

SSNIP-testet och dess applicerbarhet

En undersökning av när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid konkurrensrättslig marknadsdefiniering

William Fagervall

Handledare: Johan Axhamn

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

HT 2019



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	9
1. Inledning.....	11
1.1 Bakgrund.....	11
1.2 Syfte och frågeställning	14
1.3 Avgränsningar	15
1.4 Metod och material.....	15
1.5 Forskningsläge.....	19
1.6 Disposition	21
2. Marknadsdefiniering.....	23
2.1 Inledning	23
2.2 Marknadsdefinierings syfte och relevans.....	23
2.3 Marknadsdefinieringens grunder.....	24
2.3.1 Bakgrund och praxis	24
2.3.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan	26
2.3.3 Potentiell konkurrens	27
2.3.4 Utbytbarhet på utbudssidan	27
2.3.5 Sammanfattning av konkurrensbegränsande huvudtyper	28
2.4 Den relevanta produktmarknaden.....	29
2.5 Den relevanta geografiska marknaden.....	30
3. SSNIP-testet som verktyg vid marknadsdefiniering.....	33
3.1 Inledning	33
3.2 SSNIP-testets funktionssätt.....	34
3.3 Under vilka förutsättningar är SSNIP-testet ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden?.....	40
3.4 Under vilka förutsättningar är SSNIP-testet inte ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden?.....	45
3.4.1 Övergripande förutsättningar.....	45
3.4.2 Mycket priselastisk efterfrågesida	46
3.4.3 The Cellophane Fallacy.....	51
3.4.4 Dubbelsidiga plattformar.....	55
4. Sammanfattning och slutsatser	57
4.1 Inledning	57

4.2	Slutsatser	57
4.3	Avslutande kommentar	61
	Käll- och litteraturförteckning	64
	Rättsfallsförteckning.....	67

Abstract

Economic evidence tools, such as the SSNIP-test, can pose practical problems in competition law since economists have little understanding of the law and lawyers have little understanding of economics. Competition law is characterized by economic evidence because of the economic nature of the subject. Therefore, it is of value to describe and analyse the conditions and limits for when the SSNIP-test is an adequate tool. The present thesis aims to do just that, especially in the light of the case law provided by the Court of Justice of the European Union.

The thesis provides enlightenment of the relevance and functioning of the SSNIP-test and a review of case law when the test was presented as evidence. The case law describes the conditions under which the SSNIP-test is (and is not) an adequate tool in defining the relevant market.

Situations, when the SSNIP-test can be an inadequate tool, are for example the Cellophane Fallacy, double-sided/multi-sided markets and when the demand side is very price elastic. An example of when the test is adequate in the situation of an exceedingly price elastic demand side is in the pharmaceutical sector. The test can also, if required by the context, be an adequate tool for short-term application, although this does not fully follow the basic functioning of the test. The SSNIP-test can be modified to be an adequate tool under more conditions than what follows from the basic functioning of the test.

Sammanfattning

Ekonomiska verktyg för bevisning, exempelvis SSNIP-testet, kan utgöra problem inom konkurrensrätten då ekonomer har mindre förståelse för juridik och jurister har mindre förståelse för ekonomi. Konkurrensrätt är ett ämne som starkt präglas av ekonomisk bevisning på grund av ämnets ekonomiska natur. Det är därav av värde att beskriva och analysera förutsättningarna och gränserna för när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg. Föreliggande studie strävar mot att göra detta, framförallt i ljuset av praxis från EU-domstolen.

I uppsatsen ges en beskrivning av SSNIP-testets relevans och funktionssätt, samt en genomgång av rättsfall där testet förts fram som bevisning. Rättsfallen belyser under vilka förutsättningar som SSNIP-testet är (och inte är) ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden.

Det finns situationer där SSNIP-testet inte är ett adekvat verktyg. Exempel på sådana situationer är *Cellophane Fallacy*, dubbelsidiga/multisidiga marknader och när efterfrågesidan är mycket priselastisk. Det finns dock undantag när testet är applicerbart även vid dessa situationer. Inom exempelvis läkemedelssektorn är SSNIP-testet ett adekvat verktyg, trots att det appliceras under förutsättningen att efterfrågesidan är mycket priselastisk. Testet kan även, om det krävs av sammanhanget, vara ett adekvat verktyg vid applicering på kort sikt, trots att detta inte fullständigt följer testets grundläggande funktionssätt. Avslutningsvis kan SSNIP-testet modifieras för att vara ett adekvat verktyg under fler förutsättningar än vad som följer av dess grundläggande funktionssätt.

Förkortningar

DOJ	U.S. Department of Justice
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EUD	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FTC	Federal Trade Commission
HMG	Horizontal Merger Guidelines
ICN	International Competition Network
KonkL	Konkurrenslagen (2008:579)
SFS	Svensk författningssamling
SSNIP	Small but Significant and Non-transitory Increase in Price

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Den viktigaste frågan som alltid ställs inom konkurrensrätt är om ett företag har eller kommer få marknadsstyrka. Att ett företag har marknadsstyrka innebär exempelvis att de lönsamt kan höja sina priser över en tidsperiod.¹ Marknadsstyrka uppfattas alltså som negativt för kunder i mellanleden och för slutkunden. Effektiv konkurrens på marknaden motverkar att ett företag får marknadsstyrka.

I realiteten bör dock marknadsstyrka och konkurrens ses som ett spektrum. Visualisera en linje där det längst till vänster är en perfekt konkurrerande marknad, medan det längst till höger är företag som har fullständig marknadsstyrka. I realiteten är de flesta marknaderna utspridda kring mitten av denna linje, det vill säga varken fullständig marknadsstyrka eller perfekt konkurrens. De flesta marknader präglas av viss marknadsstyrka och viss konkurrens.²

EU har infört ett tillvägagångssätt, som består av två steg, för utredande av om ett företag har marknadsstyrka.³ Först definieras⁴ den relevanta marknaden. Det består av definiering av den relevanta produktmarknaden och definiering av den relevanta geografiska marknaden. I regel definieras den relevanta produktmarknaden först, följt av en definiering av den relevanta geografiska marknaden.⁵ Detta beror på att den geografiska marknaden ofta definieras mot bakgrund av var den relevanta produkten tillhandahålls.⁶ Sedan utreds om ett företag har marknadsstyrka på den

¹ Whish och Bailey, 2018, s. 42.

² Ibid., s. 25.

³ Ibid., s. 26.

⁴ I uppsatsen väljs termen *definiera* för avgränsning/bestämmning av den relevanta marknaden och dess delmarknader. Valet grundar sig på att det i EU:s offentliga dokument, exempelvis Marknadstillkännagivandet, är detta begrepp som används. Se Marknadstillkännagivandet; Jämför med Olsson, 2009, s. 31, Olsson väljer att använda *avgränsa*, *definiera* och *bestämma* synonymt.

⁵ Olsson, 2009, s. 61.

⁶ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 8.

relevanta marknaden som har definierats.⁷ Marknadsdefiniering är således en viktig del vad gäller analysering av om ett företag har marknadsakt. Det avgör dock inte om ett företag har marknadsakt.⁸

Marknadsdefiniering har möjliggjort bland annat beräkning av företags marknadsandelar⁹ vilket ofta ligger till grund vid utredning om det föreligger ett konkurrensbegränsande avtal enligt FEUF artikel 101, vid utredning av om ett företag har dominerande ställning enligt FEUF artikel 102, samt vid ärenden gällande företagskoncentrationer.¹⁰ Exempelvis kan man presumera att ett företag har dominerande ställning på marknaden om deras marknadsandel är 50 procent.¹¹ För denna studie är det dock inte viktigt att utreda huruvida tvisten berör FEUF artikel 101 eller 102. Marknadsandelar beräknas på samma grundvalar oavsett vilken artikel som aktualiseras. Vad en viss marknadsandel indikerar varierar mellan de två artiklarna, och mellan de förordningar som grundar sig på dessa artiklar.¹²

Marknadsandelar ger vägledande information om hur konkurrensläget ser ut på den analyserade marknaden. Marknadsandelar ger dock ingen information om eventuella inträdesbarriärer eller expansionsbarriärer på marknaden, vilket kan vara avgörande vid bedömning om ett företag har marknadsakt. Inte heller ger de information om efterfrågesidans köpakt, vilket också kan influera slutsatsen om ett företag har marknadsakt eller inte.¹³

Att göra marknadsdefinieringar på ett systematiskt och objektivt sätt är något att eftersträva. *Europeiska kommissionen*¹⁴ mottog många klagomål gällande deras marknadsdefinieringar¹⁵ vilket ledde till att de sökte mer systematiska metoder för

⁷ Whish och Bailey, 2018, s. 26.

⁸ *Ibid.*, s. 42f.

⁹ Begreppet används synonymt med *marknadsandel på den relevanta marknaden*.

¹⁰ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 2, 4, 7.

¹¹ Ulf Bernitz, 2015, s. 145.

¹² Se bifogad tabell på sista sidan för exempel på vad olika stora marknadsandelar kan indikera vid tillämpning av olika fördrag och förordningar.

¹³ Whish och Bailey, 2018, s. 42f.

¹⁴ Det förekommer med beaktande av läsbarheten att *Europeiska kommissionen* endast benämns *kommissionen*.

¹⁵ *Marknadsdefiniering* och *definiering av den relevanta marknaden* används i uppsatsen synonymt.

att definiera relevanta marknader.¹⁶ Resultatet var bland annat att ett verktyg för marknadsdefiniering infördes från USA:s regelverk gällande horisontella företagskoncentrationer. Verktöget är ett ekonomiskt test kallat SSNIP-testet^{17, 18}

SSNIP står för “small but significant and non-transitory increase in price”. Testet utreder om det är lönsamt för ett företag att höja priset på sina produkter¹⁹ med 5–10 %²⁰ (det vill säga att genomföra en liten men betydande och bestående prisökning, SSNIP) förutsatt att övriga förhållanden är konstanta under tidsperioden.²¹

Testet kan huvudsakligen tillämpas på två sätt. För det första kan det appliceras kvantitativt vilket innebär att relevant data för det aktuella fallet används för att genom ekonomiska teorier beräkna korspriselasticitet²² mellan produkter. Testets resultat blir, vid sådan tillämpning, en siffra som indikerar hur nära substitut de jämförda produkterna är, eller att de inte är substitut överhuvudtaget. Är de jämförda produkterna tillräckligt likartade substitut enligt testet, bör de vara del av samma relevanta marknad. Motsatsen innebär att de inte bör vara del av samma relevanta marknad.²³

Den andra och vanligaste metoden för tillämpning av testet är att genom ett tankeexperiment bedöma om kunder hade valt en annan produkt i stället för produkten i fråga, givet att produkten i fråga ökade i pris med 5–10 %. Vid sådan tillämpning underbyggs argumentationen med mer traditionell bevisning, som exempelvis marknadsundersökningar. Om tankeexperimentet, med dess underbyggande argument, bevisar att en tillräckligt stor andel av kunderna byter till

¹⁶ Whish och Bailey, 2018, s. 30.

¹⁷ SSNIP-testet benämns i uppsatsen som *SSNIP-testet* då detta är det vanligast förekommande namnet på testet i svensk doktrin. Det förekommer dock, med beaktande till läsbarheten, att det även benämns som *testet* när det av sammanhanget framgår att det är SSNIP-testet det berör.

¹⁸ Whish och Bailey, 2018, s. 27.

¹⁹ Med begreppet *produkt* menas i uppsatsen *vara eller tjänst*, begreppet blir således en term för att göra studien mer generell när det för sammanhanget inte är relevant att särskilja vara och tjänst.

²⁰ Varför prisökningen 5–10 % har valts är oklart. Se liknande slutsats Olssons s. 91, fotnot 280.

²¹ Bernitz, 2015, s. 52.

²² Korspriselasticitet är ett ekonomiskt mått som utreder huruvida de jämförda produkterna är substitut, komplement eller neutrala gentemot varandra.

²³ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 6; Whish och Bailey, 2018, s. 34.

att köpa den jämförda produkten att det inte är lönsamt för företaget att höja priset med 5–10 %, indikerar det att den jämförda produkten är ett substitut som bör inkorporeras i den relevanta marknaden. Motsatsen leder till att de inte bör vara del av samma relevanta marknad.²⁴

Det måste klargöras att SSNIP-testet enbart är ett av många verktyg för bevisning av hur den relevanta marknaden bör definieras, samt att marknadsdefiniering och marknadsandelar endast är verktyg för att bedöma hur mycket marknadsmakt ett företag har. Det är således inte ett krav att den relevanta marknaden ska definieras i konkurrensrättsliga tvister. Om en marknadsdefiniering görs är det inget krav att SSNIP-testet ska användas som bevisning. Båda dessa verktyg används dock frekvent av kommissionen.²⁵

Flertalet jurister har visat sig vara bristfälliga vad gäller tillämpning och resultattolkning av den här typen av ekonomiska verktyg.²⁶ SSNIP-testet är ett exempel på ett sådant verktyg som dessutom har fått stor acceptans och regelbundet förs fram som bevisning i konkurrensrättsliga tvister.²⁷ Därav är det av värde att beskriva och analysera när testet är ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering. Resultatet av att SSNIP-testet används adekvat och mer frekvent kan leda till förbättrade och mer systematiserade marknadsdefinieringar, vilket som tidigare nämnt, var syftet med att införa testet i EU-rätten.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att beskriva och analysera förutsättningarna och gränserna för när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden.

- i. Under vilka förutsättningar är SSNIP-testet ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden?
- ii. Under vilka förutsättningar är SSNIP-testet inte ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden?

²⁴ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 6; Whish och Bailey, 2018, s. 34.

²⁵ Se Marknadstillkännagivandet för information om hur kommissionen använder verktygen.

²⁶ Olsson, 2009, s. 284.

²⁷ Se exempel på när SSNIP-testet används som bevisning i de rättsfallen som diskuteras i kapitel 3.

1.3 Avgränsningar

Studien ämnar inte att utreda den relevanta marknadens samband med de konkurrensrättsliga reglerna. Därav ges ingen ingripande beskrivning av de konkurrensrättsliga reglerna varken på EU-nivå eller nationell nivå. Dessa regler återfinns huvudsakligen i FEUF artiklarna 101 och 102 och i Konkurrenslagen (2008:579) samt i de förordningar som grundar sig på FEUF artiklarna 101 och 102.

1.4 Metod och material

I denna uppsats används EU-rättslig metod med följande motivering:

Enligt Bernitz är EU:s konkurrensrättsliga regler tillämpliga när *samhandelskriteriet* är uppfyllt. Med detta menas de konkurrensbegränsningar som har *gränsöverskridande effekt*, det vill säga påverkar *samhandeln*.²⁸ Bernitz menar att enligt praxis tolkas *samhandelskriteriet* extensivt, det vill säga om det med viss sannolikhet förutses att handlandet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan ha *gränsöverskridande effekt*, är kriteriet uppfyllt.²⁹ Om *samhandelskriteriet* är uppfyllt får inte nationell konkurrensrätt tillämpas på ett sådant sätt att det inte kan anses vara i enlighet med EU-rätten. Det ska således råda *full konvergens*³⁰ avseende de båda regelsystemen vid tillämpningen.³¹ Vad gäller inhemska konkurrensbegränsande åtgärder är både den nationella konkurrensrätten och EU-rätten tillämplig. Det bör även tilläggas att nationella domstolar och konkurrensmyndigheter varken kan besluta i strid med kommissionens beslut eller i strid med EU-domstolens (tribunalens och domstolens) domar, vid tillämpning av FEUF artikel 101 och 102.³² Detta gör att kommissionen och EU-domstolen som organ i EU har stort inflytande över konkurrensrätten på både den inre marknaden och inom EU:s medlemsstater. Hur nationella domstolar dömer styr varken hur andra nationella domstolar bör döma, eller hur EU-domstolen ska döma. Nationell praxis är således endast prejudicerande i det aktuella landet.

