



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Björn Lindholm Gantoft

Dubiös dominans

En analys av marknadsdefinitionen och innebörden av hävstångseffekten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: VT13

Innehåll

1	Inledning	3
1.1	Bakgrund	3
1.2	Problemformulering och syfte	4
1.3	Avgränsning	5
1.4	Metod	6
1.5	Disposition	6
2	Att definiera en marknaden	7
2.1	Den relevanta marknaden	7
2.2	Förfarandet enligt artikel 102	8
2.3	Begreppet relevant marknad	8
2.4	Marknadstillkännagivandet	9
2.4.1	Utbytbarhet på efterfrågesidan	11
2.4.2	SSNIP-testet	12
2.4.3	Kvantitativa tester	13
2.4.3.1	Price Correlation Analysis	13
2.4.3.2	Price elasticity analysis	14
2.4.3.3	Shock analysis	14
2.4.3.4	Co-integration analysis	14
2.4.4	Kvantitativa tester sammanfattat	15
2.5	Utbytbarhet på utbudssidan	15
2.6	Potentiell konkurrens	16
2.7	Hur bedöms utbytbarhet	16
2.7.1	Relevant information vid bedömningen av produktmarknaden	17
2.7.2	Relevant information av fastställandet av den geografiska marknaden	18
2.8	Substitutionskedjor	19
2.9	Primär och sekundär marknad	20
2.10	Marknadsavgränsningen inom företagskoncentrationsärenden	21
3	Dominerande ställning	22
3.1	Bakgrund	22
3.2	Väsentlig del av den inre marknaden	22
3.3	Dominerande ställning	22
3.4	Företagsbegreppet	23

3.5	Marknadsandel	23
3.5.1	Superdominans	25
3.5.2	Konkurrentens marknadsandel	25
3.5.3	Marknadskoncentration	26
3.5.4	Andra faktorerers relevans i dominansbedömningen	26
3.6	Inträdesbarriärer	27
3.7	Köparmakt	28
3.8	Konkurrens på marknaden	28
3.9	Marknadsandelens betydelse	29
4	Missbruk	30
4.1	Inledning	30
4.2	Missbrukskatalogen	30
4.3	Missbruket	31
4.4	Objektivt godtagbara skäl	32
5	Samhandelskriteriet	34
5.1	Innebörden	34
5.2	De relevanta rekvisiten	34
6	Synpunkter på artikel 102	36
6.1	Inledning	36
6.2	Kritik mot SSNIP-testet	36
6.2.1	The Cellophane Fallacy	37
6.2.2	Bruttomarginal	37
6.2.3	Korspriselacisiteten	38
6.2.4	Det praktiska problemet	38
6.2.5	Den nya ekonomins marknader	39
6.3	Angående alternativen till SSNIP	39
6.4	False Positive	40
6.5	Kritik mot bedömningen av marknadsandelar	40
6.6	Kommissionens skönsmässiga bedömning	41
7	Dominans och missbruk på skilda marknader	44
7.1	Inledning	44
7.2	Dominans, kausalsamband och missbruk	44
7.2.1	Krav på kausalitet	45
7.2.2	Vilken typ av kausalsamband	45
7.3	Hävstångseffekt	47

7.3.1	Hävstångseffekten och artikel 102	48
7.3.2	Är hävstångseffekten ett missbruk?	48
7.3.3	Hävstångseffekt, kausalsamband	49
7.3.4	Innebörden av associative links	49
7.3.5	Missbruk på angränsande geografisk marknad	51
7.3.6	Tetra Pak II	51
7.3.7	Microsoft	54
7.4	Tetra Pak II och Microsoft, vad kan vi ta med oss?	59
8	Diskussion	60
8.1	Inledning	60
8.2	Marknadsdefinitionen	60
8.3	Kopplingen mellan missbruk och dominans, Microsoft och marknadsdefinitionen	62
8.4	Generell slutsats	64

Summary

When applying competition law within Europe, the first stage of the assessment is to define the relevant market. The relevant market is the field of the review, and is not an end in itself. The relevant market contains the information that the assessment is based on. There is a great importance in the assessment of the market, sometimes it is stated that the one who wins the market, wins the case. The relevant market includes every product and service that is substitutable for the assessed entities own product. The market definition is even more essential in cases concerning article 102, which regulates abuse of a dominant position. When assessing dominance a market must be outlined, without the market definition it is impossible to assess whether or not a dominant entity has abused his market power. When delimitating the market, the Commission usually use the hypothetical monopolist test. The basis of this test is that by implementing a fictive price increase on the product supplied by the accused entity, the Commission can assess the realistic substitutes. This test measures the cross price elasticity on demand, and supply, for the reviewed product. There are some essential flaws in the definition of the relevant market. The test commonly used is by some commentators described as unscientific. The information of which the Commission bases their assessment is often uncertain and sometimes not empirically based. The Commission usually supplements their assessment in these cases with subjective evidence and qualitative based reasoning. This resulted in commentators stating that the definition of the market is more of an art than a science. To show the importance of the market definition, I explain situations where dominance and abuse lies on neighbouring markets. We can affirm that for article 102 to be applicable, there must exist a link between the dominance and the effect of the abuse. In situations where the abuse doesn't take place on the same market as the dominance, or is somehow strengthening the dominance, then this link is not natural. Therefore it must exist so called associative links between the two markets, which are defined by the Commission. If the links exist, the article 102 is applicable. I analyze this with the help of the Microsoft case, which is a prime example of associative links. I here find that the Commission applies their market definition which in all objectivity is quite weak. The court of justice, do not evaluate their definition and allows the Commission to make a discretionary assessment concerning the economic and technically advanced parts. This combined with the uncertainty of a market definition results in entities not getting a fair trial. Which means that the one who wins the market, wins the case, and the Commission always win the market.

Sammanfattning

Det finns ett antal olika konkurrensregler inom den europeiska unionens regelverk. Den här uppsatsen behandlar artikel 102 som reglerar missbruk av en dominerande ställning. Varje konkurrensärende måste påbörjas med att en marknad avgränsas. Just då bedömningen avser artikel 102 förfaranden ter sig marknadsdefinitionen än viktigare. Vid avgränsningen av marknaden använder sig kommissionen av kvantitativa tester, och då framförallt det 'hypotetiska monopolist testet'. Det innebär att kommissionen mäter utbytbarheten på produkter i förhållande till en liten men signifikant prishöjning på det undersökta företags produkt. Kommissionen utför marknadsavgränsningen med hjälp av empiriskt baserade uppgifter, men även med kvalitativa resonemang. Marknadsavgränsningen är inte slutet på bedömningen, men det är grunden för den. En osann marknadsdefinition leder till en osäker tillämpning av artikel 102. Det finns många aspekter som gör en marknadsavgränsning opålitlig. Att definiera en marknad är mer av en konst än en vetenskap. För att påvisa marknadsdefinitionens vikt i bedömningen beskriver jag vad som gäller i scenarion då missbruk och dominans sker på separata marknader, det komplicerar bedömningen då det krävs mer än en marknadsdefinition och ett samspel mellan marknaderna. För att situationen skall falla under artikel 102's tillämpning krävs det att det föreligger en koppling mellan den dominerande ställningen och missbruket. Då det sker på samma marknad är kopplingen uppenbar, även då det sker på en närliggande marknad för att stärka den dominanta ställningen. Men då missbruket sker på en helt separat marknad, krävs det en förekomst av så kallade "associative links" vilket kopplar ihop marknaderna och skapar en koppling mellan dominansen och missbruks effekten. Den synergi effekt som oftast uppstår i dessa situationer är inte i sig olaglig i sig utan det är den konkurrenshämmande handlingen som framkallar en konkurrenshämmande effekt som artikel 102 är tillämplig på. Jag analyserar sen marknadsavgränsningen i ett fall, där missbruk och dominans förelåg på två olika marknader, Microsoft fallet. Jag finner till slut att en stor anledning till varför marknadsavgränsningen är osäker i dag, är domstolens ovilja att granska de ekonomiska och tekniska avancerade aspekterna. Det är fortfarande så att den som vinner marknaden, vinner målet och kommissionen vinner alltid marknaden.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den europeiska konkurrensrätten är uppbyggd för att skydda den effektiva konkurrensen och tjäna samhällets nytta. Regleringarna skall skydda marknaderna och förhindra uppkomsten av ekonomiska barriärer.¹ Det två centralaste regleringarna i funktionsfördraget² är artikel 101 och 102 FEUF³. Artiklarna skall inte bara skydda konsumentens och konkurrentens intresse, utan även marknadens struktur. Principerna är grundade i tron om att en effektiv konkurrens fungerar som en överlägsen resursfördelning, driven av privata krafter kommer den effektiva konkurrensen uppnå största möjliga samhällsnytta, genom att skapa välfärd för konsumenter och ökar produktiviteten.⁴ Principerna och målen är grundade inom ekonomisk teori och konkurrensrättens tankar och metoder härstammar från ekonomiska termer och teorier.⁵

Artikel 101 är ett förbud mot konkurrenshämmande handlingar vars syfte eller effekter skadar konkurrensen. Handlingarna skall ha utförts av två eller fler företag. Handlingen tolkas ofta från sitt ekonomiskt perspektiv och kan undantas från förbudet om det exempelvis förbättrar produktionen eller gynnar konsumenten.⁶ Artikel 103 tillåter rådet att efter förslag från kommissionen och efter konsultation med Europa parlamentet, anta regleringar och direktiv för att verkställa och definiera de principer som deklarerats i artikel 101 och 102. Men artikel 103 tillåter även utökandet och skapandet av gruppundantagen i artikel 101 (3).⁷

Artikel 102 reglerar missbruk av en dominerande ställning. Till skillnad från artikel 101 kan ett företags ensidiga agerande utgöra ett missbruk. Artikel 101 och 102 strävar efter att uppfylla samma mål inom den gemensamma marknaden. Men det finns ingen motsvarighet inom artikel 102 till undantagsregleringarna i artikel 101 (3). Missbruk av en dominerande ställning är helt enkelt förbjudet.⁸ Effekten av artikel 102 blir att ett särskilt ansvar placeras på dominanta företag, och de måste anpassa sitt agerande efter deras ställning. Artikel 102 måste alltså vara transparent och tydlig, så att berörda företag förstår att dem är dominanta och ges möjligheten att agera utifrån sitt ansvar.

¹ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 1.013.

² fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, (FEUF).

³ Hädanefter; artikel 101 eller artikel 102.

⁴ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 1.014.

⁵ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition La*, p. 2-003-2-008.

⁶ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 1.022, se även artikel 101 (3) FEUF.

⁷ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 1.024 - 1.025.

⁸ Se kap.4.4 nedan, se även, Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 1.023.

Artikel 102 behandlar många ekonomiska koncept som marknader, marknadsmakt och dominans. Artikeln har genom åren mottagit en del kritik för dess brist att applicera en ekonomisk bedömning på dessa ekonomiska koncept. Artikel 101 har genomgått en förändring som tillåter en mer nyanserad ekonomisk bedömning men det har inte artikel 102. Även reglerna kring företagskoncentrationer har utvecklats mot en ekonomisk helhetsbedömning. I ett försök att utveckla bedömningen lanserade kommissionen nyligen en vägledning för appliceringen av artikel 102⁹, där kommissionen skiftar från att skydda konkurrenterna till att skydda konkurrensen. Därmed utvecklas bedömningen till en mer ekonomiskt nyanserad effektbedömning. Det som kommissionen inte förändrade genom lanseringen av vägledningen, är grunden i själva bedömningen, marknadsdefinitionen.

Konkurrensbedömningens Yggdrasil är marknadsdefinitionen. Hela förfarandet kretsar kring avgränsningen och bedömningen av artikel 102 är omöjlig utan en marknadsavgränsning. Marknadsavgränsningen är spelplanen för dominansbedömningen och även sen för missbruksbedömningen. Om marknadsavgränsningen blir fel eller osäker kommer det att färga resten av bedömningen.

Det är svårt att förstå och följa de objektiva principerna i kommissionens marknadsavgränsningar, än svårare är det att rätta sig efter dem då ingen förutom kommissionen kan avgränsa marknaden. Företag kan överklaga kommissionens beslut och föra beslutet inför domstol, det är dyrt och osäkert. Hur självständig är dagens prövningar av artikel 102? Det är en av frågorna som författaren av denna uppsatts vill klargöra.

1.2 Problemformulering och syfte

Uppsatsen behandlar artikel 102 och missbruk av dominerande ställning. Syftet är att lyfta diskursen kring artikel 102. Mycket har diskuterats och debatterats kring reglernas syfte och skyddsobjekt, särskilt om hur man rent praktiskt skall förändra bedömningen till att inkludera en mer rigorös ekonomisk utgångspunkt. Jag vill utveckla diskussionen genom att påvisa bristerna i dagens tolkning av artikeln. Genom att blota bristerna blir det enklare att åskådliggöra vad som behövs och kan förbättras, alternativt förändras. Jag kommer utgå från det första steget av en dominans bedömning, avgränsandet av marknaden. Anledningen till varför jag väljer att grunda min analys i marknadsavgränsning är att hela bedömningen är beroende av vad som framkommer just i marknadsavgränsningen. Det är informationen som framhålls i avgränsningen som ligger till grund för resterande del av bedömningen.

⁹ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, (2009/C45/02), (hädanefter; vägledningen).

För att visa på de brister som finns i kommissionens och EU-domstolens marknadsavgränsning kommer jag även redogöra för tillämpningen av artikel 102 i fall där kommissionen behöver göra minst två marknadsavgränsningar, på grund av att missbruket och dominansen återfinns på olika marknader. Ofta finns det endast en svag koppling mellan dominans och missbruk i dessa fall. Mitt mål är att redogöra för när EU-domstolen valt att godkänna tillämpningen av artikel 102 i dessa fall och att analysera marknadsavgränsningens roll i dessa bedömningar. Jag kommer redogöra närmre för hur domstolen och kommissionen avgränsade marknaden i det mest betydelsefulla fallet för området, målet mot Microsoft¹⁰. Min frågeställning är följande.

- (i) Hur utförs en marknadsavgränsning? Är de metoder man använder passande för att avgränsa marknaden?
- (ii) Hur långt sträcker sig tillämpningen av artikel 102? Kan företag missbruka sin dominerande ställning på en separat marknad, där företaget ej är dominant?
- (iii) Vilken vikt tillskrivs marknadsavgränsningen i mål där missbruk sker på en separat marknad? Och vilken innebörd har marknadsdefinitionen för förfarandets utkomst?

1.3 Avgränsning

Uppsatsen behandlar marknadsavgränsningar inom artikel 102 och kommer ej behandla artikel 101, även då det i viss utsträckning kommer förekomma aspekter som är applicerbara gentemot marknadsavgränsningen i artikel 101. Även reglerna kring kollektiv dominans kommer lämnas utanför uppsatsen. Uppsatsen är inriktad på de EU-rättsliga reglerna och kommer inte behandla nationella särigheter. EU-rätten är bindande för unionens medlemsländer och fungerar som vägledning för medlemsländernas konkurrensmyndigheter. Jag finner det därför överflödigt att inkludera den aspekten. Uppsatsens syfte är att åskådliggöra den generella problematiken med marknadsavgränsningen och kommer således inte behandla särskilda branschföreteelser. Om inget annat nämns utgår mina exempel från produkter och inte tjänster. Reglerna är samma men för att vara kontinuerlig i mina exempel utgår jag från produkter. Marknadsavgränsningen är det centrala för uppsatsen. De andra aspekterna, dominansbedömningen och missbruksbedömningen är av sekundär betydelse. Jag kommer kort redogöra för dominans- och missbruksbedömningarnas händelseförlopp, men underlåta att djupare diskutera deras aspekter. Jag kommer redogöra för hänseenden av de bedömningarna, som är kopplade ihop med marknadsavgränsningen. Således faller redogörandet för exempelvis missbruksuppräknings utanför uppsatsens syfte.

¹⁰Mål T-201/04, *Microsoft v. Commission*, [2007] ECR II-3601, (hädanefter; Microsoft).

1.4 Metod

För att finna svaret på mina frågor ämnar jag att huvudsakligen studera gällande rätt, främst EU-domstolens praxis men även den aktuella doktrinen på området. För att förstå samspelet mellan ekonomisk teori och den juridiska tillämpningen av artikel 102, kommer jag till stor del använda mig av tvärvetenskaplig litteratur som behandlar de båda aspekterna. Uppsatsen är rättsdogmatisk och jag kommer således undvika en utformligare undersökning av de ekonomiska aspekterna. Jag ämnar att i första hand vända mig till pålitliga och erkända källor och på så vis undvika osäkerhet kring tillförlitligheten i slutsatsen. Uppsatsen är uppbyggd kring en rättsvetenskaplig metod. Det vill säga att jag ämnar systematisera, beskriva och analysera gällande rätt. Jag kommer även varva primärrätt med sekundärrätt då ämnet är brett och förekommer särskilt inom sekundärrätten i form av tolkningar och utvecklingar av primärrätten. För att möjliggöra en underbyggd analys och slutsats ämnar jag att bredda analysen med hjälp av domar som signifikativt påvisar de problem jag vill diskutera.

1.5 Disposition

Min disposition kommer följa stegen i en dominansbedömning och för att på så vis uppnå största möjliga pedagogik. Jag kommer därför börja med bedömningens startskott, marknadsdefinitionen. Här kommer jag förklara varför och hur kommissionen fattar sitt beslut om avgränsningen av marknaden. Jag kommer sen fortsätta med dominansbedömningen och förklara på vilket sätt marknadsavgränsningen även här spelar en central roll. I nästkommande kapitel kommer jag kort redogöra för innebörden av ett missbruk. Placeringen av missbrukskapitlet faller naturligt efter dominanskapitlet, då missbruk ej är möjligt utan dominans. Jag kommer sen redogöra kort för samhandelskriteriet, som är ett krav för tillämpligheten av artikel 102 och fungerar som en jurisdiktionsbestämmelse. Avslutningsvis för första delen av uppsatsen kommer kapitel sex, som behandlar viss kritik och viss problematik med kommissionens sätt att avgränsa marknaden. I nästföljande del kommer jag redogöra för innebörden av missbruk på en separat marknad från det företag är dominant på. Jag kommer deskriptivt redogöra för gällande rätt, men även påvisa konceptet genom rättsfallsredogörelser. Jag kommer angripa ämnet utifrån ett marknadsperspektiv.

I sista kapitlet kommer jag sedan sammanföra de två delarna och analysera innebörden av dem.

2 Att definiera en marknad

2.1 Den relevanta marknaden

Konkurrens är ett begrepp som för att kunna definieras i praktiken behöver tid och rum. Det är omöjligt att prata om konkurrens utan att nämna vem eller vilka som gör vad och var. Vid bedömningen av artikel 102 mäter man därför till vilken grad det undersökta företaget är dominant på sin ”relevanta marknad”, vilket sätter begreppet relevant marknad i centrum för hela den konkurrensrättsliga bedömningen. För att avgränsa den relevanta marknaden mäter man möjligheten för att en av det undersökta företagens produkter eller tjänster rent praktiskt byts ut mot en annan produkt eller tjänst.¹¹ Man tar den undersökta produkten och tänker sig att den försvinner från marknaden, vilka produkter kommer då agera som substitut? De produkter som träder i dess ställe tillhör samma relevanta marknad.¹² Den relevanta marknaden är alltså alla produkter eller tjänster inom det geografiska område som är objekt för konkurrensbedömningen.

Marknadsdefinitionen är ett verktyg för att koncentrera en konkurrenssituation, för att möjliggöra en undersökning av marknadsandelar och klarlägga den konkurrenspåverkan ett företag har på en specifik marknad. Det är en förutsättning för att utvärdera marknadsmakten, vilket är det slutgiltiga målet.¹³ Vikten av marknadsdefinitionen är otvivelaktig. Katarina Olsson konstaterar efter en kortare analys av EG-praxis att en felaktig marknadsavgränsning kan med säkerhet kan undanröja ett kommissionsbeslut.¹⁴

Avgränsningen av den relevanta marknaden ter sig än mer betydelsefull då det rör sig om bedömningen av missbruk av dominerande ställning.¹⁵ Dominans är ett relativt begrepp och marknaden behöver avgränsas för att förstå i vilken kontext ett företag är dominant. Utan en definierad marknad eller en bristfällig sådan, finns ingen möjlighet att fastställa en dominerande ställning.¹⁶ Det är viktigt att förstå vilken aktör det är som avgränsar den relevanta marknaden för att fullt förstå marknadsdefinitionens spektrum, därför följer en kort redogörelse över processen i ett beslut enligt artikel 102.

¹¹ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 64.

¹² Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, st. 1.1.

¹³ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 63, se även, Rose, Bailey, Bellamy & Child: *European Union Law of Competition*, s. 4.003.

¹⁴ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s. 53-54.

¹⁵ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.105-106.

¹⁶ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, st.4.2.2, se även O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s. 63-64.

2.2 Förfarandet enligt artikel 102

En marknadsavgränsning görs i det inledande skedet av ett konkurrensärende. Rätten att undersöka ett företag för missbruk av dominerande ställning under artikel 102 är uteslutande kommissionens. Kommissionen kan på eget initiativ eller efter klagomål utöva sina befogenheter i enskilda ärenden. Kommissionen kan konstatera överträdelser och beordra dem att upphöra. Kommissionen kan bland annat fatta beslut om interimistiska åtgärder. Om företaget gör åtaganden om upphörandet av överträdelser kan kommissionen göra de bindande.¹⁷ För att grunda sitt beslut ges kommissionen vissa utredningsmöjligheter. De får genomföra branschutredningar, begära upplysningar från berörda företag, inhämta redogörelser från konkurrenter och kunder samt utföra inspektioner hos berörda företag. Företagen är skyldiga att underkasta sig inspektionen som kommissionen utför.¹⁸

Efter en kort redovisning av förfarandet är det märkbart vilken makt kommissionen tilldelats. Det är dem som avgör vad och vem som skall bedömas, och det är även dem som definierar marknaden. Företagen ges en marginell chans att delta i processen genom utlåtanden och åtaganden. Är det berörda företaget missnöjt med utfallet av kommissionens bedömning kan alltid klaga på beslutet till EU-domstolen, men det kostar.

2.3 Begreppet relevant marknad

Den relevanta marknaden omfattar alla produkter eller tjänster som på grund av sitt pris, sina egenskaper eller andra beskaffenheter är utbytbara gentemot den bedömda produkten eller tjänsten.¹⁹ Bedömningen av utbytbarhet görs ur ett konsumentperspektiv om det är en konsument vara. Vad uppfattar konsumenten som utbytbar?²⁰ Det finns ingen ”lathund” för vad som gör en produkt utbytbar mot en annan produkt. Det som anses substituerbart i ett fall kan i ett annat fall betraktas annorlunda och då inte alls bedömas som utbytbar.²¹

Begreppets innebörd formades tidigt. Redan på 1970-talet återfinns två ledande mål som påvisar betydelsen av en marknadsavgränsning, *Continental Can*²² och *United Brands*²³. I *United Brands* konstaterar domstolen att för att kunna bedöma om UBC (det dominanta företaget)

¹⁷ Rådets förordning (EG) nr 1/200, 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, art, 7-9.

¹⁸ Rådets förordning (EG) nr 1/200, 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, art, 17-21.

¹⁹ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, s. 4.009.

²⁰ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, s. 4.009.

²¹ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.61-63.

²² Mål 6/72 och 7/72, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission*, [1973], ECR 215. (hädanefter: *Continental Can*).

