



UMEÅ UNIVERSITET

EU-KOMMISSIONENS TILLKÄNNAGIVANDE OM RELEVANT MARKNAD

En jämförelse mellan svensk praxis och
tillkännagivandet

Jonas Ahlberg

Termin 9 VT 2024
Examensarbete, 30 hp
Juristprogrammet, 270 hp
Handledare: Viola Boström

Innehållsförteckning

FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	7
1.2 METOD OCH MATERIAL	7
1.2.1 PRESENTATION AV KOMMISSIONENS TILLKÄNNAGIVANDE.....	9
1.2.2 STUDIE AV SVENSK PRAXIS.....	9
1.2.3 ANALYS.....	10
1.3 AVGRÄNSNING.....	10
1.4 DISPOSITION.....	10
2 EU:S RÄTTSKÄLLEHIERARKI OCH RÄTTSKÄLLOR	12
2.1 EU:S RÄTTSKÄLLEHIERARKI	12
2.2 PRIMÄRRÄTTEN.....	13
2.3 SEKUNDÄRRÄTTSLIGA RÄTTSAKTER	14
2.3.1 FÖRORDNING.....	14
2.3.2 DIREKTIV	15
2.3.3 BESLUT	16
2.4 ORDINARIE OCH SÄRSKILT-LAGSTIFTNINGSFÖRFARANDE	17
2.5 ANDRA SEKUNDÄRRÄTTSLIGA RÄTTSAKTER	17
3 KONKURRENSRÄTT I ALLMÄNHET	19
3.1 KORT HISTORIK.....	19
3.2 MARKNADSRÄTTEN, RÄTTSSSTATEN OCH DE FYRA EKONOMISKA FRIHETERNA.....	19
3.2.1 MARKNADSRÄTTEN.....	19
3.2.2 EGENDOMSSKYDDET	20
3.2.3 AVTALSFRIHET.....	21
3.2.4 NÄRINGSFRIHET	22
3.2.5 ETABLERINGSFRIHET.....	22
3.2.6 KONKURRENSFRIHET.....	23
3.3 SYFTE OCH SKYDDSINTRESSEN	23
3.3.1 EFFEKTIV KONKURRENS OCH KONSUMENTEN.....	23
4 RELEVANT MARKNAD	26
4.1 ETT RÄTTSLIGT BEGREPP MED EN EKONOMISK GRUND.....	27
4.1.1 MARKNADSAVGRÄNSNINGEN AVGÖRANDE I VISSA FALL	28
4.1.2 PRIMÄR- OCH EFTERMARKNAD	29
4.2 DEN RELEVANTA PRODUKTMARKNADEN.....	30
4.2.1 SSNIP-TESTET.....	31
4.2.2 UTBYTBARHET PÅ EFTERFRÅGESIDAN	32
4.2.3 UTBYTBARHET PÅ UTBUSSIDAN	33
4.3 DEN RELEVANTA GEOGRAFISKA MARKNADEN.....	34

5	KOMMISSIONENS TILLKÄNNAGIVANDE OM DEFINITIONEN AV RELEVANT MARKNAD	37
5.1	VERSIONEN FRÅN 1997.....	37
5.2	VERSIONEN REVIDERAS 2024.....	38
5.3	DOKUMENTETS DISPOSITION OCH INNEHÅLL.....	38
5.3.1	INLEDNING, PUNKT 1-5.....	38
5.3.2	MARKNADSDEFINITIONENS ROLL, PUNKT 6-10	39
5.3.3	ALLMÄNNA PRINCIPER FÖR MARKNADSDEFINITIONEN, PUNKT 11-21.....	40
5.3.4	ALLMÄN METOD, PUNKT 22-24	43
5.3.5	ALLMÄN METOD FÖR ATT DEFINIERA PRODUKTMARKNADER, PUNKT 25-37.....	44
5.3.6	ALLMÄN METOD FÖR ATT DEFINIERA GEOGRAFISKA MARKNADER, PUNKT 38-44	46
5.3.7	ALLMÄNT TILLVÄGAGÅNGSSÄTT FÖR MARKNADSDEFINITION I PRAKTIKEN, PUNKT 45-46	47
5.3.8	BEVISNING SOM ANVÄNDS FÖR ATT DEFINIERA PRODUKTMARKNADEN, PUNKT 47-61	48
5.3.9	BEVISNING SOM ANVÄNDS FÖR ATT DEFINIERA GEOGRAFISKA MARKNADER, PUNKT 62-75	48
5.3.10	INSAMLING OCH UTVÄRDERING AV BEVIS, PUNKT 76-83	50
5.3.11	MARKNADSANDELAR, PUNKT 105-113	50
6	SVENSK KONKURRENSRÄTT	52
6.1	KORT HISTORIK.....	52
6.2	KONKURRENSRÄTTSLIGA ÖVERTRÄDELSER.....	55
6.2.1	KONKURRENSLAGENS TILLÄMPLIGHET	56
6.3	KONTROLL AV FÖRETAGSKONCENTRATIONER.....	56
6.4	FÖRBUD MOT KONKURRENSBEGRÄNSANDE SAMARBETE.....	59
6.4.1	AVTALSKRITERIET.....	60
6.4.2	KONKURRENSBEGRÄNSNINGSKRITERIET	62
6.4.3	SYFTESÖVERTRÄDELSER	62
6.4.4	RESULTATÖVERTRÄDELSER	64
6.4.5	MÄRKBARHETSKRITERIET	65
6.5	FÖRBUD MOT MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING.....	66
6.5.1	KRITERIET DOMINERANDE STÄLLNING	67
6.5.2	MISSBRUKSKRITERIET	69
6.6	ÖVERSYN MYNDIGHET OCH DOMSTOLARNAS INSTANSORDNING	71
7	KONKURRENSRÄTT INOM EU.....	73
7.1	DEN INRE MARKNADEN OCH DE FYRA FRIHETERNA	73
7.1.1	HARMONISERING AV DEN INRE MARKNADEN	73
7.2	ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPER	74
7.3	KONKURRENSRÄTT OCH SAMHANDELSKRITERIET	74
7.4	EU-KOMMISSIONEN	76
8	SVENSK PRAXIS.....	78
8.1	BEDÖMNING AV BEGREPPEN RELEVANT MARKNAD I ÖVERINSTANSERNA.....	78
8.1.1	PMÖD ÖÅ 1519-19.....	78
8.1.2	PMÖD MÅL T 7499-16	78
8.1.3	PMÖD T 2216-18.....	79
8.1.4	PMÖD PMT 1443-18	80
8.1.5	PMÖD PMT 1988-17	82

8.2	BEDÖMNING AV BEGREPPET RELEVANT MARKNAD I UNDERINSTANSERNA	83
8.2.1	MD 2015:12.....	83
8.2.2	MD 2012:13.....	84
8.2.3	PMD PMT 1212-20	85
9	<u>ANALYS.....</u>	87
9.1	TILLKÄNNAGIVANDET 2024.....	87
9.2	SVENSK PRAXIS JÄMFÖRT MED TILLKÄNNAGIVANDET	87
	<u>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....</u>	89
	OFFENTLIGT TRYCK.....	89
	PRAXIS.....	90
	PMÖD PMT 1988-17.....	90
	PMÖD PMT 1443-18.....	90
	PMÖD T 2216-18	90
	PMÖD MÅL T 7499-16.....	90
	PMÖD ÖÅ 1519-19	90
	MD 2015:12.....	91
	PMD PMT 1212-20.....	91
	LITTERATUR	91

Förkortningar

EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
EU-domstolarna	Tribunen och EU-domstolen
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FEUF	Europeiska Unionens funktionsfördrag
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
Prop.	Proposition
ÄKL	Äldre konkurrenslag (1993:20)

1 Inledning

Såväl de svenska som de unionsrättsliga regelverken inom konkurrensrätten syftar till att upprätthålla effektiv konkurrens inom marknaden. De tre huvudbestämmelserna, kontroll av företagskoncentrationer, förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och förbud mot missbruk av dominerande ställning, tar sikte på olika situationer som förorsakar att aktörer på marknaden begränsas, snedvrider konkurrensen eller sätter den ur spel.¹

De svenska reglerna om förbud mot konkurrensbegränsande samarbete återfinns i 2 kap. 1 § KL och förbud mot missbruk av dominerande ställning framgår av 2 kap. 7 § KL. Dessa bestämmelser stämmer i materiellt hänseende överens med artiklarna 101 och 102 FEUF.² Vidare styr den unionsrättsliga konkurrensförordningen om en företagskoncentration ska bedömas av nationell rätt eller EU-kommissionen.³

Den relevanta marknaden är ett verktyg för att söka sätta ett ramverk runt hur en situation ska bedömas. För att fastställa vilka verkningar exempelvis ett förfarande har utmynnat i eller huruvida en företagskoncentration kan medföra ett hämmande av den effektiva konkurrensen så måste man ha någonting ram mot vilken situationen kan bedömas.⁴

Bedömningen av den relevanta marknaden delas upp i två delar, dels genom att fastställa den relevanta produktmarknaden, dels genom att bestämma den relevanta geografiska marknaden. Denna uppdelning ämnar att identifiera de konkurrenter som har en *faktisk* möjlighet att påverka ett företag agerande genom konkurrenstryck. Ett av de främsta syftena bakom marknadsavgränsningen att bedöma en aktör och dess konkurrenters marknadsinflytande.⁵

Kommissionen har uppfört ett dokument, *Kommissionens tillkännagivande om definitionen om relevant marknad*,⁶ för att skapa vägledning för en mer enhetlig bedömning av den relevanta marknaden. Syftet bakom dokumentet är därtill att öka förutsebarheten vid fastställande av relevant marknad, något som bl.a. anses kunna gynna företagens beslutfattande.⁷

¹ Prop. 2007/08:135, s. 9. Se även Nordell s. 22-23. Se även artikel 101 FEUF.

² Prop. 2007/08:135, s. 68-69. För att de unionsrättsliga bestämmelserna ska äga tillämplighet krävs emellertid att det s.k. sambandelskriteriet är uppfyllt, se 7.3 nedan.

³ RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, artikel 8. Se 6.3 nedan.

⁴ Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 1 §, under avsnitt *Relevant marknad*.

⁵ PMÖD:s dom i PMT 2216-18, s. 8.

⁶ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645)

⁷ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645), punkt 5.

Kommissionen första upplaga av tillkännagivande utgavs 1997⁸ och har efter en lång tid sedermera reviderats och utgivits i en ny version i februari 2024. Den fråga som alltjämt föreligger är hur svensk praxis förhåller sig till tillkännagivandet rörande bedömningen av relevant marknad.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med det här uppsatsen är att granska och analysera likheter och skillnader i EU:s marknadsdefinition, den s.k. kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning från 2024, och svensk praxis på området.

1.2 Metod och material

I de delar i uppsatsen som berör svensk rätt har rättskällehierarkin tillämpats för att fastställa gällande rätt. Dessa utgörs av den vedertagna rättskällehierarki av lag, förarbeten, praxis och doktrin i återgiven ordning.⁹ Vidare har en rättsdogmatisk metod använts i uppsatsen. Enligt Sandgren förekommer det ofta diskussioner om vad som ska falla inom ramen för begreppet ”rättsdogmatik”. Enligt honom brukar emellertid den traditionella definitionen av rättsdogmatiska metodens uppgift vara en beskrivning av gällande rätt med hjälp av vedertagna rättskällor. Detta utesluter inte att resonemang *de lege ferenda* utesluts, så länge den baseras på analysen av gällande rätt.¹⁰

I första hand så har praxis från svensk rätt hämtats från Patent- och marknadsöverdomstolen eftersom domstolens avgöranden i egenskap av överinstans tillmätts högre värde jämfört med praxis från Patent- och marknadsdomstolen. Praxis har emellertid även hämtats från underinstansen eftersom PMÖD:s praxis avseende begreppet relevant marknad är relativt sparsam. Vidare innebär detta att den praxis som använts i uppsatsen inte uteslutande utgörs av nya avgöranden, utan i vissa fall har äldre rättspraxis begagnats.

I uppsatsen så förekommer ett avsnitt som behandlar rättskällorna inom EU och deras rättskällehierarki. Motiveringen bakom detta var att uppsatsen behandlar såväl svensk rätt som unionsrätt. Medan såväl de svenska som de europeiska rättskällorna är bekanta för de flesta, kräver de EU-rättsliga rättskällorna och deras någorlunda snårig hierarki lite mer utrymme. Med beaktande av att EU-kommissionens tillkännagivande är en rättskälla från

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

⁹ Sandgren, s. 47-49.

¹⁰ Sandgren, s. 51 ff.

unionsrätten och att svenska domstolar måste förehålla sig till dels det rättskällevärde som den tillskrivs. Dels till det rättskällevärde som tillmäts EU:s rättspraxis. Ansåg jag det vara av värde att ta med ett avsnitt som översiktlig redogjorde för dessa.

Avsnittet om *konkurrensrätten i allmänhet* motiveras med att det är av vikt att förstå de fundamentala principer som marknadsekonomin, och därigenom konkurrensrätten, är grundat på. Det går givetvis att argumentera för att avsnittet endast gynnar framställningen av konkurrensrätten i allmänhet, och inte den specifika del av konkurrensrätten som uppsatsen riktar in sig på. Det bör dock ses i ett större sammanhang, där marknadsrättens grundvalar givit upphov till den marknadsrätt som råder i stora delar av världen - däribland Sverige och samtliga medlemsländer i EU- ur vilket behovet av lagstiftning på det konkurrensrättsliga området härstammar, kommissionens tillkännagivande ej undantaget.

Doktrin har utgjort ett betydande källmaterial i uppsatsen. Här ska endast några verk återges. För att beskriva den marknadsrättsliga aspekten av konkurrensrätten har Bernitz bok *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomin* grundvalar varit den grundläggande källan. Boken har även varit till hjälp vid redogörelsen för själva konkurrensrätten som sådan. Nordells bok *Marknadsrätten – en introduktion* har också varit behjälplig vid studiet av konkurrensrätten i allmänhet och marknadsrätten i synnerhet. Boken har ett blygsamt omfång vilket gör att det är lätt att få en klar överblick över de behandlade ämnena. I avseende studierna av EU-rätt har Derlén, Lindholm Naarttijärvi *konstitutionell rätt* varit central, boken är omfångsrik och detaljerad i sin redogörelse av EU-rätten. Därtill har även Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok*, betydande för framställningen av konkurrensrätten som sådan. Boken är tämligen omfångsrik och innehåller allt ifrån konkurrensrättens mest fundamentala beståndsdelar till djuplodade spörsmål. Eftersom det var ett tag sedan jag senast vidtog studier i juridik har Bernitz, m.fl.¹¹ bok finna rätt varit av användning. Den har inte använts som källa till något specifikt i uppsatsen, istället har den agerat som ett generellt hjälpmedel vid skrivandet av uppsatsen.

EU-domstolens avgöranden har varit av vikt, dels vid fastställandet av allmänna rättsprinciper. Dels eftersom svensk praxis på det konkurrensrättsliga området i många fall hänvisar till praxis från EU-domstolarna. Därtill stämmer de svenska och unionsrättsliga bestämmelserna på området överens med varandra.¹²

¹¹ Bernitz, Carlsson, Heuman m.fl., *Finna rätt*.

¹² Se avsnitt 6 respektive avsnitt 7.

I denna uppsats används begreppet produkt i överensstämmande med termerna tjänst eller teknik.¹³ Vidare har Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning refererats till som *Tillkännagivandet*.

1.2.1 Presentation av kommissionens tillkännagivande

Kommissionens tillkännagivande presenteras i komprimerad form på med grundval av dokumentets omfattning. Det har inte varit möjligt att i detalj återge allt som tillkännagivandet innefattar, vissa punkter i tillkännagivandet har fått lämnats utanför uppsatsen redogörelse. Valet av de punkter som ska ingå i uppsatsen i motsats till de som inte ske de har skett mot bakgrund av vad som ansågs relevant för uppsatsen. Emellertid har inte heller en för översiktlig redogörelse kunna begagnats med anledning av den betydelse som dokumentet har i besvarandet av uppsatsen syfte. Dispositionen har skett genom att komprimera punkterna i kapitel och sedan återge de i samma ordning som i originaldokumentet.

1.2.2 Studie av svensk praxis

Jag har valt ut åtta olika svenska rättsfall som ska analyseras, en mål från PMÖD och tre avgöranden från PMD. Urvalsprocessen har skett på genom att först begagna mål från PMÖD. Praxis från PMÖD avseende konkurrensmål är emellertid sparsam, följaktligen har avgöranden från PMD även beaktats vid redogörelse av svensk praxis för komplettera underlaget.

Föremål för analysen är endast bedömningen av marknadsavgränsningen, dvs. relevant produktmarknad, relevant geografisk marknad samt den sammantagna bedömningen av relevant marknad. De frågor som inte berör bedömningen av dessa faller utanför ramen för uppsatsens syfte, och kommer därmed endast beröras i de fall det är relevant för bedömningen av relevant marknad.

Eftersom den uppdaterade versionen av kommissionens tillkännagivande om relevant marknad utkom i februari 2024, så har det inte hunnit komma ut avgöranden på det konkurrensrättsliga området gällande relevant marknad för den tidpunkt att detta uppsats skrivs. Därför får den svenska praxis som redogörs för och analyseras i uppsatsen hämtas från innan dess att den nya versionen kommit ut, vilket givetvis medför att de gånger domstolarna hänvisar

¹³ Samma avgränsning begagnas i MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645), fotnot 9.

till tillkännagivandet så är det versionen från 1997 som avses. Punkterna i 1997-års version korresponderar emellertid med punkterna i 2024-års reviderade version, dock inte på det sätt att de numeriskt motsvarar varandra. Jag kommer dock att hänvisa till punkterna i 2024 års version i delen av uppsatsen som avser analysen.

1.2.3 Analys

Den analys som utförts av praxis har gjorts på grundval av de eventuella skillnader och likheter som föreligger mellan avgörandena och kommissionens tillkännagivande avseende relevant marknad. Detta sker huvudsakligen genom att vid förekommande fall belysa skillnader och likheter.

1.3 Avgränsning

Med avseende på uppsatsens omfattning så har vissa avgränsningar varit nödvändiga. Uppsatsen kommer inte att ö.h.t behandla statsstöd. Vidare kommer inte otillbörlig konkurrens på det immaterialrättsliga området att utredas inom ramen för uppsatsen.¹⁴

Det s.k. gruppundantaget inom konkurrensrätten inom kommer inte att behandlas i uppsatsen.

1.4 Disposition

Uppsatsen utgörs av åtta kapitel. Det inledande kapitlet innefattar bakgrund, problemformulering, syfte, frågeställningar och avgränsningar. Dessa agerar ramverk inom vilket uppsatsen tar plats.

Det andra kapitlet redogör EU-rättens rättskällor och rättskällehierarki, en kort redovisning över de olika EU-rättsliga källorna samt den rättskällehierarki som föreligger.

Det tredje kapitlet beskriver konkurrensrätten i allmänhet, bl.a. dess historia och grundvalar.

Det fjärde kapitlet handlar om begreppet den relevanta marknaden, här redogörs för bl.a. vad termen innehåller.

Det femte kapitlet redogör för EU-kommissionens tillkännagivande, dels versionen från 1997, dels den reviderade versionen från 2024 som är huvudämnet

Det sjätte kapitlet handlar om svensk konkurrensrätt, bl.a. dess historia och bestämmelsernas utformning.

¹⁴ Bernitz, m.fl. s. 338 ff. .Konkurrensrätten och immaterialrätten har flera beröringspunkter , inte minst tydligt blir detta med beaktande av att tvister på de båda områden hanteras av patent- och marknadsdomstolarna.

Det sjunde kapitlet redogör för konkurrensrätten in EU, bl.a. med hänsyn till den inre marknaden och samhandelskriteriet.

Det åttonde kapitlet redogörs svensk praxis för begreppet relevant marknad.

Det kapitel nionde analyserar svensk praxis och jämför den med EU-kommissionens tillkännagivande.

2 EU:s rättskällehierarki och rättskällor

2.1 EU:s rättskällehierarki

EU:s rättskällor, från vilken EU:s innehåll härrör, kan delas på olika sätt. Ett sätt som Derlén m.fl.¹⁵ förespråkar är att dessa kan delas in sju olika kategorier: primärrätt, sekundärrätt, sekundärrättsliga lagstiftningsakter, andra sekundärrättsliga lagstiftningsakter, internationella överenskommelser, allmänna rättsprinciper, EU-domstolarnas rättspraxis samt icke-bindande rättsakter. Vidare går tre av dessa att placera in i en hierarki på ett okomplicerat sätt. Dessa är primärrätt, sekundärrättsliga lagstiftningsakter och andra sekundärrättsliga rättsakter.¹⁶

De resterande rättskällorna kan inte med samma enkelhet placeras i en strukturerad hierarki. De kommer här i korthet att behandlas var för sig.

- Icke-bindande rättsakter: Till denna kategori hör främst rekommendationer och yttranden. Att dessa inte är rättsligt bindande framgår av artikel 288 FEUF. Det är här fråga om s.k. soft law, dvs. rättsakter som inte binder varken medlemsstaterna eller de fysiska och juridiska personerna belägna inom dessa. Rättsakterna kan vara till för att från EU:s håll uttrycka vissa målsättningar eller visioner utan att de för den saken ska vara bindande, oftast p.g.a. avsaknad av möjlighet enligt fördragen. Terminologin kring rättsakterna av karaktären soft-law varierar inom EU, de kallas utöver rekommendationer och yttranden också bl.a. för resolutioner och riktlinjer.¹⁷
- Internationella överenskommelser: EU har ingått i ett flertal olika överenskommelser mellan unionen och internationella organisationer och länder som inte ingår i EU. Ett exempel på detta är avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) som för in Norge, Island och Lichtenstein på EU:s inre marknad trots att de inte är medlemmar av EU.¹⁸
- Allmänna rättsprinciper: Vid sidan av de rättskällor som stadgas i fördragen finns det ett flertal allmänna rättsprinciper som i varierad grad framgår av fördragen. Exempelvis är skyddet för de grundläggande mänskliga rättigheter enligt artikel 6.3 FEU ett prov på detta.¹⁹ Vidare har EU-domstolen (se nedan) haft en avgörande roll i att identifiera och erkänna allmänna rättsprinciper inom unionsrätten som sedermera i vissa fall kodifierats

¹⁵ Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 38 ff.

¹⁶ Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 38-39.

¹⁷ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 173. Se även Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 39.

¹⁸ Bernitz s. 63-64.

¹⁹ Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 39.

i fördragen. Inte minst kommer detta till uttryck i rättighetsstadgan som i vissa avseenden kan ses som ett dokument som innehåller kodifieringar av de allmänna rättsprinciper från EU-domstolens praxis, internationella fördrag och nationell rätt. Vidare ska det nämnas att det föreligger vissa grundläggande rättigheter som är gemensamma för medlemsländernas konstitutionella traditioner, och att dessa anses ingå i de allmänna rättsprinciperna inom unionsrätten.²⁰

- EU:s domstolarnas rättspraxis: Det är EU-domstolarnas uppgift att tolka EU-rättens innehåll utifrån rättskällorna. Detta framgår av artikel 19.1 i FEU som stadgar att EU-domstolen ”ska säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen”. Till följd av denna uppgift utvecklar domstolarna, i synnerhet EU-domstolen, innehållet i unionsrätten. Avgörande för vilket rättskällevärde ett avgörande från EU-domstolen får, är den rättskälla som ligger till grund för tolkning i det specifika fallet.²¹

2.2 Primärrätten

Till primärrätten hör de rättskällor som medlemsstaterna har varit med och skapat, nämligen fördragen. Det finns ett stort antal fördrag som har skapats sedan tillkomsten av EU på 1950-talet, då kallad Europeiska kol- och stålgemenskapen.²²

Fördragen är internationella avtal slutna mellan medlemsländerna och det ända sättet att ändra ett fördrag är att ingå ett nytt. I enlighet med principen om tilldelade befogenheter (se 3.3 nedan) så kan fördragen sägas utgöra ett ramverk för de områden som unionens institutioner får stifta lagar.²³ En följd härav är att alla rättsakter skapade av EU:s olika institutioner måste gå att härleda från ett fördrag, något som ofta sker i ingressen, dvs. inledningen till ett fördrag.²⁴

De två mest centrala fördragen i mängden av fördrag är Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Något förenklat (byt formulering), så innefattar FEU den grundläggande reglerna gällande unionens principiella, institutionella frågor. Därtill innehåller den unionens mål. De specifika bestämmelserna hittas däremot i FEUF. Detta medför att båda fördragen måste beaktas för att skapa en fullständig bild. Därtill är fördragen kortfattat formulerade och kräver komplettering i form av

²⁰ Bernitz, s. 44 ff.

²¹ Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 39.

²² Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 102-103. Se även Reichel, Wenander, s.42.

²³ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 212 ff.

