kan sägas innebära att företagen trots allt inte uppträder helt självständigt, i den bemärkelsen att de bestämmer sin respektive strategi genom att konkurrenternas sannolika reaktion tas i beaktande.<sup>67</sup>

EG-domstolen har uttalat att kriterierna för samordning och samarbete ska förstås mot bakgrund av EU:s konkurrensrätts grundtanke att varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma sin affärspolicy på marknaden. Det finns således ett självständighetskrav, men detta krav utesluter inte ”att aktörerna har rätt att rationellt anpassa sig till sina konkurrenters konstaterade eller förväntade beteende”.<sup>68</sup> Domstolens uttalande innebär således att ett företag är fritt att ta en konkurrents förväntade reaktion i beaktande när det utformar sin egen marknadspolicy. I det tidigare nämnda *Dyestuffs-målet* konstaterade domstolen vidare att ”ett parallellt uppträdande inte i sig kan likställas med ett samordnat förfarande”.<sup>69</sup>

Parallellt uppträdande och så kallad tyst samordning är alltså inte i sig förbjudet under artikel 101. Förekomsten av ett samordnat förfarande är

---

<sup>64</sup> Mål C-199/92 P, Hüls AG mot kommissionen, REG 1999 s. I-4287, p.160.

<sup>65</sup> Whish, s. 105.

<sup>66</sup> Ibid, s. 544.

<sup>67</sup> Jones & Sufrin, s. 911.

<sup>68</sup> Mål C-199/92 P, p. 159-160.

<sup>69</sup> Mål 48/69, p. 66.

dock i stor utsträckning en bevisfråga<sup>70</sup> och bevisbördan åvilar kommissionen eller annan part som gör gällande att ett samordnat förfarande föreligger.<sup>71</sup> För en utomstående betraktare kan ett parallellt uppträdande inte särskiljas från ett samordnat förfarande, eftersom företagen i båda fallen uppträder på ett likartat sätt. Skillnaden ligger i att det samordnade förfarandet förutsätter att det förekommit någon typ av kontakt, direkt eller indirekt, mellan företagen.<sup>72</sup> Ett problem som försvårar för kommissionen eller annan som söker bevisa ett samordnat förfarande är att företag som medverkar i en kartell kan vara beredda att gå långt för att förstöra bevisning om möten, e-mejl, fax och annan korrespondens som har förekommit.<sup>73</sup> En avgörande fråga är därför i vad mån förekomsten av ett samordnat förfarande kan bevisas enbart medelst utåt observerbara fakta om företagens faktiska, parallella uppträdande, exempelvis ungefär samtidigt vidtagna prishöjningar.<sup>74</sup>

I det ovan nämnda *Dyestuffs-målet* uttalade EG-domstolen att parallellt uppträdande, efter att först ha konstaterat att det inte i sig kan likställas med samordnat förfarande, kan utgöra ett starkt indicium för att ett samordnat förfarande föreligger. Detta gällde enligt domstolen då det parallella uppträdandet ”med hänsyn till varornas beskaffenhet, företagens storlek och antal samt omfattningen av marknaden i fråga, leder till konkurrensvillkor som inte överensstämmer med de normala villkoren för marknaden i fråga”.<sup>75</sup> Vid bedömningen om huruvida samordnat förfarande förelåg skulle enligt domstolen de indicier som åberopats av kommissionen ”inte ses isolerade utan beaktas i sin helhet med hänsyn till det kännetecknande för marknaden för produkterna i fråga”.<sup>76</sup>

I målet hävdade färgämnesproducenterna att skälet till att de hade agerat på ett likartat sätt var marknads oligopolistiska struktur. EG-domstolen avvisade detta påstående eftersom marknaden, med hänsyn till antalet producenter, inte kunde betraktas som ett oligopol i strikt mening. Istället var marknads beskaffenhet (80 procent av marknaden behärskades av ett tiotal företag) sådan att man kunde förvänta sig att priskonkurrens skulle råda.<sup>77</sup> EG-domstolen ansåg att det inte var troligt att de enhetliga och simultana prishöjningarna (inom 2-3 dagar), på de olika avgränsade nationella marknaderna kunde ha skett spontant utan föregående samråd.<sup>78</sup> Domstolen ansåg bland annat på grund av det nu anförda att ett samordnat förfarande förelåg.<sup>79</sup>

---

<sup>70</sup> Bernitz, 2009, s. 104.

<sup>71</sup> Rådets förordning nr 1/2003, artikel 2.

<sup>72</sup> Wetter, Carl, Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt – en kommentar*, 4:e upplagan, Thomson Reuters, 2009, s. 157.

<sup>73</sup> Whish, s. 104.

<sup>74</sup> Bernitz, 2009, s. 104.

<sup>75</sup> Mål 48/69, p. 66.

<sup>76</sup> Ibid, p. 68.

<sup>77</sup> Ibid, p. 57, 69 och 105-106.

<sup>78</sup> Ibid, p.107-110.

<sup>79</sup> Ibid, p. 119.

I *Dyestuffs* hade alltså producenterna ingen framgång med sitt påstående att det var marknadens oligopolistiska struktur som hade lett till de parallella prishöjningarna. EG-domstolen ansåg inte att marknaden var av en sådan typ, att den möjliggjorde att det utåt observerbara parallella uppträdandet lät sig förklaras med att varje aktör självständigt hade beslutat sitt agerande utifrån de rådande marknadsförhållandena. Att detta slags argumentation kan utgöra ett accepterat försvar mot en anklagelse om samordnat förfarande framgår dock tydligt i domstolens avgörande i målet *Wood Pulp II*.<sup>80</sup>

Målet gällde ett påstått prissamarbete mellan pappersmasseproducenter i olika länder. Kommissionen saknade dokument som direkt kunde bevisa att samordning hade ägt rum. Domstolen tvingades istället bedöma producenternas system med kvartalsvisa prisaviseringar; priserna hade aviserats i stort sett samtidigt och det fanns en parallellism mellan de aviserade priserna. Med avseende på denna bedömning uttalade domstolen att ”ett parallellt beteende endast kan anses som bevis på samordning, om samordningen är den enda rimliga förklaringen till ett sådant beteende”. EG-domstolen fortsatte med att påpeka att förbudet i artikel 101 inte utesluter rätten för företag att på ett intelligent sätt anpassa sig till konkurrenternas konstaterade eller förväntade beteende.<sup>81</sup>

Med det nu sagda i åtanke konstaterade domstolen att det i målet var nödvändigt att ”pröva om det av kommissionen påstådda parallella beteendet, med hänsyn till produkternas art, företagets storlek och antal samt marknadsvolymen inte kan förklaras på annat sätt än genom samordning”.<sup>82</sup>

För att kunna bedöma pappersmassemarknaden och bevisningen i målet beställde domstolen två oberoende rapporter från ekonomiska experter. Med beaktande av expertutlåtandena konstaterade domstolen att systemet med prisaviseringar kunde anses som en rationell reaktion på att marknaden i fråga var en långsiktig marknad och det behov som fanns för både köpare och säljare att minska sin risk. Vidare kunde överensstämmelsen i tid för prisaviseringarna anses som en direkt följd av marknadens höga grad av transparens, vilken inte behövde betecknas som konstlad. Slutligen menade domstolen att prisparallellismen och prisutvecklingen kunde förklaras på ett tillfredsställande sätt av bland annat marknadens oligopolistiska tendenser. Domstolens slutsats av det anförda var att samordning inte kunde sägas vara den enda rimliga förklaringen till det parallella uppträdandet. Det parallella beteendet kunde därför inte utgöra bevis på samordning.<sup>83</sup>

Sammanfattningsvis gällande parallellt uppträdande på oligopolistiska marknader kan ett par saker konstateras. För det första är parallellt marknadsuppträdande i sig inte förbjudet av artikel 101. För det andra är det klart att även om parallellt uppträdande kan vara ett indicium för ett

---

<sup>80</sup> Mål 89/85 m.fl., Åhlström Oy m.fl. mot kommissionen, REG 1993 s. I-1307.

<sup>81</sup> Ibid, p. 70-71.

<sup>82</sup> Ibid, p. 72.

<sup>83</sup> Ibid, p. 75 och 126.

samordnat förfarande (eller ett avtal), så är det inte ett tillräckligt bevis om det finns någon annan rimlig förklaring än samordning till det parallella beteendet. En sådan annan rimlig förklaring kan, vilket framgår av *Wood Pulp II*, utgöras av marknadsstrukturen. Särskilt relevant för analysen av marknaden är antalet företag som verkar på marknaden, produktens homogenitet och marknads transparens. *Wood Pulp II* visar även att förklaringar också kan finnas på andra marknader än sådana som kan klassificeras som begränsade oligopol.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Jones & Sufrin, s. 915f.

# 4 Artikel 102 och kollektiv dominans

## 4.1 Inledning

Det föregående kapitlet klargjorde att förbudet i artikel 101 mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden inte omfattar så kallad tyst samordning, dvs. medvetet parallellt uppträdande inom ett oligopol, utan föregående kontakt mellan företagen, förbjuds inte av bestämmelsen. Kapitlet redogjorde även för att ett samordnat förfarande inte låter sig bevisas av parallellt uppträdande om det finns en rimlig alternativ förklaring, exempelvis marknadens oligopolistiska struktur och det ömsesidiga beroendet som finns mellan företagen. Artikel 101 är således inte till mycket hjälp om man vill bekämpa tyst samordning och en illa fungerande priskonkurrens på en oligopolmarknad; saknas annan bevisning på uttrycklig samordning hjälper det inte att peka på ett parallellt uppträdande.<sup>85</sup>

Med tanke på artikel 101:s tillkortakommanden i detta avseende, inställer sig frågan om och i så fall hur artikel 102 kan användas för att kontrollera oligopolisters beteende. Detta kapitel behandlar begreppet kollektiv dominans och vilka kriterier som måste vara uppfyllda för att två eller flera företag ska kunna inneha en kollektiv dominerande ställning. Särskilt kommer det att redogöras för om tyst samordning och parallellt uppträdande på en oligopolmarknad innefattas i begreppet kollektiv dominans. Först ska dock huvuddragen i artikel 102 beskrivas och något sägas om individuell dominans och missbruk därav.

## 4.2 Allmänt om artikel 102 och missbruk av individuell dominans

### 4.2.1 Allmänt

Artikel 102 fastslår att "[e]tt eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden och förbudet".<sup>86</sup> Bestämmelsen riktar sig, i motsats till artikel 101, mot konkurrensbegränsande agerande som tillämpas ensidigt av ett företag eller en grupp av företag.<sup>87</sup> Av stadgandets ordalydelse framgår att innehav av en dominerande ställning inte i sig är förbudet, utan att det är missbruk av en sådan ställning som föranleder att artikeln kan tillämpas.

---

<sup>85</sup> Se ovan kapitel 3.

<sup>86</sup> Artikel 102 återges i sin helhet i bilagan i slutet av uppsatsen.

<sup>87</sup> Bernitz, 2009, s. 152.

Artikel 102 innehåller även en lista på beteenden som kan utgöra missbruk; listan är dock inte uttömmande utan endast exemplifierande.<sup>88</sup>

För att artikel 102 ska vara tillämplig krävs det dels att den dominerande ställningen omfattar den inre marknaden eller en väsentlig del av denna (väsentlighetskravet), dels att handeln mellan medlemsstater kan påverkas, dvs. att det så kallade samhandelskriteriet<sup>89</sup> är uppfyllt. När det gäller väsentlighetskravet är det avgörande alltså vad som anses utgöra en väsentlig del av den inre marknaden. Kravet innebär att tillämpligheten av artikel 102 begränsas på ett sätt som liknar den *de minimis*-princip som begränsar artikel 101:s räckvidd. Bedömningen är inte endast geografisk utan omfattar också förhållandena på produktmarknaden som berörs. Enligt rättspraxis kan inte bara medlemsstater utgöra en väsentlig del av den inre marknaden, utan även delar av medlemsstater och enskilda hamnar och flygplatser.<sup>90</sup> Det bör dock påpekas att nationell konkurrenslagstiftning kan vara tillämplig i situationer där artikel 102 inte går att tillämpa.<sup>91</sup>

## 4.2.2 Dominansbedömningen

För att kunna avgöra om ett företag (eller flera företag) innehar en dominerande ställning är det centralt att först bestämma den relevanta marknaden; såväl den relevanta produktmarknaden som den relevanta geografiska marknaden måste bestämmas. Marknadsavgränsningen är mycket betydelsefull eftersom ett företag som är relativt litet på en vitt bestämd marknad, och därmed inte kan anses vara dominerande på den marknaden, mycket väl kan anses inneha en dominerande ställning på en snävt bestämd marknad. Inom konkurrensrätten tillämpas normalt ganska snäva marknadsbestämningar, vilket leder till att betydligt fler företag kan anses vara dominerande än vad som annars hade varit fallet.<sup>92</sup>

När den relevanta marknaden har bestämts kan man bedöma om det undersökta företaget innehar en dominerande ställning på denna marknad. EG-domstolen har i *United Brands* uttalat att en dominerande ställning kännetecknas av en situation där ”ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter”.<sup>93</sup> Definitionen utesluter inte att viss konkurrens förekommer på marknaden, men kan sägas innebära att det

---

<sup>88</sup> Wetter m.fl., s. 551.

<sup>89</sup> Samhandelskriteriet behandlas inte närmare i denna uppsats.

<sup>90</sup> Wetter m.fl., s. 552ff.

<sup>91</sup> Den svenska motsvarigheten till artikel 102 återfinns i 2 kap. 7 § i konkurrenslagen. Bestämmelsen saknar både samhandelsrekvisit och väsentlighetskrav och kan därför vara tillämplig på exempelvis ett lokalt monopol. Se Bernitz, 2009, s. 153f.

<sup>92</sup> Bernitz, 2009, s. 156. Frågan om hur den relevanta marknaden avgränsas omfattas inte av denna uppsats.

<sup>93</sup> Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen*, REG 1978 s. 207, p. 65.



dominerande företaget har ett sådant marknadsinflytande att dess handlande inte begränsas av fungerande marknadskrafter.<sup>94</sup>

För att fastställa om ett företag uppfyller den nyssnämnda definitionen av en dominerande ställning krävs det att man gör en helhetsbedömning av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet. Ett flertal faktorer avgör i kombination med varandra om dominans föreligger. Normalt sett är den mest betydelsefulla omständigheten företagets marknadsandel på den relevanta marknaden.<sup>95</sup> Desto större marknadsandel ett företag har, desto större risk löper det att anses vara dominerande. I målet *AKZO mot kommissionen*<sup>96</sup> fastslog EG-domstolen att det föreligger en presumtion för dominans då marknadsandelen är 50 procent eller mer, så vida inte exceptionella omständigheter pekar i motsatt riktning. Företaget bär då bevisbördan för att visa att det inte är dominerande.<sup>97</sup>

Företag med en marknadsandel under 50 procent kan dock också anses vara dominerande. I det ovan nämnda *United Brands* ansågs dominans vara förhanden då marknadsandelen låg i intervallet 40 till 45 procent. Marknadsandelen ensamt räckte dock inte i det fallet utan andra faktorer var betydelsefulla.<sup>98</sup> Kommissionen har nyligen uttalat att det inte är troligt att en dominerande ställning föreligger om marknadsandelen är under 40 procent, utan att för den skull utesluta möjligheten i specifika fall.<sup>99</sup>

Det är dock inte endast företagets egna absoluta marknadsandel som är relevant utan även dess relativa marknadsandel, dvs. dess egen marknadsandel i förhållande till de största konkurrenternas dito. Desto mindre konkurrenternas marknadsandelar är, desto större är risken att det största företaget anses vara dominant. På en oligopolistisk marknad där några få företag samtliga har stora marknadsandelar kommer det vara svårt att hävda att något av dessa företag ensamt är dominerande; en annan sak, som utförligt kommer att diskuteras nedan i avsnitt 4.3, är att det på en sådan marknad istället finns en möjlighet att företagen gemensamt kan anses inneha en kollektiv dominerande ställning.<sup>100</sup>

Förutom företagens marknadsandelar har kommissionen angett två ytterligare faktorer som särskilt betydelsefulla för bedömningen om ett företag innehar en dominerande ställning. Dessa är konkurrenstrycket från hotet om att de faktiska konkurrenterna kan komma att expandera eller att potentiella konkurrenter kan komma att träda in på marknaden, samt motverkande köparmakt hos företagets kunder.<sup>101</sup>

---

<sup>94</sup> Wetter m.fl., s. 555f.