²⁸ Bernitz, 2015, s. 62f.

²⁹ Ibid., s. 65.

³⁰ Även kallat *konvergenskravet*.

³¹ Bernitz, 2015, s. 67.

³² Ibid.

Inom EU:s rättspraxis är marknadsdefiniering vanligt förekommande.³³ Det är därför av stort värde att analysera EU-rätten eftersom det finns ett stort utbud av material som är relevant för denna studie. Dessutom gör den extensiva tolkningen av samhandelskriteriet att många konkurrensrättsliga tvister utreds på EU-nivå.³⁴

Mot bakgrund av vad som ovan sagts, dels om att samhandelskriteriet tolkas extensivt vilket gör att kommissionen och EU-domstolen ofta handlägger ärenden inom konkurrensrätt, dels om EU-domstolen prejudicerande egenskap vad gäller tolkning av FEUF artikel 101 och 102 som Konkurrenslagen bygger på, görs denna studie i ljuset av EU-domstolens praxis med främst EU-rättsliga källor som material.

Argumentationen ovan leder till att EU-rättslig metod är bäst lämpad för denna studie. Detta är dock en rättsdogmatisk undersökning då den syftar till att systematisera och tolka innehållet i gällande rätt. Domstolar har i regel den gällande rätten (och tolkning av denna) till grund för utfärdandet av en dom.³⁵

Genom rättsfallsanalys kan SSNIP-testets tillämplighet vid definiering av den relevanta produktmarknaden uttolkas. Sökandet av material blir dock komplicerat då flera namn på SSNIP-testet förekommer i rättsfall, källor och doktrin (ex. *tankeexperimentet*³⁶, *The Hypothetical Monopolist Test*³⁷ och endast referering till punkter i kommissionens Marknadstillkännagivandet förekommer). Att referering till SSNIP-testet sker inkonsekvent är en komplikation som inte har någon enkel lösning. Risken att missa ett för ämnet relevant rättsfall är därför överhängande. Detta kan ses som en svaghet med studien. De analyser och slutsatser som dras bör därför läsas i ljuset av vilka rättsfall som diskuteras i studien.

³³ Olsson, 2009, s. 58.

³⁴ Bernitz, 2015, s. 62f, 65.

³⁵ Olsson, 2009, s. 27.

³⁶ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 15.

³⁷ Horizontal Merger Guidelines, 2010, s. 8.

En avgränsning i sökandet av material är att endast de rättsfall där begreppet ”relevant marknad” nämns analyseras av författaren.³⁸ I uppsatsen diskuteras ett urval av de analyserade rättsfallen där någon form av referens till SSNIP-testet förekommer.³⁹ Urvalet är de rättsfall där domstolen i fråga uttrycker sig om när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg för att definiera den relevanta marknaden. Vid analysering av rättsfall beaktas endast den offentligtgjorda informationen. De nämnda avgränsningarna i rättsfallssökandet begränsar avsevärt det analyserade materialet.

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (nedan kallat Marknadstillkännagivandet) syftar till att ge vägledning i hur kommissionen tillämpar begreppen relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad.⁴⁰ Det som bör poängteras är att kommissionen har en viss vägledande roll inom ämnet men att Marknadstillkännagivandet inte styr hur EU-domstolen tolkar begreppet relevant marknad.⁴¹ Kommissionens tillkännagivanden har inte den lagstiftande egenskapen.⁴² EUD och tribunalen har dock gett validitet till kommissionens Marknadstillkännagivande genom praxis vilket stärker dess legitimitet som källa i denna studie.⁴³ I Marknadstillkännagivandet beskrivs SSNIP-testet i ett antal punkter, det är ofta dessa punkter som EU-domstolen refererar till när SSNIP-testet omnämns i rättspraxis. Innehållet i Marknadstillkännagivandet ger därför förståelse för SSNIP-testets tillämpning vid marknadsdefiniering speciellt i ljuset av praxis från EUD och tribunalen genom rättsfallsanalys.

Det är kommissionen som på EU-nivå ser till att medlemsstaterna följer de konkurrensrättsliga reglerna. Kommissionen är likväl det organ i EU som oftast för argumentationen om relevanta marknadsandelar och således använder sig av

³⁸ Det kan med viss säkerhet antas att SSNIP-testet inte nämns i ett sammanhang som är relevant för den här studien om inte marknadsdefiniering även aktualiseras. Jämför Olsson, 2009, s. 147–149.

³⁹ Jämför Olsson, 2009, s. 147–149.

⁴⁰ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 1.

⁴¹ Ibid., p. 6.

⁴² Whish och Bailey, 2018, s. 35.

⁴³ Ibid., s. 29, 35.

SSNIP-testet. Kommissionens marknadsdefiniering accepteras eller avslås av EUD eller tribunalen.⁴⁴

I Marknadstillkännagivandet är kommissionen tydlig med att de inte rangordnar olika information eller källors värde vid definiering av den relevanta marknaden.⁴⁵ Om en rangordning funnits hade det inneburit att definiering hade skett mer stegvis genom att börja utreda den högst rangordnade källan/informationen. I realiteten, utan rangordning, kan det därför inte förväntas att samma typer av metoder, uppgifter och källor används på ett systematiskt sätt vid definiering av den relevanta marknaden. Det görs snarare en anpassad utredning för marknadsdefinieringen i fråga.

Vid studien antas att SSNIP-testet inte används om kommissionen anser att det inte är adekvat/nödvändigt mot bakgrund av vad som sagts ovan om kommissionens rangordning av källor.⁴⁶ Det kan nämligen finnas fall där SSNIP-testet inte applicerats trots att det var tillämpligt. Exempelvis kan det redan ha funnits tillräckligt med bevisning för en viss bedömning utan att testet behövde tillämpas. Det är således orimligt att dra slutsatsen att SSNIP-testet inte är tillämpligt i alla fall där det inte har använts. När SSNIP-testet inte är ett adekvat verktyg bör därför baseras på när EU-domstolen uttrycker just detta. När testet är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering är när det använts som bevisning i samband med att EU-domstolen har bekräftat bevisningens legitimitet.

Whish och Bailey har skrivit boken *Competition Law*. Denna bok kan anses vara erkänd litteratur på området då doktrinen, på både EU-nivå och nationell nivå, ofta och löpande refererar till boken.⁴⁷ De slutsatser som dras i boken har därför viss vägledande roll inom ämnet. Därför förekommer frekvent hänvisning till boken även i denna studie. Det bör även nämnas att det generellt finns en viss otillräcklighet i doktrinen vad gäller beskrivning av SSNIP-testet, samt rättsfallsreferering där testet

⁴⁴ Whish och Bailey, 2018, s. 29.

⁴⁵ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 25.

⁴⁶ Ibid., p. 25.

⁴⁷ Se exempelvis litteraturförteckning i [Olsson, 2009, s. 301] och [Bernitz, 2015, s. 237].

diskuterats. Det här kan ses som en utmaning för uppfyllandet av syftet och besvarandet av frågeställningarna.

På denna studies sista sida finns en bifogad tabell från Whish och Baileys bok *Competition Law*. Den är till för att bidra med kontext till läsaren genom att överskådligt presentera kopplingen mellan marknadsandelar och EU:s olika konkurrensrättsliga regleringar.

SSNIP-testet har, som tidigare nämnt, sin bakgrund i USA:s konkurrensrätt.⁴⁸ Material från Federal Trade Commission (FTC) och United States Department of Justice (DOJ) beskriver mer utförliga hur testet används. Materialet används därför flitigt i svensk och engelsk doktrin som behandlar EU-rätt och nationell rätt, samt EU:s offentliga dokument.⁴⁹ I studien används källorna från USA endast för att beskriva SSNIP-testets funktionssätt, inte när det är ett adekvat verktyg. Detta gör att källorna inte svarar till frågeställningarna och syftet, vilket gör att användningen av material från USA inte försvagar uppsatsens uppfyllande av syfte.

International Competition Network (ICN) är ett globalt organ som endast arbetar med konkurrensrätt.⁵⁰ Dess rekommendationer har, precis som HMG, fått stor acceptans inom både doktrin och genom EU:s offentliga dokument, speciellt vad gäller SSNIP-testet. Whish och Bailey skriver att ICN:s dokument kan ge riktlinjer som är trovärdiga källor gällande marknadsdefiniering och applicering av SSNIP-testet.⁵¹

1.5 Forskningsläge

Boken *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, författad av Olsson, redogör i sin första del för begreppet *relevant marknad* utifrån bland annat Marknadstillkännagivandet. I bokens andra del undersöker Olsson ett antal domar, i huvudsak från Marknadsdomstolen⁵², och drar i bokens tredje del vissa

⁴⁸ Whish och Bailey, 2018, s. 26–27.

⁴⁹ Exempel på detta är all litteratur utom boken *Economics* som finns i käll- och litteraturförteckningen under rubriken *Litteratur*.

⁵⁰ ICN, What is the ICN?

⁵¹ Whish och Bailey, 2018, s. 33.

⁵² Marknadsdomstolen heter sedan år 2016 Patent- och marknadsdomstolen.

slutsatser om SSNIP-testet. Bland annat dras slutsatser om testets begränsade omnämning i rättsfall.⁵³ Konkurrensverket finansierade Olssons forskningsprojekt med motiveringen att det bidrar till att öka kunskapen inom konkurrensområdet.⁵⁴ Den här studien har till stor del inspirerats av Olssons forskning.

Bernitz har dragit vissa slutsatser om SSNIP-testet i boken *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*. Slutsatserna dras huvudsakligen utifrån testets grundläggande funktionssätt, det vill säga inga referat till exempelvis rättsfall förekommer.⁵⁵ Mandrescu har skrivit dokumentet *The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies* där han bland annat beskriver SSNIP-testets bristande tillämplighet gällande dubbelsidiga/multisidiga plattformar. Dokumentet behandlar komplexa situationer som kan uppkomma vid SSNIP-testets tillämpning. Mandrescu gör en djupgående analys av dessa situationer och dokumentet kan, på grund av detta, anses vara i framkant gällande de situationer som diskuteras.⁵⁶ Whish och Bailey har skrivit boken *Competition law* som kan anses vara erkänd litteratur inom konkurrensrätt.⁵⁷ Exempelvis refererar både Bernitz och Olsson frekvent till boken.⁵⁸ Även i denna studie refereras till Whish och Baileys forskning om marknadsdefiniering och SSNIP-testet. ICN har genom sitt forskningsarbete utformat dokumentet *Recommended Practices for Merger Analysis* som innehåller generella riktlinjer för hur SSNIP-testet bör användas. I dokumentet ges även en beskrivning av testets brister.⁵⁹

Det finns mängder av doktrin, utöver den som nämnts ovan, som berör konkurrensrätt. En stor mängd av den doktrin som behandlar konkurrensrätt ägnar ofta ett eget kapitel åt att beskriva marknadsdefiniering. Det är i dessa kapitel som SSNIP-testet ofta nämns. Det som skrivs om testet och marknadsdefiniering i doktrinen är mestadels likartat. Det är därför inte av värde för den här studien att

⁵³ Olsson, 2009.

⁵⁴ Konkurrensverket, 2017, Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten – En studie av hur begreppet relevant marknad redovisas i domstolsprocessen med utgångspunkt i Marknadsdomstolens domar av Katarina Olsson.

⁵⁵ Bernitz, 2015.

⁵⁶ Mandrescu, *The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies*.

⁵⁷ Whish och Bailey, 2018.

⁵⁸ Bernitz, 2015; Olsson, 2009.

⁵⁹ ICN, *Recommended Practices for Merger Analysis*, 2018.

undersöka alla dessa källor. Urvalet har dels grundats på om någon slutsats har dragits berörande testet, dels om doktrinen kan anses vara standardlitteratur inom ämnet.

Forskning som analyserar och beskriver när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering, med underbyggande rättsfallsanalys baserad på praxis från EU-domstolen, är sällsynt eller existerar inte överhuvudtaget.

1.6 Disposition

I kapitel 2 beskrivs översiktligt vad begreppet ”relevant marknad” innebär och varför begreppet är relevant vid bedömning av konkurrensrättsliga tvister. Detta ger grundläggande men nödvändig bakgrund för att förstå när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg.

I kapitel 3 beskrivs SSNIP-testets funktionssätt mer djupgående. I kapitlet analyseras även ett antal rättsfall från EU-domstolen där SSNIP-testet har applicerats vid definiering av den relevanta marknaden. Analysen syftar till att uttolka när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering. Rättsfallsanalysen kompletteras till viss del av andra källor.

I kapitel 4 sammanställs och utvecklas slutsatserna från kapitel 3 om under vilka förutsättningar som SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering.

2. Marknadsdefiniering

2.1 Inledning

I föreliggande kapitel presenteras mer djupgående, än i inledningen, vad den relevanta marknaden är. Det är nödvändigt att förstå funktionen och relevansen av marknadsdefiniering på ett mer praktiskt plan för att i kapitel 3 förstå SSNIP-testets relevans vid definiering av den relevanta marknaden.

2.2 Marknadsdefinierings syfte och relevans

Syftet med att definiera den relevanta marknaden är att utreda inom vilka områden som de berörda företagen konkurrerar. När gränserna har definierats kan konkurrenslagstiftningen appliceras mer effektivt och korrekt.⁶⁰

Hur den relevanta marknaden definieras utifrån både relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad är ofta avgörande för konkurrensrättsliga tvister.⁶¹ I regel utreds först den relevanta produktmarknaden och sedan den relevanta geografiska marknaden.⁶² Detta beror på att den geografiska marknaden bedöms med bakgrund av var den relevanta produkten tillhandahålls.⁶³ Ofta står kommissionen inför ett val av flera möjliga relevanta marknader, där valet av marknad inte sällan avgör om åtgärden är konkurrensbegränsande. Om en eller fler produkter inkluderas genom en vidare marknadsdefiniering kan det leda till att en effektiv konkurrens bedöms vara intakt.⁶⁴ Att exempelvis definiera den relevanta geografiska marknaden till antingen en medlemsstat eller hela EES-området avgör ofta om ett företag har dominerande ställning eller inte.⁶⁵

⁶⁰ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 2.

⁶¹ Ibid., p. 2, 4.

⁶² Bernitz, 2015, s. 50f.

⁶³ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 8.

⁶⁴ Ibid., p. 26.

⁶⁵ Kommissionens avgörande Volvo/Scania COMP/M.1672, beslut 14 mars 2000, EGT 2001/L 143/74.