²⁴ Se t.ex. RÅDETS DIREKTIV 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt som hänvisar till artikel 93 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

exempelvis sekundärrätt, EU-domstolens praxis och allmänna rättsprinciper för att skapa ett heltäckande regelverk.²⁵

Utöver dessa två bör också Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna nämnas. Den kommer på intet sätt att vara central för denna uppsats men givet dess position som rättskälla inom EU ska den kort nämnas. Stadgan - som har samma rättskällevärde som fördragen²⁶ - binder EU och i vissa fall medlemsstaterna att beakta vissa grundläggande fri- och rättigheter²⁷, t.ex. rätten att gifta sig och bilda familj²⁸ och rätten till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet.²⁹

2.3 Sekundärrättsliga rättsakter

Som tidigare nämnts så utgör primärrätten, dvs. fördragen, ett yttre ramverk för vad EU får lagstifta om.³⁰ Sekundärrätten utgörs däremot av rättsakter som är skapade av någon av EU:s institutioner och utgör en stor del av det totala antal rättsakter inom EU. I samtliga rättsliga dokument av kategorin sekundärrätt hänvisas direkt till den artikel i det fördrag som tillskriver unionen rätt att skapa rättsakter inom området med bindande verkan.³¹

Det finns ett antal olika sätt att dela in eller klassificera sekundärrätten. Den emellertid vanligaste indelningen framgår av artikel 288 i FEUF, den s.k. nominella klassificeringen.³² I artikeln delas sekundärrätten in i fem olika kategorier: Förordning, Direktiv, Beslut, Rekommendationer och yttranden. Här nedan kommer helt kort de olika typerna av sekundärrättsliga rättsakter att avhandlas.

2.3.1 Förordning

Av artikel 288 FEUF framgår att: ”*En förordning ska ha allmän giltighet. Den ska till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat*”. Förordningar ska med andra ord äga allmän tillämplighet. Med detta avses att förordningar ska vara riktade till alla, dvs. såväl fysiska- och juridiska personer som medlemsstaterna som sådana. På detta sätt skiljer sig förordningar som har en bred tillämpning inom hela unionen mot beslut som kan rikta in sig på en specifik mottagare. Vidare framgår att förordningar är bindande i alla delar. Förordningar är

²⁵ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 121 ff., och s. 130 ff.

²⁶ Se även Reichel, Wenander, s. 42.

²⁷ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 105-106.

²⁸ Artikel 9 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

²⁹ Artikel 10 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

³⁰ Se t.ex. Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 103 ff.

³¹ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 102.

³² Den nominella klassificeringen enligt artikel 288 FEUF.

sålendes till ingen del målsättningsdokument, rättssakens samtliga artiklar kan följaktligen åberopas med bindande verkan.³³

Terminologin direkt tillämplig avser att förordning, till skillnad mot t.ex. direktiv (se 1.5.4 nedan), inte behöver implementeras av medlemsstaterna för att kunna åberopas av den part. Det är till och med förbjudet för en medlemsstat att på något sätt implementera eller inkorporera en förordning i den nationella rätten. Detta för att förordningens unika och upphöjda karaktär riskerar att gå miste.³⁴ Att förordningar är direkt tillämpliga från den tidpunkt de träder ikraft gör dem till effektivt verktyg. Dels ur en tydlighetsaspekt eftersom samma sak gäller inom hela unionen och eventuella oklarheter kan hänvisas till förordningens lagtext. Dels krävs inte prestation från medlemsstaternas håll att implementera eller anpassa den nationella rätten efter rättsakten.³⁵

Förordningar innehåller ofta en särskild bestämmelse som anger när rättsakten träder ikraft. Förekommer inte någon sådan så träder den ikraft 20 dagar efter det att den publicerats i Europeiska unionens officiella tidning.³⁶

2.3.2 Direktiv

Direktiv skiljer sig från förordning på ett flertal punkter. Av art 288 FEUF framgår att *”Ett direktiv ska med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken den är riktad, men ska överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.”* Direktiven ämnar att harmonisera rätten inom EU, m.a.o. minska skillnaderna i rättssystemen i vissa avseenden. Det är bindande för medlemsstaterna att följa de beslut som sedermera leder fram till direktiv, emellertid är det upp till varje land att själv bestämma utformningen för att uppnå målsättningarna i direktiven. Det brukar kallas att direktiven måste implementeras, eller införas, i nationell rätt för att bli tillämpliga. Det bör här även tilläggas att direktiv kan riktas till enskilda medlemsstater, något som i praktiken är ovanligt.³⁷

Anser ett land däremot att de nationella bestämmelserna lever upp till kraven i direktiven behöver inte medlemsstaten göra något, utan kan hänvisa till de relevanta lagar och reglerna för området. Detta kräver dock att kommissionen - vilken har i uppgift att övervaka medlemsstaterna i detta avseende - inte har en annan åsikt. Anser kommissionen att ett land har

³³ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 152.

³⁴ Se t.ex. mål 34/73 Variola. Se även Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 153.

³⁵ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 153.

³⁶ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 154.

³⁷ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 170 ff.

brustit i utförandet av att införliva ett direktiv eller att ett direktiv har införlivats för sent kan kommissionen som sista utväg inleda fördragsbrottstalan mot vederbörande land. EU-domstolen har då möjlighet att utdöma vite eller straffavgift.³⁸

En annan slående skillnad är att rättsaktens adressat är medlemsstaterna istället för fysiska och juridiska personer. Det följer härav att det inte är möjligt att direkt tillämpa direktiv. Detta i samband med det som framgått i föregående stycke, medför att det föreligger en risk med att medlemsstaterna själva får verkställa och utforma målen i direktiven i nationell rätt. Ett direktiv träder i kraft på samma sätt som en förordning (se 1.5.3 ovan) och skulle en medlemsstat misslyckas med att införliva direktivet i nationell rätt inom den avsatta tidsramen, riskerar en individ eller juridisk person inom ifrågavarande land lida rättsförlust som orsak av detta.³⁹

Trots det ovan sagda så finns det dock möjlighet för fysiska och juridiska personer att erhålla rättsskydd för det fall att nationell lagstiftning inte lever upp till målsättningen i direktiven. I rättsfallet *von Colson*⁴⁰ slog EU-domstolen fast att ett direktivs krav ska utgöra ett effektivt rättsskydd för invånarna i medlemsstaterna och att de nationella domstolarna var tvungna att tolka den nationella rätten i ljuset av direktiven. Direktiven kan således sägas ha indirekt effekt för det fall att en medlemsstat införlivat direktivets målsättning på ett sätt som brister i en eller flera avseenden.⁴¹

2.3.3 Beslut

Ett beslut beskrivs enligt artikel 288 FEUF som ”Ett beslut är till alla delar bindande. Om ett beslut anger till vem eller vilka det riktar sig, är det bindande endast för dessa.” Beslut, som är en något diffus typ av rättsakt inom EU, utgörs huvudsakligen av två olika typer. Dels finns beslut med given mottagare. Det kan röra sig om såväl en medlemsstat som en fysisk eller juridisk person. Denna typ av beslut att jämföras med myndighetsbeslut rörande en speciell fråga som och är riktade till några särskilda mottagare. Besluten som är en relativt vanlig, administrativ rättsakt skickas ut av EU:s olika institutioner. Särskilt frekvent är kommissionen på utskickandet av beslut, delvis eftersom denna institution ansvarar för det konkurrensrätten. Beslut som riktas till enskilda medför skyldigheter för mottagaren medan beslut riktade till medlemsstater kan skapa rättigheter som kan tillfalla andra. Den andra typen av beslut är sådana

³⁸ Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 154 ff.

³⁹ Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 170 ff.

⁴⁰ Mål 14/83, *von Colson*.

⁴¹ Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 506 ff.

utan någon specifik mottagare, denna typ av beslut används främst inom vissa särskilda områden, t.ex. den gemensamma säkerhetspolitiken.⁴²

2.4 Ordinarie och särskilt-lagstiftningsförfarande

Vid en första anblick av artikel 288 FEUF så kan det verka som att dokumentet framställer en hierarki av de sekundärrättsliga rättsakterna, så är emellertid inte fallet. Förordningar, direktiv och beslut har samma rättskällevärde och den inbördes ordningen i artikel 288 FEUF är inget annat än en pedagogisk framställning. Det förekommer heller ingen skillnad i lagstiftningsakterna när det kommer till förfarandet som slutligen mynnar ut i respektive lagstiftningsakt. Det förekommer emellertid en skillnad i vem som blir bunden av de olika kategorierna. Här kommer endast en kort framställning av förfarandena i sin helhet att göras.⁴³

Artiklarna 289, 290 samt 291 i FEUF-fördraget behandlar förfarandet bakom de olika rättsakternas tillkomst. Det framgår att det finns två typer av lagstiftningsakter inom EU. Dels lagstiftningsakter antagna genom det ordinarie lagstiftningsförfarandet, dels lagstiftningsakter antagna genom det särskilda lagstiftningsförfarandet.⁴⁴

Det ordinarie lagstiftningsförfarandet återfinns utförligt i artikel 294.⁴⁵ Det särskilda lagstiftningsförfarandet återges däremot i respektive fördragsartikel. Ett exempel på detta är artikel 19 FEUF som stadgar ” Utan att det påverkar tillämpningen av de övriga bestämmelserna i fördragen och inom ramen för de befogenheter som fördragen ger unionen, kan rådet genom enhälligt beslut i enlighet med ett *särskilt lagstiftningsförfarande* [...] ”.⁴⁶

2.5 Andra sekundärrättsliga rättsakter

Efter primärrätten och sekundärrättsliga rättsakter i kommer andra sekundärrättsliga rättsakter även kallade icke-lagstiftningsakter. Dessa delas in i tre olika kategorier: delegerande akter, genomförandeakter samt andra rättsakter. Denna typ av rättsakter benämns ibland som tillkommer till skillnad mot andra rättsakter inte genom ett lagstiftningsförfarande. Förfarandet följer istället av artikel 290 FEUF för delegerande akter och artikel 291 för genomförandeakter. De övriga rättsakternas antas, i likhet med det särskilda lagstiftningsförfarandet, enligt fördragen. Icke-lagstiftningsakter har bl.a. som funktion att möjliggöra eller komplettera

⁴² Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 156-157.

⁴³ Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 174-175.

⁴⁴ Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 174 ff.

⁴⁵ För vidare läsning se Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 178 ff. Se även Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 43-44

⁴⁶ Se Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 178 ff.

genomförandet av lagstiftningsakter och som en naturlig följd av härav anses de vara längre ned på rättskällehierarkin.⁴⁷

⁴⁷ Se Derlén, Lindholm, Naartijärvi, 174 ff. Se även Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 38-43.

3 Konkurrensrätt i allmänhet

3.1 Kort historik

Fri konkurrens⁴⁸, vilket innebär total avsaknad av styrande regelverk för handeln inom en marknad, möjligen låter som en bra idé i teorin, men visade sig vara ohållbar i praktiken. Ohämmade Kartellbildningar och företagskoncentrationer (se nedan 2.2 och 2.3) blev resultatet av företagens strävande efter marknadsdominans och ökade vinster på en i stort sett oreglerad marknad.⁴⁹ Flera stater beslutade därför att runt början av 1900-talet stifta lagar för att främja en effektiv konkurrens. Förebilden i frågan var USA som redan infört bestämmelser på det konkurrensrättsliga området i hopp om att uppnå en fungerande markandsbalans.⁵⁰

Ett krigshärjat och ekonomiskt sargat Europa efter andra världskriget erbjöds ekonomiskt bistånd av USA. Ett krav från Amerikanskt håll var upprätthållandet av en effektiv konkurrens inom det europeiska området. Argumentationen bakom kravet var att en ojämn konkurrens riskerade medföra att fördelningen av bistånden fördelades opropotionerligt till följd av att vissa bidragstagare tog en större bit av kakan än andra. När sedan EG skapades efter en någorlunda kort tid så var det naturligt att konkurrenslagstiftningen tog en relativt central roll. Ett bevis härtill är att redan vid Romfördragets tillkomst 1957 så stadgades konkreta förbud mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av en dominerande ställning, dvs. föregångarna till motsvarande artiklarna 101 och art 102 i EUF.⁵¹

3.2 Marknadsrätten, rättsstaten och de fyra ekonomiska friheterna

3.2.1 Marknadsrätten

Konkurrensrätten utgör en viktig del av den större enheten i form marknadsrätten. Andra delar som ingår i marknadsrätten är t.ex. EU:s rättsliga ramverk för den inre marknaden (se 4.1 nedan) och marknadsföringsrätten.⁵² Marknadsrätten sätter ramar för det som är tillåtet på det marknadsekonomiska spelplanen. Sverige, liksom stora delar av världens stater, utgör en marknadsekonomi. Med detta avses ett decentraliserat ekonomiskt system inom vilket aktörerna utövar konkurrens mot varandra i syfte att erhålla ekonomisk vinning i form av ökad vinst, omsättning, vinstmarginal etc. Det är fördelaktigt om förekomsten av företag på marknaden är hög och var och ett har frihet att ta beslut som påverkar deras fortlevnad på

⁴⁸ Ordet Konkurrens härstammar från latinets *concurrere/concurro* och betyder ungefär sammandrabba. Termen konkurrens översätts till competition på Engelska. Se Bernitz, s. 38 och Nordell, s. 23.

⁴⁹ Se främst Bernitz, s. 38 ff. Se även Nordell, s. 14-15.

⁵⁰ Se Nordell, s. 14-15.

⁵¹ Se Nordell, s. 14-15.

⁵² Bernitz, s. 15-16.

marknaden. Transaktionerna mellan såväl företag till företag, som företag till konsument sker efter eget skön utan att påverkas i allt för hög grad av t.ex. statens inblandning. Bernitz anser dock att en benämning som ligger närmare sanningen på det system som råder i Sverige och inom EU är social marknadsekonomi. Detta med anledning av den offentliga sektorns stora omfattning och det faktum att ekonomierna påverkas av en storskalig lagstiftning på områden som omsluts av marknadsrätten, t.ex. arbetsrätt, konsumenträtt och miljö rätt.⁵³

För att ett marknadsekonomiskt system ska kunna fungera krävs det att vissa fundamentala förutsättningar är uppfyllda. En fungerande rättsstat med en väl fungerande statsförvaltning samt ett självständigt rättsväsende är grundläggande för företagens möjlighet och vilja att investera resurser i en verksamhet belägen i vederbörande stat. Inte minst av svårigheten att planera en verksamhet som när som helst kan bli föremål för skönsmissiga bedömningar av myndighet eller rättsväsende.⁵⁴

För Sveriges del kommer utgör vissa delar av första kapitel i regeringsformen ett utflöde av denna princip. I 1 kap. 1 § RF framgår att all offentlig makt ska utgå från folket och den offentliga makten utövas under lagarna. Vidare i 1 kap. 9 § stadgas att domstolar, förvaltningsmyndigheter samt andra som fullgör förvaltningsuppgifter ska i sin verksamhet beaktas allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Även andra kapitel i regeringsformen innehåller relevanta bestämmelser på området. Kapitel 11 och 12 som behandlar rättskipning och myndighetsförvaltning slår fast i deras tredje respektive andra paragraf att utövningen ska vara självständig. Slutligen stadgas domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas rätt till lagprövning och förbud mot att tillämpa grundlagsstridig lagstiftning i 11 kap. 14 § respektive 12 kap. 10 §.

3.2.2 Egendomsskyddet

Egendomsskyddet utgör en annan grundläggande beståndsdel på det marknadsrättsliga området. Det är av stor betydelse att det föreligger ett skydd för såväl kapital som produktionsmedel. Ägande av egendom ska åtföljas av ett åtnjutande av full äganderätt och utnyttjanderätt till dess egendom med allt vad som faller inom ramen för detta, t.ex. att fritt kunna utnyttja och överlåta egendomen efter eget skön. Det föreligger dock vissa begränsningar till äganderätten inom en social marknadsekonomi.⁵⁵

⁵³ Bernitz, s.15-16.

⁵⁴ Bernitz, s. 24 ff.

⁵⁵ Se Bernitz, s. 24-26.

Egendomsskyddet är liksom de rättsstatliga angelägenheterna stadgat i grundlagen. I RF 2 kap. 15 § framgår att var och ens egendom är tryggad. Skyddet är dock inte absolut i den bemärkelse att egendom fortfarande kan bli föremål för rådighetsinskränkningar eller expropriation om det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Det kan röra sig om intressen ur ett miljö- eller säkerhetsperspektiv.⁵⁶ Såväl rättigheter som faller inom ramen för en fungerande rättsstat som egendomsskyddet stadgas även i EU:s rättighetsstadga och Europakonventionen. Rätten till egendom fastslås i artikel 17 i rättighetsstadgan och artikel 1 (första tilläggsprotokollet) i Europakonventionen. Därtill stadgar artikel 20 i rättighetsstadgan, i likhet med 1 kap. 9 § RF, den grundläggande rättigheten om att alla människor är lika inför lagen.

Här nedan ska de fyra friheterna som Bernitz beskriver med orden ”grundstenar inom marknadsrätten”.

3.2.3 Avtalsfrihet

Det är av grundläggande betydelse att parter får avgöra med vem man sluter avtal med, s.k. kontraheringsfrihet. Det är vidare av vikt att parterna får sluta avtal med vilket innehåll som de anser passande med beaktande av de förutsättningar som gäller, dvs. att det föreligger kontraktsfrihet. För svensk del kommer detta till uttryck genom 3 § KöpL som stadgar att *Lagens bestämmelser tillämpas inte i den mån annat följer av avtalet, av praxis som har utbildats mellan parterna eller av handelsbruk eller annan sedvänja som måste anses bindande för parterna*. Ordalydelsen stämmer väl överens med lagens i övrigt dispositiva karaktär. Det är avtalet och parternas handlande mot varandra som i första hand ska ligga till grund för bedömningen, endast i sådana fall det inte är tillräckligt anses tillräckligt ska lagen tillämpas.⁵⁷

Det finns emellertid situationer då avtalsfriheten begränsas. Det finns vissa tillfällen då företag kan tvingas ingå avtal med parter av konkurrensrättsliga skäl s.k. kontraheringsplikt (se 2.3.1 nedan). Därtill omskärs avtalsfriheten av ett flertal olika lagar, varav de flesta härrör till det konsumenträttsliga området. Exempel på detta är t.ex. konsumentkreditlagen (2010:1846) och lag (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler. Slutligen ska här nämnas att inom EU-rätten anses avtalsfriheten utgöra en allmänrättsprincip (se 1.5.1. ovan) vilket framgår av artikel 16 i rättighetsstadgan.

⁵⁶ Bedömningen görs utifrån en proportionalitetsbedömning. Ingreppet får inte vara med ingripande än vad som är proportionellt mot den allmännyta som erhålls genom åtgärden. Se Bernitz, s. 25-26, 31.

⁵⁷ Bernitz, s. 27-29.

3.2.4 Näringsfrihet

Näringsfrihet är en annan fundamental beståndsdel i marknadsrätten. Med näringsfrihet avses bl.a. frihet att etablera och lägga ner verksamhet. Därutöver innefattas också frihet att utöva, förändra, och flytta verksamhet. Även denna frihet finns grundlagsstadgad i svensk rätt. Av 2 kap. 17 § RF framgår att *Begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke får införas endast för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag.*⁵⁸

Liksom tidigare framgått är denna frihet skyddad enligt art 16 i EU:s rättighetsstadga. EU-domstolen har vid olika tillfällen uttalat sig om näringsfriheten. I *Sky Österreich*⁵⁹ har domstolen fastslagit att friheten omfattar att utöva ekonomisk och kommersiell verksamhet. Vidare menade domstolen att det föreligger ett starkt samband mellan näringsfrihet, den fria konkurrensen och avtalsfrihet.⁶⁰ I ett annat mål, *Alemo Herron*⁶¹, menar klagör domstolen gränsdragningen mellan egendomsskydd och näringsfrihet ”Medan rätten till egendom avser området för materiell och immateriell egendom, skyddar näringsfriheten den ekonomiska initiativkraften och handlingsförmågan på en marknad, men inte de konkreta vinsterna i ekonomiska termer, som utvinns från nämnda marknad.”⁶² Domstolen går sedan vidare med att bekräfta det som sades i *Sky Österreich* avseende näringsfrihetens omfattning.⁶³

I likhet med egendomsskyddet förekommer det begränsningar på näringsfriheten. Även här rör det sig om att skydda angelägna allmänna intressen och det ska göras en proportionalitetsbedömning, dvs. åtgärderna får inte gå ut över vad krävs för att tillgodose allmänintresset.⁶⁴

3.2.5 Etableringsfrihet

Med etablering avses när en näringsverksamhet är avsedd att bedrivas stadigvarande. Inom unionsrätten skiljer man mellan två situationer. Dels kan ett företag utföra en s.k. full etablering vid en nyetablering eller en fullkomlig flytt av verksamheten från ett medlemsland till ett annat. Dels förekommer s.k. sekundär etablering när en juridisk person väljer att upprätta en filial, agentur, dotterbolag eller liknande i en annan stat.⁶⁵

⁵⁸ Bernitz, s. 29 ff.

⁵⁹ Mål C-283/11.

⁶⁰ Mål C-283/11, se bl.a. p 42.

⁶¹ Mål C-426/11.

⁶² Mål C-426/11, se p.51.

⁶³ Mål C-426/11, se p.48.

⁶⁴ Bernitz, s. 30-31.

⁶⁵ Bernitz, s. 33-34.

Det föreligger många likheter mellan etablerings- och näringsfriheten. Grundläggande är att det råder frihet gällande val av företagsform. De närmare bestämmelserna regleras i enlighet med respektive associationsrättslig lagstiftning, t.ex. aktiebolagslag (2005:551) som innehåller bestämmelser om allt från bildande av aktiebolag (2 kap) till likvidation och konkurs (kap 25).⁶⁶

Inom EU-rätten så råder det krav på likabehandling mellan utländska och inhemska fysiska personer avseende förmågan att etablera verksamhet inom landet enligt artikel 42.9 FEUF. Vidare gäller denna rättighet även för juridiska personer enligt art 54.1 FEUF. För svensk del så framgår enligt 2 kap. 25 § 8 p. - med hänvisning till 2 kap. 17 § RF - att rätten att driva näringsverksamhet eller utöva yrke för utländska medborgare i riket endast får begränsas för att skydda angelägna allmänna intressen.⁶⁷

3.2.6 Konkurrensfrihet

Slutligen ska några ord sägas om konkurrensfriheten. Inom ramen för denna frihet ligger rätten att konkurrera med andra företag. Detta kan t.ex. innebära att konkurrera ut andra företag genom olika förfaranden, något som är tillåtet så länge detta inte bryter mot bestämmelser inom konkurrensrätten eller annat rättsområde.⁶⁸

Friheten kommer tydligt till uttryck i artikel 120 i FEUF och artikel. 3.3 i FEU. I den förstnämnda så stadgas att ” Medlemsstaterna och unionen ska handla i överensstämmelse med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens som främjar en effektiv resursfördelning[...]”. Av 3.3 i FEU framgår bl.a. att unionen ska bygga på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft. I svensk lagstiftning kommer detta till uttryck genom 1 kap. 1 § konkurrenslagen (se 3.3 nedan).

3.3 Syfte och skyddsintressen

3.3.1 Effektiv konkurrens och konsumenten

Liksom framgått av inledningen så föreligger det vissa grundläggande syften med konkurrensrätten. Som påtalat så är fri konkurrens inte det ändamål som lagstiftaren - såväl på svensk som europarättslig nivå - har avsett med konkurrenslagstiftningen. Det som istället är eftersökt och även uppnåeligt är fungerande eller effektiv konkurrens. Begreppet effektiv konkurrens tar främst sikte på pris- och prestationskonkurrens, dvs. marknadens aktörer tävlar

⁶⁶ Bernitz, s. 33-35.

⁶⁷ Bernitz, s. 34-36.