<sup>95</sup> Ibid, s. 558f.

<sup>96</sup> Mål C-62/86, *AKZO mot kommissionen*, REG 1991 s. I-3359.

<sup>97</sup> Whish, s. 176f.

<sup>98</sup> Ibid, s. 177.

<sup>99</sup> Kommissionens riktlinjer för missbruksbedömning (se ovan fotnot 6), p. 14.

<sup>100</sup> Wetter m.fl., s. 561f och Whish, s. 178.

<sup>101</sup> Kommissionens riktlinjer för missbruksbedömning (se ovan fotnot 6), p. 12.

När det gäller hotet om expansion från en befintlig aktör eller marknadsinträde av en ny aktör, dvs. potentiell konkurrens, är det avgörande om det finns några inträdes- och expansionshinder av betydelse. Om inträdeshinderna är låga kan potentiella konkurrenter träda in på marknaden och faktiska konkurrenter kan expandera sin produktion, vilket minskar handlingsfriheten och därmed marknadsinflytandet för ett redan etablerat företag. Om hoten om expansion och inträde ska vara reella och ha en begränsande effekt på ett etablerat företags handlande krävs dock att expansion och/eller inträde kan ske inom en begränsad tidsperiod och inte vara alltför småskalig. Med inträdeshinder avses främst omständigheter som har en avhållande effekt på viljan eller en negativ inverkan på förutsättningarna att expandera eller inträda på en marknad. Inträdeshinder kan vara av många olika typer, exempelvis legala (offentliga regleringar), olika typer av kostnader, tillgång till distributionskanaler och förekomsten av långfristiga avtal på marknaden.<sup>102</sup>

Den tredje viktiga faktorn är som nämnts motverkande köparmakt. På en del marknader kan förhandlingssituationen mellan en leverantör och dennes kunder vara så balanserad att leverantören inte kan anses vara dominerande, oaktat dennes mycket starka ställning relativt sina konkurrenter.<sup>103</sup> Motverkande köparmakt kan följa av kundernas storlek eller kommersiella betydelse och en förmåga att snabbt byta till andra leverantörer, att hjälpa nya företag att inträda på marknaden eller att integreras vertikalt.<sup>104</sup> Det krävs alltså att kunderna har ett reellt alternativ utifall att leverantören agerar på ett sätt som strider mot deras intressen.<sup>105</sup>

Utöver de nu nämnda faktorerna kan även andra faktorer ha betydelse för dominansbedömningen. Bland dessa märks ett företags finansiella styrka, om det har ett teknologiskt eller kunskapsmässigt övertag, omfattningen av eventuell vertikal integration, om företaget innehar en stark ställning även på näraliggande marknader och marknads utvecklingsfas (sannolikheten att dominans föreligger ökar på mogna marknader).<sup>106</sup>

### 4.2.3 Missbruk

Det har redan sagts ovan, men tål att upprepas: att inneha en dominerande ställning är inte förbjudet, det är missbruk av en sådan ställning som artikel 102 riktar sig emot. Däremot har EG-domstolen slagit fast att ett dominerande företag har ett *särskilt ansvar* att inte genom sitt agerande skada konkurrensen.<sup>107</sup> På sätt och vis är dominerande företags särskilda ansvar en självklarhet eftersom själva existensen av artikel 102 medför vissa ytterligare förpliktelser för dominanta företag, vilka inte gäller för icke-dominerande företag. Ett dominerande företags ansvar blir dessutom än

---

<sup>102</sup> Wetter m.fl., s. 563f.

<sup>103</sup> Ibid, s. 566f.

<sup>104</sup> Kommissionens riktlinjer för missbruksbedömning (se ovan fotnot 6), p. 18.

<sup>105</sup> Wetter m.fl., s. 566.

<sup>106</sup> Ibid, s. 559ff.

<sup>107</sup> Mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983 s. 3461, p. 57.

större om det inte endast är dominerande, utan innehar en monopolliknande position och är så kallad superdominant. Ett superdominant företags extra ansvar innebär att det löper större risk än ett ”normalt” dominerande företag att anses ha missbrukat sin position.<sup>108</sup>

Det saknas en allomfattande definition av den exakta innebörden av begreppet missbruk.<sup>109</sup> I sin dom i målet *Hoffmann-La Roche*, gällande så kallat exkluderande missbruk, uttalade EG-domstolen dock följande: ”Missbruksbegreppet är ett objektiva begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företags existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas.”<sup>110</sup>

Missbruk av en dominerande ställning brukar delas in i två huvudkategorier. Den ena typen benämns *exkluderande eller utestängande missbruk* och innebär att det dominerande företaget använder sin marknadsstyrka till att försvåra konkurrenssituationen för andra företag. Den andra typen betecknas *exploaterande missbruk* och innebär att dominanten särskilt utnyttjar sin dominerande marknadsställning till sin egen fördel.<sup>111</sup> Begreppet missbruk omfattar således både förfaranden som indirekt kan skada kunderna eller konsumenterna genom påverkan på strukturen för en effektiv konkurrens och förfaranden som direkt kan skada dem.<sup>112</sup>

När det gäller de enskilda formerna av missbruk ska sägas att det finns ett stort antal olika förfaranden som kan utgöra missbruk när ett dominerande företag vidtar dem. Den lista med exempel som återfinns i artikel 102 är som tidigare nämnts inte uttömmande. Det faller utanför ramen för denna uppsats att i detalj behandla de olika typerna av missbruk av marknadsdominans och här ska således endast några viktiga former nämnas. Både överprissättning och underprissättning (*predatory pricing*) kan utgöra missbruk; vidare kan så kallat kopplingsförbehåll, tillämpande av exklusivbestämmelser och avskärmning, säljvägran, att ej tillhandahålla nödvändiga nyttigheter (*essential facilities*) samt diskriminering av vissa handelspartner också utgöra missbruk av en dominerande ställning.<sup>113</sup>

Avslutningsvis ska nämnas att ett dominerande företag som misstänks missbruka sin ställning kan hävda att det finns objektiva godtagbara skäl för beteendet. Om företaget vinner acceptans för sitt påstående innebär det att

---

<sup>108</sup> Whish, s. 183ff. Observera att uttrycket ”superdominans” inte har använts av EU-domstolarna eller kommissionen.

<sup>109</sup> Ibid, s. 193f.

<sup>110</sup> Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG* mot kommissionen, REG 1979 s. 461, p. 91.

<sup>111</sup> Bernitz, 2009, s. 162.

<sup>112</sup> Wetter m.fl., s. 571.

<sup>113</sup> Bernitz, 2009, s. 163ff.

det inte är fråga om missbruk i artikel 102:s mening.<sup>114</sup> Enligt kommissionen kan ett dominerande företag även hävda att dess beteende är berättigat på grund av att det leder till betydande effektivitetsvinster, vilka uppväger eventuella konkurrenshämmande effekter för konsumenterna. Konsumenterna får inte lida någon nettoskada och det dominerande företaget måste visa att en rad villkor är uppfyllda för att kunna vinna framgång med detta försvar.<sup>115</sup>

## 4.3 Kollektiv dominans

### 4.3.1 Bakgrund

Det rådde tidigare osäkerhet om artikel 102 var tillämplig på en dominerande ställning kollektivt innehavd av två eller flera juridiskt och ekonomiskt fristående företag. Enligt sin ordalydelse förbjuder artikeln *ett eller flera företags* missbruk av en dominerande ställning, något som onekligen kan tyda på att även så kallad kollektiv dominans<sup>116</sup> avses.<sup>117</sup>

En uppfattning var dock att hänvisningen till mer än ett företag endast innebar att den marknadsmakt och det beteende som var hänförligt till flera olika bolag inom samma koncern kunde sammanläggas vid tillämpningen av artikel 102. Enligt denna uppfattning kunde således en kollektiv dominerande ställning inte innehas av fristående företag som inte ingick i samma koncern eller företagsgrupp. Problemet med denna tolkning är dock att bolag som ingår i samma koncern behandlas som ett enda företag i konkurrensrättsligt hänseende. Detta följer av den så kallade ekonomiska enhetens princip och den nu angivna uppfattningen förklarar därför inte på ett tillfredsställande sätt vad som menas i artikel 102 med missbruk av mer än ett företag.<sup>118</sup>

Den andra uppfattningen var att hänvisningen i artikel 102 till mer än ett företag hade den vidare meningen att juridiskt och ekonomiskt självständiga företag tillsammans kunde inneha en kollektiv dominerande ställning.<sup>119</sup>

Denna tolkning skulle visa sig vara den riktiga då den bekräftades av Förstainstansrätten i målet *Italian Flat Glass (Planglas-målet)*.<sup>120</sup>

Avgörandet redovisas i nästa avsnitt.

---

<sup>114</sup> Wetter m.fl., s. 574.

<sup>115</sup> Kommissionens riktlinjer för missbruksbedömning (se ovan fotnot 6), p. 28 och 30.

<sup>116</sup> Uttrycken gemensam dominans och oligopolistisk dominans används i samma betydelse som uttrycket kollektiv dominans. De engelska termerna är joint dominance, oligopolistic dominance respektive collective dominance. Se Whish, s. 556.

<sup>117</sup> Whish, s. 557.

<sup>118</sup> Ibid, s. 558.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Mål T-68/89 m.fl., Società Italiana Vetro SpA mot kommissionen, REG 1992 s. II-1403.

## 4.3.2 Konceptet kollektiv dominans bekräftas

### 4.3.2.1 Italian Flat Glass

Kommissionen hade i ett beslut funnit att tre italienska tillverkare av planglas hade brutit mot förbuden i såväl artikel 101 som artikel 102. Gällande artikel 102 ansåg kommissionen att de tre företagen hade missbrukat sin kollektiva dominerande ställning. Beslutet överklagades och ställdes under Förstainstansrättens prövning.<sup>121</sup>

Förstainstansrätten upphävde i sin dom från 1992 kommissionens beslut avseende att en kollektiv dominerande ställning hade missbrukats. Domstolen ansåg att det inte var tillräckligt att, som kommissionen hade gjort, återanvända de omständigheter som utgjorde en överträdelse av artikel 101 för att bevisa en överträdelse av artikel 102.<sup>122</sup>

Kommissionens beslut gällande missbruk av kollektiv dominans upphävdes alltså, men Förstainstansrätten gjorde i målet ett principiellt viktigt uttalande avseende möjligheten att en kollektiv dominerande ställning kan innehas av flera från varandra oberoende företag. Domstolen konstaterade först att när det i artikel 101 talas om avtal och samordnade förfaranden mellan ”företag”, så menas förbindelser mellan två eller flera ekonomiska enheter som är kapabla att konkurrera med varandra och att det inte finns någon anledning till att begreppet företag skulle ha en annan innebörd i artikel 102.<sup>123</sup>

Förstainstansrätten fortsatte med att uttala att ”[m]an kan i princip inte utesluta att två eller flera oberoende ekonomiska enheter på en viss marknad är förenade av sådana ekonomiska bindningar att de, på grund härav, tillsammans har en dominerande ställning i förhållande till övriga aktörer på samma marknad. Detta skulle till exempel kunna vara fallet om två eller flera oberoende företag tillsammans, genom avtal eller licenser, har ett teknologiskt försprång som tillåter dem att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter”.<sup>124</sup>

Domstolen fastslog med tydlighet i detta uttalande att det i princip inte finns något som hindrar att två eller flera oberoende ekonomiska enheter, vilka är förenade av ekonomiska bindningar, tillsammans kan inneha en dominerande ställning.<sup>125</sup> Domen väckte dock många frågor om vad som krävdes och i vilka situationer en kollektiv dominerande ställning kunde anses föreligga. Dessa frågor och oklarheter ska behandlas i nästa avsnitt.

---

<sup>121</sup> Jones & Sufrin, s. 919.

<sup>122</sup> Mål T-68/89 m.fl., p. 360-366.

<sup>123</sup> Ibid, p. 357-358.

<sup>124</sup> Ibid, p. 358.

<sup>125</sup> Jones & Sufrin, s. 920.

### 4.3.2.2 Ekonomiska bindningar: Rättsläget osäkert

Förstainstansrättens dom i *Italian Flat Glass* klargjorde som nämnts att två eller flera självständiga företag tillsammans kan inneha en dominerande ställning, men avgörandet skapade också många frågetecken. Det största osäkerhetsmomentet var vad som menades med kravet på ekonomiska bindningar<sup>126</sup> mellan företagen. En vid tolkning av uttrycket ekonomiska bindningar är att det innefattar sådana ”bindningar” som kan härledas från en marknadsstruktur som främjar att företag kan koordinera sitt beteende genom tyst samordning.<sup>127</sup>

När Förstainstansrätten exemplifierade vad som kunde vara ekonomiska bindningar nämnde den dock avtal och licenser mellan oberoende företag, vilket förde med sig vissa tvivel om den nyssnämnda vida tolkningen av ekonomiska bindningar var den korrekta. Det rådde oklarhet om något ytterligare, och i så fall vad, krävdes utöver ett ömsesidigt beroendeförhållande på en oligopolistisk marknad. Om avtal mellan företagen krävdes var frågan vad konceptet kollektiv dominans egentligen tillförde; avtal kan som bekant kontrolleras under artikel 101.<sup>128</sup> Konceptet med en kollektiv dominerande ställning har sedan *Italian Flat Glass* vidareutvecklats i EU-domstolarnas rättspraxis, vilken ska behandlas i nästa avsnitt.

### 4.3.3 Utvecklingen av konceptet kollektiv dominans i rättspraxis

#### 4.3.3.1 Inledning

Detta avsnitt ska behandla de mest betydelsefulla rättsfallen gällande villkoren för att en kollektiv dominerande ställning ska kunna anses föreligga. Framställningen kommer att redogöra för rättspraxis i såväl missbruksärenden som koncentrationsärenden. Enligt den nuvarande koncentrationsförordningen från 2004 är en företagskoncentration oförenlig med den gemensamma marknaden om den påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del därav, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks.<sup>129</sup>

Begreppet dominerande ställning återfinns således även i koncentrationsförordningen. Observeras ska dock att koncentrationsförordningen, till skillnad från artikel 102, inte talar om ett eller flera företags dominerande ställning. Det har dock fastslagits i rättspraxis att koncentrationsförordningen med en dominerande ställning avser även en kollektiv sådan.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> Economic links är termen i den engelskspråkiga versionen av domen.

<sup>127</sup> Jones & Sufrin, s. 920.

<sup>128</sup> Ibid, s. 920f.

<sup>129</sup> Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, EUT L 24/1, 29.1.2004, artikel 2 p. 3.

<sup>130</sup> Whish, s. 557f. Se nedan avsnitt 4.3.3.3.