Det bör även uppmärksammas att det sällan går att definiera den relevanta marknaden precist eftersom gränserna för den relevanta marknaden sällan är exakta. De produkter som definieras vara inom den relevanta marknaden är sällan perfekta substitut. Produkter som definieras vara utom den relevanta marknaden kan, trots detta, utsätta produkten i fråga för visst konkurrenstryck och bör därav inte exkluderas helt från den övergripande konkurrensanalysen. I praktiken kan företag alltså möta konkurrenstryck från produkter oavsett om de är utom eller inom den relevanta marknaden.⁶⁶

2.3 Marknadsdefinieringens grunder

2.3.1 Bakgrund och praxis

Marknadsdefiniering förekommer ofta i praxis. Domarna om United Brands⁶⁷ och Continental Can⁶⁸ har sedan 1970-talet varit vägledande inom marknadsdefiniering. Hänvisningar till domarna sker flitigt än idag.⁶⁹ Nedan redogörs översiktligt för domarna.

Vid utredningen av huruvida United Brands hade en dominerande ställning på bananmarknaden drog EU-domstolen slutsatsen att en marknadsdefiniering måste göras med beaktande till dels produkten och dess utmärkande egenskaper, dels geografisk belägenhet för saluföring av produkten.⁷⁰ Om en enskild produkt ska kunna utgöra en egen relevant produktmarknad, måste dess utmärkande egenskaper vara sådana att produktens substituerbarhet endast kan ske i begränsad omfattning, så att konkurrensen som produkten utsätts för knappt är märkbar.⁷¹ Notera att utbytbart och graden av utbytbart är av stor vikt vid marknadsdefiniering.

Svårigheten med bedömning i rättsfallet om United Brands berörde även den temporära kvaliteten av marknaden. Det här rättsfallet handlar aktualiserade

⁶⁶ Whish och Bailey, 2018, s. 26.

⁶⁷ Mål 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities.

⁶⁸ Mål 6/72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities.

⁶⁹ Olsson, 2008, s. 56f.

⁷⁰ Mål 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities, p. 10, 11.

⁷¹ Ibid., p. 22.

problematiken med att konkurrens på marknaden kan variera mellan årstider. Ett företag kan vara utsatt för konkurrens en del av året och sedan vara helt eller delvis konkurrensbefriad resten av året. Marknaden för bananer var konkurrensutsatt på sommaren då det fanns mängder av annan frukt under den tiden på året. Därav hade United Brand inte någon marknadsmakt under sommaren, de hade dock marknadsmakt under resten av året.⁷²

I målet om Continental Can framhålls väsentligheten av marknadsdefiniering. Förklaringen är att möjligheten för konkurrens på marknaden måste bedömas mot bakgrund av den aktuella produktens *utmärkande egenskaper* som svarar mot kundernas behov.⁷³ Om dessa egenskaper begränsar utbytbarhetens utsträckning kan således inte effektiv konkurrens antas råda på marknaden. Notera att det även i detta mål läggs stor vikt vid utbytbarhet och graden av utbytbarhet vid marknadsdefiniering.

Det finns tre huvudtyper av konkurrensbegränsningar vilka är utbytbarhet på efterfrågesidan, utbytbarhet på utbudssidan och potentiell konkurrens.⁷⁴ Vid bedömning av produkters utbytbarhet på efterfrågesidan beaktas främst följande faktorer: pris, funktion, egenskaper, användning och om produktens egenskaper kan tillfredsställa användarens förväntningar på samma sätt som den jämförda produkten kan göra.⁷⁵ Både potentiell konkurrens och utbytbarhet på utbudssidan är mer komplext än utbytbarhet på efterfrågesidan då ytterligare faktorer än de ovan nämnda behöver beaktas.⁷⁶ Det bör även tydliggöras att det är bristen på utbytbarhet som är konkurrensbegränsande, en marknad med mångfald av bra substitut från olika leverantörer präglas sannolikt av effektiv konkurrens.

Vad dessa konkurrensbegränsande huvudtyper innebär beskrivs i följande tre avsnitt.

⁷² Whish och Bailey, 2018, s. 40f.

⁷³ Mål 6/72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, p. 32.

⁷⁴ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 13.

⁷⁵ Bernitz, 2015, s. 51.

⁷⁶ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 14.

2.3.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan

“...demand substitutability is the essence of market definition.”⁷⁷

Utbytbarhet på efterfrågesidan är i samband med definieringen av den relevanta marknaden den mest effektiva begränsningen av konkurrensen, specifikt vid prissättningsfrågor.⁷⁸ Med detta menas att om exempelvis ett företag sätter ett väldigt lågt pris kommer företaget att ta över kundkretsen inom den relevanta marknaden. Sådan underprissättning kan om företaget har dominerande ställning vara förbjuden genom FEUF artikel 102. Priskarteller är ett ytterligare exempel där företag som levererar substitutprodukter kommer överens om överprissättning, se FEUF artikel 101.1.

För att ett företag ska ha möjlighet att utöva marknadsstyrka, genom att exempelvis styra försäljningsvillkor såsom pris, krävs det att kunderna inte enkelt kan byta till en annan produkt (ett substitut). För att på ett korrekt sätt definiera den relevanta marknaden handlar det därför till stor del om att utreda efterfrågesidans möjlighet att i praktiken vända sig till substitut.⁷⁹ Har efterfrågesidan inte tillgång till något bra substitut, eller till någon annan leverantör som tillhandahåller produkten i fråga så bör marknaden vara monopoliserad.

Utbytbarhet på efterfrågesidan kan argumenteras vara den viktigaste konkurrensbegränsande huvudtypen att utreda. Konkurrensbegränsande åtgärder vidtas oftast eftersom det är ekonomiskt lönsamt för ett företag att försvaga konkurrensen på den relevanta marknaden. Med mindre konkurrens får ett företag mer marknadsstyrka och fler kunder, de kan erhålla möjligheten att manipulera priser och få ökad kundkretsen vilket genererar ökad vinst. Efterfrågesidan är antingen den parten som är slutkund eller en leverantör i mellanleden. Deras information om varför de köper produkten bör vara den viktigaste uppgiften vid korrekt identifiering av substitut. Exempelvis om en viss typ av diskmedel endast används av slutkunden för att tvätta fönster, är då produkten verkligen ett diskmedel? Substituten till denna produkt bör vara fönstertvättmedel, men detta kan endast identifieras vid analys av

⁷⁷ Whish och Bailey, 2018, s. 27.

⁷⁸ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 13.

⁷⁹ Ibid., p. 13.

efterfrågesidan. I exemplet är det enkelt att göra misstaget att anse att andra diskmedel som faktiskt används för sitt ändamål är substitut. Resultatet av det tankesättet är en inkorrekt marknadsdefiniering.

Efterfrågesidans preferenser kan med bakgrund av ovan ses som nyckeln till att identifiera korrekta substitut, som i sin tur lägger grunden för korrekt marknadsdefiniering, som i sin tur möjliggör identifiering av den faktiska konkurrensen.

2.3.3 Potentiell konkurrens

Generellt sett tas ingen hänsyn till potentiell konkurrens vid marknadsdefiniering. Detta beror på att särskilda faktorer⁸⁰ som är kopplade till inträdesvillkoren måste analyseras innan potentiell konkurrens beaktas. Om det under kommissionens utredning av en potentiellt konkurrensbegränsande åtgärd uppenbarar sig att det krävs en analys av dessa faktorer görs detta då.⁸¹ Det går att uttolka ur Marknadstillkännagivandet att analys av potentiell konkurrens mestadels är oväsentligt och att sådana utredningar således sällan görs.

2.3.4 Utbytbart på utbudssidan

“In some, albeit fairly narrow, circumstances supply substitutability may also be part of the market definition; however normally supply substitutability lies outside market definition and is an issue of potential competition.”⁸²

Utbytbart på utbudssidan innebär att andra företag kan bli en del av den relevanta marknaden genom att utan väsentliga risker eller tilläggskostnader börja leverera och marknadsföra produkten i fråga (eller substitut) på kort sikt (kravet på omedelbarhet).⁸³

Ett hypotetiskt fall där företag A producerar A4-papper och företag B producerar A3-papper analyseras för djupare förståelse. Företag A kan i exemplet inte sätta överpris på sin produkt då företag B utgör konkurrens genom utbytbart på

⁸⁰ I Marknadstillkännagivandet ges ingen beskrivning till vilka dessa faktorer är.

⁸¹ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 24.

⁸² Whish och Bailey, 2018, s. 27.

⁸³ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 20.

utbudssidan. Företag B kan nämligen utan väsentligt motstånd ställa om sin verksamhet till att producera A4-papper genom att klyva deras papper i mitten en gång till. De är dessutom redan etablerade på pappersmarknaden och behöver därav inte vidta några större investeringar i marknadsföring.⁸⁴

I exemplet ovan skulle kommissionen inte begränsa den relevanta produktmarknaden till en typ av papper eftersom företagen hade ansetts konkurrera.⁸⁵ Ibland tas dock ingen hänsyn till utbytbarhet på utbudssidan vid marknadsdefinieringen, exempelvis när ett företag säljer en märkesprodukt. Det beror på att det ofta krävs mycket resurser, speciellt tid och pengar, för att förvärva den kvalitetsstämpel som märkesprodukter ofta har, vilket ofta är en nödvändighet för att kunna konkurrera med produkten.⁸⁶

Utbytbarhet på utbudssidan kan likställas med utbytbarhet på efterfrågesidan om kravet på dess omedelbarhet och effektivitet uppfylls.⁸⁷ Utbytbarhet på utbudssidan hindrar ibland företag från att vidta konkurrensbegränsande åtgärder genom att utgöra konkurrenstryck.⁸⁸ Om det motsatsvis hade krävts tid, pengar och kravet på omedelbarhet inte är uppfyllt anses företaget istället endast utgöra potentiell konkurrens och tas således inte i hänsyn vid marknadsdefiniering. Utbytbarhet på utbudssidan likställs alltså antingen med utbytbarhet på efterfrågesidan eller potentiell konkurrens. Generellt sett är det endast när utbytbarhet på utbudssidan kan likställas med utbytbarhet på efterfrågesidan som det är relevant för marknadsdefiniering.

2.3.5 Sammanfattning av konkurrensbegränsande huvudtyper

Whish och Bailey sammanfattar de konkurrensbegränsande huvudtyperna på följande sätt: "...for the purpose of market definition, it is demand substitutability that is of the greatest significance; supply substitutability may be relevant to market definition in certain special circumstances, but normally this is a matter to be

⁸⁴ Se även exemplet Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 21–22.

⁸⁵ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 22.

⁸⁶ Ibid., p. 23.

⁸⁷ Ibid., p. 20.

⁸⁸ Ibid., p. 20.

examined when determining whether there is market power; potential competition in the market is always a matter of market power rather than market definition.”⁸⁹

2.4 Den relevanta produktmarknaden

Den relevanta produktmarknaden bestäms genom nyckelordet substituerbarhet. Detta innebär att den relevanta produktmarknaden ofta inte uttrycks genom vida definitioner.⁹⁰ Exempelvis kan den relevanta produktmarknaden inte definieras vara skor eftersom användningsområdet för balettskor och fotbollsskor ostridigt är olika, den kan inte heller definieras vara fotbollsskor med tanke på att inomhusfotbollsskor, grusfotbollsskor och gräsfotbollsskor ostridigt har olika användningsområden på grund av deras olika egenskaper och tilltänkta användning. Sedan kan en jämförelse göras mellan ett par dyra gräsfotbollsskor från ett märke med gott renommé och ett par billiga gräsfotbollsskor från ett, av allmänheten, okänt märke. Dessa skor kanske inte kan ses som substitut eftersom de attraherar olika kunder. De som köper billigare skor har kanske inte råd att köpa de dyra skorna och de som köper dyrare skor kanske inte vill köpa billigare skor på grund av att de fördrar högre kvalitet.⁹¹ Dessa produkter är således inte substitut och är därmed inte en del av samma relevanta produktmarknad. Begreppet substitut är därför den viktigaste faktorn vid bedömningen av om produkter utsätter varandra för konkurrenstryck.

Ett svårare exempel, för ett bredare perspektiv, är huruvida ett företag som säljer vegetariska hamburgare och ett företag som säljer nötköttshamburgare är en del av samma relevanta produktmarknad. I det fallet går det att argumentera för att det inte är samma produktmarknad eftersom vegetarianer endast hade köpt de vegetariska hamburgarna vilket gör att produkterna inte är substitut enligt vegetarianer. Vidare går det dock att argumentera för att de som inte är vegetarianer kan använda vegetariska hamburgare som substitut och därmed bör det vara samma relevanta produktmarknad.

⁸⁹ Whish och Bailey, 2018, s. 30; Se även Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 13.

⁹⁰ Bernitz, 2015, s. 50f.

⁹¹ Exemplet är inspirerat av Jörgen Hettne, docent och prefekt vid institutionen för handelsrätt samt föreståndare vid Centrum för Europaforskning, Ekonomihögskolan vid Lunds universitet.

Kopplingen till utbytbarhet, pris och egenskaper är onekligen grunden till att göra en korrekt definiering av den relevanta produktmarknaden. Detta förtydligas ytterligare i kommissionens Marknadstillkännagivande genom en definiering av den relevanta produktmarknadens omfattning. Kommissionens skriver följande:

En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av kunderna betraktas som utbytbara.⁹²

I HMG lyfts genom citatet nedan en viktig aspekt berörande definiering av den relevanta produktmarknaden.

Firms A and B, sellers of two leading brands of motorcycles, propose to merge. If Brand A motorcycle prices were to rise, some buyers would substitute to Brand B, and some others would substitute to cars. However, motorcycle buyers see Brand B motorcycles as much more similar to Brand A motorcycles than are cars. Far more cars are sold than motorcycles. Evaluating shares in a market that includes cars would greatly underestimate the competitive significance of Brand B motorcycles in constraining Brand A's prices and greatly overestimate the significance of cars.⁹³

Citatet ovan tydliggör relevansen av att ha ett helhetsperspektiv vid bedömningen av den relevanta produktmarknaden. Det går inte att enbart utgå från att motorcyklar är utbytbara mot bilar i begränsad utsträckning och därmed anse att de två produkterna är en del av samma relevanta produktmarknad. Citatet beskriver varför det är relevant att ta exempelvis bilindustrins stora omfattning i beaktande vid definiering av den relevanta produktmarknaden. Givetvis finns det ofta flera liknande aspekter som måste beaktas vid bedömningen. Det är alltså viktigt att göra snäva marknadsdefinieringar i vissa situationer.

2.5 Den relevanta geografiska marknaden

Omfattningen av den relevanta geografiska marknaden har definierats i kommissionens Marknadstillkännagivande på följande sätt:

Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är

⁹² Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 7.

⁹³ Horizontal Merger Guidelines, 2010, s. 8.

tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.⁹⁴

Geografisk marknadsdefiniering görs huvudsakligen genom att utreda var den relevanta produkten i fråga tillhandahålls. Några faktorer som särskilt tas i hänsyn vid definieringen är distributionsmöjligheter, transportkostnader och kundernas möjlighet att nå andra leverantörer.⁹⁵ Notera den sistnämnda faktorns starka koppling till avsnitt 2.4.1 om utbytbarhet på efterfrågesidan.