⁶⁸ Bernitz, s. 36-37.

mot varandra genom att erbjuda konsumenterna produkter alternativt tjänster av god kvalitet och/eller föremåneliga priser.⁶⁹

Effektiv konkurrens är det läge som i regel eftersträvas i en marknad. Begreppet effektiv konkurrens är kan dock inte sägas vara entydig, enligt Karlsson och Osen Bergqvist säger emellertid följande ”allmänt kan sägas att effektiv konkurrens råder på en marknad där antalet säljare inte är för begränsat, de utbudna produkterna inte är för differentierade, företagen inte handlar i samförstånd med varandra och inga väsentliga hinder finns för marknadsinträde”.⁷⁰

Det anses finnas två huvudsakliga skyddsintressen som konkurrensrätten ämnar att skydda. Först är det skyddet av konkurrensen som sådan. En effektiv konkurrens bidrar i sin tur till förutsättningar för en god samhällsekonomi i olika avseenden. Framst eftersom resurserna fördelas på ett fördelaktigt sätt. Motsatsvis anses en otillräcklig konkurrens leda till att resurserna inom samhället inte nyttjas på ett effektivt sätt med onödiga kostnader som följd.⁷¹

Därtill så föreligger det såväl inom svensk rätt som unionsrätt ett påtagligt fokus på konsumentskyddet inom konkurrensrätten. En effektiv konkurrens anses t.ex. gynnsamt för konsumenterna eftersom det tvingar företagen att tävla om konsumenterna vilket medför innovation (fler varor till konsumenterna) och sänkta priser i syfte att locka kunder.⁷²

Det är inte en ovanlig föreställning att de konkurrensrättsliga reglerna ämnar att skydda små- och medelstora företag. Till viss del fungerar det på detta sätt eftersom t.ex. förbudet mot missbruk av dominerande ställning (se 3.3.1 nedan) riktar sig till aktörer med avsevärda marknadsandelar och stora möjligheter att påverka marknaden. Därtill framgår det i förarbetena till 1993 års konkurrenslag att ”Ett viktigt mål för konkurrenspolitiken är att stärka och bevara och därmed att främja utvecklingskraften i de små och medelstora företagen. Små och medelstora företag bidrar genom sin flexibilitet och dynamik till att upprätthålla en effektiv konkurrens”. Vidare framgår att bestämmelserna i lagen ämnar att skapa bra förutsättningar för små-och medelstora företag och förbuden särskilt tar sikte på sådant som kan vara negativt för dessa. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning pekats ut som ett särskilt viktigt verktyg i sammanhanget.⁷³

Skyddet för konkurrens ska emellertid inte förstås som att mindre framgångsrika aktörer inte ska kunna konkurreras ut eller bli uppköpta av företag som går bättre. Det ligger i sakens

⁶⁹ Bernitz, s. 38-39. Se även Nordell, s. 23-24. Se ytterligare Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 1 §.

⁷⁰ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 34. Se även Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 1 §.

⁷¹ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 34.

⁷² Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 34-35.

⁷³ Prop. 1992/1993:56, s. 21 ff.

natur att vissa aktörer inom en marknad inte lever upp till de förhoppningar som fanns när företaget startades, inte sällan med konkurs eller uppköp som följd härav. Som tidigare påpekats (se 2.2.6 ovan) är det inte otillåtet att konkurrera ut andra aktörer så länge de metoder som vidtas inte faller utanför ramen för de bestämmelser som föreligger på såväl det konkurrensrättsliga området som andra rättsområden.⁷⁴

Slutligen ska det understrykas att det föreligger vissa skillnader mellan syftena i svensk rätt i och dess unionsrättsliga motsvarighet på det konkurrensrättsliga området. Konsumenten anses vara ett skyddsvärt subjekt i båda lägren. Däremot anses EU:s konkurrenslagstiftning främja marknadsintegrationen, dvs. minska skillnaden mellan medlemsländerna. Därav följer att det krävs s.k. samhandelseffekt (se 5.3 nedan) för att ett handlande ska anses strida mot konkurrensrätten på EU-nivå. Medan det finns potential att samma handlande skulle bedömas stå i strid mot svensk konkurrensrätt.⁷⁵

⁷⁴ Se Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 35.

⁷⁵ Se Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 52 ff.

4 Relevant marknad

Begreppet relevant marknad⁷⁶ är grundläggande inom såväl svensk rätt som unionsrätt vid bedömning för om en dominerande ställning föreligger. En bedömning av aktörens marknadsandel måste primärt genomföras för att fastställa huruvida en dominerande ställning (se 5.5 nedan) föreligger eller inte. Först efter att en dominerande ställning har konstaterats kan man gå vidare till att avgöra om de vidtagna åtgärderna som den dominerande aktören vidtagit är att betrakta som missbruk av nämnda ställning. På ett liknande sätt ska den relevant marknaden bestämmas för att bestämmelsen i 102 FEUF inom unionsrätten ska vara tillämplig. En fastställande av relevant marknad måste också göras vid bedömningen av resultatöverträdelse enligt konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § KL (se 5.4 nedan) och dess motsvarighet i 101 FEUF. Vidare är en avgränsning av den relevanta marknaden en förutsättning för att en kunna tillämpa bestämmelsen i 4 kap. 1 § KL om företagskoncentrationer (se 5.3 nedan).⁷⁷

Därtill har marknadsandel genomgående en viktig ställning inom konkurrensrätten.⁷⁸

Inledningsvis måste avgöras vilken marknad som ska läggas till grund vid bestämmandet av marknadsandel. Det som begreppet relevant marknad syftar att åstadkomma är att bestämma gränsen för konkurrens mellan företag.⁷⁹ För att gör detta sker en bedömning i två led. Dels ska produktmarknaden bestämmas, dvs. produktens utbytbart, eller substituerbarhet som det också kallas, på en specifik marknad. Dels ska den geografiska marknaden bestämmas. Med andra ord det område inom vilket vederbörande företag huvudsakligen tillhandahåller sina produkter eller tjänster.⁸⁰ Det är inte endast det objektiva egenskaperna på produkterna och tjänsterna som ska beaktas vid bedömningen av utbytbart. Hänsyn måste även fästas vid konkurrensvillkoren samt efterfråge- och utbudsmötret på marknaden.⁸¹

Det sagda innebär att ett företag som exempelvis är stort på en snäv definition av produktmarknaden, t.ex. kullager, kan vara litet i en vid definition av produktmarknad exempelvis fordonsindustrin. På motsvarande sätt kan ett företag anses stort på en geografisk

⁷⁶ Eng ”relevant market”.

⁷⁷ I Kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 7 april 2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer hänvisas till Kommissionens definition av relevant marknad (se 5.1 nedan). Se även Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 111-113.

⁷⁸ Bernitz, 42-44, 140-141. Se även Nordell, s. 24-26.

⁷⁹ Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 108.

⁸⁰ Bernitz, 42-44, 140-141. Se även Nordell, s. 24-26.

⁸¹ Mål T-427/08 *CEAHR mot kommissionen* EU:T:2010:517, p. 67.

marknad som definieras snävt, t.ex. ett litet samhälle inom ett land. Medan samma företag kan bedömas som litet i en vid definition av geografiska marknaden, exempelvis hela EU.⁸² De faktiska omständigheterna på marknaden påverkar bedömningen av den relevanta marknaden. Den tidsmässiga aspekten är en av de förhållanden som ska beaktas vid bedömningen, som exempel tar Karlsson och Osen Bergqvist upp färska livsmedel och vissa transporttjänster.⁸³

Vid en domstolsprövning kan det vara av värde att inhämta vittnesuppgifter för att styrka eller ifrågasätta en marknadsavgränsning. Vidare kan utlåtanden från sakkunniga med fördel användas för att stödja eller förkasta information som ligger till grund för bedömning i det enskilda fallet. Därtill kan företagens egna dokument vara av betydelse. Det kan t.ex. röra sig om s.k. due-dilligence-rapporter, marknadsundersökningar eller konkurrentanalyser.⁸⁴ För denna karaktär av bevisning måste emellertid de omständigheter som rådde när dokumentet tillkom beaktas likväl som den tid som förflutit sedan upprättandet av denna.⁸⁵

4.1 Ett rättsligt begrepp med en ekonomisk grund

Det stora antal parametrar som domstolen tvingas ta hänsyn till medför att bedömningen är av komplex karaktär. Allt emellan en graden av en produkts utbytbarhet till hur vitt område den geografiska marknaden ska anses omfatta. Domstolen tvingas således dra en skarp gräns mellan produkter som ingår i den relevanta marknaden och produkter som inte gör det, något som inte stämmer överens med hur det ser ut i praktiken. Följaktligen kan bedömningen variera, om inte i praktiken så åtminstone i teorin. Såväl Bernitz som Karlsson och Osen Bergqvist har använt uttrycket *ingen exakt vetenskap*⁸⁶ för att beskriva processen bakom bestämmandet av marknadsavgränsning. Detta innebär emellertid inte att det som ligger till grund för bedömningen får innefatta metoder eller krav som inte stämmer överens med gällande rätt eller att prövningen sker på rent godtyckliga grunder.⁸⁷

Eftersom den marknadsavgränsning som görs inom ramen för bedömningen av relevant marknad är starkt sammankopplad med omständigheterna i det enskilda fallet så följer att tidigare praxis kan vara vägledande med inte prejudicerande. Ledning kan emellertid att hämtas av hur andra domstolar eller myndigheter har bedömt frågan om marknadsavgränsning, t.ex. ett

⁸² Bernitz, s. 42-44.

⁸³ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 111.

⁸⁴ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 151.

⁸⁵ PMÖD mål PMT 7499-16 KKV mot *Logstor m.fl.* Domstolen fann att KKV:s talan skulle lämnas utan bifall med anledning av brister i den bevisning som framförts av myndigheten.

⁸⁶ Se Bernitz, s. 43. Se även Se Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 112.

⁸⁷ Bernitz, s. 42-43. Se även Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 112 ff.

avgörande från EU-domstolen eller KKV.⁸⁸ Ur ett EU-rättsligt perspektiv måste naturligtvis prövningen av relevant marknad i enlighet med unionsrätten för att de konkurrensrättsliga reglerna ska vara tillämpliga. Detta sker främst genom ledning av EU-domstolens praxis och kommissionens beslutspraxis. Även kommissionens yttrande om definition av relevant marknad (se 5.1 nedan) är viktig inom sammanhanget. Yttranden är inte rättsligt bindande för EU-domstolarna men utgör likväl ett viktigt dokument som ledning för den praktiska rättstillämpningen.⁸⁹

Det ska här även sägas att relevant marknad är ett rättsligt begrepp som vilar på ekonomisk grund. Det man faktiskt söker åstadkomma med hjälp av det rättsliga verktyg som relevant marknad utgör, är att med hjälp av ekonomisk analys⁹⁰ mäta konkurrensen som det berörda företaget utsätts för. Varpå man med den informationen kan grunda en slutsatsen om t.ex. en företagskoncentration medför att den negativa påverkan på konkurrensen blir så stor att den inte lagligen kan genomföras. På motsvarande sätt kan ett handlande som i och för sig hade varit fullt legitimt givet att företaget inte har för stor marknadsandel, anses som förbjudet om det visar sig i bedömningen att företaget har en dominerande ställning.⁹¹

4.1.1 Marknadsavgränsningen avgörande i vissa fall

Slutligen ska det sägas att bedömningen av relevant marknad kan vara helt avgörande för utgången av ett mål, i synnerhet vid bedömningen av förbud av företagskoncentrationer och missbruk av dominerande ställning. Vid ett flertal tillfällen har såväl svenska domstolar som EU-domstolar ogillat en talan med anledning av att marknadsavgränsningen varit otillräcklig eller inte ansetts kunna styrkas.⁹²

I ett exempel *Tidnings Metro mot Stockholm City i Sverige m.fl.*⁹³, hade MD att ta ställning till ett påstått missbruk av dominerande ställning medelst s.k. kombinationsförsäljning⁹⁴ och underprissättning (se 6.5 nedan). Domstolen ansåg att bevisbördan ålåg Metro i egenskap av talande i målet. Domstolen menade att *Den avgörande frågan blir då om den av Metro presenterade utredningen om relevant produktmarknad.*

⁸⁸ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 118.

⁸⁹ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 109-110.

⁹⁰ Exempelvis SSNIP-testet (se 4.2 nedan).

⁹¹ Se Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 112-114.

⁹² Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 112-113.

⁹³ MD 2007:14.

⁹⁴ Även kallad ”bundling alternativt mixed bundling”. I detta fall hade betaltidningarna Stockholms city, Expressen samt Dagens Nyheter ingått ett erbjudande som innebar att annonsörer fick i det närmaste annonsen gratis om denne i de andra tidningarna som ingick i paketet. Detta innebar enligt käreande, gratistidningen Metro, en tydlig utestängningseffekt.

Vidare ansåg domstolen följande ”Enligt Marknadsdomstolens mening ger den framlagda utredningen - trots sin omfattning - inte besked i vissa viktiga hänseenden. Det gäller sådana frågor som hur det faktiskt går till när annonsörer överväger och köper annonsutrymme, vilka överväganden annonsörerna gör vid val av annonsmedium och hur de i det enskilda fallet faktiskt uppfattar möjligheterna till utbyte samt prisets betydelse för utbytbarhet.”⁹⁵ MD menade att således att Metro inte kunnat bevisa förekomsten av relevant produktmarknad och ogillade talan.⁹⁶

4.1.2 Primär- och eftermarknad

Slutligen ska här sägas att marknadsavgränsningen kan kompliceras ytterligare i de situationer som involverar såväl en primär- som en sekundärmarknad. Det kan t.ex. handla om reparationer (sekundär) av en produkt som tidigare avyttrats av en återförsäljare (primär). Det kan även handla om att tillgodose reservdelar till primärprodukter. Vidare kan det röra sig om underhållstjänster eller försäljning av produkter som ska användas i samband med primärprodukten. Betydande för bedömningen är primärproduktens pris och livslängd samt sekundärproduktens pris i relation till primärproduktens pris. Vidare ska hänsyn tas till kundens möjlighet och faktiska beaktande av det totala pris som primärprodukten kostar under den totala tid som varan förbrukas, inbegripet priset av sekundärprodukten.⁹⁷

Ett relevant avgörande i sammanhanget⁹⁸ gällde påstådd konkurrensbegränsande samverkan samt missbruk av dominerande ställning avseende eftermarknaden av lyxklockor. Kommissionen menade att eftermarknaden, dvs. reparation av och tillhandahållandet av reservdelar till lyxklockor inte var självständiga marknader, utan skulle ses som en gemensam marknad tillsammans med försäljningen av lyxklockor.⁹⁹ Följden härav skulle bli att den relevanta marknaden blev vidare vilket medför att den relativa konkurrensen blir lägre.

⁹⁵ MD:s domskäl I MD 2007:14.

⁹⁶ MD:s slutsats var följande: ”Enligt Marknadsdomstolens mening ger den framlagda utredningen - trots sin omfattning - inte besked i vissa viktiga hänseenden. Det gäller sådana frågor som hur det faktiskt går till när annonsörer överväger och köper annonsutrymme, vilka överväganden annonsörerna gör vid val av annonsmedium och hur de i det enskilda fallet faktiskt uppfattar möjligheterna till utbyte samt prisets betydelse för utbytbarhet. Ej heller omfattningen av medierådgivares medverkan vid annonsköp i aktuella tidningar samt omfattningen och betydelsen av denna medverkan har blivit närmare klarlagd. Detsamma gäller eventuella skillnader i fråga om läsarprofilens betydelse. Slutligen har inte lämnats någon närmare redovisning av effekten på marknadsförhållandena när en gratistidning introduceras på en marknad.”

⁹⁷ Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 135. Se även p. 56 i kommissionens tillkännagivande om relevant marknad (se 5.2 nedan).

⁹⁸ Mål T-427/8 *CEAHR mot kommissionen* EU:T:2010:517.

⁹⁹ Mål T-427/8 *CEAHR mot kommissionen* EU:T:2010:517, p. 10.

Tribunalen höll inte med kommissionens bedömning, utan ansåg att försäljningen, tillhandahållandet av reservdelar och reparationen av lyxklockor var att betraktas som tre olika relevanta marknader.¹⁰⁰

4.2 Den relevanta produktmarknaden

”Den relevanta produktmarknaden omfattar alla produkter som kunderna anser vara likvärdiga med (utbytbara mot) det eller de berörda företagens produkter, på grundval av produkternas egenskaper, pris och avsedda användning, med beaktande av konkurrensvillkoren och strukturen på utbud och efterfrågan på marknaden”.¹⁰¹

Som påpekats är avgörande vid bestämmandet av produktmarknaden en produkt eller tjänsts utbytbarhet. Man gör en samlad bedömning av frågan om produkterna med hänsyn till pris, funktion och egenskaper i övrigt kan tillgodose samma behov hos användaren.¹⁰² Ett illustrativt exempel är det klassiska rättsfallet *United brands mot kommissionen ang. Chiquita bananer*¹⁰³ där EU-domstolen hade att ta ställning till huruvida bananer räknades som en egen marknad eller var del av den större fruktmarknaden som helhet. Domstolen började med att klarlägga de grundläggande ”Då det gäller produktmarknaden måste man först undersöka om bananer, såsom sökanden har hävdad, är en integrerad del av marknaden för färsk frukt, eftersom de i relativt stor omfattning kan bytas ut av konsumenterna mot andra sorters färsk frukt såsom äpplen, apelsiner, druvor, persikor, jordgubbar etc. eller om den relevanta marknaden uteslutande är bananmarknaden i vilken ingår både märkesbananer och bananer utan varumärke, och utgör en marknad som är tillräckligt enhetlig och åtskild från marknaden för annan färsk frukt.”¹⁰⁴

Domstolen gick vidare till att analysera ett flertal saker som t.ex. det behov som bananen uppfyller, dess pris samt dess säsongsbaserade tillgänglighet och prisfluktuationerna i samband med dessa.¹⁰⁵ Vidare argumenterade domstolen att banan har en rad olika egenskaper som lämpar sig bra för såväl den mycket unga befolkningen som den gamla.¹⁰⁶ Domstolen landade

¹⁰⁰ Mål T-427/8 *CEAHR mot kommissionen* EU:T:2010:517, p. 114-120. Se även MD 2012:13 *Sveriges Bildelsgrossisters förening mot KIA Motors Sweden*.

¹⁰¹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645), punkt 12 a), se 5.2 nedan.

¹⁰² Se Bernitz, s. 42-44. Se även Nordell, s. 25.

¹⁰³ Mål 27/76, *United brands mot kommissionen ang. Chiquita bananer*.

¹⁰⁴ Punkt 12 Mål 27/76, *United brands mot kommissionen ang. Chiquita bananer*.

¹⁰⁵ Se t.ex. punkt 25-30.

¹⁰⁶ Punkt 31 Mål 27/76, *United brands mot kommissionen ang. Chiquita bananer*. Domstolen anförde följande: ”Bananens utseende, smak, mjuka konsistens, avsaknad av kärnor, lätthanterlighet och konstanta

slutlig in bedömningen att banan i tillräckligt hög grad skiljer sig från den marknaden för annan färsk frukt och således utgör en egen marknad.¹⁰⁷

I ett annat belysande rättsfall hade PMÖD att ta ställning till om snus utgjorde en egen produktmarknad eller delade produktmarknad med andra tobaksprodukter.¹⁰⁸ PMD framhöll att ”Snus skiljer sig även från annan rökfri tobak, såsom tuggtobak och lukttobak, eftersom dessa produkter konsumeras på olika sätt. Tuggtobak och lukttobak ingår inte i samma produktmarknad som snus. Inte heller nikotinfritt snus ingår på samma produktmarknad som snus.”¹⁰⁹ PMÖD vidhöll samma linje som PMD i det avseendet.¹¹⁰

4.2.1 SSNIP-testet

För att motverka det tidigare påpekade skönsmässigheten i bedömningen har det s.k. SSNIP-testet¹¹¹ utvecklats. Det går ut på att mäta utbytbaren hos en produkt eller tjänst. Detta görs genom att utreda om en liten men varaktig prishöjning, oftast på mellan 5-10 procent, medför att någon annan vara ökar i efterfrågan till den grad att prishöjningen blir olönsam till följd av minskad försäljning.¹¹² Om så är fallet så indikerar det att ytterligare produkter ingår i produktmarknaden. Detta går att koppla till ovanstående fallet med *United brand mot kommissionen ang. Chiquita bananer*.¹¹³ Domstolen bedömer ”att priserna på och eller utbudet av andra frukter har en mycket liten inverkan på priserna på och utbudet av bananer på den relevanta marknaden”¹¹⁴. Hade domstolen istället genomfört ett SSNIP-test och funnit att efterfrågan på t.ex. äpplen ökade samt att vinsten på bananerna minskade som effekt av minskad efterfrågan, så kunde domstolen ha gjort en annan bedömning. Bernitz påpekar dock en viktig begränsning med testet i det att den svårigen kan genomföras i praktiken. Det är lättare att genomföra testet på standardprodukter såsom tejp medan t.ex. kläder, vilket innefattar en prisbild som återspeglas av en blandning av den kvalitén och status som tillskrivs varumärket och är därför gör det svårare att bedöma.¹¹⁵

produktionsnivå gör att den ständigt kan uppfylla det varaktiga behov som finns hos en stor del av befolkningen såsom barn, äldre och sjuka.”

¹⁰⁷ Punkt 35.

¹⁰⁸ PMÖD:s dom i 29 juni 2018 i mål PMT 1988-17, Swedish match.

¹⁰⁹ PMD:s dom PMT 1988-17, Swedish match, under rubriken *relevant marknad i mål*.

¹¹⁰ PMÖD:s dom i 29 juni 2018 i mål PMT 1988-17, Swedish match. Under rubriken *Relevant marknad och effekter på samhandeln mellan medlemsstaterna*.

¹¹¹ SSNIP= small but significant non transitory increase in price.

¹¹² SSNIP testet behandlas här under *den relevanta produktmarknaden* i likhet med Bernitz struktur, se s.42. Det bör dock framhållas att SSNIP-testet är kvantitativt test för att bedöma utbytbaren såväl produktmässigt som geografiskt. Se Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 122.

¹¹³ Mål 27/76, *United brands mot kommissionen ang. Chiquita bananer*.

¹¹⁴ Punkt 21 Mål 27/76, *United brands mot kommissionen ang. Chiquita bananer*.

¹¹⁵ Se Bernitz, s. 43.

4.2.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Vid bedömningen av den relevant produktmarknaden krävs det ofta att man beaktar utbytbarheten på såväl efterfrågesidan som utbudssidan. Den förstnämnda berör företagets tilltänkta kunder och deras beteenden på marknaden, hur påverkas efterfrågan på en produkt eller tjänst som företaget tillhandahåller exempelvis av en liten men varaktig prishöjning av produkter?¹¹⁶

Ledning kan hittas i en produkts egenskaper och tilltänkta användningsområde. Föreligger det betydande skillnader mellan produkters egenskaper och användningsområde så indikerar det liten eller ingen utbytbarhet produkterna emellan, och det föreligger en sannolikhet att produkterna därmed inte ingår i samma produktområde.¹¹⁷ Nyckelordet är härvid emellertid *Indikera*. Analysen får inte stanna redan där. Hänsyn måste också tas till de *konkurrensvillkor som föreligger och efterfråge- och utbudsmönstret på marknaden*.¹¹⁸ Vidare har Svea hovrätt uttalat sig följande: ”Förekomsten av skillnader i produkternas egenskaper är emellertid inte i sig tillräckligt för att utesluta utbytbarhet på efterfrågesidan, eftersom denna också i stor utsträckning är beroende av hur kunderna värderar olika egenskaper. Att endast se till kvalitativa skillnader skulle därmed kunna resultera i en alltför snäv marknadsdefinition”¹¹⁹

Vanligtvis sker försäljningen av produkter i flera s.k. försäljningsled. Produkten skapas i något form av producenten för varorna, dessa säljs sedan till återförsäljare som i sin tur saluför produkten i lokaler som de tillhandahåller för syftet. PMÖD i fallet ovan angående *Swedish match* att återförsäljarnas efterfrågan var i direkt korrelation till konsumenternas efterfrågan. Därför fastställdes produktmarknaden till försäljning av snus till återförsäljare.¹²⁰ Kundens uppfattning och ståndpunkter har överlag en viktig roll i sammanhanget. Det förekommer regelbundet att undersökningar i syfte att finna information om kundernas åsikter och ekonomiska beteendemönster. Även konkurrenter och branschorganisationers åsikter väger in vid bedömningen. Vidare är priset på en produkt eller tjänst inte direkt avgörande, men likväl ledande när det kommer till stora prisskillnader. I sådana fall torde det i regel inte föreligga utbytbarhet.¹²¹

¹¹⁶ Se SSNIP-testet i avsnittet ovan.

¹¹⁷ Se bl.a. Mål C-322/81 *Michelin I* EU:C:1983:313, p. 37.

¹¹⁸ Se bl.a. Mål C-322/81 *Michelin I* EU:C:1983:313, p. 37.

¹¹⁹ Svea hovrätt mål T 5365-16 *Telia Company mot Tele2 Sverige* (2017-12-21), s. 25.

¹²⁰ Mål PMÖD 2018:5, *Swedish match*. Se även t.ex. Mål C-322/81 *Michelin I* EU:C:1983:313 och MD 1997:11, *Vivo Stockholm mot KKV*.

¹²¹ Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 129-131. Punkt 15-19 i Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning behandlar utbytbarhet på efterfrågesidan (se 5.2 nedan).

