

Marknadsandelarnas betydelse för dominansbedömningen

Carolin Gustafsson

Magisteruppsats i handelsrätt
Konkurrensrätt
HT2012

Handledare
Catrin Karlsson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	10
1.1 Ämne Bakgrund	10
1.2 Syfte Frågeställning	12
1.3 Avgränsningar	12
1.4 Metod och material	12
1.5 Disposition	13
2. Konkurrensrätten	15
2.1 EU:s konkurrenspolitik	15
2.2 Sekundärrättens tillämpning	15
2.2.1 Syfte	16
2.2.2 Skyddsintressen	17
2.2.3 Specifika förutsättningar	18
3. Marknadsdefinitionen	19
3.1 Avgränsning av den relevanta marknaden	19
3.2 Av betydelse för marknadsandelarna	19
3.3 Den relevanta produktmarknaden	20
3.3.1 Marknadsdefinitionens grundprincip	21
3.3.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan	22
3.3.3 Utbytbarhet på utbudssidan	23
3.3.4 Potentiell konkurrens	23
3.4 Den relevanta geografiska marknaden	24
4. Marknaden och marknadsandelar	26
4.1 Beräkning av marknadsandelar	26
4.1.1 Marknadsandelar på primär- och sekundärmarknad	26
4.1.2 Marknadsmakt	27

4.1.3	Expansion och marknadsinträde	30
4.1.4	Den motverkande köparmakten	30
4.2	Konkurrensbegränsande avskärmning	31
4.3	Dominansbedömningen.....	31
4.4	Barriärer	32
4.4.1	Etableringshinder	33
4.4.2	Tidsmässig aspekt	34
4.5	Sammanfattning	34
5.	Marknadsandelarnas betydelse - ett urval av tillämpliga rättsfall	35
5.1	Utgångspunkt	35
5.1.1	Mål 27/76, United Brands.....	35
5.1.2	Mål 86/76, Hoffman LaRoche	40
5.1.3	Mål, C-62/86 AKZO.....	43
5.1.4	Mål T 31862–04 Telia Sonera	47
6.	Avslutning.....	50
6.1	Återkoppling	50
6.2	Marknadsdefinitionens relevans för marknadsandelarna.....	50
6.3	Rättspraxis.....	50
6.4	Önskvärd precisering	52

Bilaga 1 Intervjufrågor till Ulf Bernitz och Leif Gustafsson

Sammanfattning

Att marknadsandelarna är av betydelse för dominansbedömningen är välkänt inom konkurrensrätten. Frågorna är snarare *vilken* och *hur stor* betydelse marknadsandelarna har för bedömningen och utgången i ett specifikt fall i förhållande till övriga faktorer. Frågan uppmärksammades redan i United Brands varför också domen har kommit att verka som prejudicerande rättspraxis för flertalet senarekommande domar såväl nationellt som internationellt. I United Brands konstaterade Domstolen att det är helhetsintrycket som är av avgörande betydelse för utgången och inte en enskild faktor. I Hoffman LaRoche däremot valde Domstolen att fokusera på marknadsandelarna, varför de sedermera valde att förbise de övriga faktorer som hade kunnat komma att ligga till grund för dominansbedömningen. Vid intervjuer med Ulf Bernitz och Leif Gustafsson diskuterades huruvida marknadsandelarnas betydelse har kommit att ändras i takt med rättshistoriens utveckling. De menar att domstolarna under flera årtionden fokuserade på marknadsandelarnas omfattning på den relevanta marknaden och förbisåg flertalet andra faktorer. De menar att Domstolen inte fann de övriga faktorerna relevanta att utreda eftersom det redan fanns en mycket hög marknadsandel, vilket tillämparen menade var tillräckligt för att konstatera en dominerande ställning. Experterna Ulf Bernitz och Leif Gustafsson är eniga med mig i min tes om att synsättet har förändrats över tid, och i modernare rättspraxis har domstolen återigen valt att se till helhetsintrycket där flertalet andra faktorer än marknadsandelarna förtjänar uppmärksamhet, beaktning och ställningstagande. Den relevanta marknadsavgränsning spelar en mycket viktig roll vid fastställandet av det dominerande företags marknadsandel. Det ligger i företagets intresse att försöka påvisa att den relevanta marknaden är så bred som möjligt, eftersom en vidare marknadsavgränsning innebär lägre marknadsandel och således också en mindre risk för dominans. På motsatt vis är det av största intresse för en konkurrensvårdande myndighet som vill komma åt ett visst beteende att försöka påvisa en så snäv avgränsning av den relevanta marknaden som möjligt. Detta eftersom det ifrågasättande företags marknadsandel då blir så hög som möjligt, något som i sin tur underlättar för att påvisa dominans.

Nyckelord: marknadsandel, relevant marknad, rättshistoria, prejudicerande rättspraxis, dominans

Summary in English

The market shares are relevant for assessing dominance, which is well known in the antitrust laws. The question is rather *which* and *how significant* the meaning of market shares have for the assessment and outcome of a specific case in relation to other factors. The question was already observed in the United Brands case and that is also why the judgment has come to serve as a precedent case for later judgments, both nationally and internationally. In the United Brands case the court noted that the overall impression is of crucial importance for the outcome instead of one single specific factor.

In the Hoffman LaRoche case however, the court chose to focus on the market shares, and that is why they afterwards chose to overlook other factors that could have been a base for assessing dominance. In interviews with Mr. Ulf Bernitz and Mr. Leif Gustafsson there were discussions regarding whether the market shares significance has come to change in accordance with the development of the judicial history. Mr. Ulf Bernitz and Mr. Leif Gustafsson means that for several decades the courts focused on the extent of the market shares in the relevant market and neglected several other factors. They say that the court did not find the other factors relevant to investigate because there was already a very high market share, which the court said to be sufficient enough regarding the finding of dominance. The experts Mr. Ulf Bernitz and Mr. Leif Gustafsson agrees with me in my thesis that the view has changed over time and in modern case law the court has once again chosen to look at the overall impression, where other factors than the market shares also deserves attention, consideration and positioning.

The relevant market boundaries play a very important role in the determination of the dominant market share. It is in the interest of the company to try to demonstrate that the relevant market is as broad as possible, since a wider market definition leads to lower market share and thus also less likely to be considered dominant. In the opposite way, it's of great interest for a competition enforcement authority who wants to access a certain behavior to try to demonstrate the narrowest definition of the market as possible. Because the company's market share will then be as high as possible, this in turn helps to demonstrate dominance.

Keywords: market shares, the relevant market, legal history, precedent case law, dominance

Förkortningar

FEUF	Europeiska Unionens Funktionssätt
EU	Europeiska Unionen
SSNIP	Small but significant Non- Transitory increase in price
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet

1. Inledning

1.1 Ämne | Bakgrund

Bedömningen om ett företag innehar en dominerande ställning och hur stor marknadsakt de har är det första steget vid tillämpningen av artikel 102FEUF. Ett företag i en dominerande ställning har enligt rättspraxis ett särskilt ansvar. Ansvarets omfattning avgörs mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall.¹

Begreppet dominerande ställning definieras i gemenskapslagstiftningen som en situation där ett företag har en sådan ekonomisk maktposition att det får möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. Detta genom att företagets ställning tillåts att i en betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i ett sista led även konsumenterna.² Oberoendet grundar sig i hur stort konkurrenstryck det aktuella företaget utsätts för. En dominerande ställning innebär att konkurrenstrycket inte är tillräckligt effektivt samt att det aktuella företaget under en längre tid har en betydande marknadsakt. Detta får till följd att företagets beslut till stor del är okänsliga för konkurrenternas, kundernas och konsumenternas agerande och reaktioner. Kommissionen har gjort bedömningen att det saknas ett effektivt konkurrenstryck även om det fortfarande finns viss faktiskt potentiell konkurrens.³

I allmänhet bygger en dominerande ställning på en kombination av en rad olika faktorer som sett var och en för sig inte nödvändigtvis måste vara avgörande.⁴ Detta var något som kommissionen uppmärksammade och fastslog redan i *United Brands*, vilket har kommit att bli vägledande rättspraxis för senare rättsfall. En bedömning av marknadsandelarna ger kommissionen en bra första indikation på marknadsstrukturen och de på marknaden verksamma företagens relativa betydelse. Kommissionen tolkar marknadsandelarna av rådande villkor på marknaden, var de särskilt tar ställning till hur dynamisk marknaden är och hur differentierade produkterna är. På marknader som är instabila eller på anbudsmarknader har hänsyn även kommit att tas till tendenser i marknadsandelarnas utveckling på sikt.⁵ I regel anser kommissionen att en liten marknadsandel är ett tydligt tecken på att det saknas en marknadsakt som är av betydelse. Kommissionens erfarenhet indikerar att det är osannolikt att ett företag har en

¹ Se exempelvis; Mål 322/81, *Michelin mot kommissionen (Michelin I)*, REG 1983, s. 3461

² Se exempelvis; Mål 27/76, *United Brands Company och United Brands Continentaal mot kommissionen*, REG 1978, s. 207 svensk specialutgåva s. 9, punkt 65, mål 85/76 *Hoffman- La Roche mot kommissionen* REG 1979, s. 461

³ Mål 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal mot kommissionen*, REG 1978, s. 207 punkterna 113–121

⁴ Mål 27/76, *United Brands United Brands Continentaal mot kommissionen*, REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9, punkterna 65 och 66,

⁵ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EG-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. P. 13

dominerande ställning om det innehar en marknadsandel som understiger 40 % på den relevanta marknaden. Det bör dock redan nu poängteras att det finns specifika fall som ligger under detta tröskelvärde, där konkurrenterna inte ges möjlighet att i praktiken hindra ett dominerande företags beteende till exempel om konkurrenterna utsätts för omfattande kapacitetsbegränsningar.⁶

Kommissionens erfarenhet säger att desto större marknadsandel ett företag har och ju längre period de innehar den, desto större risk är det också att den utgör en preliminär indikation på att ett företag innehar en dominerande ställning. I vissa fall kan det komma att innebära att missbruket får allvarliga konsekvenser, vilket motiverar kommissionen att ingripa på de grunder som anges i 102FEUF.⁷ Generellt sätt drar kommissionen dock inte några slutsatser angående huruvida ett visse ärende bör drivas vidare eller inte genom att endast se till företagets marknadsandel, istället bör alla faktorer undersökas som kan vara tillräckliga för att begränsa företagets beteende.⁸

Hinder för expansion eller inträde på marknaden kan ta sig olika uttryck. Det kan till exempel röra sig om juridiska hinder, vilka ofta tydliggörs genom tullavgifter eller kvoter, eller särskilda fördelar som det dominerande företaget har, exempelvis skal- och stordriftsfördelar, företräde till nödvändiga insatsprodukter eller naturtillgångar, viktig teknik⁹ eller distributions och försäljningsnätverk.¹⁰ Det kan också röra sig om kostnader och andra hinder exempelvis nätverkseffekter som kunder drabbas av när de byter från en viss leverantör till en annan. Även det dominerande företags eget beteende kan komma att utgöra ett inträdeshinder, exempelvis om företaget har gjort betydande investeringar som nya aktörer eller konkurrenter måste kunna mäta sig med.¹¹ Det kan också bestå i att företaget har ingått långfristiga avtal med kunder som märkbart avskärmar andra företag. Om ett företag under en låg tid har haft en stor marknadsandel kan det tyda på att det finns ett hinder för inträde och expansion.¹²

⁶ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EG-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. P. 14

⁷ När det gäller förhållandet mellan graden av dominerande ställning och konstaterande av missbruk, se mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 186.

⁸ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EG-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. P. 15

⁹ Mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, REG 1991, s. II-1439, punkt 19.

¹⁰ Mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, s. 315, punkt 48.

¹¹ Mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9, punkt 91.

¹² (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EG-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. P. 17

1.2 Syfte | Frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka *vilken* och *hur stor* betydelse marknadsandelarna har för dominansbedömningen enligt artikel 102FEUF. Syftet är också att utreda marknadsandelarnas betydelse i relation till övriga faktorer som är av avgörande betydelse vid fastställandet av dominans.

Huvudsaklig problemställning:

i) Vilken och hur stor betydelse har marknadsandelarna för dominansbedömningen?

Underliggande problemställningar:

ii) Vilka andra kriterier förutom marknadsandelarna spelar en viktig roll för dominansbedömningen?

iii) Hur har utvecklingen av rättspraxis förändrats med avseende på marknadsandelarnas betydelse för dominansbedömningen?

1.3 Avgränsningar

Fokus på min uppsats är att utreda marknadsandelarnas betydelse för dominansbedömningen, vilket endast består i en marginell del av artikel 102FEUFs innehåll. Det är dock ofrånkomligt att helt förbise regleringen kring denna artikel samt dess innehåll, varför detta område kommer att beröras i begränsad utsträckning, för den intresserade läsaren hänvisas till exempelvis Bernitz (2009)¹³. Uppsatsen avser att behandla EU-rätt och artikel 102FEUF, eftersom det är häri de flesta rättsfall återfinns som har en vägledande verkan för rättsutvecklingen i störst omfattning och har kommit att vara av stor betydelse för tolkningen. I det kapitel som rör syfte, skyddsintresse och rättutveckling kommer jag även att använda mig av svenska rättskällor eftersom kapitlet syftar till att behandla konkurrensrätten i största allmänhet. I de rättsfall som tas upp i uppsatsen har jag valt att fokusera på de aspekter som rör marknadsandelarna, varför andra omständigheter är förbisedda då de för uppsatsen inte är av relevans.

1.4 Metod och material

Min uppsats är uppbyggd kring rättsvetenskaplig metod. Vilket innebär att jag i min uppsats ämnar systematisera, beskriva och analysera gällande rätt. I mina rättskällor har jag dels valt att använda mig av primärrätt, framförallt artikel 102FEUF, samt sekundärrätt främst 2009/C 45/02 vilken är av en icke-bindande karaktär då denna endast verkar som vägledning för tolkningen av artikel 102 FEUF. Då delar av min uppsats ämnar studera rättsutvecklingen är min ambition att göra en jämförelse mellan de rättsfall som jag har valt ut för min analysdel som både är lika- och olika genom att de dels har ett tidsmässigt intervall, och dels beskriver betydelsen av marknadsandelarna för dominansbedömningen. Förutom primärrätt och sekundärrätt har jag i min uppsats använt mig av den, enligt mig, ringa litteratur som behandlar frågan om marknadsandelarnas betydelse för dominansbedömningen. Förutom detta rent rättsliga material har jag via mejlkorrespondens med Ulf Bernitz (Professor i Europeisk Integrationsrätt) samt Leif Gustafsson (Advokat på advokatbyrå Baker & McKenzie) diskuterat marknadsandelarnas betydelse för dominansbedömning samt vilka andra

¹³ Bernitz, Europeisk marknadsrätt (2009)

faktorer som är av betydelse för dominansfrågan ur ett rättshistoriskt perspektiv. Det är min uppfattning att båda intervjupersonerna är opartiska och jag anser de vara informativa källor för att få svar på de mer specifika frågorna som jag har med avseende på marknadsandelarnas betydelse, vilket inte täcks upp av litteraturen. Deras åsikter är således ämnade som ett komplement. Mina intervjufrågor till Ulf Bernitz och Leif Gustafsson återfinns i bilaga 1.