²³ Mål 27/76, *United Brands Co and United Brands Continentaal BV v. Commission*, [1978], ECR207. (hädanefter: *United Brands*).

innehåller en dominerande ställning behöver man avgränsa marknaden både i ett geografiskt och i ett produkt-hänseende. För att avgränsa den relevanta marknaden utreder domstolen i fall bananer utgör en egen produktmarknad, genom att testa om bananer kan substitueras mot annan frukt. Är bananens egenskaper specifika för bananen eller kan konsumenten lätt byta till en annan produkt? Domstolen finner till slut att bananer utgör en egen marknad, en separerad marknad från produktmarknaden av annan färsk frukt.²⁴

För att avgränsa den relevanta geografiska marknaden utgår kommissionen från en ekonomisk bedömning, precis som i avgränsningen av produktmarknaden. Den geografiska marknaden är den geografiska avgränsning där aktörerna inom samma produktmarknad agerar under liknande konkurrensvillkor. Det är inget objektivt krav att konkurrensmöjligheterna skall vara homogena, men en förutsättning att det i stor utsträckning är det. Konkurrensmöjligheterna bör alltså i stor utsträckning vara likställda de olika aktörerna.²⁵ Betydelsen av den relevanta geografiska marknaden är inte annorlunda från den relevanta produktmarknaden, båda bedömningarna kan avgöra ett beslut.²⁶

Bedömningen av den relevanta produktmarknaden görs före den geografiska marknadsavgränsningen. Det är omöjligt att genomföra bedömningen av den geografiska marknaden utan en relevant produktmarknad att utgå från. I slutändan kombineras den relevanta geografiska marknaden med den relevanta produktmarknaden och bildar tillsammans den relevanta marknaden. Den relevanta marknaden består alltså av två segment, den relevanta produkt marknaden och den relevanta geografiska marknaden.

2.4 Marknadstillkännagivandet

Inom europeiska gemenskapens primärrätt nämns inte uttrycket den relevanta marknaden, utan det är i sekundärrätten som vi finner all väsentligt information om begreppet. Den mest noterbara och relevanta källan är *Marknadstillkännagivandet*²⁷. Men det finns även fler källor där begreppet redogörs för och diskuteras.²⁸ När Marknadstillkännagivandet infördes var det troligtvis som en effekt av allt högre ställda krav gentemot kommissionen vid deras tillämpning av nuvarande artikel 101 och 102. De högt ställda kraven krävde en större formalism och ökade kommissionens arbetsbörda, vilket kulminerade i utvecklandet av en mer systematisk metod för marknadsdefiniering.²⁹

²⁴ United Brands, p.28-35.

²⁵ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, s. 4.068.

²⁶ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.63-65.

²⁷ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning(97/C 372/03), (hädanefter: Marknadstillkännagivandet).

²⁸ Se exempelvis, vägledningen.

²⁹ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 30-31.

Marknadstillkännagivandet är ett ramverk som förtydligar och förklarar bedömningen av en marknadsavgränsning. Det tydliggör kriterier och uppgifter som används vid avgränsningen av den relevanta marknaden. Informationen används även vid andra förfaranden. Dock kan informationen leda till olika resultat beroende av vilket konkurrensproblem som undersöks.³⁰ Det är viktigt att notera att Marknadstillkännagivandet är kommissionens tolkning av begreppet relevant marknad, det är alltså inte en bindande uppfattning för gemenskapens domstolar eller konkurrensmyndigheter.³¹ Kommissionen har deklarerat att Marknadstillkännagivandet speglar gemenskapsdomstolarnas praxis.³² Katarina Olsson är benägna att utgå från att så är fallet även i dag och hon konstaterar efter en grundlig studie att Marknadstillkännagivandets auktoritet på området onekligen är påfallande.³³

Vid avgränsandet av den relevanta marknaden undersöker kommissionen vilka konkurrensbegränsningar ett företag utsätts för. De olika konkurrensbegränsningar kommissionen använder i bedömningen är utbytbart på efterfrågesidan, utbytbart på utbudssidan samt potentiell konkurrens. Det kan nämnas att utbytbart på efterfrågesidan är den konkurrensbegränsning som har störst betydelse.³⁴ Kommissionen använder sig huvudsakligen av priset som faktor i bedömning då utfallet blir omedelbart och oftast mest effektivt. Priset anses vara den mest tydliga och transparanta konkurrensfaktorn. Ett företag kan ej inneha ett övergripande inflytande över sina försäljningsvillkor om deras kunder lätt kan övergå till en konkurrent (ett sådant försäljningsvillkor är exempelvis priset).³⁵ Undersökningen av konkurrensbegränsningar möjliggör bedömningen av det granskade företagets konkurrenssituation. Föreligger det ingen konkurrensbegränsning visar det på en stark marknadsmakt hos det undersökta företaget.³⁶

Man utgår från utbytbart på efterfrågesidan och som kommissionen uttrycker det ”*Själva arbetet med att definiera marknaden består huvudsakligen i att identifiera vilka alternativa försörjningskällor de berörda företagets kunder har i praktiken, både vad gäller produkter eller tjänster och leverantörernas geografiska belägenhet.*”³⁷ De andra konkurrensbegränsningar kommissionen utgår från är subsidiära gentemot utbytbart på efterfrågesidan, de används i konkurrensanalysens bedömningsfas och kräver ofta att ytterligare faktorer analyseras.³⁸ Tidigare gjorda marknadsdefinitioner har inte en prejudicerande effekt. Marknader befinner sig i ständig påverkan från yttre och inre faktorer och är i ständig

³⁰ Marknadstillkännagivandet, p.12.

³¹ Marknadstillkännagivandet, p.6.

³² Marknadstillkännagivandet, p.9.

³³ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.87.

³⁴ Rose, Bailey, Bellamy & Child: *European Union Law of Competition*, p. 4.012.

³⁵ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.87, marknadstillkännagivandet, p.13.

³⁶ Marknadstillkännagivandet, p.2.

³⁷ Marknadstillkännagivandet, p.13.

³⁸ Marknadstillkännagivandet, p.14.

förändring. Kommissionen är tvungen att göra en avgränsning i varje enskilt fall.³⁹ Varje fall är alldeles särskilt och måste bedömas utifrån dess förutsättningar.⁴⁰ Det är bestämt av EU-domstolen och innebär att det finns bristande stöd i relevanta faktorer från forna EU-måls marknadsavgränsningar.⁴¹ En gammal marknadsavgränsning bör däremot kunna ge en vägledande effekt anser Wetter m.fl.⁴²

2.4.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Kommissionen bedömer utbytbarheten på efterfrågesidan genom att utgå från den typ av produkt som det berörda företaget säljer och i det område som de tillhandahåller produkten. Fler produkter och områden kommer sen att inkluderas eller exkluderas i marknadsbedömningen beroende på om konkurrensen i ”tillräcklig utsträckning kortsiktigt påverkar eller begränsar priserna på parternas produkter.”⁴³ Det handlar om hur en köpare kan undvika en prishöjning på en produkt genom att byta mot en likvärdig produkt eller tjänst, alternativt söka upp en annan leverantör inom ett annat geografiskt område.⁴⁴ Kommissionen utför ett så kallat hypothetical monopolist test (HMT)⁴⁵, som bygger på att definiera en marknad genom att en hypotetisk monopolist försöker maximera sin vinst via en liten men signifikant icke övergående prishöjning. Enligt kommissionen får man på så vis fram relevant information som indikerar vad som bör avgränsas i den relevanta marknadsbedömningen.⁴⁶ Testet har sin grund inom ekonomisk teori och kallas generellt för SSNIP-testet⁴⁷ det används både vid bedömningen av den relevanta produktmarknaden och vid den relevant geografiska marknaden.⁴⁸ Testet är av stor betydelse och flera konkurrensrättsliga aktörer använder sig av testet och hänvisar till det, exempelvis svenska konkurrensverket.⁴⁹ Bedömningen av utbytbarheten på efterfrågesidan kan göras direkt eller indirekt. Vid en direkt bedömning finns det exempel på en faktisk prishöjning på marknaden och information om hur köparna reagerade, kommissionen ser de naturliga substituten. Annars får kommissionen göra bedömningen indirekt. Då teoretiserar man över möjliga substitut. I uppskattningen använder man sig av både kvalitativ information men även, och lämpligast, av kvantitativa empiriska uppgifter från marknaden.⁵⁰ O’Donoghue och Padilla har framfört att kvalitativa uppgifter endast bör användas som ett sekundärt alternativt för att stärka de

³⁹ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 293.

⁴⁰ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 37.

⁴¹ Förenade målen T-125/97 och T-127/97, *The Coca-Cola Company and Coca-Cola Enterprises Inc. v. Commission*, [2000] ECR II-1733, p.82.

⁴² Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s. 107.

⁴³ Marknadstillkännagivandet, p.16.

⁴⁴ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.028.

⁴⁵ Även ibland HMD = hypothetical monopolist definition.

⁴⁶ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.90.

⁴⁷ Small but significant non-transitory increase in price.

⁴⁸ Marknadstillkännagivandet, p. 5-19.

⁴⁹ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.91.

⁵⁰ O’Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.70.

kvantitativa uppgifter, då kvalitativa uppgifter omöjligt kan visa verklighetsbaserad utbytbarhet.⁵¹

2.4.2 SSNIP-testet

SSNIP-testet går ut på att en aktör bestämmer sig för en liten, tydlig och bestående prishöjning, en höjning på ungefär 5 -10%. SSNIP-testet mäter hur köparna reagerar i den tilltänkta situationen. Om köparen vänder sig till en annan leverantör eller producent ingår även den leverantören eller producenten i den relevanta marknaden. Vänder sig köparen till en leverantör i ett annat land utvidgas även den relevanta marknaden till det landet. Således fungerar testet både för att avgränsa den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden.⁵² Finns det sen andra produkter eller tjänster som kan tänkas konkurrera med den undersökta produkten eller tjänsten, så utför man testet även på dem. I teorin har man nu uteslutit alla produkter och tjänster som inte skall inkluderas i den relevanta marknaden och därmed avgränsat både den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden. Man mäter alltså om en hypotetisk monopolist hade funnit nämnda prishöjning lönsam.⁵³ Det viktiga i bedömningen är att köparen har möjlighet att byta produkt snabbt och till en försumbar kostnad.⁵⁴ Det kommissionen mäter är den så kallade korspriselasticiteten på efterfrågan.⁵⁵ Efterfrågeelasticitet är måttet för till vilken grad efterfrågan ökar eller minskar när priser stiger eller faller. Korspriselasticitet mäter efterfrågan på andra produkter när priset förändras på en särskild produkt, och är ett effektivt sätt att mäta vilken konkurrenspåverkan en produkt har på andra produkter.⁵⁶

Katarina Olsson framför i *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten* att det är viktigt att poängtera att SSNIP-testet avgränsar den ekonomiska marknaden för att möjliggöra bedömningen av ett företags marknadsstyrka. Man undersöker inte den ”genomsnittlige köparen” utan ”marginalkunden” då det räcker med att ett visst antal köpare byter produkt för att höjningen inte skall vara lönsam.⁵⁷ Om den undersökta produkten fortfarande är lönsam efter höjningen, så är det en marknad med en svag konkurrenssituation, där företaget som utfört prishöjningen har möjlighet att monopolisera marknaden. Det räcker generellt med en relativt låg prishöjning för att köpare skall börja söka efter nya alternativ och därmed utvidga den relevanta marknaden.⁵⁸

⁵¹ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.78.

⁵² Marknadstillkännagivandet, p. 29, men även Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.91.

⁵³ Motta, *Competition Policy*, s.102.

⁵⁴ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.081.

⁵⁵ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 68.

⁵⁶ Goyder, Albors-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, s.14.

⁵⁷ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.019.

⁵⁸ Marknadstillkännagivandet, p. 29, men även Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.91.

En prishöjning påverkar vinsten på två sätt, den höjer enhetsvinsten och den totala vinsten, men en prishöjning sänker även efterfrågan. Endast i de situationer där den första övervinner den andra, blir en prishöjning vinstgenererande. För att avgöra det använder man sig av ”the critical loss analysis”. Där avgör man den faktiska förlusten som troligtvis uppstår vid en prishöjning, och jämför med den förmodade försäljningsminskning som uppstår när köpare söker sig till substitut. Om den faktiska förlusten är mindre än minskningen i försäljningen kommer prishöjningen vara hypotetiskt lönsam.⁵⁹

2.4.3 Kvantitativa tester

Det existerar även andra metoder än SSNIP-testet för att avgränsa den relevanta marknaden, men de har fått en begränsad genomslagskraft i artikel 102-förfaranden. Det existerar ingen vedertagen praxis för att använda sig av dessa metoder, men det existerar inte heller några hinder.⁶⁰ Kvantitativa tester bygger ofta på olika ekonomiska⁶¹ eller statistiska metoder. Det kan exempelvis handla om egenpriselasticiteten, som mäter förändringar i efterfrågan på en produkt vid prisändringar. Egenpriselasticiteten ger mer information om den marknadsmakt ett företag har än vad analys av korspriselasticitet gör.⁶² Däremot är korspriselasticiteten mer användbar vid marknadsdefinitionen då den utgör ett säkrare bevis för utbytbarhet.⁶³

Det som avgör vilken kvantitativ metod man bör använda beror på de omständigheter som föreligger vid det enskilda fallet, men även vad för data som finns tillgänglig. Flera av metoderna går att använda både till att definiera marknaden men också för att utröna marknadsmakten. De kvantitativa metoderna är precis som SSNIP-testet teoretiska, men ofta grundade på empiriska uppgifter. I vissa fall kan man använda sig av uppgifter som framkommit vid drastiska förändringar i marknaden. Exempel på sådan förändring kan vara en naturkatastrof som fram tvingar köparna att byta ut den undersökta produkten. Sådan information visar tydligt substitutionsmönstret. Men även mindre drastiska förändringar kan antyda naturliga substitutionsmönster, som när en ny produkt lanseras och det går att mäta vilka företag som tappar marknadsandel.⁶⁴ Nedan följer några exempel på kvantitativa tester.

2.4.3.1 Price Correlation Analysis

Price Correlation analysis undersöker hur priset på två eller fler produkter förändras över tiden. Tanken är att om produkter och geografiska regioner

⁵⁹ O’Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.79-80.

⁶⁰ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.011.

⁶¹ Användningen av statistiska eller liknande metoder vid studierna av nationalekonomiska företagsundersökningar med syftet att empiriskt analysera och utveckla ekonomisk teori.

⁶² Motta, *Competition Policy*, s.106, se även Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 3-007.

⁶³ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.96.

⁶⁴ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.97.

konkurrera bör de ha en liknande prisutveckling över tid, då en förändring i en produkts pris bör starta en process av utbyte på antingen efterfråge- eller leverantör -sidan. Således kommer priset korrigeras om produkterna återfinns på samma marknad.⁶⁵

Kommissionen har använt sig av denna teknik vid marknadsdefinitioner, kanske mest noterbart i *Nestlé/Perrier*. Kommissionen fann att priset mellan alla varumärken för vatten oberoende av dess form, kolsyrat eller naturligt, var korrelerade. Dock var inte priset för vattnet korrelerade med annan typ av dryck. På så vis definierades en separat marknad.⁶⁶ Viss kritik finns att återfinna, mest härrörande till att testet presenterar en metodologi men inget säkert svar. Testet kan också vara felaktigt, då gemensamma externa omständigheter kan påverka priserna och skapa en sammanhängande prisutveckling trots att produkterna egentligen inte tillhör samma produktmarknad. En positiv korrelation behöver alltså inte betyda att produkterna tillhör samma marknad. Bedömningen bör alltså utvidgas och se till andra faktorer för att säkert fastställa marknadsdefinitionen.⁶⁷

2.4.3.2 Price elasticity analysis

Metoden är en studie i hur efterfrågan på en produkt förändras vid en prisförändring. Man studerar priselasticiteten genom ekonometri. Högre elasticitet i efterfrågan resulterar i en sannolikt mindre lönsamhet i en eventuell prishöjning.⁶⁸

2.4.3.3 Shock analysis

Man analyserar en specifik händelse som drastiskt påverkat marknaden, som exempelvis en strejk eller naturkatastrof. Man studerar dess påverkan på konkurrensen. Det tillåter att naturliga substitutionsmönster studeras, vilket ger marknadsavgränsningen en större verklighetsförankring.⁶⁹

2.4.3.4 Co-integration analysis

Målet med denna metod är att analysera och bekräfta eventuella förhållanden mellan produkters ekonomiska dataserier. Exempelvis är två produkter integrerade om deras prisserier är stationära och har varit så under en längre tid. Med stationära menas att man ofta inom ekonomisk teori utgår från att empirisk data observeras från statiska processer där medelvärden och varianser är konstanta över tiden. Därför kan förhållanden mellan olika ekonomiska tidsserier påvisa utbytbarhet mellan produkter. Metod är överlägsen ”Price Correlation Analysis” då gemensamma influenser är exkluderade i bedömningen och metoden möjliggör upptäckandet av sena prisregleringar till följd av en prishöjning. Metoden har använts av

⁶⁵ O’Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.85.

⁶⁶ Kommissionens beslut i, L 356/1 Nestlé/Perrier, O.J 1992.

⁶⁷ O’Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.85. se även Motta, *Competition Policy*, s.107-109.

⁶⁸ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.96.

⁶⁹ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.96-97.

kommissionen i beslut gällande företagskoncentrationer⁷⁰, men inte än gällande artikel 102.⁷¹

2.4.4 Kvantitativa tester sammanfattat

Att stödja en marknadsavgränsning på empirisk data är överlägset eftersom en marknadsavgränsning baserad på verklig fakta är mer verklighetsreflekterande. De ekonomiska modellerna handlar om att reducera komplexiteten i den verkliga världen och fokusera på utvalda faktorer. Avgörande för tillförlitligheten av kvantitativa tester är kvaliteten på informationen. Är kvaliteten bristande blir inte testet pålitligt.⁷² Med det sagt kan det nämnas att kommissionen i många viktiga avgöranden förlitat sig på kvalitativa resonemang för den slutgiltiga marknadsdefinitionen.⁷³ Det är ej lika tillförlitligt som kvantitativ empirisk data och återspeglar ofta en subjektiv föreställning som inte nödvändigtvis delas av andra parter. Kvalitativ data bör endast ligga till grund för ett beslut då det endast finns bristande data för att utföra ett kvantitativt test.⁷⁴ Det kan även framföras att kvantitativa tester inte är 'magic bullets'. Även dessa tester har svagheter och osäkerheter. Men beroende på förutsättningarna i fallet bör man använda sig av det testet som presenterar minst osäkerhet.⁷⁵ Oavsett vilken metod som används är det av yttersta vikt att faktan är empirisk och inte kvalitativa resonemang.⁷⁶

2.5 Utbytbarhet på utbudssidan

Man mäter även utbytbarheten utifrån det fall en aktör snabbt kan börja konkurrera på marknad vid en prishöjning på den relevanta produkten. Ett inträde på marknaden kräver både möjlighet att ställa om sin produktion och tillgång till de resurser som krävs för att göra så. Alltså kan en aktör vars produkter köparen ej i nuläget uppfattar som utbytbara, tillhöra den relevanta marknaden ur ett utbudsperspektiv.⁷⁷

Kommissionen framför att de använder sig av denna faktor i avgränsningen av den relevanta marknaden, då den kan jämföras med faktorn utbytbarhet på efterfrågesidan "vad det gäller effektivitet och omedelbarhet".⁷⁸ I de fall då det är väldigt omständigt och dyrt för leverantören att ställa om sin produktion, lämnas denna betraktelse utanför bedömningen av den relevanta marknaden.⁷⁹ Således mäter man om en leverantör kan ställa om sin

⁷⁰ Se exempelvis kommissionens beslut, IV/m.619, Gencor/Lonrho, överklagandet till T-102/96.

⁷¹ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.85-86.

⁷² Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.98.

⁷³ Exempelvis i United Brands, och diskussionen kring bananers kundgrupp, p.31.

⁷⁴ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.86-88.

⁷⁵ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 70-71.

⁷⁶ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 9.002.

⁷⁷ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law Of Competition*, p. 4.046, 4.047.

⁷⁸ Marknadstillkännagivandet, p.20.

⁷⁹ Marknadstillkännagivandet, p.23.

produktion till en rimlig kostnad, en rimlig risk och inom en rimlig tid. Om så är fallet kan man utöka den relevanta marknaden.⁸⁰

2.6 Potentiell konkurrens

Analysen av potentiell konkurrens utförs inte vid marknadsavgränsningen utan i ett senare skede. Analysen sker då det finns indikationer på konkurrensmässiga problem efter att de berörda företagens marknadspositioner är klarlagd.⁸¹ Kommissionen skiljer på en faktisk konkurrent och en potentiell konkurrent. En faktisk konkurrent är en konkurrent som erbjuder en produkt som är utbytbar gentemot den undersökta produkten, eller har möjligheten att lätt ställa om sin produktion och då erbjuda en utbytbar produkt. En potentiell konkurrent är en aktör som med större möda rimligen skulle kunna slå sig in på den relevanta marknaden. Alltså en aktör som med möjlighet och med en viss sannolikhet skulle företa sig att göra de investeringar och omställningar som krävs för att konkurrera på den relevanta marknaden, i det fall den relevanta marknaden skulle bli subjekt för en mindre prishöjning.⁸²

Potentiell konkurrens ter sig väldigt likt vad som sagts under stycket utbytbarhet på utbudssidan. Wetter m.fl. finner att det i praktiken inte finns en tydlig skillnad mellan resultaten av de båda bedömningarna, men han framför även vikten av att någonstans i processen inkluderar bedömningen av potentiell konkurrens. Det kan finnas en fördel av att göra bedömningen i samband av definitionen av marknaden, och inte vänta till konkurrensbedömningen. Genom en tidigare bedömning av potentiell konkurrens kan man finna att det ej föreligger någon marknadsmakt och att ett konkurrenstest således blir överflödigt. Men det viktiga är att faktorn undersöks någon gång under bedömningen.⁸³

2.7 Hur bedöms utbytbarhet

För att bedöma produkters utbytbarhet använder sig kommissionen av ett antal faktorer. I Marknadstillkännagivandet anger kommissionen tre faktorer; egenskaper, pris, och tilltänkt användning.⁸⁴ I doktrinen framförs långt fler faktorer, bland annat konsumentens och andra användares uppfattning av produkten.⁸⁵ Enligt Marknadstillkännagivandet kan alla faktorer vara av relevans. Det krävs inte att uteslutna faktorer är utredda. Det räcker oftast med att ett fåtal faktorer är utredda för att bedömningen av marknadsavgränsningen skall anses fullgod.⁸⁶ Detta stöds i praxis, EU-

⁸⁰ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.98-99.

⁸¹ Marknadstillkännagivandet, p.24.

⁸² Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, p.10, se även, Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.102-103.

⁸³ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s. 110-111, not 27.

⁸⁴ Marknadstillkännagivandet, p.7.

⁸⁵ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s. 115-116.

⁸⁶ Marknadstillkännagivandet, p.52.

domstolen uttalar stöd till tolkningen i bland annat *Hoffman-La Roche*⁸⁷, där domstolen konstaterar att produkten endast behöver vara ”i tillräcklig grad utbytbar”⁸⁸. Nedan följer en redovisning av betydelsefull information kommissionen använder vid en definition av den relevanta marknaden.