Enligt den nuvarande koncentrationsförordningen är det inte längre nödvändigt, för att kunna stoppa en transaktion, att koncentrationen i fråga skapar eller förstärker en dominerande ställning (se ovan ”i synnerhet till följd av...”). Enligt den ursprungliga koncentrationsförordningen från 1989<sup>131</sup> var det dock ett krav att en dominerande ställning, individuell eller kollektiv, antingen skulle skapas eller förstärkas. En relativt omfattande rättspraxis genererades därför under detta instrument angående begreppet kollektiv dominans.<sup>132</sup>

Rättsutvecklingen rörande kollektiv dominans har således skett dels i samband med bedömningen av företagskoncentrationer och dels vid tillämpningen av artikel 102. Denna uppsats behandlar som nämnts kollektiv dominans och missbruk därav enligt artikel 102, men eftersom begreppet kollektiv dominans har haft en betydande utveckling vid kontrollen av företagskoncentrationer, och eftersom rättsfall angående koncentrationer har inverkat på tillämpningen av artikel 102 är det relevant att behandla även dessa rättsfall.<sup>133</sup> Frågan om konceptet kollektiv dominans har samma innebörd i koncentrationsförordningen respektive i artikel 102 är också av intresse och ska behandlas senare i framställningen. Nedan följer en redogörelse för de viktigaste rättsfallen i kronologisk ordning.

#### 4.3.3.2 Almelo

*Almelo* från 1994 var ett av de första målen efter *Italian Flat Glass* där EG-domstolen gav ytterligare vägledning gällande begreppet kollektiv dominans. Målet avsåg en begäran om förhandsavgörande från en domstol i Nederländerna avseende tolkningen av bland annat artikel 102. EG-domstolen uttalade i domen att för att en kollektiv dominerande ställning ska kunna föreligga måste ”företagen i gruppen vara tillräckligt sammanbundna för att uppträda likartat på marknaden”.<sup>134</sup> Domstolen fortsatte med att konstatera att det ankom på den nederländska domstolen att pröva huruvida det fanns ”tillräckligt starka band” mellan företagen för att en kollektiv dominerande ställning skulle uppstå.<sup>135</sup>

Domen krävde alltså, i likhet med *Italian Flat Glass*, att det fanns någon typ av band eller bindningar (links) mellan företagen. Domstolen förklarade dock inte närmare vad som menades med exempelvis uttrycket ”tillräckligt starka band”. Vad som emellertid framkom av domen var att betydelsen av banden var att de skulle möjliggöra för de kollektivt dominerande företagen att uppträda likartat på marknaden. Detta kunde tyda på att det EG-domstolen fäste vikt vid var antagandet av samma eller likartat beteende på marknaden, dvs. tyst samordning.<sup>136</sup>

---

<sup>131</sup> Rådets förordning nr 4064/89 (se ovan fotnot 5).

<sup>132</sup> Whish, s. 851ff.

<sup>133</sup> Goyder, Joanna & Albors-Llorens, Albertina, *Goyder's EC Competition Law*, 5:e upplagan, Oxford University Press, 2009, s. 379.

<sup>134</sup> Mål C-393/92, *Almelo mot NV Energiebedrijf Ijsselmij*, REG 1994 s. I-1477, p. 42. Noteras kan att den engelskspråkiga versionen av domen tycks gå något längre när den kräver att företagen ”adopt the same conduct on the market”.

<sup>135</sup> *Ibid*, p. 43.

<sup>136</sup> Whish, s. 561.

### 4.3.3.3 Frankrike mot kommissionen

*Frankrike mot kommissionen* från 1998, även känt som *Kali und Salz-målet*, gällde en planerad företagskoncentration mellan bolagen Kali und Salz och MdK. Målet är betydelsefullt eftersom EG-domstolen, efter att ha tolkat den ursprungliga koncentrationsförordningen utifrån dess ändamål och allmänna systematik, fastslog att skapandet eller förstärkandet av kollektiv dominans (och alltså inte bara av individuell dominans) föll inom förordningens tillämpningsområde.<sup>137</sup>

I fråga om bedömningen av om en kollektiv dominerande ställning skulle skapas uttalade domstolen att avgörande var om en koncentration ”kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den ifrågavarande marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter”.<sup>138</sup>

Konstateras kan att domstolen även i denna dom talade om band mellan företagen, vilka skulle göra att företagen kunde inta samma hållning på marknaden.<sup>139</sup> Domstolen förklarade dock inte närmare vad termen ”band” innebar. Mer specifikt gavs ingen klarhet i vad som gäller om det inte existerar några avtal mellan parterna eller andra, mer formella, strukturella band.<sup>140</sup>

### 4.3.3.4 Gencor

*Gencor-målet* från 1999 rörde ett beslut av två företag, sydafrikanska Gencor och engelska Lonrho, att slå samman sina respektive verksamheter i platinametallsektorn.<sup>141</sup> Koncentrationen förbjöds genom ett beslut av kommissionen, som ansåg att den skulle skapa en dominerande duopolställning mellan den sammanslagna enheten och dess huvudkonkurrent på platinametallmarknaden, Anglo American Corporation of South Africa (via dess bolag Amplats).<sup>142</sup> Koncentrationen skulle medföra att duopolet skulle få en sammanlagd marknadsandel på 80 procent.<sup>143</sup> Gencor överklagade kommissionens beslut till Förstainstansrätten och hävdade bland annat att det, för att en kollektiv dominerande ställning skulle kunna anses föreligga, krävdes att det fanns strukturella bindningar mellan de inblandade företagen. Gencor ansåg detta

---

<sup>137</sup> Förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike och SCPA och EMC mot kommissionen, REG 1998 s. I-1375, p. 1 och 168-178.

<sup>138</sup> Ibid, p. 221.

<sup>139</sup> Den engelskspråkiga versionen av domen talar om ”factors giving rise to a connection” respektive ”adopt a common policy”.

<sup>140</sup> Jones & Sufrin, s. 923 och 1027f.

<sup>141</sup> Mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999 s. II-753, p. 1-7.

<sup>142</sup> Ibid, p. 20.

<sup>143</sup> Ibid, p. 207.



följa av Förstainstansrättens dom i *Italian Flat Glass* (det målet gällde som bekant artikel 102, se ovan 4.3.2.1).<sup>144</sup>

Förstainstansrätten avvisade dock Gencors uppfattning. Enligt domstolen nämndes strukturella bindningar endast som exempel i *Italian Flat Glass-målet*; de utgjorde inget nödvändigt kriterium för att en kollektiv dominerande ställning skulle kunna anses föreligga.<sup>145</sup> Inte heller kunde slutsatsen dras att *Italian Flat Glass-målet* hade begränsat begreppet ekonomiska bindningar till strukturella bindningar.<sup>146</sup>

Domstolen fortsatte med att ange begreppet ekonomiska bindningars räckvidd: ”I juridiskt eller ekonomiskt hänseende finns det inte någon anledning att från begreppet ekonomiska bindningar utesluta ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan deltagarna i ett begränsat oligopol inom vilket de på en marknad med lämpliga egenskaper – bland annat i fråga om marknadskoncentration och produktens överblickbarhet och homogenitet – kan förutse varandras uppträdande och därför är starkt benägna att samordna sitt beteende på marknaden för att bland annat maximera sin gemensamma vinst”.<sup>147</sup>

Förstainstansrätten beskrev vidare hur den uppfattar att konkurrensmekanismerna fungerar (eller inte fungerar) på en marknad av nyssnämnt slag: ”I ett sådant sammanhang vet varje aktör att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från hans sida i syfte att öka hans marknadsandel (exempelvis en prissänkning) skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna, så att han inte skulle få någon fördel av sitt initiativ. Samtliga aktörer skulle drabbas av den sänkta prisnivån.”<sup>148</sup>

Domstolens slutsats var att kommissionens uppfattning var riktig, dvs. den ansåg att koncentrationen skulle ha inneburit att en kollektiv dominerande ställning hade skapats.<sup>149</sup> Sammanfattningsvis kan sägas att *Gencor-målet* klargjorde att det, i vart fall gällande koncentrationskontrollen, inte krävs några avtal eller strukturella bindningar såsom ägandekopplingar mellan företagen för att en kollektiv dominerande ställning ska kunna föreligga. De ekonomiska bindningar som krävs kan istället komma från marknadsstrukturen och ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan företag i ett begränsat oligopol.<sup>150</sup>

#### 4.3.3.5 Irish Sugar

Förstainstansrättens dom i *Irish Sugar*,<sup>151</sup> ett mål från 1999 gällande artikel 102, är ett speciellt avgörande eftersom domstolen slog fast att en kollektiv dominerande ställning även kan föreligga i ett vertikalt förhållande. Irish

---

<sup>144</sup> Ibid, p. 264.

<sup>145</sup> Ibid, p. 273.

<sup>146</sup> Ibid, p. 275.

<sup>147</sup> Ibid, p. 276.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid, p. 297.

<sup>150</sup> Jones & Sufrin, s. 1030.

<sup>151</sup> Målet behandlas även nedan i avsnitt 5.3 om individuellt missbruk.

Sugar, en stor sockerproducent, och SDL, en distributör och försäljare av socker, ansågs inneha en kollektiv dominerande ställning under en viss tidsperiod. De två företagen var sammanlänkade på följande sätt: Irish Sugar ägde 51 procent av bolaget SDH, som i sin tur ägde 100 procent av SDL. Halva styrelsen i SDH var representanter från Irish Sugar och företaget hade likaledes flera representanter i SDL:s styrelse. Företagen samarbetade nära och hade månatliga möten. De ansvarade för olika områden, och SDL skulle köpa hela sitt sockerbehov från Irish Sugar.<sup>152</sup>

Förstainstansrätten ansåg att dessa förhållanden medförde att företagen tillsammans hade en dominerande ställning. Domstolen uttalade att den omständigheten att Irish Sugar och SDL befann sig i ett vertikalt förhållande till varandra inte utgjorde något hinder för att de skulle kunna anses inneha en kollektiv dominerande ställning. Rättspraxis innehöll inget som tydde på att en sådan begränsning skulle finnas och domstolen ansåg att en sådan inskränkning skulle skapa en lucka i tillämpningen av artikel 102.<sup>153</sup>

*Irish Sugar-målet* är som nämnts ett udda fall och har kritiserats. O'Donoghue och Padilla anser att konceptet kollektiv dominans bygger på att företag är verksamma på samma marknad och kan uppträda på ett samordnat sätt, något som inte är möjligt vid vertikala förhållanden där företagen typiskt sett är aktiva på olika marknader. Vidare anser de att domstolen inte hade behövt förlita sig på det nya konceptet vertikal kollektiv dominans då förhållandet mellan företagen inte var helt vertikalt; domstolen angav själv att företagen delvis var verksamma på samma marknad.<sup>154</sup> En ytterligare anmärkning mot domen är att den ekonomiska enhetens princip sannolikt hade kunnat tillämpas då Irish Sugar som nämnts indirekt ägde 51 procent av SDL. Företagen hade då ansetts som en enda ekonomisk enhet och handlingar vidtagna av SDL hade kunnat hänföras till Irish Sugar.<sup>155</sup>

#### **4.3.3.6 Compagnie Maritime Belge**

Ett mycket betydelsefullt mål angående kollektiv dominans under artikel 102 är *Compagnie Maritime Belge*<sup>156</sup> (nedan *CMB*) från 2000. Målet inför EG-domstolen avsåg ett överklagande av en dom i Förstainstansrätten som i sin tur gällde ett överklagande av ett kommissionsbeslut, vari kommissionen hade funnit att tre linjekonferenser och deras medlemmar hade överträtt förbudet i artikel 101 mot konkurrensbegränsande avtal. I beslutet hävdade kommissionen även att medlemmarna av linjekonferensen Cewal hade missbrukat en kollektiv dominerande ställning. Missbruket skulle bland annat ha bestått i att medlemsföretagen, i syfte att undanröja den främste

---

<sup>152</sup> Mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999 s. II-2969, p. 52.

<sup>153</sup> Ibid, p. 61 och 63.

<sup>154</sup> Ibid, p. 62.

<sup>155</sup> O'Donoghue & Padilla, s. 163f.

<sup>156</sup> Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000 s. I-1365.

oberoende konkurrenten, använt sig av så kallade ”fighting ships”.<sup>157</sup> I målet vid EG-domstolen hävde Compagnie Maritime Belge och ett annat av Cewals medlemsföretag, att de och de övriga medlemmarna i linjekonferensen inte innehade en kollektiv dominerande ställning och att något missbruk inte hade förekommit.<sup>158</sup>

EG-domstolen gjorde i målet flera viktiga uttalanden avseende innebörden av uttrycket ”kollektiv dominerande ställning”. Domstolen konstaterade att uttrycket ”flera företag” i artikel 102 innebär att två eller flera ekonomiska enheter, vilka i juridiskt hänseende är oberoende av varandra, kan inneha en dominerande ställning tillsammans. Detta förutsätter dock att de ekonomiskt sett, på en viss marknad, uppträder eller agerar tillsammans som en *kollektiv enhet*.<sup>159</sup>

Domstolen konstaterade vidare att det, vid tillämpningen av artikel 102, är nödvändigt att utreda om företagen i fråga tillsammans utgör en kollektiv enhet visavi sina konkurrenter, handelspartner och konsumenter. Först om det konstateras att företagen på detta sätt bildar en kollektiv enhet är det dags att undersöka om den kollektiva enheten har en dominerande ställning och huruvida denna missbrukas.<sup>160</sup>

Vid bedömningen om det föreligger en kollektiv enhet uttalade domstolen, med hänvisning till *Almelo-målet*<sup>161</sup> och *Frankrike mot kommissionen*,<sup>162</sup> att det är nödvändigt att granska de ekonomiska banden eller förhållandena mellan de inblandade företagen.<sup>163</sup> Domstolen framhöll vidare att det ska undersökas om företagen har ekonomiska band som möjliggör att de tillsammans kan agera oberoende av konkurrenter, kunder och konsumenter.<sup>164</sup>

EG-domstolen konstaterade att det inte är tillräckligt i sig, för att fastställa en sådan ställning, att företagen är förenade genom avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande enligt artikel 101. Det är däremot möjligt att genomförandet av ett avtal, beslut eller samordnat förfarande medför att företagen förenas på ett sådant sätt vad gäller deras beteende att de uppträder som en kollektiv enhet på marknaden. Detta är enligt domstolen fallet oavsett om artikel 101.3 är tillämplig eller ej.<sup>165</sup>

Domstolen sammanfattade sedan rättsläget på följande sätt: ”En kollektiv dominerande ställning kan således vara resultatet av ett avtals beskaffenhet

---

<sup>157</sup> Företagens ”fighting ships” innebar en selektiv prissättning där fraktsatserna sänktes så att de var lika med eller lägre än den främste oberoende konkurrentens fraktsatser för de linjer och datum som denne trafikerade. Se p. 5 i domen.

<sup>158</sup> Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, p. 1-11.

<sup>159</sup> Ibid, p. 36.

<sup>160</sup> Ibid, p. 39.

<sup>161</sup> Ett mål gällande artikel 102, se ovan avsnitt 4.3.3.2.

<sup>162</sup> Ett mål avseende en företagskoncentration, se ovan avsnitt 4.3.3.3.

<sup>163</sup> Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, p. 41.

<sup>164</sup> Ibid, p. 42.