1.5 Disposition

I uppsatsen redogör jag i kapitel 2 för konkurrensrättens och sekundärrättens tillämpning skyddsintresse och syfte. Kapitel 3 består i en granskning av marknadsdefinitionens grundprincip, avgränsningen av den relevanta marknaden samt en kort genomgång av de enligt Kommissionen viktigaste konkurrensbegränsningarna. I efterföljande kapitel (4) ligger tonvikten på marknaden och marknadsandelarna, där en ingående beskrivning görs med avseende på beräkningen av marknadsandelarna, marknadsandelarnas betydelse och dess förhållande till övriga kriterier. Kapitlet avslutas med en kort sammanfattning. I kapitlet därpå (5) återfinns de omsorgsfullt utvalda rättsfall som jag valt att lyfta fram som en symbol för rättsutvecklingen. Denna rättspraxis analyseras i detta kapitel genom en granskning av marknadsandelarnas betydelse samt vilka andra kriterier som spelar en stor roll vid fastställandet av en påstådd dominans i enlighet med artikel 102FEUF. Sist i min uppsats återfinns en avslutning, i vilken jag ämnar sammanfatta och redogöra för de slutsatser som jag har kommit fram till under uppsatsskrivandet.

2. Konkurrensrätten

2.1 EU:s konkurrenspolitik

I maj 2004 skedde en omvälvande förändring i tillämpningen av EU:s konkurrensregler, då rådets genomförandeförordning 1/2003 trädde i kraft.¹⁴ Förordningen innehåller tillämpningsreglerna för EU:s centrala konkurrenslagstiftning d.v.s. artiklarna 101 och 102FEUF. Artikel 101 är ämnad att hindra konkurrensbegränsande samarbete vilken till sin lydelse säger: *”Det är inte tillåtet för konkurrerande företag att komma överens om priser, rabatter eller leveransvillkor. Det är inte heller tillåtet att dela upp marknaden mellan sig. Sådana typer av samarbete s.k karteller är allvarliga lagöverträdelser”*¹⁵ Artikel 102 är ämnad att hindra missbruk av dominerande ställning och anger att: *Ett ”företag har en dominerande ställning, då det innehar en sådan stark marknadsposition att de kan agera helt fritt utan att ta hänsyn till sina konkurrenter. Företag med en stark marknadsposition har ett särskilt ansvar och tillåts inte missbruka sin marknadsmakt genom exempelvis underprissättning och leveransvägran.”*¹⁶ EU-rätten präglar den svenska lagstiftningen i allt större omfattning vilket har fått till följd att konkurrensrätten fått en alltmer framträdande roll. Konkurrensrätten har en avgörande betydelse för en fungerande inre marknad. Svensk konkurrensrätt är utformad med EU:s konkurrensrätt som en förebild och EU-praxis har kommit att få stor betydelse för tolkningen av den svenska konkurrensrätten.¹⁷

2.2 Sekundärrättens tillämpning

Sekundärrätten är såväl av bindande som av icke-bindande karaktär och dess roll är att verka vägledande för tolkningen av exempelvis artikel 102FEUF. I artikel 102FEUF utläses att det är förbjudet att missbruka en dominerande ställning. Enligt rättspraxis är det i sig inte olagligt för ett företag att inneha en dominerande position, och ett sådant dominerande företag äger rätten att konkurrera på sina egna meriter. De företag som innehar en dominerande marknadsposition har dock ett särskilt ansvar att inte hämma en effektiv konkurrens genom sitt beteende samt att inte heller snedvrída konkurrensen på

¹⁴ http://ec.europa.eu/competition/publications/consumer_sv.pdf

se även: (2004/C 101/03) Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EU-fördraget.

¹⁵ Artikel 101FEUF

¹⁶ Artikel 102FEUF

¹⁷ http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_sv.htm

den gemensamma marknaden.¹⁸ En effektiv tillämpning av artikel 102FEUF bidrar till att marknaderna fungerar bättre och gynnar både företag och konsumenter, vilken är den rättsliga grunden och en mycket viktig del av konkurrenspolitiken. För att skapa en integrerad marknad är det särskilt viktigt att uppnå detta övergripande mål, vilken den konkurrensrättsliga politiken uppställer.¹⁹

2.2.1 Syfte

I kommissionens riktlinjer 2009/C 45/02 anges att dokumentet inte är tänkt att utgöra ett rättsutlåtande och att det inte heller är tänkt att påverka EU-domstolens eller förstainstansrättens tolkning av artikel 102FEUF.²⁰ Vidare sträcker sig förordningens tillämpningsområde endast till de företag som innehar en dominerande ställning på en eller flera marknader, således förbises den kollektiva dominansen (där två eller flera företag innehar en dominerande ställning). Förordningen sträcker sig endast till de företag som har ensam dominans och som antas ha missbrukat denna innevarande marknadsposition.²¹

Att främja effektiv konkurrens och på så sätt bidra till ökat välstånd är lagstiftningens huvudsakliga och primära syfte. Det bör dock poängteras att konkurrensrätten inte får användas för att reglera eller begränsa konkurrensen.²² Istället bygger den på uppfattningen om att det skall råda fri prisbildning på marknaden och att priskonkurrens skall ses som ett särskilt eftersträvt konkurrensmedel. Prisbildningen sker normalt genom marknadsmekanismernas spel, dvs. att konkurrensen fungerar som en prisregulator, vilket är fundamentalt för ett ekonomiskt system som är baserat på en marknadsekonomi.²³ Priset är i allmänhet det viktigaste konkurrensmedlet för företag. Priskonkurrens är i regel en värdefull form av konkurrens för konsumenterna eftersom denna tenderar att pressa priserna på marknaden. Fördelningen av ekonomiska resurser styrs genom prisbildningen på marknaden och informerar aktörerna om priset och de ekonomiska förutsättningarna för olika typer av transaktioner och verksamheter.²⁴

¹⁸ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 1.

¹⁹ http://ec.europa.eu/competition/publications/consumer_sv.pdf "EU competition policy and the consumer" s. 9

²⁰ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 2-3

²¹ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 4

²² (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning s. 5 (marknadstillkännagivandet)

²³ www.ne.se/lang/prisbildning

²⁴ Bernitz Ulf, svensk och europeisk marknadsrätt 1, konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar, andra upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2009. S. 82

2.2.2 Skyddsintressen

En effektiv konkurrens är till nytta för konsumenterna, då de gynnas genom lägre priser, högre kvalitet samt ett bredare utbud av nya eller förbättrade varor och tjänster. Förordningens huvudsakliga syfte är således att se till att marknaderna fungerar effektivt samt att konsumenterna får ta del av den produktivitet som uppstår då upprättandet av en effektiv konkurrens mellan företag bibehålls.²⁵ De samhällekonomiska aspekterna styr det primära skyddsintresset bakom konkurrensrätten. Konkurrensrätten fungerar som ett instrument för främjande av allmän rörlighet och anpassningsbarhet i näringslivet i kombination med en rimlig prisnivå, genom konkurrens samt en effektiv konkurrensfördelning.²⁶

Konkurrensrätten bidrar dessutom till att skydda marknadsekonomin som en institution. Konkurrensrätten uppbärs indirekt av intresset av skydd för konsumenterna, vars huvudsakliga ändamål är att främja utvecklingen som kan antas vara till fördel för samhällsmedborgarnas välfärd, vilket framträder särskilt tydligt på prisbildningens område. Prisbildningen syftar till att främja en för konsumenterna fördelaktig prisutveckling genom priskonkurrens samt motverkade av höga priser. Konkurrensrätten syftar med andra ord till att bevara konsumenternas skyddsintressen.²⁷

Tyngden i Kommissionens arbete av att agera mot utestängande beteende ligger i att trygga konkurrensen på den inre marknaden, och se till att företag med en innevarande dominerande ställning inte stänger ute sina konkurrenter på något annat sätt än genom att konkurrera med de produkter eller tjänster vilka de tillhandahåller. Kommissionen slår fast att det därför är av största vikt att inte endast skydda konsumenterna utan belyser även vikten av att skydda en effektiv konkurrens. Detta kan mycket väl få till följd att konkurrenter som erbjuder konsumenterna ett sämre pris, sämre urval och lägre kvalitet- och innovation kan komma att slås ut från marknaden.²⁸ Kommissionen anser också att en överträdelse av artikel 102FEUF kan bestå av sådana åtgärder som innebär att ett företag direkt utnyttjar konsumenterna, exempelvis genom att ta ut ett alltför högt pris, alternativt åtgärder som undergräver arbetet med att inrätta och bibehålla en integrerad inre marknad. Då en välfungerande inre marknad inte kan säkerställas och då konsumentskyddet inte är välfungerande kan Kommissionen besluta att ingripa mot sådana konkurrensbegränsande åtgärder. För att skapa vägledning om de tillämpningsprioriteringar vilka Kommissionen använder sig av begränsar de sig till utestängande åtgärder, och särskilt vissa specifika utestängande åtgärder som enligt Kommissionens erfarenhet anses vara vanligast.²⁹

²⁵ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 5

²⁶ <http://www.lag24.se/a/konkurrenslagstiftningen-inom-eu>

²⁷ Bernitz Ulf, svensk och europeisk marknadsrätt 1, konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar, andra upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2009. S. 82

²⁸ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 6

²⁹ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 7

2.2.3 Specifika förutsättningar

Vid tillämpningen av de allmänna riktlinjer och principer som i detta dokument fastställs anger Kommissionen att de kommer att ta hänsyn till specifika fakta och omständigheter i vart och ett av de enskilda fallen, eftersom dessa har sina individuella förutsättningar. I de fall som rör reglerade marknader kommer Kommissionen i sin bedömning att framförallt ta hänsyn- och ställning till den specifika lagstiftningen.³⁰ Således ger detta också upphov till att Kommissionen kan anpassa den strategi som anses rimlig och mest tillämpbar i det aktuella fallet.³¹

³⁰ Se *United Brands* (mål 27/76). Där det i punkt 126 anges att en bokföringsmässig lönsamhet inte nödvändigtvis behöver indikera utövande av marknadsstyrka.

³¹ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 8

3. Marknadsdefinitionen

3.1 Avgränsning av den relevanta marknaden

Att avgränsa och fastställa den relevanta marknaden är av stor betydelse för min frågeställning eftersom den påverkar marknadsandelarna. Det är beroende av hur den relevanta marknaden definieras som marknadsandelarna bestäms. En snävare bedömning av den relevanta marknaden leder uteslutande till högre marknadsandelar, och en bredare bedömning av den relevanta marknaden uteslutande till betydligt lägre marknadsandelar.³² Eftersom avgränsningen av den relevanta marknaden är av stor betydelse för marknadsdefinitionen finner jag det nödvändigt att visa hur både den relevanta produktmarknaden och den geografiska marknaden avgränsas.

3.2 Av betydelse för marknadsandelarna

För att finna och fastställa gränserna för konkurrens mellan företag används marknadsdefinitionen som ett verktyg för denna avgränsning. Marknadsdefinitionen gör det möjligt att upprätthålla och fastställa ramen för Kommissionens tillämpning av den konkurrensrättsliga lagstiftningen. Det primära syftet med att definiera en marknad är att på ett systematiskt sätt fastställa vilka konkurrensmässiga begränsningar som det berörda företaget utsätts för med utgångspunkt i den relevanta produktmarknaden och relevanta geografiska marknaden. Syftet med att definiera den relevanta marknaden är att identifiera de faktiska konkurrenterna till de berörda företaget som är i stånd att begränsa deras beteende och hindra de från att agera oberoende av ett effektivt konkurrestryck. Detta får till följd att konkurrensen snedvrids. Ur detta perspektiv gör marknadsdefinitionen det möjligt att bland annat beräkna marknadsandelar, vilka i sin tur ger upphov till värdefull information om marknadsinflytande i samband med en bedömning av dominerande ställning i enlighet med tillämpningen av artikel 102FEUF.³³

Den relevanta marknaden i förhållande till vilken ett givet konkurrensproblem bedöms fastställs genom en sammantagen granskning av den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden, vilka kombineras vid bedömningen. Dessa definitioner är ämnade att avspegla förstainstansens och Domstolens rättspraxis, likaså Kommissionens egen praxis, i enlighet med riktlinjerna som definieras i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad gemenskapens konkurrenslagstiftning.³⁴

³² Exempel: United Brands, om det endast hade varit frukt man räknade in i marknadsandelarna så hade inte marknadsandelarna beräknats vara lika höga, eftersom UB då inte hade varit vertikalt integrerat, och utfallet hade blivit ett helt annat.

³³ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 2

³⁴ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 9

3.3 Den relevanta produktmarknaden

I tillkännagivandet³⁵ definierar Kommissionen den relevanta produktmarknaden enligt följande: *"En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara."*³⁶ Definitionen får anses öppna upp och bredda synfältet för en mycket bred tolkning av tillkännagivandet, och får snarare anses vara en utgångspunkt för tolkningen än en direkt vägledning. Det är därför av största vikt att tolka denna definition i skenet av EU-domstolens rättspraxis samt till kommissionens egna beslut och avgörande, vilka verkar för en mer tydlig och identifierbar grund. Utgångspunkten för detta tolkningsbegrepp sägs ha sitt ursprung i *Continental Can*³⁷ där domstolen fastslog hur den relevanta produktmarknaden till sin lydelse bör tolkas i förhållande till artikel 102FEUF. *"[...] avgränsningen av den relevanta marknaden är av väsentlig betydelse, eftersom möjligheten till konkurrens inte kan bedömas annat än i förhållande till de aktuella produkternas utmärkande egenskaper, egenskaper som gör produkterna särskilt lämpade att svara mot ett oföränderligt behov och endast i begränsad utsträckning gör dem utbytbara mot andra produkter."*³⁸ Detta resonemang kom Domstolen att precisera och vidareutveckla i *United Brands*³⁹, där Domstolen valde att bygga vidare på det tidigare förhållningssättet i *Continental Can*. Domstolens viktigaste klarläggande i *United Brands* var att de fastslog att bananmarknaden ansågs vara tillräckligt distinkt för att skilja sig från marknaden för annan frukt, varför domstolen kom att konstatera följande: *"För att bananen skall kunna anses utgöra en marknad, som i tillräckligt hög grad skiljer sig från marknaden för andra frukter, måste bananen genom sina utmärkande egenskaper kunna särskiljas från annan färsk frukt så att bananen endast i en begränsad omfattning kan bytas ut mot dessa andra frukter och endast utsätts för konkurrens av dessa andra frukter i en knappt märkbar omfattning."*⁴⁰ Kommissionen menar att marknaden är högst individuell, och att det finns en rad olika uppgifter som gör det möjligt att bedöma hurvida en substitution kan förekomma. I specifika fall kan en typ av uppgifter komma att bli avgörande, vilket till stor del styrs av egenskaperna hos den bransch och de produkter som undersöks, samt på hur välavgränsad den aktuella branschen är. Uppgifter av samma slag kan komma att vara betydelselösa i andra ärenden. Ett beslut måste vanligtvis fattas genom en sammanvägning av ett stort antal rekvisit och olika bevisföremål. Kommissionen har därför med kännedom av att varje fall är specifikt medvetet valt att skapa en vag definition för den relevanta marknaden och stödjer detta på att de är öppna för empiriskt belagda uppgifter, med en strävan av att använda all tillgänglig information som kan vara av relevant betydelse i ett enskilt ärende och på ett effektiviserbart sätt. Kommissionen följer således inte någon strikt hierarki av olika typer

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

³⁶ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 7

³⁷ Mål 6/72 Euroemballage Corporation och Continental Can Company mot Europeiska gemenskapernas kommission.