2.7.1 Relevant information vid bedömningen av produktmarknaden

Generellt kan sägas att SSNIP-testet ger en konceptuell grund för marknadsavgränsningen och för att fylla ut bedömningen och klarlägga utbytbarheten mellan produkter använder kommissionen sig av kvalitativ information.⁸⁹ De kvalitativa resonemangen grundar sig generellt på information som exempelvis den undersökta produktens egenskaper och avsedda användningsområde. Konsumenter kan vara drivna av andra intressen eller värdera substitutets egenskaper annorlunda från den undersökta produkten.⁹⁰ Trots att två produkter förefaller utbytbara, kan användningsområdet skilja sig till den grad att det inte föreligger någon utbytbarhet emellan produkterna.⁹¹ Således är frågan man söker svar på, om produkterna uppfyller samma behov hos konsumenten?⁹² Återfinns det empirisk information, som kan bistå med att klarlägga ”historiska substitutionsmönster” använder sig kommissionen av dessa uppgifter för att med hjälp av dem avgränsa produktmarknaden.⁹³

För att få empiriskt stöd kan kommissionen höra av sig till kunder och konkurrenser till det berörda företaget för utlåtanden kring produkters utbytbarhet. Kommissionen ställer även frågan om vad de tror skulle ske vid en prishöjning på 5-10%. Välgrundade och motiverade svar kan tas in i beräkningen av produktmarknadens substitutionsmönster. Intervjuerna ger i övrigt kommissionen en kunnigare inblick i produktmarknaden.⁹⁴ För att bedöma köpare och konsumenters uppfattning av en produkt finns det inget välfungerande teoretiskt test. För att bringa klarhet i substitutionsmönster använder sig kommissionen av marknadsundersökningar som företagen eller branschorganisationer har gjort. Ofta använder företag sig av det i sina beslut om prissättning och i marknadsföringsärenden. Men kommissionen beaktar även produktens varumärke.⁹⁵ Om det rör sig om marknadsundersökningar som företaget gjort i konkurrensärenden, betraktar kommissionen dessa noggrannare än

⁸⁷ Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, [1979] ECR 461, (hädanefter; Hoffmann-La Roche).

⁸⁸ Hoffmann-La Roche, p. 28.

⁸⁹ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.011.

⁹⁰ Marknadstillkännagivandet, p.36.

⁹¹ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.110-111.

⁹² Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.107.

⁹³ Marknadstillkännagivandet, p.39. se även, Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.108.

⁹⁴ Marknadstillkännagivandet, p.40.

⁹⁵ Marknadstillkännagivandet, p.41, se även Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.109.

vanliga rapporter.⁹⁶ En del författare anser att det är fel, då de ej anser att det är befogat att noggrannare granska en undersökning än en annan. En av författarna är Katarina Olsson som håller med genom att konstatera att grundinställningen självfallet måste vara att allt material granskas lika noggrant.⁹⁷

Uppgifter om prisförhållanden är också viktiga för att bestämma produkters utbytbarhet. Om det förhåller sig så att det återfinns en prisskillnad mellan en möjlig substitutionsprodukt och den undersökta produkten, kan det resultera i att ingen utbytbarhet föreligger mellan produkterna. Om prisskillnaden är marginell och över lång tid stadig, kan detta vara en indikation på att produkterna tillhör samma produktmarknad.⁹⁸ Men man kan omöjligen dra en generell slutsats av prisskillnaden, andra faktorer måste också beräknas, även om det statiska prisläget och korrelationen mellan priser över en viss tid kan ge en inblick i förhållandet mellan produkterna.⁹⁹ Bevisningen som används för att definiera marknaden kommer skilja sig i varje fall, då alla marknader är särskilda. Det viktiga är att använda sig av de faktorer som lämpar sig speciellt för just den marknaden som undersöks.¹⁰⁰

2.7.2 Relevant information av fastställandet av den geografiska marknaden

Precis som i bedömningen av den relevanta produktmarknaden finns det olika typer av information som spelar roll vid avgränsandet av den geografiska marknaden. Man utgår från det geografiska område där det undersökta företaget är aktivt.¹⁰¹ Kommissionen börjar alltså söka i ett mindre geografiskt område och utvidgar det successivt, tills det ej är möjligt att finna rimliga substitut.¹⁰² Det krävs att kommissionen även här utvärderar efterfrågesubstitut och utbudssubstitut. Kommissionen ser till köparens benägenhet att söka substitut från andra geografiska områden, och till företags möjlighet att utvidga sin verksamhet till nya geografiska områden.¹⁰³ Kommissionen måste undersöka lokala preferenser, kundernas inköpsmönster, produktdifferentiering och varumärken, men även prisstrukturer och fördelning av marknadsandelar på det geografiska området, för att fastställa om ett företag inom ett visst geografiskt område verkligen utgör ett reellt konkurrensalternativ.¹⁰⁴

Kommissionen kan utföra en kontroll om potentiellt konkurrerande företagen upplever begränsningar för att tillträda den undersökta

⁹⁶ Marknadstillkännagivandet, p.41.

⁹⁷ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s. 109.

⁹⁸ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s. 110.

⁹⁹ Wetter *m.fl.* *Konkurrensrätt – en kommentar s.116-117.*

¹⁰⁰ Whish, Bailey, *Competition Law*, s.34.

¹⁰¹ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.069.

¹⁰² Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.069.

¹⁰³ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.069.

¹⁰⁴ Marknadstillkännagivandet, p.29.

produktmarknaden. Det kan röra sig om särigheter som krav på lokal närvaro för att ha tillåtelse att bedriva handel i området. Olika villkor för tillgång till distributionskanaler kan föreligga och kostnader för att bygga upp ett nätverk, men även andra eventuella hinder som tullar och offentlig upphandling kan bli faktorer som påverkar bedömningen. Kommissionen strävar efter att fastställa vilka företeelser som skyddar företag i ett geografiskt område mot konkurrenter från andra geografiska områden. På så vis fastställs till vilken grad företag kan byta marknad på nationell, europeisk och global nivå.¹⁰⁵

För se företags möjlighet att byta marknad, måste kommissionen fastställa det reella handelsflödet, och upptäcka varje faktors betydelse för handelsflödet, samt dess förmåga att hindra eller utveckla konkurrenter från en angränsande geografisk marknad. Genom korrekt utförande av analysen bör en geografisk marknad ha avgränsats. Den faktor som ofta är viktigast är transportkostnader och till vilken utsträckning de kan förhindra handeln mellan olika geografiska områden¹⁰⁶. Andra faktorer som kan vara avgörande är produktens beskaffenheter. Till exempel färsk mjölk som inte kan transporteras längre sträcker utan att bli dålig. Det leder till att man direkt kan avgränsa den geografiska marknaden till den plats där det inte finns möjlighet att leverera.¹⁰⁷

Kommissionen betraktar även kundernas inköpsmönster för att få en fullgod blick över hela den geografiska marknaden. Handlar kunderna redan över hela gemenskapen, är självklart den geografiska marknaden avgränsad till hela gemenskapen.¹⁰⁸ I vissa fall kan antalet kunder vara så omfattande att det är omöjligt att få en rättvis bild över inköpsmönstret. Då kan man använda sig av tillgänglig handelsstatistik. Handelsmönster är ej tillräckligt för att på egen hand avgränsa den geografiska marknaden, men om den kan understyrkas tillräckligt kan det bidra till fastställandet av den relevanta geografiska marknaden.¹⁰⁹

Även nationella särdrag som språk, kultur och livsstil har påverkan på efterfrågan. Detta kan leda till en favorisering av lokala produkter och producenter.¹¹⁰

2.8 Substitutionskedjor

På vissa marknader förekommer så kallade substitutionskedjor. Det är situationer då två marknader överlappar varandra. Det innebär att produkter som inte är direkt utbytbara på grund av omständigheter som exempelvis transportkostnader, skall inkluderas i den relevanta marknaden. Den geografiska marknaden kan i väsentlig grad överlappa en annan geografisk

¹⁰⁵ Marknadstillkännagivandet, p.30.

¹⁰⁶ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, p. 4.071.

¹⁰⁷ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.114.

¹⁰⁸ Marknadstillkännagivandet, p.48

¹⁰⁹ Marknadstillkännagivandet, p.49.

¹¹⁰ Marknadstillkännagivandet, p.46.

marknad och i det fallet kan en vidare geografisk marknad definieras än normalt. Ett annat exempel är två produkter som ej är utbytbara mot varandra men de är båda två utbytbara mot en tredje. Då kan båda produkterna inkluderas i samma relevanta marknad. För att substitutionskedjor skall utöka den avgränsade marknaden krävs det att det finns faktiska belägg på exempelvis en oberoende prissättning. Det krävs även att prisnivån i kedjans periferi är av samma storleksordning.¹¹¹

2.9 Primär och sekundär marknad

I särskilda fall kan en marknad klassificeras inom kategorin primär eller sekundär. Innebörden av det är att vid köpet av särskilda produkter följer ett behov av reservdelar, service eller motsvarande. De nya behoven är kopplade till den förstköpta produkten. Ett typiskt exempel är när man köper en bil. Då uppstår behovet av både service och reservdelar. De produkt- eller tjänstmarknader som skapas kallar man sekundärmarknader och kan vara en del av, eller vara den relevanta marknaden. Det ledande målet är *Hugin*¹¹² där Hugin sålde kassaapparater och hade en dominerande ställning på marknaden för reservdelarna till sina kassaapparater. Detta skapade ett beroende till Hugin för företagen som reparerade Hugin's kassaapparater eftersom de befann sig i behov av Hugin's reservdelar. Domstolen fann därför att situationen motiverade till en snäv marknadsdefinition. Dagens konsumenter baserar sitt köp på en avvägning mellan primär- och sekundärmarknadens gemensamma pris och egenskaper.¹¹³ Det krävs att bedömningen och analysen görs i varje enskilt fall, då den relevanta marknaden kan skilja sig beroende på vilken produkt som undersöks.¹¹⁴

När kommissionen skall avgränsa primära och sekundära marknader skall de principer som framförs genom Marknadstillkännagivandet brukas med varsamhet, särskilt då det handlar om en prövning av missbruk av dominerande ställning. Kommissionen menar att det finns situationer där utbythbarheten hos substitut är påverkat av andra omständigheter som uppstår vid kopplingen mellan de två marknaderna. Kommissionen finner inget hinder för att använda någon av de metoderna som involverar efterfrågesubstitution, men hänsyn måste tas till att begränsningar i substitutionen kan förekomma. Problemet är att marknadsdefinitionen kan bli alldeles för snäv för den sekundära marknaden. Om den sekundära marknaden är en marknad för reservdelar som det är svårt att finna substitut till och produkten inom primärmarknaden är dyr och varaktig, då kommer en mindre prishöjning bli lönsam och avgränsningen av marknaden bli snäv.¹¹⁵

¹¹¹ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.118, men se även, marknadstillkännagivandet, p57-58.

¹¹² Mål 22/78, *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v. Commission*, [1979], ECR 3125, (hädanefter; Hugin).

¹¹³ Hugin, p.3-8.

¹¹⁴ Olsson, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, s.66-67.

¹¹⁵ Marknadstillkännagivandet, p.56.

2.10 Marknadsavgränsningen inom företagskoncentrationsärenden

Marknadsdefinitionen i artikel 102 är på många sätt annorlunda från marknadsdefinitionen i koncentrationsärenden. Den är väldigt viktig i båda scenariorena men det skiljer sig i initialläget. I koncentrationsärenden behöver man inte avgöra legitimiteten i prissättningen och det analyseras endast efter potentiella missbruk.¹¹⁶ En annan skillnad är att man vid avgränsningen av marknaden inom koncentrationsärenden ofta använder sig av kvantitativa metoder för bedömningen av substitut och bedömningen grundas mer på empirisk data och ekonomiska metoder. De principerna har inte riktigt etablerat sig i dominansärendena.¹¹⁷ O'Donoghue och Padilla framför att detta kan bero på att den empiriska informationen som behövs för att använda sig av kvantitativa tester är begränsad och återfinns inte inom alla branscher. Författarna säger att då antalet beslut inom koncentrationsärenden långt överstiger de inom dominans, så ter det sig naturligt att kvantitativa tester inte etablerat sig i dominansärendens marknadsdefinitioner där det är den kvalitativa bevisningen som avgör den relevanta marknaden.¹¹⁸ En anledning till varför bedömningarna skiljer sig är att koncentrationsärenden blickar framåt och försöker avgöra kommande konkurrensförhållanden medan artikel 102 ser tillbaka på äldre förhållanden.¹¹⁹ En del författare vill även att kraven för företagskoncentrationer skall vara lägre än vid dominansbedömningar. Då dominanta företagen genom effektiva medel erhållit sin marknadsmakt, måste det anses belöningsvärt jämfört med de som vill förvärva marknadsmakt genom företagskoncentrationer. Resultatet hade blivit att företag med en lägre marknadsandel hade blivit begränsade vid förvärvssituationer.¹²⁰

¹¹⁶ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.65-66.

¹¹⁷ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.171.

¹¹⁸ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.67.

¹¹⁹ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.169.

¹²⁰ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s. 170-171, se även Vickers, *How Does the Prohibition of Abuse of Dominance Fit with the Rest of Competition Policy*, för en vidare diskussion i ämnet.

3 Dominerande ställning

3.1 Bakgrund

När marknaden är avgränsad skiftas fokus till bedömningen av den dominerande ställningen. Innan missbruksbedömningen görs måste man med hjälp av den avgränsade marknaden fastställa ifall det undersökta företaget anses vara i en dominerande ställning. Om inte en dominerande ställning föreligger kan inte agerandet konstituera ett missbruk. Uttrycket dominerande ställning återfinns inte inom ekonomisk teori där man istället använder sig av uttrycket betydande marknadsmakt. Domstolen i *United Brands* likställer i princip de två begreppen och ger de samma innebörd.¹²¹ Till skillnad från den ekonomiska termen är den juridiska innebörden av dominerande ställning binär, alltså antingen är ett företag dominant eller inte. Antingen är artikel 102 tillämplig eller inte.¹²²

3.2 Väsentlig del av den inre marknaden

För att artikel 102 skall vara tillämplig krävs det att företaget innehar en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden. En jurisdiktionsregel som avgör om det är kommissionen eller nationell myndighet som kan klandra företaget. Vid bedömningen använder man sig inte av marknadsavgränsningen utan analysen utförs över hela den inre marknaden. Det är företagets volym och de ekonomiska möjligheterna som är relevanta, inte de geografiska. Även väldigt små volymer av marknaden har ansetts utgöra tillräcklig del av den inre marknaden.¹²³

3.3 Dominerande ställning

Ren marknadsmässig dominans är inte en överträdelse av artikel 102. Lagstiftningen vill komma åt och hindra företag från att utnyttja sin dominans på ett sätt som kan skada konkurrensförutsättningarna för andra aktörer på marknaden.¹²⁴ En marknadsdefinition kan resultera i en snäv avgränsning. Då föreligger möjligheten att ett ur gemene mans perspektiv ”litet företag” betraktas dominerande på dess relevanta marknad.¹²⁵ För att fastställa om ett företag är dominerande behövs vetskap om företagets marknadsandelar. Proceduren är fundamental för möjligheten att fastställa ett företags marknadsmakt. Det räcker med att finna att en dominerande ställning förelåg vid tidpunkten för missbruket. Ingen hänsyn tas till

¹²¹ *United Brands*, p.65.

¹²² Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 180.

¹²³ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.173.

¹²⁴ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, s.156.

¹²⁵ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, s.159.

handlingar av icke-dominanta företag som kan leda till att de får en dominerande ställning.¹²⁶

Den rättsliga definitionen av en dominerande ställning är en position av ekonomisk styrka hos ett företag som möjliggör ett oberoende agerande gentemot konkurrenterna på samma marknad.¹²⁷ Närvaron av konkurrens på marknaden och innehavet av en oberoende ställningen är inte nödvändigt, utan företaget behöver endast inneha möjligheten att inverka på konkurrensmöjligheterna på den relevanta marknaden.¹²⁸

3.4 Företagsbegreppet

Det finns ingen precisering av ordet ”företag” i artikel 101 och 102. EU-domstolen har utvecklat och tolkat begreppet i diverse olika hänseenden. Innebörden av begreppet är brett och som framtolkat i *Höfner*¹²⁹ innebär det en enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett rättslig form eller strukturen på dess verksamhet. Det avgörande är alltså om företaget bedriver ekonomisk verksamhet.¹³⁰

3.5 Marknadsandel

Att utröna ett företags marknadsandel är det första och mest betydelsefulla steget i en dominansbedömning. I bedömningen är det viktigt att både det undersökta företaget och dess konkurrenters marknadsandelar tydliggörs. Bedömningen av marknadsandelar är endast möjlig då den relevanta marknaden är avgränsad. Bedömningen grundas på bland annat försäljningsstatistik genererade av företagen på den relevanta marknaden. Metoderna att skapa marknadsandelsstatistik är många. Som tidigare nämnt är försäljningssiffrorna ofta behjälpliga, men det går även att använda sig av redan existerande statistik från branschorganisationer och företagen själva. Även annan form av data kan vara vägledande. Ett exempel är i *TACA*¹³¹ där kommissionen bedömde marknadsandel på volymen av transporterade containrar.¹³² Innebörden av en korrekt definierad marknad är därmed avgörande för en korrekt marknadsandelsbedömning.¹³³

¹²⁶ O’Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.107.

¹²⁷ United Brands, p. 2.

¹²⁸ Hoffmann-La Roche, p.39.

¹²⁹ Mål C-41/90 *Höfner and Elser v. Macroton GmbH*, [1991] ECR I-1979. p.21-22.

¹³⁰ Se överklagande Mål C-171/05 P, *Laurent Piau v. Commission*, [2006] ECR I-37, där FIFA och nationella fotbollsorganisationer ansågs utgöra ett ”företag”. För en vidare diskussion om ekonomisk verksamhet se, Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, avsnitt II, kap.4. se även Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 177-178.

¹³¹ Kommissionens beslut, *Trans-Atlantica Conference Agreement* OJ 1999 L 95/1, förenade målen T-191/98, T-212/98, T-214/98, *Atlantic Container Line AB and Others v. Commission*. [2003] ECR II-3275.

¹³² O’Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.110.

¹³³ O’Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.108-109.

Kommissionen har uppmärksammat att man i en dominansbedömning inte uteslutande kan förlita sig på marknadsandelar. Marknadsandelar är endast ett sätt att försöka utröna marknadsmakten, de kan inte självständigt fastställa en dominerande ställning. Som O'Donoghue och Padilla uttrycker det, att definiera marknaden är mer en konst än en vetenskap då man ofta förlitar sig på kvalitativa faktorer vid definieringen av marknaden. Att fastställa höga marknadsandelar i en marknad definierad under de här förutsättningarna ger inte en rättvis bedömning om ett företags dominans. Det är även omöjligt att bedöma om en marknadsandel innebär en långvarig eller endast tillfällig avläsning av marknadsmakten.¹³⁴

Kommissionen måste göra en genomgripande undersökning av de olika konkurrensvillkoren på marknaden innan en bedömning av dominerande ställning är fastställd. Faktorer som skall bedömas och som kan påverka är exempelvis tillgången till specifik teknik, finansiella resurser och möjlighet att träda in på marknaden. Det finns fler faktorer som kan inverka.¹³⁵ Marknadsandelarna bedöms på nytt i varje enskilt fall och de specifika faktorer som förekommer i varje särskilt fall testas.

Vissa generaliseringar förekommer dock. Vid särskilt höga procentsatser förekommer en presumtion om dominans. Om ett företag är ensamt på en specifik produktmarknad som ej är begränsad med lagstadgade konkurrensbegränsningar, innehar företaget ett så kallat *faktiskt monopol*. Det är ovanligt, vanligare är att ett företag har en marknadsandel på 80-90%. Då marknadsandelen ligger runt 90 % är det tillräcklig motivering för att fastställa en dominerande ställning och inga andra aspekter behöver behandlas.¹³⁶ Marknadsandelar på över 70 % innebär en stark presumtion för dominans.¹³⁷ En svagare presumtion föreligger vid marknadsandelar mellan 50-70%.¹³⁸ En marknadsandel av 50 % har sagts skapa en presumtion av förekomsten av en dominerande ställning, bland annat genom EU-domstolens dom i målet *AKZO*.¹³⁹ Marknadsandelar mellan 40-50% behöver undersökas ytterligare, då det kan variera ifall sådana företag innehar en dominerande ställning.¹⁴⁰ Kommissionen anser det inte troligt att ett företag med en marknadsandel understigande 40 % innehar en dominerande ställning, förutom i extrema fall.¹⁴¹ I *Magill* fann domstolen att ett företag på 33 % av marknadsandelarna var dominerande med motiveringen att det fanns få aktörer på marknaden och att alla handlade med respektive immateriellrättsskyddat material.¹⁴² Det finns ingen absolut

¹³⁴ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s. 112.

¹³⁵ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s. 112.

¹³⁶ Se exempelvis, Hoffmann-La Roche eller mål C-53/92 P, *Hilti AG v. Commission*, [1994] ECR I-667.

¹³⁷ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s. 113.

¹³⁸ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s. 113.

¹³⁹ Mål C- 62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission*, [1991] ECR I-3359. (hädanefter; *AKZO*).

¹⁴⁰ Hoffmann-La Roche, p.58.

¹⁴¹ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 113.

¹⁴² Beslutet i OJ L 78/43, *Magill TV guide*[1989] och mål T-69/89 *RTE, ITP, BBC v. Commission*, [1991] ECR II-485.

indikator på att marknadsandelar lägre än 30 % innefattar ett skydd mot dominans. Dock är det otroligt att ett företag med marknadsandelar under 30 % blir bedömda som dominerande. Extremt låga marknadsandelar, som 10 % har av EU-domstolen konstituerat en presumtion för avsaknad av dominerande ställning.¹⁴³

3.5.1 Superdominans

Så kallad superdominans är situationer där företaget i fråga har en så stor marknadsstyrka att de restriktioner som vanligen föreligger mot en dominant är ännu större. De kan gälla företag som innehar ett quasi-monopol men av andra omständigheter har en större marknadsstyrka, exempelvis att företaget har tillgång till en specifik råvara eller immaterialrätt.¹⁴⁴ Situationen i fråga är väldigt ovanlig och förekom först i målet *Compagnie Maritime Belge Transports SA*¹⁴⁵. Beroende på rådande omständigheter och dominantens marknadsstyrka kan alltså ett mer omfattande ansvar gälla för dominanten. Bedömningen av handlingar företagna av en dominant skiljer sig beroende på rådande omständigheter och den mängd marknadsstyrka företaget anses inneha.¹⁴⁶ Konceptet med superdominans har blivit kritiserat för att det saknar förankring i ekonomisk teori och kritiker påpekar att det då tillför mer osäkerhet till tillämpningen av artikel 102.¹⁴⁷

3.5.2 Konkurrentens marknadsandel

Vid bedömningen av dominerande ställning är det även relevant att se till konkurrenternas marknadsandelar, för att utröna deras möjlighet att konkurrera på marknaden. I de fall då skillnaden mellan det undersökta företags marknadsandelar skiljer sig så mycket som 20 % gentemot deras största konkurrent, har kommissionen funnit att det troligtvis föreligger en dominerande ställning. Särskilt i de fall då man funnit att positionen är konstant och varaktig.¹⁴⁸ Man ser till det sammanlagda konkurrenskollektivet och jämför deras sammanlagda marknadsandelar med det undersökta bolagets. Men det är viktigt att se till andra omständigheter också då marknadsandelarna lätt kan ge en osann bild av marknadens konkurrensförhållande. I bedömningen av ett företags eventuella dominans är konkurrenternas marknadsandelar viktiga, men inte lika viktiga som det undersökta bolagets marknadsandelar och relevanta omständigheter i övrigt.¹⁴⁹

¹⁴³ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.115.