Somliga produkter kan med enkelhet distribueras över hela EU eller hela världen, medan andra produkter endast kan distribueras över ett litet geografiskt område på grund av tekniska, rättsliga eller praktiska anledningar.⁹⁶

I ett hypotetiskt fall säljer företag A mat på ett torg. Maten är varm och kan i regel inte transporteras utan att bli kall, företaget tillhandahåller därför ingen transporttjänst för maten av praktiska skäl. I exemplet kan den relevanta geografiska marknaden argumenteras vara endast det specifika torget. Företag B som är beläget på ett annat torg säljer en substitutprodukt och börjar distribuera denna på Företag A:s torg genom transport. Priset på företag B:s produkter är mycket högre på grund av transportkostnader och kan därför inte anses vara en del av den relevanta geografiska marknaden. Konkurrensvillkoren mellan företagen är inte tillräckligt likartade i exemplet på grund av distributionsmöjligheter och priset (transportkostnaderna).

Kommissionen analyserar om det finns ytterligare information om utbytbarhet på efterfrågesidan som bör tas i hänsyn vid marknadsdefiniering. Exempel på detta kan vara om kunderna har preferenser berörande om produkten är lokalt eller nationellt producerad, om det finns några mönster som går att utläsa ur efterfrågesidans köphistorik och om det förekommer differentiering mellan produkterna på marknaden. Det finns ingenting som hindrar att den relevanta geografiska marknaden kan definieras vara hela världen.⁹⁷

⁹⁴ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 8.

⁹⁵ Bernitz, 2015, s. 52.

⁹⁶ Whish och Bailey, 2018, s. 38.

⁹⁷ Ibid., s. 39.

Kommissionen använder grovt uppskattade uppgifter för analys av parterna och dess konkurrenters marknadsandelar. En analys görs även berörande aktuella priser på produkten i fråga inom EU, EES-området och på nationell nivå. Med bakgrund av detta har kommissionen en ram för att mer precist definiera den relevanta geografiska marknaden.⁹⁸ Priset är återigen av stor relevans vid marknadsdefiniering.

Sammanfattningsvis har den relevanta geografiska marknaden stark koppling till produkten i frågas praktiska substituerbarhet genom kunders möjlighet att nå andra leverantörer. Konkurrensvillkoren måste vara likartade mellan företagen med särskild vikt på pris (ex. transportkostnader) och distributionsmöjligheterna av produkten.

⁹⁸ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 28.

3. SSNIP-testet som verktyg vid marknadsdefiniering

3.1 Inledning

Kommissionen kan använda flertalet olika bevismetoder för att underbygga dess marknadsdefinieringar. En sådan bevismetod bygger exempelvis på om det funnits en historisk händelse i form av en prisökning eller en så kallad *chock*⁹⁹. En extern chock kan exempelvis vara att det i ett land är ovanligt lite regn ett år vilket gör att odling av äpplen går ovanligt dåligt. I ett sådant fall minskar utbudet av äpplen på marknaden, samtidigt som efterfrågan av äpplen troligtvis är konstant (eftersom att det regnar lite ett år inte sannolikt påverkar efterfrågan av äpplen). I ett sådant fall kanske det noterades att det köptes mer äpplen från andra länder under denna period. Då går det att dra slutsatsen att dessa produkter uppfattas som substitut och bör vara en del av samma relevanta marknad. Motsvarande slutsats går att dra om det finns en historisk prisökning av äpplen från ett land vilket leder till att kunder köper äpplen från ett annat land eller att de istället köper päron.¹⁰⁰

Det finns dock inte alltid historisk data som grund för bevisning. Då krävs det andra verktyg för bevisning som kan användas utan krav på historisk data. SSNIP-testet är ett exempel på ett sådant verktyg då det kan användas både kvantitativt med användning av data och som ett *tankeexperiment*¹⁰¹ som kan underbyggas med annan argumentation.¹⁰² I praktiken finns det ofta inte tillräckligt med data för att tillämpa SSNIP-testet kvantitativt. Trots detta kan testets funktionssätt, i de flesta fall, användas för att insamla och analysera information som är värdefull bevisning vid marknadsdefiniering.¹⁰³

⁹⁹ Detta är ett begrepp för en händelse som skiftar utbudskurvan eller efterfrågakurvan inom ekonomi.

¹⁰⁰ Whish och Bailey, 2018, s. 34.

¹⁰¹ Kommissionen kallar testet för ”tankeexperimentet”, se Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 15.

¹⁰² Olsson, 2009, s. 95.

¹⁰³ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 5f.

I detta kapitel redogörs mer ingripande för vad SSNIP-testet är genom att förklara dess funktionssätt. Detta görs huvudsakligen med Marknadstillkännagivandet, HMG och ICN:s riktlinjer om horisontella företagskoncentration som källor. Kapitlet svarar även till frågeställningarna om när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering vilket främst görs i ljuset av rättspraxis från EU-domstolen.

Det bör poängteras att det är en skillnad mellan SSNIP-testets funktionssätt och när det inte är ett adekvat verktyg av andra anledningar. Att exempelvis använda testet utom konkurrensrätten står direkt i strid med testets funktionssätt. Därför är det inte relevant att dra slutsatsen att SSNIP-testet inte är ett adekvat verktyg utom konkurrensrätten. Mot bakgrund av detta förklaras SSNIP-testet mer ingående och sedan förklaras testets begränsningar inom områden när testet, trots med viss vetenskapen om dess funktionssätt, kan misstagas vara ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering.

3.2 SSNIP-testets funktionssätt

SSNIP-testet bygger på ekonomisk teori om korspriselasticitet. Korspriselasticitet mäter hur efterfrågan på en produkt förändras när en jämförd produkts pris förändras. Detta är mycket användbart vid marknadsdefiniering eftersom det ger information om de jämförda produkterna är substitut och till vilken grad de substitueras som svar på en förändring i priset. Om exempelvis efterfrågan på den ena produkten ökar som svar på en prisökning av den andra produkten är dessa produkter substitut. Exempelvis, när priset ökar på äpplen ökar efterfrågan på päron.¹⁰⁴

Att SSNIP-testet tillämpas kvantitativt innebär att adekvat data för det aktuella fallet används för att beräkna korspriselasticitet mellan produkter. Testets resultat blir, vid sådan tillämpning, en siffra som indikerar hur nära substitut de jämförda produkterna är, eller att de inte är substitut överhuvudtaget. Är de jämförda produkterna tillräckligt likartade substitut enligt testet, bör de vara del av samma

¹⁰⁴ Whish och Bailey, 2018, s. 34.

relevanta marknad. Motsatsen innebär att de inte bör vara del av samma relevanta marknad.¹⁰⁵ Nedan följer den grundläggande matematiska formeln för korspriselasticitet som ligger till grund för SSNIP-testets utformning.

$$\epsilon_{x_{A,B}} = \frac{\partial Q_A}{\partial P_B} \times \frac{P_B}{Q_A}$$

Enligt formeln ovan utreder korspriselasticitet påverkan på efterfrågad kvantitet av vara A, givet en prisförändring av vara B. Formelns olika variabler är följande: ϵ_x är korspriselasticitet, Q_A är efterfrågad kvantitet av vara A och P_B är priset på vara B. Vad som menas med $\frac{\partial Q_A}{\partial P_B}$ är derivatan av Q_A med avseende på P_B . Om priset på vara B ökas med 5–10 %, i linje med SSNIP-testet, så går det att med hjälp av data om efterfrågad kvantitet på vara A att beräkna korspriselasticiteten. Korspriselasticitet avseende uppskattning av hur nära substitut två jämförda produkter är blir alltid ett positivt svar mellan noll och ett. Om prisökningen på vara B gör att en stor andel av kunderna istället köper vara A ger det ett svar nära siffran ett. Motsatsvis, om prisökningen på vara B gör att en liten andel av kunderna istället köper vara A ger det ett svar nära siffran 0.¹⁰⁶

Testet är alltså inriktat mot faktorerna pris och kvantitet. Det handlar om att uppskatta hur kunder reagerar på en hypotetisk prisförändring av produkten i fråga.¹⁰⁷ Om en prisökning med 5–10 % gör att kunder väljer ett substitut eller en leverantör som är annanstans geografiskt belägen leder det till att företaget som undersöks inte lönsamt kan göra denna prisändring på grund av förlorad försäljning. Då är även dessa marknader att räkna till den relevanta marknaden. Om det motsatsvis hade varit lönsamt för företaget att göra den här prisökningen för att kunderna inte väljer substitutprodukter, och inte väljer andra leverantörer belägna på andra geografiska platser definieras den relevanta marknaden snävare.¹⁰⁸

¹⁰⁵ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 6; Whish och Bailey, 2018, s. 34.

¹⁰⁶ Parkin, Powell och Matthews, 2003, s. 87.

¹⁰⁷ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 15.

¹⁰⁸ Ibid., p. 17.

Det är dock ovanligt att testet kan användas kvantitativt och istället används det i form av ett tankeexperiment. På liknande sätt, fast utan användning av formeln, uppskattas om kunder hade valt en annan produkt i stället för produkten i fråga, givet att produkten i fråga ökade i pris med 5–10 %. Vid sådan tillämpning underbyggs argumentationen med mer traditionell bevisning, som exempelvis marknadsundersökningar. Om tankeexperimentet, med dess underbyggande argument, bevisar att en tillräckligt stor andel av kunderna byter till att köpa den jämförda produkten att det inte är lönsamt för företaget att höja priset med 5–10 %, indikerar det att den jämförda produkten är ett substitut som bör inkorporeras i den relevanta marknaden. Motsatsen leder till att de inte bör vara del av samma relevanta marknad.¹⁰⁹

När SSNIP-testet används i form av ett tankeexperiment kan de underbyggande marknadsundersökningarna gå till på följande sätt. Kommissionen kontaktar kunder och konkurrenter till företaget i fråga för att be dessa att svara hur de hade agerat om företaget i fråga gjorde en SSNIP. Detta görs regelbundet och det bör poängteras att kunder inte alltid förstår innebörden av frågan, och när de förstår frågan har de möjligheten manipulera marknadsundersökningens resultat genom att ge falska svar om deras agerande på grund av deras egna intresse i den aktuella bedömningen. Av dessa anledningar bör SSNIP-testet i första hand baseras på kvantitativ data snarare än dessa marknadsundersökningar.¹¹⁰

Om världen bestod av oändligt med data hade SSNIP-testet således kunnat appliceras på ett vetenskapstroget sätt, utan dessa potentiella feltermen. Idag finns oftast inte denna data tillgänglig men den relevanta marknaden måste trots detta definieras.¹¹¹

ICN beskriver SSNIP-testet som ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering vid horisontella företagskoncentrationer.¹¹²

¹⁰⁹ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 6; Whish och Bailey, 2018, s. 34.

¹¹⁰ Whish och Bailey, 2018, s. 34.

¹¹¹ Ibid., s. 33

¹¹² ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 5.

Under this test, agencies generally identify the relevant market as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold for which a hypothetical, profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of the product(s) in that area, would impose at least a “small but significant and nontransitory increase in price” (commonly referred to as a “SSNIP”), assuming the terms of sale for all other products remain constant.¹¹³

Notera att de övriga produkternas försäljningsvillkor måste hållas konstanta för att SSNIP-testet ska vara ett adekvat verktyg. Om exempelvis alla jämförda produkters pris stiger med 5–10 % bör ingen större skillnad uppenbara sig i hur efterfrågesidan agerar.

Innan SSNIP-testet appliceras vid marknadsdefiniering bör identifiering göras av en produkt eller en grupp av produkter där en hypotetisk monopolist möjligen kan göra en SSNIP lönsamt, under förutsättningen att övriga förhållanden är konstanta.¹¹⁴ För att finna de korrekta produkterna för testets applicering bör fokus läggas vid vad som uppfattas som substitut av efterfrågesidan.¹¹⁵ Vid identifiering av en grupp av produkter upprepas testet för samtliga av dessa, bedömda att vara, möjliga substitut tills den relevanta marknaden går att definiera.¹¹⁶

ICN beskriver processen för definiering av den relevanta produktmarknaden på följande vis. En enskild marknad är ofta en del av många olika produktmarknader. Därför bör SSNIP-testet appliceras på en delmarknad för varje produkt som företagen (exempelvis parterna i en företagskoncentration) producerar och säljer. Om en hypotetisk monopolist, som äger företagen som är parter i koncentrationen, inte lönsamt kan göra en prisökning för att dess kunder väljer substitut från andra leverantörer är just denna delmarknad, åtminstone inte ensam, den relevanta produktmarknaden. Vid ett sådant fall ska det näst bästa substitutet läggas till och sedan appliceras testet igen för den numera utökade produktgruppen. På detta vis fortsätter analysen tills en hypotetisk monopolist som äger företagen lönsamt kan implementera en SSNIP, då är definieringen av den relevanta produktmarknaden

¹¹³ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 5.

¹¹⁴ Ibid., s. 7.

¹¹⁵ Ibid., s. 7.

¹¹⁶ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 18.

klar. Det beror på att definitionen som väljs, generellt sätt, är den då det krävs minst antal produkter för att testet ska uppfyllas. I praktiken saknas oftast tillräckligt med data för att utfärda processen som beskrivits ovan. Ofta kan dock testets funktionssätt användas som ett metodiskt verktyg för att samla in och analysera bevis som är relevanta vid marknadsdefinieringen.¹¹⁷

Kunder till en leverantör kan variera i dels deras möjlighet, dels deras vilja att byta till andra produkter eller leverantörer på annan geografisk belägenhet när leverantören i fråga gör en SSNIP. Om en hypotetisk monopolist skulle höja priset olika mycket för olika kundgrupper bör separata bedömningar göras av utbytbarhet på efterfrågesidan för varje enskild grupp genom separat applicering av SSNIP-testet för varje enskild kundgrupp.¹¹⁸

HMG ger tydliga och praktiska exempel på hur SSNIP-testet i praktiken kan appliceras vid horisontella företagskoncentrationer.

Products A and B are being tested as a candidate market. Each sells for \$100, has an incremental cost of \$60, and sells 1200 units. For every dollar increase in the price of Product A, for any given price of Product B, Product A loses twenty units of sales to products outside the candidate market and ten units of sales to Product B, and likewise for Product B. Under these conditions, economic analysis shows that a hypothetical profit-maximizing monopolist controlling Products A and B would raise both of their prices by ten percent, to \$110. Therefore, Products A and B satisfy the hypothetical monopolist test using a five percent SSNIP, and indeed for any SSNIP size up to ten percent. This is true even though two-thirds of the sales lost by one product when it raises its price are diverted to products outside the relevant market.¹¹⁹

HMG beskriver genom citatet ovan att SSNIP-testet analyserar med beaktande till kvantitet (antal sålda enheter i exemplet) och pris på marknaden om en hypotetisk monopolist som kontrollerar de båda företagen hade kunnat höja priset utan väsentlig olägenhet. Med ”utan väsentlig olägenhet” menas att kunderna delvis väljer produkter från andra aktörer men att den hypotetiska monopolisten, ur ett ekonomiskt perspektiv, fortfarande tjänar på att höja priset med 5–10 %. Om monopolisten tjänar på att göra prisökningen är SSNIP-testet uppfyllt.