³⁸ Mål 6/72 Continental Can p. 32

³⁹ Mål 27/76 United Brands

⁴⁰ Mål 27/76 United Brands p. 22

av informationsinhämtning eller av olika källor.⁴¹ Istället väljer Kommissionen att sammanfatta definieringen av den relevanta marknaden enligt följande: ”På grundval av tillgänglig preliminär information eller sådana uppgifter som de berörda företagen tillhandahållit, kan kommissionen vanligtvis grovt fastställa de möjliga relevanta marknaderna i förhållande till vilka exempelvis en koncentration eller en konkurrensbegränsning skall bedömas. I allmänhet, och av praktiska skäl när ett enskilt ärende handläggs, gäller det att välja en av flera möjliga relevanta marknader. När det gäller produktmarknaden till exempel är frågan ofta huruvida produkt A och produkt B hör till samma produktmarknad. Det händer ofta att det räcker att inkludera produkt B för att undanröja alla konkurrensmässiga problem.”⁴²

Kommissionen menar vidare att det inte skall ses nödvändigt att utreda huruvida marknaden även omfattas av andra produkter för att nå fram till en definitiv slutsats beträffande den exakta produktmarknaden, om förfarandet ifråga inte kan komma att vålla konkurrensmässiga problem på en tänkbar alternativ marknad. Om det inte finns en risk för något sådant problem lämnas frågan om marknadsdefinitionen och företags informationsbörda således enklare.⁴³

3.3.1 Marknadsdefinitionens grundprincip

Kommissionen skiljer på tre olika huvudtyper av konkurrensbegränsningar: i) Utbytbarhet på efterfrågesidan, ii) Utbytbarhet på utbudssidan och iii) Potentiell konkurrens. Utbytbarheten på efterfrågesidan är den enligt kommissionen mest effektiva och omedelbara begränsningen för leverantörer av en vis given produkt, särskilt med avseende på prissättningen. Det är komplicerat för ett företag eller en företagsgrupp att skaffa sig väsentligt inflytande på marknadens rådande försäljningsvillkor, exempelvis priser, då det är lätt för företagets kunder att välja tillgängliga substitutvaror alternativt gå över till leverantörer någon annanstans. Att definiera marknaden består huvudsakligen i att identifiera vilka alternativa försörjningskällor som de berörda företagens kunder i praktiken innehar, och då både med avseende på produkter eller tjänster samt leverantörernas geografiska läge.⁴⁴ Konkurrensbegränsningarna som den potentiella konkurrensen och utbytbarheten på utbudssidan ger upphov till, skapar i regel en mindre direkt verkan och det krävs vanligen att ytterligare faktorer analyseras som ett komplement.⁴⁵

⁴¹ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 25

⁴² (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 26

⁴³ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 27

⁴⁴ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 13

⁴⁵ Olsson Katarina, ”Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten” Juristförlaget Lund, 2009 s. 90-91

3.3.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Vid bedömningen av utbytbarheten på efterfrågesidan fastställs i första hand vilka produkter som konsumenten uppfattar som utbytbara. En metod för att fastställa detta är att genomföra ett tankeexperiment, där man ser till huruvida en liten men varaktig förändring av de relativa priserna förändrar kundernas troliga reaktion. Förhoppningen med denna metod är att skapa en indikation på vilka typer av uppgifter som är av intresse och relevans vid definitionen av marknaden.⁴⁶ Teorin bakom denna metod är att definiera den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden, detta genom att analysera konkurrensen på den definierade marknaden.⁴⁷ Då man beräknar en liten men varaktig förändring av priserna utgår man vanligtvis ifrån hur enkelt det skulle vara för de olika parternas kunder att välja lättillgängliga substitutvaror med en ökning om 5-10% av de relativa priserna inom den aktuella produktmarknaden och inom det aktuella geografiska området.⁴⁸ Om analysen uppvisar en tillräcklig substitution tillfogas ytterliggare substitutionsvaror samt geografiska områden den relevanta marknaden. Denna justering av marknaderna fortlöper till dess att produktmarknaden och den geografiska marknaden är sådana att en liten varaktig ökning av de relativa priserna uppnår lönsamhet.⁴⁹

Vid en diskussion om SSNIP-testet med Ulf Bernitz förklarar han att han ställer sig kritisk till testets användningsområde. Han menar att testet har ett smalt tillämpningsområde och absolut inte är applicerbart på ett brett spann av olika typer av produkter. Istället menar Bernitz att testet endast lämpar sig för homogena produkter såsom rör och liknande, och inte för produkter som är diversifierade och komplexa. Detta eftersom marknadsförutsättningarna för olika produkter varierar kraftigt, vilket föranleder att en särskild bedömning bör göras i varje enskilt fall. Han menar att det är omöjligt att med säkerhet förutspå hur konsumenterna kommer att välja i framtiden, varför man istället måste ta ställning till hur efterfrågesituationen för den specifika produkten ser ut den närmaste tiden efter det att SSNIP-testet har genomförts⁵⁰. Produkternas korspriselasticitet samt rörelsen i pris över tid är även det viktiga aspekter att ta ställning till vid testets genomförande. Han menar att först därefter går det att säga något om huruvida konsumenterna upplever att de olika produkterna tillhör samma relevanta marknad eller inte.⁵¹

⁴⁶ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 15

⁴⁷ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 16

⁴⁸ Denna metod benämns som det s.k. SSNIP-testet (Small but significant Non- Transitory increase in price, och översätts som en liten men bestående prisökning.)

⁴⁹ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 17

⁵⁰ Se Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 57 där domstolen tillämpar testet och konstaterar att det är priserna vid en normal konkurrenssituation som skall vara utgångspunkt, och inte de priser som faktiskt har tillämpats eftersom dessa i princip skulle kunna vara monopolpriser. Det är alltså priserna i frånvaron av det påstådda missbruket som hypotetiskt sett skall testas.

⁵¹ Vid intervju med Ulf Bernitz, via mejlkorrespondens den 2013-01-09

3.3.3 Utbytbarhet på utbudssidan

Vid definitionen av marknaden kan utbytbarheten på utbudssidan ställas i relation till utbytbarheten på efterfrågesidan. För att detta skall bli möjligt krävs det att leverantörerna kan ställa om till produktion av de relevanta produkterna och marknadsföra dessa som ett svar på små och varaktiga förändringar av de relativa priserna. Om så sker tillförs marknaden ytterliggare produktion, vilken i sin tur får en begränsande effekt på de berörda företagens konkurrensmässiga beteende, i frågor avseende omedelbarhet och effektivitet jämfört med verkan av utbytbarheten på efterfrågesidan.⁵² Situationen utbytbarhet på utbudssidan uppstår vanligen då ett och samma företag försäljer ett brett sortiment av skilda kvaliteter av samma produkt. Även då de olika kvaliteterna inte är substituerbara för varje slutkund eller konsumentgrupp, hänförs de till samma typ av produktmarknad (dock under förutsättning att de flesta leverantörer kan erbjuda och sälja produkterna på ett sådant sätt att de krav på omedelbarhet och frånvaro av väsentligt ökade kostnader är uppfyllda, vilka beskrivits ovan).

Detta i sin tur leder till att den relevanta produktmarknaden kommer att omfattas av alla de produkter som är utbytbara på både utbuds- och efterfrågesidan, sam att den aktuella försäljningen av de produkterna läggs samman och således bildar marknaden totala volym eller värde. På samma sätt kan detta resonemang härledas till de olika geografiska områdesgrupperingarna.⁵³ Papper är ett bra praktiskt exempel på tillvägagångssättet vid utbytbarheten på utbudssidan när produktmarknaden skall definieras. Vanligtvis tillhandshålls papper i flertalet olika kvaliteter, från standardsarkivpapper till högkvalitetspapper för exempelvis designböcker. Olika papperskvaliteter kan ur efterfrågesynvinkel inte användas för samma ändamål, dvs. man kan inte använda papper av lägre kvalitet för en designbok eller högkvalitetspublikation. De olika kvaliteterna och tillverkningen kan ställas om till försumbara kostnader vilket pappersfabrikerna brukar vara beredda på, särskilt om beställningarna görs i god tid för att produktionsplanerna skall kunna anpassas. Vid sådana omständigheter skulle Kommissionen inte definiera en avskild marknad för varje papperskvalitet och för varje användningsområde. De olika typerna av papperskvaliteterna inkluderas i den relevanta marknaden och försäljningen av dem läggs samman för att ge en uppskattning av marknaden totala volym och värde.⁵⁴

3.3.4 Potentiell konkurrens

Vid definieringen av marknaden betraktas inte den tredje källan till konkurrensbegränsning. Detta eftersom förutsättningarna som krävs för att den potentiella konkurrensen kall utgöra en effektiv konkurrensbegränsning definieras genom en analys av särskilda faktorer och omständigheter som i sin tur har ett nära samband med inträdevillkoren. En sådan analys kan dock komma att göras i ett senare skede om ett behov finns, vanligtvis när de berörda företagens ställning på marknaden redan har

⁵² (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 20

⁵³ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 21

⁵⁴ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 22-23

utrönts, vilket i sin tur tyder på att det kan råda konkurrensmässig problematik på marknaden.⁵⁵

3.4 Den relevanta geografiska marknaden

I tillkännagivandet definierar kommissionen den relevanta produktmarknaden enligt följande: *"Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren."*⁵⁶

Precis som vid fastställandet av den relevanta produktmarknaden lämnar även definitionen av den relevanta geografiska marknaden en bred tolkningsvidd av begreppets innebörd, och säger sig även det härröra från EU-domstolens dom i målet United Brands. I målet valde man att definiera den relevanta geografiska marknaden enligt följande: *"[...] tillämpas på ett företag i dominerande ställning är att det görs en klar avgränsning av den väsentliga del av den gemensamma marknaden där företaget har möjlighet att eventuellt utöva missbruk som kan hindra en effektiv konkurrens och där de objektiva konkurrensvillkoren för den relevanta produkten skall vara lika för alla ekonomiska aktörer."*⁵⁷

Domstolen ansåg således att den relevanta geografiska marknaden utgjordes av den väsentliga delen av den gemensamma marknaden där konkurrensvillkor var av objektiv art för produkten i fråga och densamma för alla företag. Denna av Kommissionen formulerade utgångspunkt har kommit att verka vägledande för flertalet senare rättsfall genom precisering och vidareutveckling både av Domstolen själv men även av Kommissionen. Vid definitionen av den geografiska marknaden skaffar sig Kommissionen en preliminär uppfattning om marknads innehåll och omfattning. Detta på grundval av grovt uppskattade uppgifter om marknadsandelarnas fördelning på de berörda parterna och dess konkurrenter, men även prissättning och prisskillnader på nationell nivå spelar en viktig roll, vilka i sin tur fastställs genom en preliminär analys. Denna analys används sedan som ett verktyg i en arbetshypotes och är ett steg i ledet av de undersökningar som kommissionen genomför i sitt arbete i syfte att slutligen nå fram till en exakt definition av den relevanta geografiska marknaden.⁵⁸

Vid bedömningen av den relevanta geografiska marknaden tas det ofta ställning till de skillnader och likheter som råder med avseende på konkurrensvillkoren mellan företagen. Av stor betydelse är distributionsmöjligheterna samt transportkostnaderna, men även köparens möjlighet att kunna nå fram till olika leverantörer vägs in i bedömningen. Ur en generell synpunkt gäller dock att transportkostnaderna har fått en minskad betydelse,

⁵⁵ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 24

⁵⁶ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 8

⁵⁷ Mål 27/76 United Brand p. 44

⁵⁸ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 28

vilket i sin tur har bidragit till att marknaderna har vidgats. Det bör dock poängteras att detta är individuellt och bestäms utefter den specifika geografiska marknadens övriga förutsättningar. Om den aktuella marknadsindelningen istället rör detaljhandel så avgränsas marknaden ofta annorlunda, då närheten till kundkretsen ofta vägs in som en avgörande parameter vid bestämmandet, vilket i sin tur tenderar till en i regel lokal eller i vart fall regional avgränsning.⁵⁹ Exempelvis kan en hamn eller en flygplats utgöra en egen marknad. HD har sålunda bedömt att Ystads hamn⁶⁰ skall utgöra en egen relevant geografisk marknad. Likaså vad det gäller de större flygplatserna i Sverige t.ex. Arlanda flygplats.⁶¹ Bernitz menar att generellt sätt bryts större branscher ner i mindre marknader i samband med avgörandet om ett företag har missbrukat sin dominerande ställning. På så sätt tillämpas snäva marknadsavgränsningar vid en konkurrensrättslig bedömning.⁶²

⁵⁹ Bernitz Ulf, svensk och europeisk marknadsrätt 1, konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar, andra upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2009. S. 55

⁶⁰ Se mål C-179/90 Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli, där EU-domstolen fann att Genuas hamn skulle anses utgöra en egen geografisk marknad.

⁶¹ Se mål T 33/00, SAS mot luftfartsverket dom 27 april 2001, där domstolen fastslog att SAS ansågs vara en egen relevant marknad.

⁶² Bernitz Ulf, svensk och europeisk marknadsrätt 1, konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar, andra upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2009. S. 56

4. Marknaden och marknadsandelar

4.1 Beräkning av marknadsandelar

En relevant marknad beräknas för såväl den relevanta produktmarknaden som för den relevanta geografiska marknaden. Detta faktum gör det möjligt att fastställa vilka kunder/konsumenter och leverantörer som finns på den aktuella marknaden. Den totala marknadsstorleken och marknadsandelarna beräknas sedan för var och en av leverantörerna på grundval av deras försäljning av de relevanta produkterna i det aktuella geografiska området. I praktiken fastställs den totala marknadsstorleken och marknadsandelarna från källor på marknaden genom företagsuppskattningar eller undersökningar som utförs av branschorganisationer eller branschkonsulter. Om uppskattningarna inte är tillförlitliga eller tillgängliga är det vanligt förekommande att Kommissionen ber var och en av leverantörerna på den relevanta marknaden om deras försäljningssiffror vilka sedan ligger till grund för en beräkning av den totala marknadsstorleken och marknadsandelarna.⁶³ Marknadsmakten grundar sig vanligtvis på en granskning av försäljningssiffrorna men det finns också andra faktorer som pga. egenskaperna hos produkten eller branschen i fråga kan ge vägledning, exempelvis marknadens kapacitet och antalet aktörer på marknaden.⁶⁴ Uppgifter om försäljningsvolym och omsättning anses i allmänhet vara användbart. I frågan om differentierade produkter anses försäljningsvärdet och marknadsandelarna beräknade på detta bättre återspegla en enskild leverantörs relativa ställning och styrka.⁶⁵

4.1.1 Marknadsandelar på primär- och sekundärmarknad

Ovanstående principer skall tillämpas med försiktighet då det gäller primär- och sekundärmarknader, särskilt i de fall då det blir nödvändigt att bedöma ett företags marknadsbeteende. För att definiera marknader används samma metod, nämligen att studera kundernas reaktioner på relativa prisförändringar vilka grundar sig i deras köpbeslut. Men man tar också i beaktning möjligheten till substitution som har sin utgångspunkt i förhållanden på marknader som har nära anknytning till aktuell marknad. (se 3.2.2) En smal definition av marknaden för sekundära produkter kan komma att bli resultatet i de fall då det är av vikt att de sekundära produkterna är kompatibla med den primära produkten. Om den primära produkten är dyr och har lång livstid samtidigt som de kompatibla sekundära produkterna är svårtillgängliga kan relativa prisökningar på de sekundära produkterna vara lönsamma.