¹⁴⁴ Whish, Bailey, *Competition Law*, s.187-189.

¹⁴⁵ Mål C-395 och 396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission*, förenade mål, [2000], ECR I-1365.

¹⁴⁶ Whish, Bailey, *Competition Law*, s.187-189, se även, Goyder, Albors-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, s.301.

¹⁴⁷ Jones, Sufirin, *EU Competition Law*, s.367.

¹⁴⁸ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.115.

¹⁴⁹ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.116.

3.5.3 Marknadskoncentration

Den totala koncentrationsnivån av konkurrenter på marknaden kan ge en indikation på konkurrensläget. För att mäta marknadens koncentration använder man *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI), en amerikansk metod som går ut på att sammanställa ett indexvärde. Om summan faller under 1000, anses marknaden enligt HHI vara ”icke-koncentrerad”. Faller summan mellan 1000 - 1800 är marknaden enligt HHI ”koncentrerad i viss utsträckning” och över detta belopp anses marknaden vara ”starkt koncentrerad”.¹⁵⁰ Kommissionen anser att konkurrensproblem kan föreligga vid HHI värden över 1000.¹⁵¹ Marknadskoncentrationen ger en fingervisning om konkurrensförhållandet på marknaden.

3.5.4 Andra faktorerers relevans i dominansbedömningen

En dominerande ställning kan föreligga utan procentuellt höga marknadsandelar. En dominerande ställning existerar redan då ett företags inflyttande på den relevanta produktmarknaden påverkar strukturen av marknaden, och företagets agerande påverkar hela branschen på konkurrensbegränsande manér. Men även faktorer som finansiell styrka, kunskap och tillgång till viss teknologi kan vara avgörande i bedömningen av en dominerande ställning.¹⁵² Företagets agerande bör inte påverkas av rådande marknadsregleringar. Ett företag med en dominerande ställning har möjlighet att under en längre period bibehålla en hög prisnivå.¹⁵³

I vissa fall har kommissionen förlitat sig på det undersökta företagets agerande för att fastställa dominans. Det agerande man specifikt tittat på är det som eventuellt utgjort ett missbruk. Det kan anses märkligt då man inte kan konstatera ett missbruk innan förekomsten av en dominerande ställning. Dock har kommissionen använt sig av denna metod i flera fall, mest noterbart i *Michelin*.¹⁵⁴ Det är problematiskt att använda sig av bedömningen då det lätt kan förbjuda ett specifikt beteende oavsett sammanhanget det sker i. Mycket av vad som anses vara missbruk av dominerande ställning är handlingar som i grund och botten ej bör klandras, utan förbjuds på grund av kraften bakom aktören som utför handlingen. Metoden fungera dessutom utslutande på bedömningar av exploaterande missbruk. Vid bedömningen av exkluderande missbruk är det svårare att observera handlingsschemat som specifikt för dominerande företag då alla företag kan företa handlingar som kan likställas med diskriminerande missbruk, exempelvis leveransvägran gentemot en köpare eller rovprissättning. Skillnaden är bara att det inte blir lönsamt för aktörer som ej innehar en dominerande

¹⁵⁰ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.730-731, not. 280.

¹⁵¹ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.730-731, samt, s.198.

¹⁵² Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, s. 60.

¹⁵³ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, s. 161.

¹⁵⁴ Mål 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission* (Michelin I), [1983] ECR 3461, p54-55. och mål T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission* [2003] ECR II-4071, (hädanefter; Michelin II) p.198-199.

ställning.¹⁵⁵ Det kan tilläggas att detta inte är en metod som är lämpad till att avgöra dominansbedömningen på egen hand utan en metod som kan stärka det redan framkomna resultatet av att en dominerande ställning föreligger.

3.6 Inträdesbarriärer

Efter att marknadsandelarna är klarlagda är nästa steg att bedöma andra faktorer som kan påverka dominansbedömningen. Det naturliga steget är att bedöma inträdesmöjligheterna på den relevanta marknaden.

Inträdesbarriärer hindrar konkurrenter och resulterar i återhållsamt beteende hos bolag som vill etablera sig på marknaden. Barriärerna kan bestå av strukturella företeelser i marknaden men även av andra företeelser som licenser och tullar. Hur man definierar och bedömer inträdesbarriärer inom ekonomisk teori har det skrivits mycket om och det är en relevant och intressant fråga vilken av dessa teorier som bör applicera i den rättsliga bedömningen. Kommissionen begränsar inte sin bedömning till ett specifikt tillvägagångssätt och ger heller inte en uttömmande lista på inträdesbarriärer. Men belyser olika former av barriärer genom praxis, varav rättsliga och administrativa barriärer är en kategori. En marknad kan begränsas på grund av licenskrav eller att en viss immaterialrätt krävs för att vara aktiv på marknaden. Det mest påfallande exemplet på rättsliga barriärer är statliga monopol och det svenska systembolaget som innehar en ensamrätt på marknaden.¹⁵⁶

Två faktorer påverkar företags inträde på marknaden. (i) Den oåterkalleliga kostnaden för inträdet i form av omställningskostnader. (ii) Den förväntade vinsten av inträdet. Ju större kostnad för inträde desto mindre chans för att företag skall trädla in på marknaden. Precis som att inget bolag kommer vilja gå in på marknaden om den förväntade vinsten är låg, det kan bero på att andra potentiella konkurrenter kommer trädla in på marknaden så att det blir många aktörer som delar på vinsten.¹⁵⁷

Ett dominerande företag kan inneha fördelar på en marknad som hindrar konkurrenter från att effektivt trädla in på marknaden. Fördelarna kan vara varumärket på produkten, eller ”know how” men även dominantens finansiella styrka.¹⁵⁸ Ett exempel är målet mot *Commercial Solvents*¹⁵⁹, där det dominerande företaget har specifik tillgång till råmaterialet för vissa mediciner. Konkurrenter blev då beroende av dominanten som i sin tur kunde reglera inträdet på marknaden. Inträdesbarriärerna kan även bestå av ekonomiska faktorer. En sådan faktor kan vara att kostnaden för inträde till marknaden är hög, företaget behöver kanske ställa om sin produktion och att det är väldigt dyrt. Även andra ekonomiska barriärer existerar och kan

¹⁵⁵ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.128-129.

¹⁵⁶ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.119-120.

¹⁵⁷ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 3-020.

¹⁵⁸ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.124-127.

¹⁵⁹ Mål 6/73 och 7/73, *ICI and Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223. (hädanefter; *Commercial Solvents*).

påverka bedömningen.¹⁶⁰ Det faktum att inga nya företag har trätt in på marknaden under de senaste åren, behöver inte betyda att dominanten hindrar företag från inträde, utan generellt sätt kan det vara så att det inte är tillräckligt lönsamt för ett företag att träda in på en marknad som har en redan fungerande effektiv konkurrens.¹⁶¹

3.7 Köparmakt

För att göra en korrekt dominansbedömning krävs det att man mäter köparmakten. Ett företags agerande påverkas av kundens inflytande, en dominant kan agera näst intill oberoende av köparna. En definition av begreppet är, möjligheten för köparen att påverka de villkor som gäller vid köpet av en specifik produkt. Man mäter vilken grad en eller fler köpare kan åstrama handlingsutrymmet för en eventuell dominerande aktör.¹⁶² För att konstatera köparmakten behöver kommissionen först avgränsa den relevanta marknaden för köparna, alltså den marknaden där köparna återfinns. Efter det undersöker man kundkoncentrationen, det ger en viktig indikation på marknadens köparmakt. Det man tittar på är hur många procent av marknaden som ligger hos ett fåtal storköpare och jämför detta med tillgångssidans koncentration. Då köparna ofta är många och står för en låg procentsats per köpare, kan man klumpa ihop dem i kundgrupper. Man ser även till återförsäljarnas handelsbruk och deras makt gentemot säljaren. Man ser till deras andel av säljarens vinst och undersöker noggrant de villkor som inte gynnar säljaren. Ett exempel är köparens möjlighet till betalningsuppskov.¹⁶³ En undersökning görs sedan på skillnaden i kostnad för försäljaren att byta återförsäljare och för att återförsäljare att byta säljare och undersöker deras möjligheter utanför det gamla avtalet. Förhandlingskraften i situationen beror väldigt mycket på möjligheterna att byta leverantör.¹⁶⁴ Bedömningen av köparmakten kan i allra högsta grad påverka dominansbedömningen. Då en stark köparmakt underminerar möjligheten till en rättsligt dominerande ställning.¹⁶⁵

3.8 Konkurrens på marknaden

De tekniker som nu har behandlats är endast metoder för att konstatera marknadsmakten hos företaget, men det är även viktigt att fastställa den faktiska konkurrensen på marknaden. Det kan leda till att hela dominansbedömningen skiftar och företaget plötsligen inte innehar en dominerande ställning. Innebörden av faktisk konkurrens är att ett företag måste helt eller delvis vara i stånd att ignorera konkurrenternas agerande.¹⁶⁶

¹⁶⁰ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.121-123.

¹⁶¹ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 3-023.

¹⁶² Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.748 samt s.570.

¹⁶³ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.130-131.

¹⁶⁴ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.566-567.

¹⁶⁵ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.129-132.

¹⁶⁶ Hoffmann La-Roche, p.39, se även O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.134.

Det är lite diffust då under en kortare tid även mindre företag kan ignorera konkurrenternas agerande.¹⁶⁷ Den primära faktorn är att företag med en dominerande ställning agerar effektivt som en prissättare och konkurrenterna följer efter. En dominant behöver alltså ha markant större påverkan på priset än deras konkurrenter. Möjligheten till att sätta och hålla priser är den starkaste indikatorn på ett företags dominerande ställning. Förmågan behöver vara långvarig och oberoende. Även om konkurrenter vid tillfällen lyckats påverka prissättningen, innebär det inte att en dominerande ställning föreligger. Man ser till faktorerna över ett längre tidspann och söker efter det konstanta förhållandet.¹⁶⁸

3.9 Marknadsandelens betydelse

Marknadsandelen är ofta det viktigaste beviset för att en dominerande ställning föreligger. När man läser kommissionär Mario Monti's tal från 2001, framgår det tydligt att kommissionen använder sig av marknadsandelar som en teknik för framställandet av marknadsmakten.¹⁶⁹ Uppfattningen bekräftas av bland annat av Rousseva, som klagar på det icke-konsekventa hanterandet av marknadsandelar.¹⁷⁰ Rousseva framför att tidigare, då marknadsandelen totalt reflekterade kommissionens syn på marknadsakt, var det lättare för företag att bedöma om de befann sig i en dominerande ställning. Den legala transparensen försvann i och med marknadsstillkännagivandet då allt högre krav ställdes på kommissionens dominansbedömning, resulterande i att kommissionen byggde ut bedömningen med införandet av andra faktorer som ofta är subjektivt grundade. Därmed försvann företagets möjlighet att själv fastställa sin egen legala ställning.¹⁷¹ Även då det stämmer att dagens dominansbedömning generellt kräver mer än endast klargörande av marknadsandelar, kan det sägas att höga marknadsandelar presumerar dominans i bedömningarna. Många författare uppfattar det som oroande då fastställandet av marknadsandelar inte är ett enkelt förfarande och resultatet är inte nödvändigtvis korrekt.¹⁷² Whish och Bailey framför att det finns en viss missriktad fokusering på marknadsandelarnas procentsatser. Framförallt den effekt marknadsandelarna har på företagets sätt att angripa de olika fallen.¹⁷³ Sammanfattat kan sägas att synen på marknadsandelar har blivit mindre viktig i bedömningens helhet då det numera krävs information utanför marknadsandelarna som stödjer existensen av en dominerande ställning.¹⁷⁴

¹⁶⁷ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.134.

¹⁶⁸ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, s.135, se även Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.558-563.

¹⁶⁹ Monti, *Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy*, workshop on market definition – Helsinki fair centre, 5 October 2001, Speech/01/439, 1 part.

¹⁷⁰ Se *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, dec, 2005, stycke, 4.2.1. och jämför med marknadsstillkännagivandet.

¹⁷¹ Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.367-368.

¹⁷² O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.11-112, samt Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.560-563.

¹⁷³ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 46.

¹⁷⁴ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 6-009.

4 Missbruk

4.1 Inledning

Det är viktigt att komma ihåg att det rena existensen av en rättslig dominerande ställning ej är olaglig. Det är först då företaget missbrukar ställningen, som ett agerande strider mot artikel 102. Vad är det då som utgör ett missbruk av dominerande ställning? I många fall är det en handling som utförd av ett företag utan dominerande ställning ej hade betraktas som konkurrensrättsligt förkastlig. Många av handlingarna är endast lönsamma eller möjliga då det agerande företaget har en dominerande ställning, i artikel 102 finner vi en exemplifierad uppräknning av vad som kan utgöra ett missbruk. De exempel som ges är ganska övergripande och för att specificera det får man vända sig till rättsfall och sekundärrätt.

4.2 Missbrukskatalogen

Gemenskapsdomstolen har i uttalande påpekat att listan över missbruk i Artikel 102 ej skall anses vara uttömmande. Det mest noterbara målet är *Continental Can* där man ansåg att artikel 102 gick att tillämpa på företagskoncentrationer.¹⁷⁵ Domstolen förespråkade alltså en expansiv tolkning av missbrukskatalogen i artikel 102. Frågan är om domstolen menar att kategorierna i listan i sig är uttömmande men inte exemplen inom kategorierna? Eller om domstolen menar att listan i sin helhet är illustrativ, och tolkningen av missbruk sträcker sig utanför listan?

Troligast är att listan över kategorierna är uttömmande men exemplifieringen inom kategorierna inte är det, anser O'Donoghue och Padilla. Först kan nämnas att tillämpningen av artikel 102 i *Continental Can* fyllde ett hål i lagen, då reglerna om företagskoncentrationer ej hade trätt i kraft. Numera används ej artikel 101 och 102 i koncentrations fall.¹⁷⁶

Whish och Bailey håller inte med, författarna anser att artikel 102 är illustrativ i sin helhet.¹⁷⁷ Jag uppfattar det dock som så att Whish och Bailey ej diskuterar kring de olika missbruks kategorierna utan pratar om missbruket mer generellt. O'Donoghue och Padilla's syn stöds även av Jones och Sufrin.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Continental Can, p.26.

¹⁷⁶ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.213-215.

¹⁷⁷ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 193.

¹⁷⁸ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s.361-362.

4.3 Missbruket

Ett företag i en dominerande ställning kan agera konkurrensbegränsande genom sitt ensidiga agerande, till exempel vid diskriminering genom leveransvägran eller ockerpriser. Missbruket är ett agerande som utfört utan en dominerande ställning inte utgjort ett konkurrensbrott.¹⁷⁹ Missbruket kan bestå i att dominanten utnyttjar sin ställning för egen fördel, ett så kallat exploaterande missbruk, eller genom ett agerande som försvårar andra företags möjlighet att konkurrera, ett exkluderande missbruk. I den förstnämnda situationen kan missbruket bestå i oskäligen priser och villkor. I den sistnämnda situationen kan det röra sig om diskriminering eller kopplingsförbehåll. Ett missbruk kan även vara ett repressaliemissbruk, en dominant straffar eller disciplinerar en rival för att förhindra eller avskräcka deras agerande gentemot dominanten. Det skede bland annat i United Brands, där en leverantör vägrade leverans för att distributören haft samröre med leverantörens konkurrent.¹⁸⁰

Dominerande företag betungas alltså med ett särskilt ansvar gentemot konkurrensen. Ett ansvar som särskiljer en handling som i vanliga fall är ett normalt affärsmässigt beteende, till att bli ett missbruk mot artikel 102.¹⁸¹ Ansvaret ökar dessutom med dominansgraden.¹⁸² Vid bedömningen av ett missbruk är det viktigt att se till de relevanta omständigheterna för just det undersökta missbruket. Bedömningen kan skilja sig beroende på hur stor marknadsmakt ett företag har, ett företag med en mindre marknadsmakt kan tillåtas utföra större konkurrensbegränsning, då effekten på konkurrensen kan bli mindre.¹⁸³

Missbruksbegreppet är ett objektivt 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 bedömda företagets 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.”¹⁸⁴

Under definitionen faller alltså alla handlingar som inte går under normal konkurrens härrörande till priser och kvalitet och som begränsar konkurrensen.¹⁸⁵ Med detta sagt kan tilläggas att normal men aggressiv konkurrens är allt annat än olagligt och uppmuntras av domstolen.¹⁸⁶ I

¹⁷⁹ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, s.61.

¹⁸⁰ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.174-175.

¹⁸¹ Jones, Suftrin, *EU Competition Law*, s.366-367, se även, Whish, Bailey, *Competition Law*, s.192-193.

¹⁸² Jones, Suftrin, *EU Competition Law*, s.366-367.

¹⁸³ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, s.164.

¹⁸⁴ Hoffmann-La Roche, p. 91.

¹⁸⁵ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.175.

¹⁸⁶ AKZO p.881.

Michelin II hänvisar domstolen till exkluderande missbruk och motiverar att det är handlande utan objektiv ekonomisk rättfärdighet och således ett missbruk.¹⁸⁷

Whish och Bailey säger sig se en utveckling från den tidigare nämnda formalistiska initialläget till en mer effektbaserad bedömning av missbruk. Vissa missbruk är eller i alla fall var *per se* olagliga.¹⁸⁸ Men vid introduktionen av kommissionens vägledande deklarerade kommissionen att de numera tillämpar en effektbaserad bedömning av artikel 102.¹⁸⁹ Även i fallen *Deutsche Telekom*¹⁹⁰ och *TeliaSonera*¹⁹¹ kräver EU-domstolen att den negativa effekten av det potentiella missbruket måste påvisas innan missbruket blir ett missbruk.¹⁹² Fastän effektanalysen inte än är ett krav i missbruksbedömningen av artikel 102, så konstaterar Whish och Bailey att utvecklingen rör sig stadigt mot en mer effektbaserad bedömning.¹⁹³ Jag tycker att det låter troligt då en effektbaserad bedömning passar väl in i kommissionens synsätt att artikel 102 skall skydda konkurrensen och i slutändan konsumenten. Även om kommissionen ändrar sin syn på missbruk, från en formalistisk utgångspunkt till en effektbaserad bedömning, så står marknaden fortfarande i centrum.

4.4 Objektivt godtagbara skäl

Ett missbruk av dominerande ställning kan rättfärdigas om det föreligger objektivt godtagbara skäl. Konceptet är vagt och har ej fungerat med genomslagskraft i gemenskapsrätten, i alla fall inte för artikel 102. Vad objektivt rättfärdigande innebär är inte helt säkerställt, men i grova drag handlar det om allmännyttiga anledningar till varför man missbrukat sin ställning, Exempelvis en kris inom industrin eller åtgärd tagen i konsumentskydd.¹⁹⁴ Bevisningen för att det föreligger objektivt godtagbara skäl ligger hos företaget, sen är det upp till kommissionen att klandra och bedöma bevisningen.¹⁹⁵ Objektivt godtagbara skäl är baserat på proportionalitet och då föreställningen om att artikel 102 ofta tillämpas aggressivt och hänsynslöst mot ”missbruk” som ibland har en för konkurrensen positiv effekt, finns det stöd för att klarlägga och utveckla konceptet om objektivt rättfärdigande.¹⁹⁶ I kommissionens vägledning från 2009 framgår det att objektiv nödvändighet, skall vara baserat på externa

¹⁸⁷ *Michelin II* p.107 och 110.

¹⁸⁸ Se exempelvis *Michelin II* p.56 och 65 samt 100.

¹⁸⁹ Vägledningen, p.19, se även p.6-7.

¹⁹⁰ Mål C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Commission*, [2010] ECR I-9555, överklagan från T-271/03. (hädanefter; *Deutsche Telekom*).

¹⁹¹ Mål C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, [2011] ECR I-527, (hädanefter; *TeliaSonera*).

¹⁹² *Deutsche Telekom* p.250-261, *TeliaSonera* p.60-77.

¹⁹³ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 199-201.

¹⁹⁴ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt – en kommentar*, s.574-575.

¹⁹⁵ Microsoft, p. 688, se även Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 213.

¹⁹⁶ Rousseva, *The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernize the Analysis under Article 82 EC?*, s27-29.

faktorer.¹⁹⁷ Men möjligheten finns även att argumentera för att missbruket sker med bakgrund till en effektiviseringsprocess. Dock måste då följande rekvisit uppfyllas, att effektiviseringen har realiserats eller är på väg att realiseras, missbruket var ett krav för effektiviseringen, effektiviseringen är proportionerlig till de negativa effekterna och missbruket får inte eliminera all effektivkonkurrens.¹⁹⁸ Genom kommissionens vägledning, har konceptet med objektivt godtagbara skäl utvecklats och en fackla i mörkret har tänts. Det som nu saknas är att vi behöver exempel på objektivt godtagbara skäl eller objektiv nödvändighet från EU-domstolen.

¹⁹⁷ Vägledningen, p.29.

¹⁹⁸ Vägledningen, p.30.

5 Samhandelskriteriet

5.1 Innebörden

Samhandelskriteriet fyller en jurisdiktionsroll och avgör om nationell eller gemenskapsrätt är applicerbar. Då gemenskapsrätten endast är applicerbar i de fall då handeln kan bli påverkad inom gemenskapen, alltså handel över nationsgränserna. Nationell rätt hanterar alla interna konkurrensrättsliga problem. Effekten av att detta rekvisit är marginell, alla medlemsländer är bundna av att applicera regler motsvarande artikel 102 och kan även applicera striktare tolkningar.¹⁹⁹

Mål som behandlar samhandelskriteriet är sällsynta men vissa generella antagande har kunnat göras. Den effekt som missbruket måste utgöra gentemot gemenskapshandeln är att handlandet påverka den normal handelsflödet eller ändrar utvecklingen i en marknad. Handlandet behöver inte nödvändigtvis försämra handeln. Testet utgår alltså inte från att missbruket har en negativ effekt gentemot konkurrensen.²⁰⁰ Konceptet är inte endast inriktat på effekten på handelsflödet, utan ser också till effekten på konkurrensen mellan medlemsländerna. Om handlandet sker i ett medlemsland men påverkar konkurrensen i ett annat är samhandelskriteriet att anses som uppfyllt. Tolkningar av samhandelskriteriet måste göras i ljuset av gemenskapens mål, att skapa en gemensam marknad.

Under 2004 släppte kommissionen ett tillkännagivande med riktlinjer för samhandelskriteriet.²⁰¹ Tillkännagivandet är inte formellt bindande men fungerar som en guide för domstolar och nationella konkurrensverk. Tillkännagivandet fungerar som en summering av praxis och tolkningar och ger en klar metodologi om hur man skall gå tillväga vid bedömningen av påverkan på handeln.

5.2 De relevanta rekvisiten

Genom beslut och domstolspraxis kan vi konstatera att följande rekvisit föreligger för att samhandelskriteriet skall betraktas som uppfyllt. Handeln mellan två medlemsstater måste vara påverkad. Det måste finnas en påverkan på handelsmönster. Denna påverkan kan vara direkt, indirekt, faktisk eller potentiell. Påverkan måste vara märkbar.²⁰² Med handel innebär all form av ekonomisk verksamhet, alltså exkluderas endast icke

¹⁹⁹ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s659.

²⁰⁰ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s660.

²⁰¹ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07) s.0081-0096. (hädanefter; påverkan på handeln).