¹¹⁷ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 7.

¹¹⁸ Ibid., s. 10.

¹¹⁹ Horizontal Merger Guidelines, 2010, s. 9.

Följande citat från HMG är en extension av exemplet som gavs i citatet ovan.

In Example 5, suppose that half of the unit sales lost by Product A when it raises its price are diverted to Product C, which also has a price of \$100, while one-third are diverted to Product B. Product C is a closer substitute for Product A than is Product B. Thus Product C will normally be included in the relevant market, even though Products A and B together satisfy the hypothetical monopolist test.¹²⁰

Genom HMG beskrivs att det ibland inte är tillräckligt att enbart uppfylla SSNIP-testet för att kunna definiera den relevanta marknaden. Testet bör göras för alla de produkter som kan misstänkas vara substitut. Om det finns ytterligare produkter (exempelvis produkt C från citatet), som är ett bättre substitut till produkt A än vad produkt B är ur kundens perspektiv, bör även dessa produkter ingå i den relevanta marknaden.

Vanligtvis används den så kallade ”smallest market principle” för att identifiera den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden. Det innebär att den minsta möjliga marknadsdefinitionen som uppfyller testet är den som används. Det förekommer dock undantag för när det inte är lämpligt att följa denna princip. Ett sådant exempel är vid horisontella överlappningar av marknader eftersom en snävt definierad marknad vid sådana fall tenderar att missa denna information.¹²¹

Sammanfattningsvis analyserar SSNIP-testet huruvida en ökning av en produkts pris med 5–10 % är ekonomiskt gynnsamt för parterna eller parten som levererar produkten, trots att kunderna väljer en substitutprodukt eller en produkt från ett annat företag som befinner sig på en annan geografisk plats. Resultatet av testet ger uppgifter om potentiella substitut som kan vara en del av den relevanta produktmarknaden. Resultatet ger även uppgifter om andra potentiella leverantörer som kunderna vänder sig till vilket bidrar till definieringen av den relevanta geografiska marknaden.

¹²⁰ Horizontal Merger Guidelines, 2010, s. 9.

¹²¹ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, 2018, s. 6.

3.3 Under vilka förutsättningar är SSNIP-testet ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden?

SSNIP-testet kan, enligt föregående kapitel, vara ett adekvat verktyg både vid definiering av den relevanta geografiska marknaden och vid definiering av den relevanta produktmarknaden. I Marknadstillkännagivandet beskrivs SSNIP-testet som en metod som ger "...tydliga indikationer på vilka uppgifter som är relevanta för att definiera marknader"¹²².

Följande rättsfall belyser när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg.

France Telecom España SA (nedan kallat *France Telecom*) framförde ett klagomål till kommissionen angående att *Telefónica SA:s* (nedan kallad *Telefónica*) dotterbolag *Telefónica de España SAU* (nedan kallad *Telefónica de España*) (tillsammans kallade klagandena) tog ut för höga priser för rättigheterna att använda deras bredbandsnät av sina konkurrenter i jämförelse med hur låga priser de erbjöd till slutkunderna för sina egna produkter. Enligt klagomålet gjorde prisskillnaden att det var omöjligt att konkurrera om kunderna.¹²³ Klagandena menade alltså att antingen borde bredbandstillträdet vara billigare för konkurrenterna eller så borde *Telefónica* ha tillämpat högre priser för sin produkt till slutkunden för att marknaden ska präglas av konkurrens.

Kommissionen fastställde i deras avgörande att de tre relevanta produktmarknaderna som förekom var bredbandsmarknaden till slutkund och två separata bredbandsmarknader till konkurrenter.¹²⁴ Den relevanta geografiska marknaden ansågs vara Spanien för alla de relevanta produktmarknaderna.¹²⁵ Kommissionen gjorde bedömningen att *Telefónica* hade dominerande ställning på alla nämnda marknader.¹²⁶

¹²² Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 15.

¹²³ Mål T-336/07, *Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission*, p. 3.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 16.

Kommissionen fann att *Telefónica* har tagit för höga priser för bredbandstillträde av konkurrenter och således missbrukat sin dominerande ställning på marknaden. De höga priserna marginalpressade konkurrenterna genom att *Telefónica* tog, jämförelsevis, låga priser av slutkunder för produkten i fråga.¹²⁷

Generaladvokat Wathelet gjorde bedömningen att de invändningar som framfördes av kommissionen med flera mot klagandenas grund skulle bifallas av tre anledningar. En av dessa anledningar var att klagandena hävdade att tribunalen inte hade tagit hänsyn till att kommissionen hade missanvänt SSNIP-testet på ett sådant sätt att marknadsdefinitionen inte överensstämde med kommissionens Marknadstillkännagivande (specifikt punkt 5). Klagandena menade att "... marknadsdefinitionen kräver att det görs en empirisk studie grundad på en marknadsanalys eller en ekonometrisk analys och slutligen att SSNIP-testet borde tillämpas inom en konkret tidsram."¹²⁸

Kommissionen applicerade SSNIP-testet på kort sikt. Klagandena menade att tribunalen felaktigt har accepterat detta. Klagandena hävdade att SSNIP-testet måste appliceras inom en konkret tidsram vilket tribunalen bortsåg från.¹²⁹

EUD bedömde, dels mot bakgrund av att klagandenas argument ifrågasatte tribunalens bedömning av tvistens faktiska omständigheter, dels mot bakgrund av vad generaladvokaten sagt, att klagandens grund ska avvisas.¹³⁰

Slutsatsen som kan dras är att SSNIP-testet kan appliceras på kort sikt i vissa fall, om detta krävs av sammanhanget. Precis som klagandena hävdar ska testet, åtminstone i regel, appliceras över en längre tid (non-transitory). I Marknadstillkännagivandet punkt 15 och 17 beskrivs SSNIP-testet som en *varaktig förändring av de relativa priserna*, vilket egentligen indikerar att testet inte bör appliceras på kort sikt.¹³¹

¹²⁷ Mål T-336/07, *Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission*, p. 17.

¹²⁸ Mål C-295/12 P, *Opinion of Advocate General Wathelet*, p. 12.

¹²⁹ Mål C-295/12 P, *Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission*, p. 87.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 89–90.

¹³¹ *Jämför Marknadstillkännagivandet*, 1997, p. 15 och 17.

Följande rättsfall belyser ytterligare när SSNIP-testet är ett adekvat verktyg.

Deutsche Börse AG (nedan kallad sökanden) och *NYSE Euronext Inc.* är parterna för koncentrationen i målet. De är båda företag som är verksamma inom finanssektorn.¹³² Sökanden hävdade i målet att kommissionen hade definierat den relevanta marknaden felaktigt. Sökanden förtydligade med att produkterna (ETD:er och OTC-derivat) är del av samma relevanta marknad och att kommissionen missbedömde att dessa inte är substitut.¹³³

Sökanden menade att kommissionens marknadsdefiniering felaktigt byggde på att personer som enbart handlar med ETD:er osannolikt skulle byta till att handla med OTC-derivat som svar på en ökning med 5–10 % av de totala kostnaderna för handel med ETD:er. Tribunalen menade att sökanden oriktigt hävdade att kommissionen felaktigt baserade sin analys på om kunderna skulle byta till andra derivat eller leverantörer som svar på en ökning med 5–10 % av de *totala kostnaderna* för valutahandel, när de enligt sökanden istället borde ha undersökt en SSNIP som betingade växelavgiften.¹³⁴

Tribunalen menade att i kommissionens avgörande bekräftade den utfärdade marknadsundersökningen genom att näringsidkare i allmänhet beaktar de totala kostnaderna för handel vid val av produkt. SSNIP-testet syftar till att undersöka kundernas reaktion mot bakgrund av en höjning av priset på produkten i fråga. Tribunalen avslög därför sökandens grund med argumentationen att enbart utgå från en priskomponent (växelavgiften) som sökanden föreslår är irrelevant eftersom kunderna inte kan separera de olika priskomponenterna från varandra. Dessutom antyder ingenting i kommissionens Marknadstillkännagivande att SSNIP-testet inte bör appliceras på den *totala kostnaden*. Av detta följer att kommissionen tillämpat SSNIP-testet på ett adekvat vis när de undersökte en SSNIP som betingade den totala kostnaden och inte enbart växelavgiften som sökanden förespråkar.¹³⁵

¹³² Mål T-175/12, *Deutsche Börse AG v European Commission*, p. 1.

¹³³ *Ibid.*, p. 71.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 84.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 84.

Slutsatsen som går att dra av detta är att SSNIP-testet ska appliceras på det pris som kunderna huvudsakligen utgår från när de väljer mellan produkter, detta är generellt sätt den totala kostnaden för produkten.

Följande rättsfall stärker denna slutsats.

KPN BV (nedan kallad sökanden) tillhandahåller bland annat tv-tjänster, de bedriver exempelvis kanalen Fox Sports. *Vodafone Libertel BV* (nedan kallat *Vodafone*) tillhandahåller bland annat tv-tjänster via sökandens distributionsnät. *Liberty Global Europe Holding BV* (nedan kallat *Liberty Global*) bedriver bland annat kanalen Ziggo Sport Totaal, *Liberty Global* tillhandahåller även andra produkter via *Vodafones* nät.¹³⁶

Vodafone och *Liberty Global* lämnade in en anmälan om startandet av ett gemensamt företag där båda parterna skulle äga lika delar och överföra sin affärsverksamhet till. Bedömningen gjordes att företagskoncentrationen inte var förenlig med den inre marknaden.¹³⁷

Sökandens första grund byggde på att kommissionen har gjort en felaktig marknadsdefiniering. De menar att betal-TV-kanalerna Ziggo Sport Totaal och Fox Sports inte är substitut på grund av att de inte har samma sportutbud. Sökanden hävdade att dessa kanaler ska ses som komplement snarare än konkurrenter.¹³⁸ Sökanden hävdade även att priset på kanalerna skiljer sig vilket ytterligare stärker argumentationen om att kanalerna inte är substitut.¹³⁹ Sökanden menade att denna argumentation bör leda till att kanalerna utgör separata marknader.¹⁴⁰

Tribunalen erinrade om följande berörande den första grunden: ”...en adekvat definition av den relevanta marknaden är ett nödvändigt villkor som måste vara uppfyllt innan en anmäld företagskoncentrations inverkan på konkurrensen bedöms med tillämpning av bestämmelserna om kontroll av anmälda

¹³⁶ Mål T-370/17, *KPN BV v European Commission*, p. 1-3.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 4, 7.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 41-44.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 51, 55.

koncentrationer...”¹⁴¹. Tribunalen menade att enligt fast rättspraxis har kommissionen möjlighet att till viss del göra *skönsmässiga bedömningar* specifikt vad gäller ekonomiska bedömningar.¹⁴² Tribunalen menade att de inte fullt ut kunde pröva marknadsdefinieringen som kommissionen gjort eftersom den behandlade komplicerad ekonomisk bedömning.¹⁴³ Den del som tribunalen dock kunde pröva var huruvida kommissionens tolkning av de ekonomiska uppgifterna var riktig.¹⁴⁴

Tribunalen dömde mot bakgrund av punkt 15 och 17 i Marknadstilkännagivandet.¹⁴⁵ Punkt 15 stadgar att ”...bedömningen av huruvida efterfrågan är utbytbar föranleder en bestämning av vilka produkter som kunderna uppfattar som utbytbara.”¹⁴⁶ Punkt 17 stadgar att frågan som måste besvaras är ”...huruvida det skulle vara enkelt för parternas kunder att gå över till lättillgängliga substitutvaror eller till leverantörer någon annanstans om det skedde en liten (5–10 procent), men varaktig, ökning av de relativa priserna på de produkter och i de områden som undersöks.”¹⁴⁷ Tribunalen klargjorde att de relevanta faktorerna för bedömningen av utbytbarhet är produktens pris, egenskaper och tilltänkta användning, dessa faktorer ska framförallt ses i ljuset av kundernas perspektiv.¹⁴⁸

Vidare menade tribunalen att prisskillnaden mellan kanalerna inte uteslöt att kanalerna uppfattas som substitut av kunderna. Även om prisskillnader kan indikera att produkter inte är substitut är det hur kunden sannolikt reagerar på en relativ prisökning som i huvudsak är relevant vid bedömning.¹⁴⁹ Sökanden demonstrerade en gällande men obestämd prisskillnad mellan kanalerna vilket inte visade hur kunderna sannolikt skulle reagera som svar på en SSNIP av produkten i fråga. Prisskillnaden var inte ett tillräckligt argument för att bevisa att kanalerna inte var substitut.¹⁵⁰

¹⁴¹ Mål T-370/17, KPN BV v European Commission, p. 57.

¹⁴² Ibid., p. 58.

¹⁴³ Ibid., p. 59.

¹⁴⁴ Ibid., p. 60.

¹⁴⁵ Ibid., p. 62-64.

¹⁴⁶ Ibid., p. 62.

¹⁴⁷ Ibid., p. 63.

¹⁴⁸ Ibid., p. 68.

¹⁴⁹ Ibid., p. 76.

¹⁵⁰ Ibid., p. 77.

Slutsatsen som går att dra är att SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid utredning av hur kunder sannolikt reagerar som svar på en SSNIP. Det är inte relevant att undersöka en gällande och obestämd prisskillnad mellan två produkter utan att ta hänsyn till efterfrågesidans sannolika reaktion. SSNIP-testet måste alltså tillämpas på de aktuella priserna trots eventuella prisskillnader mellan produkterna i fråga. SSNIP-testet är alltså inte applicerbart på enbart en prisskillnad, en prisökning av produkten med 5–10 % måste ändå göras.

3.4 Under vilka förutsättningar är SSNIP-testet inte ett adekvat verktyg vid definiering av den relevanta marknaden?

3.4.1 Övergripande förutsättningar

Inom vissa områden finns det inte tillräckligt med prisdata om substitution och i dessa fall kan inte kvantitativ bevisning framtas. I dessa situationer bör det istället föredras att uppskatta hur en SSNIP sannolikt bör påverka efterfrågesidan i ljuset av produkten i frågas faktiska egenskaper eller dess avsedda användning. Ibland kan dock SSNIP-testet inte appliceras överhuvudtaget. Det beror på att testet inte är ett adekvat verktyg vid applicering på en produkt som inte ännu har lanserats eftersom det inte finns någon data för att utföra SSNIP-testet kvantitativt. Det går inte heller att utföra testet som ett tankeexperiment eftersom det inte finns någon information om utbytbarhet på efterfrågesidan innan produkten har lanserats. Den enda faktorn som går att utgå från är den avsedda användningen hos kunden. Det är dock ingen försäkran om hur produktens faktiska användning av kunderna kommer bli efter lansering, och därav är det en sämre grund för att identifiera substitut, vilket i sin tur kan leda till en sämre marknadsdefiniering.¹⁵¹

Slutsatserna som går att dra av ovan är enligt följande. När en produkt ännu inte har lanserats är SSNIP-testet ibland inte ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering eftersom det inte finns någon information om substituerbarheten på efterfrågesidan. Utan den informationen går det sannolikt inte att uppskatta hur kunderna skulle

¹⁵¹ Whish och Bailey, 2018, s. 35.

reagera som svar till en SSNIP. Det finns inte heller adekvata och trovärdiga data om produkten för att applicera testet kvantitativt.