⁶³ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 53

⁶⁴ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 54

⁶⁵ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 55

Om de sekundära produkterna (t.ex. reservdelar) lätt kan substitueras med varandra och om konsumenterna snabbt reagerar på direkta prishöjningar kan marknadsdefinitionen lätt bli en annan.⁶⁶ Förekomsten av substitutionskedjor kan i vissa fall leda till fastställandet av en relevant marknad där produkterna eller de geografiska områdena i marknadens periferi inte är direkt substituerbara. Det kan till exempel röra sig om en geografisk marknad för vilken produktens transportkostnader är höga, vilket får till följd att transportkostnaderna begränsar leveranserna från tillverkningsanläggningarna till ett specifikt område runt varje anläggning. Ett sådant område skulle i princip kunna utgöra den relevanta geografiska marknaden om tillverkningsanläggningens lokalisering är sådan att områdena omkring denna i väsentlig grad överlappar varandra. En tänktbar följd är då att prissättningen av produkterna begränsas av en substitutionskedjeeffekt, vilket i sin tur leder till en vidare avgränsning av den relevanta geografiska marknaden.⁶⁷ Förekomsten av substitutionskedjor måste i praktiken styrkas med faktiska belägg för exempelvis oberoende prissättning i kedjans periferi, detta för att den relevanta marknaden skall kunna vidgas i ett specifikt ärende, prisnivåerna i kedjornas periferi måste dessutom vara av samma storleksmässiga ordning.⁶⁸

4.1.2 Marknadsmakt

Då den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden är fastställd och avgränsad kommer tillämparen till nästa moment, nämligen att bestämma huruvida dominans föreligger eller ej. EU-domstolen definierar begreppet dominerande ställning som den situation som uppkommer då ett företag innehar en sådan ekonomisk maktposition att företaget ensamt får möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens. Vilket således ger de möjlighet att snedvrیدا konkurrensen på den relevanta marknaden genom att de i en betydande omfattning kan agera helt oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och i ett sista led de slutliga konsumenterna.⁶⁹ I kommissionens vägledning om tillämpningen av dominansregeln anges att oberoendet har att göra med omfattningen av det konkurrenstrycket vilket företaget utsätts för. Att det aktuella företaget innehar en marknadsmakt under en längre tidperiod och att konkurrenstrycket inte är tillräckligt effektivt betecknar innebörden av en dominerande ställning. Detta i sin tur innebär att företagets beslut till stor del är okänsliga för konkurrenternas, kundernas och konsumenternas olika reaktioner och agerande. Trots att det faktiskt finns en potentiell konkurrens kan Kommissionen göra bedömningen att det saknas ett effektivt konkurrenstryck. En dominerande ställning bygger i allmänhet på en kombination av flertalet faktorer som sedda var och en för sig inte nödvändigtvis är avgörande.⁷⁰

⁶⁶ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 56

⁶⁷ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 57

⁶⁸ (97/C 372/03) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 58

⁶⁹ Se exempelvis mål 86/76 Hoffman La Roche

⁷⁰ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. P. 10

Ett företag som på ett lönsamt sätt och under en betydande tidsperiod kan höja priserna till en nivå som ligger över de normala konkurrensförhållandena anser Kommissionen uppvisar en tydlig indikation för att företaget i fråga kan ha en dominerande ställning. Med uttrycket att ”höja priserna” menar Kommissionen att företaget kan hålla priserna över den nivå som råder vid annars normala konkurrensförhållanden. Dessa används för att beteckna olika konkurrensparametrar, exempelvis priser, produktion, innovation, utbud eller kvalitet på varor eller tjänster – vilka kan påverkas till det dominerade företagets fördel och samtidigt till konsumenternas nackdel.⁷¹

4.1.2.1 Marknadsandelarnas betydelse

Marknadens konkurrensstruktur spelar en viktig roll vid avgörandet om ett företag har en dominerande ställning, och särskild hänsyn tas vid bedömningen till följande faktorer:

- Trycket från de faktiska konkurrenternas leverantörer samt ställning på marknaden, där hänsyn även tas till både det dominerande företagets ställning och konkurrenternas ställning på marknaden.
- Trycket från ett trovärdigt hot om att de egentliga konkurrenterna i framtiden kan komma att expandera eller att potentiella konkurrenter kan komma att träda in på den relevanta marknaden (marknadsinträde och expansion).
- Trycket från förhandlingsstyrkan hos företagets potentiella kunder (motverkande köparmakt).⁷²

Den dominerande ställningen grundar sig i regel på ett flertal omständigheter som var för sig inte nödvändigtvis behöver vara avgörande.⁷³ Faktum är dock att den allra viktigaste omständigheten vid fastställandet av huruvida en dominerande ställning föreligger är just företagets marknadsandel. Det är nämligen en god och tydlig indikation på att dominans föreligger om företaget med hänsyn taget till potentiell konkurrens kan konstateras ha en hög marknadsandel över en längre tidsperiod.⁷⁴ I ett fåtal fall där exceptionella omständigheter föreligger kan marknadsandelar som understiger 40 % vara tillräckligt för att en presumtion för dominans skall anses föreligga. Kommissionen har dock konstaterat att företag som innehar en marknadsandel på mindre än 10 % inte kan användas som bevis för att åberopa en dominerande ställning även om innehavaren av andelen är störst på marknaden.⁷⁵ Enligt kommissionens riktlinjer kan ett företag som innehar en lägre marknadsandel än 40 % inte i regel anses ha en dominerande ställning. Ett företag med en marknadsandel inom intervallet 40- 50 % kan däremot innebära en dominans, ofta i

⁷¹ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. p. 11

⁷² (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. p. 12

⁷³ Se mål 85/76 Hoffman LaRoche & Co. mot Kommissionen REG 1979 s. 461. Se också Hilti mot Kommissionen REG 1991, s. II-1439, punkterna 90-92

⁷⁴ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. punkt 13. Se även C-62/86 Akzo mot Kommissionen som visar att marknadsandelarna ger en tydlig indikation på marknadsstrukturen och företagets relativa betydelse.

⁷⁵ Se bl.a EU-domstolens dom, Metro mot Kommissionen i mål 75/84, p. 81-82

samband med andra faktorer som indikerar att företaget i princip kan agera oberoende av kunder och konkurrenter. I enlighet med EU-rätten anses att den dominerande ställningen kan presumeras vid en innevarande marknadsandel om 50 %, samt att en definitiv dominans föreligger om företaget innehar en marknadsandel som övertiger 65 %. Det bör också poängteras att avgörande är om konkurrenterna på den relevanta marknaden är avsevärt mycket mindre samt då förekomsten av alternativa produkter är få. En annan viktig omständighet är möjligheten för andra företag som inte är direkta konkurrenter att ställa om sin produktion.⁷⁶

Enligt Kommissionen görs dominansbedömningen enligt följande:

- Mindre än 40 % i regel ingen presumtion för dominans
- 40-50 % i regel presumtion för dominans
- Över 50 % dominans
- 65 % definitiv dominans

Som nyss nämnts torde marknadsandelen vara det viktigaste verktyget för att fastställa huruvida dominans föreligger. Men marknadsandelarna är inte det enda instrumentet för att avgöra om en dominerande ställning föreligger. Andra viktiga faktorer som skall vägas in i bedömningen och som kan vara av avgörande betydelse är exempelvis: finansiell styrka, inträdes hinder till marknaden, tillgången till insatsvaror, patent eller andra immateriella rättigheter, teknologi samt andra kunskapsmässiga övertag. Vanligt förekommande är att det aktuella företaget är etablerat på flera olika marknader. Detta föranleder att hänsyn måste tas till företagets samlade totala verksamhet eftersom dominans på en marknad eller inom ett specifikt marknadssegment lätt kan tendera att ”spilla över” på en annan närbesläktad eller närliggande marknad. Detta gäller vid såväl horisontell- som vertikal integration.⁷⁷

I praktiken har tillämparen visat att det fästes stor vikt vid företagets marknadsandel vid avgörandet av huruvida en dominerande ställning föreligger eller inte. Kort sagt kan det konstateras att de i första hand fäster särskilt stor vikt vid en betydande marknadsandel och att de i andra hand också tar i beaktning huruvida den aktuella marknaden saknar potentiell konkurrens från andra närliggande aktörer eller möjligheter till import.⁷⁸ Då jag frågar Leif Gustafsson vad hans uppfattning om marknadsandelarnas betydelse är förklarar han att marknadsandelarnas hade en större roll tidigare än vad de har idag. Detta oavsett om ett företag uppnår tröskelvärdena om 40-50 %, han menar att det finns goda möjligheter att små andelar på en marknad ger en dominans affekt som kan vara skadlig och som kan missbrukas. Sett till rättsutvecklingen menar Leif att marknadsandelarnas betydelse är en viktig ingrediens i en mer komplex bedömning, han menar att antalet aktörer på den relevanta marknaden spelar en stor och viktig roll, även de finansiella musklerna hos dessa menar han är av avgörande karaktär. Men den viktigaste aspekten menar Leif ändå är om marknaden stängs för andra eller hindrar andra från att konkurrera.⁷⁹

⁷⁶ Westin, Europeisk konkurrensrätt (2007) s. 130

⁷⁷ Westin, Europeisk konkurrensrätt (2007) s. 131

⁷⁸ Se b.l.a Candelia dnr 1766/93 s. 162, där betydelsen för marknadsandelarna kom att spela en avgörande roll för dominansbedömningen, vilket diskuterades särskilt ingående i detta rättsfall.

⁷⁹ Vid intervju med Leif Gustafsson, via mejlkorrespondens den 2013-01-09

4.1.3 Expansion och marknadsinträde

Konkurrens kännetecknas kanske framförallt av en dynamisk process, vilket föranleder att konkurrenstrycket på ett företag inte enbart kan baseras på den rådande situationen på den relevanta marknaden. Stor betydelse vid bedömningen har också de potentiella effekterna av de faktiska konkurrenternas expansion eller av potentiella nya konkurrenters inträde på marknaden, likaså den risk som detta för med sig. Om det är sannolikt att konkurrenterna kommer att expandera eller gå in på marknaden i rätt tid med rätt omfattning kan det till exempel föranleda att ett företag undviker att höja priserna.⁸⁰ För att det av Kommissionen skall anses troligt att en konkurrent skall expandera eller träda in på marknaden så måste det vara tillräckligt lönsamt för konkurrenten eller den nyetablerade aktören att göra detta. Beaktning tas då till det dominerande företagets och konkurrenternas reaktion på en sådan aktivitet. För att ett inträde eller en expansion skall anses ske vid rätt tidpunkt måste det vara tillräckligt snabbt för att avskräcka eller hindra ett företag från att utöva marknadsstyrka av betydande karaktär. Inträdet måste dessutom vara av en sådan omfattning att det kan antas avskräcka ett företag med en innevarande marknadsposition på den relevanta marknaden från att höja priserna på densamma.⁸¹

4.1.4 Den motverkande köparmakten

Det är inte bara konkurrenter som utsätts för konkurrenstryck, utan även kunder. Det är inte en självklarhet att ett företag med en hög marknadsandel kan agera oberoende av sina kunder i betydande utsträckning och med en betydande förhandlingsstyrka.⁸² En motverkande köparmakt⁸³ kan vara en följd av kundernas storlek eller deras kommersiella betydelse för det dominerande företaget samt deras förmåga att med enkelhet byta till konkurrerande leverantörer. Andra tänkbara situationer för motverkande köparmakt är att hjälpa nya företag att komma in på marknaden eller att dessa integreras vertikalt samt att hota att göra detta på ett så trovärdigt tillvägagångssätt som möjligt. I de fall då den motverkande köparmakten är tillräckligt stark och stabil kan denna komma att leda till att företagen avskräcks från att höja priserna för att öka vinsten eller omöjliggöra ett sådant försök. Det bör dock tas i beaktning att det inte är säkert att köparmakt kan anses utgöra ett tillräckligt effektivt konkurrenstryck om det endast innebär att ett begränsat kundsegment skyddas från det dominerande företagets köparmakt.⁸⁴

⁸⁰ Se exempelvis: Mål T-228/97, Irish sugar mot Kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 186, där förhållandet mellan graden av dominerande ställning och konstaterande av missbruk belyses särskilt ingående.

⁸¹ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. p 16

⁸² Se Mål T-228/97, Irish sugar mot Kommissionen, REG 1999, s. II- 2969, punkterna 97-104, där förstainstansen valde att särskilt granska om företagets eventuella brist på oberoende i förhållande till sina kunder kunde komma att ses som en omständighet som innebar att företaget inte skulle anses ha en dominerande ställning.

⁸³ Motverkande köparmakt: Trycket från förhandlingsstyrkan hos företagets kunder.

⁸⁴ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. p 18

4.2 Konkurrensbegränsande avskärmning

Kommissionens primära syfte i frågan om utestängande åtgärder är att kontrollera så att företag i en dominerande position inte hämmar en effektiv konkurrens på marknaden genom att utestänga sina konkurrenter på ett sätt som är konkurrenshämmande, och således också skulle kunna påverka konsumenterna negativt. Negativ påverkan kan exempelvis bestå i såväl högre priser som sämre kvalitet eller ett minskat urval. Begreppet konkurrenshämmande avskärmning används för att beskriva en situation i vilken de faktiska eller potentiella konkurrenternas reella tillgång till leveranser eller marknader är hämmad, alternativt är satta ur spel som en följd av att det dominerande företagets beteende, som troligen har möjlighet att på ett lönsamt sätt höja priserna till skada för konsumenterna. Bedömningen av den eventuella negativa inverkan på konsumenterna bygger i första hand på kvalitativa, och i förekommande fall, kvantitativa bevis.⁸⁵

4.3 Dominansbedömningen

Kommissionen har valt att ta följande riktlinjer i beaktning vid fastställandet av dominansbedömningen:

- i) Det dominerande företagets *ståndsmässiga marknadsposition* som säger att desto starkare marknadsposition företaget har, desto större risk är det att företaget i fråga utnyttjar denna marknadsposition vilket får till följd att konkurrenshämmande effekter uppstår.
- ii) I ett andra hänseende analyseras *villkoren på den relevanta marknaden*, i denna kategori tas bl.a hänsyn till villkor för inträde, expansion samt skal- och stordriftsfördelar.
- iii) Även det dominerande företagets *konkurrenters ställning* är en viktig faktor som tas med i beräkningarna, vilket innefattar konkurrenternas betydelse för att upprätthålla en effektiv konkurrens på marknaden. En specifik konkurrent kan ha stor betydelse för konkurrensen även om den endast har en liten marknadsandel i förhållande till övriga aktörer på marknaden, exempelvis om det rör sig om företagets närmaste konkurrent eller om det är en konkurrent som är känd för att systematiskt sänka priserna.
- iv) Beaktning tas även till *kundernas och leverantörernas ställning*.⁸⁶ Företaget med en dominerande marknadsposition kanske endast tillämpar den aktuella metoden på vissa utvalda kunder eller leverantörer av insatsprodukter som är av särskilt stor betydelse för konkurrenternas marknadsinträde alternativt expansion, detta ökar således risken för en konkurrenshämmande avskärnings effekter på den berörda marknaden.⁸⁷

⁸⁵ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. p 19

⁸⁶ Se exempelvis: Mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. punkt 188.