²⁰² O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s660. men även "påverkan på handeln" p.19.

kommersiell verksamhet. För att handel mellan två medlemstater skall anses uppfyllt krävs gränsöverskridande ekonomisk verksamhet eller påverkan. Faktorer i en medlemsstat kan anses påverka handeln i en annan medlemsstat.²⁰³ Dessa fall presumeras kapabla att uppnå samhandelskriteriet. De fall som kräver en djupare analys är när missbruk endast påverka en mindre del av en medlemsstat, eller handlar om handelspåverkan utanför gemenskapen, i dessa fall får man använda sig av en individuell prövning för varje enskilt fall.

För att sedan fastställa i fall missbruket påverkar handelsmönster finns det två test, varav båda dessa tekniker bygger på tanken om en gemensammarknad. Det första testet är framtaget av EU-domstolen, i målet *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH*²⁰⁴. Man testar objektivt om man kan med tillräcklig förutsägbarhet se att handelsmönster kommer påverkas, indirekt, direkt, faktiskt eller potentiellt. Och att denna påverkan kommer strida mot konceptet med en gemensammarknad.²⁰⁵ Om effekten på handeln är positiv eller negativ spelar ingen roll. Man testar alltså ifall handelsmönster kommer utvecklas annorlunda på grund av missbruket.²⁰⁶

Ett alternativt test utvecklades i *Commercial Solvents*, detta test kan användas i situationer där en dominant genom sitt missbruk, riskerar faktiskt eliminera konkurrenter från den gemensamma marknaden. Det man gör då är att man mäter sannolikheten av att detta resultat påverkar marknadernas struktur eller handelsflödet i övrigt.²⁰⁷

Märkbarhetskravet är något man bedömer i varje enskilt fall. Man baserar bedömningen beroende på olika faktorer, är det så att avtalet är direkt konkurrensinskränkande är kraven mindre för att märkbarhet skall anses uppnådd, än då missbrukets konkurrenspåverkan är mer vag. De faktorer man ser till är olika från fall till fall, men generellt kan sägas att man ser till marknadens struktur och egenheter. Dominantens dominans spelar också en stor roll, är det en ett större företag som missbrukat ökar risken för att märkbarheten skall anses uppfyllt.²⁰⁸

²⁰³ Till exempel: när förhållanden i en medlemsstat hindrar aktörer från andra medlemsstater att konkurrera på förstnämnda medlemsstaters marknad.

²⁰⁴ Mål 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, [1966] ECR 234. (hädanefter; STM)

²⁰⁵ STM, p.57.

²⁰⁶ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.662-663.

²⁰⁷ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.664.

²⁰⁸ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.666.

6 Synpunkter på artikel 102

6.1 Inledning

Begreppet relevant marknad är välkänt och dess innebörd betydelsefull. Men det finns väldigt få försök att definiera begreppet och utröna dess faktiska innebörd. Den formella definitionen är till sitt yttersta bestående av SSNIP-testet. För att analysera begreppet relevant marknad brukar det sluta i att man analyserar SSNIP-testet. Det här kapitlet behandlar svagheter i marknadsavgränsningen och då till stor del svagheter i SSNIP-testet. Jag kommer även ta upp generell kritik mot artikel 102 som är sprungen ur just marknadsavgränsningen. Under uppsatsens gång har vi konstaterat att artikel 102-förfarandena utvecklas, dessvärre långsamt och med en viss försiktighet, jämfört med dess amerikanska motpart, Sherman Act Section 2. Den amerikanska bedömningen applicerar en mer ekonomiskt baserad bedömning samtidigt som den ekonomiska bedömningen lyser än med sin frånvaro inom behandlingen av artikel 102.²⁰⁹

6.2 Kritik mot SSNIP-testet

Kritiker hävdar att SSNIP-testet inte är ett ultimata sätt att avgränsa den relevanta marknaden. Det finns ett antal fundamentala brister i SSNIP-testet som inte kvalificerar det som ett vetenskapligt test. Då SSNIP-testet i princip är definitionen av den relevant marknad, förefaller det fortsatta användandet av det ogynnsamt. Två författare som är kritiska till dagens metod för marknadsavgränsningar är Adrian ten Kate och Gunnar Niels. Deras artikel ”Defining the Concept of the Relevant Market” anför de en diskussion om bristerna i utförandet av en marknadsdefinition med hjälp av SSNIP-testet. Bland annat anför de att procentsatsen vid den fiktiva prishöjningen ofta resulterar i att skapa en osann verklighetsbeskrivning. Då en prishöjning för en dominant endast är lönsam till en specifik procentsats leder användandet av en generaliserande procentsats till en bristande verklighetsförankring. En höjning av priset resulterar generellt i en lägre efterfrågan på produkten och företaget får vara beredd på att sälja färre enheter.²¹⁰ Det finns en viktig skillnad i hur man använder sig av SSNIP-testet. I USA där testet härstammar från, undersöker man om en hypotetisk monopolist skulle höja priset för att vinstmaximera. I Europa använder man SSNIP-testet för att mäta om en prishöjning på 5-10 % skulle vara lönsam. En prishöjning är bara maximalt lönsam vid en viss procentsats. Låt oss säga att den procentsatsen är vid en höjning på 2 %. Då kommissionen sedermera tillämpar SSNIP-testet på 5-10% så kommer den eventuella lönsamheten vara lägre vid de högre procentsatserna, kanske till och med olönsam. Problematiken undviks om kommissionen börjar tillämpa ett SSNIP test som riktade in sig på om en hypotetisk monopolist avsåg att

²⁰⁹ Etro, Kokkoris, *Toward an Economic Approach to Article 102 TFEU*, s.36.

²¹⁰ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 3-003.

vinstmaximera.²¹¹ Beroende på marknads situation kan en prishöjning med 5 % antingen resultera i att marknaden blir för stort, eller för avgränsad, och inte reflektera den verkliga utbytbarhetssituationen. Höjningen av 5 % kan vara lönsam men också vara högre än procentsatsen för maximallönsamhet. I detta scenario kommer den relevanta marknaden utvidgas trots att den egentligen borde avgränsas snävare.²¹² Aspekten är en återkommande svaghet hos SSNIP-testet och problemet har fått namnet ”The Cellophane Fallacy”.

6.2.1 The Cellophane Fallacy

Begreppet ”The Cellophane Fallacy” är kritik mot en svaghet inom SSNIP-testet, som härrör från ett gammalt amerikanskt mål.²¹³ Det grundar sig i att en av parterna felaktigt hävdade att cellofan inte var en separat marknad då det existerade en hög korspriselasticitet på efterfrågan. Kritiken är mot de praktiska aspekterna hos SSNIP-testet och mot ”the critical loss analysis”. Om det undersökta företaget är dominant så är det troligt att deras priser redan är väldigt höga. Om då priset höjs ännu mer kommer en högre korspriselasticitet på efterfrågan att uppstå och marknaden kommer inte avgränsas tillräckligt. Då priserna redan är höga kommer köparen reagera kraftigare på en höjning och söka sig till substitut som aldrig hade övervägts om priset hade legat på en normal nivå från början. Resultatet av det är att en marknad kan bli så bred att dominanten plötsligen inte betraktas som dominant.²¹⁴ Fel kan även uppstå då det undersökta priset är under konkurrensnivån, vid en underprissättning.²¹⁵ Överlag skall man vara försiktig i sitt användande av SSNIP-testet i bedömningar av artikel 102.²¹⁶ Kommissionen påpekar även det i Marknadstillkännagivandet och tillägger att det faktum att det rådande priset kan ha höjts väsentligt skall beaktas.²¹⁷ Även i kommissionens diskussions promemoria uppmärksammas att man bör använda SSNIP restriktivt inom artikel 102-bedömningar och om möjligt använda sig av andra alternativ.²¹⁸

6.2.2 Bruttomarginal

En annan kritik härrör från bedömningen av korspriselasticiteten på efterfrågan och dess samspel med bruttomarginalen²¹⁹. För företag med en hög bruttomarginalen kan man förvänta sig ett lägre värde på ”critical loss”, än för företag med en lägre bruttomarginal.²²⁰ Alltså skulle det vara olönsamt för ett företag med hög bruttomarginal att höja priserna. Dock är

²¹¹ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 4-006, Box 4.1.

²¹² Ten Kate, Niels, *The Relevant market: A Concept Still In Search of a Definition*, s.303.

²¹³ United States v E.I Du Pont De Nemours & CO 351 US 377 [1956].

²¹⁴ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.81-82.

²¹⁵ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 32.

²¹⁶ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 32.

²¹⁷ Marknadstillkännagivandet, p.56-58.

²¹⁸ *DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, December 2005, p.13.

²¹⁹ Bruttomarginalen beräknas som bruttovinsten i förhållande till försäljningen.

²²⁰ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 4-009-4.010, Box 4.2.

en hög bruttomarginal ofta kopplat till en låg korspriselasticitet på efterfrågan, vilket leder till samma problematik som i föregående stycke, nämligen att marknaden definieras för brett.

6.2.3 Korspriselasticiteten

En problematik som sällan uppmärksammas är svårigheten att välja rätt produkt att mäta korspriselasticiteten på. För att avgöra den korrekta konkurrensbegränsningen i marknadsavgränsningen krävs det att korrekt korspriselasticitet undersöks. Efterfrågeelasticiteten på produkten X vid en prishöjning av produkten Y kan skilja sig från det omvända förhållandet. Om produkten X är mjölkchoklad och produkten Y vit choklad, vid en prishöjning på choklad kanske väldigt få kunder byter till vit choklad. Men tvärtom vid en prishöjning på vit choklad kan tänkas att långt fler kunder köper vanlig choklad i stället. För marknadsavgränsningen är det alltså av största vikt att korrekt korspriselasticitet undersöks. Vilken korspriselasticitet som bör användas diskuteras sällan och det preciseras heller inte i marknadstillkännagivandet vilken korspriselasticitet som är den korrekta för bedömningen.²²¹ Det har hänt att kommissionen valt fel korspriselasticitet i deras bedömning.²²²

6.2.4 Det praktiska problemet

Ett problem är hur man applicerar SSNIP-testet, hur kommissionen mäter köparnas reaktioner på den fiktiva prishöjningen. Kommissionen försöker i marknadstillkännagivandet förklara hur de behandlar aspekten i analysen.²²³ Kommissionen presenterar möjligheten att använda sig av en stor variation av information. Problemet är att informationen inte alltid reflekterar de verkliga förhållandena. Ett exempel är när kommissionen vänder sig till det undersökta företags kunder och ber om utlåtanden. Eftersom dessa kunder kan vara konsumenter finns det en grad av osäkerhet som inte nödvändigtvis reflekterar verkligheten i deras svar.²²⁴ SSNIP-testet är dessutom inte alltid en tillämplig metod. I vissa branscher sker konkurrensen i form av budgivning, vilket SSNIP-testet ej går att tillämpa på. SSNIP-testet är inte heller alltid lämpligt när priserna är påverkade av olika sorters reglering som skatter eller liknande. SSNIP-testet fungerar effektivast då priserna sätts fritt.²²⁵

Det stora problemet som uppstår när marknaden skall avgränsas är när utbytet skall bedömas. Det är väldigt svårt att med säkra mått avgöra vilka produkter som är utbytbara gentemot varandra. Bidragande till problematiken är de faktum att det ofta inte finns data som kan användas för att analysera utbytbarheten eller är opålitlig alternativt ofullständig.

²²¹ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s.58-59, Box 3.2.

²²² Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s.58-59, Box 3.2, not. 17.

²²³ Marknadstillkännagivandet, p. 25-52.

²²⁴ Jones, Sufirin, *EU Competition Law*, s. 70.

²²⁵ Rose, Bailey, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, s. 4.024.

Dessutom är informationen ofta öppen för tolkningar.²²⁶ Effekten blir att i de fall där det är svårt att få fram korrekt, pålitlig och empirisk data, kommer kommissionen grunda sin marknadsavgränsning på rena subjektiva resonemang och inte fakta. Precis som kommissionen framför i marknadsstillkännagivandet blir då bedömningen ett ”tanke experiment” där kommissionen fiktivt bedömer reaktionerna av en prishöjning och produkters utbytbarhet genom att bedöma egenskaper och pris.²²⁷

6.2.5 Den nya ekonomins marknader

De allmänna principerna inom marknadsavgränsningen fungerar inte alltid friktionsfritt då den moderna ekonomins marknader skall definieras. Den nya ekonomins konkurrensrättsliga dynamik inom den teknologiska sektorn utgår inte från att likvärdiga produkter byter ut varandra, utan snarare att nya produkter efterträder gamla. Resultatet blir att SSNIP-testets principer om att utbytbara produkter är homogena och att konkurrenter konkurrerar med priset faller platt. SSNIP-testet fokuserar på en hypotetisk prishöjning i stället för innovationen hos konkurrenterna, resultatet blir en allt för snäv marknadsavgränsning.²²⁸ Jones och Sufrin anser att man bör tona ner marknadsavgränsningens betydelse i dessa fall och framförallt tilltron till marknadsandelarnas betydelse i fall rörande den nya ekonomin och teknologi.²²⁹

6.3 Angående alternativen till SSNIP

Bishop och Walker framför att det är svårt att avgränsa den relevanta marknaden utan ett SSNIP test, då metoden är konstruerad för just marknadsavgränsningar och är således tillämpbar på alla former av produkter. Som anförts i förra stycket finns det fortfarande en viss friktion i särskilda områden. Men SSNIP-testet är en av få kvantitativa metoderna som betraktar konkurrensbegränsningar från både efterfråge- och utbudssidan och därför kan man säkrare än vid andra kvantitativa metoder bedöma marknadsandelarna.²³⁰ Bishop och Walker menar på att andra kvantitativa metoder bör användas för att säkra marknadsavgränsningen, men det är viktigt att man utför ett SSNIP test vid varje avgränsning. Det finns många olika syner på marknadsavgränsningen. Vissa kommentatorer finner SSNIP-testet outhärligt, medan andra föredrar andra sorters kvalitativa tester. Kommissionen väljer som oftast att tillämpa ett SSNIP test, grundad på empirisk data om tillgängligt och annars kvalitativ information. Men de har även valt att förbise SSNIP-testet i vissa mål och i stället applicerat andra kvantitativa metoder.

²²⁶ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 30-31, 36.

²²⁷ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 36.

²²⁸ Teece, Coleman, *The meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-technology Industries*, s. 827-8.

²²⁹ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 79.

²³⁰ Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 4-007.

6.4 False Positive

Det kan vara svårt att på förhand förstå om ett agerande är konkurrensinskränkande eller -gynnande. Det finns en påtaglig risk att artikel 102 tillämpas offensivt mot agerande som egentligen är konkurrensfrämjande. Rimligtvis kan inte den paradoxen vara eftersträvad, att en lag som är konstruerad till att skydda konkurrensen i själva verket stjälper den samma. Problemet kallas ofta för 'false positive' och dess motsats är 'false negative'. Ett 'false positive' inträffar då kommissionen finner ett agerande som egentligen är positivt för konkurrensen utgör ett missbruk. Ett 'false positive' är således skadligt både för de företag som klandras för sitt agerande, men även för konkurrensen och konsumenten som i själva verket gynnas av agerandet. Motsatsen är ett 'false negative' då kommissionen finner ett missbruk legalt, trots att det medför en negativ effekt på konkurrensen.²³¹ Bedömningen av effekten från ett agerande är onekligen svår. Frågan är vilket fel som föredras, när man konstruerar tillämpningen av reglerna är det tämligen enkelt att styra regleringen åt ett håll. Skall man agera extensivt eller restriktivt? I USA försöker man undvika 'false positives' och således har man valt att riskera förekomsten av 'false negatives'. I EU har man däremot valt att tillämpa artikel 102 extensivt, vilket har framkommit i många fall.²³² Det mest noterbara är då domstolen valde att tillämpa artikel 102 på företagskoncentrationer.²³³ Även i *Microsoft* finns det diskussioner om inte det agerande som företogs faktiskt var positivt för konkurrensen.

6.5 Kritik mot bedömningen av marknadsandelar

Domstolen lägger stor vikt i marknadsandelar och i stor grad är det marknadsandelarna som avgör om ett företag är dominant. Kritiker framför att det är osäkert att grunda dominansbedömningen på marknadsandelar. De tas fram via en osäker marknadsavgränsning och det faktum att marknadsavgränsningen är en 'in eller ut' definition.²³⁴ Antingen är en produkt med i den relevanta marknaden eller så är den inte det. Om den är inkluderad ges den samma "värde" i bedömningen som alla andra produkter. I verkligheten är ofta produkter icke-perfekta substitut mot varandra och det undersökta företaget kan vara utsatt för konkurrens från konkurrenter utanför den relevanta marknaden.²³⁵ Det finns idéer om hur man kan lösa problemet genom att införa en diskrepans mellan marknadsandelar så att imperfekta substitut får en mindre värd marknadsandel i bedömningen till skillnad från bättre passande substitut.²³⁶

²³¹ Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 193.

²³² Whish, Bailey, *Competition Law*, s. 194.

²³³ Continental can.

²³⁴ Går även under namnet, Zero-one fallacy.

²³⁵ Jones, Suftrin, *EU Competition Law*, s. 326.

²³⁶ Vickers, *Market Power in Competition Case*, s. 3, 8-10.

Ett annat exempel på kritik är inom ekonomisk teori där tron finns att vid en avsaknad av inträdesbarriärer är inte höga marknadsandelar ett säkert sätt att påvisa marknadsstyrka.²³⁷ I sådana situationer är det osedvanligt lätt för nya konkurrenter att träda in på marknaden och det kan vara svårt att förutse förekomsten av potentiella konkurrenter.

Det faktum att det existerar en svag presumtion av dominans redan vid 50 % av marknadsandelarna, är även det tvistigt. Många kritiker hävdar att presumtionsgränsen är alldeles för låg. I kontrast kan man se till USA där Sherman Act, sektion 2, sällan används mot företag med en marknadsandel under 70 %.²³⁸ Vad som är än mer kritiserat är att ett företag på under 40 % kan anses inneha en dominerande ställning. Många författare strävar efter en 'säker hamn' vid 40 %, vilket innebär att om företaget i fråga innehar 40 % eller mindre skall det inte anses dominant. En säker hamn hade infört en större transparens och förutsägbarhet dessutom hade det förhindrat många fel av typen 'false positive'.²³⁹ I ett meddelande från kommissionen fastställdes det att dominans även kan återfinnas under 40 %.²⁴⁰ Det innebär att kritikerna får fortsätta sin kamp. Monti är en av dessa som bland annat framför bristerna i kommissionens meddelande då han anser att det finns hänvisningar som inte stödjer deras resonemang. Monti's tankegångar stödjer tron att kommissionen kan bedöma företag på under 40 % som dominanta.²⁴¹ Det påvisar även behovet av klara riktlinjer i dominansbedömningen.

6.6 Kommissionens skönsmässiga bedömning

Många av målen under artikel 102 blir omtvistade. Kritiken består främst i att domstolen för lätt accepterar kommissionens marknadsbedömningar. Domstolsprövningarna granskar inte kommissionens marknadsbeslut särskilt extensivt, utan tillåter och ger kommissionen möjligheten att applicera en skönsmässig bedömning utan att tillgodose en egen marknadsbedömning eller i tillräcklig grad granska kommissionens. Det finns en påtaglig problematik i detta då kommissionens beslut under artikel 102 hanterar komplexa ekonomiska frågor.²⁴² Och även i viss mån tekniskt komplicerade bedömningar. Ett exempel på kommissionens subjektiva marknadsbedömningar är i *United Brands* där kommissionen endast finner en liten utbytbarhet mellan bananer och annan frukt. De baserar det på kvalitativa antaganden om bananens utformning och smak. Kommissionen påvisar inga uppgifter som stödjer deras antaganden. Inte heller domstolen granskar dessa antaganden, utan accepterar dem.²⁴³ Det kan konstateras att

²³⁷ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 326.

²³⁸ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 329.

²³⁹ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 332.

²⁴⁰ Vägledningen, p. 14.

²⁴¹ Monti, *The Concept of Dominance in Article 82*, s.49-50.

²⁴² Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 263.

²⁴³ *United Brands*, p.12-35, se även Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 294-295.

de kvalitativa reflektionerna är en extremt viktig del av marknadsavgränsningen.²⁴⁴ Särskilt då det i dag krävs kompletterande bevis till bedömningen av företags marknadsandelar. Om en marknadsavgränsning är uppbyggd med hjälp av kvalitativa uppgifter som saknar en verklighetsförankring blir marknadsverklighetsreflektion även den bristande.²⁴⁵

Azizi finner att domstolen tillåts göra en skönsmässig bedömning av de fakta som kommissionen grundar marknadsavgränsningen på. Men det är fortfarande fakta de använder sig av och kommissionen kan inte bestämma vilken fakta som återfinns vid varje enskild bedömning. Ofta är den tillgängliga informationen komplex och bristfällig. Det tvingar kommissionen till att göra antaganden och uppskattningar. Kommissionen måste tillåtas att göra det. Således bör domstolen lämna rum för vissa av kommissionens antaganden.²⁴⁶ Domstolens uppbyggnad tillåter inte heller att själv insamla fakta för marknadsdefinitionen, utan domstolen kan endast bedöma och pröva troligheten i kommissionens avgränsning, eller dess lagstridighet.²⁴⁷ På så vis skapas ett system där kommissionens skönsmässiga bedömningar godtas och bekräftas av domstolen. Om inte domstolen börjar granska och kräva ekonomisk bevisning föreligger det inget incitament för kommissionen att slopa sina skönsmässiga bedömningar och börja etablera en marknadsavgränsning baserad på verkliga förhållanden och ekonomisk teori.²⁴⁸

För att etablera en större rättsäkerhet och transparens förslår Eberhard att kommissionen och domstolen skall lägga större vikt vid tidigare gjorda marknadsdefinitioner. Inte på så sätt att de skall vara prejudicerande utan att de signifikanta kriterier som tidigare har sett som vitala i bedömningen fortsätter att vara det. En större kontinuerlighet i bedömningarna om vad som är viktigt säkerställer en rättsäkrare bedömning.²⁴⁹ På så vis den i dag subjektiva bedömningarna skulle få en större objektiv förståelse.

Eftersom det är kommissionen som avgränsar marknaden blir det väldigt svårt för det berörda företaget att vända målet till sin fördel om domstolen inte applicerar ett eget tolkningsutrymme på marknadsavgränsningen. Kommissionen tenderar att avgränsa marknaden snävare än vad som är rimligt, bara för att påvisa dominans hos den undersökta aktören.²⁵⁰

²⁴⁴ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 75-76.

²⁴⁵ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 65.

²⁴⁶ Azizi, *Limits of Judicial Review Concerning Abuses of a Dominant Position: Principles and Specific Application to the Communications Technology Sector*, s.162.

²⁴⁷ Azizi, *Limits of Judicial Review Concerning Abuses of a Dominant Position: Principles and Specific Application to the Communications Technology Sector*, s.163.

²⁴⁸ Korah, *Tetra Pak II - lack of reasoning in Court's judgment*, sista två styckena i avsnittet, Problems in Applying Economic Law.

²⁴⁹ Eberhard, *European Competition Law: A Critical Analysis of the Process Employed by the Commission to Assess Dominance Under Article 82 EC*, s.227.

²⁵⁰ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 293.

Faktumet syns väldigt tydligt då kommissionen inte har förlorat ett artikel 102-mål på över 20 år.²⁵¹

Domstolen underlåter alltså att bedöma faktorer av ekonomisk eller teknisk komplexitet, så länge de inte är uppenbart oriktiga bedömningar.

Kommissionen får alltså ett utrymme för skönsmässiga bedömningar.²⁵²

Detta är en uppenbar brist i rätten att få testa sitt fall inför en enskild och oberoende domstol.²⁵³ Kommissionen är ingen domstol och om inte EU-domstolen bedömer överklaganden grundligt, får inte företagen en rättvis behandling av sitt ärende.