På vissa marknader är SSNIP-testet inte ett adekvat verktyg för prissättningen då marknaden är svåröverskådlig. Ett exempel på detta är marknaden för mobiltelefonabonnemang. I det specifika exemplet är marknaden svåröverskådlig eftersom den starkt präglas av varierande erbjudanden som är svåra att jämföra med varandra.¹⁵² För det första beror det på SSNIP-testets starka koppling till utbytbarhet på efterfrågesidan. När det kommer till kraftigt varierande erbjudanden har kunder ofta vitt skilda preferenser som gör det svårt att avgöra hur de sannolikt hade reagerat som svar på en SSNIP. För det andra beror det på SSNIP-testets starka koppling till pris. Om ett mobilabonnemang har ett högre pris men ingen bindningstid, kan det då anses vara ett substitut till ett mobilabonnemang med mycket lägre pris med krav på 24 månaders bindningstid?

På ett liknande sätt är SSNIP-testet svårt att applicera om olika leverantörers produkter inom ett område inte är enhetliga. Att jämföra råvaror från olika leverantörer är därav mycket enklare, även standardprodukter som exempelvis kabel förenklar applicering av testet.¹⁵³ Problemet med bristande enhetlighet uppenbarar sig vid jämförelse av de två mobilabonnemang som nämndes ovan. Dessa två produkter är inte enhetliga då de skiljer sig från varandra genom bindningstiden. Det skulle även kunna vara så att ett mobilabonnemang inkluderar att kunden får en telefon genom abonnemanget. Det skulle göra att dessa produkterna är ännu mindre enhetliga och desto svårare att applicera testet på.

3.4.2 Mycket priselastisk efterfrågesida

Whish och Bailey tolkar punkt 25 i Marknadstillkännagivandet. De kom fram till att ett test som fungerar bra inom ett område behöver inte fungera inom ett annat. Exempelvis utbytbarhet på efterfrågesidan gällande jämförelse mellan olika alkoholdrycker bör utgå från andra kriterier än analys av flygbolags köp av olika flygplan. De menar även att eftersom SSNIP-testet görs utifrån kriterierna pris och

¹⁵² Bernitz, 2015, s. 52.

¹⁵³ Ibid.

kvantitet bör testet inte vara ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering om efterfrågesidan är mycket priselastiska.¹⁵⁴

I följande rättsfall uppmärksammas det här problemet.

Colin Arthur Roberts och *Valerie Ann Roberts* (tillsammans kallade *Roberts*) bedriver en pub som ägs av bryggeriet *Greene King*. Som hyresgäst till *Greene King* är de förpliktade att köpa bryggeriets öl enligt hyresavtalet. *Roberts* har inför nationell domstol gjort gällande att denna förpliktelse strider mot FEUF artikel 101.1 om konkurrensbegränsande avtal.¹⁵⁵

Twisten nådde kommissionen som avslog *Roberts* klagomål eftersom avtalet som *Greene King* har utformat inte kan omfattas av FEUF artikel 101 enligt *Roberts* yrkande.¹⁵⁶ Kommissionen har i deras beslut särskilt grundat marknadsdefinieringen på punkt 16 i domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89 *Delimitis*. Detta ledde till att den relevanta marknaden för produkten i fråga definierades enligt följande: "...försäljning av öl till serveringsställen med utskänkningstillstånd¹⁵⁷." [författarens infogande av fotnot].

Roberts hävdade att pubar och klubbar inte kan räknas till samma relevanta marknad eftersom priset på öl var 17–18 % lägre på klubbar. De menade att dessa två plattformar för ölkonsumtion inte är substituerbara ur ett efterfrågeperspektiv. Som ytterligare argument åberopar *Roberts* punkt 17 från Marknadstillkännagivandet som beskriver SSNIP-testet.¹⁵⁸

Roberts utvecklade deras argument med följande påstående. Om pubar och klubbar var del av samma relevanta marknad, så borde pubarnas högre ölpriser (17–18 %

¹⁵⁴ Whish och Bailey, s. 33.

¹⁵⁵ Mål T-25/99, *Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities*, p. 5-6.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁷ "I Förenade kungariket får alkoholdrycker som är avsedda att konsumeras på stället endast säljas på serveringsställen med utskänkningstillstånd. Det finns för närvarande tre typer av utskänkningstillstånd..." - Mål T-25/99, *Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities*, p. 1.

¹⁵⁸ Mål T-25/99, *Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities*, p. 20.

högre) gjort att konsumtionen av öl ökar på klubbar jämfört med pubar. En sådan förändring i konsumtion hade dock inte skett. Därför bör pubar och klubbar vara två skilda produktmarknader mot bakgrund av SSNIP-testets funktionssätt enligt *Roberts*.¹⁵⁹

Tribunalen menade att enbart på grunden att kunder skiljer mellan olika serveringsställen, kan klubbar och pubar inte anses vara olika marknader. Med tanke på att båda serveringsställena har gemener, enligt både kunderna och bryggerierna, gjordes bedömningen att dessa ska ses som en gemensam marknad. Kunderna köper öl på båda serveringsställena, förenat med en tjänst i form av servering och en lokal för konsumtion av ölen, därför ses serveringsställena som substitut. Att kunderna uppfattar serveringsställena som substitut har därför ingen direkt koppling till prisskillnaden. Bryggerierna har liknande distribution till dessa serveringsställen och tillämpar ett högre pris i jämförelse med detaljhandelspriset, vilket gör att även bryggerierna uppfattar serveringsställena som substitut.¹⁶⁰

SSNIP-testet var därför inte applicerbart på det sätt som *Roberts* föreslår då testet endast beaktar utbytbarhet på efterfrågesidan ur prisskillnadsperspektivet. I *Delimitis-domen*¹⁶¹ klargjordes att kundernas val av ölkonsumtion på serveringsställen inte styrs av ekonomiska faktorer såsom pris. Kommissionen har, till bakgrund av *Delimitis-domen*, hävdad att det är stämning och miljö som huvudsakligen styr kunderna, detta gäller även vid val av olika pubar som underkategori till den definierade relevanta marknaden. Tribunalen ansåg därför att kommissionen har gjort en korrekt definiering av den relevanta marknaden.¹⁶²

När kundernas val grundar sig på andra faktorer (exempelvis stämning och miljö) än prisskillnader är SSNIP-testet inte ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering. Tillämpning av SSNIP-testet hade endast blivit missvisande i ett sådant fall på grund av att kundernas val inte hade påverkats av att företaget implementerar en

¹⁵⁹ Mål T-25/99, Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities, p. 21.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹⁶¹ Mål C-234/89, Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG, p. 16.

¹⁶² Mål T-25/99, Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities, p. 40.

SSNIP. Naturligt har alla kunder olika preferenser och en andel av kunderna är sannolikt mindre priselastiska än andra. Det handlar således om att testet inte är adekvat när en tillräckligt stor andel av kunderna är mycket priselastiska på grund av att de prefererar andra faktorer före ett lägre pris.

Diskussionen om huruvida SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering när efterfrågesidan är mycket priselastisk diskuterades även i följande rättsfall gällande läkemedelssektorn.

AstraZeneca plc är ett holdingbolag etablerat i London. De är även moderbolag till *AstraZeneca AB* vars verksamhet är forskning och utveckling samt marknadsföring och produktion, tillsammans kallas de båda parterna för sökandena. AstraZeneca-koncernen utvecklar, producerar och säljer produkter inom läkemedelssektorn. En av dess mer framträdande varumärken lyder under namnet Losec och består av ett antal omeprazolbaserade produkter.¹⁶³

Generics (UK) Ltd och *Scandinavian Pharmaceuticals Generics AB* (nedan kallade klagandena) framförde ett klagomål till kommissionen om att AstraZeneca-koncernen (nedan kallade sökandena) syftade till att hämma konkurrensen på marknaden genom att hindra klagandena från att införa versioner av omeprazol.¹⁶⁴

Kommissionen avgjorde att sökandena har missbrukat sin dominerande ställning genom två av deras ageranden. Det första agerandet avsåg att sökandena hade lämnat diverse vilseledande uppgifter till patentmyndigheter. Det andra agerandet avsåg att sökandena hade uppmanat till upphävning av försäljningstillstånd gällande en av deras produkter i samband med lanseringen av en ny produkt med liknande eller samma funktion.¹⁶⁵

I kommissionens avgörande definierade de den relevanta produktmarknaden som enbart protonpumpshämmare, inom denna kategorin räknas Losec-produkterna in. De menade att histaminreceptorantagonisterna (nedan kallade H₂-blockerare) inte

¹⁶³ Mål T-321/05, *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission*, p. 1-2.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 7-9.

utsatte protonpumpshämmare för konkurrens med beaktande till läkemedelssektorns särdrag.¹⁶⁶

Sökandena menade att denna marknadsdefiniering är inkorrekt eftersom kommissionen felaktigt har bedömt relevansen av att den ökande användningen av protonpumpshämmare har minskat användningen av H2-blockerare.¹⁶⁷ Sökandena hävdade att protonpumpshämmares ökade försäljning på bekostnad av H2-blockerare innebar att dessa skulle ses som substitut då de två produkterna uppenbart utsatte varandra för konkurrenstryck.¹⁶⁸ Som svar förklarade tribunalen SSNIP-testets funktionssätt med Marknadstillkännagivandet som källa.¹⁶⁹ Till bakgrund av testet menade tribunalen att den gradvisa ökningen av försäljning på bekostnad av en annan produkt inte var tillräcklig bevisning för att produkterna skulle anses vara substitut.¹⁷⁰ Det går inte att likställa SSNIP-testet med ökad försäljningskvantitet av en produkt på bekostnad av en annan produkts försäljningskvantitet.¹⁷¹ Tribunalen menade att trots att testet är av ekonomisk karaktär är det tillämpligt på läkemedelssektorn då sektorns olika särdrag, som att läkarna och patienterna är kraftigt priselastiska, inte är av betydelse för om testet är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering.¹⁷²

För adekvat användning av SSNIP-testet ska testet appliceras i vanlig ordning genom en hypotetisk prisökning av produkten i fråga (i detta fall protonpumpshämmare) för analys av huruvida kunderna då i tillräckligt stor utsträckning hade valt att köpa den jämförda produkten istället förutsatt att övriga förhållanden hölls konstanta. SSNIP-testet är alltså applicerbart på läkemedelsområdet, enligt tribunalens hänvisning till testet, med argumentationen att utbytbarhet på efterfrågesidan är det viktiga att undersöka. Om patienter och läkare är priselastiska innebär det alltså att de kommer köpa den produkten de föredrar även vid en prisökning, att kunderna är priselastiska innebär således inte

¹⁶⁶ Mål T-321/05, AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission, p. 28.

¹⁶⁷ Ibid., p. 29.

¹⁶⁸ Ibid., p. 85.

¹⁶⁹ Ibid., p. 87.

¹⁷⁰ Ibid., p. 89-90.

¹⁷¹ Ibid., p. 89-90.

¹⁷² Ibid., p. 91.

att företaget i fråga har mindre marknadsstyrka utan snarare mer. De kan höja priserna utan någon vidare förlust i försäljning då kunderna föredrar deras produkt. SSNIP-testet är alltså ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering inom läkemedelsområdet men på grund av att efterfrågesidan är mycket priselastiska definieras ofta den relevanta marknaden snävt. Huruvida detta är rättvist kan diskuteras. Det som dock bör erinras om är att det inte är förbjudet att ha stora marknadsandelar, och det påverkar därav inte företaget att marknadsdefinieringen är snäv förutsatt att de inte utövar marknadsstyrka (exempelvis missbrukar sin dominerande ställning som var situationen i rättsfallet). Det går således att anta att alla områden där efterfrågesidan är mycket priselastisk inte påverkar om SSNIP-testet är ett adekvat verktyg, ett sådant exempel är just läkemedelssektorn.

Den här slutsatsen bekräftades av tribunalen i ett annat rättsfall när de yttrade följande (notera referensen till rättsfallet om AstraZeneca):

Av rättspraxis följer även att de särdrag som präglar konkurrensmekanismerna inom läkemedelssektorn inte förtar relevansen av pridfaktorer vid bedömningen av konkurrensstrycket, även om dessa faktorer måste uppskattas i sitt sammanhang (dom av den 1 juli 2010, AstraZeneca/kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, punkt 183).¹⁷³

3.4.3 The Cellophane Fallacy

I de flesta fall används de rådande marknadspriserna som utgångspunkt vid applicering av SSNIP-testet. Det finns dock undantag när detta är mindre lämpligt. När det förekommer indikationer om att priserna redan har överstigit nivån för konkurrenspriser, övervägs ofta att använda estimerade priser som ämnar att återspegla nivån för konkurrenspriser istället.¹⁷⁴

I Marknadstillkännagivandet uppmärksammas detta problem på följande vis:

I allmänhet, och särskilt när det gäller bedömningen av koncentrationsärenden, är det rådande marknadspriset som skall beaktas. Om det rådande priset emellertid har fastställts på en marknad utan tillräcklig konkurrens är det möjligt att det inte kan användas. Särskilt när det gäller

¹⁷³ Mål T-691/14, Servier SAS and Others v European Commission, p. 1386.

¹⁷⁴ ICN, Recommended Practices for Merger Analysis, s. 6.

undersökningar av missbruk av dominerande ställning, beaktas det faktum att det rådande priset redan kan ha ökat väsentligt.¹⁷⁵

SSNIP-testet är alltså ibland inte ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering om priserna på marknaden fastställts utan *tillräcklig konkurrens*¹⁷⁶. Specifikt vid utredning i mål som berör missbruk av dominerande ställning bör extra försiktighet vidtas vid testets applicering. Om priserna höjs ytterligare genom en SSNIP kan det leda till att kunderna byter till andra produkter som de inte hade gjort om företaget inte redan hade fastställt priset utan tillräcklig konkurrens.¹⁷⁷

Om exempelvis ett företag tar monopolistpriser som är 20 % högre än konkurrenspriset görs det troligtvis med vetskapen om att detta är det lönsammaste priset för företaget. Om en SSNIP implementeras på produkten kommer den totala prisökningen över konkurrenspriset vara 26–32 % (det vill säga en ökning med 5–10 % på ett pris som redan ökat med 20 %). Men priset hade redan ökat till en, för företaget, vinstmaximerande nivå. Applicering av SSNIP-testet undersöker om en prisökning med 5–10 % av produkten i fråga gör det olönsamt för företaget då deras produkt substitueras. SSNIP-testet ger ett falskt resultat om det utgår från ett pris som var 26–32 % över konkurrenspris istället för 5–10 %. De substitut som framgick av testet är troligtvis inte substitut som ska vara en del av den relevanta marknaden. Problemet med *Cellophane Fallacy* är alltså att den relevanta marknaden ofta blir för brett definierad genom att inkludera inkorrekta substitut.