⁸⁷ (2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EU-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder. p 20

v) Den femte faktorn som Kommissionen har att ta ställning till, är det misstänka *missbrukets omfattning*. Avskärmningseffekten blir i allmänhet större desto högre procentuell andel av den relevanta marknaden som påverkas av ett visst beteende, i kombination med desto längre beteendet pågår och ju mer regelbundet beteendet förekommer.

vi) Ställning tas också till möjliga bevis på *faktisk avskärmning*. I de fall då beteendet har pågått under en längre tid kan det dominerande företaget och konkurrenternas resultat på den gemensamma marknaden innefatta ett direkt bevis på en konkurrenshämmande avskärmning. Det misstänkta missbruket kan leda till att det dominerande företags marknadsandel har minskat eller ökat. På motsvarande sätt är det med de faktiska konkurrenterna, dessa kan ha marginaliserats eller lämnat marknaden och potentiella konkurrenter kan ha försökt ta sig in på marknaden utan framgång.

vii) Som en sista faktor tas även ställning till huruvida det föreligger direkta bevis på en *utestängningsstrategi*, vilket b.l.a. innefattas av direkta bevis på att företaget har en strategi för att utestänga konkurrenter genom att exempelvis författa en detaljerad plan på åtgärder som kan komma att utestänga en viss konkurrent, vilket i sin tur kan komma att snedvrider konkurrensen på den gemensamma marknaden. Sådana typer av bevis kan vara mycket användbara för att tolka det dominerande företags beteende.⁸⁸

4.4 Barriärer

Vid bedömningen av ett företags marknadsinflytande kan det fastslås att tillämparen i detta hänseende ofta ser till det specifika företags marknadsandelar. Men det skall också poängteras att marknadsandelarna inte är den enda eller avgörande faktorn som beaktas vid ett konstaterande av om företaget innehar en dominerande marknadsposition eller inte. Visserligen kan slutsatsen dras att desto större skillnaden är mellan de två största företagens marknadsandelar, desto större risk är det också att det företag som innehar den större marknadsandelen har ett mer betydande marknadsinflytande. Faktorer som särskilt påverkar marknadsandelarnas betydelse är; en nedåtgående utveckling för marknadsandelarna, kundkretsens förhandlingskraft, fluktuationer i marknadsandelarna till följd av stora engångsköp som görs vid ett fåtal tillfällen, utbytbarhet med avseende på efterfrågan och utbud samt snabb teknisk utveckling och de viktigaste konkurrensfördelarna. I princip är det möjligt för ett företag att ha ett stort marknadsinflytande, trots att dess marknadsandelar är av ringa storleksmässig betydelse. Faktorer som stärker ett företags marknadsinflytande är exempelvis företags oberoende ställning, vilket vanligtvis ger sig i uttryck genom företags ekonomiska- och finansiella styrka i kombination med dess tillgängliga lediga kapacitet och vertikala integrering. Likaså bredden i sortimentet och andra synergifördelar. Att ett företag har ekonomisk- och finansiell styrka yttrar sig vanligtvis i form av en låg skuldsättningsgrad, vilket i sin tur ger bättre möjlighet än konkurrenterna att åtnjuta sig andra konkurrensmetoder i form av exempelvis investeringar eller prissättningsmetoder. Ett företag med ledig kapacitet av betydande slag ges en möjlighet att reagera snabbt på exempelvis en nyetablering genom att öka sin produktionsnivå och sälja så många produkter på den relevanta marknaden att det p.g.a. de sänkta priserna och den hårda konkurrensen blir olönsamt för ett nytt företag

⁸⁸ Westin, Europeisk konkurrensrätt (2007) s. 132

att etablera sig på marknaden, vilken i sin tur ger upphov till att konkurrensen snedvrids.⁸⁹ Vid marknadsinflytandets bestämmande, tas även i beaktning vilken i utsträckning potentiella och redan befintliga kunder och konkurrenter samt varuleverantörer kan komma att begränsa företagets utnyttjande av sitt marknadsinflytande. Inte ens ett företag med en mycket stor marknadsandel kan sätta priset på sina produkter över den nivå som skulle råda i en konkurrenssituation då det är sannolikt att kunderna i en tillräckligt stor omfattning och utsträckning övergår till det konkurrerande företagets billigare alternativa produkter. Redan vid ett hot om att ett konkurrerande företag utvidgar sin verksamhet, alternativt att en potentiell konkurrent aktivt försöker arbeta sig in på marknaden kan i hög grad verka tillräckligt avskräckande och på så sätt begränsa företagets möjlighet att utnyttja sitt marknadsinflytande. Det blir i detta sammanhang av viktig betydelse att bedöma de hinder som kan vara att anse som potentiella, exempelvis hinder för utvidgande och marknadstillträde. Typiska hinder för marknadstillträde menar tillämparen är stordriftsfördelar av betydande karaktär, kapitalkrav, immateriella rättigheter samt starkt differerade produkter och begränsningar med avseende på åtkomsten till distributionskanaler. Vid bedömningen av förhandlingskraft handlar det i första hand om kundernas eller varuleverantörernas starka ställning i förhållande till företaget med en misstänkt dominans. Kunderna och varuleverantörerna ges en möjlighet till att begränsa det aktuella företagets konkurrensbegränsande beteende genom att påverka de olika villkor som tillämpas i affärsförbindelserna. För att detta skall bli möjligt krävs dock att kunderna eller varuleverantörer besitter möjligheten att själva välja vem de handlar med. Tillämparen menar dock att det bör poängteras att förhandlingskraften inte anses utgöra ett tillräckligt konkurrenstryck i sådana situationer då det endast är till fördel för den som använder sig av förhandlingskraften. Det krävs att förhandlingskraftens fördelar även gynnar de övriga marknadsaktörerna och i ett sista led även konsumenterna.⁹⁰

4.4.1 Etableringshinder

Det är svårare för företag med mycket stora marknadsandelar att agera oberoende av sina konkurrenter och kunder på en marknad med låga hinder för nyetablering, detta eftersom om företaget försöker tillämpa monopolprissättning kommer det med största sannolikhet att etableras nya företag på marknaden. Sannolikheten att nya företag snabbt etableras är däremot mindre om etableringshinder föreligger, vilket föranleder att företag med betydande marknadsandelar får lättare att agera oberoende av sina kunder och konkurrenter. Slutsatsen härav är att desto mer betydande etableringshindren är på en viss specifik marknad, desto mindre marknadsandel krävs således för att en dominerande ställning skall anses föreligga.⁹¹ Vilket i det närmaste tar sig i uttryck i EG-domstolens dom *Continental Can*⁹² där man gällande förpackningsmarknaden anförde följande:

⁸⁹ Westin, Europeisk konkurrensrätt (2007) s. 133

⁹⁰ <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/svenska.cgi?luku=konkurrensbegransningar%2Fmissbruk-av-ds&sivu=missbruk-av-ds>

⁹¹ Westin, Europeisk konkurrensrätt (2007) s. 133

⁹² Mål 6/72 *Continental Can*

”... a dominant position on the market for light metal containers for meat and fish cannot be decisive, as long as it has not been proven that competitors from other sectors of the market for light metal containers are not in a position to enter this market, by a simple adaptation, with sufficient strength to create a serious counterweight”⁹³

4.4.2 Tidsmässig aspekt

För att innehavaren skall hinna missbruka sin dominans krävs att den dominerande ställningen ligger över en viss tid. Den tidsmässiga aspekten påverkas av de etableringshinder som föreligger på den aktuella marknaden. På en marknad där det råder låga etableringshinder uppstår det nya företag då det dominerande företaget börjar utnyttja sin dominans vilket också föranleder att marknaden blir lukrativ. På en marknad som kännetecknas av höga etableringshinder tar det längre tid för nya företag att etablera sig, detta oavsett om de är villiga att göra betydande investeringar.⁹⁴

4.5 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det är av stor vikt för företaget i fråga att definiera den relevanta marknaden så bred som möjligt. Detta eftersom en vidare marknadsavgränsning (med avseende på både produktmarknad och geografisk marknad) leder till mindre marknadsandel och desto mindre risk att anses vara dominerande. Det är även av hög prioritet för företaget att fästa vikt vid argumentationen för låga etableringshinder, samt att en eventuell stark ställning på marknaden inte kommer att kunna bestå i längden, detta beroende av att trots att man för tillfället innehar en stark marknadsposition inte på sikt kommer att kunna sätta konkurrensen ur spel och agera oberoende av konsumenter och kunder. På motsatt sätt måste en konkurrensvårdande myndighet som vill komma åt ett visst beteende argumentera för en så snäv avgränsning av den relevanta marknaden som möjligt, eftersom det ifrågavarande företags marknadsandel då blir så hög som möjligt. Den slutliga marknadsavgränsningen måste i slutändan trots allt baseras på det aktuella fallets meriter, omständigheter och förutsättningar på den aktuella marknaden.⁹⁵

⁹³ Mål 6/72 Continental Can s. 215, domskäl 33

⁹⁴ Frågan om den tidsmässiga aspekten aktualiserades i Michelin mot Kommissionen mål 322/81. I domen diskuterades den tidsperiod som det skulle ta för en ny tillverkare att etablera sig på marknaden, samt även den tid det skulle ta för att bygga en fabrik och den tid det skulle ta för att bygga upp ett känt varumärke. Domstolen menade att Michelins dominerande ställning skulle bestå över en tillräckligt lång tid så att detta skulle ge dem möjlighet att utnyttja sin innevarande marknadsposition på den relevanta marknaden.

⁹⁵ Bernitz Europeisk konkurrensrätt (2007) s. 137

5. Marknadsandelarnas betydelse - ett urval av tillämpliga rättsfall

5.1 Utgångspunkt

Beroende på hur man väljer att avgränsa den relevanta marknaden så får det direkta verkningar för marknadsandelarnas betydelse. I United Brands hade man en innovativ inställning när det gällde avgränsningen av den relevanta marknaden med hänsyn taget till andra kriterier. I fallet valde man att se bananmarknaden som en specifik marknad vilket också fick till följd att domstolen kunde konstatera att United Brands hade en dominerande ställning. En så snäv marknadsavgränsning av den relevanta marknaden som möjligt leder som bekant till att marknadsandelarna då blir höga. United Brands argumenterade för att den relevanta marknaden skulle anses vara hela marknaden för frukt. Om de hade vunnit framgång med sina argument hade den relevanta marknaden definierats betydligt bredare vilket också hade föranlett att United Brands inte hade varit att anse som dominerande. United Brands har kommit att ligga till grund för flertalet senare rättsfall genom sin prejudicerande verkan.

5.1.1 Mål 27/76, United Brands

Trots att rättsfallet United Brands är över 30 år gammalt är det av flera olika anledningar modernt i sitt bedömnings sätt med avseende på marknadsandelarna, vilket jag avser titta närmare på i detta kapitel. Redan i fallet United Brands uppmärksammandes att man inte skall stirra sig blind på marknadsandelarna, utan att det istället är den oberoende helheten som skall vara av avgörande betydelse. Trots det kom detta kriterium ofta att bli avgörande vid bedömningen. På senare år har bedömningen av frågan om marknadsandelar gått tillbaka till de äldre bedömningsgrunder som fanns redan i United Brands där flera olika kriterier är avgörande för helhetsbedömningen. Domstolen menar att en dominerande ställning i regel grundar sig på en kombination av flertalet faktorer, som var för sig nödvändigtvis inte måste vara avgörande.⁹⁶

5.1.1.1 Rättsfallet i korthet

Fallet handlar om United Brands försäljning av bananer på den europeiska marknaden. United Brands ägor omfattades av såväl bananplantager i flera olika världsdelar som banantransporteringsfartyg och mogningsanläggningar. United Brands totala bananförsäljning i Benelux, Tyskland, Danmark och Irland uppgick vid tiden till hela 45 %, vilket var mer än dubbelt så mycket som United Brands närmaste konkurrent.⁹⁷

⁹⁶ Mål 27/76, United Brands p. 66-68

⁹⁷ Mål 27/76, United Brands Company & United Brands Continental BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, punkt 70-71 samt 108 och 120.

Kommissionen yrkade i fallet att United Brands hade missbrukat sin dominerande ställning i enlighet med artikel 102FEUF.⁹⁸

5.1.1.2 Marknad och Marknadsandel

Som ovan nämnts menade domstolen att en dominerande ställning i regel grundar sig på en sammanvägning av flera olika kriterier vid bestämmandet huruvida företaget innehar en dominerande ställning på marknaden eller inte, samt om ett eventuellt missbruksförfarande har ägt rum.⁹⁹ I ett inledande skede ämnade domstolen att utreda vilken den relevanta marknaden var, denna avgränsas till den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden.¹⁰⁰ Domstolen fäster utgångspunkten i möjligheterna till konkurrens i relation till produktens utmärkande egenskaper med hänsyn taget till det geografiska området inom vilket produkterna saluförs, samt där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga för att det skall bli möjligt att bedöma verkan av det berörda företags ekonomiska styrka.¹⁰¹ Vid bestämmandet av den relevanta produktmarknaden resonerar domstolen sig fram till att marknaden för bananer skall anses vara en egen produktmarknad då denna inte är substituerbar med andra färska frukter.¹⁰² Som grund för detta argument hänför domstolen att bananen genom sina utmärkande egenskaper och konsistens skall anses särskilja sig tillräckligt mycket från andra frukter. De konstaterar att banan inte är utbytbar eftersom bananens lätthanterlighet, avsaknad av kärnor och konstanta produktionsnivå fyller ett varaktigt behov hos äldre, sjuka och barn.¹⁰³ I resonemanget vid fastställandet av den geografiska marknaden anser kommissionen att Förbundsrepublikerna Tyskland, Danmark, Irland, Nederländerna och BLEU är den geografiska marknaden där det skall prövas om United Brands kan komma att hindra en effektiv konkurrens.¹⁰⁴ För att artikel 102FEUF skall bli tillämplig krävs det enligt domstolen att en klar och tydlig definition av den väsentliga gemensamma marknaden fastställs. Detta för att det skall bli möjligt att se huruvida förfarandet kan komma att angripas med ovan nämnda artikel och således anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning genom att hindra ett effektivt konkurrenstryck där de objektiva konkurrensvillkoren för den relevanta produkten skall vara densamma för alla ekonomiska aktörer.¹⁰⁵

5.1.1.3 Marknadsandelarna i relation till övriga rekvisit

Domstolen har gjort bedömningen att United Brands innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden och hänför följande orsaker som grund för sitt resonemang:

⁹⁸ Mål 27/76, United Brands p. 58

⁹⁹ Mål 27/76, United Brands p. 65-68

¹⁰⁰ Mål 27/76, United Brands p. 10

¹⁰¹ Mål 27/76, United Brands p. 11

¹⁰² Mål 27/76, United Brands p. 12-21

¹⁰³ Mål 27/76, United Brands p. 22-35

¹⁰⁴ Mål 27/76, United Brands p. 36, Se även p. 37-42, om varför Kommissionen valde att avgränsa den relevanta geografiska marknaden till just dessa länder, och varför de valde att utesluta andra länder inom EU vid fastställandet. Se även vidare p. 45-57, för en mer detaljerad beskrivning i avgränsningsorsakerna.