4.2.3 Utbytbarhet på utbudssidan

Vid sidan av utbytbarheten på efterfrågesidan finns utbudssidan. Det kopplar till det potentiella konkurrenstryck som aktörer kan utsätta varandra för. Exempelvis om en verksamhet går över från att producera varor eller tjänster av en form till en annan. Avgörande är om detta kan utföras *snabbt, utan avsevärda kostnader och kommersiella risker*. Om dessa förutsättningar föreligger görs måste ske genom en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet.¹²²

I punkt 22 i kommissionens tillkännagivande om relevant marknad¹²³ från 1997, förekom ett praktiskt exempel på hur en konkurrensen på utbudssidan kan påverka utbytbarheten på en produkt och sedermera bedömningen av produktmarknad. Pappersproduktion var det exempel som togs upp. Papper produceras i olika kvalitet för olika behov. Samma högkvalitativa papper som används i konstböcker eller högkvalitetspublikationer används inte i vanliga anteckningsblock. Pappersfabrikerna har emellertid möjlighet att på kort tid och till en försumbar kostnad, ställa om produktionen från låg- till högkvalitativt papper. Under förutsättning att det inte förekommer problem i distributionen av produkterna och att beställningarna genomförs i god tid, så kan papperstillverkarna konkurrera om samma kunder. Punkten konkluderas med följande slutsats ”Under sådana omständigheter skulle kommissionen inte definiera en avskild marknad för varje papperskvalitet och varje användning. De olika papperskvaliteterna inkluderas i den relevanta marknaden och försäljningen av dem läggs samman för att ge en uppskattning av marknadens totala värde och volym”.¹²⁴

Förekomsten av s.k. *substitutionskedjor* innebär att företag som i och för sig inte är direkt utbytbara ändå kan påverka varandra i så pass stor omfattning att de anses tillhöra samma produktmarknad. Karlsson och Osen Bergqvist illustrerar detta med hjälp av följande pedagogiska exempel ”Även om produkt A och produkt C inte är utbytbara med varandra skulle de kunna ingå i samma produktmarknad om möjligheten att (lönsamt) höja priset på såväl A som C begränsas av överströmning till produkt B, som således skulle vara utbytbar med både A och C. Även om produkterna A och C inte är direkta substitut, skulle de ändå

¹²² Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 139.

¹²³ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning från 1997 (se 5.1 nedan), 2024 utkom en uppdaterad version av dokumentet där samma alltfjämt belysande exempel inte finns med (se 5.2 nedan).

¹²⁴ Punkt 22 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning från 1997. Samma resonemang återfinns i punkt 34 i Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning från 2024, i det fallet handlar det emellertid om framställningen av rostfritt stål med hänvisning till rättsfallet M.6471, Outokumpu/INOXUM.

kunna anses tillhöra samma relevanta marknad, eftersom utrymmet för prissättningen av dem begränsas av risken för att kunderna går över till produkt B2”.¹²⁵

I det tidigare berörda rättsfallet om *Swedish match*¹²⁶ så fann MD att snus i samtliga befintliga format och prisklasser var ömsesidigt utbytbara mellan varandra. Det förelåg ett flertal orsaker till grund för denna bedömning. Konsumenterna ansågs flyktigt byta mellan de olika prissegmenten av snus. Vidare, mot bakgrund att det föreligger små eller försumbara skillnader i snus som produkt och dess tillverkningsprocess och att snustillverkare snabbt och utan väsentliga tilläggskostnader kan ställa om sin produktion till önskat format eller prissegment, ansåg PMD att snus är en egen och relevant produktmarknad.¹²⁷ PMÖD instämde med den marknadsavgränsning som PMD kommit fram till.¹²⁸

4.3 Den relevanta geografiska marknaden

”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det geografiska område där det eller de berörda företagen tillhandahåller eller efterfrågar de relevanta produkterna, där konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade för att effekterna av det beteende eller den koncentration som granskas ska kunna bedömas, och som kan skiljas från andra geografiska områden, framför allt på grund av väsentligt olika konkurrensvillkor”¹²⁹

Den geografiska marknaden måste även fastställas för att ta reda på en tjänst eller en produkt relevanta marknad. Såväl förarbetena som Karlsson och Osen Bergqvist menar att det är den ”verkliga” geografiska marknaden som ska ligga till grund för bedömningen och att detta ska göras utifrån ett konsumentperspektiv. Anledningen till detta understrykande är att man tidigare i praxis hade en tendens att sammanblanda begreppen *relevant geografisk marknad* med förhållandet att konkurrenslagen har *begränsad geografisk räckvidd*.¹³⁰

Vid bedömningen ska såväl varans eller tjänstens beskaffenhet samt transportmöjligheterna beaktas. Vidare är köparnas möjlighet att nå olika distributörer av vikt. Det faktum att kostnaderna i regel för transporter succesivt minskat över åren har bidragit till

¹²⁵ Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 133.

¹²⁶ PMD mål PMT 16822-14 KKV mot *Swedish Match North Europe*.

¹²⁷ PMD mål PMT 16822-14 KKV mot *Swedish Match North Europe*, s. 136-137.

¹²⁸ Mål PMÖD 2018:5, *Swedish match*, s. 5. Punkt 20-23 i Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning behandlar utbytbarhet på efterfrågesidan (se 5.2 nedan).

¹²⁹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645), punkt 12 b), se nedan 5.2.

¹³⁰ Prop. 1997/98:130, s. 25. Se även Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 142 ff. Se nedan i 6.2.1 om konkurrenslagens tillämpning.

att transportkostnaderna har blivit en mindre faktor vid bestämmandet av den geografiska marknaden.¹³¹

Den relevanta geografiska marknaden kan som påpekats bedömas såväl vitt som snävt. Det kan röra sig om allt från mindre orter till nationer eller förbund av stater. Några viktiga avgöranden på området kan belysa rättsläget. I exempelvis PMD 2000:6 kom domstolen fram till att den geografiska marknaden för industriella gaser på flaska var Sverige. Detta med anledning av att även de depåer och agenter som utförde försäljningen var av lokalt belägna på olika platser i landet, så utgjorde de tillsammans ett relativt heltäckande nät vilket medförde bedömningen att försäljningen ansågs täcka hela landet.¹³²

MD gjorde en liknande bedömning i rättsfallet MD 2012:16. Fallet avsåg huruvida villkoren i de av Bilsportförbundet (SBF) utförda kontrakt till motorklubbar, var att anse som ett samordnat förfarande som begränsade konkurrensen på ett märkbart sätt. De regler som SBF satte upp gemensamma regler som avsåg en lojalitetsplikt för innehavare av tävlingslicens och funktionärslicens. Dessa avtalsvillkor innebar att ägare av dessa licenser åtog sig att inte medverka i tävlingar som inte sanktionerats av SBF.¹³³

De aktiva på marknaden ansågs vara motorklubbar och att dessa var belägna runtom i hela landet. Klubbarna arrangerar i sin tur motortävlingar i egen regi. MD ansåg därmed att den relevanta geografiska marknaden var hela Sverige.¹³⁴ Vilket medförde att det s.k. samhandelskriteriet (se 8.1 nedan) var uppfyllt, varför de unionsrättsliga konkurrensreglerna var tillämpliga på fallet.¹³⁵ MD landade slutligen i bedömningen att handlandet stred mot såväl 2 kap. 1 KL och artikel i 101 FEUF och ålade därmed SBF att upphöra med överträdelserna.¹³⁶

Motsatsvis har domstolen i vissa fall bedömt de geografiska marknaden till ett ytterst begränsat område. I NJA 2008. S 120 fann HD att den relevanta geografiska marknaden för färjetrafik var ystad hamn. MD har även bedömt Arlanda flygplats utgöra en egen relevant geografisk marknad i ett fall rörande administration av ett kö- och framkallningssystem av

¹³¹ Bernitz, s. 43-44, 140-141. Se även Nordell, s. 26.

¹³² MD 2000:6. Domstolen motiverade beslutet följande: "När det gäller att bestämma den geografiska marknaden bör enligt Marknadsdomstolens mening till utgångspunkt tas det område där standardavtalets innehåll har effekt. AGA säljer industriella gaser på flaskor via såväl egna depåer som agenter. Även om varje agent eller depå endast täcker försäljning inom ett begränsat område kring försäljningsstället eller depån, utgör dock försäljningsområdena ett nät som täcker i stort sett hela landet. Marknadsdomstolen finner därför, i likhet med Konkurrensverket, att den geografiska marknaden bör bestämmas till Sverige."

¹³³ 7.1 och 7.2 i SBF:s "Gemensamma regler" i avtalet. Se MD 2012:16, punkt 1,6 samt 8-9.

¹³⁴ MD 2012:16, punkt 134.

¹³⁵ MD 2012:16, punkt 74.

¹³⁶ MD 2012:16, punkt 165-175.

taxibilar vid Arlanda flygplats.¹³⁷ I rättsfallet *Swerock* avgränsade MD den geografiska marknaden till en radie av fyra mil runt en krossanläggning i Angered p.g.a. transportkostnaderna förknippade med försäljningen av produkterna.¹³⁸

¹³⁷ MD 2001:9, under rubriken ”missbruk”. Se även MD 2010:5 där domstolen gjorde en liknande bedömning avseende Arlanda flygplats som egen geografisk marknad.

¹³⁸ MD:s domskäl i MD 2001:11. ”På grund av transportkostnaderna är avståndet till denna marknad av avgörande betydelse för möjligheterna att kunna konkurrera där”.

5 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad

5.1 Versionen från 1997

1997 utfärdade Europeiska unionens kommission ett dokument med syfte att *ge en vägledning till kommissionens sätt att tillämpa begreppen relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad när den verkställer gemenskapens konkurrenslagstiftning*.¹³⁹ Den första versionen av kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning innehöll 58 punkter. Innehållet i dokumentet var i många avseenden en sammanfattning av unionsrättslig praxis fram till den tidpunkten.¹⁴⁰ En viktig bakom tillkomsten av dokumentet var förutsebarheten som skulle följa trasparansen bakom kommissionens bedömning i konkurrensärenden. Följaktligen hoppades kommissionen på att företagen skulle beakta innehållet i tillkännagivandet innan de vidtar åtgärder på marknaden som eventuellt kommer att påverka konkurrensen till den grad att de EU-rättsliga bestämmelserna på området riskerar att bli tillämpliga.¹⁴¹ Tillkännagivandet är inte bindande för EU-domstolarna, men i praktiken så är det ledande i bedömningen av relevant marknad.¹⁴²

I enlighet med kommissionens agenda för bättre lagstiftning¹⁴³, genomförde kommissionen en utvärdering av hur 1997 års tillkännagivande vilket utmynnade i en rapport¹⁴⁴ som utgavs 2021.¹⁴⁵ Slutsatsen i rapporten är att tillkännagivandet är användbart och fortsätter att vara det 23 år efter det att dokumentet utkommit. Vidare har dokumentet bidragit till den avsedda effekten att öka transparensen mellan unionen bedömningskriterier rörande konkurrensrätten och företagen. Därtill tillförs EU värde genom att dokumentets mål effektiv och på ett sammanhängande sätt. Däremot framhålls att det finns områden där dokumentet inte fullt ut återger kommissionens mål och praxis från EU-domstolarna.¹⁴⁶

¹³⁹ Punkt 1 i Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03), utfärdat i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 372*, 09/12/1997 s. 0005 – 0013. Begreppet relevant marknad innefattar dels relevant produkt marknad, dels relevant geografisk marknad (se 4.0 ovan).

¹⁴⁰ Se Karlsson & Bergman, *Konkurrenslagen – En kommentar*, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren 1 kap. 1 § under avsnitt 4.2.2. (3G).

¹⁴¹ Punkt 5 i tillkännagivandet.

¹⁴² Punkt 6 i tillkännagivandet.

¹⁴³ Kommissionens agenda för bättre lagstiftning: Ökad insyn i och kontroll för bättre EU-lagstiftning, utgiven den 19 maj 2019.

¹⁴⁴ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997.

¹⁴⁵ <https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/summary/definition-of-relevant-market.html> (hämtad den 01/04/2024)

¹⁴⁶ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, s. 66-67.

5.2 Versionen revideras 2024

Kommissionen ansåg att det krävdes en reviderad version av tillkännagivandet utgivet 1997. Dels med tanke på att det gått 27 år sedan dokumentet ursprungligen utgavs, och det således påkallades en version som låg närmare i tiden. Dels avseende de tidigare nämnda bristerna i överensstämmande med såväl praxis på området som kommissionens målsättning. Den reviderade versionen utgavs den 22:a februari 2024.¹⁴⁷

Den nya versionen¹⁴⁸ är avsevärt mer omfattande än sin föregångare och innehåller 116 punkter fördelat på 35 sidor, till skillnad mot den tidigare versionens 58 punkter fördelat på 9 sidor. En stor del av den tillkomna kvantiteten utgörs av fotnoter till punkterna som innefattar såväl förtydliganden som konkreta exempel på rättspraxis som involverar punkten ifråga.¹⁴⁹ I det ursprungliga dokumentet förekom över huvud taget inte fotnoter, och presentationen av vissa företeelser lämnade utrymme för tolkning.¹⁵⁰

Här nedan kommer en redogörelse av tillkännagivandes disposition och innehåll att redovisas.¹⁵¹

5.3 Dokumentets disposition och innehåll

5.3.1 Inledning, punkt 1-5

Dokumentet inleds med att behandla syftet bakom tillkännagivandet. Först klargörs de områden inom vilket begreppet marknadsdefinition tillämpas. Kommissionen använder termen vid tillämpning av artiklarna 101 respektive 102 i EUF-fördraget, vid koncentrationskontroller enligt koncentrationsförordningen samt vid tillämpning av motsvarande bestämmelser i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.¹⁵²

Kommissionen anger att syftet är att säkerställa att marknaderna förblir *konkurrensutsatta, öppna och dynamiska*. Detta medför en stärkt motståndskraft inom unionen och minskar beroendeställningen till andra internationella aktörer genom att möjliggöra *starka och diversifierade leveranskedjor*. Vidare menar kommissionen att tillkännagivandet kan

¹⁴⁷ Punkt 3 i MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645).

¹⁴⁸ MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645).

¹⁴⁹ Se t.ex. fotnot nummer 15 innehåller konkreta exempel på kommissionens riktlinjer om materiella bedömningar i konkurrensärenden. Se bl.a. även punkt 24 och 26 som tar upp mål C-27/76, United Brands mot kommissionen, ECLI:EU:C:1978:22 som ett exempel på praxis som innefattar

¹⁵⁰ Jmf t.ex. hur ”potentiell konkurrens” framställs i 1997 versionen respektive versionen från 2024.

¹⁵¹ Samma disposition har använts här som i tillkännagivandet.

¹⁵² Punkt 1.

komplettera unionens regelverk genom att beakta *hållbarhetsfaktorer* i den mån det är relevant för konkurrensbedömningen, även inom ramen för marknadsdefinitionen. Det mot bakgrund av detta som den uppdaterade versionen beaktar utvecklingen¹⁵³ mellan den och den föregående versionen.¹⁵⁴

Vidare framgår att kommissionen i allmänhet definierar den relevanta marknaden i de ärenden som där det är viktigt att bedöma företagets relativa konkurrenskraft.¹⁵⁵ Därtill menar kommissionen att offentliggörandet av den metod samt de kriterier och bevis som används bidrar till ökad transparens, vilket sedermera leder till ökad förutsebarhet och rättssäkerhet för företagen och deras rådgivare.¹⁵⁶

5.3.2 Marknadsdefinitionens roll, punkt 6-10

Den roll som marknadsdefinitionen uppfyller är främst som verktyg för att definiera och identifiera gränserna för konkurrens mellan företag. Vidare anger kommissionen att ”Det huvudsakliga syftet med marknadsdefinitionen är att systematiskt identifiera de faktiska och omedelbara konkurrensbegränsningar som de berörda företagen möter när de erbjuder vissa produkter inom ett visst område”.¹⁵⁷

Det är bara produkter som orsakar ett *faktiskt* och *omedelbart* konkurrenstryck inom den relevanta tidsramen som kan anses ingå i samma relevanta marknad som produkter från företaget eller företagen som anses berörda.¹⁵⁸

Marknadsdefinitionen är vanligt förekommande i de fall som erfordrar att företagets relativa konkurrenskraft ska bedömas, i synnerhet för att avgöra företagets marknadsinflytande. Detta ska dock endast ses som ett hjälpmedel för att fastställa konkurrensbedömningen¹⁵⁹ i lämpliga fall, och inte som en obligatorisk del i bedömningsprocessen.¹⁶⁰ Dock betonas att användningen av marknadsdefinitionen är nära anknuten till unionens olika

¹⁵³ ”Denna utveckling omfattar digitaliseringen och nya sätt att tillhandahålla varor och tjänster samt den alltmer sammanlänkade och globaliserade handeln”, punkt 3.

¹⁵⁴ Punkt 3.

¹⁵⁵ Punkt 2.

¹⁵⁶ Punkt 4-5.

¹⁵⁷ Punkt 6.

¹⁵⁸ Punkt 6. Andra konkurrensbegränsningar som är *potentiella* eller inte medför ett *faktiskt* konkurrenstryck, beaktas vid konkurrensbedömningen.

¹⁵⁹ Innebörden av Termen ”konkurrensbedömning” framgår av fotnot 13 i tillkännagivandet. ”I detta tillkännagivande avses med begreppet ”konkurrensbedömning” de delar av kommissionens materiella bedömning av en fråga som rör unionens konkurrenslagstiftning vilken inte avser marknadsdefinitionen. Detta omfattar särskilt bedömningen av förekomsten av en dominerande ställning, i tillämpliga fall, och bedömningen av de effekter på konkurrensen som det eller de berörda företagens agerande eller en koncentration sannolikt kan få.”

¹⁶⁰ Punkt 8.

lagstiftningsinstrument.¹⁶¹ ”När kommissionen därefter utför sin konkurrensbedömning och analyserar marknadsinflytandet genomför den en övergripande bedömning av alla relevanta hinder för företag som är involverade i den produktmarknad och den geografiska marknad som berörs”.¹⁶²

Marknadsdefinitionen gör det lättare att beräkna en aktörs marknadsandelar, som kommissionen tillsammans med andra uppgifter har möjlighet att använda vid prövningen av ett företags konkurrenskraft i en konkurrensbedömning. Marknadsinflytandet kan också innebära en analys som inbegriper trender som sannolikt kommer att hålla i sig eller förutsebara utvecklingar av trender.¹⁶³

5.3.3 Allmänna principer för marknadsdefinitionen, punkt 11-21¹⁶⁴

Dessa punkter berör de principer som kommissionen använder sig av för att definiera den relevanta marknaden som ett led i tillämpningen av konkurrenslagstiftningen.¹⁶⁵ För det första stadgas att den relevanta marknaden utgörs av dels den relevanta produktmarknaden, dels den relevanta geografiska marknaden.¹⁶⁶ Därtill följer en definition av vardera marknad i tillkännagivandet.¹⁶⁷

För det andra bygger marknadsdefinitionen på omständigheterna i det specifika fallet. Den relevanta marknaden skiljer sig åt från sektor till sektor, mellan olika nivåer i leveranskedjor och ibland mellan olika geografiska områden. Tidigare beslut av kommissionen är vägledande men inte avgörande för utfallet i framtida bedömningar.¹⁶⁸ Vidare måste hänsyn tas till *tänkbara förändringar underbyggda av bredare trender*.¹⁶⁹

För det tredje beaktar kommissionen vid definitionen av relevant marknad även de olika *konkurrensparametrar* som de tilltänkta kunderna anser vara relevanta för det område och den period som bedömningen avser. Parametrarna innefattar dels pris och innovationsgrad, men även dess kvalitet i olika avseenden som kunderna väger in vid ett eventuellt köp. Några

¹⁶¹ Punkt 9. Punkten tar upp samma områden som berörs i punkt 1 a-b.

¹⁶² Punkt 8.

¹⁶³ Punkt 10.

¹⁶⁴ Samma struktur har här använts som i tillkännagivandet. Värt att notera är dock att styckena i fullt ut korresponderar med varandra, varför en parallell läsning kan vara något förvirrande.

¹⁶⁵ Punkt 11.

¹⁶⁶ Punkt 12.

¹⁶⁷ Det är samma definition som finns i början på avsnitt 4.2 respektive 4.3 ovan.

¹⁶⁸ Ett belysande exempel anges i fotnoterna. mål T-151/05, NVV m.fl. mot kommissionen, EU:T:2009:144, punkt 136: ”Sökandena kan i synnerhet inte ha berättigade förväntningar på grund av att kommissionen definierade marknaderna på ett särskilt sätt i ett tidigare beslut. Varken kommissionen eller a fortiori förstainstansrätten är nämligen bunden av konstateranden som gjorts i ett sådant beslut”.

¹⁶⁹ Punkt 14. Som exempel på bredare trender ges digitaliseringen och globaliseringen av handelsutbytet.

exempel är produktens hållbarhet, varaktighet och värde. Därtill anges en produkts tillgänglighet, dess säkerhets- och integritetsskydd samt den bild som förmedlas som saker att beakta vid marknadsavgränsningen. Härvidlag påpekas också att parametrarnas relativa vikt kan ändras över tid för konsumenterna.¹⁷⁰ Vidare framgår av dokumentet att det i vissa fall kan vara nödvändigt att beakta tidsmässiga överväganden, t.ex. när säsongsvariation påverkar kundernas preferenser.¹⁷¹ Det understryks också att marknadsdefinitionen endast är ett mellanliggande steg i bedömningen. Det är först efter att problem fastställts genom en konkurrensbedömning som det faktiskt föreligger en överträdelse av unionens konkurrenslagstiftning.¹⁷²

För det fjärde gör Marknadsdefinitionen det möjligt att skilja på konkurrensbegränsningar inom och utanför marknaden. Detta genom att endast inkludera *faktiska* och *omedelbara* konkurrensbegränsningar på den relevanta marknaden. Andra konkurrensbegränsningar ska likväl beaktas, dessa ska dock ses som mer avlägsna konkurrensbegränsningar för det berörda företaget.¹⁷³

För det femte föreligger tre situationer då marknadsbedömningen kan variera i samband med samma ekonomiska verksamhet när det gäller produkt och geografi.¹⁷⁴ Bedömningen måste utgå från verksamheten av det/de specifika företaget/företagen vilket kan medföra att definitionen varierar beroende på vilka företag som berörs. I tillkännagivandet ges exemplet att konkurrensbegränsningarna mellan företagen är asymmetriska. Med det avses att ett företag kan begränsa ett annat som inte har samma möjlighet, och tvärtom.¹⁷⁵

Den berörda tidsperioden måste också beaktas i sammanhanget. Konkurrencydynamiken kan förändras över tid, vilket medför att marknadsdefinitionen varierar. Ett exempel på detta är när konkurrensvillkoren mellan två geografiska marknader närmar sig över tid, till den grad att de slutligen bedöms som en geografisk marknad.¹⁷⁶ Slutligen kan det sätt på vilket konkurrensbegränsningarna bedöms medföra ett varierat resultat. Eftersom de *faktiska* och *omedelbara* konkurrensbegränsningarna ska beaktas, medför det att ett ärende kan variera beroende på vilka konkurrensbegränsningar som bedöms. Av tillkännagivandet följer: ”Begränsningarna kan exempelvis variera beroende på om undersökningen inriktas på att

¹⁷⁰ Punkt 15

¹⁷¹ Punkt 13.

¹⁷² Punkt 16.

¹⁷³ Punkt 17. Jmf. punkt 6.

¹⁷⁴ Punkt 18.

¹⁷⁵ Punkt 18 a).

¹⁷⁶ Punkt 18 b).

bedöma om koncentrationen skulle leda till prisökningar på befintliga produkter, eller om samma koncentration skulle leda till minskade investeringar i produktutveckling”.¹⁷⁷

För det sjätte understryks att begreppet relevant marknad här skiljer sig från hur termen används i andra sammanhang, särskild i ekonomiska sammanhang. Företag begagnar ofta begreppet marknad för att bl.a. beteckna ett område som företaget är verksamt inom. Exempelvis beskriver många företag som att de är globala företag som är globalt verksamma. Detta innebär dock inte att produkter från alla globala företag är *utbytbara* för kunder inom EES eller att de möter *konkurrensvillkor* som är likartade, vilka är kriterier för bedömningen av marknadsdefinitionen.¹⁷⁸

För det sjunde så har kommissionen inte något skyldighet att definitivt fastställa den relevanta marknaden om resultatet av bedömningen är oavhängig olika möjliga marknadsdefinitioner. Vidare får kommissionen lämna marknadsdefinitionen öppen i såväl ärenden där det uppkommer konkurrensproblem oavsett vilken marknadsdefinition som tillämpas, som ärenden där det inte uppkommer några konkurrensproblem oavsett vilken marknadsdefinition som tillämpas.¹⁷⁹

För det åttonde finns det möjlighet för kommissionen att beakta förväntade omställningar på en marknads struktur när det erfordras i ett ärende. Detta ska inte sammanblandas med konkurrens från potentiella konkurrenter (se 5.3.4 nedan). De strukturella omställningarna tar sig till uttryck genom att hela marknadsdynamiken förändras ifråga om tillgång och efterfrågan. Definitionen av den relevanta produktmarknaden kan påverkas av strukturella omställningar om t.ex. det är rimligt att ett inflöde av nya produkter kommer att komma in på marknaden. Definitionen av den relevanta geografiska marknaden kan på motsvarande sätt påverkas av t.ex. när tekniska förändringar eller förändringar på det legala området sannolikt kommer att ske inom en snart framtid.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Punkt 18 c).