Det finns även en risk att så kallad *reverse Cellophane Fallacy* gör att SSNIP-testet inte är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering. Detta förekommer när SSNIP-testet appliceras på en produkt vars pris är orimligt lågt. Det här kan förekomma exempelvis om ett företag sänker sitt pris för att eliminera konkurrens på marknaden genom att alla kunder väljer deras produkt och de andra företagen går i konkurs, detta kalla *predatory pricing*. Problemet som uppstår vid *reverse Cellophane Fallacy* är att den relevanta marknaden istället definieras för snävt, vilket gör att företaget i fråga får en för stor marknadsandel. Det beror på att

¹⁷⁵ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 19.

¹⁷⁶ Vad "tillräcklig konkurrens" innebär förklaras inte i Marknadstillkännagivandet.

¹⁷⁷ Whish och Bailey, 2018, s. 31.

kunderna inte vill byta produkt även om priset ökas med 5–10 % eftersom priset var så pass lågt innan prisökningen. Det leder till att inga substitut identifieras.¹⁷⁸

I målet om *Topps Europe Ltd* (nedan kallade sökanden) kommenterade tribunalen på området *Cellophane Fallacy*. Sökanden hävdade i målet att kommissionen hade gjort en felaktig definiering av den relevanta marknaden. De menade att den relevanta nedströmsmarknaden i första hand borde varit VM-samlarföremål som säljs till barn mellan sex och fjorton år, och i andra hand Euro-samlarföremål som säljs till barn i samma ålder. De hävdade även att den relevanta uppströmsmarknaden borde definieras vara de immaterialrättigheterna som krävs för att få producera de nämnda samlarföremålen.¹⁷⁹

Kommissionen uppmärksammade i deras avgörande att det förekom en frånvarande skyldighet att utfärda ett SSNIP-test.¹⁸⁰ Sökanden menade dock att ett SSNIP-test borde ha utfärdats med argumentationen att företaget Panini kunde sätta priset för sina VM- och Euro-samlarföremål på en prisnivå som var 20–50 % högre än priset för övriga av deras samlarföremål. Sökanden menade även att Panini lönsamt kunde höja priset avsevärt mer än detta. Det innebär, enligt sökanden, att dessa VM- och Eurosamlingar inte kan ersättas av andra samlingsföremål, alltså att det inte finns några substitut till dessa samlingsföremål. Att kommissionen inte har beaktade denna ekonomiska information är därav felaktigt enligt sökanden.¹⁸¹ Tribunalen poängterade att kommissionen har utrymme för viss skönsmässig bedömning vid marknadsdefiniering, speciellt när det handlar om komplex ekonomisk bevisning.¹⁸²

Tribunalen konstaterade, angående sökandens argument om att kommissionen borde ha genomfört ett SSNIP-test, att även om denna typ av ekonomiskt test är en erkänd metod för marknadsdefiniering, är det inte den enda metod som kommissionen har tillgång till. Kommissionen kan istället använda andra verktyg

¹⁷⁸ Whish och Bailey, 2018, s. 32.

¹⁷⁹ Mål T-699/14, *Topps Europe Ltd v European Commission*, p. 74.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 78.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 79.

¹⁸² *Ibid.*, p. 80.

för att definiera den relevanta marknaden, till exempel marknadsundersökningar. SSNIP-testet är dessutom inte alltid ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering, till exempel vad gäller *Cellophane Fallacy*, det vill säga en situation där det berörda företaget redan innehar ett virtuellt monopol och marknadspriserna redan överskrider priserna för en marknad som präglas av effektiv konkurrens. Vidare menade tribunalen att det i Marknadstillkännagivandet under punkt 25 stadgas att kommissionen inte följer en fastställd hierarki för olika informationskällor och bevismetoder. Mot bakgrund av ovan gjorde tribunalen gällande att det inte kan göras gällande att kommissionen definierat den relevanta marknaden inkorrekt för att SSNIP-testet inte har använts.¹⁸³

Slutligen uppmärksammade tribunalen att det faktum att ett antal kunder inte ändrar deras efterfrågan, trots en höjning av priset på produkterna i fråga, inte i sig betyder att produkterna inte är substitut. Vad som istället är relevant är huruvida andelen kunder som byter till ett substitut efter prisökningen på produkten i fråga är tillräckligt stor så att det inte är lönsamt att implementera prisökningen. Det är tillräckligt om ett betydande antal barn beslutar att byta från VM- eller Eurosamplingsföremål till ett annat samlingsföremål efter en liten men permanent höjning av de relativa priserna på samlingsföremålen i fråga, för att alla dessa samlingsföremål ska definieras vara en del av samma relevanta produktmarknad. Detta gäller oavsett om vissa barn aldrig kommer att betrakta de olika samlingsföremålen som substituerbara.¹⁸⁴

Slutsatserna som kan dras mot bakgrund av rättsfallet är enligt följande. Det finns situationer då SSNIP-testet inte är ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering. Ett sådant fall är exempelvis *Cellophane Fallacy*. För att SSNIP-testet ska vara ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering bör testet alltså utgå från konkurrenspriset (det vill säga det priset som är gällande vid normala konkurrensförhållanden) för adekvat tillämpning av SSNIP-testet. Övriga störningar och missvisande omständigheter som kan påverka testets resultat måste således undanröjas innan testets applicering för att undvika att marknadsdefinieringen blir för snäv eller för

¹⁸³ Mål T-699/14, *Topps Europe Ltd v European Commission*, p. 82.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 91.

bred. Att estimeras vad konkurrenspriset, för en specifik bedömning, bör vara är med största sannolikhet svårt. Det finns ingen information om hur denna uppskattning bör göras.

3.4.4 Dubbelsidiga plattformar

Med dubbelsidiga plattformar menas en situation när två kundgrupper interagerar med varandra via en gemensam plattform och värdet av att sammansluta beror på gruppernas förväntningar på nätverkets storlek. Ibland kan det även röra sig om fler än två plattformar, detta kallas multisidiga plattformar.¹⁸⁵ Exempel på detta är Blocket, valutaväxlingsföretag, Youtube och Airbnb företagens kunder både tillhandahåller produkterna och köper produkterna, ett sådant företag är helt beroende av att det finns ett stort nätverk av kunder på både försäljningsplattformen och köparplattformen.

SSNIP-testet kan inte effektivt appliceras endast på en av plattformarna när det gäller dubbelsidiga eller multisidiga plattformar vid marknadsdefiniering. Det beror på att en prisökning på den ena sidan av plattformen gör att efterfrågan sjunker på den andra sidan av plattformen vilket inte skulle vara lönsamt för företaget. Om testet alltså enbart appliceras på ena sidan skulle inte de begränsande effekterna som efterfrågesidan har på prisökningen omfattas av testet vilket resulterar i att marknadsdefinieringen blir för snäv.¹⁸⁶ Trots detta går det att med smärre modifieringar av testet att tillämpa det ändå vilket har bevisats i ett antal rättsfall.¹⁸⁷

Mandrescu skrev att för att SSNIP-testet ska vara ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering för den här typen av plattformar (ofta online-plattformar) krävs det att flertalet materiella och praktiska problem överkoms. Dubbelsidiga och multisidiga plattformar utmanar SSNIP-testets tillämplighet genom att marknadsdefinieringen ofta resulterar i fler än en marknad. När så är fallet måste testets tillämpning beakta två faktorer vid bedömningen av lönsamheten för en teoretisk prisökning. Först måste beaktning göras avseende de indirekta

¹⁸⁵ Roundtable on Market Definition, s. 7, not 28.

¹⁸⁶ Ibid., p. 26.

¹⁸⁷ Ibid., p. 27.

nätverkseffekterna mellan marknaderna. Sedan måste beaktning göras till efterfrågesidans ömsesidiga beroende av dels varandra, dels online-plattformen.¹⁸⁸

I de fall marknadsdefinitionen avser en produkt som tillhandahålls utan monetär avgift går det inte att använda SSNIP-testet på det sätt som det fungerar idag. Det beror på att avsaknaden av ett pris förhindrar dess tillämpning både som ett kvantitativt verktyg såväl som tankeexperiment. En prisökning i relativa termer går inte att applicera på en produkt utan pris. För att övervinna problemet bör SSNIP-testet, enligt Mandrescu, ändras till ett icke-priscentrerat test.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Mandrescu, *The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies*, s. 257.

¹⁸⁹ *Ibid.*

4. Sammanfattning och slutsatser

4.1 Inledning

I detta kapitel presenteras och sammanfattas slutsatserna från kapitel 3. Rättsfallen är studiens starkaste källor och det är dessa som slutsatserna, i huvudsak, baseras på. Dessa kompletteras till viss del av vad som står i doktrinen om ämnet. Det bör även poängteras att SSNIP-testet i huvudsak är ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering när det används i linje med dess grundläggande funktionssätt. Det finns dock undantag för när testet inte kan användas på grund av yttre omständigheter, eller när vissa modifikationer av testet måste göras innan dess applicering. En beskrivning av några sådana situationer ges i det här kapitlet. Beskrivningen som ges om när SSNIP-testet är, och inte är, ett adekvat verktyg är dock inte uttömmande. Det ska läsas i ljuset av vilka rättsfall som diskuterats i uppsatsen. Det finns fortfarande mängder av obesvarade frågor inom ämnet där det ännu inte finns rättsfall som besvarar dessa frågor. Det kan även förekomma att alla rättsfall som är relevanta för ämnet inte har diskuterats i denna studie. Det beror på problematiken med sökning av rättsfall på det här området som beskrivs mer djupgående i avsnitt *1.4 Metod och material*.

4.2 Slutsatser

SSNIP-testet kan appliceras på kort sikt i vissa fall.¹⁹⁰ I Marknadstillkännagivandet punkt 15 och 17 beskrivs SSNIP-testet som en *varaktig förändring av de relativa priserna*, vilket egentligen indikerar att testet inte bör appliceras på kort sikt.¹⁹¹ Att testet, trots detta, kan appliceras på kort sikt indikerar att modifikationer av testet är tillåtet om det krävs av sammanhanget, i alla fall vad gäller modifiering av tidsperiodens storlek som testet avser att undersöka.

¹⁹⁰ Mål T-336/07, Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission; Mål C-295/12 P, Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European.

¹⁹¹ Jämför Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 15 och 17.

SSNIP-testet ska appliceras på det pris som kunderna huvudsakligen utgår från när de väljer mellan produkter, detta är generellt sätt det totala handelspriset.¹⁹² SSNIP-testet är ett adekvat verktyg vid utredning av hur kunder sannolikt reagerar svar på en SSNIP. Testet måste alltså tillämpas på de rådande priserna trots eventuella prisskillnader mellan produkterna i fråga.¹⁹³

Det finns dock undantag då SSNIP-testet inte kan appliceras på det rådande priset för att vara ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering. Ett sådant fall är exempelvis *Cellophane Fallacy*, när priserna för produkten i fråga redan har höjts över nivån för konkurrenspriset. För att SSNIP-testet ska vara ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering bör testet alltså utgå från konkurrenspriset (det vill säga det priset som är gällande vid normala konkurrensförhållanden) för adekvat tillämpning av SSNIP-testet. Övriga störningar och missvisande omständigheter som kan påverka testets resultat måste således undanröjas innan testets applicering för att undvika att marknadsdefiniering blir för snäv eller för bred.¹⁹⁴ Mot bakgrund av ovan går det att anta att testet kan modifieras för att vara ett adekvat verktyg under fler förutsättningar än vad som följer av dess grundläggande funktionssätt.

Whish och Bailey menar att eftersom SSNIP-testet görs utifrån faktorerna pris och kvantitet bör testet inte vara ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering om kunderna är mycket priselastiska.¹⁹⁵ När kundernas val av produkt grundar sig på andra faktorer än pris, exempelvis stämning och miljö, är SSNIP-testet inte ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering. Tillämpning av SSNIP-testet hade endast blivit missvisande i ett sådant fall på grund av att kundernas val inte hade påverkats av att företaget implementerar en SSNIP. Naturligt har alla kunder olika preferenser och en andel av kunderna är sannolikt mindre priselastiska än andra. Det handlar således om att testet inte är adekvat när en tillräckligt stor andel av kunderna är mycket priselastiska på grund av att de prefererar andra faktorer före ett lägre pris.¹⁹⁶

¹⁹² Mål T-175/12, Deutsche Börse AG v European Commission.

¹⁹³ Mål T-370/17, KPN BV v European Commission.

¹⁹⁴ Mål T-699/14 Topps Europe Ltd v European Commission.

¹⁹⁵ Whish och Bailey, 2018, s. 33.

¹⁹⁶ Mål T-25/99, Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities.

SSNIP-testet är applicerbart på läkemedelsområdet. Patienter och läkare är ofta mycket priselastiska vilket innebär att de köper den produkten de föredrar även vid en liten prisökning med 5–10 %. Att efterfrågesidan är priselastisk innebär att företaget i fråga har mer marknadsmakt. Företaget kan höja priserna utan någon väsentlig förlust i försäljningskvantitet. SSNIP-testet är alltså ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering inom läkemedelsområdet men på grund av att kunderna är mycket priselastiska definieras ofta den relevanta marknaden snävt. Det går således att anta att alla områden där kunder är mycket priselastiska inte påverkar om SSNIP-testet är ett adekvat verktyg.¹⁹⁷ Hur en domstol avgör vilka områden som SSNIP-testet är ett adekvat verktyg inom trots en vidsträckt och stor priselasticitet hos kunderna är oklart. Det här kan ses som ett problem med SSNIP-testet ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Varför EU-domstolen har bortsett från stor priselasticitet inom vissa sektorer som läkemedelssektorn, men inte andra områden som serveringsställen av öl finns det inget uttalat svar på. Som Whish och Bailey skrev, och som tribunalen meddelade i målet om Roberts så gör priselasticiteten att testet blir missvisande. Det kan bero på att läkemedelsmarknaden har vissa särdrag i form av receptbelagda läkemedel etcetera, vilket begränsar kundernas frihet i val av produkt. Medan kunderna av exempelvis öl på olika serveringsställen har mycket större frihet att välja var de ska konsumera. Priselasticitet med eller utan frihet att välja produkt kan således vara det avgörande faktorn för att vågskålen antingen ska tippa mot att SSNIP-testet är ett adekvat verktyg eller inte när kunderna är mycket priselastiska. Priselasticitet på efterfrågesidan kan alltså finnas av olika anledningar. Att göra denna distinktion mellan olika anledningar till att efterfrågesidan är priselastisk kan vara rimligt med tanke på att juridik bör sträva mot att vara så nära verkligheten som möjligt. Frågan är dock vilka andra sektorer, där efterfrågesidan är mycket priselastisk, som kan omfattas av SSNIP-testet. Ett uttalande från EU-domstolen, om exakt vad som är den avgörande faktorn för att vågskålen ska tippa, skulle delvis öka rättssäkerheten för de sektorer som präglas av en mycket priselastisk efterfrågesida.

¹⁹⁷ Mål T-321/05, AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission; Mål T-691/14, Servier SAS and Others v European Commission.

På vissa marknader är SSNIP-testet inte ett adekvat verktyg för prissättningen på marknaden är svåröverskådlig. Svåröverskådligheten kan exempelvis bero på att marknaden präglas av kraftigt varierande erbjudanden som är svåra att jämföra med varandra.¹⁹⁸ När det kommer till kraftigt varierande erbjudanden har kunder ofta vitt skilda preferenser som gör det svårt att avgöra hur de sannolikt hade reagerat som svar på en SSNIP.