¹⁰⁵ Mål 27/76, United Brands p. 44

i) *United Brands marknadsandel i förhållande till sina konkurrenter.* Kommissionen menar att United Brands är den största banankoncernen på marknaden och står för 35 % av den totala bananexporten på världsmarknaden.¹⁰⁶ Till detta hänskjuter Kommissionen att United Brands innehar en marknadsandel som är uppskattad till 45 %.¹⁰⁷ På grundval av denna procentuella andel menar Kommissionen att det således inte går att dra någon annan slutsats än att United Brands kontrollerar marknaden.¹⁰⁸

ii) *Det stora antalet inköpskällor.* Kommissionen menar att det visserligen är riktigt såsom United Brands låtit påpeka att konkurrenterna har möjlighet att använda sig av samma produktions- och distributionskanaler som sökanden, men poängterar att de stöter på nästan oöverstigliga praktiska och finansiella hinder.¹⁰⁹

iii) *Den enhetliga kvaliteten på produkten.* Även i hänseendet att bestämmelsen om förbud mot återförsäljning av gröna bananer har som enda syfte att garantera en sträng kvalitetskontroll ger denna United Brands en total kontroll över all handel med United Brands produkter så länge denna saluförs av en grossist innan mognadsprocessen har sin början, detta i sin tur leder till att bananerna måste säljas i princip omgående.¹¹⁰

iv) *Organisationen av dess produktion och transporter.* Bananerna transporteras från det aktuella produktionsstället till lastningshamnarna med United Brands egna transportmedel.¹¹¹ Kommissionen fastslår att United Brands är det enda företaget i världen som kan transportera två tredjedelar av sin export med sin egen bananflotta i sjötransportledet.¹¹²

v) *Dess saluförningssystem och dess reklamkampanjer.* United Brands har genom upprepande och massiva säljkampanjer lyckats särskilja produkten från andra produkter, genom säljfrämjande åtgärder som i sin tur har kommit att resultera i att konsumenten företrädesvis väljer deras produkt trots den rådande prisskillnad som finns mellan bananer utan varumärke och bananer med varumärket.¹¹³

¹⁰⁶ Mål 27/76, United Brands p. 97

¹⁰⁷ Vilket enligt Bernitz innebär en klar presumtion för dominerande ställning, då en så pass stor marknadsandel av den relevanta marknaden innehåses av ett och samma företag, s. 161 Jämför även Mål 85/76 Hoffman La Roche & Co AG mot Kommissionen, REG 1979 s. 461 p. 91 i domskälen, där domstolen resonerade likartat kring marknadsandelarna.

¹⁰⁸ Mål 27/76, United Brands p. 105-112

¹⁰⁹ Mål 27/76, United Brands p. 123

¹¹⁰ Mål 27/76, United Brands p. 85-90, se även 94, vilken anger att UBC i försäljningsledet genom produktdifferentiering, som motiveras med att bananerna alltid håller jämn kvalitet, vilket i sin tur ger UBC tillgång till en fast kundkrets som förstärker företagets ekonomiska styrka.

¹¹¹ Mål 27/76, United Brands p. 79, detta i sin tur har kommit att medföra att UBC är det enda bolag i världen som kan garantera tre regelbundna leveranser i veckan till Europa. Se även p.81, som slår fast att UBC genom p. 79-80 står för en stabil och betryggande affärsverksamhet.

¹¹² Mål 27/76, United Brands p. 80

¹¹³ Mål 27/76, United Brands p. 91-96, av orsakerna som omnämns i dessa punkter konstaterar Kommissionen att UBC utan tvekan innehar en styrkeposition i försäljningsledet, eftersom UBC:s leveransstrategi går ut på att tillgodose kundernas beställningar på bananer genom sparsamt tilltagna eller ibland ofullständiga leveranser.

vi) Dess diversifierade verksamhet. De främsta hinder som Kommissionen kan se för konkurrenterna att få tillträde till marknaden är de betungande investeringar som är nödvändiga för att etablera och driva bananplantager. Andra hinder är behovet av att utöka antalet inköpsskällor, samt ett logistik- och distributionssystem som fungerar för en produkt som lätt kan komma att förstöras, de stordriftsfördelar som en nykomling på marknaden inte omdeledbart kan komma att dra nytta av detta eftersom det råder mycket höga inträdesbarriärer på marknaden.¹¹⁴

vii) Dess vertikala integration. Kommissionen menar att United Brands är ett företag som i en mycket hög grad är vertikalt integrerat. Integrationen uttrycks i varje distributionsled, från planagen till lastning på järnvägar eller lastbilar i lossningshamnarna. Därefter sträcker sig United Brands kontroll av distributionsledet till mognadsprocesserna och försäljningspriserna via ett nät av representanter till mognarna-distributörerna och grossisterna.¹¹⁵

Kommissionen konstaterar mot ovan anförda att United Brands har missbrukat sin dominerande ställning i förhållande till mognarna-distributörerna. Detta genom att de har använt sig av ett allmänt försäljningsvillkor som anger ett förbud mot att United Brands mognare-distributörer får återförsälja gröna bananer.¹¹⁶ Kommissionen erinrar dessutom att United Brands hade krävt att mognarna-distributörerna inte tilläts sälja några andra bananer än de bananer som United Brands levererade så länge som de distribuerade United Brands bananer till konkurrerande mognare-distributörer, alternativt till utländska handlare. Samt att United Brands samtidigt har övertygat dem om att det hade uppställts samma krav gentemot andra övriga utländska mognare-distributörer.¹¹⁷ United Brands vägran att sälja bananer till det danska företaget Olesen har Kommissionen betraktat som en leveransvägran, vilken inte objektivt sätt är berättigat. Eftersom United Brands med uppsåt anses ha skadat Olesen, genom att United Brands uppenbarliga syfte har varit att få United Brands mognare att avhålla sig från att sälja konkurrerande märken eller åtminstone göra reklam för dessa andra märken. Detta förfarande anser Kommissionen strider mot artikel 102FEUF i fördraget.¹¹⁸ Kommissionen lyfter dessutom fram att en produkt som innehar en dominerande ställning och har åtnjutit goodwill genom att den har ettärke som är välkänt och uppskattat av konsumenterna inte äger rätten att ställa in

¹¹⁴ Mål 27/76, United Brands p. 122, sådana kostnader som utgör en hög inträdesbarriär är framförallt fasta kostnader för penetration av marknaden, samt kostnader för kommersiellt nätverk, omfattande och dyra reklamkampanjer men även förhållanden som avser finansiella risker som inte täcks av utgifterna om försöket att få tillträde till marknaden skulle komma att misslyckas.

¹¹⁵ Mål 27/76, United Brands p. 69-71, se även p. 73-96 för en mer detaljerad beskrivning och motivering av varför Kommissionen anser att UBC i mycket hög grad är vertikalt integrerat och således har uppnått en privilegierad ställning genom att de har gjort Chiquita till det ledande bananmärket på den relevanta marknaden, vilket i sin tur kommissionen menar har kommit att leda till att distributören inte kan avstå från att utbjuda detta varumärke till konsumenten.

¹¹⁶ Mål 27/76, United Brands p. 130

¹¹⁷ Mål 27/76, United Brands p. 131, ett exempel på detta är att UBC vägrade att sälja bananer till det danska företaget Olesen som i sin tur hindrats att få leveranser genom avslag från alla de distributörer som de hade vänt sig till för att få leverans av gröna bananer.

¹¹⁸ Mål 27/76, United Brands p. 168

sina leveranser till en tidigare kund som iakttar rådande handelsbruk, och då denna kunds beställningar är normala.¹¹⁹

United Brands användning av diskriminerande priser - Alla de bananer som United Brands marknadsför under märket "Chiquita" på den relevanta marknaden har samma geografiska ursprung, är av samma sort och har nästan identisk kvalitet.¹²⁰ Kommissionen har uppmärksammat att United Brands har tillämpat ett försäljningspris som skiljer sig åt i en markant mening beroende på den medlemsstat där kunden är etablerad.¹²¹ Vidare menade Kommissionen att även då det inte åligger United Brands att skapa en enda marknad för bananer så får bolaget endast försöka utvinna "det som marknaden kan bära" under förutsättning att bolaget följer de regler som styr regleringen och samordningen av marknaden och som uppställs i fördraget.¹²² Således menar Kommissionen att United Brands pga. sin dominerande ställning samt genom upplysningar från sina lokala representanter kunde påtvinga köparen i mellanledet sitt oskäligen försäljningspris. Priset i kombination med "den tilldelade veckokvoten" fastslogs och meddelades kunden först fyra dagar innan lasten ankom till kajen, därav en överträdelse enligt artikel 102FEUF.¹²³

De oskäligen priserna -Kommissionen hävdar att United Brands tack vare sin strategi med avskärmning av den relevanta marknaden på Chiquita-bananer har kunnat tillämpa sådana priser som är undantagna från en effektiv konkurrens och som, då det avser ett födoämne med en hög konsumtion, ofta utvisar betydande prismässiga skillnader som inte är motiverade ur en objektiv synvinkel.¹²⁴ Kommissionen anser med bakgrund av nyligen anförda att det föreligger tillräcklig grund för att priserna skrivs ned till minst 15 % under de priser som United Brands tillämpar gentemot sina kunder på den relevanta marknaden.¹²⁵

5.1.1.4 Domskäl

United Brands fälls på samtliga fyra åtalpunkter till missbruk av dominerande ställning. – Kommissionen finner att United Brands har gjort sig skyldig till fyra överträdelser: i) United Brands har ställt som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. ii) Prisdiskriminering iii) Oskäligen försäljningspriser iv) Leveransvägran.

¹¹⁹ Mål 27/76, United Brands p. 182

¹²⁰ Mål 27/76, United Brands p. 201

¹²¹ Mål 27/76, United Brands p. 205-211, för detaljerad och utförlig beskrivning av den individuella prisskillnaden som UBC tillämpade beroende på den medlemsstat som kunderna var etablerade i.

¹²² Mål 27/76, United Brands p. 226-230

¹²³ Mål 27/76, United Brands p. 231-234

¹²⁴ Mål 27/76, United Brands p. 236, Skillnaderna menar Kommissionen tydligt indikerar att de högsta priserna är alltför höga i förhållande till de priserna som är lägst. (p. 237)

¹²⁵ Mål 27/76, United Brands p. 341

5.1.2 Mål 86/76, Hoffman LaRoche

I rättsfallet Hoffman LaRoche ställdes frågan om avgränsningen av den relevanta marknaden på sin spets, och visar tydligt sambandet mellan att en bred marknadsavgränsning leder till lägre marknadsandelar och att en snäv marknadsavgränsning leder till högre marknadsandelar. Kommissionen menade att eftersom det tydligt kunde fastställas en hög grad av dominans blev också andra faktorer ointressanta för utgången i målet. Likt United Brand har även Hoffman La-Roche rättsfall från EU-domstolen vägledande verkan genom sin vägledande betydelse för flertalet senarekommande rättsfall.

5.1.2.1 Rättsfallet i korthet

Företaget Hoffman La-Roche säljer vitaminer inom hela gemenskapens område, och har enligt artikel 102FEUF missbrukat sin dominerande ställning genom att erbjuda sina kunder trohetsrabatter.¹²⁶ Domstolen började med att definiera den relevanta marknaden och eftersom produkterna säljs i alla medlemsländerna konstaterade Domstolen att den geografiska marknaden utgjordes av hela den gemensamma marknaden.¹²⁷ Med avseende på den relevanta produktmarknaden fann Domstolen att Hoffman La-Roche säljer flera olika typer av vitaminer som i sin tur inte är substituerbara¹²⁸ varför de fann att varje vitaminsort utgjorde en egen relevant produktmarknad.¹²⁹

5.1.2.2 Marknad och Marknadsandel

Kommissionen fastslog i frågan om den dominerande ställningen att marknadsandelarna i de relevanta marknaderna (som delats upp i sju olika produktmarknader) var tillräckligt stora i förhållande till konkurrenternas, varför man ansåg att dominans förelåg.