¹⁷⁸ Punkt 19.

¹⁷⁹ Punkt 20. Se t.ex. M.9695 LVMH/Tiffany, punkt 58, där produktmarknaden lämnades öppen . När marknadsdefinition lämnas öppen brukar kommissionen vidta en konkurrensbedömning av alla möjliga marknadsdefinitioner.

¹⁸⁰ Punkt 21. Detta är givetvis särskilt relevant angående företag som är verksamma inom områden av volatil förändring, t.ex. läkemedelsindustrin och företag som tillhandahåller IT-tjänster. Se bl.a. M.2478, IBM/Italia/Business Solutions/JV samt mål C-307/18, Generics (UK) m.fl., EU:C:2020:52.

5.3.4 Allmän metod, punkt 22-24

Det föreligger huvudsakligen tre olika konkurrensbegränsningar som företag utsätts för. Dessa är utbytbarhet på efterfråge- och utbudssidan samt potentiell konkurrens.

a) *Utbytbarhet på efterfrågesidan*

Detta ses som den största konkurrensbegränsningen. En produkts egenskaper i form av pris, innovationsnivå, faktiskt kvalité m.m. är givetvis av stor betydelse. Ett företags inflytande över försäljningsvillkoren kopplat till dessa egenskaper är dock avhängig den möjlighet som kunderna har att utan svårighet byta till tillgängliga produkter som kunderna betraktar som substitut. Med andra ord kommer en stor utbytbarhet på efterfrågesidan att leda till högre konkurrens, vilket innebär stora incitament för företagen att utveckla produkter, pressa priser osv. Motsatsvis gäller för en låg utbytbarhet på efterfrågesidan.¹⁸¹

b) *Utbytbarhet på utbudssidan*

Utbytbarheten på utbudssidan kan påverka definitionen av relevant marknad om den är lika *faktiskt* och *omedelbar* samt *leder till liknande konkurrensvillkor för alla berörda produkter*. Kommissionen understryker dock att utbytbarhet på utbudssidan endast i vissa fall är relevant för bedömningen av marknadsavgränsning.¹⁸²

c) *Potentiell konkurrens*

Hit hör de mer avlägsna och osäkra konkurrensbegränsningar som inte uppfyller kraven för *faktiskt* och *omedelbar* utbytbarhet. Kommissionen menar att det inte är lämpligt att ta med potentiell konkurrens i bedömningen av den relevanta marknaden. Potentiell konkurrens får istället analyseras i den övergripande konkurrensbedömningen.¹⁸³ Vidare framgår i dokumentet att utbytbarheten på efterfråge- och utbudssidan är betydande för fastställandet av produkterna på den relevanta marknaden och i och med det de verksamma leverantörerna på marknaden. Därtill kan hjälp hämtas av en bedömning av vilka kunder som det är rimligt att anta kommer att drabbas av liknande företagskoncentrationer eller ageranden av aktörer. För att ta reda på detta söker kommissionen finna i vilken utsträckning kunderna möter liknande eller olika konkurrensvillkor.¹⁸⁴

¹⁸¹ Punkt 23 a).

¹⁸² Punkt 23 b).

¹⁸³ Punkt 23 c).

¹⁸⁴ Punkt 24.

5.3.5 Allmän metod för att definiera produktmarknader, punkt 25-37

Utbytbarhet på efterfrågesidan¹⁸⁵

Produkternas utbytbarhet ur kundernas perspektiv är kommissionens huvudsakliga förfarande vid bestämmandet av den relevanta produktmarknaden. Avgörande för bedömningen är om kunderna utan problem kan byta från de produkter som företag tillhandahåller till andra tillgängliga alternativ. Om det råder stor utbytbarhet mellan produkt A och B så ingår de i samma produktmarknad eftersom de utgör *faktiska* och *omedelbara* konkurrensbegränsningar.¹⁸⁶

Den grad av utbytbarhet samt vilka vilket produktsortiment som ska anses tillhöra en viss produktmarknad fastställs genom att beakta den bevisning som finns tillgänglig. Bevisningen kan utgöras av ”indikatorer på varför kunderna skulle ersätta en produkt med en annan eller inte, såsom kundpreferenser som hänför sig till produktens egenskaper, priser, funktioner, avsedd användning samt hinder för byte och kostnader för byte. Vidare omfattas direkta indikatorer på utbytbarhet, såsom bevis på tidigare eller hypotetisk utbytbarhet.”¹⁸⁷

Den huvudfråga kommissionen ämnar att besvara med hjälp av bevisning är i vilken omfattning det berörda företags kunder kan tänka sig att byta till andra produkter som svar på försämrade leveransvillkor, och i sådant fall vilka tillgängliga ersättningsprodukter som finns. Av praktiska skäl är denna bedömning oftast inriktad på prisökningar, men det kan även andra konkurrensparametrar, såsom kvalitet och innovationsnivå, kan också beaktas.¹⁸⁸ Man utgår först från en kandidatmarknad som omfattar det berörda företags produkter eller de typer av produkter som står i centrum för konkurrensbedömningen. Sedan tillförs lättillgängliga ersättningsprodukter till kandidatmarknaden successivt *till dess att de kartlagda produkterna kan sägas utgöra en produktmarknad*.¹⁸⁹

Tillkännagivandet berör SSNIP-testet¹⁹⁰. Kommissionen beskriver användningsområdet som följande: ”Denna fråga kan bedömas genom det så kallade SSNIP-testet som går ut på att pröva om en hypotetisk aktör med monopolställning på kandidatmarknaden skulle finna det lönsamt att genomföra en liten men märkbar varaktig prisökning”.¹⁹¹ Det understryks dock att det finns vissa brister med testet, t.ex. i fall när

¹⁸⁵ Jmf. 4.1.1 ovan.

¹⁸⁶ Punkt 25.

¹⁸⁷ Punkt 26.

¹⁸⁸ Punkt 27.

¹⁸⁹ Punkt 28.

¹⁹⁰ Se avsnitt 4.1.1 ovan.

¹⁹¹ Punkt 29.

företagen konkurrerar genom andra parametrar än pris, exempelvis kvalitet eller innovationsnivå.¹⁹² Det understryks därtill att medan testet är tillförlitligt vid bedömningen av relevant marknad, så föreligger det inte något krav att testet ska genomföras i samband med en prövning av marknadsavgränsning.¹⁹³

SSNIP-testet kan även leda till den s.k. cellofanfelslut.¹⁹⁴ Detta kan ske när kandidatmarknaden omfattar ett enda företags produkt eller produkter. I dessa situationer tenderar företaget att redan sökt vinstmaximera produkten eller produkterna fullt ut, varför en höjning per automatik orsakar sämre lönsamhet för företaget. Härvidlag bedöms marknaden på felaktiga grunder som vidare än vad den faktiskt är.¹⁹⁵

Utbytbarhet på utbudssidan¹⁹⁶

Relevant för bedömningen av utbytbarhet på utbudssidan är huruvida leverantörer använder samma tillgångar och processer för tillverka relaterade produkter som *inte* utgör substitut för kunderna och konkurrensvillkoren är liknande för alla produkter av samma slag. I sådana fall kan produkterna anses ingå i samma produktmarknad ”om den begränsande verkan av utbytbarhet på utbudssidan inom produktsortimentet har samma verkan som utbytbarhet på efterfrågesidan när det gäller hur *faktisk* och *omedelbar* den är”.¹⁹⁷

Det föreligger vissa förutsättningar för att bredda marknaden med anledning av utbytbarhet på utbudssidan. Dels ska de flesta eller rent av alla leverantörer kunna ställa om produktionen mellan produkter i sortimentet av liknande produkter. Dels ska de endast ådras sig obetydliga kostnader eller risker när de ändrar produktionen, leverantörerna ska vidare ha incitament att göra detta och därtill skulle göra det vid den situation att relativa priserna eller efterfrågan ändras och att de faktiskt kan tillhandahålla produkterna till försäljning på kort sikt.¹⁹⁸

¹⁹² Punkt 30. Kommissionen tar därtill upp en ytterligare brist i testet: ” Dessutom kan praktiska begränsningar göra det svårt att tillämpa SSNIP-testet empiriskt när man definierar den relevanta produktmarknaden i verkliga fall. Till exempel kanske det inte är möjligt att samla in tillförlitlig information om vilka förluster som skulle uppkomma för en hypotetisk aktör med monopolställning som genomför en liten men märkbar varaktig prisökning”

¹⁹³ Punkt 31.

¹⁹⁴ Eng. ”Cellophane fallacy” efter ett mål från den amerikanska högsta domstolen som innefattade just ämnet cellofan, *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 från 1956.

¹⁹⁵ Se fotnot 55 i tillkännagivandet. Kommissionen anger följande om att motverka förekomsten av sådana felslut: ”I sådana fall kan kommissionen tillämpa SSNIP-testet och utgå från ett kontrafaktiskt pris som skulle vara tillämpligt om konkurrensen var (mer) effektiv eller förlita sig på annan bevisning för definitionen av den relevanta marknaden.”

¹⁹⁶ Jmf. 4.1.2 ovan.

¹⁹⁷ Punkt 32.

¹⁹⁸ Punkt 33. För punkt 34-35 se 4.2.3 ovan.

Om det däremot bara är vissa av leverantörerna som förmåga och incitament att ställa om produktionen och reellt kan antas erbjuda dessa varor på kort sikt och faktiskt kan antas göra detta, torde produktsortimentet inte anses ingå i samma relevanta marknad.¹⁹⁹ På motsvarande sätt utvidgas inte heller den relevanta marknaden om utbytbarenheten exempelvis skulle kräva *betydande* justeringar av materiella tillgångar utanför den normala affärsverksamheten eller fordra *icke obetydliga ytterligare investeringar*. Ett exempel som tas upp är produktionen av ost. I vissa fall kan ostproducenter visserligen ställa om sin produktion till en annan typ av ost, men dessa omställningar kan inte verkställas utan betydande kostnader.²⁰⁰

5.3.6 Allmän metod för att definiera geografiska marknader, punkt 38-44

Konkurrensvillkoren har som ovannämnt en central roll i fastställandet av den relevanta geografiska marknaden. Ett vanligt tillvägagångssätt är att kommissionen kartlägger de områden där agerande eller koncentrationen väntas ha effekter genom att det berörda företaget eller företagets belägenhet och deras kunders belägenhet. Därefter analyseras om konkurrensvillkoren i ett specifikt område är tillräckligt likartade för att påverkningarna av den agerandet eller koncentrationen ska kunna prövas och om området kan särskiljas ifrån andra områden p.g.a. väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.²⁰¹

Inom ramen för bedömningen av konkurrensvillkoren ska hänsyn tas till ett flertal olika saker, däribland kraven och de särskilda omständigheterna i varje ärende. Vidare ska bl.a. befintlighet av samma eller olika leverantörer i olika geografiska område och skillnader och likheter i deras marknadsandelar beaktas. Därtill ska exempelvis likheter eller skillnader i kundernas preferenser samt kostnader i samband med leveranser till kunder i ett annat område beaktas.²⁰²

I de fall som kundernas belägenhet inte spelar någon roll för leveransvillkoren kan det bli aktuellt att definiera den relevanta geografiska marknaden med utgångspunkt i leverantörernas belägenhet.²⁰³ I sådant fall skulle den relevanta geografiska marknaden bedömas som det område där leverantörerna saluför sina produkter som är utbytbara för kunderna.²⁰⁴

¹⁹⁹ Punkt 36.

²⁰⁰ Punkt 37. Se t.ex. M.9413, Lactalis/Nuova Castelli, punkt 47-48.

²⁰¹ Punkt 38.

²⁰² Punkt 39.

²⁰³ Punkt 40.

²⁰⁴ Belysande i sammanhanget är rättsfallet M.8468, Norgesgruppen/Axfood/Eurocash, där kommissionen bedömde att samtliga detaljhandlare inom ett område ingick i den relevanta marknaden. ”For the purpose of this

För de fall att kunder två olika områden till stor del kan ta del av samma leverantörer som alternativ och att de utan hinder kan byta inköpsvolymerna emellan, så kan detta tillsammans med andra faktorer tyda på att de två områden ska ingå i samma geografiska marknad. Det krävs även att effekterna av handlandet eller koncentrationen är likartade för att man ska kunna dra denna slutsats.²⁰⁵ Härvidlag innebär inte att endast det faktum att import eller möjligheten att byta till import av ett visst geografiskt område att dessa ska anses ingå i samma relevanta geografiska område. Kunderna i de olika områdena kan ställas inför olika leveransvillkor, något som inte är förenligt med bedömningen av samma relevanta geografiska område.²⁰⁶

Den bedömning som kommissionen gör i samband med handelsflöden och den påverkan som det har på definitionen av den relevanta marknaden kan belysas med rättsfallet M.8444, ArcelorMittal/Ilva som rörde handel med kolfiberjärn. Kommissionen kom fram till att det förelåg väsentliga skillnader i prisfluktuation mellan olika regioner. Härvidlag var faktorer som det globala utbudet och efterfrågan betydande i prissättningen, men kommissionen menade att även inhemska faktorer var avgörande i sammanhanget. Den slutsats Kommissionen landade i var att den relevanta geografiska marknaden för produkterna begränsades till att endast omfatta EES.²⁰⁷

5.3.7 Allmänt tillvägagångssätt för marknadsdefinition i praktiken, punkt 45-46

Kommissionen vidtar inte sällan en preliminär uppskattning kring de mest sannolika produktmarknaderna eller geografiska marknaderna vid bedömningen av ett handlande eller en koncentration. Uppskattningen kan sedan justeras i olika avseenden allt eftersom ny bevisning inhämtas och beaktas.²⁰⁸ Kommissionen måste emellertid inte i varje enskild fall inhämta bevisning om och bedöma samtliga faktorer. Det räcker ofta med bevisning gällande vissa för fallet relevanta omständigheter för att kommissionen ska kunna dra en slutsats.²⁰⁹

decision, the Commission will therefore assess the impact of the Transaction in retail distribution of daily consumer goods in all these regions". Punkt 27 I avgörandet.

²⁰⁵ Punkt 41.

²⁰⁶ Punkt 42.

²⁰⁷ M.8444, ArcelorMittal/Ilva, punkt 320-322. Se även punkt 44 i tillkännagivandet.

²⁰⁸ Punkt 45

²⁰⁹ Punkt 45-46.

5.3.8 Bevisning som används för att definiera produktmarknaden, punkt 47-61

Den bevisning som inhämtas för definiera produktmarknaden kan bestå av ett flertal olika saker. Exempelvis priser, produkttegenskaper samt funktioner och avsedd användning.²¹⁰ Av betydelse i sammanhanget är hur kunderna värdesätter de olika produkttegenskaperna och hur kundbeteende påverkas av relativa leveransvillkor som exempelvis pris.²¹¹

Ingen vikt läggs vid grundvalen till varför kunderna skulle byta ut en produkt mot en annan, eller inte. Till de tidigare nämnda egenskaperna kan t.ex. det faktum att en produkt produceras av en mer eller mindre hållbar teknik vara avgörande vid valet av produkter.²¹² Tidigare utbytbarhet kan även vara vägledande för bedömningen. Exempelvis kan tidigare strukturella förändringar, händelser eller kriser ingå i bedömningsunderlaget.²¹³ Därtill kan tidigare relevant information som företagen samlat inom dess verksamhet utgöra bevisning som kommissionen kan använda.²¹⁴

Kommissionen kan använda sig av ett verktyg i form av en s.k. hypotetisk utbytbarhet. Denna går ut på en prövning av hur kunderna sannolikt kommer att reagera på hypotetiska förändringar av konkurrensvillkoren. Bevisning av hypotetisk utbytbarhet kan i förekommande fall vara den enda typ av kvantitativ bevisning som finns att tillstå. Denna typ av bevisning är dock naturligtvis mindre tillförlitlig än faktiskt bevisning.²¹⁵

5.3.9 Bevisning som används för att definiera geografiska marknader, punkt 62-75

En första indikator på att två områden ska anses ingå i samma geografiska marknad är när kunderna inom båda områdena har tillgång till samma faktiska och potentiella leverantörer samt när dessa leverantörer har likartade marknadsandelar i de båda områdena.²¹⁶ Vidare är en analys av prissättning och priser användbar bevisning.²¹⁷ Analysen av marknadsandelar och priserna är emellertid inte i sig tillräckliga för att fastställa den geografiska marknaden²¹⁸

²¹⁰ Punkt 48.

²¹¹ Punkt 49.

²¹² Punkt 50.

²¹³ Punkt 51.

²¹⁴ Punkt 52. Uppgifter om tidigare utbytbarhet kan vara av intresse vid bedömningen av förevarande utbytbarhet, s. punkt 53.

²¹⁵ Punkt 54.

²¹⁶ Punkt 64.

²¹⁷ Punkt 65.

²¹⁸ Punkt 66.

Kundpreferenser och beteenden tillmäts betydelse i detta sammanhang. Lokala, nationella eller regionala olikheter i t.ex. språk, kultur eller livsstil kan ge upphov till skillnader i preferenser. Olikheterna i kundpreferenserna kommer sannolikt att återspegla i skillnader i köpbettende, vilket ger upphov till att begränsa den geografiska marknaden.²¹⁹ Vidare är det en tydlig indikator att konkurrensvillkoren inte är tillräckligt likartade när de substituten för produkterna som det berörda företagen tillhandahåller skiljer sig åt.²²⁰

En analys av kundernas geografiska inköpsmönster kan ge användbar information om likheter och skillnader i kundpreferenser och konkurrensvillkoren. Om kunderna har tillgång till samma leverantörer på liknande villkor så indikerar det att de tillhör samma geografiska marknad, exempelvis hela EES eller globalt.²²¹

De kostnader och hinder som föreligger i samband med leveranser till kunder i olika områden ska också vägas in i bedömningen. Granskningen tar sin utgångspunkt först i huruvida leverantörerna är villiga att erbjuda sina produkter och har möjlighet att göra detta. Därefter ska det ske på konkurrenskraftiga villkor utan att *hinder* eller *kostnader* utesluter möjligheten av detta. Hinder kan t.ex. uppstå på ett flertal olika sätt, exempelvis genom sektorspecifik reglering, rättsliga monopol²²² samt tekniska standarder.²²³ Motsatsvis kan en *harmonisering* av lagstiftning minska de handelshinder som föreligger och därmed tala för att den geografiska marknaden är större eller åtminstone kommer att bli större i framtiden.²²⁴

Slutligen kan transporter och kostnader i samband med transporter vara begränsande. Dels förekommer det varor som av sin natur endast kan fraktas begränsade avstånd. Dels kan utgifterna av transporterna vara till den grad att leverantören lider en betydande konkurrensnackdel jämfört med leverantörer belägna närmare kunderna. Detta tyder på en uppdelning av de geografiska marknaderna.²²⁵ I sådana fall kan kommissionen definiera den geografiska marknaden med hänsyn till kundernas upptagningsområde. Avgörande blir då kundernas reseavstånd eller resetid alternativt *de leveransavstånd eller leveranstid i förhållande till en plats där en viss andel av försäljningen äger rum.*²²⁶

²¹⁹ Punkt 67.

²²⁰ Punkt 68.

²²¹ Punkt 69.

²²² Systembolaget är ett exempel inom den svenska marknaden.

²²³ Punkt 70.

²²⁴ Punkt 71.

²²⁵ Punkt 72. Se exemplet om färska råvaror under avsnitt 4.

²²⁶ Punkt 73-74.

5.3.10 Insamling och utvärdering av bevis, punkt 76-83

Kommissionen använder sig av många olika beviskällor samt skilda typer av bevis. Bevisningen utgörs av såväl kvantitativ som kvalitativ bevisning.²²⁷ Den bevisning som kommissionen använder bör vara tillförlitlig. Detta är fallet när informationen kommer från offentliga myndigheter eller från ett flertal olika källor.²²⁸

I dokumentet framgår följande angående bevis och bevisvärde: “Bevisningen har ett högre bevisvärde om det kan fastställas att den inte kan ha påverkats av kommissionens undersökning, såsom bevisning som förelåg innan diskussioner om en koncentration eller ett agerande inleddes och innan kommissionen inlett undersökningen. När kommissionen ställs inför motstridiga bevis testar den vid behov relevanta redogörelser eller uppgifter, till exempel genom att kontrollera om oberoende och tillförlitliga källor finns tillgängliga. Om oberoende och tillförlitliga källor inte finns tillgängliga, bedömer kommissionen vilka bevis som har ett högre bevisvärde, med beaktande av informationskällorna samt sammanhanget, nämligen hur och när informationen genererades eller lämnades till kommissionen”.²²⁹

5.3.11 Marknadsandelar, punkt 105-113

Som ovannämnt gör marknadsdefinitionen det möjligt för kommissionen att identifiera de verksamma leverantörerna och kunderna på en marknad. Därefter kan kommissionen med fördel beräkna marknadens totala storlek och leverantörernas storlek (marknadsandel) på marknaden ifråga.²³⁰ Marknadsandelarna bestämmer respektive leverantörs relativa ställning på marknaden. Denna information kan vara *mycket användbar* för att bedöma marknadsinflytande. Det understryks emellertid att marknadsandelar inte utgör den enda indikatorn på ett företags relativa styrka på marknaden.²³¹

²²⁷ Punkt 76.

²²⁸ Punkt 77.

²²⁹ Punkt 78.

²³⁰ Punkt 105. Detta görs med hjälp av en uppskattning av aktörernas försäljning och inköpen för kunderna. Se även punkt 107.

²³¹ Punkt 106. Andra faktorer att beakta är exempelvis produktdifferentiering och utbytbarhet.

Marknadsandelarna bestäms i regel på grundval på företagens kommersiella försäljning.²³² Viktiga parametrar är dels försäljning- eller inköpsvärdet, dels försäljning- eller inköpsvolymen.²³³ Utöver kommersiell försäljning kan andra uppgifter vara av värde för bedömningen av marknadsandelar. Exempelvis antal leverantörer, nedlagt tid eller publiksiffror och antal tilldelade kontrakt.²³⁴ Därtill ingår försäljning från leverantörer från andra geografiska områden till kunder på den relevanta geografiska marknaden, dvs. import. Försäljning från del relevanta geografiska marknaden till andra geografiska marknader, dvs. export, ingår emellertid inte.²³⁵

Produktdifferentiering²³⁶ är en annan faktor som måste beaktas vid marknadsandelar. För de fall det förekommer en betydande differentiering av produkterna kan marknadsandelarna tillmäts beräkningen av marknadsandelarna en mindre tillförlitlig roll i bedömningen av marknadsinflytande. I dessa fall kan det vara nödvändigt för kommissionen att i konkurrensbedömningen, söka utröna om konkurrensen är nära mellan det berörda företagen och andra leverantörer.²³⁷

För det fall att de berörda företagen eller företaget inte har några uppgifter om marknadsandelar får de tillhandahålla uppskattningar. Även andra relevant uppgifter kan erhållas om det anses nödvändigt, t.ex. rapporter eller studier från offentliga myndigheter eller branschorganisationer.²³⁸

Slutligen ska här sägas att kommissionen använder sig av marknadsandelar som beräknas på ettåriga referensperioder. Dessa uppgifter samlas in för minst tre år alternativt för varaktighet för av det undersökta beteendet.²³⁹

²³² Kommersiell försäljning avser försäljning till tredje part i motsats till försäljning inom koncernen, se fotnot 146 i tillkännagivandet.

²³³ Punkt 107.

²³⁴ Punkt 108.

²³⁵ Punkt 109.

²³⁶ Som påtalats är detta när produktegenskaperna är viktiga för kundens val. Jmf. exempelvis märkeskläder med andra typer av kläder.

²³⁷ Punkt 110.

²³⁸ Punkt 112.

²³⁹ Punkt 113.