På ett liknande sätt är SSNIP-testet svårt att applicera om olika leverantörers produkter inom ett område inte är enhetliga och därmed svåra att jämföra. Testet är oftare ett adekvat verktyg vid analysering av produkter som råvaror och standardprodukter som exempelvis kabel på grund av att dessa produkter är enhetliga.¹⁹⁹ Problemet med bristande enhetlighet uppenbarar sig vid jämförelse av de två mobilabonnemang som nämndes ovan. Dessa två produkter är inte enhetliga då de skiljer sig från varandra genom bindningstiden. Det skulle även kunna vara så att ett mobilabonnemang inkluderar att kunden får en telefon genom abonnemanget. Det skulle göra att dessa produkterna är ännu mindre enhetliga och desto svårare att applicera testet på. Vilket beror på att kundernas preferenser blir svåra att uppskatta i en sådan situation. Produkter som inte är enhetliga kan likväl vara substitut helt beroende av efterfrågesidans preferenser.

När en produkt ännu inte har lanserats är SSNIP-testet ibland inte ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering eftersom det troligtvis inte finns någon information om substituerbarheten på utbudssidan. Utan informationen går det sannolikt inte att uppskatta hur kunderna skulle reagera som svar till en SSNIP. Det finns inte heller adekvata och trovärdiga data om produkten för att applicera testet kvantitativt.²⁰⁰

SSNIP-testet kan inte effektivt appliceras endast på en av plattformarna när det gäller dubbelsidiga eller multisidiga plattformar vid marknadsdefiniering. Det beror på att en prisökning på den ena sidan av plattformen gör att efterfrågan sjunker på den andra sidan av plattformen, detta skulle inte vara lönsamt för företaget. Om

¹⁹⁸ Bernitz, 2015, s. 52.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Whish och Bailey, 2018, s. 35.

testet alltså enbart appliceras på ena sidan skulle inte de begränsande effekterna som efterfrågesidan har på prisökningen omfattas av testet vilket resulterar i att marknadsdefinieringen blir för snäv.²⁰¹ Trots detta går det att med smärre modifieringar av testet att tillämpa det ändå vilket framgår i ett antal avgöranden från kommissionen.²⁰²

Mandrescu skrev, för att SSNIP-testet ska vara ett adekvat verktyg vid marknadsdefiniering för den här typen av plattformar (ofta online-plattformar) krävs det att flertalet materiella och praktiska problem överkoms. Dubbelsidiga och multisidiga plattformar utmanar SSNIP-testets tillämplighet genom att marknadsdefinieringen ofta resulterar i fler än en marknad. När så är fallet måste testets tillämpning beakta två faktorer vid bedömningen av lönsamheten för en teoretisk prisökning. Först måste beaktning göras avseende de indirekta nätverkseffekterna mellan marknaderna. Sedan måste beaktning göras till efterfrågesidans ömsesidiga beroende av dels varandra, dels online-plattformen.²⁰³

I de fall marknadsdefinitionen avser en produkt som tillhandahålls utan monetär avgift går det inte att använda SSNIP-testet på det sätt som det fungerar idag. Det beror på att avsaknaden av ett pris förhindrar dess tillämpning både som ett kvantitativt verktyg såväl som tankeexperiment. En prisökning i relativa termer går inte att applicera på en produkt utan pris. För att övervinna problemet bör SSNIP-testet, enligt Mandrescu, ändras till ett icke-priscentrerat test.²⁰⁴

4.3 Avslutande kommentar

Risken med ekonomiska test är att tappa praktisk förståelse för näringslivet.²⁰⁵ Det beror på att ekonomiska modeller och teorier bygger på antaganden som ibland inte stämmer överens med verkligheten.²⁰⁶ Det är således inte rimligt att låta verktyg som SSNIP-testet självständigt avgöra den relevanta marknaden, en avvägning måste således göras. Det går att argumentera för att desto fler uppgifter som tas i

²⁰¹ Roundtable on Market Definition, s. 7, p. 26.

²⁰² Ibid., p. 27.

²⁰³ Mandrescu, The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies, s. 257.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Olsson, 2009, s. 285.

²⁰⁶ Ibid., s. 44.

beaktande vid marknadsdefiniering, desto bättre grund för en rättsligt korrekt bedömning. Förlitan till enbart SSNIP-testets resultat utan vidare analys av marknaden eller testets felmarginaler är alltså inte ett bra tillvägagångssätt.

Test som SSNIP-testet kan, trots vad som sagts ovan, belysa många tvister vid korrekt tillämpning. Testet har bevisats både kunna ge klarhet och vara vilseledande vid bedömning. På samma sätt som det inte rekommenderas att använda en hammare för att mäta en bräda, ska verktyg som SSNIP-testet användas för dess ämnade tillämpningsområde. Med detta till grund bör SSNIP-testet användas i linje med dess funktionssätt, när det är ett adekvat verktyg och efter applicering bör en juridisk tolkning av testets resultat göras.

Det är viktigt att kunna identifiera den relevanta marknaden på ett konsekvent och objektivet sätt för att skapa rättssäkerhet inom konkurrensrätten. Ett företag bör kunna avgöra sin marknadsandel på egen hand för att förebygga att de överträder de konkurrensrättsliga reglerna. Rättssäkerhet bör värnas om, därför är förutsägbarhet vid marknadsdefiniering något som bör eftersträvas.

Användning av ekonomiska tester som SSNIP-testet kan öka rättssäkerheten inom konkurrensrätten. Företag har möjligheten att själva använda testet för att åtminstone få en uppfattning av vad den relevanta marknaden i deras fall är. Om SSNIP-testet används mer frekvent kan det dessutom vara enklare att prognostisera domstolens bedömning av konkurrensrättsliga tvister. Speciellt vid kvantitativ användning av testet, det är dock ovanligt att det är möjligt att använda SSNIP-testet kvantitativt eftersom det ofta saknas tillräcklig och adekvat data för detta. Ofta kan dock testets funktionssätt användas i viss mån som ett metodiskt verktyg för att samla in och analysera bevis som är relevant vid marknadsdefinieringen.

”Kommissionen är öppen för empiriskt belagda uppgifter och strävar efter att använda all tillgänglig information som kan vara relevant i ett enskilt ärende på ett effektivt sätt.”²⁰⁷

²⁰⁷ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 25.

I Marknadstillkännagivandet är kommissionen tydlig med att de inte rangordnar olika källor eller informationsvärde vid definiering av den relevanta marknaden.²⁰⁸ Om en rangordning funnits hade det inneburit att definiering hade skett mer stegvis genom att börja utreda den högst rangordnade källan/informationen. I realiteten, utan rangordning, kan det därför inte förväntas att samma typer av metoder, uppgifter och källor används på ett systematiskt sätt vid definiering av den relevanta marknaden. Det görs snarare en anpassad utredning för marknadsdefinieringen i fråga.

Informationen om SSNIP-testets funktionssätt och när testet är och inte är ett adekvat verktyg för marknadsdefiniering är mycket otillräcklig i de flesta källor, inte minst i Marknadstillkännagivandet. Det är ett svårt ämne som det inte finns en klar systematik inom, och enligt min uppfattning kommer det aldrig helt att gå att systematisera detta ämne. Jag uppfattar att kommissionen vill behålla möjligheten att göra skönsmässiga bedömningar, mycket på grund av att det gör ökat utrymme att bedöma korrekt i varje enskild situation.

²⁰⁸ Marknadstillkännagivandet, 1997, p. 25.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT nr C 372 9.12.1997, s. 5 (cit. Marknadstillkännagivandet).

Litteratur

Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, upplaga 4:1, Stockholm, Norstedts Juridik, 2015.

Olsson Katarina, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, Lund, Författaren och Juristförlaget i Lund, 2009.

Parkin Michael, Powell Melanie och Matthews Kent, *Economics*, 5th edition, Italy, Addison-Wesley Publishing Company Inc., 2003.

Whish Richard och David Bailey, *Competition Law*, 9th edition, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Internetkällor

Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010. Tillgängligt på:

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

(senast besökt 2019-11-25).

Pågående/avslutade forskningsprojekt, Konkurrensverket, 2017.

<http://www.konkurrensverket.se/forskning/pagaendeavslutade-forskningsprojekt/#tjugohundranio>

(Senast besökt 2020-01-08)

Recommended Practices for Merger Analysis, International Competition Network, 2018. Tillgängligt på:

https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RPsforMergerAnalysis.pdf

(Senast besökt 2020-01-05)

Roundtable on Market Definition. DAF/COMP/WD (2012)28. Organisation for Economic Co-operation and Development, 2012. Tillgängligt på:

https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2012_jun_market_definition_en.pdf

(Senast besökt 2020-01-04)

The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies, V. Conclusion, Daniel Mandrescu, 2018. Tillgängligt på:

https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/69424/SSNIP_Test_Zero_pricing_DMandrescu.pdf?sequence=1

(Senast besökt 2020-01-06)

What is the ICN?, International Competition Network. Tillgängligt på:

<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>

(Senast besökt 2019-12-22)

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

EU-domstolen

6/72, Europemballage Corporation och Continental Can Company Inc. mot kommissionen, ECLI:EU:C:1973:22

27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1978:22

C-234/89, Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91

C-295/12 P, Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission, Opinion of Advocate General Wathelet, ECLI:EU:C:2013:619

C-295/12 P, Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission, ECLI:EU:C:2014:2062

Tribunalen

T-25/99, Colin Arthur Roberts and Valérie Ann Roberts v Commission of the European Communities, ECLI:EU:T:2001:177

T-321/05, AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission, ECLI:EU:T:2010:266

T-336/07, Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v European Commission, ECLI:EU:T:2012:172

T-175/12, Deutsche Börse AG v European Commission, ECLI:EU:T:2015:148

T-691/14, Servier SAS and Others v European Commission, ECLI:EU:T:2018:922

T-699/14, Topps Europe Ltd v European Commission, ECLI:EU:T:2017:2

T-370/17, KPN BV v European Commission, ECLI:EU:T:2019:354

Europeiska kommissionen

Volvo/Scania COMP/M.1672, beslut 14 mars 2000, EGT 2001/L 143/74.

Följande bilaga är hämtad från Whish och Baileys bok *Competition Law* för att tydliggöra relevansen av marknadsandelar och för att ge praktisk förståelse för ämnet. Borttaget från tabellen är: fotnoter och nationell rätt från UK. Se sida 46–49 i Whish och Baileys bok *Competition Law* för läsning av borttaget material.

0%	<p>With a market share of 0% even the most zealous of competition authorities is unlikely to take action against you</p> <p>With a market share of less than 5% your agreements are unlikely to have an appreciable effect on trade between Member States provided that certain other criteria are satisfied</p>
5%	<p>At 5% or more your agreements with undertakings that are not actual or potential competitors may significantly contribute to any ‘cumulative’ foreclosure effect of parallel networks of similar agreements</p> <p>Agreement with undertakings that concern imports and exports have been found to have an effect on trade between Member States where your market share is around the 5% level</p> <p>When notifying mergers under the EU Merger Regulation you will be required to provide information about competitors that have more than 5% of the relevant geographic market</p>
10%	<p>At 10% or more the effect of your agreements with actual or potential competitors is no longer <i>de minimis</i> under the European Commission’s <i>Notice on Agreements of Minor Importance</i>; note however that agreements which have an anti-competitive object and which have an appreciable effect on trade between Member States constitute, by their nature and irrespective of any concrete effect that may produce, appreciable restrictions of competition</p>
15%	<p>It is unlikely that your joint purchasing agreements or your commercialization agreements infringe Article 101(1) where your market share is below 15%</p> <p>At 15 % or more the effect of your agreements with undertakings that are not actual or potential competitors is no longer <i>de minimis</i> under the <i>Notice on Agreements of Minor Importance</i></p>
20%	<p>With more than 20% of the market you are no longer eligible to take advantage of the ‘simplified procedure’ for certain horizontal mergers under the EU Merger Regulation</p> <p>Under the EU Merger Regulation, in the case of horizontal mergers, markets in which you market share exceeds 20% are ‘affected markets’, necessitating the provision of substantial information on Form CP to DG COMP</p>

	<p>Block exemption ceases to be provided for specialization agreements under Regulation 1218/2010 where the parties' market share exceeds 20%, some marginal relief is available up to a market share cap of 25%</p> <p>Block exemption ceases to be available for technology transfer agreements between competing undertakings where their combined market share exceeds 20%</p>
25%	<p>At 25% or more block exemption ceases to be available for research and development agreements under Regulation 1217/2010; some marginal relief is provided up to a market share cap of 30% and even, exceptionally, beyond 30%</p> <p>Under the EU Merger Regulation at 25% you cease to benefit from a presumption that your merger will not significantly impede effective competition</p>
30%	<p>Block exemptions ceases to be available for vertical agreements where one of the parties' market share exceeds 30%, although there is some marginal relief up to 35%</p> <p>Your liner consortia agreements run into problems under Commission Regulation 906/2009 on shipping consortia, with some marginal relief of up to 10% (that is to say up to a market share of 33%)</p> <p>Block exemption ceases to be available for technology transfer agreements between non-competing undertakings where the market share of either party exceeds 30%</p> <p>At less than 30% your non-horizontal mergers are unlikely to give rise to any problems under the EU Merger Regulation; and there is no presumption against them where your market share is more than 30%</p> <p>Under the EU Merger Regulation, in the case of vertical mergers, markets in which your market share exceeds 30 % are affected markets</p> <p>Under the EU Merger Regulation you do not benefit from the simplified procedure in the case of vertical mergers where your market share exceeds 30%</p>
35%	
40%	<p>You may be dominant under Article 102 with a market share of 40% or more (there has been only one finding by the European Commission of dominance under article 102 below 40%), if you are dominant, you have a special responsibility not to harm competition</p>

	<p>If your market share is below 40% the UK CMA considers it ‘unlikely’ that you are dominant; the same point is made in the European Commission’s <i>Guidance on Article 102 Enforcement Priorities</i></p> <p>There is unlikely to be cumulative foreclosure effect arising from your single branding agreements where all the companies at the retail level have market share below 30% and the total tied market share is less than 40%</p>
45%	
50%	<p>There is rebuttable presumption that a market share of 50% or more of the market is evidence of a dominant position; this presumption applies in the case of collective dominance as well as single-firm dominance</p> <p>Where the market share of the 5 largest suppliers in a market is below 50%, and the market share of the largest supplier is below 30%, there is unlikely to be a single or cumulative anti-competitive effect arising from their agreements</p> <p>There is unlikely to be such an effect where the share of the market covered by selective distribution systems is less than 50%</p>
55%	
60%	
65%	
70%	
75%	
80%	<p>At 80% you may now be approaching a position of ‘super-dominance’, where your conduct is more likely to have a strong anti-competitive effect and, therefore, is more likely to fall within Article 102</p>
85%	
90%	<p>At 90 % you are approaching ‘quasi-monopoly’</p> <p>In the European Commission’s view it is unlikely that conduct that maintains, creates or strengthens a market position ‘approaching that of monopoly’ can normally be justified on the ground that it also creates efficiency gains</p>
95%	
100%	<p>At 100% you are a monopolist</p>