Kommissionen menade att Hoffman La-Roche hade en sådan total handlingsfrihet på den relevanta marknaden att företaget kan lägga hinder i vägen för en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden och således intar en dominerande ställning på dessa marknader.¹³⁰ Detta i sin tur ger en tydlig indikation på att företagets ställning tillåter dem att i betydande omfattning agera oberoende av konkurrenter, kunder och i ett sista led konsumenter.¹³¹

5.1.2.3 Marknadsandelarna i relation till övriga rekvisit

Innehavet av en betydande marknadsandel som ett bevis för att det föreligger en dominerande ställning är enligt Kommissionen inte en oföränderlig faktor. De menar att betydelsen härav varierar kraftigt från marknad till marknad, beroende på dess struktur, särskilt med avseende på produktionen, utbud och efterfrågan. Var och en av de olika vitaminingrupperna utgjorde en särskild marknad. Men eftersom de uppvisade tillräckligt många gemensamma drag kan samma kriterier tillämpas på dem med avseende på marknadsandelaras betydelse för bedömningen av om det föreligger en dominerande

¹²⁶ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 2

¹²⁷ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 3, 6 och 22

¹²⁸ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 28

¹²⁹ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 23-27

¹³⁰ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 21 och 36

¹³¹ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 38

ställning eller inte.¹³² Kommissionen menar att utmärkande höga marknadsandelar i regel utgör tillräckliga bevis för att det föreligger en dominerande ställning (utom i undantagsfall). Detta oavsett om marknadsandelarnas betydelse i sig kan skifta från en marknad till en annan.¹³³ Företag som under en längre tidsperiod har särskilt stora marknadsandelar befinner sig genom omfattningen av sin produktion och sitt utbud i en maktposition som gör företaget till en nödvändig handelspartner, vilket leder till karaktäristisk handlingsfrihet. Innehavarna av betydligt mindre andelar kan inte snabbt uppfylla den efterfrågan från dem som inte längre vill använda sig av företaget med den avsevärt större andelen.¹³⁴

Till stöd för sina argument med avseende på Hoffman La-Roches marknadsandelar har Kommissionen anfört följande tilläggs-kriterier:

i) ”Roches marknadsandelar är inte endast av betydande storlek, utan det är dessutom ett avsevärt avstånd mellan dessa och de största konkurrenternas marknadsandelar.”¹³⁵

ii) ”Roche tillverkar ett långt större urval av vitaminer än konkurrenterna.”¹³⁶

iii) ”Roche är världens största tillverkare av vitaminer och dess omsättning är större än alla de andra tillverkarnas sammanlagda omsättning. Roche står också i spetsen för en multinationell koncern, som i omsättningshänseende är världens största läkemedelskoncern.”¹³⁷

iv) ”Även om Roche inte längre har patent på vitamintillverkningen så har Roche på grund av sin roll som banbrytare på området i fråga fortfarande teknologiska fördelar i förhållande till konkurrenterna, vilka fördelar visar sig i Roches mycket utvecklade hjälp- och informationsservice för kunderna.”¹³⁸

v) ”Roche har ett mycket utbrett och specialiserat försäljningsnätverk”¹³⁹

vi) ”Någon potentiell konkurrens föreligger inte.”¹⁴⁰

Som stöd för dessa indicier anförde Kommissionen dessutom att Hoffman LaRoches förmåga att bibehålla sina marknadsandelar i stort sett är oförändrade, trots en livlig konkurrens vilken utgör ytterliggare ett indicium på att företaget innehar en dominerande marknadsposition.¹⁴¹ Att företaget dessutom är världens största tillverkare av vitaminer menar Kommissionen är ytterliggare en av anledningarna till att de innehar en sådan dominerande ställning att de i princip kan agera oberoende av sina konkurrenter.¹⁴²

¹³² Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 40

¹³³ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 41

¹³⁴ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 41 stycke 2

¹³⁵ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 5 och 21 (beslutet)

¹³⁶ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 21 (beslutet)

¹³⁷ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 5-6 och 21 (beslutet)

¹³⁸ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 7-8 (beslutet)

¹³⁹ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 8

¹⁴⁰ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 21, se även punkt 42 a-f

¹⁴¹ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 42-43

¹⁴² Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 47

Av de sju vitaminsorterna som var under prövning konstaterade Kommissionen att sex av dessa var dominerande på sin specifika relevanta marknad. Bedömningen av marknadsandelarna har ålagts en stor tyngd och marknadsandelarna varierade mellan 30 och 100 procent. Den vitaminsort som inte ansågs vara dominerande var inte helt oväntat den som innehade den lägsta marknadsandelen (30 %) och låg precis vid den nivå som i normalfallet vanligtvis utesluter dominans, varför Kommissionen valde att fria denna.¹⁴³ Medan Kommissionen valde att fälla de vitaminer som överskred denna gräns.¹⁴⁴

5.1.2.4 Domskäl och domslut

I beslutet fastslogs att Hoffman LaRoche hade en dominerande ställning på den gemensamma marknaden, och att företaget således brutit mot artikel 102FEUF genom att de hade missbrukat sin dominerande ställning. Detta genom att de från 1964, men framförallt mellan 1970 och 1974, hade ingått avtal med 22 köpare med avseende på vitaminerna som för köparna innebar en förpliktelse eller, genom trohetsrabatter, ett incitament att uteslutande eller företrädesvis hos Hoffman LaRoche täcka hela eller en betydelsefull del av sitt behov av vitaminerna.¹⁴⁵

¹⁴³ Se b.la Mål C-62/86 Akzo där domstolen ansåg att presumtionsgränsen för dominans var en annan.

¹⁴⁴ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 49-68

¹⁴⁵ Mål 86/76 Hoffman LaRoche p. 2

5.1.3 Mål, C-62/86 AKZO

I fallet Akzo mot Kommissionen ställdes frågan om underprissättning på sin spets. Underprissättning avser en situation där ett företag med en dominerande ställning avsiktligt utsätter sig själv för en förlust eller på kort sikt avstår från vinsten med förhoppningen om att utestänga befintliga konkurrenter på marknaden. Man utgår från de genomsnittliga undvikbara kostnaderna då man bedömer om ett företag med en dominerande ställning har en förlust som skulle kunna undvikas. I målet ansåg domstolen att Akzo egentligen inte hade något intresse av att tillämpa sådana priser, om det inte är för att slå ut sina konkurrenter för att sedan kunna höja sina priser igen med hjälp av sin monopolposition, detta eftersom varje försäljning medför en förlust.

5.1.3.1 Rättsfallet i korthet

I detta fall ansåg Akzo att Kommissionen felaktigt hade tillämpat begreppet dominerande ställning när de ansåg att Akzo hade en sådan ställning och rubricerade Akzos beteende som ett missbruk.¹⁴⁶ Detta eftersom Akzo ansåg att Kommissionen hade definierat den relevanta marknaden felaktigt genom att avgränsa denna till organiska peroxider¹⁴⁷ då de betraktade denna som en enhetlig marknad och således också grundat sig på oriktiga faktorer för att fastställa den påstådda dominerande ställningen.¹⁴⁸

5.1.3.2 Marknad och Marknadsandel

Akzo har hävdad att den marknad som Kommissionen har definierat inte under några omständigheter kan anses vara den rätta eftersom organiska peroxider inte är att anse som utbytbara sinsemellan. Akzo anser att de inte heller kan anses tillhöra en och samma marknad pga. att de skulle komplettera varandra. Detta eftersom kunderna inte vänder sig till en och samma leverantör för att täcka sina behov av peroxider.¹⁴⁹ Akzo menar istället att organiska peroxider tillhör en enhetlig marknad eftersom de utgör en samlad värdering av sin marknadsandel för dessa produkter.¹⁵⁰ Förutom det faktum att företaget är världsledande på peroxidmarknaden, fastslås det även av domstolen att Akzo har den mest utvecklade marknadsföringsorganisationen, enligt egen utsago, ur en kommersiell och teknisk synvinkel.¹⁵¹

Kommissionen anser att Akzo innehar en dominerande marknadsposition på marknaden för organiska peroxider och grundar sina argument dels på företagets marknadsandel och dels på en rad andra faktorer som tillsammans med marknadsandelen ger företaget en markant dominans.¹⁵² Vid tiden för det påstådda missbruket var Akzos marknadsandel lika hög som de övriga producenterna tillsammans, Akzos marknadsandel hade även varit

¹⁴⁶ Mål C-62/86 Akzo, p. 12 st. 2

¹⁴⁷ Se mål 6/73 och 7/73, Commercial Solvents punkt 21, där domstolen dömde att den marknad där verkningarna av missbruket visat sig ”har ingen betydelse i fråga om bedömningen av den marknad som är relevant när det gäller att konstatera om det föreligger en dominerande ställning”

¹⁴⁸ Mål C-62/86 Akzo, p. 34 sr. 1

¹⁴⁹ Mål C-62/86 Akzo, p. 48

¹⁵⁰ Mål C-62/86 Akzo, p. 53

¹⁵¹ Mål C-62/86 Akzo, p. 61

¹⁵² Mål C-62/86 Akzo, p. 55

stabil över tid, och de hade alltid stått sig mycket väl i konkurrensen och motstått angrepp från mindre producenter. Därför ansågs de inneha en marknadsledande position.¹⁵³

5.1.3.3 Marknadsandelarna i relation till övriga rekvisit

Förutom marknadsandelarna var det också av betydelse att Akzo under perioder av lågkonjunktur lyckats behålla sin samlade vinstmarginal. Detta genom att de regelbundet höjde sina priser och/eller försäljningsvolymerna. Av betydelse var också att Akzo hade ett mycket större produktsortiment än vad konkurrenterna hade. De hade dessutom den mest tekniskt och kommersiellt utvecklade marknadsföringsorganisationen samt ledande kunskaper inom säkerhet och toxikologi, vilket även det var av betydelse menade Kommissionen. Enligt egen utsago har Akzo visat sig vara kapabla att slå ut ”besvärande” konkurrenter från marknaden, alternativt att försvaga dessa väsentligt. Akzo har visat sig kunna konkurrera ut en mindre producent när företaget så önskar. Efter att Akzo har lyckats slå ut de mindre konkurrenterna har de sedan kunnat höja priset på en produkt som varit konkurrensutsatt.¹⁵⁴ Domstolen slår fast att Akzos argument inte kan godtas och att marknaden för organiska peroxider skall betraktas som en enhetlig marknad vilket föranleder att Akzos marknadsandel bör betraktas på grundval av samtliga organiska peroxider. Domstolen slår därför fast att Akzo kunde erbjuda ett större produktsortiment än vad deras största konkurrenter kunde vilket i sin tur bidrog till Akzos dominerande ställning på marknaden.¹⁵⁵ Enligt Akzos egna interna dokumentation under tiden 1979-1982 säger de sig ha en marknadsandel om 50 %¹⁵⁶, och de har inte lämnat några uppgifter som visar att marknadsandelen skulle minskat under de påföljande åren.¹⁵⁷

5.1.3.4 Domskäl och domslut

Kommissionen finner att Akzo har missbrukat sin dominerande ställning, genom att de har försökt stänga ute konkurrenterna från marknaden för organiska peroxider. Detta i huvudsak genom utestängande och långvariga prissänkningar inom mjöltillsatssektorn.¹⁵⁸ Missbruksbegreppet är enligt domstolen ett objektivt begrepp som omfattas av sådana beteenden av ett företag med en dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en viss marknad där konkurrensen redan är försvagad till följd av det ifrågavarande företagets existens. Samt genom att andra metoder används än sådana som är att anse som normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner.

¹⁵³ Mål C-62/86 Akzo, p. 56

¹⁵⁴ Mål C-62/86 Akzo, p. 56 i-vii se även punkt 61-62

¹⁵⁵ Mål C-62/86 Akzo, p. 58

¹⁵⁶ Se mål 85/76 Hoffman LaRoche punkt 41. Där domstolen i frågan om marknadsandelarna slog fast att särskilt stora marknadsandelar i sig själv, utom i undantagsfall utgör tillräckliga bevis för att det föreligger en dominerande ställning. Detta är fallet vid en marknadsandel på 50 % som i förevarande fall.

¹⁵⁷ Mål C-62/86 Akzo, p. 59

¹⁵⁸ Mål C-62/86 Akzo, p. 63-64

Något som i sin tur medför att hinder skapas för att den redan existerande konkurrensen på marknaden upprätthålls eller vidareutvecklas.¹⁵⁹ Nyss sagda föranleder att artikel 102FEUF i fördraget förbjuder ett dominerande företag att slå ut en konkurrent och därigenom också stärka den egna marknadsposition genom att använda sig av sådana medel som hör till en konkurrens genom prestationer. Sett ur denna synvinkel fastslås att all konkurrens med priser emellertid inte kan anses vara tillåten.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Mål C-62/86 Akzo, p. 69. Se även mål 85/76 Hoffman LaRoche där domstolen förde ett liknande resonemang kring missbruksbegreppet som ett objektiva begrepp.

¹⁶⁰ Mål C-62/86 Akzo, p. 70

5.1.4 Mål T 31862–04 Telia Sonera

Målet är aktuellt och intressant i den meningen att det är första gången då KKV stämmer ett företag för s.k. marginalklämning. Liknande jämförelser och paralleller finns att dra till uppmärksammade rättsfall i b.l.a Tyskland, Frankrike och Finland, men för svensk rättshistoria är detta rättsfall unikt. I målet väckte tingsrätten frågan om behov av förhandsavgörande från EU-domstolen. Begäran om förhandsavgörandet avsåg tolkningen av artikel 102FEUF. EU domstolen besvarade de hänskjutande frågorna genom dom i mål C-52/09. Anledningen till att förhandsavgörande från EU-domstolen inhämtades var att förfarandet kunde komma att påverka handeln mellan medlemsstater i den Europeiska Unionen.

5.1.4.1 Rättsfallet i korthet

Enligt KKV har TeliaSonera begränsat konkurrensen på marknaden för bredbandstjänster. TeliaSonera står som ägare till det fasta telenätet i Sverige, vilket når samtliga hushåll inom landet. Telenätet används av TeliaSonera när företaget i fråga säljer teletjänster till sina konsumenter. Men TeliaSonera erbjuder även andra operatörer tillträde till det fasta telenätet.¹⁶¹ Marknaden har växt kraftigt de senaste åren, och allt fler hushåll i Sverige efterfrågar fast anslutning till internet. Idag har över en miljon svenska hushåll bredband. ADSL är den vanligaste formen av bredband, med nästan två tredjedelar av det totala antalet anslutningar. TeliaSonera är den största leverantören på bredbandsmarknaden. KKV anser att TeliaSonera har haft en mycket stark ställning på slutkundsmarknaden. Dock inte nödvändigtvis en dominerande sådan. TeliaSonera är den enda bredbandsleverantören som har ett s.k. rikstäckande accessnät vilket är ett krav för att kunna leverera en bredbandsanslutning till kunderna. Nätet används dels för att erbjuda bredbandstjänster till konsumenter, men också för att erbjuda andra operatörer tillträde till sitt nät. KKV anser att TeliaSonera åtminstone under tiden för missbruket, har innehaft en marknadsdominerande ställning.¹⁶²

5.1.4.2 Marknad och Marknadsandel

I Kommissionens tillkännagivande om tillträdesavtal inom telesektorn har det fastslagits att det inom telesektorn finns åtminstone två relevanta marknader som måste tas i beaktning. Den ena marknaden är den för tjänster till slutanvändare och den andra är marknaden för den infrastruktur som behövs för att tillhandahålla dessa tjänster till slutanvändarna t.ex. det fysiska nätet. I Kommissionens tillkännagivande framkommer att den relevanta marknaden omfattas av alla varor eller tjänster som pga. sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen är att anse som utbytbara av konsumenterna. Den relevanta slutkundsmarknaden omfattas av marknaden för bredbandsanslutning via ADSL.¹⁶³

¹⁶¹ Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 4

¹⁶² Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 5

¹⁶³ Mål C-52/09 TeliaSonera p. 10-13

Kommissionen slog fast att olika typer av bredbandsanslutningar ingick i samma produktmarknad då man under den aktuella tidsperioden konstaterade att användningsområdet, bredbandsanslutning via internet, var möjligt genom ADSL, kabel TV-nät, LAN samt satellitnät, elnät och radionät.¹⁶⁴ Marknadsdefinitionen är ett verktyg för att finna och fastställa gränserna för konkurrensen mellan företag. Det primära syftet med att definiera dessa marknader är att identifiera de faktiska konkurrenterna till de berörda företagen som är kapabla att begränsa deras beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.¹⁶⁵ Tillämparen framhåller att ett företag eller en viss företagsgrupp inte kan ha väsentligt inflytande på de rådande försäljningsvillkoren om det är enkelt för dess kunder att gå över till substitutionsvaror. Att definiera den relevanta marknaden består således i huvudsak i att identifiera vilka leverantörer som de berörda företagens kunder har i praktiken med avseende på dels produkter och tjänster och dels leverantörens geografiska placering.¹⁶⁶

5.1.4.3 Marknadsandelarna i relation till övriga rekvisit

I förhandsavgörandet har Domstolen slagit fast att det inte krävs en dominerande ställning för att marginalklämning skall anses utgöra ett missbruk av den dominerande marknadspositionen. Dock bör det påpekas att TeliaSonera vid tillfället för det påstådda missbruket hade en mycket stark ställning på slutkundsmarknaden. Under 2001 stärkte TeliaSonera sin ställning för internetaccess på den svenska marknaden och dess marknadsandel under perioden uppmättes till 55%. I frågan om ADSL hade TeliaSonera för samma period en marknadsandel som uppgick till 80% av den relevanta marknaden.¹⁶⁷ På den relevanta grossistmarknaden uppnådde TeliaSoneras marknadsandelar hela 100%, och ett de facto monopol. Då TeliaSonera stod som enda ägare till det enda nätet av betydelse konstaterades en dominerande ställning, samt att TeliaSonera i sitt beteende kunde agera helt oberoende av sina kunder, konkurrenter och konsumenter. Under hela marginalklämningsperioden hade TeliaSonera en mycket stark finansiell ställning och ett statligt ägande.¹⁶⁸ Marknadsandelarna har på bredbandsmarknaden utvecklats på ett sådant sätt som starkt avviker från de som rådde på uppringt internet, vilket kom att leda till bestående effekter. Fram till 1999 var det ca 2 % som utgjordes av bredbandsanslutningar på marknaden. Då hade TeliaSonera knappt en tredjedel av marknaden, eftersom det fanns flera starka konkurrenter på marknaden. På den nya marknaden för ADSL däremot hade TeliaSonera mellan 70-80 % av marknadsandelarna under 2000-2003. Trots etablerade kundstockar saknade konkurrenterna möjlighet att följa med i utvecklingen. På bredbandsmarknaden hade TeliaSonera påstått att det var bredbandsbolaget som var ledande aktör och att anledningen till att TeliaSonera tvingades sätta ett lågt kundpris var bredbandsbolagets låga priser. TeliaSonera hade vid den tiden 50 % av marknaden och bredbandsbolaget hade en marknadsandel om 10-15 %. Bredbandsbolaget som satsade mycket hårt på LAN-tekniken gick inte med vinst.