6 Svensk konkurrensrätt

6.1 Kort historik

Den 1 juli 1993 tillkom en ny konkurrenslag²⁴⁰ med EU-rätten som förebild. Den ersatte Konkurrensbegränsningslag (1953:603) och Konkurrenslag (1982:729). Lagen byggde, till skillnad från dess föregångare, på förbundsprincipen. Det innebar att... Lagen kom också att genomgå ett stort antal förändringar genom åren.²⁴¹

Ett flertal förändringar inom EU-rätten medförde att regeringen tillsatte en utredning i januari 2003 med uppgift att bl.a. granska eventuella förändringar som erfordrades för att leva upp till förändringarna på EU-nivå. Detta resulterade t.ex. i undantagsregeln från förbudet mot konkurrensbegränsade avtal blev tillämplig automatisk.²⁴²

2008 tillsätter regeringen en ny särskild utredning med uppdrag att effektivisera förfarandet enligt konkurrenslagen. Vidare skulle utredaren föreslå regler som tydligare gav kännbar konkurrensskadeavgifter vid särskilt allvarliga fall. Uppdraget innefattade därtill att utredaren skulle se över konkurrenslagets överskådlighet och struktur.²⁴³

Utredaren redovisade slutsatserna av utredningen i slutet av 2006²⁴⁴ vilket sedermera kom att resultera en ny lag i form av Konkurrenslag (2008:579) som trädde ikraft den 1 november 2008. Den nya lagen medförde ingen förändring rent materiellt i vad som förbjöds. Däremot skilde sig bestämmelsen på ett flertal viktiga punkter jämfört med dess föregångare. Det infördes bl.a. ett krav på prövningstillstånd för beslut och domar som överklagas i linje med den effektivisering som eftersökts vid tillträdandet av utredningen. Vidare gavs Konkurrensverket möjlighet att besluta om avgiftsföreläggande och det skedde vissa förändringar i premisserna för att förbjuda en företagskoncentration. Därtill förändrades lagen om näringsförbud (1986:436) i samband med införandet av den nya konkurrenslagen så att det

²⁴⁰ Konkurrenslag (1993:20).

²⁴¹ Se bl.a. prop. 1996/97:82, prop. 1997/98:130 samt prop. 2001/02:167.

²⁴² Kommittédirektiv 2004:128. Se även Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 28.

²⁴³ Kommittédirektiv 2004:128. Se även Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 29.

²⁴⁴ Betänkandet *En ny konkurrenslag* (SOU 2006:99).

blev möjligt att meddela näringsförbud mot företagsledare som har eller har haft kännedom om kartellöverträdelser som involverar det egna företaget.²⁴⁵

Den 1 januari 2010 infördes det så kallade förbudet mot konkurrensbegränsande offentlig självverksamhet i svensk rätt.²⁴⁶ Detta efter en lång och tidvis polemisk debatt gällande konkurrensen mellan den offentliga och privata sektorn.²⁴⁷ Den tidigare framhållna åsikten att den privata och offentliga sektorn skiljde sig åt avsevärt – och därför inte krävde någon lagstiftning – visade sig mer bristfällig för vart år som passerade²⁴⁸. I förarbetena till lagen framkommer ” *Offentlig verksamhet agerar mer marknadsorienterat och affärsmässigt i sin egenskap av tjänsteproducent, samtidigt som den privata sektorn i ökande utsträckning kan konkurrera om offentlig produktion i samband med upphandling av varor och tjänster på marknaden.* ”²⁴⁹ Den ökade konkurrensen mellan sektorerna samt de fundamentala skillnader som förelåg mellan offentlig och privat sektor bidrog till att fler situationer där konflikt uppstod.²⁵⁰ De nya bestämmelserna i konkurrenslagen innebar bl.a. att staten, en kommun, eller en region får förbjudas att tillämpa ett visst förfarande om detta snedvrider, är ägnat snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden.²⁵¹

Från 2014-2021 skedde ett flertal ändringar på det konkurrensrättsliga området. En stor del av dessa förändringar avser ett rationaliserandet av förfarandeprocessen. Liksom den tidigare påpekade ambition från lagstiftarens sida att öka överskådligheten och se över strukturen på konkurrenslagen så låg det även i deras intresse att se över själva domstolsförfarandet.²⁵² 2016 frångick man den gamla domstolsordningen i och med ikraftträdandet av lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar.²⁵³ Patentbesvärsrätten och Marknadsdomstolen avvecklades och istället upprättades Patent- och marknadsdomstolen som första instans och Patent- och marknadsöverdomstolen som andra instans. Domar och beslut från PMÖD i brottmål fick överklagas till HD. Emellertid får domar och beslut tagna i

²⁴⁵ Kommittédirektiv 2004:128. Se även Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 29.

²⁴⁶ Lag (2009:1280) om ändring i konkurrenslagen (2008:579) och prop. 2008/09:231.

²⁴⁷ Se rapport Företagarna *Osund konkurrens – Fortfarande ett problem för små företag*, juli 2013. Och Svenskt Näringslivs rapporter *Osund konkurrens – kommunalt företagande för miljarder*, mars 2006 och *Osund statlig konkurrens slår ut privat företagsamhet*, oktober 2006.

²⁴⁸ Prop. 2008/09:231, s. 12.

²⁴⁹ Prop. 2008/09:231, s. 12-13.

²⁵⁰ Prop. 2008/09:231, s. 12-13.

²⁵¹ 3 kap. 27 § KL.

²⁵² Prop. 2015/16:57, s. 127 ff.

²⁵³ Eftersom instansordningen har ändrats ett antal gånger är det av vikt att hålla koll på vilken domstol som hanterat rättsfallet ifråga vid en läsning av äldre praxis.

tvistemål i regel inte överklagas, endast i de fall som domstolen anser det vara av vikt för ledning av rättstillämpning kan en överklagan godkännas.²⁵⁴ Utöver tidigare nämnda skäl till ett samlat domstolsförfarande anfördes möjligheten att erhålla och behålla specialkompetens, något som tidigare varit svårt i och med det relativt ringa antal mål som domstolarna dömde i per år.²⁵⁵

2016 tillkom Konkurrensskadelagen (2016:964) i svensk rätt som ett svar på det EU-rättsliga s.k. skadeståndsdirektivet²⁵⁶ (se 3.1). Lagen innehåller bl.a. bestämmelser om ersättningsansvar, regressrätt och rättegång. I och med ikraftträdandet fick ett flertal andra lagar förändras för att stämma överens för att inte gå stick i stäv. Påverkade lagar innefattar Konkurrenslagen, lagen om patent- och marknadsdomstolar och lag (2002) om grupprättegång och konkurrenslagen.²⁵⁷

2018 ändrades instansordning för prövning av företagskoncentrationer, dvs. företagsförvärv som riskerar att sätta det förvärvande företaget i en monopolliknande ställning (se. 6.3 nedan). Förändringen medförde att det istället för patent- och marknadsdomstolen blev konkurrensverket som var första instans för beslut om förbud eller ålägganden i frågor som berörde företagskoncentrationer.²⁵⁸

Några år senare, 2021, genomfördes ytterligare en liknande ändring då konkurrensverket blev första instans i beslut rörande konkurrensskadeavgift. Bakgrunden till detta var genomförandet av det EU direktivet 2019/1.²⁵⁹ Rättsakten tillkom i syfte att garantera att samtliga konkurrensmyndigheter hade de resurser och befogenheter som krävdes för att genomdriva EU:s konkurrensregler på ett effektivt sätt. Som en följd härav skedde ett flertal förändringar i konkurrenslagen. Konkurrensverket gavs utökade befogenheter, t.ex. fick domstolen möjlighet att genom beslut fastställa att en av de konkurrensrättsliga reglerna överträtts.²⁶⁰ Domstolen fick även ett stort utbud av ekonomiska sanktioner till sitt förfogande. Dessa innefattar möjlighet att påföra utredningsskadeavgift för part som under

²⁵⁴ 1 kap. 3 § Lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar.

²⁵⁵ Prop. 2015/16:57, s. 129-131.

²⁵⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser EUT nr L 349.

²⁵⁷ Kommittédirektiv 2004:128. Se även Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 30.

²⁵⁸ Lag 2017 (2017:986) om ändring i konkurrenslagen (2008:579). Se även prop. 2017/18:15.

²⁵⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad.

²⁶⁰ Hitta källa i KL.

konkurrensverkets utredning t.ex. uppsåtliga eller av oaktsamhet, lämnat oriktiga, ofullständiga eller vilseledande uppgifter.²⁶¹

6.2 Konkurrensrättsliga överträdelser

Inom svensk rätt anger 1 kap. 1 § KL att lagens syfte är att ”undandröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter”.²⁶² Överträdelser av de bestämmelser som lagen framställer kan innebära att aktören blir föremål för olika sanktioner beroende på vilken regel som är tillämplig. Exempel på detta är förbud av företagskoncentration enligt 4 kap. 1 § KL eller sanktioner av ekonomisk natur i form av konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. 5 § KL.²⁶³

Med *vara* avses i 1 kap 1 § KL fysiska föremål eller saker, inbegripet levande djur. Vidare avses *tjänst* de tjänster som erbjuds av bl.a. banker, försäkringsbolag och transportbolag. Därtill innefattar det breda begreppet *nyttighet* utöver varor och tjänster, även aktier, elektrisk kraft samt rättigheter av olika slag. Termen kan således sägas utgöra en beteckning för ekonomisk aktivitet i största allmänhet.²⁶⁴

EU:s konkurrensregler har varit förebild åt svenska rätt inom det konkurrensrättsliga området. Detta återspeglas genom såväl strukturen som det materiella innehållet. Det förekommer huvudsakligen tre verktyg inom KL för att komma åt aktörer som vidtar åtgärder som anses skada konkurrensen på en marknad. Dessa är kontroll av företagskoncentrationer (motsvarighet i koncentrationsförordning)²⁶⁵ samt förbud mot missbruk av dominerande ställning (motsvarighet i artikel 102 FEUF) och konkurrensbegränsande samarbete (motsvarighet i 101.1 FEUF). EU:s konkurrensrätt kommer att behandlas under kapitel 5 i uppsatsen. Ifråga om svensk konkurrensrätt så det konkurrenslagen samt Konkurrensförordning (2021:87) där de konkurrensrättsliga bestämmelserna huvudsakligen återfinns. Därtill finns Konkurrensskadelag (2016:964) som innehåller bestämmelser om ersättning till följd av överträdelse av konkurrensrätten.

²⁶¹ 5 kap. 21 § KL.

²⁶² Angående begreppet effektiv konkurrens, se 3.3 ovan.

²⁶³ Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 1 § under avsnitt 1.2.

²⁶⁴ Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 1 § under avsnitt 1.4.

²⁶⁵ RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

6.2.1 Konkurrenslagens tillämplighet

Den territoriella avgränsningen för KL är Sverige. I förarbetena till ÄKL framgår emellertid att den s.k. effektprincipen gäller vid avgränsningen för tillämpningen av ÄKL:s bestämmelser.²⁶⁶ Principen innebär att en stat kan förbjuda konkurrensbegränsningar utförda av ett företag beläget i ett annat land, förutsatt att effekterna av konkurrensbegränsningarna äger rum inom landets territorium.²⁶⁷ Avgörande för bedömningen är enligt förarbetena till 1982 års konkurrenslag²⁶⁸ *om förfarandet har en direkt inriktning på den svenska marknaden och om åtgärderna har påtagliga effekter på denna marknad*.²⁶⁹ Principen vilar på förarbeten av folkrättsliga regler och har tidigare använts i svensk konkurrensrätt.²⁷⁰

I enlighet med principen om *parallell tillämpning* inom konkurrensrätten ska såväl reglerna i KL som de konkurrensrättsliga bestämmelserna inom unionsrätten tillämpas parallellt om överträdelsen dels inträffar på den svenska marknaden, dels inträffar på en väsentlig del av den unionsrättsliga marknaden.²⁷¹ Ett exempel på detta är MD 2012:16 där domstolen ansåg att handlandet utöver att vara en konkurrensbegränsning inom Sveriges territorium, även kunde påverka samhandeln, varför EUF-fördraget var direkt tillämpligt i ärendet parallellt med KL.²⁷²

6.3 Kontroll av företagskoncentrationer

Först bör det betonas att KL:s regler om företagskoncentration endast är tillämpliga på de situationer då EU:s koncentrationsförordning inte äger tillämplighet. Det är till stor del en fråga om omsättning. Företagskoncentrationer som överstiger tröskelvärdet om 5 miljarder euro och där värdet för var och ett av minst två av de inbegripna företagen de två senaste åren översteg 250 miljoner euro, ska anmälas till och prövas av EU-kommissionen.²⁷³ Medan koncentrationer som understiger tröskelvärdena i koncentrationsförordning men överstiger de värden som framställs i 4 kap. 6 § KL ska anmälas till KKV. KL:s bestämmelser om

²⁶⁶ I förarbetena till KL framgår ingenting som skulle indikera på en förändring i synen på effektprincipen och KL.

²⁶⁷ Se prop. 1997/98:130, s. 26. Se även Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 1 § under avsnitt 3.1. Se därtill Gustafsson & Westin, Svensk konkurrensrätt, 2010, Juno, 3G), s. 22.

²⁶⁸ I ÄKL framgår att de uttalanden som gjorts i 1982 års förarbeten gällande effektprincipen alltså torde vara vägledande, Prop. 1997/98:130, s. 25.

²⁶⁹ Prop. 1981/82:165 s. 176.

²⁷⁰ Prop. 1997/98:130, s. 24-26.

²⁷¹ Bernitz, s. 64-68.

²⁷² MD 2012:16, punkt 165 och punkt 170.

²⁷³ Artikel 1 RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

företagskoncentrationer är med andra ord subsidiära i förhållande till koncentrationsförordningen.²⁷⁴

Med termen företagskoncentration avses varaktiga förändringar i kontrollen över ett företag, medan interna omstruktureringar faller utanför begreppets användningsområde. I EU:s koncentrationsförordning stadgas att ”Begreppet koncentration bör definieras på ett sådant sätt att det omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring av kontrollen över de berörda företagen och därmed av marknadsstrukturen”. Det huvudsakliga syftet med lagstiftningen bakom kontroll av företagskoncentrationer är den konkurrensbegränsande påverkan som dominerande företag kan ha på marknaden.²⁷⁵

Enligt 1 kap. 9 § KL förekommer det olika typer av företagskoncentrationer. Först kan det röra sig om en fusion, dvs. att två eller flera separata företag slås samman till ett varaktigt företag. För det andra kan det ske genom s.k. ”full function joint ventures”. Det innebär att två eller flera företag har ett avtalsbaserat samarbete genom ett gemensamt företag som utgör en självständig ekonomisk enhet. För det tredje kan en företagskoncentration ske enligt 1 kap. 9 § 2 p om ”att antingen en eller flera personer, som redan kontrollerar minst ett företag, eller också ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll över ett eller flera företag eller delar därav”.²⁷⁶

Utöver klassificeringen av olika typer av företagskoncentrationer i 1 kap. 9 § KL är det i fjärde kapitlet KL som bestämmelserna om företagskoncentrationer återfinns. Enligt 4 kap. 1 § KL föreskrivs att en företagskoncentration ska förbjudas om *den är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens*. Vidare framgår att det särskilt ska beaktas om den medför att en dominerande ställning skapas eller förstärks.

I 4 kap. 2 § KL ges två alternativa lösningar till ett förbud enligt 1 §. Om det är tillräckligt för att undanröja de skadliga effekter av företagskoncentrationen, kan företaget istället åläggas att antingen avyttra företaget eller del av företaget enligt första punkten., eller genomföra annan konkurrensfrämjande åtgärd enligt andra punkten. Exempelvis skulle det vara möjligt att ålägga ett företag som efter en sammanslagning har en dominerande ställning på vissa marknader men inte andra, att avyttra delar på de marknader som den är dominerande

²⁷⁴ Artikel 19 RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer. Se även Bernitz, s.170-171.

²⁷⁵ Artikel 20 i RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer. Se Bernitz, s. 171.

²⁷⁶ Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 9 §.

på. Syftet med detta är naturligtvis att undanröja de negativa effekterna av en koncentration på det minst ingripande sättet.²⁷⁷

Företag har att anmäla om företagskoncentration till konkurrensverket om vissa förutsättningar enligt 4 kap. 6 § KL föreligger. Det rör sig om situationen när:

1. de berörda företagen tillsammans har haft en omsättning föregående räkenskapsår i Sverige som överstiger en miljard kronor, och
2. minst två av de berörda företagen har haft en omsättning i Sverige föregående räkenskapsår som överstiger 200 miljoner kronor för vart och ett av företagen.

Det rör sig i praktiken således om stora företag med hög omsättning som måste anmäla företagskoncentration. Det föreligger även möjlighet för KKV att vidta åtgärder för de fall att förutsättningarna i första punkten i 4 kap. 6 § KL är uppfylld men att de förhållanden som krävs för andra punkten inte föreligger. KKV kan nämligen enligt 4 kap 7 § KL antingen ålägga part i en företagskoncentration att anmäla koncentrationen förutsatt att särskilda skäl föreligger. Med särskilda skäl avses mindre förvärv där det av samhällsekonomiska eller konsumentpolitiska intressen ändå kan föreligga anledning för ett ingripande. Det är emellertid alltid frivilligt för ett tag att anmäla en företagskoncentration även om den inte uppfyller de krav som uppställs för anmälningsskyldighet i 4 kap. 6 § KL.²⁷⁸

Enligt 12 § konkurrensförordningen ska anmälan ske skriftligt och skickas in till konkurrensverket. De uppgifter som ska ingå i anmälan framgår av de föreskrifter²⁷⁹ som konkurrensverket har skapat med stöd av bemyndigande.²⁸⁰ Konkurrensverket ska enligt 4 kap. 11 § KL inom 25 arbetsdagar från det att anmälan inkommit, meddela beslut om att antingen genomföra en särskild undersökning av koncentrationen eller att lämna det utan åtgärd. Beslutar KKV att genomföra en särskild undersökning ska verket inom tre månader från det att beslutet meddelades besluta om förbud enligt 1 §, åläggande enligt 2 § eller lämna koncentrationen utan åtgärd.

Slutligen ska här nämnas att Stockholms tingsrätt inte ansett det vara ett hinder att

²⁷⁷ Se Nordell, s. 42-43. Se även Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 4 kap. 2 §.

²⁷⁸ Carlsson, Konkurrenslag (2008:579) 4 kap. 1-6 §§, Karnov 2024-04-01 (JUNO).

²⁷⁹ Konkurrensverkets föreskrifter (KKVFS 2010:3) om anmälan om företagskoncentration enligt konkurrenslagen (2008:579).

²⁸⁰ Se Carlsson, Konkurrensförordning (2021:87) 12-13 §§, Karnov 2024-04-01 (JUNO).

förbjuda en företagskoncentration som redan verkställts att återgå sedan den anmälts enligt 4 kap. 7 § KL.²⁸¹ Liknande bedömningar har gjorts av EU-domstolen.²⁸²

6.4 Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete

Ett andra verktyg som framställs i KL är förbud mot konkurrensbegränsande samarbete. Av 2 kap. 1 § KL framgår att *Sådana företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna, om inte annat följer av denna lag.* Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att:

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
5. det ställs 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”.

Det konkurrensbegränsande samarbetet kan se ut på många olika vis. Exempelvis kan det röra sig om avtal som delar upp marknader mellan olika aktörer och på så sätt rubbar den naturliga konkurrensen.²⁸³ Det kan även handla om samordnande förfaranden där karaktäristiken är som MD uttryckt det ”Utmärkande för otillåten samordning är att den normala konkurrensen sätts ut spel genom att den osäkerhet som annars finns kring företagens agerande reduceras ”.²⁸⁴ De sanktioner som följer av förbudet är konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. 5 § KL och skadestånd enligt konkurrensskadelagen.²⁸⁵ Begreppet *marknad* i bestämmelsen är synonymt med termen relevant marknad (se 4.0 ovan).

Det föreligger ett undantag i 2 kap. 2 § KL som stadgar ”Förbudet i 1 § gäller inte för ett avtal som

²⁸¹ Stockholms tingsrätts dom den 16 december 2014 i mål T 3629-14 Swedbank Franchise/Svensk Fastighetsförmedling.

²⁸² Se t.ex. mål T-22/97, Kesko mot kommissionen.

²⁸³ Se t.ex. Nordell, s. 39.

²⁸⁴ MD 2008:12.

²⁸⁵ Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 2 kap. 1 § avsnitt 1.4.

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,
2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,
3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i 1, och
4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.”

För att ett undantag ska föreligga så ska de positiva villkoren i första och andra punkten vara samt de negativa villkoren i tredje till fjärde punkten uppfyllda. Det berörda företaget har bevisbördan och samtliga villkor ska vara uppfyllda för att undantaget ska äga tillämplighet. Undantaget motsvarar artikel 101.3 i FEUF.²⁸⁶

I 2 kap. 1 § KL, som i huvudsak stämmer överens med artikel 101.1 FEUF utöver samhandelsrekvisitet (se 5.2 nedan), framställs tre kriterier som ska vara uppfyllda för att en åtgärd ska anses som ett konkurrensbegränsande samarbete. Dessa kommer nedan att behandlas var och en för sig.

6.4.1 Avtalskriteriet

Först måste avtalskriteriet vara uppfyllt. Med det avses att det ska vara fråga om ett avtal mellan minst två aktörer. Konkurrensbegränsande handlande utfört av ett företag är endast förbjudet om företaget ifråga har en dominerande ställning på marknaden (se 4.5 nedan). Enligt 1 kap. 6 § KL jämföras avtal med såväl beslut av en sammanslutning av företag och samordnade förfaranden av företag. Det krävs alltså inte att ett regelrätt avtal i civilrättslig mening upprättas mellan två parter för att avtalskriteriet ska anses uppfyllt. Det räcker således med ett beslut taget på en sammanslutning av företag, eller att två parter agerat i enlighet med ett samordnat förfarande som de muntligen kommit överens om.²⁸⁷

Muntligt ingångna avtal faller som nämnts innanför ramen för tillämpningsområdet. Avgörande är parternas *samstämmiga vilja* att vidta åtgärder på marknaden av en bestämd natur, uttrycksformen saknar härvid betydelse. Det föreligger en skillnad mellan de situationer en aktör agerar ensidigt och de fall ett en aktör förefaller agera ensamt men det förekommer samstämmig partsvilja med andra aktörer. Det är endast i det senare fallet som

²⁸⁶ Carlsson, Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 2 §, Karnov 2024-04-01 (JUNO).

²⁸⁷ Bernitz, s. 81 ff.

omfattas av förbudet.²⁸⁸ Anledningen till att räckvidden på bestämmelsen är vidare än att endast innefatta avtal i rent civilrättslig mening är p.g.a. av de försiktighetsåtgärder som företagen vidtar vid dessa typer av förfaranden. Det är sällan troligt att två företag som ämnar att upprätta t.ex. en gemensam prissättning i syfte att hålla uppe priserna, väljer att upprätta avtal med konkurrensbegränsande innehåll.²⁸⁹

Förbudet i bestämmelsen innefattar såväl horisontella avtal som vertikala avtal. Horisontella avtal har definierats enligt unionsrätten som avtal som ingås mellan faktiskt eller potentiella konkurrenter. Utöver detta innefattas samarbetsavtal mellan företag som inte direkt konkurrerar med varandra, som exempel anges två företag som är verksamma på samma produktmarknader men på olika geografiska marknader.²⁹⁰ De tre första punkterna i 2 kap. 1 § KL tar sikte på horisontella avtal och utgör som Bernitz uttrycker det, *den hårda kärnan* i bestämmelsen. Dessa typer av avtal ses särskilt strängt på eftersom effekten av dessa typer av uppgörelser huvudsakligen drabbar konsumenten.²⁹¹

Med vertikala avtal avses ”ett avtal eller samordnat förfarande som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet eller det samordnade förfarandet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster”.²⁹² Punkt fyra till fem i 2 kap. 1 § KL beträffar vertikala avtal. Dessa typer av avtal drabbar, till skillnad mot horisontella avtal, främst andra aktörer på marknaden. Punkt fem i bestämmelsen avser s.k. kopplingsförbehåll och är till sin lydelse identisk med punkt 4 i 2 kap. 7 § KL som gäller missbruk av dominerande ställning och kommer närmare att behandlas i avsnitt 4.5 nedan.²⁹³

Utöver horisontella och vertikala avtal utgör s.k. kartellavtal en särskild form av uppgörelse. Dessa har definierats som följande enligt 2 § 8 p. konkurrensskadelagen, ”ett avtal eller ett samordnat förfarande mellan två eller flera konkurrenter som syftar till att samordna deras konkurrensbeteende på marknaden eller påverka de relevanta konkurrensparametrarna”. En särskild underordnad kategori utgörs av priskartellavtal. I dessa ingår priskarteller, som ofta innefattar företag som producerar generiska produkter eller råvaror, priskartellavtal som går ut på att påverka prissättningen av nämnda produkter. I dessa situationer brukar uppgörelsen ingås

²⁸⁸ Bernitz, s. 84-86.

²⁸⁹ Bernitz, s. 84 ff.

²⁹⁰ 1 Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal

²⁹¹ Se Bernitz, s.83.