<sup>165</sup> Ibid, p. 43-44.

och villkor, sättet för dess genomförande samt de band eller förhållanden mellan företagen som följer av detta. Det är emellertid *inte nödvändigt med ett avtal eller andra juridiska band* för att en kollektiv dominerande ställning skall kunna konstateras. *Ett sådant konstaterande kan vara resultatet av andra förhållanden och bero på en ekonomisk bedömning och, i synnerhet, en bedömning av marknadsstrukturen*” [min kursivering].<sup>166</sup>

Domstolen fann i målet att genomförandet av avtalet mellan linjekonferensens medlemmar, Cewal-avtalet, medförde att företagen uppträdde som en kollektiv enhet på marknaden.<sup>167</sup> För att avgöra målet kan det därför hävdas att de sista två meningarna i citatet ovan var överflödiga.<sup>168</sup> Det var dock dessa uttalanden som ansågs mest intressanta. EG-domstolens hänvisning till ”en bedömning av marknadsstrukturen” gjorde att flera kommentatorer ansåg, att domen tydde på att ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan företag på en oligopolmarknad och tyst samordning mellan oligopolister, var tillräckligt för att etablera de erforderade banden mellan företagen.<sup>169</sup>

#### 4.3.3.7 Airtours

*Airtours-målet* vid Förstainstansrätten gällde överklagandet av kommissionens beslut att förbjuda Airtours förvärv av konkurrenten First Choice. Förvärvet skulle medföra att antalet stora researrangörer, på den brittiska marknaden för paketresor till närliggande resmål i utlandet, skulle minska från fyra till tre. Kommissionen ansåg att en kollektiv dominerande ställning skulle skapas för den sammanslagna enheten Airtours/First Choice tillsammans med de övriga ledande aktörerna Thomson och Thomas Cook.<sup>170</sup>

Kommissionens beslut att förbjuda förvärvet fick omfattande kritik. Kritiken gick bland annat ut på att kommissionen hade utvidgat begreppet kollektiv dominans till att även innefatta så kallade ensidiga eller unilaterala effekter. Kommissionen hade i beslutet hänvisat till företagets förväntade individuella agerande efter koncentrationens genomförande, snarare än till eventuell tyst samordning dem emellan (samordnade effekter). På så sätt hade det enligt kritikerna skapats en ny grund för kollektiv dominans som inte var baserad på de förutsättningar som enligt ekonomisk teori ansågs nödvändiga för att tysta samordningseffekter skulle uppstå.<sup>171</sup> Noteras bör att ärendet avgjordes enligt 1989 års koncentrationsförordning och att kommissionen därmed, om den avsåg att förbjuda förvärvet, var tvungen att

---

<sup>166</sup> Ibid, p. 45.

<sup>167</sup> Ibid, p. 48, 54 och 57.

<sup>168</sup> Fernandez, Pablo Muniz, *Increasing powers and increasing uncertainty: collective dominance and pricing abuses*, European Law Review 25(6), 2000, s. 647.

<sup>169</sup> Ibid, s. 649 och Stroux, Sigrid, *Joined Cases C395/96 P and C396/96 P, Compagnie Maritime Belge and Others v. Commission, Judgment of the Fifth Chamber of 16 March 2000*, Common Market Law Review 37, 2000, s. 1260.

<sup>170</sup> Nygren & Nilsson, s. 546f.

<sup>171</sup> Ibid, s. 547ff.

visa att en dominerande ställning skapades eller förstärktes genom koncentrationen.<sup>172</sup>

Förstainstansrättens dom från 2002 upphävde sedermera kommissionens beslut och innehöll några mycket viktiga uttalanden angående förutsättningarna för en kollektiv dominerande ställning. Först ska noteras att domstolen citerade sin egen vida definition av begreppet ekonomiska bindningar från *Gencor-målet*.<sup>173</sup> Domstolen fortsatte sedan med att konstatera att en kollektiv dominerande ställning således kunde uppkomma genom en företagskoncentration, om denna resulterade ”i att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet skulle anse att det var möjligt, ekonomiskt rationellt och således att föredra att varaktigt anta samma marknadsstrategi i syfte att sälja till priser som är högre än de konkurrensmässiga utan att behöva ingå ett avtal eller samordna ett förfarande ... och utan att de faktiska eller potentiella konkurrenterna, eller kunderna och konsumenterna, på ett effektivt sätt skulle kunna reagera”.<sup>174</sup>

Förstainstansrätten uttalade dock sedan att det krävs att tre villkor (de så kallade *Airtours*-kriterierna) är uppfyllda för att en sådan kollektiv dominerande ställning ska kunna skapas. Det första villkoret är enligt domstolen att samtliga företag i det dominerande oligopolet ska kunna få vetskap om de övrigas beteende, för att på så sätt kunna kontrollera om de antar och håller fast vid samma strategi. Villkoret innebär ett krav på att marknaden ska vara tillräckligt transparent för att varje företag ska ha möjlighet att få tillräckligt exakt och omedelbar kännedom om de övriga företagens agerande på marknaden.<sup>175</sup>

Det andra villkoret är att den tysta samordningen ska kunna bestå över tid, vilket innefattar att det måste finnas ett incitament att inte avvika från den gemensamma strategin/handlingslinjen. Villkoret innebär enligt domstolen att det måste finnas repressalier för beteenden som frångår den gemensamma strategin. Enligt Förstainstansrätten måste det finnas tillräckligt med avskräckande faktorer, vilka gör att incitamentet att upprätthålla den gemensamma strategin är varaktigt. Detta innebär att företagen måste veta att en vidtagen starkt konkurrenspräglad åtgärd, i syfte att öka marknadsandelen, kommer att neutraliseras av de övriga företagen eftersom dessa då kommer att genomföra samma åtgärd.<sup>176</sup>

Slutligen är det tredje villkoret, för att en kollektiv dominerande ställning ska vara förhanden, att såväl de faktiska och potentiella konkurrenternas som konsumenternas förutsedda reaktion inte skulle motverka det förväntade resultatet av den gemensamma strategin.<sup>177</sup> Mot bakgrund av

---

<sup>172</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.1.

<sup>173</sup> Mål T-342/99, *Airtours* mot kommissionen, REG 2002 s. II-2585, p. 60. Se ovan avsnitt 4.3.3.4 angående *Gencor-målet*.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.*

dessa förutsättningar ansåg Förstainstansrätten att kommissionen i sitt beslut att förbjuda förvärvet inte hade grundat sina prognoser på säkra bevis och att ett flertal oriktiga bedömningar dessutom hade gjorts. Kommissionens beslut ogiltigförklarades därför.<sup>178</sup>

Till att börja med kan det konstateras att kommissionen inte rönne någon framgång om den försökte få konceptet kollektiv dominans att även omfatta så kallade unilaterala effekter. Förstainstansrättens dom sammankopplar tydligt kollektiv dominans med samordnade effekter.<sup>179</sup> Den främsta nyheten i domen var de tre villkor som domstolen ställde upp för en kollektiv dominerande ställning; villkoren stämmer överens med de förutsättningar som enligt ekonomisk teori ska vara förhanden för att en situation av tyst samordning ska kunna konstateras.<sup>180</sup> Vidare råder det numera konsensus om att *Airtours-domen* fastslår, vad gäller koncentrationer, att begreppet kollektiv dominans inkluderar det ekonomiska konceptet tyst samordning.<sup>181</sup> Observeras ska dock att domen i sig inte angav om och i så fall hur den påverkar tillämpningen av konceptet kollektiv dominans under artikel 102.<sup>182</sup>

#### 4.3.3.8 TACA

*TACA* är ytterligare ett mål under artikel 102 gällande en linjekonferens (jfr *CMB-målet* ovan avsnitt 4.3.3.6). I sin dom från 2003 fann Förstainstansrätten, precis som kommissionen tidigare hade gjort, att en kollektiv dominerande ställning förelåg för linjekonferensens medlemmar. Däremot ansåg domstolen inte att den dominerande ställningen hade missbrukats av medlemmarna i TACA. Av intresse är att domstolen uttalade att brist på effektiv konkurrens mellan företag som påstås ingå i ett dominerande oligopol är en betydande omständighet vid bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning föreligger, men att det inte krävs att all konkurrens mellan de berörda företagen undanröjs. Det finns således inget krav på att företagen betar sig på samma sätt vad gäller alla konkurrensaspekter.<sup>183</sup> Noteras ska även att Förstainstansrätten konstaterade att flera företags ställning kan bedömas kollektivt om de haft möjlighet att föra samma handlingslinje på marknaden, det måste inte visas att samtliga företag verkligen fört samma handlingslinje under alla förhållanden.<sup>184</sup>

#### 4.3.3.9 Laurent Piau

*Laurent Piau-målet* från 2005 gällde frågan om huruvida det reglemente för spelaragenters verksamhet som Internationella fotbollförbundet (FIFA) hade antagit var förenligt med EU:s konkurrensregler. I reglementet uppställdes ett krav på licens för att få utöva agentyrket. För att erhålla licens krävdes

---

<sup>178</sup> Ibid, p. 294-295.

<sup>179</sup> Whish, s. 853f.

<sup>180</sup> Nygren & Nilsson, s. 553.

<sup>181</sup> Mezzanotte, Felix E., *Tacit collusion as economic links in article 82 EC revisited*, European Competition Law Review 30(3), 2009, s. 139 och fotnot 33.

<sup>182</sup> Nygren & Nilsson, s. 559.

<sup>183</sup> Förenade målen T-191/98 och T-212/98 till T-214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot kommissionen, REG 2003 s. II-3275, p. 653-655.

<sup>184</sup> Ibid, p. 631.

det vidare att agenterna uppfyllde ett antal villkor. Efter att FIFA gjort vissa justeringar i det ursprungliga reglementet ansåg kommissionen att regleringen var förenlig med konkurrensreglerna. Laurent Piau delade inte denna uppfattning och överklagade beslutet till Förstainstansrätten.<sup>185</sup>

I den del av målet som gällde artikel 102 ansåg Förstainstansrätten att FIFA och fotbollsklubbarna, vilka är medlemmar i de olika nationella förbund som i sin tur är medlemmar i FIFA, hade en kollektiv dominerande ställning på marknaden för spelaragenternas tjänster. Domstolen uttalade härvid att "[g]enomförandet av ett sådant beslut som FIFA:s reglemente om spelaragenters verksamhet kan få till följd att företag som är verksamma på marknaden i fråga, det vill säga klubbarna, förenas på ett sådant sätt vad gäller deras agerande på en viss marknad att de uppträder som en kollektiv enhet på denna marknad".<sup>186</sup> Domstolen ansåg dock att den dominerande ställningen inte hade missbrukats, eftersom de begränsningar som hade införts för tillträde till spelaragenters verksamhet var av kvalitativt slag och motiverade under de rådande förhållandena.<sup>187</sup>

Målet har främst blivit uppmärksammat för att Förstainstansrätten, när domstolen redogjorde för rättsläget gällande kollektiv dominans, uttalade att de tre villkoren som ställdes upp i *Airtours-målet*<sup>188</sup> måste vara uppfyllda för att en kollektiv dominerande ställning ska föreligga.<sup>189</sup> Domstolen hänvisade alltså till villkoren som ställdes upp i koncentrationsmålet *Airtours* när den avgjorde detta missbruksmål. *Airtours* anses, som nämnts ovan, vad gäller koncentrationsmål ha bekräftat att begreppet kollektiv dominans innefattar tyst samordning. Detta har lett till den allmänna uppfattningen inom doktrinen att *Laurent Piau*, genom denna hänvisning, har tillåtit tyst samordning att utgöra "ekonomiska bindningar" även i artikel 102-fall och på så sätt bidragit till att enhetliggöra rättstillämpningen under artikel 102 respektive under koncentrationsförordningen.<sup>190</sup> Denna tolkning har dock föranlett viss kritik, vilken kommer att redogöras för nedan i avsnitt 4.3.4.

#### 4.3.3.10 Impala

*Impala-målet*<sup>191</sup> (även kallat *Sony/BMG*) är ett uppmärksammat mål rörande en företagskoncentration i musikindustrin. En huvudfråga i målet var om de fem stora aktörerna på marknaden för inspelad musik samordnade sina priser genom tyst samordning redan innan den aktuella sammanslagningen av Sony och BMG, dvs. om det redan före koncentrationen förelåg en kollektiv dominerande ställning.<sup>192</sup>

---

<sup>185</sup> Mål T-193/02, Laurent Piau mot kommissionen, REG 2005 s. II-209, p. 5-23.

<sup>186</sup> Ibid, p. 113.

<sup>187</sup> Ibid, p. 112-117.

<sup>188</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.7.

<sup>189</sup> Mål T-193/02, p. 111.

<sup>190</sup> Mezzanotte, 2009, s. 137.

<sup>191</sup> Mål C-413/06 P, Bertelsmann AG och Sony Corporation of America mot Impala, REG 2008 s. I-4951.

<sup>192</sup> Ibid, p. 117-123 och Mezzanotte, 2009, s. 141.

I sin dom från 2008 undanröjde EG-domstolen Förstainstansrättens dom, vari kommissionens beslut att godkänna koncentrationen hade ogiltigförklarats. EG-domstolen gjorde i målet ett antal intressanta uttalanden angående kollektiv dominans och tyst samordning. Observeras ska att domstolen bland annat hänvisade till sitt uttalande i punkt 45 i artikel 102-målet *CMB*<sup>193</sup> att det inte finns något krav på avtal eller andra juridiska band mellan företagen, utan att förekomsten av en kollektiv dominerande ställning istället kan bero på en bedömning av marknadsstrukturen.<sup>194</sup>

EG-domstolen fortsatte med att ställa upp ett antal kriterier för att förekomsten av kollektiv dominans/tyst samordning ska kunna konstateras. Domstolen konstaterade först att sannolikheten för tyst samordning är större om företagen med lätthet kan nå en samsyn om hur samordningen ska fungera. Vidare uttalade domstolen att det bör bedömas om samordningen kan vara varaktig, vilket förutsätter att företagen kan kontrollera varandra. Detta förutsätter i sin tur att marknaden är tillräckligt transparent. Vidare krävs det enligt domstolen att det finns en trovärdig avskräckningsmekanism som kan verkställas om ett avvikande agerande från något av företagens sida upptäcks. Slutligen fastslog domstolen att reaktionerna från utomstående (exempelvis nuvarande och potentiella konkurrenter samt kunder) inte får vara av den beskaffenhet att de äventyrar samordningens förväntade resultat.<sup>195</sup>

EG-domstolen använde sig till viss del av andra formuleringar när den angav dessa kriterier än vad Förstainstansrätten gjorde i *Airtours-målet*; oklart varför.<sup>196</sup> Domstolen uttalade dock i direkt anslutning till kriterierna att de inte är oförenliga med de tre villkor som angavs i *Airtours*.<sup>197</sup> Nytt i *Impala-domen* var dock att domstolen framhöll att kriterierna inte skulle tillämpas på ett mekaniskt sätt, där varje enskilt villkor granskades separat på ett sätt som medförde att ”den övergripande ekonomiska mekanismen för en sådan hypotetisk tyst samordning” inte beaktades.<sup>198</sup>

#### **4.3.4 Artikel 102 kontra koncentrationsförordningen**

Det föregående avsnittet har redogjort för den parallella utveckling av konceptet kollektiv dominans som har skett i rättspraxis under artikel 102 och under den ursprungliga koncentrationsförordningen. För att besvara denna uppsats frågeställning om vilken typ av koppling mellan självständiga företag som krävs för att de ska kunna inneha en kollektiv dominerande ställning under artikel 102, är det nödvändigt att utreda vilken relevans rättsfallen i koncentrationsärendena har för tillämpningen av artikel 102.

---

<sup>193</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.6.

<sup>194</sup> Mål C-413/06 P, p. 119.

<sup>195</sup> Ibid, p. 122-123.

<sup>196</sup> Wetter m.fl., s. 738.

<sup>197</sup> Mål C-413/06 P, p. 124.

<sup>198</sup> Ibid, p. 125.



Frågan är om begreppet kollektiv dominans ska förstås på samma sätt i missbruks- och koncentrationsärenden.