¹⁶⁴ Mål T 31862-04 TeliaSonera, för mer information om hur Kommissionen resonerade sig fram till bestämmandet av den aktuella produktmarknaden se s. 12

¹⁶⁵ Mål T 31862-04 TeliaSonera s. 56

¹⁶⁶ Mål T 31862-04 TeliaSonera s. 57

¹⁶⁷ Mål T 31862-04 TeliaSonera s. 14

¹⁶⁸ Mål T 31862-04 TeliaSonera s. 16

Företagen hade flera goda skäl till att sätta ett lågt kundpris och sedermera också säkra en stor del av slutkundsmarknaden.¹⁶⁹

I förhandsavgörandet fastslog Domstolen att prissättningen har en konkurrensbegränsande effekt om de konkurrenter som är lika effektiva utestängs eftersom den försvårar eller omöjliggör inträde.¹⁷⁰ Det finns inga krav på att konkreta effekter måste uppvisas, utan det är fullt tillräckligt att visa en potentiell konkurrensbegränsande effekt. Om en negativ marginal föreligger råder också sannolikt en potentiell utestängningseffekt. Om marginalen är positiv så krävs det att prissättningen åtminstone försvårar för de berörda aktörerna att utöva sin verksamhet på den relevanta produktmarknaden och relevanta geografiska marknaden. Även konkurrens av potentiell karaktär skall här tas med i bedömningen. Tillämparen hävdar att TeliaSoneras prissättning har fått den effekten att den har försvårat eller omöjliggjort inträde för de lika effektiva konkurrenterna. TeliaSoneras beteende har således kommit att leda till konkurrensbegränsande effekter på bredbandsmarknaden eftersom prissättningen har fått till följd att infrastrukturkonkurrensen har kommit att hämmas. Marginalklämningen i sin tur har enligt tillämparen skapat följder som förseningar och inträdersbarriärer för konkurrenter. Marknadsandelarna har utvecklats på bredbandsmarknaden på ett sådant sätt att de avviker på ett mycket starkt och tydligt sätt tillskillnad från dem som rådde på uppringt internet.¹⁷¹

5.1.4.4 Domskalet och domslut

För att ett företag skall anses ha en dominerande ställning i enlighet med artikel 102FEUF krävs att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att de får möjlighet att hindra upprätthållandet av ett effektivt konkurrenstryck på den relevanta marknaden genom att de kan agera oberoende av sina konkurrenter, kunder och konsumenter.¹⁷² EU-domstolen har framhållit att det vid prövning om marginalpress inte nödvändigtvis måste innebära att de innehar en dominerande marknadsposition både i grossistledet och slutkundsledet.¹⁷³ Domstolens slutsats kan alltså i korthet uttryckas som att det i princip inte är relevant för bedömningen om företaget inte har en dominerande marknadsposition även på detaljistmarknaden för tillhandahållande av bredbandsanslutningar till slutkunder, för prövningen av marginalpress¹⁷⁴ TeliaSoneras uppvisade beteende och agerande utgjorde ett missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102FEUF¹⁷⁵

¹⁶⁹ Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 26-31

¹⁷⁰ Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 26

¹⁷¹ Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 18-20

¹⁷² Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 65 se även förhandsavgörandet p. 23

¹⁷³ Se förhandsavgörandet p. 83

¹⁷⁴ Den 30 januari 2009 beslutade tingsrätten att begära in ett förhandsavgörande av EU-domstolen. Den 9 juni 2009 lämnade KKV ett yttrande till EU-domstolen. Den 17 februari 2011 meddelade EU-domstolen sin dom där de klargjorde under vilka förutsättningar som marginalklämning kan anses utgöra missbruk av dominerande ställning. Huvudförhandling i Stockholm har meddelats, domen meddelas 2 december 2011. Tingsrätten biföll KKV:s talan och dömde TeliaSonera till konkurrensskadeavgift. TeliaSonera har överklagat domen till MD.

¹⁷⁵ Mål T 31862–04 TeliaSonera s. 54

6. Avslutning

6.1 Återkoppling

Jag inledde min uppsats med följande frågeställning: *Vilken* och *hur* stor betydelse har marknadsandelarna för dominansbedömningen? Samt vilka övriga kriterier spelar en avgörande roll för dominansbedömningen? På denna fråga kan jag mot bakgrund av den informationsinhämtning och analys som jag har gjort under uppsatsskrivandet gång konstatera att det är en spännande och komplicerad rättsutveckling som det inte finns något enkelt och entydigt svar på. Jag anser mig trots allt kunna dra ett antal slutsatser vilka åskådliggörs nedan.

6.2 Marknadsdefinitionens relevans för marknadsandelarna

Avgränsningen av den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden är av signifikant betydelse eftersom det är genom denna marknadsdefinition som marknadsandelarna fastställs. Det ligger i ett företags intresse att definiera den relevanta marknaden så bred som möjligt eftersom en bredare marknadsavgränsning indikerar en lägre marknadsandel, vilket i sin tur leder till en mindre risk för företaget att anses vara dominerande. På motsatt vis är det av intresse för en konkurrensvårdande myndighet som vill komma åt ett visst beteende att försöka definiera den relevanta marknaden så snäv som möjligt. Detta eftersom det ifrågavarande företags marknadsandel då blir hög, vilket leder till en större möjlighet för den konkurrensvårdande myndigheten att angripa förfarandet med tillämpningen i artikel 102FEUF. Det åligger sedan domstolen att ur en opartisk synvinkel pröva frågan om huruvida dominans föreligger eller inte.

6.3 Rättspraxis

Domstolen konstaterade att United Brands hade en marknadsandel om 40 % då de hade avgränsat den relevanta produktmarknaden till bananer. Om Domstolen istället hade valt att definiera den relevanta marknaden till frukt hade United Brands knappast kunnat anses inneha en dominerande position eftersom bananmarknaden endast utgör en liten del av den totala fruktmarknaden, men bananer ansågs inte vara substituerbara med annan frukt pga. bananens mjuka konsistens, avsaknad av kärnor, samt flertalet andra faktorer och därav Domstolens bedömning. United Brands argumenterade alltså i fallet för att definiera den relevanta marknaden så bred som möjligt medan Domstolen som ville komma åt det påstådda missbruksförfarandet försökte definiera denna så snäv som möjligt.

I Akzo slår Domstolen fast att 50 % är en presumtion för dominans, det skulle alltså innebära att lägre andelar än 50 % inte kan sägas vara dominans, men i United Brands fastslås att presumtionen för dominans är 40 %. Frågan man kan ställa sig då är var presumtionen för dominans egentligen ligger eftersom Domstolen ändrar sin uppfattning? Hur höga skall marknadsandelarna vara procentuellt sett? Om ett företags marknadsandelar är 50 % och det dyker upp ett företag som har andelar om 40 % och som exempelvis är vertikalt integrerat, besitter finansiell styrka och immaterialrättigheter är 50 % fortfarande en presumtion för dominans då?

Summan av ovanstående är att någon specifik presumtionsgräns alltså inte går att fastställa. Vad som däremot kan konstateras är att om ett företag har en marknadsandel som överstiger 65 % skall det anses vara dominerande och om deras marknadsandel understiger 30 % skall ingen sådan bedömning göras. Mellan dessa båda gränser råder det fri tolkning för domstolarna att avgöra om ett visst företag innehar en dominerande marknadsposition med hänsyn till andra faktorer.

I den rättspraxis som jag har valt att analysera ser jag en trend. I United Brands uppmärksammade Domstolen att det är helhetsintrycket som är avgörande och inte bara marknadsandelarna. Flera olika kriterier vägdes in, såsom b.l.a. konkurrenternas marknadsställning. I Hoffman LaRoche och Akzo däremot lade Domstolen stor vikt vid marknadsandelarnas betydelse och de menade att andra kriterier var av mindre relevans. I TeliaSonera domen fäste Domstolen däremot, likt i fallet United Brands, stor vikt vid helhetsintrycket och att marknadsandelarna endast skall ses som ett kriterie i raden av många andra vid fastställandet av dominans. Denna tes som jag uppmärksammade i min rättsfallsanalys presenterade jag vid mejlkorrespondensen med Ulf Bernitz och Leif Gustafsson, varpå de höll med mig i denna rättsutveckling om att helhetsintrycket återigen hade blivit ett tillämpligt synsätt. På så sätt är den prejudicerande domen United Brands återigen ”modern” i dagens hänseende. Min uppfattning är att marknadsandelarna spelar en allt mindre roll som en enskild faktor. Domstolen fäster istället stor uppmärksamhet vid en sammanvägning av alla de kriterier som är av avgörande betydelse i ett enskilt fall beroende på dess specifika omständigheter och förutsättningar.

I takt med rättsutvecklingen och i takt med att dagens företag besitter fler immaterialrättigheter, kunskapsmässiga- och teknologiska kunskaper samt finansiella styrkor, så menar jag att Domstolens synsätt har ändrat sig eftersom de i dagens hänseende har fler faktorer att ta hänsyn till än vad de hade tidigare. Något som med största sannolikhet skulle leda till att de idag inte skulle anse att presumtionen för dominans är 50 %.

6.4 Önskvärd precisering

Min uppsats bidrar med att skapa en överblick av marknadsandelarnas betydelse och dess föränderliga trend över tid. Något som jag tycker är viktigt att belysa för framtiden. Domstolens bedömningssätt är uppenbarligen en föränderlig faktor, vilken enligt mig bör korrelera bättre med sekundärrätten och de riktlinjer som uppställs för tolkningen av rättspraxis. Riktlinjerna har uppenbarligen en stor inverkan på domstolarnas bedömningssätt och bedömningsgrunder eftersom dessa ofta återfinns i rättspraxis som en hänvisning. Därför anser jag att det är av stort vikt att ytterligare konkretisera sekundärrätten för framtida rättspraxis. Detta för att tydliggöra riktlinjerna med en förhoppning om att skapa en mer förutsägbar tolkning till de företag som befinner sig i riskzonen. Sekundärrättens syfte är att verka vägledande för Domstolen i sina bedömningar och ett tydliggörande i dessa tror jag skulle underlätta appliceringen, det råder trots allt fri tolkning för Domstolarna att välja att använda sig av dessa eller inte. En utförligare beskrivning för betydelsen av riktlinjerna vore därför enligt mig önskvärt, och inget som i sig skulle påverka lagstiftningen. En tydligare definition av presumtionen för dominans och marknadsandelarnas betydelse anser jag skulle råda bot på åtminstone en del av den problematik som jag har ämnat belysa i min uppsats.

Källförteckning

Litteratur

Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt*, 2009 andra upplagan 2009 Nordstedts Juridik, Stockholm

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

Westin Jacob, *Europeisk konkurrensrätt*, Författarna och Studentlitteratur, 2007 Lund

Rättspraxis

Mål 322/81, Michelin

Mål 27/76, United Brands Company

Mål 85/76 Hoffman- La Roche

Mål T-30/89, Hilti

Mål T-228/97, Irish Sugar

Mål 6/72 Continental Can

Mål T 33/00, SAS

Mål 75/84, Metro

Mål T 31862–04 TeliaSonera AB

Mål C-52/09 TeliaSonera AB

Mål C-62/86, Akzo

Mål 6/73 & 7/73 Commercial Solvents

Mål C-179/90 Porto Di Genova

Dnr 1766/93, Candelia

Sekundärrätt

(2009/C 45/02) Meddelande från kommissionen- vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 (numera artikel 102 FEUF) i EG-fördraget på företagets missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder

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

(2004/C 101/03) Kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget (numera 101 och 102 FEUF)

Förordning

Rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (numera artikel 101 och 102 FEUF).

Internetsidor

www.ne.se/lang/prisbildning

<http://www.lag24.se/a/konkurrenslagstiftningen-inom-eu>

http://www.kkv.se/t/Page_6608.aspx

<http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/svenska.cgi?luku=konkurrensbegransningar%2Fmissbruk-av-ds&siyu=missbruk-av-ds>

http://www.kkv.se/t/Page_464.aspx

http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_sv.htm

http://ec.europa.eu/competition/publications/consumer_sv.pdf

Bilaga 1

Frågor

De frågor som jag har valt att ställa till professor Ulf Bernitz och Advokat Leif Gustafsson är som följer:

- Efter en närmare granskning av ett antal rättsfall och rättsutvecklingen (United Brands från -74 och framåt till TeliaSonera -11) så tycker jag mig kunna urskilja en trend i att man redan i United Brands konstaterade att det är helhetsintrycket som är det avgörande från utgången (att bedömningen sker efter en rad olika faktorer), denna trend menar jag sedan har vänt och fokus låg en lång tid endast till att titta på marknadsandelarna. På senare tid menar jag att den äldre trenden och har återvänt och att man i dagsläget återigen har anammat synsättet där helhetsperspektivet återigen är av avgörande karaktär. (Exempelvis i TeliaSonera) Håller du med mig i detta resonemang?
- Vilken betydelse anser du att marknadsandelarna har för dominansbedömningen?
- Hur skulle du se på rättsutvecklingen med avseende på marknadsandelarnas betydelse för dominansbedömningen?
- Vilka andra faktorer (generellt sett) anser du är av avgörande betydelse vid en dominansbedömning, förutom marknadsandelarna?