²⁹² 1.1 a kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på kategorier av vertikala avtal och samordnade förfaranden

²⁹³ Bernitz, s. 83 ff.

genom ett samordnat förfarande aktörerna emellan.²⁹⁴

Slutligen ska här nämnas att det i stort är en bevisfråga om ett handlande ska klassificeras som ett samordnat förfarande vilket är förbjudet. Eller om handlandet utgör s.k. parallellt uppträdande som följer av dynamiken på en marknad, och således faller utanför bestämmelsens tillämpningsområde.²⁹⁵ Bevisbördan ligger på den som påstår att en överträdelse skett, dvs. KKV i de flesta fall.²⁹⁶

6.4.2 Konkurrensbegränsningskriteriet

Utöver avtalskriteriet måste även konkurrensbegränsningskriteriet vara uppfyllt för att bestämmelsen ska vara tillämplig. Avtalet ska ha till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen eller ger detta resultat för att handlandet ska vara förbjudet. Vidare behöver det enligt förarbetena till ÄKL inte röra som om att direkt hämma konkurrensen, utan det räcker med åtgärder som potentiellt hämmar konkurrensen på sikt, exempelvis genom att motverka att en framtida konkurrenssituation uppstår.²⁹⁷

Det faktum att avtalet eller det samordnade förfarandet antingen ska innebära ett konkurrensbegränsande resultat eller att dess syfte ska vara konkurrensbegränsande, innebär att det räcker med att ett av alternativen är uppfyllda för att förbudet ska gälla. Bedömningen hanteras olika beroende på vilket av de två alternativen som är för handen.²⁹⁸

6.4.3 Syftesöverträdelser

Den domstol som ska avgöra målet brukar se till avtalets syfte. Detta eftersom praxis från såväl EU-domstolen som marknadsdomstolen visar att det i regel räcker med att konstatera att syftet bakom ett avtal har varit att begränsa konkurrensen. Samarbetet bedöms i dessa fall som förbjudet i sig och man behöver inte gå längre för att söka utröna om det faktiskt förekommit något ekonomiskt resultat. Följaktligen är redan ingåendet av ett avtal förbjudet, det krävs inte att avtalet realiserats i någon grad. Det konkurrensbegränsande resultatet kan emellertid påverka omfattningen av en eventuell konkurrensskadeavgift eller ett skadestånd.²⁹⁹ Ett exempel på detta är MD:s avgörande *Bilia m.fl.* där de tilltalade presenterade empirisk bevisning för att påvisa att effekterna av samarbete inte hade varit

²⁹⁴ Bernitz, s. 84-90.

²⁹⁵ Bernitz, s. 95.

²⁹⁶ Carlsson, Konkurrenslag (2008:579) 2 kap. 1 §, Karnov 2024-04-01 (JUNO).

²⁹⁷ Prop. 1992/93:56 s. 72-73.

²⁹⁸ Bernitz, s. 95-96.

²⁹⁹ Bernitz, s. 95-96. Se även Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 2 kap. 1 § under avsnitt 2.2.

märkbara. Domstolen bortsåg från detta i sin bedömning av ansvarsfrågan med anledning av att talan endast avsåg en syftesöverträdelse.³⁰⁰

Avtalets syfte granskas utifrån en objektiv bedömning av vad som försöker uppnås med avtalet. Det är således inte fråga om att avgöra avtalsparterna subjektiva uppfattning av partsviljan. Det föreligger dock inget hinder mot att ta hänsyn till partsviljan vid bedömningen av syftet med avtalet.³⁰¹

PMÖD har i ett annat rättsfall, *Alfa m.fl.*,³⁰² gjort bedömningen huruvida ett konkurrensklausul om fem år gällande en företagskoncentration var att anse som en syftesöverträdelse. Konkurrensklausuler i samband med företagskoncentrationer går i regel ut på att säljaren av ett företag åtar sig att inte konkurrera med köparen av företaget under en viss tid beträffande en särskild typ av verksamhet. Konkurrensklausulen får inte vara oproportionerligt långtgående med beaktande av vad som behövs för att koncentrationen ska kunna genomföras. Domstolen ansåg att endast det faktum att en konkurrensklausul kopplat till en företagskoncentration uppgick till fem år inte i sig utgjorde någon överträdelse, utan att man måste beakta omständigheterna i det särskilda fallet. Det var således inte fråga om en syftesöverträdelse och eftersom KKV yrkande endast omfattade en syftesöverträdelse ogillades talan.³⁰³

PMÖD har i rättsfallet *Aleris*³⁰⁴ uttalat sig angående omfattningen på syftesöverträdelsens tillämpningsområde och gränsdragningen mot resultatöverträdelsen. Fallet gällde otillåtet samarbete mellan ett antal vårdgivare vid en upphandling av vårdtjänster. Domstolen började med följande uttalande: ”Det viktigaste kriteriet för att avgöra huruvida en samordning mellan företag innebär en konkurrensbegränsning genom syfte är om det kan fastställas att en sådan samordning i sig själv uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen”³⁰⁵

Vidare menade domstolen i samma mål att det naturligtvis måste göras en bedömning av avtalet eller samarbetet för att avgöra om förutsättningarna för en syftesöverträdelse föreligger. Bedömningen ska emellertid inte vara så utförlig att den kan liknas med den prövning som vidtas vid resultatöverträdelser. Därtill konstaterade domstolen, med hänvisning

³⁰⁰ MD 2008:12.

³⁰¹ PMÖD 2017:2.

³⁰² Mål nr PMT 7498-16.

³⁰³ Mål nr PMT 7498-16.

³⁰⁴ PMÖD 2017:2.

³⁰⁵ PMÖD:s dom i PMÖD 2017:2.

till EU-praxis, att utrymmet för att bedöma ett handlande som en syftesöverträdelse som snävt.³⁰⁶

6.4.4 Resultatöverträdelser

De krav som uppställs för att ett handlande ska falla inom ramen för en syftesöverträdelse är som just påpekats höga. Är inte detta genomförbart så föreligger det emellertid möjlighet att uppfylla konkurrensbegränsningskriteriet genom att påvisa en s.k. resultatöverträdelse. I dessa fall måste man undersöka samarbetets effekter konkurrensen. Detta genom det s.k. konkurrenstestet. Detta test går ut på en bedömning av handlandets påverkan på konkurrensen på den relevanta marknaden (se ovan 4.0).³⁰⁷ Bedömningen görs genom en s.k. kontrafaktiskt analys, dvs. man jämför den faktiskt konkurrenssituation som uppstått genom samarbetet med en uppskattning av motsvarande situation om samarbetet inte funnits.³⁰⁸ Den hypotetiska situation att samarbetet inte genomförts tar sin utgångspunkt i ett tillstånd av effektiv konkurrens (se 3.3 ovan).³⁰⁹

PMÖD har uttalat att vid prövningen för ett avtals konkurrensbegränsande effekter och resultat ska det tas hänsyn till det konkreta sammanhang i vilket avtalet ingår. Detta innefattar bl.a. det ekonomiska och rättsliga sammanhang som aktörerna ifråga är verksamma inom samt de faktiska villkoren på marknaden eller marknaderna som är ifråga. Vidare menade domstolen att ett avtal eller ett samordning mellan aktörer har en konkurrensbegränsande effekt om det kan bevisas genom utredning att dessa effekter redan existerar eller har potential att uppkomma i framtiden.³¹⁰ Bevisbördan för att det finns eller uppkommer otillåtna konkurrensbegränsande effekter åligger den som part som gör detta gällande.³¹¹

Liksom att det tidigare funnits problematik med sammanblandning av geografisk

³⁰⁶ PMÖD:s dom i PMÖD 2017:2.

³⁰⁷ Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentar till 2 kap. 1 §.

³⁰⁸ PMÖD dom i PMT 7779-18 under avsnittet *Konkurrensbegränsningar genom resultat*. ”Vid prövningen av huruvida ett avtal ska anses förbjudet på grund av sin inverkan på konkurrensen, ska företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om det omtvistade avtalet inte fanns, det s.k. kontrafaktiska scenariot. Det scenario som ska tas i beaktande när man föreställer sig en situation utan det aktuella avtalet måste vara realistiskt. Det är således tillåtet att, i förekommande fall, beakta den händelseutveckling som troligen skulle ha ägt rum på marknaden om avtalet eller samordningen inte hade funnits.”

³⁰⁹ Bernitz, s. 106-107. Se även Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentar till 2 kap. 1 §.

³¹⁰ PMT 7779-18.

³¹¹ Bernitz, s. 107.

räckvidd och relevant geografisk marknad (se 4.2 ovan), har det skett sammanblandningen mellan syftes- och resultatanalyserna som sker vid bestämmandet av relevant marknad. Denna förvirring har uppmärksammats såväl av svenska domstolar som av litteraturen. PMÖD har bl.a. uttalat sig följande: ”Den analys som ska utföras för fastställande av om ett avtal eller samordnat förfarande utgör en s.k. syftesöverträdelse får följaktligen inte bli så omfattande och djupgående att den rätteligen ska göras vid en analys av ett eventuellt konkurrensbegränsande resultat”.³¹²

6.4.5 Märkbarhetskriteriet

Det tredje kriteriet som ska vara uppfyllt är märkbarhetskriteriet. Kriteriet saknar motsvarighet i 101.1 FEUF, Bernitz menar dock att det svenska rättsläget anses motsvara det unionsrättsliga.³¹³ För att de vidtagna åtgärderna ska anses förbjudna måste vissa kvantitativa krav på de inblandade aktörerna vara uppfyllda. Enligt förarbetena till ÄKL är det företagens omsättning och deras marknadsandelar som är avgörande i denna fråga. Samarbeten mellan företag där omsättningen uppgår till runt tio procent av den totala omsättningen av aktörerna på verksamma inom samma avtalsprodukter på en marknad bör ses som att de inte påverkar konkurrensen till den grad som krävs.

Utanför tillämpningsområdet faller även företag som visserligen har högre omsättning än de tio procent som framställs men att det rör sig om mycket små företag i storleksordningen under tio miljoner kr i årsomsättning.³¹⁴ Rena bagatellavtal anses således inte omfattas konkurrensrättsliga bestämmelserna. Inom svensk rätt finns *Allmänna råd om mindre betydelse*³¹⁵ till följd av kommissionens *tillkännagivande om bagatellavtal ska tillämpas* (se 7.2 nedan).³¹⁶ De allmänna råden, som inte är bindande för svenska domstolar³¹⁷, beskriver bagatellavtal som avtal där avtalsparterna tillsammans inte överstiger

³¹² Se bl.a. PMÖD domskäl under rubriken *Frågan om s.k. syftesöverträdelse* i PMÖD 2017:2. Domstolen uttalade vidare i samma mål, att ”Frågan om sammanblandning mellan syftes- och resultatanalyserna har uppmärksammats även inom den konkurrensrättsliga litteraturen.

³¹³ Se Bernitz, s. 107-108.

³¹⁴ Prop. 1992/93:56 s. 73.

³¹⁵ Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 2017:3) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579).

³¹⁶ Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i FEUF-fördraget, EUT nr C 291, 30.8.2014, s. 1.

³¹⁷ Se Karlsson & Bergman, *Konkurrenslagen – En kommentar*, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentar till 2 kap. 1 §.

15 procent i marknadsandelar och där ingen av avtalsparterna har en omsättning som överstiger 30 miljoner kr.³¹⁸

6.5 Förbud mot missbruk av dominerande ställning

2 kap. 7 § KL reglerar förbudet mot missbruk av dominerande ställning.³¹⁹ Det stadgas att *missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet*. Det är således fråga om ett *ensidigt* förfarande jämfört med ett konkurrensbegränsande *samarbete* i 2 kap. 1 § KL.

Bestämmelsen tar upp ett flertal olika exempel när ett sådant missbruk kan bestå, nämligen när:

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
4. ställa 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.

Listan är inte uttömmande utan ska ses som typiska exempel på situationer när missbruk kan föreligga.

Med marknad avses i bestämmelsen den relevanta marknaden.³²⁰ I enlighet med effektprincipen behöver inte den relevanta marknaden avgränsas till Sverige, utan bestämmelsen skulle kunna vara tillämplig på ett företag som har dominerande ställning utanför Sverige men att effekterna av missbruket sker inom Sverige.³²¹

Det faktum att en åtgärd faller inom ramen för samarbetsförbudet i 2 kap. 1 § KL hindrar inte missbruksförbudet i 2 kap. 7 § KL kan vara tillämpligt på samma avtal. Det är i regel upp till KKV att bestämma vilken paragraf som ska tillämpas i ärendet. I likhet med samarbetsförbudet så är de sanktioner som kan träffa företaget vid överträdelse av förbudet

³¹⁸ Punkt 7 i Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 2017:3) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579).

³¹⁹ Bestämmelsen motsvarar artikel 102 i FEUF i materiellt hänseende med undantag för samhandelskriteriet, se avsnitt 7.2.

³²⁰ Se kapitel 4.

³²¹ Se 6.2.1 ovan.

dels konkurrensskadeavigt enligt 3 kap. 5 § KL och skadestånd enligt konkurrensskadelagen.³²²

6.5.1 Kriteriet dominerande ställning

För att överträdelsen ska vara tillämplig krävs det att det ska vara fråga om en dominerande ställning. En sådan ställning har beskrivits som följande ”Med en sådan dominerande ställning avses den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter”.³²³

I motsats till en monopolställning så utesluter en sådan ställning inte att det förekommer viss konkurrens. Däremot anses företaget ha en sådan position att den åtminstone har ett sådant inflytande att den inte behöver ta hänsyn till konkurrensen samt har en stor påverkan på dess villkor.³²⁴

Ett dominerande företag har ofta kontrollen av nödvändig infrastruktur eller oundgängliga råvaror. Det finns inga grader i den rättsliga bedömningen av marknadsdominans. Om ett företag anses uppnå kriteriet för dominerande ställning så är 2 kap. 7 § KL tillämplig i det avseendet. Graden av marknadsinflytande kan dock påverka bedömningen och effekterna av ett dominerande företags handlande. För att en dominerande ställning ska anses föreligga krävs det i regel att företaget har betydande marknadsinflytande över en lång tid. Detta utesluter emellertid inte att själva missbruket kan ha pågått en relativt kort tid.³²⁵

Har ett företag en förmåga att upprätthålla en högt pristryck över en lång tid så är det ofta en stark indikator på en dominerande ställning.³²⁶ Den ovannämnda oberoende ställning som det dominerande företaget besitter innebär att konkurrenstrycket är för begränsat. Inom ramen för konkurrenstrycket faller bl.a. konkurrenternas marknadsinflytande och kundernas grad av priskänslighet. Företaget erhåller i och med sin ställning ett stort utrymme att manövrera på marknaden och har möjlighet att vidta åtgärder som annars inte hade varit genomförbara om konkurrenstrycket hade varit stort.³²⁷

³²² Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentar till 2 kap. 7 §.

³²³ Mål 85/76, Hoffmann-La Roche & CO. AG mot Europeiska gemenskapens kommission, punkt 38. Se även Mål C-27/76 *United Brands mot kommissionen* EU:C:1978:22 (”*United Brands*”), punkt 65. Se därtill Prop. 1992/93:56, s. 85.

³²⁴ Se Mål 85/76, Hoffmann-La Roche & CO. AG mot Europeiska gemenskapens kommission, s. punkt 39.

³²⁵ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 527.

³²⁶ Bernitz, s. 142.

³²⁷ Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentar till 2 kap 7 § under avsnittet *dominerande ställning*.

Ett flertal olika faktorer ingår i bedömningen huruvida det föreligger en dominerande ställning eller inte. En faktor som väger tyngre än de andra vid bedömningen är företagets marknadsandelar. Det är dock viktigt att påpeka att marknadsandelar inte är ensamt ska ligga till grund för bedömningen, hänsyn måste även tas till företagets samlade styrka³²⁸ och till konkurrenssituationen i övrigt.³²⁹ Vidare kan även faktorer som marknads mognad och vertikal integration³³⁰

Ett företags marknadsandelar anses ge uttryck för försäljningsframgång och därmed deras relativa styrka på marknaden. Även fast omständigheterna i det enskilda fallet måste beaktas, så finns det en omfattande domstolspraxis som kan ge en god vägledning gällande vissa numerära nivåer av marknadsandelar. Under 30 procent har ansetts vara för lågt för att vid första anblick tyda på en dominerade ställning.³³¹

En nivå mellan 30-40 procent av marknadsandelarna har bedömts understiga den nivå som utgör tecken som tyder på dominans. Exempelvis i avgörandet mål C-250/92 *Gøttrup-Klim m.fl. Grovvareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovareselskab* fann EU-domstolen att två nivåer av 36 respektive 32 % inte i sig utgjorde grund för att det förelåg en dominerande ställning.³³²

Över 40 procent av marknadsandelarna utgör ett *beaktansvärt och tydligt* tecken på dominans.³³³ Och nivåer om 50 procent har i vissa fall ansetts utgöra en presumtion om att dominerande ställning föreligger.³³⁴ Vidare har så höga nivåer som över 65 procent ansetts utgöra ett starkt bevis på att dominans föreligger.³³⁵ Värt att understryka är att förutsättningarna för *potentiell konkurrens* ska beaktas och kan påverka bedömningen av vilken vikt marknadsandelarna ska tillmätas. Föreligger det stora etableringshinder och

³²⁸ Här ingår såväl finansiell som kunskapsmässig styrka. Avseende kunskapsmässig styrka se *AstraZeneca mot kommissionen* EU:T:2010:266, punkt 187. Avseende finansiell styrka se samma mål punkt 185.

³²⁹ Bernitz, s.142. Se även Se Karlsson & Bergman, *Konkurrenslagen – En kommentar*, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentar till 2 kap 7 § under avsnittet *Faktorer av betydelse vid bedömningen av om dominans föreligger eller inte*.

³³⁰ Mål C-52/09 *TeliaSonera Sverige* EU:C:2011:83, punkt 111-113. Med vertikal integration avses bl.a. att ett företag har ett betydande försäljnings- eller distributionsnät.

³³¹ Stockholms tingsrätt T 8122-00 *Weba Kemi mot Arla*.

³³² C-250/92 *Gøttrup-Klim m.fl. Grovvareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovareselskab* EU:C:1994:413, p. 48.

³³³ Kommissionens vägledning för missbruksbedömning punkt 14. Se även Karlsson & Osen Bergqvist, *Konkurrensrätt – En handbok* (2022, version 6, JUNO), s. 532-533.

³³⁴ Mål T-336/07 *Telefónica och Telefónica de España* EU:T:2012:172, punkt 150. Domstolen uttalade: ”Enligt rättspraxis innebär en marknadsandel på 50 procent i sig, utom i undantagsfall, att det föreligger en dominerande ställning”.³³⁴

³³⁵ Mål T-336/07 *Telefónica och Telefónica de España* EU:T:2012:172, punkt 150. Se även PMÖD mål PMT 1988-17 *Swedish Match North Europe mot KKV* (2018-06-29), s. 7. Se därtill prop. 1992/93:56, s. 86.

kostnader i samband med nyetablering så försvårar det möjligheten för andra aktörer att slå sig in på marknaden, och tvärtom.³³⁶

Det förekommer även fall av s.k. *gemensam dominans*. Detta har förklarats av EU-domstolen som ”[...] dominerande ställning kan innehas av två eller flera ekonomiska enheter som i juridiskt hänseende är oberoende av varandra, förutsatt att de uppträder eller agerar tillsammans ekonomiskt på en särskild marknad, som en kollektiv enhet. Det är på detta sätt som uttrycket "kollektiv dominerande ställning", som härefter kommer att användas, skall förstås”.³³⁷

6.5.2 Missbrukskriteriet

Två uttalandet från två separata mål från EU-domstolen är relevanta för att belysa rättsläget avseende missbruk:” Missbruksbegreppet är ett objektiva begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner [...]”³³⁸

”Härav följer att artikel 82 EG [nuvarande artikel 102 FEUF] förbjuder ett företag i dominerande ställning att slå ut en konkurrent och därigenom stärka sin ställning genom att använda sig av metoder som faller utanför området för pris- och prestationskonkurrens”³³⁹

För att bestämmelsen ska vara tillämplig ska det förutom att fastställa att företaget har en dominerande ställning, även handla om ett missbruk av nämnda ställning. Termen missbruk tar sikte på ett en objektiv bedömning om vad som faller innanför ramen för begreppet. Det ska således företagets faktiska handlande som ligger till grund för bedömningen. Syftet bakom en viss åtgärd kan emellertid tillmätas vikt som en faktiskt omständighet vid bedömningen. Däremot innebär inte det faktum att förfarandet nådde upp till sitt syfte att paragrafen inte är tillämplig.³⁴⁰

Det behöver inte föreligga något orsakssamband mellan missbruket och

³³⁶ Bernitz, s. 142-143.

³³⁷ Förenade målen C-395/96 p och C-396/96 p *Compagnie Maritime Belge* EU:C:2000:132, punkt 36. Se även C-393/92 *Gemeente Almelo m.fl. mot Energiebedrijf IJsselmij* EU:C:1994:171, punkt 40-42.

³³⁸ Se Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche & CO. AG* mot Europeiska gemenskapens kommission, punkt 91.

³³⁹ Mål C-457/10 P: *AstraZeneca AB och AstraZeneca plc* mot Europeiska kommissionen, punkt 75.

³⁴⁰ C-280/08 *Deutsche Telekom* EU:C:2010:603, punkt 254.

den dominerande ställningen. Av detta följer att missbruk som hade kunnat ske utan att företaget var i dominerande ställning ändå kan falla inom ramen för bestämmelsen om aktören ifråga är i en sådan ställning.³⁴¹

För såväl 2 kap. 7 § KL som artikel 102 FEUF föreligger inget uttryckligt undantag. Det föreligger dock möjlighet att tillåta beteenden som annars hade fallit inom ramen för bestämmelserna för det fall att företaget har objektivt godtagbara skäl för agerandet. Några exempel härav är när företag hävdar att en viss åtgärd vidtas i syfte att tillgodose allmänintresse, exempelvis konsument- och hälsoskydd.³⁴²

Kommissionen har i ett meddelande stadgat olika typer av s.k. avskärmande effekter. Dessa utgörs av att det dominerande företags agerande påverkar potentiella eller faktiska företags möjlighet att leverans eller tillträde till marknaden att de sätts ur spel eller avsevärt hämma.³⁴³ Några punkter som stadgas i dokumentet är *direkta bevis på utestängningsstrategi, villkoren på den relevanta marknaden och möjliga bevis på faktiskt avskärmning*.³⁴⁴ Värt att notera är att det inte föreligger något krav på märkbarhet i likhet med 2 kap. 1 § KL eller 101.1. FEUF. Det krävs med andra ord inte att agerandet har lett fram till några märkbara effekter på marknaden. EU-domstolen har uttalat sig följande: ”Detta konkurrensbegränsande förfaringssätt är nämligen i sig ägnat att medföra icke obetydliga konkurrensbegränsningar eller rentav sätta konkurrensen ur spel på den marknad där det berörda företaget är verksamt”.³⁴⁵

Missbruket kan tas sig till uttryck på ett flertal olika vis. De fyra punkterna som anges i bestämmelsen är en bra fingervisning på de vanligaste typerna av missbruk. Det kan exempelvis röra sig om s.k. underprissättning. Där det dominerande företaget reducerar försäljningspriserna på produkter eller tjänster i syfte att konkurrera ut nya aktörer på marknaden.³⁴⁶ Det förekommer även motsatsen, nämligen att det dominerande företaget utöver överprissättning, dvs. oskäligt höga priser för produkter eller tjänster i syfte att vinstmaximera utöver vad som rimligt. Det ska dock inte vara fråga om en priskoll. Den sparsamma praxis inom såväl svensk

³⁴¹ Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok (2022, version 6, JUNO), s. 556-557.

³⁴² PMÖD mål PMT 1988-17 *Swedish Match North Europe mot KKV*, s. 13-19.

³⁴³ Kommissionens meddelande om prioriteringar vid tillämpning av artikel 102 FEUF på företags missbruk genom utestängande åtgärder.

³⁴⁴ Kommissionens meddelande om prioriteringar vid tillämpning av artikel 102 FEUF på företags missbruk genom utestängande åtgärder, punkt 20-22.

³⁴⁵ Mål C-23/14 *Post Danmark I* EU:C:2015:651, punkt 73.