²⁵¹ Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 263, läs även not. 29.

²⁵² Jones, Sufrin, *EU Competition Law*, s. 1139-1144.

²⁵³ Se artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

7 Dominans och missbruk, på skilda marknader

7.1 Inledning

Det finns i dag inget etablerat begrepp inom doktrin eller praxis för situationer där missbruk och dominans sker på separata marknader. Studien kommer behandla vad som i engelska källor ofta benämns som ”leveraging” på svenska, hävstångseffekt. Med hävstångseffekt menas situationer där en dominant vill förbättra sin ställning på en marknad där han inte är dominant, alltså överföra sin dominans till en ny marknad. Företeelsen benämns ibland i svenska källor som ”missbruk på en angränsande marknad”. Konkurrensrätt behandlas och återfinns ofta i engelskspråkiga källor; men inte heller här finns ett vedertaget samlingsbegrepp utan fenomenet benämns exempelvis för ”abuse in a neighbouring market” eller ”leveraging abuses”. Termen är oprecis och eventuellt missledande. Den faktiska effekten på konkurrensen kan både vara bra och dålig. Uttrycket symboliserar egentligen bara situationer där dominerande är aktiva på flera marknader.²⁵⁴ Men uppsatsen är ingen studie i semantik, utan skall redogöra för den rättsliga innebörden av företeelsen.

7.2 Dominans, kausalsamband och missbruk

För att förstå tillämpningen av artikel 102 i situationer med hävstångseffekt, måste vi först förstå vilken koppling som krävs mellan missbruk och dominans. Det finns en erkänd uppfattning att reglerna i artikel 102 inte kräver ett kausalsamband mellan missbruk och dominerande ställningen.²⁵⁵ I målet *Continental Can* framförde sökande att en ”causal link” behöver fastställas för att tillämpa artikel 102. Domstolen förnekade förekomsten av ett sådant rekvisit, och sa att det räcker med att en dominerande ställning är konstaterad och att handlingar för stärkandet av ställningen i sig kan utgöra ett missbruk.²⁵⁶ En liknande syn framfördes i *Hoffmann-La Roche* där domstolen nekar det tilltalade företags påstående om att missbruket måste ha förverkligats med hjälp av den ekonomiska styrka som följer med den dominerande ställningen.²⁵⁷ Föreställningen att inget samband mellan missbruk och dominans krävs är dock felaktig enligt författarna av doktrinen. De anser att nämnda två fall inte bekräftar avsaknaden av ett krav för koppling mellan dominerande ställning och missbruk.

²⁵⁴ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.207.

²⁵⁵ En uppfattning som ofta är grundad på uttalanden i målet *Continental Can* och *Hoffmann-La Roche*, se, Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.73.

²⁵⁶ *Continental Can*, p.27.

²⁵⁷ *Hoffmann-La Roche*, p.91.

7.2.1 Krav på kausalitet

Ekaterina Rousseva anser att avsaknaden av krav på koppling mellan missbruk och dominans skulle strida fundamentalt mot innebörden av artikel 102. Rousseva gör gällande att anledningen till uppfattningens förekomst är resultatet av feltolkningar av vad domstolen menar i dessa domar. Det som de facto sker är att domstolen inte godtar partstolkningen av kopplingsbehoven. Domstolen förnekar ej behovet av en koppling. Det är inte så konstigt att dessa feltolkningar uppstått då domstolen uttrycker sig vagt. Det rätten egentligen pratar om är en komponent av ett missbruk och inte hela missbruket. Domstolen visar endast på handlingar som utgör missbruk. Det domstolen specifikt menar och borde uttryckt bättre är att den dominerande ställningen skall vara anledningen eller en bidragande anledningen till effekten på konkurrensen. Det framgår av domstolens resonemang, hävdar Rousseva.²⁵⁸

O'Donoghue och Padilla håller med Rousseva och hävdar att trots att det finns uttalanden i mål som förbiser behovet av en koppling mellan missbruk och dominans, är de i minoritet mot domstolsuttalande som styrker konceptet av en "casual link".²⁵⁹ O'Donoghue och Padilla framför även att domstolen i *Continental Can* eftersträvar att täcka ett hål i konkurrensrätten, ett hål som nu mera är igentäckt med regleringarna om företagskoncentrationer.²⁶⁰

7.2.2 Vilken typ av kausalsamband

I Ekaterina Roussevas bok "*Rethinking Exclusionary Abuses In EU Competition Law*" hänvisar hon till en författare Vogelenzang som har skrivit en artikel om kausalsamband.²⁶¹ Rousseva finner författarens resonemang som korrekt och anser att artikeln agerar som en motbevisning till tron om att ingen koppling behövs mellan missbruk och dominans.

Vogelenzang identifierar tre olika förhållanden mellan missbruk och dominans som innebär ett missbruk enligt artikel 102. De överstämmer väl med definitionen av missbruk i Hoffmann-La Roche.²⁶²

- (i) Dominans är ett krav för att handlingen som utgör ett missbruk skall kunna ske. Missbruket kan endast utföras av någon som innehar en dominerande ställning.²⁶³

²⁵⁸ Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.73.

²⁵⁹ Mål T-83/91 *Tetra Pak v. Commission* [1994] ECR. II 755, (hädanefter; Tetra Pak II, första instansrätten), fastställt i mål C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I 5951, (hädanefter; Tetra Pak II), p.27.

²⁶⁰ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.215-217.

²⁶¹ Vogelenzang, *Abuse of Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Applications*.

²⁶² Hoffmann-La Roche, p.91.

²⁶³ Vogelenzang, *Abuse of Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Application*, s. 66-67.

(ii) Dominans är ej ett krav för utförandet av handlingen som utgör ett missbruk, men dominans är ett krav för att den negativa effekten skall uppstå. Alltså utan dominans ingen negativ effekt och inget missbruk, förhållandet är mellan dominans och den negativa effekten.²⁶⁴

(iii) Dominans är ett krav för att konkurrensen skall ta än värre skada, eller försämrats. Denna punkt utvecklas längre fram i nästa stycke.²⁶⁵

I förhållande två och tre är handlingen i sig inget missbruk utan endast då det är en dominant som utför handlingen. Skillnaden mellan andra och tredje förhållandet är att tredje förhållandet tillåter artikel 102 att täcka fall där handlingen i sig inte är ett missbruk men effekten av handlingen blir ett missbruk. Alltså att det finns en koppling mellan dominansen och effekten, till skillnad från de två förstnämnda alternativen.²⁶⁶ Ett exempel som Rouseva framför är när två parter har ett kontraktuellt förhållande och avtalet strider mot artikel 101, men den dominerande ställningen hos en part förvärrar den negativa effekten på konkurrensen och möjliggör för tillämpningen av artikel 102.²⁶⁷

Det kan nämnas att i de flesta mål har domstolen undvikit att applicera både artikel 101 och 102 samtidigt och i stället valt att applicera dem var för sig. Men domstolen nämner bland annat i *Hoffmann-La Roche*, punkt 116, att användandet av artikel 101 ej utesluter att artikel 102 är applicerbar. Domstolen fortsätter och säger att i dessa fall bör kommissionen välja vilken artikel man skall basera sin klagan på med hänsyn till två överväganden: (i) de dubbelsidiga förpliktelseernas karaktär och (ii) parternas olika konkurrensläge. Effekten av det senare hänsynstagandet är att artikel 102 kan göras tillämplig på kontraktuella situationer och till och med bör prioriteras i de fall då artikeln är tillämplig. Artikelns struktur tillåter den att fånga de grövre konkurrensbrotten.²⁶⁸ I modernare tid har det förekommit mål där domstolen valt att använda både artikel 101 och 102.²⁶⁹ Rouseva framför att det finns en viss problematik i att använda artikel 101 och 102 simultant, men kopplingen mellan de två artiklarna faller utanför studien.²⁷⁰

²⁶⁴ Vogelenzang, *Abuse of Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Application*, s. 66-67.

²⁶⁵ Vogelenzang, *Abuse of Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Application*, s. 66-67.

²⁶⁶ Rouseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.74-75.

²⁶⁷ Rouseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.77-78, se även Vogelenzang, *Abuse of Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Application*, s. 76-77.

²⁶⁸ Rouseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.77-78, men även *Hoffmann-La Roche* p.116.

²⁶⁹ Exempelvis, mål 395/96 P och 396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transport mot Kommissionen*, [2000] ECR I-1365.

²⁷⁰ Rouseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.78.

Av de exemplifierade missbruk som innefattas i artikel 102 så ser vi ett direkt uttryck av behovet för en koppling mellan dominans och missbruk. Om vi tittar på överprissättning är det en handling som endast kan vara lönsam om den utförs av ett dominerande företag, annars kommer företaget konkurreras ut. Här återfinner vi ett kausalsamband likt det i Vogelenzang's första förhållande. Ett annat exempel är rovprissättning. Om inte utfört av ett dominant företag så kommer handlingen ej att vara konkurrensrättsligt förkastlig. Men om företaget är dominant ser vi här ett exempel på Vogelenzang's andra förhållande mellan missbruk och dominans. Här finns det direkt ett kausalsamband mellan dominansen och missbruket.²⁷¹

Rationaliseringen av kopplingen mellan missbruk och dominans belyser att kopplingen i själva verket är mellan dominansen och effekten på konkurrensen. I praktiken innebär det att då en dominerande ställning är fastställd och man skall bedöma om ett missbruk har skett, måste man fastställa en negativ effekt på konkurrensen. Att klargöra relationen mellan dominans och missbruk kan förhindra domstolen att fatta felaktiga beslut och underlåta att fastställa förekomsten av en negativ effekt på konkurrensen.²⁷² Sen kan det tilläggas att i de fall där missbruket ej är möjligt utan den dominerande ställningen kan det spara tid och resurser att undvika bedömningen av negativa effekter på konkurrensen.²⁷³

7.3 Hävstångseffekt

En hävstångseffekt uppstår när en dominant nyttjar sin ställning för att öka sina egna konkurrensmöjligheter på en separat marknad. Det sker inte vid varje fall av nyinträde på en marknad av en dominant, utan förhållandet mellan de två marknaderna kan skapa möjligheten att nyttja en hävstångseffekt. Alla exemplifierade missbruk under artikel 102 kan skapa en hävstångseffekt, men särskilt missbruk relaterade till avskärmning och kopplingsförbehåll är vanligt förekommande. Hävstångseffekten kan ske på både horisontella angränsande marknader och vertikalt angränsande marknader.²⁷⁴ En hävstångseffekt är inte nödvändigtvis dålig för konkurrensen. Företag som är aktiva på mer än en marknad kommer till viss grad ha möjlighet att använda sig av hävstångseffekten. Att generellt utnyttja synergieffekter genom marknadsöverskridande utveckling är inte otillåtet, inte heller för dominanta företag, även då möjligheten innebär ett övertag gentemot konkurrenter.²⁷⁵

²⁷¹ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.216.

²⁷² Som i mål T-219/99, *British Airways v. Commission* [2003], ECR II-5917, överklagan Mål C-95/04 P, *British Airways plc v. Commission* [2006] ECR II-2969.

²⁷³ Rousseva, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, s.78-79.

²⁷⁴ Microsoft fallet är ett exempel på hävstångseffekt i en horisontellt angränsande marknad, närmre redogörelse följer. En vertikalt angränsande marknad skulle kunna vara då dominanten kontrollerar ingången i marknaden, exempelvis då dominanten kontrollerar ett för marknaden relevant råmaterial. Se O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.207.

²⁷⁵ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.208.

7.3.1 Hävstångseffekten och artikel 102

hävstångseffekten har i artikel 102 fått en negativ stämpel och det förutsätts ofta att konceptet är konkurrensskadande. En anledning till uppfattningen kan vara att Chicagoskolans konkurrensrättsliga syn på vertikal hävstångseffekt ej fått genomslagskraft i bedömningen av artikel 102. Runt 1950-60 talet etablerade Chicago skolan idéer om ett systematiskt och ekonomiskt angreppssätt mot konkurrensrättsliga frågor. Fokus lades på konsumentskydd ur en ekonomisk aspekt men även med den totala välfärden som den primära rollen för konkurrensrätten.²⁷⁶

Tankesättet är grundat i teorin att inom en produktionskedja kan det bara finnas ett lönande monopol, om ett företag lyckas erhålla denna position bör de sträva efter att de angränsande marknaderna innehar en effektiv konkurrens, då det gynnar monopolisten.²⁷⁷ Även då det inte går att utesluta att hävstångseffekten nyttjas för att inskränka konkurrensen, kan det inte uteslutas att den även innehar en positiv påverkan på marknaden. En annan förklaring till gemenskapsrättens restriktiva tillvägagångssätt i bedömningarna härrörande hävstångseffekt. Kan vara på grund av analyserna kring hävstångseffekten i företagskoncentrationsbedömningar. Mycket kritiserat har kommissionen i många uppmärksammade fall hindrat företagskoncentrationer med anledning av potentiellt missbruk av hävstångseffekten.²⁷⁸

7.3.2 Är hävstångseffekten ett missbruk?

Det finns flera exempel i gemenskapsrättens historia på tillfällen då hävstångseffekten har ansetts utgöra ett missbruk. Bland annat att vägra nödvändigt råmaterial till rivaler på en angränsande marknad.²⁷⁹ Att ge rabatter exklusivt på en angränsande marknad med nära kopplingar till den dominanta marknaden.²⁸⁰ Nyttjandet av en hävstångseffekt är dock inget enskilt missbruk. Det är bara ett samlingsuttryck för scenarion där dominanten utnyttjar sin ställning på en vertikalt eller horisontellt angränsande marknad. Dominantens agerande vid nyttjandet av hävstångseffekten måste på egen grund anses utgöra ett missbruk. Alltså finns det situationer då ett dominerande företag kan använda sig av hävstångseffekten utan att det konstituerar ett missbruk.²⁸¹ Hävstångseffekt kan och används ofta i agerande som är bra för konkurrensen. Det är viktigt att inte stämpla hävstångseffekten som något uteslutande negativt.²⁸²

²⁷⁶ Etro, Kokkoris, *Toward An Economic Approach To Article 102 TFEU*, s.8-9.

²⁷⁷ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.208.

²⁷⁸ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.208-209, se även mål T-5/02, *Tetra Laval BV v. Commission* [2002] ECR II-4381, överklagat och bekräftat i C-12/03 P, *Commission v. Tetra Laval BV* [2005] ECR I-987, (hädanefter; *Tetra/Sidel*).

²⁷⁹ *Commercial Solvents*.

²⁸⁰ Mål C-310/93P, *BPB Industries plc och British Gypsum Ltd v. Commission* [1995] ECR I-865, (hädanefter; *British Gypsum*).

²⁸¹ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.210.

²⁸² Bishop, Walker, *The Economics of EC Competition Law*, p. 6-083, för ett mer ekonomiskt perspektiv läs även, 6-063-6-083.

7.3.3 Hävstångseffekt, kausalsamband

Missbruk resulterande i en hävstångseffekt förutsätter alltså att det finns ett kopplingssamband mellan dominans och missbruk.²⁸³ Det kan generellt sägas att denna koppling ofta saknas när missbruket och effekten sker på en separat marknad från den dominanta marknaden. Tillämpning av artikel 102 kan rättfärdigas om det föreligger speciella omständigheter.²⁸⁴ Ett exempel på speciella omständigheter finner vi i målet mot Tetra Pak.²⁸⁵

Domstolen fann att det i *Tetra Pak II* förelåg speciella omständigheter, det domstolen pekar på är de ”associative links” mellan de två marknaderna. I *Tetra Pak II* fann man att länkarna mellan marknaden rättfärdigade bedömningen, de speciella omständigheterna var följande.

1. 35 % av kunderna var aktiva köpare på båda marknaderna.
2. Det faktum att Tetra Pak innehar 90 % av den dominanta marknaden, innebär att den blir en självklar leverantör på den angränsande marknaden.
3. Tetra Paks konkurrenter var även de aktiva på båda marknaderna.
4. Tetra Pak i position som quasi-monopolist kan agera fritt, då de ej behöver rädas sin ställning på den dominanta marknaden.²⁸⁶

7.3.4 Innebörden av associative links

Domstolens definiering av ”associative links” är inte vägledande. Det är ett diffust och svårtolkat begrepp. I själva verket är ”associative links” ingen nödvändighet eller krav för att missbruk av hävstångseffekt skall falla under artikel 102. I stället bör en åtskillnad göras över olika situationer då dominans och missbruk sker på olika marknader. O’Donoghue och Padilla nämner tre situationer.²⁸⁷ De tre situationerna är egentligen en utveckling av Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer resonemang i förslaget till dom i *Tetra Pak II*.²⁸⁸

(i) Första situationen är då missbruket utförs på samma marknad som den dominerande ställningen men effekten spiller över på en angränsande marknad. Den typiska situationen är ”refusal to deal” vilket utgjort ett missbruk även innan Tetra Pak II. Frågan är ej om det återfinns ”associative links” utan i fall effekten av missbruket är kopplat med den dominerande ställningen. Det kan så klart föreligga ”associative links” men det tillför inget till bedömningen.²⁸⁹ Även Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer anser att artikel 102 är tillämplig i situationen. Tillämpligheten av artikel 102

²⁸³ Levy, *Tetra Pak II: stretching the limits of Article 86?*, 1 stycket, under Analysis.

²⁸⁴ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.210.

²⁸⁵ Tetra Pak II.

²⁸⁶ Tetra Pak II, p.28-30.

²⁸⁷ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.211.

²⁸⁸ Förslag till avgörande av Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i målet Tetra Pak mot Kommissionen, C-333/94 P.

²⁸⁹ O’Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.211-212.

stöds i praxis. Det mest noterbara målet är *Commercial Solvents*. Commercial Solvents var ett företag som bland annat sålde råmaterial som användes till ett läkemedel mot tuberkulos. De vägrar att leverera råmaterialet gentemot ett företag som är beroende av det i deras produktion. Commercial solvents innehar en dominerande ställning på marknaden för detta råmaterial men Commercial solvents är inte att anses som domineranter på marknaden för läkemedel mot tuberkulos, marknaden påverkades av Commercial solvents agerande på marknaden för råmaterialet. Domstolen finner att Commercial Solvents är ute efter att etablera sig på marknad och finner att Commercial Solvents har missbrukat sin dominerande ställning, domstolen tillämpade då nuvarande artikel 102.²⁹⁰

(ii) Andra situationen som O'Donoghue och Padilla framför är när missbruket sker på en separat marknad för att stärka den dominerande ställningen och att effekten sker på marknaden där dominansen återfinns. Likt första situationen är inte förekomsten av "associative links" relevant. Frågan är om missbruket är utfört för att stärka dominantens ställning på den relevanta marknaden och om det existerar en koppling mellan missbruket och dominansen.²⁹¹ Även här är Artikel 102 tillämplig. Det finns två ledande rättsfall som stödjer synsättet, det är domen mot *AKZO* och *British Gypsum*. Båda dessa domar handlar om företag i en dominerande ställning som för att bibehålla och stärka marknadsmakten missbrukat sin ställning på en separat marknad. Domstolen breddar här tillämpningsområdet för artikel 102 till att omfatta de situationer då missbruket föreligger på en separat marknad men effekten av missbruket sväller över på dominantens marknad.²⁹²

(iii) Den tredje situationen, är den som uppstod i *Tetra Pak II*. Missbruket sker på en angränsande marknad som är nära kopplad till dominantens marknad. Här är det essentiellt att visa att dominantens ställning tillåter nyttjandet av hävstångseffekten gentemot horisontellt eller vertikalt kopplade marknader. Dominantens agerande måste också i sig utgöra ett missbruk. Det är viktigt att klargöra vilka "associative links" dominanten använder sig av som bidrar till kopplingen mellan missbruket och dominansen. Kopplingen möjliggör skapandet av hävstångseffekten. Marknaderna måste vara nära sammankopplade för att "associative links" skall uppstå och artikel 102 skall vara tillämplig. Hans Henrik Lidgard är en som tar upp denna problematik i sin bok *Competition Classics*. Han gör en närmre redogörelse av *Tetra Pak II* och konstaterar att normalt sett är ej artikel 102 tillämplig på situationer där missbruket föreligger på en separat marknad.²⁹³

²⁹⁰ Commercial Solvents, p.23-29.

²⁹¹ O'Donoghue, Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, s.212.

²⁹² Förslag till avgörande av Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i målet Tetra Pak mot Kommissionen, C-333/94 P, p.45, se även AKZO p. 37.

²⁹³ Lidgard, *Competition Classics*, s. 213-217.

Det typiska exemplet, är att se till marknadernas struktur av tillgång efterfrågan, dominantens marknadsandelar på marknaderna, men även dominantens användande av sin marknadsstyrka. Kommissionen ger sken av att vara restriktiv i sin bedömning av ”associative links” då de endast funnit länkarna i få fall, men mest noterbart i *Tetra Pak II* och *Microsoft*. I båda fallen rör det sig om en dominant som under en längre tid åtnjutit quasi-monopol på den dominanta marknaden och i övrigt höga marknadsandelar på missbruks marknaden. Kommissionen fann även nära kopplingar mellan marknaderna i både tekniska och kommersiella aspekter. Sammantaget kan sägas att kommissionen endast under väldigt speciella och restriktiva omständigheter kommer finna missbruk på angränsande marknader tillämpligt under artikel 102. Många författare kritiserar konceptet med ”associative links”, då man anser att tillämpningen av artikel 102 blir allt för bred och osäker.²⁹⁴

7.3.5 Missbruk på angränsande geografisk marknad

Inom EU-rätten finns inga rättsfall som svarar på om missbruk på en separat geografisk marknad, kan falla under artikel 102. Men kommissionen konstaterar i *AstraZeneca* att åtgärder tagna av företaget i medlemsländer där de inte är dominant, har påverkat marknaderna i länder där företaget är dominant.²⁹⁵ Dessvärre har inte förstainstansrätten fört ett resonemang kring frågan då dom meddelades.²⁹⁶ Min uppfattning är att det ej bör vara någon skillnad från då missbruk och dominans återfinns på skilda produktmarknader. Det relevanta i frågan torde fortfarande vara om det återfinns en koppling mellan dominans och missbruk, gör det de så är artikel 102 tillämplig.

7.3.6 Tetra Pak II

Det rättsfall som uppmärksammade problematiken med dominans och missbruk på separata marknader var det numera klassiska rättsfallet *Tetra Pak II*. Tetra Pak är ett från början svenskt företag med huvudsäte i Schweiz. En av Tetra Paks konkurrenter Elopak stämde Tetra Pak inför kommissionen. Elopak anförde att Tetra Pak använde sig av en missbrukande handelssed som innebär fyra olika konkurrensrättsliga problem; rovprissättning, kopplingsförbehåll, diskriminerande priser och konkurrensbegränsande avtalsvillkor. Kommissionen undersökte då Tetra Pak för eventuella brott mot artikel 102 och meddelar beslut där man ålägger Tetra Pak att böta 75 miljoner kronor, samt att upphöra med alla övertramp.²⁹⁷ Tetra Pak överklagade i EU-domstolen.

²⁹⁴ Exempelvis, Korah, *Tetra Pak II - lack of reasoning in Court's judgment*, s. 98-102.

²⁹⁵ COMP/A.37.507/F3 — *AstraZeneca*, p.775.

²⁹⁶ Mål T-321/05 *AstraZeneca AB v. Commission*, [2010] ECR II-02805.

²⁹⁷ Beslut, IV/31043, *Tetra Pak II*, [1992] OJ L72/1, (hädanefter; beslutet).