Till att börja med kan det konstateras att förvärvskontrollen och förbudet mot missbruk av en dominerande ställning har delvis olika uppgifter och syften. Förvärvskontrollen försöker förhindra strukturella förändringar som påtagligt skulle hämma konkurrensen från att uppstå (ex ante-kontroll). Annorlunda uttryckt kan kontrollen av företagskoncentrationer sägas försöka förhindra långsiktiga förändringar i marknadsstrukturen som bedöms vara negativa ur konkurrenssynpunkt. Artikel 102 inriktar sig däremot inte på strukturella förändringar av en marknad, utan istället på strategiskt agerande som begränsar produktionen till skada för konsumenterna och exploaterande handlingar som utnyttjar en existerande dominerande ställning (ex post-kontroll).<sup>199</sup>

En viktig skillnad är vidare att tillämpningen av artikel 102 i fall av kollektiv dominans kräver, som en grundförutsättning, att en kollektiv dominerande ställning redan föreligger. Endast missbruk av en existerande kollektiv dominerande ställning är förbjudet, inte missbruk som kan leda till skapandet av en kollektiv dominerande ställning. I koncentrationsfall kan kommissionen däremot förhindra såväl förvärv som leder till skapandet av en kollektiv dominerande ställning, som förvärv som medför ett förstärkande av redan existerande kollektiv dominans.<sup>200</sup>

Dessa skillnader till trots är den allmänna uppfattningen inom doktrinen att begreppet kollektiv dominans har samma innebörd oavsett om det är ett missbruks- eller koncentrationsärende som ska bedömas.<sup>201</sup> Denna uppfattning grundar sig främst på en rad hänvisningar av EU-domstolarna till artikel 102-mål när de avgjort koncentrationsmål, samt motsvarande hänvisningar till koncentrationsmål i mål som gällt påstått missbruk av en kollektiv dominerande ställning. I exempelvis *Gencor-målet* under den gamla koncentrationsförordningen hänvisade, som nämnts ovan, Förstainstansrätten till sin dom i *Italian Flat Glass* under artikel 102 när den tolkade begreppet kollektiv dominans. På motsvarande sätt hänvisade EG-domstolen i missbruksmålet *CMB* till sitt avgörande i koncentrationsmålet *Frankrike mot kommissionen*.<sup>202</sup>

I *Italian Flat Glass-målet* under artikel 102 uttalade Förstainstansrätten, som redogjorts för ovan, att oberoende ekonomiska enheter som är förenade av ekonomiska bindningar (economic links) kan inneha en dominerande ställning tillsammans.<sup>203</sup> Sedan dess har man inom doktrinen diskuterat vad som innefattas i begreppet ekonomiska bindningar/band. Frågan som gör sig

---

<sup>199</sup> O'Donoghue & Padilla, s. 138 och 150.

<sup>200</sup> Jones & Sufrin, s. 928. Notera att det numera inte finns något krav på att en dominerande ställning skapas eller förstärks för att en koncentration ska kunna förbjudas, se ovan avsnitt 4.3.3.1.

<sup>201</sup> Se exempelvis Whish, s. 563f och Jones & Sufrin, s. 924f.

<sup>202</sup> Jones & Sufrin, s. 924.

<sup>203</sup> Mål T-68/89 m.fl., p. 358.

gällande när man ställer begreppet på sin spets, är om tyst samordning mellan oligopolister kan utgöra ekonomiska bindningar som medför att oligopolisterna kan bedömas inneha en kollektiv dominerande ställning.<sup>204</sup>

Den första riktiga indikationen på att så kan vara fallet i missbruksärenden levererade EG-domstolen i *CMB* när domstolen fastslog att ett avtal eller andra juridiska band inte var en nödvändighet, utan att en kollektiv dominerande ställning istället kunde bero på en bedömning av marknadsstrukturen.<sup>205</sup> Detta uttalande gav dock upphov till olika tolkningar om huruvida tyst samordning avsågs och noteras ska att det i *CMB* fanns juridiska band mellan företagen (linjekonferensavtalet och dess genomförande).<sup>206</sup>

Ett senare mål som gett extra tyngd till uppfattningen att tyst samordning kan konstituera ekonomiska bindningar i missbruksmål är, som ovan nämnts, *Laurent Piau-målet* under artikel 102. Detta på grund av att Förstainstansrätten i sin dom hänvisade till de så kallade *Airtours*-kriterierna och eftersom *Airtours* anses fastslå, vad gäller koncentrationer, att begreppet kollektiv dominans innefattar tyst samordning.<sup>207</sup>

Mezzanotte är dock kritisk till att *Laurent Piau* framställs som en rättslig grund för att tyst samordning kan konstituera kollektiv dominans under artikel 102. Detta på grund av att fallet egentligen inte har något med tyst samordning att göra. "Ekonomiska bindningar" brukar numera i doktrinen delas in i två kategorier: juridiska bindningar (links in law)<sup>208</sup> och tyst samordning (tacit collusion). Enligt Mezzanotte är det tydligt att bindningarna i *Laurent Piau* tillhör den första av dessa kategorier. Han menar att såväl omständigheterna i målet som den juridiska diskussionen är helt orelaterad till tyst samordning. Han är därför kritisk till att Förstainstansrätten hänvisade till de tre villkoren från *Airtours-domen*. Mezzanotte anser vidare att *Airtours*-kriterierna inte spelade någon roll för avgörandet av målet, utan betraktar hänvisningen till dem som ett obiter dictum-uttalande. Han anser således att *Laurent Piau-målet* inte utgör ett tydligt prejudikat för tyst samordning under artikel 102.<sup>209</sup>

Mezzanotte är överhuvudtaget kritiskt inställd till att se alla rättsfallshänvisningar, som länkar samman konceptet kollektiv dominans under artikel 102 och koncentrationsförordningen, som bevis för att tyst samordning mellan oligopolister kan medföra att en kollektiv dominerande ställning föreligger under artikel 102. Enligt honom är problemet att hänvisningarna till koncentrationsfallen uteslutande återfinns i missbruksmål som inte har något med tyst samordning att göra; faktum är

---

<sup>204</sup> Mezzanotte, 2009, s. 138.

<sup>205</sup> Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, p. 45. Se ovan avsnitt 4.3.3.6.

<sup>206</sup> Mezzanotte, 2009, s. 139.

<sup>207</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.7 och 4.3.3.9. Se även O'Donoghue & Padilla, s. 146f och 150f.

<sup>208</sup> Juridiska bindningar kan i sin tur delas in i avtal respektive strukturella bindningar (exempelvis ägandebindningar eller gemensam ledning). Se Mezzanotte, 2009, s. 138.

<sup>209</sup> Mezzanotte, 2009, s. 139f.

att än så länge har inte ett enda fall under artikel 102 handlat om tyst samordning.<sup>210</sup>

Mezzanotte finner emellertid stöd i *Impala-målet*<sup>211</sup> för att tyst samordning faktiskt kan utgöra grunden för kollektiv dominans i missbruksärenden. En fråga i *Impala* var nämligen, som nämnts ovan, om de fem stora företagen på marknaden för inspelad musik innan sammanslagningen av Sony och BMG genom tyst samordning koordinerade sina priser, eller med andra ord om det redan före transaktionen förelåg en kollektiv dominerande ställning.<sup>212</sup>

EG-domstolen bekräftade i målet att en grupp av företag kan inneha en kollektiv dominerande ställning innan en sammanslagning om de är engagerade i tyst samordnat beteende. En analys av detta slag, gällande redan existerande dominans, är av den typ som ska utföras under artikel 102. Enligt Mezzanotte kan *Impala* därför ha stor betydelse för missbruksärenden. Han påpekar även att det är mycket betydelsefullt att domstolen hänvisade till punkt 45 i *CMB-domen* som rättslig grund för tyst samordning i redan existerande kollektiv dominans.<sup>213</sup> Mezzanotte anser att detta tyder på att kommissionen kan utreda en påstådd överträdelse av artikel 102 när tyst samordning förekommer genom att förlita sig på principerna från *Impala*.<sup>214</sup>

### 4.3.5 Tyst samordning och artikel 102

Den allmänna uppfattningen är numera, vilket framkom i det förra avsnittet, att innebörden av begreppet kollektiv dominans är densamma i missbruks- och koncentrationsärenden, och att tyst samordning mellan oligopolister kan konstituera kollektiv dominans även under artikel 102.<sup>215</sup> Det är dock så att det hittills inte, varken i kommissionens beslutspraxis eller i EU-domstolarnas rättspraxis, finns ett enda fall vari artikel 102 har tillämpats på missbruk av tyst samordnande företag.<sup>216</sup> Kollektiv dominans har istället endast ansetts föreligga i fall där strukturella bindningar eller avtal mellan företag har fått dem att agera som en kollektiv enhet.<sup>217</sup> Detta förhållande väcker en del frågor, bland annat om vilken bevisning som krävs, i vilken utsträckning tyst samordning förekommer och om kommissionen framöver bör försöka driva fall där endast tyst samordning påstås medföra att en kollektiv dominerande ställning är förhanden.

O'Donoghue och Padilla anser att eftersom artikel 102 involverar en bedömning av tidigare eller nuvarande marknadsfakta, så bör beviskravet

---

<sup>210</sup> Ibid, s. 141.

<sup>211</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.10.

<sup>212</sup> Mezzanotte, 2009, s. 141.

<sup>213</sup> Mål C-413/06 P, p. 119. Punkt 45 i *CMB* är citerad ovan i avsnitt 4.3.3.6.

<sup>214</sup> Mezzanotte, 2009, s. 142.

<sup>215</sup> Se exempelvis Jones & Sufrin, s. 930, Whish, s. 564 och O'Donoghue & Padilla, s. 146ff.

<sup>216</sup> Mezzanotte, 2010, s. 84.

<sup>217</sup> O'Donoghue & Padilla, s. 151.

för kollektiv dominans i missbruksärenden vara högre än vid koncentrationskontroll. De konstaterar att *Airtours*-kriterierna endast är indikatorer på tyst samordning som inte innebär någon säker bevisning på att tyst samordning verkligen pågår. Detta är dock enligt författarna inte något problem vid koncentrationskontroll, eftersom denna består av en framåtsyftande bedömning om huruvida förändringen i marknadsstrukturen, till följd av det ifrågavarande förvärvet, kommer att skapa förhållanden under vilka det kommer att vara sannolikt att tyst samordning förekommer. Under artikel 102 måste man däremot kunna fastslå att tyst samordning har inträffat.<sup>218</sup>

Jones och Sufrin anser att det nu beskrivna resonemanget medför en extremt betungande börda för den som ska bevisa att en kollektiv dominerande ställning föreligger. De påpekar att det är normalt i konkurrensfall att vissa företeelser inte bevisas direkt, utan indirekt genom marknadsanalys. Jones och Sufrin konstaterar dock att det kan krävas faktisk bevisning av faktorer som är överensstämmande med tyst samordning för att bevisa att förutsättningarna som främjar kollektiv dominans föreligger. Detta kan enligt författarna innebära att det är extremt svårt att påvisa kollektiv dominans i ett artikel 102-mål när det saknas avtal eller andra strukturella bindningar mellan parterna.<sup>219</sup>

Mezzanotte hävdar att kommissionen, för att visa att tyst samordning är förhanden, måste bevisa det faktiska beteendet som utgör tyst samordning. Han argumenterar för att detta är en alltför svår uppgift för kommissionen. Frågan är om kommissionen, efter att ha observerat att en grupp av företag utför ett påstått missbruk, kan bevisa att företagets handlingar är sammanlänkade av tyst samordning. Enligt Mezzanotte uppstår det i detta läge ett identifikationsproblem för kommissionen, som har att skilja på fyra olika typer av interaktion mellan företagen: intensiv konkurrens, omedveten parallellism, tyst samordning samt oupptäckt uttrycklig samordning.<sup>220</sup>

Mezzanotte hävdar att kommissionen, för att kunna konstatera att det är just tyst samordning som är förhanden (och inte någon av de övriga typerna av interaktion), måste visa: (1) att företagen inte konkurrerar intensivt på marknaden, (2) att avsaknaden av denna konkurrens är orsakad enbart av existensen av en vedergällningsmekanism (jfr *Airtours*), vilket utesluter hypotesen om omedveten parallellism och (3) att det har varit möjligt för företagen att nå och upprätthålla samordningen utan att tillgripa uttrycklig samordning (frånvaro av kommunikation).<sup>221</sup>

Mezzanotte fortsätter sin analys med att beskriva hur kommissionen stöter på problem när den ska visa att dessa tre punkter är uppfyllda. Han konstaterar bland annat, gällande den första punkten, att det råder osäkerhet kring vad brist på effektiv konkurrens egentligen innebär och hur kommissionen ska

---

<sup>218</sup> Ibid, s. 152.

<sup>219</sup> Jones & Sufrin, s. 929.

<sup>220</sup> Mezzanotte, 2010, s. 77ff.

<sup>221</sup> Ibid, s. 89f.

bevisa detta villkor. Med avseende på punkt två påpekar han att *Airtours*-kriterierna<sup>222</sup> (inkluderande en vedergällningsmekanism) fokuserar på marknadens struktur och att om de är uppfyllda så innebär det att samordning, inklusive tyst sådan, är sannolikare och enklare att upprätthålla. Bevisning av att dessa kriterier föreligger är dock inte tillräcklig bevisning för att tyst samordning är förhanden, en alternativ förklaring kan vara så kallat omedvetet parallellt beteende.<sup>223</sup> För att kunna utesluta sådana alternativa förklaringar krävs det enligt Mezzanotte att kommissionen kan påvisa kausalitet mellan *Airtours*-kriterierna (struktur) och den bristande konkurrensen på marknaden (beteende). Hur detta ska bevisas är dock oklart.<sup>224</sup>

Även om kommissionen skulle lyckas bevisa de första två punkterna, är det ändå inte säkert att det är medelst tyst samordning som företagen har koordinerat marknadsbeteendet. Det kan nämligen vara så att det beteende som kommissionen har observerat är en oupptäckt överträdelse av artikel 101. Mezzanotte argumenterar här bland annat för att det ofta kan vara osannolikt att företagen har lyckats samordna sitt agerande utan att kommunicera; det har således ofta förekommit hemlig kommunikation.<sup>225</sup>

Sammantaget hävdar Mezzanotte att de nu angivna bevisproblemen medför en mycket hög risk för felaktiga beslut om kommissionen, trots svårigheterna, försöker driva fall av tyst samordning under artikel 102. Misstagen skulle riskera att bli mycket kostsamma och om kommissionen vill minimera risken för felaktiga beslut så krävs det att den avsätter enorma resurser för att driva dessa mål. Mezzanottes slutsats är därför att kommissionen inte bör ingripa med stöd av artikel 102 i fall gällande misstänkt tyst samordning.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.7.

<sup>223</sup> Omedvetet parallellt beteende är enligt Mezzanotte en typ av beteende som faller mellan kategorierna intensiv konkurrens och samordning. Olika faktorer kan göra att pris konkurrens inte förekommer på en oligopolmarknad, trots att varken uttrycklig eller tyst samordning är förhanden. Se Mezzanotte, 2010, s. 87f.

<sup>224</sup> Mezzanotte, 2010, s. 90ff.

<sup>225</sup> Ibid, s. 94ff.

<sup>226</sup> Ibid, s. 98ff.

# 5 Missbruk av kollektiv dominans

## 5.1 Inledning

Att en grupp av företag anses vara kollektivt dominanta innebär inte i sig någon överträdelse av konkurrensreglerna. Precis som vid individuell dominans krävs det att maktställningen missbrukas för att en överträdelse av artikel 102 ska vara förhanden. Stor osäkerhet omger dock missbruksbegreppet i fall av kollektiv dominans.<sup>227</sup> Detta beror på att vad som räknas som ett missbruk av en kollektiv dominerande ställning är underutvecklat i rättspraxis.<sup>228</sup> I detta kapitel kommer de viktigaste frågorna angående vad som utgör missbruk av kollektiv dominans att behandlas. Först behandlas kollektivt missbruk, dvs. missbruk som utförs av de dominerande företagen tillsammans, därefter redogörs för frågan om en kollektiv dominerande ställning kan missbrukas individuellt av ett ensamt företag ingående i det dominerande oligopolet, och slutligen ska något sägas om så kallade "facilitating practices" under artikel 102.