Marknadsdefinitionen och dominansbedömning

Tetra Pak gör förpackningar främst gjorda av kartong, huvudsakligen för flytande eller semiflytande produkter. Företaget producerar även kartongfyllningsmaskiner och är aktiva på både den aseptiska och icke-aseptiska marknaden. Tetra Paks marknadsställning inom den aseptiska sektorn (som kräver mer avancerade lösningar än den icke-aseptiska sektorn) var närmast att jämföra med ett quasi-monopol. Tetra Pak hade vid tiden för domen uppemot 90-95% av marknadsandelarna inom den aseptiska marknaden. I den ickeaseptiska marknaden var Tetra Paks marknadsandel marginellt lägre men fortfarande hög cirka 50-55%, men marknaden hade ett betydligt sundare konkurrensförhållande än på den aseptiska marknaden. Kommissionen avgränsar fyra marknader i sitt beslut, den aseptiska maskinmarknaden, den aseptiska kartongmarknaden, samt motsvarande för den icke-aseptiska marknaden.²⁹⁸ Det förelåg ingen utbytbarhet mellan sektorerna.²⁹⁹ Tetra Pak hävdar att de säljer system och att det endast borde definieras två marknader, men får inget gehör varken från kommissionen eller domstolen.³⁰⁰

Kommissionen fastslår att utbytbarheten mellan kartonger och andra förpackningsmaterial ej föreligger då det inte reflekterar den ekonomiska verkligheten. Det finns en helt egen struktur av utbud och efterfrågan för både aseptiska och icke-aseptiska maskiner och kartonger. Marknaderna är lika varandra och tillfredställer identiska ekonomiska behov. Kommissionen finner inget behovet av att subkategorisera ännu mer då produkterna prissätts på samma sätt och att de flesta kunder hade hamnat i mer än en subkategori.³⁰¹

Kommissionen definierade den relevanta marknaden genom att använda mjölk som den bedömda produkten, då mjölk är den produkt mest använd vid kartongbaserade förpackningar.³⁰² De gör även en mindre bedömning av fruktjuice, som är den näst mest kartongförpackade produkten. Mjölk är en distinkt produkt som är svår att byta ut. Den säljs nästan uteslutande i kartong men går att återfinna i både plast och glas.³⁰³ Domstolen accepterar beslutet från kommissionen om att mjölk är en relevant produkt att utgå ifrån på grund av dess höga innebörd på marknadsstruktur. Tetra Pak försöker att vidga bedömningen och att inkludera fler produkter, då deras förpackningar rent tekniskt lämpar sig för även annat än mjölk.³⁰⁴

Domstolen accepterar även kommissionens definition av den relevanta geografiska marknaden som inkluderar hela den inre marknaden. Då förpackningarna förekommer inom hela gemenskapen.³⁰⁵ Tetra Pak

²⁹⁸ Tetra Pak II, p.69-73.

²⁹⁹ Tetra Pak II, p.69.

³⁰⁰ Tetra Pak II, p.79-85.

³⁰¹ Tetra Pak II, p.64.

³⁰² Tetra Pak II, p. 65.

³⁰³ Beslutet, st. III p.1.

³⁰⁴ Tetra Pak II, första instansrätten, p.51.

³⁰⁵ Tetra Pak II, första instansrätten, p.89-90.

motsäger sig det med att det föreligger särskilda marknadsomständigheter inom varje medlemsstat, där efterfrågan är specifik.³⁰⁶ Domstolen fastställer kommissionens beslut om marknadsavgränsningen och den relevanta marknaden är klarlagd.³⁰⁷

Kommissionen förutsätter dominans på den aseptiska marknaden, mycket på grund av Tetra Paks höga marknadsandelar. Men kommissionen konstaterar även att Tetra Paks eventuellt dominerande ställning på den icke aseptiska marknaden är mer osäker. Företag har funnits vara dominanta med liknande marknadsandelar men här förelåg ingen separat dominans.³⁰⁸ Domstolen anser att den nära kopplingen mellan de två horisontella marknaderna motiverar en presumtion om att Tetra Pak även här är dominant.³⁰⁹

Missbrukets kausalsamband med den dominerande ställningen

Domstolen slår fast i punkt 27 att artikel 102 förutsätter att det finns ett samband mellan den dominerande ställningen och missbruket och att det generellt sett ej förekommer då missbruket utförs på en angränsande marknad och effekten föreligger på den marknaden. Domstolen fortsätter i samma punkt med att framföra att för tillämpligheten av artikel 102 i Tetra Paks fall krävs det att det finns speciella omständigheter som motiverar tillämpningen av artikel 102.

”Det är riktigt att tillämpningen av artikel 86 förutsätter att det finns ett samband mellan den dominerande ställningen och det uppträdande som påstås utgöra missbruk, vilket normalt inte föreligger när ett uppträdande på en annan marknad än den dominerade marknaden har verkningar för denna förnämnda marknad. Vad beträffar sådana olika men närliggande marknader som de i förevarande fall, kan endast särskilda omständigheter motivera att artikel 86 tillämpas på ett konstaterat uppträdande på den närliggande, icke dominerade, marknaden som har verkningar på samma marknad.”³¹⁰

Man konstaterar även att Tetra Paks ställning på den aseptiska marknaden är närmast monopolliknande och att denna ställning även gynnar Tetra Paks ställning som leverantör på den icke-aseptiska marknaden på grund av det stora sambandet mellan marknaderna. Första instansrätten fastslår i sin dom att det är motivering nog till att tillämpa artikel 102 gentemot Tetra Pak.³¹¹ Domstolen i *Tetra Pak II* avfärdar inte relevansen av denna motivering. Men de utvecklar resonemanget genom att även nämna att kunder inom ena sektorn även är potentiella kunder i andra sektorn. Det är baserat på statistik 35 % av Tetra Paks kunder köpte både aseptiska och icke-aseptiska produkter. Man framför även att då Tetra Pak är dominerande på den aseptiska marknaden kan de även räkna med en fördelaktig ställning på den icke-aseptiska marknaden och således som det uttrycks i domen.

³⁰⁶ Tetra Pak II, första instansrätten, p.87-88.

³⁰⁷ Tetra Pak II, första instansrätten, p.94-95.

³⁰⁸ Jones, Sufirin, *EU Competition Law*, s. 384.

³⁰⁹ Beslutet, p.104, Tetra Pak II, första instansrätten, p.122.

³¹⁰ Tetra Pak II, p.27.

³¹¹ Tetra Pak II, första instansrätten p.122.

”Tack vare sin ställning på de förstnämnda marknaderna kunde Tetra Pak koncentrera sina ansträngningar på de andra marknaderna och handla oberoende av andra ekonomiska aktörer”.³¹²

Domstolen finner att de sammantagna omständigheterna tillsammans rättfärdigar tillämpningen av artikel 102 utan behovet att fastslå en dominerande ställning på den icke-aseptiska marknaden. Tetra Pak har möjligheten att på marknaden agera oberoende av de övriga ekonomiska aktörerna. Kopplingen mellan dominans och missbruk återfinns från den dominanta ställningen på den aseptiska marknaden. Domstolen bifaller alltså inte Tetra Paks överklagande.³¹³

Tetra Pak II summerat

Sammanfattningsvis kan vi säga att Tetra Paks quasi-monopolistiska ställning på den aseptiska marknaden kombinerat med den nära kopplingen mellan marknaderna skapar en hävstångseffekt som innebär att Tetra Pak snabbt kan komma i positionen som självklar leverantör av system på den icke-aseptiska marknaden. Det kombinerat med deras säkra ställning på den aseptiska marknaden där dem ej behövde känna sig hotade av konkurrenter.³¹⁴

Domstolen fann det inte nödvändigt att fastställa att Tetra Pak's dominans på den aseptiska marknaden tillät Tetra Pak att underprissätta på den icke-aseptiska marknaden. Domstolen behövde heller inte fastställa att underprissättningen utfördes för att stärka Tetra Pak's ställning på den aseptiska marknaden. *Tetra Pak II* påvisar alltså att trots avsaknaden av dessa faktorer kan artikel 102 tillämpas. Domstolen betonar i stället att missbruket sker på en angränsande marknad till den dominanta marknaden och att marknaderna är nära sammankopplade. Tetra Pak var aktiva på båda marknaderna precis som deras kunder. Tetra Pak kunde dessutom agera fritt tack vare sin dominanta ställning på den aseptiska marknaden.³¹⁵

7.3.7 Microsoft

Microsoft mot Kommissionen är kanske europarättens mest uppmärksammade konkurrensrättsliga mål.³¹⁶ En stor anledning till uppmärksamheten runt målet har att göra med påföljderna mot Microsoft. Ur ett rent rättsligt perspektiv finns det flera skäl till att domen uppmärksammas. Domen behandlar två områden; licensvägran och kopplingsförbehåll.

³¹² Tetra Pak II, p. 29.

³¹³ Tetra Pak II, p.30-33.

³¹⁴ Tetra Pak II, p.28-30.

³¹⁵ Levy, *Tetra Pak II: stretching the limits of Article 86?* Se conclusion.

³¹⁶ Kommissionen, beslut COMP/C-3/37.792, [2005], (*Hädanefter; Microsoft beslutet*), sedermera mål T-201/04, *Microsoft mot. kommissionen*, (2007) ECR II-3601, (*Hädanefter; Microsoft*).

Twisten kring licensvägran härrör från att Microsofts ej lämnade ut interoperabilitetsinformation (gränssnitt till servermjukvara) till Microsofts konkurrenter. Konkurrenterna Sun Microsystems anförde i sitt klagomål till kommissionen att de ansåg att Microsoft missbrukade sin dominerande ställning enligt nuvarande artikel 102. Kommissionen utökade även sin undersökning kring licensvägran till att även gälla frågan om Microsoft missbrukar sin dominerande ställning genom kopplingsförbehåller mellan Windows och Windows Media Player.

Marknadsbedömning och dominansbedömning

Bedömningen av de relevanta marknaderna i kommissionens beslut mot Microsoft är grundad på teknisk fakta om möjligheten till utbytbart. Kommissionen definierar tre marknader.

1. Marknaden för operativsystem för klientdatorer. Kommissionen ser denna marknad som en separat relevant marknad. Då man genom antagande kring de tekniska specifikationerna utesluter bland annat produkter som operativsystem till ”smart phones” och ”surfplattor” från marknaden, då de inte är fullt utbytbara. Det grundar kommissionen på ett resonemang kring produkternas egenheter.³¹⁷ Kommissionen utesluter även operativsystem till servrar då de inte är lämpade för samma användning som operativsystem till klientdatorer.³¹⁸ Kommissionen finner inget lämpligt substitut på efterfrågesidan till produkten operativsystem för klientdatorer, grundat på kvalitativa antagande och tekniska specifikationer.³¹⁹ Kommissionen finner inte heller någon utbytbart på utbudssidan, då man ser svåra inträdesbarriärer på marknaden. Bland annat höga kostnaderna för att utveckla ett nytt operativsystem och komponenter till det.³²⁰ Det finns även nätverkseffekter som hindrar inträde på marknaden och Microsoft används som grund för tillämpningsprogram.³²¹ Microsoft anses dominant då de innehar en marknadsandel på över 90 %.³²² Microsofts marknadsstyrka är stabil och utan avbrott.³²³ Kommissionen anser det föreliggande ”extraordinära särdrag” då Windows utgör ”de-facto standarden” för operativsystem på klientdatorer.³²⁴

2. En andra marknad är definierad för arbetsgruppservrar. De särskiljer sig från andra liknande produkter då de till skillnad från andra serversystem samverkar med varandra till en högre grad och alla datorer i nätverket är likvärdiga.³²⁵ Arbetsgruppservrar är optimerade och fyller ett annat behov för konsumenten än vad andra serversystem gör. Kommissionen hänvisar även till Microsofts prissättning som ett bevis för att operativsystem för

³¹⁷ Microsoft beslutet, p.327-330.

³¹⁸ Microsoft beslutet, p.325.

³¹⁹ Microsoft beslutet, p.333.

³²⁰ Microsoft beslutet, p.335-341.

³²¹ Microsoft beslutet, p.448-464.

³²² Microsoft beslutet, p.430-435.

³²³ Microsoft beslutet, p.436.

³²⁴ Microsoft beslutet, p.472.

³²⁵ Microsoft beslutet, p.436.

arbetsgruppsserverar är en separat marknad. Kommissionen finner att Microsoft har runt 60 % av marknaden.³²⁶ Det föreligger avsevärda hinder för tillträde på marknaden, med grund i Microsofts ställning på marknaden för operativsystem för klientdatorer och Microsofts vägran att lämna ut interoperabilitets information.³²⁷ Kommissionen anser att det finns nära kopplingar mellan de två marknaderna i form av tekniska och affärsmässiga kopplingar.³²⁸

3. Kommissionen definierade även en egen relevant marknad för mediaspelare. Microsoft använde sig av ett kopplingsförbehåll som innebar att Windows Media Player ej inhandlades separat utan följde med vid köpet av Windows. Kommissionen avgränsar inte media-spelar marknaden för att uttröna Microsofts eventuella dominans, utan för att se till vilken grad marknaden lider av Microsofts kopplingsförbehåll. Kommissionen applicerar alltså en effektbedömning.³²⁹ Kommissionen särskiljer mediaspelarna från ”playback” produkter som CD-skivor då de uppfyller ett annat behov, och priset skiljer sig markant.³³⁰ Bedömningen utgår från de mediaspelare som Microsoft anser uppfyller samma funktioner som Windows Media Player. Kommissionen utesluter direkt några av de mediaspelare med motiveringen att de kräver andra tekniska förutsättningar och således ej är substitut.³³¹ Man finner inte heller några potentiella substitut på utbudssidan och den relevanta marknaden är avgränsad. I bedömningen har kommissionen applicerat en mer effektbaserat tillvägagångssätt än förr.³³²

De faktorer kommissionen finner relevanta i bedömningen av Microsofts marknadsmakt inom marknaden för operativsystem för arbetsgruppsserverar är Microsofts marknadsandelar och de svåra inträdeshindren på marknaden.³³³ Men i de fall domstolen ej skulle finna dessa grunder vara tillräckliga för att konstatera en dominerande ställning, framför kommissionen även en tredje faktor. Att den undersökta marknaden är nära angränsande till marknaden för operativsystem för klientdatorer, där Microsoft innehar en monopolistisk marknadsandel på ca.90 %.³³⁴ Kommissionen anser att en avgränsning av endast marknaden för operativsystem för arbetsgruppsserverar är missvisande. För att förstå Microsofts verkliga marknadsmakt behöver man även inkludera marknaden för klientdatorer. Man menar på att den starka kopplingen mellan marknaderna möjliggör bedömning.³³⁵

³²⁶ Microsoft beslutet, p.473-499.

³²⁷ Microsoft beslutet, p.515-525.

³²⁸ Microsoft beslutet, p.526-540.

³²⁹ Microsoft beslutet, p.403.

³³⁰ Microsoft beslutet, p.410.

³³¹ Microsoft beslutet, p.413-414.

³³² Jones, Sufirin, *EU Competition Law*, s. 463-464. Se även, Microsoft beslutet, p. 841.

³³³ Microsoft beslutet, st.5.2.2.3.

³³⁴ Microsoft beslutet, p. 526 och 530.

³³⁵ Microsoft beslutet, p. 526 och 530.

Domstolens bedömning av marknaden

Domstolen anser även att Microsoft utnyttjar en hävstångseffekt i kopplingsförbehållet med Windows Media Player. Kommissionen ansåg att om följande fyra rekvisit är uppfyllda, strider kopplingsförbehållet mot artikel 102. (i) Den kopplade produkten är separat från produkten som den är kopplad till; (ii) företaget är dominant i produkt marknaden som den kopplade produkten är kopplad till; (iii) kunden har inte valet att avstå den kopplade produkten; (iv) kopplingen hämmar konkurrensen.³³⁶ Det essentiella här är att kommissionen faktiskt etablerar en effektbaserad bedömning, till skillnad från bland annat i *Tetra Pak II*.³³⁷ Först via den effektiva distributions kanal som skapas genom kopplingen till operativsystemet Windows.³³⁸ Som sedermera leder till att det mesta materialet som en media-spelar använder producerades så att Windows Media Player var användbar.³³⁹ Sammanlagt resulterade det i en hävstångseffekt för Windows Media Player som skulle resultera i att Windows Media Player till slut skulle vara den dominanta produkten. Således behövde kommissionen ingripa innan så var fallet.³⁴⁰ Domstolen tillämpar däremot artikel 102 formalistiskt och förbiser kommissionens effektbaserade utgångsläge.

Kommissionens marknadsbedömning godkänns av domstolen. Domstolen fastslår även att bedömning endast begränsat testar komplex ekonomisk och teknisk information.³⁴¹ Domstolen ger kommissionen ett utrymme för sin skönmässiga bedömning, och granskar endast tolkningen och bevisningen som slutsatsen stöds på.³⁴²

Kausalsamband mellan missbruk och dominans

Kommissionen hänvisar till *Tetra Pak II* och de ”associative links” man där fastslår. Domstolen anser att kopplingarna i *Tetra Pak II* är snarlika de i Microsoft målet.³⁴³ De kopplingar man finner är.

1. Aktören avnjuter en monopolistisk ställning på en separat men nära kopplad marknad. Det tillåter dem att koncentrera sina ansträngningar på marknaden där ingen dominerande ställning återfinns.
2. Marknadsinflytandet på den dominerande marknaden gör dem till en näst intill oundviklig leverantör. Det medför även att de blir ett självklart alternativ som leverantör på den angränsande marknaden.
3. En stor andel av aktörens kunder är kunder på båda marknaderna.
4. Företagens konkurrenter återfanns även de på båda marknaderna.

³³⁶ Microsoft beslutet, p. 794.

³³⁷ Microsoft beslutet, p. 841.

³³⁸ Microsoft beslutet, p. 843-78.

³³⁹ Microsoft beslutet, p.879-944.

³⁴⁰ Microsoft beslutet, p.946.

³⁴¹ Microsoft, p.87-88.

³⁴² Microsoft, p.87-89.

³⁴³ Microsoft beslutet, p.529.

Kommissionen menar att det finns både tekniska och affärsmässiga sammanband mellan marknaderna. Rent tekniskt är en dator och en server ihopkopplade i ett nätverk. Detta är den tekniska kopplingen mellan marknaderna.³⁴⁴ Den affärsmässiga sammankopplingen återfinns i att de företag som använder sig av Windows-drivna datorer gärna köper Microsoft utvecklade servrar då sammanverkan mellan de två systemen är påtagligt bättre. Således ger det Microsoft en enorm konkurrensfördel.³⁴⁵ De företag som arbetade med montering av arbetsgruppservrar är även beroende av Microsoft då de ofta tillhandahöll klientdatorer till återförsäljare.³⁴⁶

Kommissionen framför att dessa omständigheter skapar en synergieffekt till fördel för Microsoft. Man framför att Microsoft utnyttjar den för att skapa en hävstångseffekt mellan den dominerande marknaden och den angränsande marknaden, som således skapar en otillbörlig konkurrensfördel.³⁴⁷ Att beteendet ligger bakom missbruket anses självklart, men man kan fråga sig till vilken grad det rättfärdigar ett avsteg från den konventionella marknadsbedömningen. Domstolen däremot tillämpar artikel 102 formalistiskt och förbiser kommissionens effektbaserade analys och godtar kommissionens bedömning på första argumentet.³⁴⁸

Beslutet ålägger Microsoft att tillhandahålla till konkurrenterna vissa uppgifter om gränssnittet så att deras produkter blir kompatibla till Windows. Microsoft skall även ställa till förfogande en version av Windows utan Windows Media Player.

Microsoft – avslutande kommentarer

Det intressanta i Microsoft är att kommissionen applicerar en mer effektbaserad bedömning än vad man gjort tidigare. Domstolen väljer att tillämpa en formalistisk bedömning. Domstolen övervägde Microsofts påverkan på konkurrensstrukturen på marknaden.³⁴⁹ Domstolen fann att så var fallet och att kommissionen hade bevisat till en tillräcklig trolighetsgrad att kopplingsförbehållet påverkade konkurrensstrukturen.³⁵⁰ Domstolen ansåg att Microsoft inte konkurrerade med sin produkt utan med sin marknadsakt.³⁵¹

Domstolen väljer även att begränsa sin bedömning av kommissionens analys av det komplicerade tekniska och ekonomiska förhållandena.³⁵² Domstolen bedömer en ”kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta

³⁴⁴ Microsoft beslutet, p.532.

³⁴⁵ Microsoft beslutet, 530.

³⁴⁶ Microsoft beslutet, 531.

³⁴⁷ Microsoft beslutet, 533.

³⁴⁸ Microsoft, p. 559.

³⁴⁹ Microsoft, p. 1034.

³⁵⁰ Microsoft, p. 1054,1055,1058.

³⁵¹ Microsoft, p.1046.

³⁵² Microsoft, p.87-88.

samt att det inte har förekommit någon uppenbart oriktig bedömning eller maktmissbruk.”³⁵³. Domstolen avgränsar sig även till att endast pröva om bevisningen är “materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan att även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.”³⁵⁴

7.4 Tetra Pak II och Microsoft, vad kan vi ta med oss?

Det kommissionen vill begränsa genom sin tolkning av missbruk på en separat marknad är situationer där en hävstångseffekt utnyttjas för att överföra dominansen från en marknad till en annan. För att en hävstångseffekt skall uppstå krävs det en koppling mellan marknaderna så att dominanten har möjlighet att utnyttja sin ställning på en separat marknad. Ett exempel för kommissionens syn på hävstångseffekten, är fallet *Tetra Laval I/Sidel*³⁵⁵ som berör en företagskoncentration. Kommissionens resonemang återspeglas både i *Microsoft* och i *Tetra Pak II*. Man hindrar Tetra Laval att förvärva Sidel då marknadsstrukturen som skulle uppstå, kommer att främja en hävstångseffekt.³⁵⁶ Koncentrationen stoppas med anledning till Tetra Lavals dominerande ställning, och dess möjlighet att överföra denna på den marknad för PET som Sidel är aktiv på.³⁵⁷ Kommissionen förhindrar alltså att en situation likt den i *Tetra Pak II* två uppstår. En hävstångseffekt är dock inte nödvändigtvis konkurrenshämmande. Det krävs att kommission och domstolen bedömer effekten som uppstår av agerandet. Då det finns en koppling mellan missbruk och dominans finns det som oftast även en hävstångseffekt. Det är bara resultatet av missbruket och inte missbruket i sig. Det är effekten som borde bestämma tillämpligheten av artikel 102, inte förekomsten av hävstångseffekten.

³⁵³ Microsoft, p.87.

³⁵⁴ Microsoft, p.89.

³⁵⁵ Tetra/Sidel.

³⁵⁶ Kommissionens beslut, COMP/M.2416 *Tetra Laval / Sidel*, [2003], p.359.

³⁵⁷ Tetra/Sidel, p.45-49.

8 Diskussion

8.1 Inledning

Avgränsningen av den relevanta marknaden är en essentiell del av konkurrensbedömningen. Marknadsdefinitionen färgar resterande del av bedömningen och bestämmer i stor grad utfallet. Tron om att den som vinner marknaden, vinner fallet, är i högsta grad applicerbar. Jag vill nu i nästkommande kapitlet lyfta den teoretiska slöjan och diskutera marknadsdefinitionens faktiska innebörd och komplikationer. Jag kommer att strukturera upp analysen som så att jag först behandlar den rent teoretiska delen och senare applicera de teoretiska aspekterna på Microsoft målet.

8.2 Marknadsdefinitionen

Uppsatsen har redogjort för vilka grundprinciper som kommissionen använder vid utförandet av en marknadsdefinition. Definitionen består i att kommissionen avgränsar en relevant marknad för att utföra en konkurrensbedömning. Avgränsningen är alltså inte slutet i sig. Avgränsningen sker i två delar, avgränsandet av den relevanta produktmarknaden och avgränsandet av den relevanta geografiska marknaden. De två segmenten sammanslås och bildar tillsammans den relevanta marknaden. Problematiken med att avgränsa den relevanta marknaden är att det inte finns en allmänt vedertagen definition av begreppet eller en strukturell bundenhet till hur avgränsningen skall ske. Kommissionen använder sig således av olika faktorer som bevis och grund för avgränsningen. Då en marknadsavgränsning görs i varje enskilt konkurrensärende skiftar de essentiella faktorerna markant från fall till fall. Författare inom doktrinen är eniga om att det är empiriskt framtagna uppgifter som bör användas i marknadsdefinitionen. Men vi har också sett flertal exempel på att kommissionen har infört kvalitativa resonemang och låtit dem ha en avgörande effekt på avgränsningen. Marknadsavgränsningen bör i så stor grad som möjligt vara baserad på kvantitativa empiriska uppgifter, för att på så vis skapa en så stor verklighetsreflektion som möjligt. Det är trots allt det som är syftet. De faktorer som används vid bedömningen är många och det är svårt att tillskriva dem ett specifikt värde för bedömningen. Det blir då väldigt svårt för företag att själva utföra en marknadsavgränsning då det inte finns fasta kriterier att relatera till.

Marknaden definieras utifrån vilka konkurrensbegränsningar ett företag är utsatta för. För att mäta det definierar man marknaden utefter vilka produkter som för konsumenten är utbytbara gentemot den undersökta produkten i fråga om pris, användning och egenskaper. Kommissionen utgår från att bedöma utbytbarheten på efterfrågesidan, men det går inte att uteslutande basera en marknadsdefinition på den faktorn. Bedömningen utökas och involverar även utbudssubstitution.

Utbytbarhet på efterfrågesidan är däremot det viktigaste momentet i marknadsdefinitionen och fungerar som grunden i marknadsavgränsningen. Tekniken som används för att bedöma utbytbarhet på efterfrågesidan är generellt SSNIP-testet. Metoden används även för att mäta utbytbarhet på utbudssidan. Det faktum att SSNIP-testet tillskrivs en så oerhörd vikt vid marknadsdefinitionen är oroväckande, SSNIP-testet har inom doktrinen fått mycket kritik. Författarna Adriaan ten Kate och Gunnar Niels är inte återhållsamma i sin kritik mot SSNIP-testet. De framför att den generaliserande prishöjningen som appliceras för att mäta korspriselasticiteten är svårbestämd och risken är att verklighetsförankringen uteblir. En fiktiv prishöjning är endast lönsam fram till en viss procentnivå. Även i situationer där dominanten ligger på den högst möjliga lönsamma prisnivån skapas rent teoretiskt en allt för stor mängd substitut vid en generell prishöjning. Marknaden kommer således avgränsas för brett eller för snävt om inte den precisa procentsats prickas in där maximal lönsamhet uppstår. Det finns även fler problem med SSNIP-testet som svårigheten kring vilken korspriselasticitet som skall avläsas och det kanske viktigaste, att de uppgifter man använder vid utförandet av SSNIP-testet inte nödvändigtvis är pålitliga. Ett korrekt utfört SSNIP-test påvisar en marknad avgränsad utifrån substitut. Men det är väldigt svårt att utföra ett precist SSNIP-test och mer ofta än sällan behöver testet kompletteras med annan bevisning. När så är fallet, tenderar kommissionen att bidra med kvalitativa resonemang som stödjer deras analys och åsikt. Det finns många klandervärda exempel, bland annat i det ledande målet *United Brands* där kommissionens resonemang kring att bananens egenskaper gör den särskild från annan frukt är högst enkelspårigt och med bristande motivering i empirin. Det finns ingenting som hindrar kommissionen från att utvidga sin marknadsdefinition med andra kvantitativa metoder än SSNIP-testet. Det finns en mängd kvantitativa tester att tillgå. De är ofta grundade på ekonometrisk teori eller statistiska metoder som försöker reducera komplexiteten i den verkliga världen och tillhandahålla mätbara faktorer. De kvantitativa teknikerna används för att särskilja företagens marknadsandelar och deras marknadsmakt. Marknadsdefiniering är tvärvetenskapligt då de är juridiska regler som reglerar ekonomiska förhållanden. Kommissionen måste ta hänsyn till de metoder som utvecklats för att mäta de ekonomiska aspekterna av en marknad. Kommissionen bör utveckla sina marknadsdefinitioner och använda sig av mer ekonomisk teori och mindre osäkra quasi-resonemang. Inom koncentrationsärenden är marknadsdefinitionen mer nyanserad och det avgörs i varje enskilt fall, beroende på omständigheterna, vilken kvantitativ teknik som bör nyttjas.

Kommissionen avgränsar alltså marknaden för att sedermera möjliggöra en analys om företagets marknadsmakt. SSNIP-testet möjliggör en insamling av information, oftast försäljningsstatistik som läggs till grund för en utredning av företagets procentuella marknadsandel. Marknadsandelen kommer sen att vara den del i dominansbedömningen som väger tyngst. Självklart reflekterar en marknadsandel företagets marknadsmakt men det finns många faktorer som kan rubba verklighetsförankringen i marknadsandelens procentsats. Även då ett företag har en hög

marknadsandel, kan de vara beroende av en aktörs upplåtande av immaterialrätter eller av råmaterial, som i *Commercial Solvents*. Men en marknadsandel reflekterar också endast en tillfällig mätning av förhållandena. Beroende på marknads egenheter kan fallet vara så att marknadsandelen förändras ofta och drastiskt. Marknadsandelen är också, som sagt, baserat på de kvantitativa uppgifterna framtagna vid marknadsavgränsningen. Är inte de tillförlitliga blir inte heller marknadsandelarna det. Jag anser att det är orimligt att en presumtion för dominans vid 50 % skall föreligga. I och med marknadsandelens osäkra natur är det bra att kommissionen anser att det oftast krävs mer bevisning som stödjer bedömningen av marknadsandelar.

Min första fråga är nu besvarad. Det finns några uppenbara brister i marknadsdefinitionen. Det måste införas ett mer strukturerat förfarande. Företag måste ha det väldigt svårt att anpassa sig till artikel 102. Marknadsavgränsningens odefinierbara natur gör att det är svårt att veta i praktiken när företaget är dominant. Det är bara kommissionen som vet hur marknaden kommer avgränsas. Resultatet blir att företag måste agera restriktivt i rädslan för att de kommer bli betraktade som dominanter. Resultatet av artikel 102 blir att dominanta företag får ett speciellt ansvar, vilket gör att de måste avstå från handelsmetoder och handelsseder som deras icke-dominanta konkurrenter nyttjar. Artikel 102's bristande transparens hindrar företag från att bedriva en effektiv och sund konkurrens. Det är många faktorer som skall behandlas vid en marknadsavgränsning, men det är ett fåtal som ges en orimligt vikt i bedömningen. En förändring av artikel 102 har dock startats genom vägledningen. Syftet med tillämpningen av artikel 102 har gått från att skydda konkurrenten till att skydda konkurrensprocessen och på så vis även konsumentens välfärd. Det innebär att den tidigare nämnda effektbaserade analysen realiseras. Frågan är bara när kommissionen skall förstå vikten av marknadsavgränsningen och låta de nya idealen skina igenom även på marknadsdefinitionen och ge företag ett säkert sätt att bedöma sin egen marknadsmakt.

8.3 Kopplingen mellan missbruk och dominans, Microsoft och marknadsdefinitionen

Hävstångseffekten är central i bedömningen av missbruk på en angränsande marknad. I Microsoft invänder sökande mot tillämpningen av artikel 102 på grund av avsaknaden och möjligheten att utnyttja en hävstångseffekt. Hade förekomsten varit irrelevant för bedömningen av missbruk på en angränsande marknad hade domstolen ignorerat invändningen. Istället utvecklar domstolen resonemanget och bekräftar dess relevans. Kopplingarna mellan klient-pc-marknaden och arbetsgruppsservermarknaden gjorde i princip existensen av en hävstångseffekt ofrånkomlig. Domstolen konstaterar även förekomsten av en hävstångseffekt inom kopplingsförbehållet. Dock ter sig det ganska naturligt då missbruk av den typen ofta har inslag av en hävstångseffekt.

Missbruket i *Microsoft* bestod av en licensvägran som utan existensen av en dominerande ställning hade utgjort legitim konkurrens. Agerandet fick en utökad effekt på grund av den dominerande ställningen och Microsoft kunde på så vis med hjälp av kopplingen marknaderna i mellan maximerade effekten av licensvägran på marknaden för arbetsgruppservrar. Effekten av det blir att de två marknaderna bedöms som en.

Men det är inte hävstångseffekten som är central i bedömningen av missbruk på en angränsande marknad utan det är kopplingen mellan missbruk och dominans. Tidigare i uppsatsen har det konstaterats att det finns ett behov av en koppling mellan den dominerande ställningen och missbruket eller den negativa effekt som uppstår av missbruket. Av vad som redogjorts kan man fastslå existensen av nämnda koppling i situationer då dominans och missbruk förekommer på samma marknad. På missbruk vars negativa effekt spiller över på en angränsande marknad finns det också generellt sätt en klar koppling mellan dominansen och effekten. Däremot, som i *Tetra Pak II* och *Microsoft*, där missbruket sker på en helt separerad marknad, finns det ingen naturlig koppling mellan missbruk och dominans. Då krävs det som domstolen framför ”associative links”, alltså en eller flera faktorer som kopplar ihop marknaderna och på så vis skapar en kausal koppling mellan dominans och missbruk. Sambandet mellan marknaderna måste vara så nära att de i princip förespråkar en gemensam bedömning. Effekten av det ser vi tydligt i *Microsoft* och *Tetra Pak II* då domstolen resonerar mer kring marknadernas koppling än dominansbedömningen på den marknad som saknar dominans. Både *Tetra Pak II*- och *Microsoft*-domen stödjer tron om att det krävs en koppling mellan dominans och missbruk. I både *Microsoft* och *Tetra Pak II* har kommissionen funnit stöd för att det kan föreligga en dominant ställning på samma marknad som missbruket skett på. Men det återfinns ingen koppling mellan missbruket och dominansen från den marknaden, utan kopplingen föreligger mellan den separata marknaden och missbruksmarknaden. Således blir det överflödigt för kommissionen att klarlägga marknadsmakten inom missbruksmarknaden. En anledning till varför de dras felaktiga slutsatser kring hävstångseffekten, kan vara att den alltid är närvarande då det förekommer ett missbruk av dominerande ställning på en angränsande marknad. Men det utesluter inte hävstångseffektens förekomst i andra situationer där ett missbruk inte återfinns. Jag anser med det här att min andra fråga är besvarad.

Tittar vi på marknadsbedömningarna i *Microsoft*-målet, finner vi att de innehåller resonemang kring både en teknisk och ekonomisk karaktär. Kommissionen har bedömt marknadsandelar på marknaden för klientdatorers operativsystem där *Microsoft* är dominant med 90 % av marknadsandelarna. Omständigheterna i övrigt talar för att *Microsoft* ses som superdominant, vilket skulle innebära ett större ansvar för dem att agera värna om konkurrensen. I princip är all information som marknadsdefinitionerna grundas på att anses som komplex ekonomisk och teknologisk data. Domstolen begränsar sig från att bedöma den här typen av

bevisning fullt ut, då de anser sig ej strukturerade för att klara en sådan bedömning och avgränsar sig till att endast bedöma att reglerna för handläggning följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta och att det inte förekommit uppenbara oriktigheter i bedömningen eller maktmissbruk. Det är naturligtvis olyckligt och diskuteras mer ingående i nästkommande stycke.

8.4 Generell slutsats

Artikel 102 är en artikel som verkligen påverkar ett företag och effekten av ett beslut är avsevärd. Företag måste omstrukturera deras agerande, vilket kan innebära enorma kostnader och dessutom blir de tvingade att betala höga skadestånd. Problemet är att artikeln inte är tillräckligt transparent och överskådlig. Det är omöjligt för ett medelstort företag att med säkerhet bedöma sin egen marknadsmakt och således sin eventuella dominans. Effekten blir att aktörer vars dominans är osäker kommer att agera restriktivt och inte nyttja en fullgod legal men aggressiv konkurrens. Speciellt då det finns risk att företag på låga marknadsandelar betraktas som dominanta. Det är inte bra för varken den gemensamma marknaden eller medlemsstaterna. Om EU-domstolen hade implementerat en mer avhållsam tillämpning, som exempelvis i USA där man hellre tillåter en tveksamt konkurrenshämmande handling än förbjuder normal sund aggressiv konkurrens. Anledningen till osäkerheten kring artikel 102 ligger mycket i kommissionens avgränsning av den relevanta marknaden. Avgränsningen är opålitlig och inte alltid verklighetsreflekterande. Kommissionen bör använda sig av en mer modern ekonomisk teori vid bedömningen och inte stagnera i utvecklingen. Än osäkrare blir det i läget då ett företag önskar etablera sig på en ny marknad. Då kommer eventuellt kommissionens redan osäkra marknadsbedömning appliceras på deras nya marknad där verksamheten etableras. Ofta när företag söker sig till en ny marknad gör de det med hjälp av sin ställning och sina kunskaper från den redan etablerade marknaden. Det är olyckligt om hävstångseffekten kommer att ses som ett naturligt missbruk då det är en effektiv del av den normala sunda konkurrensen. Det farliga är att då dominans och missbruk sker på olika marknader är marknadsavgränsningen som viktigast. Det är marknadsdefinitionen som tillåter den fortsatta bedömningen och det är också mellan de två definierade marknaderna kommissionen måste klargöra "associative links". Förfarande blir här extremt komplicerat. Bedömningen innehåller två osäkert definierade marknader som kommissionen påvisar kopplingar mellan. Det är kommissionen som avgränsar de båda marknaderna och företagen har ingen rimlig chans att påverka marknadsdefinitionen i beslutet. Deras enda chans är att överklaga till domstol. Då uppstår nästa och det mest skrämmande skedet. Domstolen granskar marknadsavgränsningen endast begränsat i den mån den är ekonomisk och teknologisk komplex. Det finns väldigt få marknadsavgränsningar som inte är komplexa inom dessa områden. Domstolen granskar endast kommissionens tolkning och om den bevisningen som har framfört i marknadsavgränsningen är riktig att stödja deras tolkning på. Det är skrämmande, för det innebär att företag som Tetra

Pak och Microsoft, vars handelsbruk både involverar tekniskt och ekonomiskt komplexa aspekter, inte får en rättvis prövning. Först granskas de av kommissionen, sen vid överklaganden godkänns kommissionens marknadsavgränsning utan en ordentlig granskning. Var är den rättvisa prövningen? Det är oerhört viktigt att det börjar appliceras en mer nyanserad marknadsavgränsning som med så stor säkerhet som möjligt reflekterar den verkliga världen. För att det skall vara möjligt måste kommissionen våga tillämpa en djupare ekonomisk bedömning. Men om EU-domstolen inte granskar de ekonomiskt och tekniskt komplexa delarna i en marknadsavgränsning finns det inget incitament för kommissionen att utveckla sin bedömning. Vad jag anser behövs är (i) en domstolsgranskning av marknadsdefinitionen, för att säkerställa företags rätt och möjlighet att konkurrera. Det kommer leda till (ii) en mer nyanserad marknadsdefinition som kommer vara mer ekonomiskt inriktad. Ett steg i rätt riktning har tagits genom kommissionens utveckling de senaste åren. De strävar efter att börja tillämpa en effektbaserad bedömning, vilket är en bra början. Problemet är att domstolen fortsätter tillämpa en formalistisk analys. Jag anser nu att min frågeställning är till fullo besvarad och avslutar med att konstatera att än så länge gäller fortfarande den som vinner marknaden, vinner målet, och det är alltid kommissionen som vinner marknaden.

Käll- och litteraturförteckning

Förordningar

Rådets förordning nr 1/200, 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

Offentligt tryck

Förslag till avgörande av Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i målet Tetra Pak mot Kommissionen, C-333/94 P.

Monti, Mario – Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, workshop on market definition – Helsinki fair centre, 5 October 2001, Speech/01/439.

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03).

Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07).

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

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, (2009/C45/02).

Meddelande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, (2011/C11/01).

Kommissionens beslut

Beslut, Magill TV Guide, [1989] OJ L78/43.

Beslut, IV/31043, Tetra Pak II, [1992] OJ L72/1.

Beslut, IV/M.190, Nestlé/Perrier, [1992] OJ L356/1.

Beslut, IV/M.619, Gencor/Lonrho, [1997] OJ L11/33.

Beslut, Transatlantic Conference Agreement, [1999] OJ L95/1.

Beslut, Tetra/Sidel, COMP/M.2416 Tetra Laval / Sidel, [2003].

Beslut, i ärende, COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca, [2005].

Beslut, Microsoft, COMP/C3/37.792) [2005], OJ L32/23, [2007].

Citerad litteratur

Bernitz, Ulf – Svensk och europeisk marknadsrätt 1, tredjeupplagan, 2011
Concurrentia AB och Norstedts Juridik AB, ISBN 978-91-39-20595-1.

Bishop, Simon och Walker, Mike – The Economics of EC Competition
Law: Concepts, Application and Measurement, tredjeupplagan, 2010,
Thomson Reuters, ISBN 978-0-421-92730-8.

Goyder, Joanna och Albors-Llorens, Albertina – Goyder's EC Competition
Law, femteupplagan, 2009, Oxford University Press, ISBN 978-0-19-
923230-7.

Jones, Alison och Sufrin, Brenda – EU Competition Law, Text, Cases, and
Materials, fjärdeupplagan, 2011, Oxford University Press, ISBN 978-0-19-
957273-1.

Lidgard, Hans Henrik – Competition Classics, Material & Cases on
European Competition Law and Practice, Part 1, 2011, Maria Magle
Publishing, ISBN No 978-91-633-9707-3.

Motta, Massimo – Competition Policy: Theory and Practice, 2004
Cambridge University Press, ISBN 13 978-0-521-81663-2.

O'Donoghue, Robert och Padilla, A Jorge – The Law and Economics of
Article 82 EC, 2006, Hart Publishing, ISBN 13:978-1-84113-502-1.

Olsson, Katarina – Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i
konkurrensrätten, 2009, Juristförlaget i Lund, ISBN 13:978-91-544-0113-0.

Rose, Vivien och Bailey, David – Bellamy & Child: European Union Law
of Competition, sjundeupplagan, 2013, Oxford University Press, ISBN 978-
0-19-966787-1, (för samlingen) ISBN 978-0-19-966014-8 (för
sjundeupplagan)

Rousseva, Ekaterina – Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition
Law, 2010, Hart Publishing, ISBN: 978-1-84113-926-5.

Wetter, Carl, Karlsson, Johan, Östman, Marie – Konkurrensrätt – en
kommentar, 2009, Thomson Reuters, ISBN 978-91-7610-291-6.

Whish, Richard och Bailey, David – Competition Law, 2012,
sjundeupplagan, Oxford University Press, ISBN: 978-0-19-958655-4.

Artiklar

Azizi, Josef – Limits of Judicial Review Concerning Abuses of a Dominant Position: Principles and Specific Application to the Communications Technology Sector, *Loyola Law and Technology Annual*, volume 9, 2009, pp.149-188.

Eberhard, Anna European – Competition Law: A Critical Analysis of the Process Employed by the Commission to Assess Dominance under Article 82 EC, *Hanse Law Review*, volume 2, issue 2, December 2006, pp.221-230.

Etro, Federico och Kokkoris, Ioannis – Toward an Economic Approach to Article 102 TFEU, *Competition Law And The Enforcement Of Article 102*, 2010, Oxford University Press, ISBN 978-0-19-958618-9.

Korah, Valentine - Tetra Pak II – lack of reasoning in Court's judgment, *European Competition Law Review*, 1997, 18(2), pp. 98-103.

Levy, Nicholas – Tetra Pak II: stretching the limits of Article 86? *European Competition Law Review*, 1995, 16(2), pp.104-109.

Monti, Giorgio – The Concept of Dominance in Article 82, 2006, juli, *European Competition Journal*, special supplement 2, s.31.52.

Teece, David J. och Coleman, Mary – The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries, the antitrust bulletin/ fall-winter 1998.

Ten Kate, Adriaan och Niels, Gunnar - The Relevant market: A Concept Still In Search of a Definition, *Journal of Competition Law & Economics*, 5 (2), 2008, pp.297-333.

Rousseva, Ekaterina - The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernize the Analysis under Article 82 EC? *The Competition Law Review*, volume 2, issue 2, Mars 2006, pp.27-72.

Vickers, John – How Does the Prohibition of Abuse of Dominance Fit with the Rest of Competition Policy? *European Competition Law Annual: What Is an Abuse of Dominant Position?* Oxford, Hart Publishing 2006.

Vickers, John - Market Power in Competition Cases, 2 *European Competition journal*, special supplement, juli, 2006, Hart Publishing, pp.3-14.

Vogelenzang, Pierre, Abuse of Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Applications, [1976], 13 *Common Market Law Review*, pp.61-78.

Rättsfallsförteckning

General Court, förstainstansrätten

Mål T-69/89 RTE, ITP, BBC v. Commission, [1991] ECR II-485.

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

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

Förenade målen T-125/97 och T-127/97, The Coca-Cola Company and Coca-Cola Enterprises Inc. v. Commission, [2000] ECR II-1733.

Mål T-102/96, Gencor Ltd v. Commission, [1999] ECR II-753.

Mål T-5/02, Tetra Laval BV v. Commission [2002] ECR II-4381.

Mål T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission (Michelin II) [2003] ECR II-4071.

Förenade mål, T-191/98, T-212/98, T-214/98, Atlantic Container Line AB and Others v. Commission. [2003] ECR II-3275.

Mål T-219/99, British Airways v. Commission [2003], ECR II-5917.

Mål T-201/04, Microsoft v. Commission, [2007] ECR II-3601.

Mål T-271/03, Deutsche Telekom v. Commission [2008] ECR II-477.

Mål T-321/05 AstraZeneca AB v. Commission, [2010] ECR II-02805.

EU-domstolen

Mål 56/65, Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH, [1966] ECR 234.

Mål 6/72 och mål 7/72, Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission, [1973], ECR 215.

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

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

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

Mål 22/78, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v. Commission, [1979], ECR 3125.

Mål 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission (Michelin I), [1983] ECR 3461.

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

Mål C-41/90 Höfner and Elser v. Macroton GmbH, [1991] ECR I-1979.

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

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

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

Mål C-395 och 396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission, [2000], ECR I-1365.

Mål C-12/03 P, Commission v. Tetra Laval BV [2005] ECR I-987.

Mål C-95/04 P, British Airways plc v. Commission [2006] ECR II-2969.

Mål C-171/05 P, Laurent Piau v. Commission, [2006] ECR I-37.

Mål C-280/08 P, Deutsche telekom AG v. Commission, [2010] ECR I-9555.

Mål C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, [2011] ECR I-527.

Amerikanska rättsfall

United States v E. I Du Pont De Nemours & CO 351 US 377 [1956].