## 5.2 Kollektivt missbruk

### 5.2.1 Inledning

Precis som vid missbruk av individuell dominans kan man vid missbruk av kollektiv dominans göra en indelning i exploaterande respektive exkluderande eller utestängande missbruk.<sup>229</sup> Detta avsnitt börjar med att behandla exploaterande missbruk, för att sedan redogöra för exkluderande missbruk.

### 5.2.2 Exploaterande missbruk

#### 5.2.2.1 Tyst samordning

I det förra kapitlet beskrevs att den allmänna uppfattningen är att tyst samordning mellan oligopolister, på en marknad som besitter de nödvändiga egenskaperna, kan medföra att en kollektiv dominerande ställning föreligger.<sup>230</sup> Tidigare i uppsatsen har det förklarats att det ekonomiska fenomenet tyst samordning innebär att oligopolföretag uppträder parallellt på marknaden, utan föregående kommunikation, och att priserna stabiliserar sig på en högre nivå än vad som hade varit fallet om en effektiv konkurrens

---

<sup>227</sup> O'Donoghue & Padilla, s. 161.

<sup>228</sup> Whish, s. 565.

<sup>229</sup> Se ovan avsnitt 4.2.3 för en förklaring av dessa termer.

<sup>230</sup> Se ovan avsnitt 4.3.

hade präglat marknaden.<sup>231</sup> Frågan som nu ska behandlas är om detta beteende utgör eller bör utgöra missbruk av en kollektiv dominerande ställning, dvs. om tyst samordning i sig innebär eller bör innebära att en överträdelse av artikel 102 är förhanden.

När en tilltänkt koncentration bedöms under koncentrationsförordningen är en av anledningarna till att kommissionen kan komma att stoppa den, att koncentrationen skulle göra det lättare för företagen på marknaden i fråga att utvinna fördelar av tyst samordning (så kallade samordnade effekter). Detta gör att frågan uppstår om tyst samordning, när den faktiskt praktiseras, bör vara förbjuden såsom missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 102. Annorlunda uttryckt: krävs det, av symmetriska skäl, när förutspådd tyst samordning kan förhindras med hjälp av koncentrationsförordningen, att faktisk tyst samordning omfattas av förbudet i artikel 102?<sup>232</sup>

Ett nekande svar på denna fråga kan tyckas visa på en inkonsekvens i den konkurrensrättsliga regleringen av tyst samordning. Kommissionen har emellertid inte försökt att bekämpa tyst samordning i sig under artikel 102, och enligt Whish är det på goda grunder som kommissionen har avstått från detta. Han konstaterar att tyst samordning uppkommer under vissa marknadsvillkor på grund av att de kollektivt dominerande företagen reagerar rationellt utifrån dessa förutsättningar. Att förbjuda parallellt beteende/tyst samordning i sig skulle således innebära att artikel 102 tvingade företagen att agera irrationellt för att följa lagen, vilket enligt Whish onekligen skulle göra artikel 102 till en udda bestämmelse.<sup>233</sup> Dessutom är parallellt beteende utan ursprung i ett avtal eller samordnat förfarande, som behandlats ovan,<sup>234</sup> inte förbjudet av artikel 101. Det kan då hävdas att samordning som inte är möjlig att komma åt under artikel 101, inte heller ”genom bakhjulet” bör förbjudas av artikel 102. Kontentan av det nu sagda är att tyst samordning endast går att komma åt under artikel 102 när den resulterar i ett missbruk.<sup>235</sup>

### 5.2.2.2 Överprissättning

En annan fråga än den nyss diskuterade, om än relaterad, är om kollektivt dominerande företag kan anses ha missbrukat sin ställning genom överprissättning. Överprissättning faller in under den första punkten av den exemplifierande uppräkningsen i artikel 102, vilken stadgar att missbruk särskilt kan bestå i att direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser. Skillnaden är att missbruket i detta fall inte skulle bestå av tillämpandet av parallella priser, utan istället skulle den höga prisnivån utgöra missbruket.<sup>236</sup>

---

<sup>231</sup> Se ovan avsnitt 2.2.

<sup>232</sup> Whish, s. 565.

<sup>233</sup> Ibid.

<sup>234</sup> Se ovan avsnitt 3.2.

<sup>235</sup> Faull, Jonathan & Nikpay, Ali (redaktörer), *The EC Law of Competition*, 2:a upplagan, Oxford University Press, 2007, s. 343. Se även O'Donoghue & Padilla, s. 162.

<sup>236</sup> Whish, s. 566.

Whish påpekar angående detta att det inte är givet varför kollektivt dominanta företag skulle åtnjuta en immunitet från denna förseelse, när individuellt dominanta företag inte gör det. I princip borde det därför vara möjligt att vidta åtgärder mot överprissättning i ett oligopol.<sup>237</sup> Det är dock högst otroligt att kommissionen skulle försöka bekämpa höga priser på en oligopolistisk marknad genom att hävda att överprissättning föreligger. Artikel 102 har sällan använts för att förbjuda oskäligen höga priser. I praktiken är det väldigt svårt att visa att de uttagna priserna är ”överpriser” och kommissionen vill inte agera som en prisregulator.<sup>238</sup>

### 5.2.3 Exkluderande missbruk

I *CMB-målet*<sup>239</sup> förekom kollektivt exkluderande missbruk. Missbruket bestod bland annat av användandet av så kallade ”fighting ships”. Förfarandet innebar att företagen som tillhörde linjekonferensen genomförde selektiva prissänkningar i syfte att eliminera den enda konkurrenten.<sup>240</sup> Missbruket bestod även i att företagen hade upprättat hundraprocentiga lojalitetsavtal i utbyte mot rabatter.<sup>241</sup>

Det ska dock noteras att *CMB* är ett speciellt mål. Själva linjekonferensen som skapade företagets kollektiva ställning omfattades av ett undantag från förbudet i artikel 101, genom en, numera upphävd, gruppundantagsförordning.<sup>242</sup> Företagen använde dessa lagenliga bindningar inom ramen för linjekonferensen, till att gemensamt utföra handlingar som med god marginal överskred linjekonferensens legitima mål.<sup>243</sup> Vidare kan det även konstateras att mycket av företagets agerande hursomhelst var förbjudet under artikel 101.<sup>244</sup>

När det gäller möjligheten för tyst samordnande företag att gemensamt utföra exkluderande missbruk råder det viss osäkerhet om rättsläget.<sup>245</sup> Faull och Nikpay konstaterar att det saknas fall i praxis som inte har involverat avtal eller strukturella bindningar av något slag. De anser dock att det ändå, utan svårighet, går att föreställa sig förhållanden under vilka företag som ingår i ett begränsat oligopol, kan ägna sig åt exkluderande handlande riktat mot utomstående eller potentiella konkurrenter.<sup>246</sup>

O’Donoghue och Padilla är inne på samma linje. De konstaterar att det mest troliga missbruket av kollektiv dominans är att de berörda företagen genom

---

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Jones & Sufrin, s. 931.

<sup>239</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.6.

<sup>240</sup> Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, p. 89-121.

<sup>241</sup> Ibid, p. 122-137.

<sup>242</sup> Rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om detaljerade regler för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget på sjöfarten, EGT L 378/4, 31.12.1986. Se Whish, s. 964f.

<sup>243</sup> Goyder & Albors-Llorens, s. 377.

<sup>244</sup> Jones & Sufrin, s. 931.

<sup>245</sup> Mezzanotte, 2010, s. 96f.

<sup>246</sup> Faull & Nikpay, s. 343.



tyst samordning antar en strategi som utestänger företag som inte ingår i oligopolet. På så sätt kan företagets dominans upprätthållas eller förstärkas. Författarna nämner, utöver förfarandet i *CMB*, kollektiv säljvägran som ett möjligt exempel; även underprissättning (predatory pricing) nämns som ett tänkbart exempel på missbruk av kollektiv dominans, det krävs dock att en utestängande strategi går att bevisa eftersom rabatter och dylikt inom ett oligopol ofta är ett tecken på mer konkurrens, inte mindre.<sup>247</sup>

Whish påpekar att inträde av nya företag på marknader där tyst samordning är möjlig har en motverkande effekt på detta fenomen, eftersom den tysta samordningen då blir svårare att uppnå. Han tror därför att kommissionen kommer att noggrant utreda anklagelser om missbruk av kollektivt dominanta företag när klagomålen kommer från faktiska eller potentiella konkurrenter som kan ha möjlighet att hindra tyst samordning på marknaden.<sup>248</sup>

Jones och Sufrin har en mer skeptisk inställning till möjligheten att kollektivt dominanta, tyst samordnande företag tillsammans kan utföra handlande som utgör exkluderande missbruk. De anser att det skulle vara svårt att förklara kollektiva beslut angående säljvägran eller att angripa en nykomling på marknaden utifrån oligopolisternas ömsesidiga beroende.<sup>249</sup> Nämnas angående exkluderande missbruk ska avslutningsvis också att kommissionen endast behandlar missbruk av individuell dominans i de nyligen utgivna riktlinjerna angående utestängande åtgärder.<sup>250</sup>

## 5.3 Individuellt missbruk

### 5.3.1 Irish Sugar

Ovan i avsnitt 4.3.3.5 behandlades *Irish Sugar-målet*<sup>251</sup> vari Förstainstansrätten fastslog att kollektiv dominans kan föreligga även i ett vertikalt förhållande mellan exempelvis en tillverkare och en distributör. Målet är betydelsefullt inte bara för detta, utan även på grund av att domstolen uttalade att en kollektiv dominerande ställning kan missbrukas inte enbart gemensamt utan också individuellt.

Förstainstansrätten uttalade härvidlag: “Även om förekomsten av en dominerande ställning kan härledas från den ställning som de berörda företagen tillsammans har på den relevanta marknaden, är det inte nödvändigt att samtliga företag tillsammans har missbrukat denna dominerande ställning. Det är tillräckligt att missbruket kan anses som ett uttryck för företagets kollektiva dominerande ställning. *Företag som har en kollektiv dominerande ställning kan således missbruka denna ställning både*

---

<sup>247</sup> O’Donoghue & Padilla, s. 162.

<sup>248</sup> Whish, s. 566f.

<sup>249</sup> Jones & Sufrin, s. 932.

<sup>250</sup> Kommissionens riktlinjer för missbruksbedömning (se ovan fotnot 6), p. 4.

<sup>251</sup> Mål T-228/97.

*individuellt och gemensamt*. Det är tillräckligt att missbruken har ett samband med den kollektiva dominerande ställning som företagen har på marknaden” [min kursivering].<sup>252</sup>

### 5.3.2 Implikationer av Irish Sugar-målet

I detta avsnitt redovisas några kommentarer ur doktrinen på vad fastställandet att kollektiv dominans går att missbruka även individuellt kan innebära. Enligt Monti kan Förstainstansrättens slutsats i *Irish Sugar* tillämpas på ett flertal olika situationer, såväl vertikala som horisontella. Individuellt missbruk kan exempelvis tänkas förekomma i en situation där tre företag, verksamma i samma handelsled, innehar en kollektiv dominerande ställning och där ett fjärde företag försöker ta sig in på marknaden. Om i detta läge endast ett företag ägnar sig åt underprissättning eller något annat agerande i syfte att utestänga nykomlingen kan kommissionen, enligt Monti, vidta åtgärder mot detta företag, utan att den behöver agera mot de andra företagen. Monti konstaterar vidare att domen innebär att en individuellt sett icke-dominerande distributör, som har tillräckligt starka band med en dominerande tillverkare, är underkastad samma ansvar som tillverkaren att inte hindra konkurrensen. Således finns möjligheten att ett försök av distributören att försvara sin marknadsställning kan bedömas som ett missbruk. Monti fastslår vidare att detta innebär en omfattande utvidgning av kommissionens jurisdiktion under artikel 102.<sup>253</sup>

Jones och Sufrin påpekar att det inte är helt lätt att avgöra om ett handlande, som normalt sett utgör missbruk när det utförs av ett individuellt dominerande företag, också ska anses som missbruk när det utförs av ett företag ingående i ett dominerande oligopol. Exempelvis tillämpandet av lojalitetsrabatter, prisdiskriminering och selektiva prissänkningar kan innebära missbruk av individuell dominans, men när dessa förfaranden tillämpas av ett företag på en oligopolistisk marknad kan det vara ett tecken på att priskonkurrens faktiskt förekommer mellan oligopolisterna.<sup>254</sup>

Författarna anser dock att konceptet med individuellt missbruk av kollektiv dominans eventuellt kan vara användbart för att förhindra åtgärder av en oligopolist riktade mot en nykomling på marknaden i syfte att skydda oligopolet generellt, och även för att förhindra att ett företag signalerar sina prissättningsplaner till de övriga medlemmarna av oligopolet (mer om detta nedan i nästa avsnitt). Vidare anser de att individuellt missbruk kan vara förhanden då ett företag riktar prissänkningar mot ett prissänkande företag som destabiliserar tyst samordning på en begränsad oligopolistisk marknad (agerandet kan i detta fall utgöra en bestraffningsmekanism).<sup>255</sup>

---

<sup>252</sup> Ibid, p. 66.

<sup>253</sup> Monti, Giorgio, *The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC*, Common Market Law Review 38, 2001, s. 143f.

<sup>254</sup> Jones & Sufrin, s. 933.

<sup>255</sup> Ibid.

O'Donoghue och Padilla anser att det är riktigt att en kollektiv dominerande ställning kan missbrukas individuellt, men poängterar att det ifrågasatta beteendet ska vara ett uttryck för den kollektiva dominerande ställningen. Beteendet måste därför vara en del av en tyst överenskommen handlingsstrategi och inte endast någon orelaterad handling som ett enskilt företag utför på en oligopolistisk marknad. Författarna menar vidare att det i praktiken är mycket osannolikt att exploaterande missbruk, exempelvis överprissättning, kan utföras ensamt av ett kollektivt dominant företag. De anser däremot att det är möjligt att exkluderande missbruk och missbruk som utgörs av repressalier (mot avvikande företag) kan utföras av ett företag även om de övriga företagen inte agerar likartat.<sup>256</sup>

Vecchi har i en artikel analyserat vad som bör krävas för att ett ensidigt agerande från ett företag i ett begränsat oligopol ska klassificeras som missbruk av kollektiv dominans. Bristen på rättspraxis och klara riktlinjer under artikel 102 får henne att göra en jämförelse med behandlingen under artikel 101 av ensidigt agerande inom ramen för så kallade komplexa avtal (complex agreements eller single overall agreements). Denna analogi leder henne till slutsatsen att ett individuellt missbruk måste kännetecknas av att det är ett uttryck för den kollektiva dominerande ställningen,<sup>257</sup> att de övriga medlemmarna av oligopolet känner till missbruket<sup>258</sup> samt att de alla drar nytta av det.<sup>259</sup>

Genom att inkludera det sista villkoret – att de dominerande företagen tillsammans ska tjäna på det individuella missbruket – anser hon att individuellt missbruk kan särskiljas från beteende som endast utgör medvetet parallellt uppträdande och som inte är förbjudet. Genom denna tolkning av *Irish Sugar-domen* säkerställs enligt Vecchi således att definitionen av individuellt missbruk inte är för vid. I artikeln exemplifierar hon med några så kallade ”facilitating practices” som hon anser uppfyller villkoren, då de bland annat är till nytta för den kollektivt innehavda dominerande ställningen; denna typ av förfaranden kommer att behandlas nedan i nästa avsnitt.<sup>260</sup>

Vecchi ställer även frågan om ett individuellt missbruk kan leda till ett kollektivt ansvar för de företag som innehar den dominerande ställningen och som gemensamt har dragit nytta av missbruket. Frågan besvaras dock nekande då företagen annars skulle bestraffas enkom för att de är medlemmar i oligopolet och anpassar sig efter de övriga företagens agerande.<sup>261</sup>

---

<sup>256</sup> O'Donoghue & Padilla, s. 161f.

<sup>257</sup> Se ovan citatet från *Irish Sugar-domen*: ”Det är tillräckligt att missbruket kan anses som ett uttryck för företagets kollektiva dominerande ställning.”

<sup>258</sup> Detta uppfylls enligt Vecchi genom den transparens som råder inom ett begränsat oligopol.

<sup>259</sup> Vecchi, Teresa, *Unilateral Conduct in an Oligopoly according to the Discussion Paper on Art. 82: Conscious Parallelism or Abuse of Collective Dominance?*, World Competition 31(3), 2008, s. 393ff.

<sup>260</sup> Ibid.

<sup>261</sup> Ibid, s. 397f.

Mezzanotte konstaterar att det inom doktrinen råder relativt stor enighet om att ett enskilt företag som tillhör en grupp av tyst samordnade, kollektivt dominerande företag kan agera å gruppens vägnar och utföra exkluderande handlingar (antingen för att reagera mot interna avvikelser eller för att skydda gruppens marknadsställning mot utomstående). Han poängterar dock att ett individuellt missbruk av ett företag, tillhörande en grupp av tyst samordnade oligopolister, förutsätter att företagen inte kommunicerar med varandra under utförandet av de handlingar som utgör missbruket (annars faller agerandet in i kategorin uttrycklig samordning och bör behandlas under artikel 101 istället). Mezzanotte ifrågasätter i sin artikel hur sannolikt antagandet om avsaknad av kommunikation är i verkligheten.<sup>262</sup>

Mezzanotte förklarar sitt resonemang genom att exemplifiera med *CMB-målet*.<sup>263</sup> I det fallet tillämpade linjekonferensmedlemmarna som nämnts selektiva prissänkningar genom användandet av så kallade ”fighting ships”. Syftet var att slå ut den enda utomstående konkurrenten och förfarandet medförde en intäktsförlust för det enskilda företaget som tillhandahöll ett visst ”fighting ship”. Dessa förluster fördelades dock sedermera på alla företagen. Bestämmandet av vilka fartyg som skulle användas för att bekämpa konkurrenten och hur kostnaderna skulle fördelas diskuterades på möten i en speciell kommitté.<sup>264</sup>

Mezzanotte konstaterar att förfarandet involverade en följd av handlingar som utfördes av enskilda företag å gruppens vägnar och syftade till att utestänga en faktisk konkurrent. Det är dock enligt honom osannolikt att ett liknande scenario skulle kunna uppstå i avsaknad av kommunikation mellan företagen. Detta framförallt för att en handlingsstrategi syftande till att få ett lika effektivt företag att lämna marknaden, medför att det enskilda företaget som agerar för gruppens räkning ådrar sig stora kortsiktiga förluster. Det är enligt Mezzanotte inte troligt att ett ensamt företag skulle ägna sig åt denna typ av underprissättning (predatory pricing) om det inte kan dela förlusten med de övriga företagen i det dominerande oligopolet. Detta kan antingen bero på att företaget inte har finansiell kapacitet att bära den stora kortsiktiga förlusten eller på att förfarandet anses olönsamt eftersom företaget ensamt bär kostnaderna, medan också de andra företagen får del av intäkterna när konkurrenten är ute ur bilden och företagen kan tillämpa höga, tyst samordnade priser.<sup>265</sup>

Mezzanotte noterar avslutningsvis att det finns ytterligare ett problem med att genomföra det nu beskrivna förfarandet utan föregående kommunikation, nämligen att det kan vara svårt att särskilja en utestängande åtgärd (underprissättning i detta exempel) riktad mot en utomstående från en avvikelse från den gemensamma strategin (så som den har kommit till uttryck genom den tysta samordningen). Detta identifikationsproblem

---

<sup>262</sup> Mezzanotte, 2010, s. 97f.

<sup>263</sup> Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P. Se ovan avsnitt 4.3.3.6.

<sup>264</sup> Mezzanotte, 2010, s. 97f.

<sup>265</sup> Ibid.

riskerar således också att leda till kommunikation och uttrycklig samordning.<sup>266</sup>

## 5.4 ”Facilitating practices” under artikel 102

Tyst samordning kan enligt vad som tidigare redogjorts för leda till höga priser och negativa effekter för konsumenterna.<sup>267</sup> Ovan i avsnitt 5.2.2.1 konstaterades dock att tyst samordning inom ett begränsat oligopol inte i sig är att betrakta som missbruk av kollektiv dominans och att det dessutom finns goda skäl för denna ordning. Detta medför att det kan vara rimligt att istället försöka förhindra att tyst samordning uppkommer, vilket bland annat sker genom kontrollen av företagsförvärv.<sup>268</sup>

Tyst samordning kan dock också i vissa fall motverkas genom att så kallade ”facilitating practices” kan anses som överträdelser av antingen artikel 101 eller artikel 102. Enligt vad som har beskrivits tidigare i denna uppsats krävs det att marknaden har vissa speciella egenskaper och att vissa förutsättningar är förhållandevis för handen för att tyst samordning ska kunna förekomma.<sup>269</sup> Med ”facilitating practices” avses här förfaranden som underlättar och främjar tyst samordning genom att de nödvändiga marknadsförutsättningarna skapas.<sup>270</sup> Nedan ska behandlas några olika typer av sådana metoder som eventuellt kan innebära ett missbruk av en kollektiv dominerande ställning under artikel 102.<sup>271</sup>

Monti anser att faktumet att kollektiv dominans kan missbrukas individuellt gör det möjligt att komma åt ett antal förfaranden som främjar tyst samordning.<sup>272</sup> Bland annat menar han att det går att stävja prisledarskap och aviseringar om framtida priser. När prisledaren aviserar de priser han ämnar tillämpa framledes kan detta utgöra ett missbruk eftersom förfarandet främjar tyst samordning. Enligt Monti ska de företag som endast anpassar sig efter prisledarens aviseringar undgå bestraffning; således är det enbart det företag som initierar den gemensamma prishöjningen som har överträtt artikel 102. Missbruket är också enkelt att sätta stopp för genom att förbjuda fortsatta prisaviseringar som underlättar tyst samordning.<sup>273</sup>

---

<sup>266</sup> Ibid, s. 98.

<sup>267</sup> Se ovan avsnitt 2.1.4-2.3.

<sup>268</sup> Se ovan avsnitt 2.5. Inom koncentrationskontrollen utreds bland annat om koncentrationer riskerar att leda till ”samordnade effekter”, se Whish, s. 548.

<sup>269</sup> Se ovan avsnitt 2.4.

<sup>270</sup> Monti, 2007, s. 335.

<sup>271</sup> ”Facilitating practices” under artikel 101 faller utanför ramen för denna uppsats, se ovan avsnitt 1.4.

<sup>272</sup> Vecchi är av samma åsikt. Se Vecchi, s. 397.

<sup>273</sup> Monti, 2007, s. 341. Det är dock möjligt att aviseringar om planerade, framtida priser kan anses som en indirekt kontakt mellan företagen och utgöra ett samordnat förfarande enligt artikel 101 om aviseringarna inte är berättigade av något legitimt affärsmässigt skäl (exempelvis kundernas behov av information), se Jones & Sufrin, s. 916f.

Vidare anser Monti att tillämpandet av vissa avtalsklausuler som främjar tyst samordning, men som inte nödvändigtvis strider mot artikel 101, kan anses som missbruk av en kollektiv dominerande ställning. En sådan klausul är en så kallad mest gynnad kund-klausul, vilken innebär att säljaren förbinder sig att retroaktivt erbjuda köparen samma rabatt som han eventuellt kommer att ge framtida köpare. Om alla företagen på en oligopolistisk marknad använder sig av denna typ av klausul, kommer priserna att stabiliseras på en högre nivå än vad som annars skulle gällt eftersom rabatter motverkas.<sup>274</sup>

En liknande effekt kan dock erhållas även om endast ett företag använder sig av klausulen. Detta eftersom klausulen kan fungera som en signal till de andra företagen om att de kan höja sina priser till den nivå som företaget som använder sig av klausulen tillämpar. Detta företag indikerar nämligen att det inte tänker sänka sina priser eller ge sig in i något priskrig om de andra företagen anpassar sig till dess strategi. En förutsättning för att klausulen ska kunna fungera som en signal är dock givetvis att de övriga företagen får vetskap om användandet av den. Enligt Monti kan särskilt ett prisledarskap kombinerat med en mest gynnad kund-klausul beskrivas som en trovärdig gest att man är samarbetsvillig, en gest som det ligger i de andra oligopolisternas intresse att acceptera.<sup>275</sup>

En annan slags klausul som har liknande effekt är en så kallad ”meet competition clause”, dvs. en bestämmelse vari säljaren lovar att matcha en konkurrents pris utifall att denne erbjuder ett lägre pris än säljaren. Konkurrenter som känner till att en viss (eller vissa) säljare tillämpar en sådan klausul får en ställning som prisledare. Konkurrenterna kommer sannolikt att vara ovilliga att sänka priserna eftersom säljarens klausul garanterar att ett priskrig i så fall bryter ut. Vidare kan en klausul av denna typ avskräcka andra företag från att försöka etablera sig på marknaden, eftersom den visar att det kommer att bli svårt att konkurrera med låga priser mot de redan etablerade företagen.<sup>276</sup>

Monti medger dock att det finns en del problem för kommissionen om den ska försöka förhindra de ovan beskrivna förfarandena. Aviseringar om framtida priser kan vara svåra att komma åt, eftersom prisledaren kan hävda att kunderna har ett berättigat intresse av att bli informerade om kommande priser så att de kan planera sin verksamhet. När det gäller avtalsklausulerna är problemet att de vid första påseende verkar vara garantier för lägre priser och således kan tolkas som att priskonkurrens existerar på marknaden. Att kräva ett stopp för dessa förfaranden kan därför i vissa fall skada konkurrensprocessen.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> Monti, 2007, s. 340f.

<sup>275</sup> Ibid.

<sup>276</sup> Monti, 2001, s. 148.

<sup>277</sup> Monti, 2007, s. 342.

# 6 Avslutande kommentarer

## 6.1 Kollektiv dominans

Till att börja med kan det konstateras att tyst samordning mellan oligopolister inte omfattas av förbudet i artikel 101 i EUF-fördraget mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden. Tidigare i uppsatsen beskrevs att denna bestämmelse kräver någon slags direkt eller indirekt kontakt mellan företag för att vara tillämplig; att enbart anpassa sig efter konkurrenternas faktiska eller förväntade beteende är inte förbjudet. Oligopolister som observeras uppträda parallellt kan freda sig från en anklagelse om olaglig samordning genom att hänvisa till marknadens struktur och egenskaper. Marknadsstrukturen fungerar då som en rimlig alternativ förklaring till det parallella uppträdandet och det kan således inte slås fast att ett agerande i strid med artikel 101 ligger bakom.<sup>278</sup>

Efter att rättsläget beträffande artikel 101 sålunda klargjorts har denna uppsats fokuserat på begreppet kollektiv dominans under artikel 102 i EUF-fördraget. Uppsatsens frågeställning angående på vilket sätt fristående företag måste vara förenade för att deras ställning på marknaden ska kunna bli föremål för en kollektiv bedömning är, vilket framkommit i uppsatsen, ytterst en fråga om huruvida tyst samordning kan konstituera kollektiv dominans för artikel 102:s ändamål. För att besvara denna fråga har i uppsatsen en genomgång av relevant rättspraxis företagits och de viktigaste slutsatserna från denna undersökning ska nu sammanfattas och diskuteras.

Det grundläggande rättsfallet under artikel 102 är *Italian Flat Glass*<sup>279</sup> som bekräftade att konceptet kollektiv dominans existerade, och fastslog att en kollektiv dominerande ställning kunde föreligga ifall två eller flera oberoende ekonomiska enheter var förenade av ekonomiska bindningar. Stor osäkerhet om rättsläget följde dock efter detta rättsfall och det mål under artikel 102 som främst har fört rättsutvecklingen framåt är otvivelaktigt *CMB*.<sup>280</sup> Detta mål klargör att kollektiv dominans förutsätter att företagen ur ekonomisk synvinkel uppträder eller agerar tillsammans som en kollektiv enhet. Domstolens resonemang lägger stor vikt vid att företagen ska utgöra en kollektiv enhet och det är för att utröna om det föreligger en kollektiv enhet som man ska undersöka de ekonomiska banden mellan företagen. De ekonomiska banden ska vidare ge företagen möjlighet att tillsammans agera oberoende av konkurrenter, kunder och konsumenter.

*CMB-domen* fastslår även att ett avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 101 inte är tillräckligt i sig, men att genomförandet av ett avtal, beslut eller samordnat

---

<sup>278</sup> Se ovan kapitel 3.

<sup>279</sup> Se ovan avsnitt 4.3.2.

<sup>280</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.6.

förfarande kan få den effekten att de berörda företagen förenas på så sätt att de uppträder som en kollektiv enhet. De nu berörda slutsatserna av *CMB-målet* var betydelsefulla för förståelsen av konceptet kollektiv dominans, men avgörandets mest uppmärksammade passage var utan tvivel domstolens uttalande att en kollektiv dominerande ställning kan föreligga även i avsaknad av ett avtal eller andra juridiska band. Förekomsten av kollektiv dominans kan som nämnts istället ”vara resultatet av andra förhållanden och bero på en ekonomisk bedömning och, i synnerhet, en bedömning av marknadsstrukturen”.<sup>281</sup>

Frågan är då hur denna referens till en bedömning av marknadsstrukturen ska tolkas. Innebär den att tyst samordning mellan företag i ett begränsat oligopol möjliggör att företagen kan bli föremål för en kollektiv bedömning och anses vara kollektivt dominanta? Som har beskrivits tidigare i uppsatsen var ett jakande svar på denna fråga en vanlig, om än inte den enda, tolkningen av domen i doktrinen. Personligen så delar jag denna uppfattning; det ligger väldigt nära till hands att tolka uttalandena om ekonomisk bedömning och en bedömning av marknadsstrukturen på detta sätt. Viss osäkerhet får dock anses råda gällande denna tolkning av rättsläget baserad på detta uttalande av EG-domstolen. Detta dels beroende på att begreppet tyst samordning eller något synonymt uttryck eller någon beskrivning av detta ekonomiska fenomen inte förekommer i domen, och dels framförallt beroende på att varken *CMB-målet* självt eller något annat mål under artikel 102 har handlat om företag som genom tyst samordning har koordinerat sitt uppträdande på marknaden.

Ytterligare argument för att den korrekta tolkningen av gällande rätt är att tyst samordning kan medföra att en kollektiv dominerande ställning kan konstateras i missbruksärenden, får dock anses följa av EU-domstolarnas rättspraxis i koncentrationsärenden och hur domstolarna har förhållit sig till denna praxis i mål under artikel 102. *Gencor-målet*<sup>282</sup> och, framförallt, *Airtours-målet*<sup>283</sup> medger inget utrymme för tvivel om att tyst samordning inkluderas i begreppet kollektiv dominans så som det tolkas i koncentrationsärenden. Eftersom koncentrationskontrollen och förbudet mot missbruk av marknadsdominans är två separata sätt att upprätthålla en effektiv konkurrens, är det givetvis möjligt att ett begrepp som kollektiv dominans skulle kunna ha delvis olika innebörd under dessa skilda områden. Det finns dock inget i rättspraxis som tyder på att så är fallet. Tvärtom kan det påstås, även om det inte har uttryckts explicit i praxis, att domstolarna verkar anse att konceptet kollektiv dominans är det samma i koncentrations- och missbruksärenden.

Denna uppfattning bygger på ständigt återkommande hänvisningar i koncentrationsmål till tidigare avgjorda missbruksmål, och vice versa. Dessa korsreferenser har, som tidigare nämnts, av många tolkats som att begreppet kollektiv dominans har en enhetlig innebörd oavsett om det är

---

<sup>281</sup> Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, p. 45. Se ovan avsnitt 4.3.3.6.

<sup>282</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.4.

<sup>283</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.7.



artikel 102 eller koncentrationsförordningen som ska tillämpas. Bland annat har hänvisningen till *Airtours*-kriterierna (dvs. villkoren om marknadstransparens, vedergällningsmekanism och att utomstående inte får äventyra den tysta samordningen) i *Laurent Piau-målet*<sup>284</sup> setts som en bekräftelse på att dessa kriterier ska tillämpas även i missbruksärenden, och att tyst samordning därmed kan utgöra ”ekonomiska bindningar” och medföra en kollektiv dominerande ställning vid tillämpningen av artikel 102.

Som redogjorts för tidigare har dock dessa hänvisningar i allmänhet, och referensen till *Airtours* i *Laurent Piau-målet* i synnerhet, kritiserats av Mezzanotte. Hans kritik av hänvisningen i *Laurent Piau* grundar sig på att det målet inte hade något med tyst samordning att göra och att det därför inte fanns någon poäng med att hänvisa till *Airtours*-kriterierna, särskilt som domstolen sedan inte tillämpade kriterierna på omständigheterna i målet. Denna kritik är enligt min mening välgrundad; det är ägnat att skapa mer förvirring än klarhet att på ett vårdslöst sätt referera till praxis under ett annat rättsligt instrument.

Sammantaget får dock, den nu angivna kritiken till trots, hänvisningen till *Airtours* i *Laurent Piau* och de övriga hänvisningarna ses som ett starkt indicium på att begreppet kollektiv dominans har en enhetlig innebörd, oberoende av om artikel 102 eller koncentrationsförordningen ska tillämpas. Noteras ska även att Mezzanottes egen slutsats är att tyst samordning kan leda till att kollektiv dominans är förhållandevis också i missbruksärenden. Han använder dock hellre *Impala*<sup>285</sup> än *Laurent Piau* som rättsligt stöd för denna slutsats. *Impala-domen* bekräftade som nämnts att en grupp av företag kan inneha en kollektiv dominerande ställning redan innan en koncentration om de är engagerade i tyst samordnat beteende. Eftersom detta är den typ av bedömning som ska göras under artikel 102, anser Mezzanotte att domen kan komma att influera tillämpningen i missbruksärenden.<sup>286</sup>

Sammanfattningsvis får gällande rätt enligt min mening anses innefatta en möjlighet för kommissionen (eller annan), att i ett missbruksärende hävda att två eller flera självständiga företag tillsammans innehar en kollektiv dominerande ställning på den grunden att företagen tyst samordnar sitt marknadsuppträdande.

De fall gällande kollektiv dominans som hittills har förekommit under artikel 102 har dock, som flera gånger nämnts, inte rört situationer där tyst samordning har förekommit, utan det har istället förelegat så kallade juridiska band mellan företagen. Om kommissionen framöver kommer att driva fall där tyst samordning utgör den enda grunden för den kollektiva dominerande ställningen är oklart. I de nyligen utgivna riktlinjerna om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 102 på utestängande åtgärder behandlas som nämnts endast missbruk av individuell

---

<sup>284</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.9.

<sup>285</sup> Se ovan avsnitt 4.3.3.10.

<sup>286</sup> Se ovan avsnitt 4.3.4.

dominans.<sup>287</sup> En möjlig tolkning av detta är att missbruk av kollektiv dominans inte är en prioriterad fråga för kommissionen, huruvida så är fallet får dock betraktas som oklart.

Relaterad till den nu förda diskussionen är frågan om kommissionen bör ingripa mot ett agerande som den uppfattar som ett missbruk av företag som misstänks tyst samordna sitt beteende (och på så sätt inneha en kollektiv dominerande ställning). Frågan har berörts i uppsatsen<sup>288</sup> och sammanhänger med hur man bevisar att tyst samordning verkligen äger rum. I brist på rättspraxis om tyst samordning i missbruksärenden är det oklart vilken typ av bevisning som erfordras. Enligt Mezzanotte kan det dock vara svårt att visa att det är just tyst samordning som ligger bakom ett parallellt marknadsuppträdande. Bevisproblemen leder enligt honom till att det föreligger en hög risk för felaktiga beslut om kommissionen börjar driva fall med misstänkt tyst samordning under artikel 102. Han anser att kommissionen därför gör bäst i att avstå från att driva dessa fall. Bevisfrågor av detta slag har som sagt inte behandlats i rättspraxis, men Mezzanotte visar i sin artikel att det finns många potentiella problem och att det är viktigt att ta risken för kostsamma, felaktiga beslut i beaktande.

## 6.2 Missbruk av kollektiv dominans

För att en överträdelse av artikel 102 ska vara förhanden krävs det att ett agerande som kan betecknas som missbruk av en dominerande ställning har ägt rum. Endast innehav av marknadsdominans är inte oförenligt med konkurrensreglerna. Detta gäller som nämnts oavsett om den dominerande ställningen innehåser individuellt eller kollektivt. Då missbruk av marknadsdominans kan förekomma i en mängd olika former (en uttömmande lista saknas som bekant) har avsikten med denna del av uppsatsen inte varit att resonera kring alla upptänkliga typer av missbruk av kollektiv dominans som kan tänkas förekomma. Fokus har istället varit på vissa särskilda frågor som uppkommer i förhållande till missbruk av kollektiv dominans.

En sådan fråga är om tyst samordning i sig ska anses som ett missbruk. Genom tyst samordning kan oligopolister lyckas sälja sina produkter till priser som är högre än de konkurrensmässiga, vilket ökar deras vinster på konsumenternas bekostnad. Tyst samordning kan därför sägas vara ett sätt att exploatera den gemensamma maktställningen på marknaden. Mot denna bakgrund skulle man kunna argumentera för att tyst samordning är ett beteende som bör klassificeras som missbruk. På denna punkt är dock doktrinen entydig: tyst samordning i sig utgör inte missbruk och bör ej heller betraktas som sådant.<sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> Kommissionens riktlinjer för missbruksbedömning (se ovan fotnot 6), p. 4.

<sup>288</sup> Se ovan avsnitt 4.3.5.

<sup>289</sup> Se ovan avsnitt 5.2.2.1.

Denna uppfattning är enligt min mening både korrekt och rimlig. Att ett företag på ett rationellt sätt anpassar sig efter sina konkurrenters faktiska och förväntade beteende är inget som bör betecknas som missbruk. Vidare skulle oligopolister som innehar en kollektiv dominerande ställning på grund av att de tyst har samordnat sitt marknadsbeteende, per automatik också ha missbrukat denna ställning genom samma tysta samordning. Detta skulle vara oförenligt med den distinktion som berördes inledningsvis mellan å ena sidan innehav av en dominerande ställning och å andra sidan missbruk av en sådan ställning. Att tyst samordning i sig inte utgör missbruk är dock som nämnts inte liktydigt med att medlemmar av ett dominerande oligopol är immuna mot missbruksformen överprissättning. Principiellt sett bör det vara så att även en kollektiv dominerande ställning kan missbrukas genom överprissättning, men som har redogjorts för är det i praktiken osannolikt att kommissionen kommer att driva några ärenden av denna typ.<sup>290</sup>

Kollektivt dominerande företag kan även genom exkluderande åtgärder missbruka sin ställning.<sup>291</sup> Ett exempel på detta är *CMB-målet*. I övrigt finns det väldigt lite rättspraxis inom detta område. Inom doktrinen diskuteras främst huruvida tyst samordnande företag kollektivt kan utföra olika typer av exkluderande missbruk. Det råder delvis olika uppfattningar och detta är en fråga som sammanhänger med hur mycket det är troligt att företagen kan åstadkomma inom ramen för den tysta samordningen, dvs. utan att kommunicera med varandra och uttryckligen komma överens om hur en exkluderande strategi ska se ut. Rättsläget gällande kollektivt exkluderande missbruk får sammanfattningsvis betraktas som mycket oklart.

I uppsatsen har det även redogjorts för att en kollektiv dominerande ställning kan missbrukas individuellt. *Irish Sugar-domen* slog dels fast att kollektiv dominans kan föreligga i ett vertikalt förhållande och dels att en kollektiv dominerande ställning kan missbrukas även individuellt. Förstainstansrätten uttalade i målet att det inte krävs att företagen tillsammans missbrukar den dominerande ställningen. Det är enligt domstolen tillräckligt att missbruket är ett uttryck för företagets kollektiva dominans.<sup>292</sup>

Konstaterandet att ett ensamt företag, som tillhör en grupp kollektivt dominerande företag, individuellt kan agera på ett sätt som utgör missbruk kan potentiellt få stor betydelse. Det öppnar upp för att kommissionen kan komma åt betydligt fler handlingar vidtagna av dominanta oligopolister. I doktrinen har det som tidigare beskrivits identifierats ett flertal möjliga tillämpningsområden för konceptet individuellt missbruk. Det ska dock sägas att den över tio år gamla *Irish Sugar-domen* inte verkar ha fått något större genomslag i praktiken. I rättspraxis lyser fall av individuellt missbruk av kollektiv dominans med sin frånvaro och det återstår att se om det framöver blir någon ändring på detta förhållande.

---

<sup>290</sup> Se ovan avsnitt 5.2.2.2.

<sup>291</sup> Se ovan avsnitt 5.2.3.

<sup>292</sup> Se ovan avsnitt 5.3.1.

En tänkbar orsak till denna brist på rättspraxis är att vissa förfaranden som kan utgöra missbruk, är svåra eller olönsamma att genomföra individuellt utan att kommunicera med de övriga företagen i det dominerande oligopolet. Mezzanotte anser till exempel att ett ensamt företags underprissättning i syfte att eliminera en konkurrent och skydda det dominerande oligopolet är svårt att genomföra i en kontext av tyst samordning. Dels är det oklart om de övriga företagen kommer att identifiera agerandet som vidtaget i det gemensamma intresset och inte som en avvikelse från den samordnade prisnivån, och dels är det osannolikt att ett företag skulle vara villigt att dra på sig stora förluster utan att det finns en mekanism för att fördela dessa på samtliga medlemmar av det dominerande oligopolet.<sup>293</sup> Jag instämmer i Mezzanottes resonemang och det är möjligt att konceptet individuellt missbruk, vid en närmare ekonomisk analys, visar sig vara mindre användbart än vad det kan verka vid första anblick.

En möjlig effekt av *Irish Sugar-domen* är dock att olika typer av individuellt vidtagna förfaranden som främjar tyst samordning kan anses som missbruk av kollektiv dominans. I uppsatsen har aviseringar om planerade, framtida priser (prisedarskap) och tillämpandet av vissa avtalsklausuler diskuterats i detta sammanhang.<sup>294</sup> Enligt min mening skulle det vara positivt om konceptet individuellt missbruk kan tillämpas på detta sätt för att bekämpa tyst samordning; detta särskilt eftersom tyst samordning i sig, enligt vad som redogjorts för ovan, varken är eller bör vara att betrakta som missbruk. Viss försiktighet i tillämpningen är dock påkallad eftersom prisaviseringar och de tidigare berörda avtalsklausulerna kan användas för berättigade ändamål.

Det bör även noteras att det finns en tydlig begränsning med denna strategi för att bekämpa tyst samordning. Begränsningen är att på en marknad där tillräckliga förutsättningar för tyst samordning finns inneboende i marknadsstrukturen, är skälen få för oligopolisterna att använda sig av förfaranden som främjar upprätthållandet av den tysta samordningen. Avslutningsvis angående denna typ av förfaranden får återigen konstateras att det saknas rättspraxis och att huruvida artikel 102 kommer att tillämpas för detta ändamål får betraktas som oklart.

---

<sup>293</sup> Se ovan avsnitt 5.3.2.

<sup>294</sup> Se ovan avsnitt 5.4.

# Bilaga: Utdrag ur EUF-fördraget

## Artikel 101 i EUF-fördraget

1. Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

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

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

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

- på avtal eller grupper av avtal mellan företag,
- beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,
- samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

- a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
- b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

## Artikel 102 i EUF-fördraget

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

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

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

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck från EU

Rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om detaljerade regler för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget på sjöfarten, EGT L 378/4, 31.12.1986.

Rådets förordning (EEG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer, EGT L 395/1, 30.12.1989.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1/1, 4.1.2003.

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, EUT L 24/1, 29.1.2004.

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45/7, 24.2.2009.

## Litteratur

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, 1:a upplagan, Norstedts Juridik, 2005.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, 2009.

Bishop, Simon & Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3:e upplagan, Sweet & Maxwell, 2010.

Faull, Jonathan & Nikpay, Ali (redaktörer), *The EC Law of Competition*, 2:a upplagan, Oxford University Press, 2007.

Goyder, Joanna & Albors-Llorens, Albertina, *Goyder's EC Competition Law*, 5:e upplagan, Oxford University Press, 2009.

Jermsten, Rikard & Jonsson, Therese, *Kollektiv dominans*, Juristförlaget, 1997.

Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, 3:e upplagan, Oxford University Press, 2008.

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

O'Donoghue, Robert & Padilla, A. Jorge, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006.

Van den Bergh, Roger J. & Camesasca, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2:a upplagan, Sweet & Maxwell, 2006.

Wetter, Carl, Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt – en kommentar*, 4:e upplagan, Thomson Reuters, 2009.

Whish, Richard, *Competition Law*, 6:e upplagan, Oxford University Press, 2009.

## **Artiklar**

Fernandez, Pablo Muniz, *Increasing powers and increasing uncertainty: collective dominance and pricing abuses*, *European Law Review* 25(6), 2000, s. 645-653.

Mezzanotte, Felix E., *Tacit collusion as economic links in article 82 EC revisited*, *European Competition Law Review* 30(3), 2009, s. 137-142.

Mezzanotte, Félix E., *Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error*, *World Competition* 33(1), 2010, s. 77-102.

Monti, Giorgio, *The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC*, *Common Market Law Review* 38, 2001, s. 131-157.

Nygren, Marie & Nilsson, Mats, *Förstainstansrättens dom i Airtours-målet – betyder kollektiv dominans tyst samordning?*, *Europarättslig Tidskrift*, 2002, s. 539-566.

Stroux, Sigrid, *Joined Cases C395/96 P and C396/96 P, Compagnie Maritime Belge and Others v. Commission, Judgment of the Fifth Chamber of 16 March 2000*, *Common Market Law Review* 37, 2000, s. 1249-1264.

Vecchi, Teresa, *Unilateral Conduct in an Oligopoly according to the Discussion Paper on Art. 82: Conscious Parallelism or Abuse of Collective Dominance?*, *World Competition* 31(3), 2008, s. 385-400.



# Rättsfallsförteckning

## EG-domstolen

Mål 48/69, ICI mot kommissionen (Dyestuffs), REG 1972 s. 619.

Mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978 s. 207.

Mål 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG mot kommissionen, REG 1979 s. 461.

Mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983 s. 3461.

Mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, REG 1991 s. I-3359.

Mål 89/85 m.fl., Åhlström Oy m.fl. mot kommissionen (Wood Pulp II), REG 1993 s. I-1307.

Mål C-393/92, Almelo mot NV Energiebedrijf Ijsselmij, REG 1994 s. I-1477.

Förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike och SCPA och EMC mot kommissionen, REG 1998 s. I-1375.

Mål C-199/92 P, Hüls AG mot kommissionen, REG 1999 s. I-4287.

Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000 s. I-1365.

Mål C-413/06 P, Bertelsmann AG och Sony Corporation of America mot Impala, REG 2008 s. I-4951.

## Förstainstansrätten

Mål T-68/89 m.fl., Società Italiana Vetro SpA mot kommissionen (Italian Flat Glass), REG 1992 s. II-1403.

Mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999 s. II-753.

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

Mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002 s. II-2585.

Förenade målen T-191/98 och T-212/98 till T-214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot kommissionen (TACA), REG 2003 s. II-3275.

Mål T-193/02, Laurent Piau mot kommissionen, REG 2005 s. II-209.