³⁴⁶ Mål C-333/94 *P. Tetra Pak International SA mot Europeiska kommissionen*, punkt 41-44 se även. Bernitz, s. 149-150.

rätt som unionsrätten återspeglar att domstolarna i regel är försiktiga att tillämpa bestämmelserna i detta avseende.³⁴⁷

6.6 Översyn myndighet och domstolarnas instansordning

Konkurrensverket är den myndighet inom Sverige som har såväl beslutande som ingripande befogenheter.³⁴⁸ Konkurrensverket har utöver dessa uppgifter även allmänt konkurrensfrämjande åligganden, exempelvis genom att delta på internationella och europeiska samarbetet på konkurrensområdet samt samarbeta med andra konkurrensmyndigheter.³⁴⁹

Konkurrensverket kan såväl starta ärenden på eget initiativ som på klagomål från utomstående. I det senare fallet är det i regel andra företag som anser att en konkurrensrättslig överträdelse har skett i någon form och önskar eftergifter. Det är den part som anser att en överträdelse har skett som har bevisbördan.³⁵⁰ Konkurrensverket har ett flertal olika åtgärder till sitt förfogande enligt 5 kap. KL. Verket kan t.ex. ålägga företag att tillhandahålla uppgifter eller inställa den som förväntas kunna lämna upplysningar i saken till förhör.³⁵¹ Därtill får verket vidta s.k. gryningsräder, dvs. genomföra undersökning hos företag, efter en godkänd ansökan hos PMD.³⁵² Dessa undersökningar får t.ex. omfatta bostäder och andra utrymmen som nyttjas av styrelseledamöter och anställda i det företag som är föremål för utredning.³⁵³

Som påtalats i avsnitt 6.1 så har instansordningen ändras ett stort antal gånger de senaste två decennierna. För närvarande är det PMD och PMÖD som handlägger ärenden enligt konkurrenslagen och konkurrensskadelagen och mål på det immaterialrättsliga och marknadsrättsliga områdena.³⁵⁴

PMD och PMÖD genomför en fullständig materiell prövning av de faktiska omständigheterna inom ramen för vad som yrkats. Domen ersätter konkurrensverkets beslut när sådan förekommer. De konkurrensrättsliga ärendena handläggs som indispositiva tvistemål, vilket bl.a. medför att parterna inte själva kan förlikas.³⁵⁵ Det krävs prövningstillstånd för att PMÖD ska ta upp ett överklagat ärende till prövning. PMÖD kan i princip tillskrivas rollen som sista instans, det föreligger emellertid en restriktivt beviljad möjlighet genom s.k. ventil att

³⁴⁷ Mål C-177/16, AKKA/LAA, punkt 35-36 och 38. Se även Bernitz, s. 147-148.

³⁴⁸ 3-4 §§ i Konkurrensförordning (2021:87).

³⁴⁹ 18-19 i Konkurrensförordning (2021:87).

³⁵⁰ Se Nordell, s. 46. Se även Artikel 2 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

³⁵¹ 5 kap. 1 § KL punkt 1-2.

³⁵² 5 kap. 3 § KL.

³⁵³ 5 kap. 5 § KL.

³⁵⁴ Lag om patent- och marknadsdomstolar.

³⁵⁵ 8 kap. 2 § KL. Se även Bernitz, s. 183-185.

överklaga till HD, varefter HD själva prövar om prövningstillstånd ska anslås.³⁵⁶ Det föreligger situationer då exempelvis konkurrenter står som klagande inför konkurrensverket, och verket i sin tur inte beslutar att gå vidare med ärendet. I sådana fall kan den klagande själv väcka talan inför PMD och yrka på ett åläggande.³⁵⁷

Som tidigare nämnts så kan PMD och PMÖD tillämpa såväl konkurrenslagen som de unionsrättsliga konkurrensreglerna i ett ärende.³⁵⁸ I dessa fall har domstolarna att beakta de allmänna rättsprinciper som föreligger inom unionsrätten vid bedömningen av ärendet.³⁵⁹ Domstolarna har möjlighet att begära *förhandsavgörande* enligt 267 FEUF om rättsläget i ett visst hänseende. Emellertid är PMÖD, som sista instans, skyldiga att göra det om rättsläget inte framstår som klart gällande unionsrättens innebörd.³⁶⁰

Dock är förekomsten av s.k. skiljeklausuler vanlig i avtal av affärsrättslig karaktär. Dessa klausuler innebär att en eventuell tvist ska slitas i skiljedomstol istället för allmän domstol. I 1 § tredje stycket i Lag (1999:116) om skiljeförfarande har det uttryckligt stadgas att skiljemän får pröva konkurrens civilrättsliga verkningar mellan parterna.

³⁵⁶ Se Bernitz, s. 184.

³⁵⁷ 3 kap. 2 § KL

³⁵⁸ Se 6.2.1 ovan.

³⁵⁹ Bernitz, s. 182. Mer om unionsrättens allmänna rättsprinciper 7.3 nedan.

³⁶⁰ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 586 ff. Se även Bernitz, s. 185.

7 Konkurrensrätt inom EU

7.1 Den inre marknaden och de fyra friheterna

Av fundamental betydelse för den Europeiska unionen är skapandet och upprätthållandet av den inre marknaden.³⁶¹ Detta innebär i korthet att varor³⁶², arbetstagare³⁶³, tjänster³⁶⁴ och kapital³⁶⁵ kan röra sig fritt i hela EU. Dessa kallas även för de grundläggande friheterna och de berör de mest centrala produktionsfaktorerna.³⁶⁶ Av 3.1 b FEUF framgår att unionsrätten ska fastställa de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknads funktion. Dessa återfinns i avsnitt VII i FEUF.³⁶⁷

Tanken är att den inre marknaden ska utmärkas av en *effektiv konkurrens* mellan varor och tjänster och produktionen ska ske där det är mest ekonomiskt gynnsamt. Detta leder till att medlemsländernas relativa fördelar utnyttjas till fullo, dvs. att produktionen flyttas dit den är uppnår bäst resultat. Lämpar sig t.ex. ett land eller en region i ett medlemsland att producera mejeriprodukter till en stor skala så det gynnsamt att röja hindren för kapital och kompetens att flyttas dit. Mineralfyndigheter kanske i sin tur har hittats i en annan stat och utvinning av mineral kan därför med fördel ske på denna plats. Vidare kan befolkningen i länder med hög arbetslöshet flytta till länder med arbetsbrist. Detta borde slutligen leda till lägre priset.³⁶⁸

7.1.1 Harmonisering av den inre marknaden

För att uppnå målet med den inre marknaden arbetar såväl EU som EU-domstolarna för en harmonisering. Detta innebär att nationella bestämmelser elimineras genom att gemensamma unionsrättsliga regler antas. På så sätt minskar skillnaderna mellan medlemsländernas lagstiftning och hindren mot en frihandel över gränserna reduceras för varje antagen EU-norm.³⁶⁹

³⁶¹ Artikel 3.3 FEU. Se även Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 485. Bernitz kallar den inre marknaden för unionens *kärna*, Bernitz, s. 20.

³⁶² Bl.a. artikel 30 FEUF. ”Tullar på import och export samt avgifter med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Detta förbud ska tillämpas även på tullar av fiskal karaktär.

³⁶³ Artikel 21 FEUF.

³⁶⁴ Artikel 56 FEUF.

³⁶⁵ Artikel 63.1 FEUF.

³⁶⁶ Artikel 26.2 FEUF. Se även Derlén m.fl., s. 485. Reglerna om de fyra friheterna är omfattande, här ges endast en översiktlig framställning.

³⁶⁷ Se nedan 7.3. Se Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 68.

³⁶⁸ Se Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 489 ff. Se även Bernitz, s. 20-23.

³⁶⁹ Derlén, Lindholm, Naarttjärvi, s. 488.

7.2 Allmänna rättsprinciper

Inom unionsrätten föreligger ett flertal olika allmänna rättsprinciper.³⁷⁰ Till dessa hör bl.a. likvärdighetsprincipen, likabehandlingsprincipen och effektivitetsprincipen. Den förstnämnda tar sikte på att de rättsmedel som finns för att genomdriva EU-rättsliga anspråk på nationell nivå inte får vara mer begränsade än de som finns för att genomdriva motsvarande anspråk på nationell rätt. Med andra ord innebär detta att svenska bestämmelser om förfarande och process inte får behandla EU-rätten på ett mindre förmånligt sätt.³⁷¹ Effektivitetsprincipen innebär att medlemsstaterna inte får förhindra eller försvåra processen att tillvarata rättigheter. Exempelvis får inte regler om bevisvärdering och bevishantering underminera att unionsrättsliga bestämmelserna går att tillämpa på ett effektivt sätt. Slutligen utgår likabehandlingsprincipen från att ingen som helst diskriminering får ske med avseende på parterna i rättsprocessen. Detta kan t.ex. ske med anledning av härkomst.³⁷²

7.3 Konkurrensrätt och samhandelskriteriet

Som tidigare framhållits så överensstämmer de svenska bestämmelserna om kontroll av företagskoncentrationer, förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning i materiellt hänseende med motsvarande regler inom unionsrätten. Dessa utgör bestämmelser koncentrationsförordningen³⁷³, artikel 101.1 FEUF³⁷⁴ samt artikel 102 FEUF³⁷⁵ i respektive ordning.

Inom unionsrätten anges t.ex. i förordning 1/2003³⁷⁶ att syftet med artiklarna 101 och 102 i FEUF är att skydda konkurrensen på marknaden. För att artikel 101.1 samt 102 FEUF³⁷⁷ ska vara tillämplig, i motsats till motsvarigheterna i svensk rätt, krävs dock att ytterligare ett kriterium ska vara uppfyllt.³⁷⁸ Av båda artiklarna framgår att missbruket av dominerande ställning

³⁷⁰ Hur allmänna rättsprinciper tillkommer har avhandlats i avsnitt 2.1 ovan, här ska en de mest relevanta rättsprinciperna behandlas.

³⁷¹ Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 544. Se även Bernitz, s. 182.

³⁷² Derlén, Lindholm, Naarttijärvi, s. 544.

³⁷³ RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

³⁷⁴ Tidigare artikel 81 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen. Undantaget i artikel 101.3 motsvarar undantaget i 2 kap. 2 § KL.

³⁷⁵ Tidigare artikel 82 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

³⁷⁶ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

³⁷⁷ Såväl 101 som 102 FEUF har direkt effekt på i förhållande mellan enskilda och skapar rättigheter och skyldigheter som dessa nationella domstolar måste genomdriva. Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelse av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser

³⁷⁸ Angående koncentrationsförordningens kontra KL:s reglers motsvarighet, se 6.3 ovan.

alternativt den konkurrensbegränsande samarbetet *som kan påverka handeln mellan medlemsstater* är förbjudet. Det s.k. *samhandelskriteriet* måste således vara uppfyllt.³⁷⁹

Kommissionen har utgivit dokumentet *Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln*³⁸⁰ där kommissionen gett ett flertal exempel på hur kriteriet bör tillämpas i olika situationer. Riktlinjerna bygger på praxis bl.a. från EU-domstolen och i domstolens avgörande har det refererats till riktlinjerna vid ett flertal tillfällen.³⁸¹ Samhandelskriteriet är uppfyllt om tre förutsättningar föreligger. Samarbetet eller agerandet ska *kan påverka*, dels rikta sig mot *handel mellan staterna* och därtill ska det röra sig om en märkbar effekt.³⁸²

Begreppet ”*handel mellan medlemsstaterna*” är inte begränsat till den traditionella handeln med varor och tjänster över gränser. Begreppet ska tolkas vidare och som täcker all gränsöverskridande ekonomisk verksamhet, medräknat etablering. Detta i enlighet med målsättningarna för de fyra friheterna.³⁸³ Det måste vidare röra sig om en gränsöverskridande ekonomisk verksamhet som innefattar minst två medlemsländer.³⁸⁴ Begreppet handel omfattar även de fall där avtal eller förfarande påverkar konkurrensstrukturen på marknaden och det betonas att påverkan på handel inte har något att göra med den relevanta geografiska marknaden.³⁸⁵

Termen ”*kan påverka*” innefattar ämnar att definiera egenskaperna hos den påverkan mellan staterna som krävs för att uppfylla kriteriet. Av riktlinjerna framgår att”[...] det måste vara möjligt att med en tillräcklig grad av sannolikhet på grundval av ett antal objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, förutse att avtalet eller förfarandet i fråga kan påverka, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, handelsmönstret mellan medlemsstater”³⁸⁶ Denna bedömning bygger på objektiva sakförhållanden, ett syfte erfordras inte för att kriteriet ska vara uppfyllt. Kan ett syfte däremot fastställas utgör det en relevant faktor att ta hänsyn till.³⁸⁷ I likhet med syftesöverträdelser³⁸⁸ så förutsätts inte någon form av faktisk påverkan av handeln mellan

³⁷⁹ För KLs tillämplighet krävs en effekt på den svenska marknaden. Se t.ex. Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), under avsnitt *kort om innehåll i konkurrenslagen*.

³⁸⁰ Tillkännagivande från kommissionen - Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, *EUT C 101*,

³⁸¹ Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentaren till 1 kap. 3 § under avsnittet *EU-reglerna kräver att samhandelskriteriet är uppfyllt*.

³⁸² Punkt 18 i riktlinjerna.

³⁸³ Punkt 19 i riktlinjerna.

³⁸⁴ Punkt 21 i riktlinjerna.

³⁸⁵ Punkt 20 och 22 i riktlinjerna.

³⁸⁶ Punkt 23 i riktlinjerna.

³⁸⁷ Punkt 25 i riktlinjerna.

³⁸⁸ Se 6.4.3 ovan.

medlemsstater, Det räcker med att avtalet eller handlandet redan till sin art har sådana en sådan effekt.³⁸⁹

Begreppet ”*Märkbar effekt*” innebär ett kvantitativ inslag i bedömningen. Det måste röra sig om avtal eller handlande som kan leda till effekter av en viss omfattning. Företag som har en svag ställning på marknaden för de ifrågavarande produkterna och som påverkar marknaden i endast obetydlig omfattning faller utanför bestämmelsernas tillämpningsområde.³⁹⁰ Det är omständigheterna i det enskilda fallet som ska ligga till grund för bedömningen.³⁹¹ Vidare framgår av riktlinjerna att ”Märkbar effekt kan således mätas såväl i absoluta termer (omsättning) som i relativa termer, genom att man jämför det eller de berörda företagens ställning med ställningen för andra aktörer på marknaden (marknadsandel)”.³⁹²

Domstolarna har givit samhandelskriteriet en vid tillämpning. Exempelvis har kriteriet vara uppfyllt om handlandet eller förfarandet omfattar en hel medlemsstat³⁹³ eller endast ett område av en medlemsstat.³⁹⁴

Till sist ska måste fastställas vad som utgör ett företag. Termen framgår inte i FEUF utan återfinns istället i EU-domstolen praxis. I målet *Höffner*³⁹⁵ fastslog domstolen att begreppet omfattar ”varje enhet som utöver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättslig form och sättet för dess finansiering”.³⁹⁶

7.4 EU-kommissionen

Kommissionen har i uppgift att säkerställa övervaka konkurrensen inom unionsrätten. Detta innebär bl.a. att företagskoncentrationer som överstiger vissa tröskelvärden i koncentrationsförordningen ska anmälas till kommissionen.³⁹⁷ I sådana fall är kommissionen ensam behörig att pröva företagskoncentrationen. Avgörandena från kommissionen kan emellertid överklagas till EU-domstolarna, den relativa sparsamhet i antalet domar som kommit från dessa talar dock för att stor vägledning står att finna i kommissionens avgöranden.³⁹⁸

³⁸⁹ Punkt 26 i riktlinjerna.

³⁹⁰ Punkt 44 i riktlinjerna.

³⁹¹ Punkt 45 i riktlinjerna.

³⁹² Punkt 47 i riktlinjerna.

³⁹³ EU-domstolens dom i mål C-439/11 P Ziegler.

³⁹⁴ PMÖD:s dom i mål PMT 7497-16, Aleris Diagnostik m.fl.

³⁹⁵ Mål C-41/90, *Höffner*.

³⁹⁶ Se Derlén, Ingmanson, Lindholm, s. 69.

³⁹⁷ Se 6.3 ovan.

³⁹⁸ Se Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, 1 maj. 2024, Juno, 3G), kommentar till 1 kap. 1 §, under avsnitt 1.6.2 *Koncentrationskontrollen*.

Kommissionen ska även överse att bestämmelserna i 101 respektive 102 FEUF efterlevs.³⁹⁹ Av artikel 105 FEUF punkt 1 framgår: ”[...] ska kommissionen säkerställa tillämpningen av de principer som anges i artiklarna 101 och 102. Den ska på begäran av en medlemsstat eller på eget initiativ och i samarbete med medlemsstaternas behöriga myndigheter, som ska ge kommissionen sitt bistånd, undersöka fall av förmodade överträdelser av dessa principer. Om kommissionen finner att en överträdelse ägt rum, ska den föreslå lämpliga åtgärder för att få denna att upphöra.”

Vidare lyder punkt 2 i samma bestämmelse: “Om överträdelsen inte upphör, ska kommissionen genom ett motiverat beslut fastslå att en överträdelse av principerna föreligger. Kommissionen får offentliggöra sitt beslut och bemyndiga medlemsstaterna att, på de villkor och enligt de regler som den fastställer, vidta de åtgärder som krävs för att avhjälpa situationen.”.

Som hjälpmedel härav har kommissionen befogenheter att begära upplysningar som krävs för att avslöja avtal beslut eller förfaranden som är förbjuden enligt dessa artiklar.⁴⁰⁰ Därtill har kommissionen befogenhet att vidta inspektioner.⁴⁰¹ Överträdelser kan innebära såväl skadestånd som böter för aktören ifråga.⁴⁰²

³⁹⁹ Se artikel 105 FEUF. Se även RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

⁴⁰⁰ RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, punkt 23.

⁴⁰¹ RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, punkt 24.

⁴⁰² EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, punkt 11-15.

8 Svensk praxis

8.1 Bedömning av begreppen relevant marknad i överinstanserna

Här nedan kommer ett flertal olika rättsfall att redogöras. Domstolens bedömning av relevant marknad är det som eftersöks.

8.1.1 PMÖD ÖÅ 1519-19

PMÖD hade avgöra huruvida ett företag som till en konkurrent hade hyrt ut kapacitet i systemet för insamling och återvinning av förpackningsavfall hade missbrukat sin dominerande ställning genom att säga upp avtalet.⁴⁰³

Tingsrätten anförde att det föreligger tre olika typer av konkurrens, utbytbarhet på efterfråge- och utbudssidan samt potentiell konkurrens. Därtill understryks att utbytbarhet på efterfrågesidan är *den omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning*.⁴⁰⁴

Därefter går domstolen in bedömningen av den relevanta produktmarknaden. Tingsrätten håller inte med KKV bedömning att marknadsavgränsningen ska utgå från vad som omfattas av ”TMR-avtalet”. I detta avtal erbjuder TMR kunderna ” materialslagen kartong, plast och metall att mot en avgift ”. Domstolen anförde, med hänvisningar till punkt 16 i tillkännagivandet, att en lämpligare avgränsning istället vore med beaktande av de tjänster som TMR tillhandahåller. Domstolen utvecklar inte bedömningen av den geografiska närmare utan nöjer sig med att den geografiska marknaden är nationell.⁴⁰⁵

PMÖD instämde i huvudsak med tingsrättens bedömning och fann att det inte förelåg någon anledning att dela upp de olika materialslagen i separata produktmarknader. PMÖD menade vidare att den relevanta geografiska marknaden skulle definieras på samma sätt som tingsrätten gjort.⁴⁰⁶

8.1.2 PMÖD mål T 7499-16

PMÖD hade i detta fall att ta ställning till om avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden kunde utgöra hinder för KKV förbud mot företagskoncentration. KKV hade i målet gjort gällande att den relevanta geografiska marknaden var avgränsad till Sverige. KKV

⁴⁰³ Bakgrunden i PMD:s dom.

⁴⁰⁴ Tingsrättens dom.

⁴⁰⁵ Tingsrättens dom.

⁴⁰⁶ PMÖD:s dom.

motpart, Powerpipe Systems AB och , gjorde istället gällande att relevanta geografiska marknaden skulle omfatta EES-området och Schweiz.⁴⁰⁷

Den relevanta produktmarknaden fastställdes, i likhet med tingsrättens bedömning, helt kort till att marknaden för fjärrvärmerör. Domstolen går vidare till att bedöma den relevanta geografiska marknaden. Inledningsvis betonar domstolen att utredningen i målet visade att inköpen av fjärrvärmerör i Sverige till stor del sker genom upphandling. Vidare framförde domstolen ”Av betydelse för upphandlingen är att det finns en EU-standard för fjärrvärmerör med benämningen EN 253 som föreskriver de produkttegenskaper fjärrvärmerör måste ha för att få säljas, att standarden är genomförd i samtliga EU-länder, samt att det framgår av utredningen att fjärrvärmerör från olika tillverkare kan användas som delar av samma fjärrvärmenät”.⁴⁰⁸

PMÖD gick vidare till att bedöma marknadsandelarna. Förhållandet att marknadsandelarna för olika företag skiljer sig åt mellan länder kan tyda på att det handlar om mindre eller nationella geografiska marknader, och omvänt. Emellertid betonas att förekomsten av olika marknadsandelar inte ensamt kan avgöra den geografiska marknads omfattning. Domstolen kom slutligen fram till att den bevisning som KKV anförde i målet var bristfällig, varför den geografiska marknaden inte kunde begränsas till att endast omfatta Sverige.⁴⁰⁹

8.1.3 PMÖD T 2216-18

Bakgrunden i detta rättsfall var att ett företag som deltagit i samma offentliga upphandelsbudgivning som ett kommunalt bolag, ansett det kommunala bolaget skyldig till missbruk av dominerande ställning efter att bl.a. med avseende vissa avtalsvillkor.⁴¹⁰

PMÖD, i likhet med PMD, ansåg det nödvändigt att först fastställa den relevanta marknaden, innan en bedömning om dominerande ställning kunde vara aktuell. Efter ett hänvisande till såväl praxis från EU-domstolen som tillkännagivande, så konstaterar domstolen att produktmarknaden utgörs av de produkter som p.g.a. sin egenskaper m.m. är utbytbar med varandra. Med liknande hänvisningar stadgar PMÖD att ”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de relevanta produkterna tillhandahålls och inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade för samtliga ekonomiska aktörer samt som

⁴⁰⁷ PMÖD:s dom.

⁴⁰⁸ PMÖD:s dom.

⁴⁰⁹ PMÖD:s dom.

⁴¹⁰ Bakgrunden i PMD:s dom.

kan skiljas från angränsande geografiska områden framförallt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren”. Varefter domstolen gör samma bedömning.⁴¹¹

Domstolen gick vidare till bedöma förutsättningarna i det förevarande fallet. En av parterna anförde som bevisning ett beslut om s.k. förhandsreglering enligt Lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation från Post- och telestyrelsen (PTS). I detta utlåtande hade PTS menat att produktmarknaden för nätinfrastrukturtillträde till att omfatta ”fysiskt tillträde i grossistledet till kopparbaserad respektive fiberbaserad infrastruktur” eftersom dessa vid tidpunkten bedömdes utgöra substitut till varandra med anledning av att ” gav grossistkunden ett tillträde med vissa specificerade kärnegenskaper som karakteriserar nätinfrastrukturtillträde”. PMÖD menade däremot med hänvisning till punkt 36 i tillkännagivandet, att som ett första steg i bedömningen av utbytbarhet, bör man analysera en produkts egenskaper och användningsområde. Kundens värdering av egenskaperna gör emellertid att förekomsten av skillnader i egenskaper inte i sig kan utesluta förekomsten av utbytbarhet. PTS förhandsreglering kunde mot det anförda inte utan vidare läggas till grund för bevisningen i målet.⁴¹²

Domstolen gick vidare med att konstatera att SSNIP-testet inte var tillämpligt i målet och uttalade att: ”[...] de företag som önskade leverera till Göteborgs Stad enligt upphandlingen utsattes för en sådan konkurrensmässig begränsning att den, enligt [PMÖD], måste beaktas vid avgränsningen av den relevanta produktmarknaden. Mot denna bakgrund bedömer [PMÖD] att grossisttillträde via fiber respektive grossisttillträde via koppar vid den aktuella tidpunkten och utifrån de villkor som ställdes i upphandlingen inte utgjorde substitut till varandra och därmed inte ingick i samma produktmarknad. Enligt [PMÖD:s] bedömning bör alltså den relevanta produktmarknaden i det nu aktuella fallet avgränsas till tillträde i grossistledet till fiberförbindelser.” Domstolens bedömning gick således emot PTS förhandsreglering.⁴¹³

8.1.4 PMÖD PMT 1443-18

Bakgrunden i fallet var påstått missbruk av dominerande ställning av Nasdaq. Bolaget tillhandahåller tjänster för handel i transparenta orderböcker i bl.a. svenska och finska aktier.

⁴¹¹PMÖD:s dom. PMÖD uttalande även följande ”Som Patent- och marknadsdomstolen noterat är det utbytbarheten på efterfrågesidan som utgör den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt”

⁴¹² PMÖD:s dom.

⁴¹³ PMÖD:s dom. Domstolen hänvisade ett flertal gånger till kommissionens tillkännagivande, bl.a. punkterna 2, 8-9 samt 13.

Det påstådda missbruket bestod av hot och påtryckningar samt hindrat en konkurrent från att samlokalisera med faktiska och potentiella kunder.⁴¹⁴

PMD har i sin bedömning avseende den relevanta produktmarknaden genomfört en stor utläggning om varför SSNIP-testet inte är relevant i detta ärende. Det har först att göra med den typ av verksamhet som Nasdaq utövar. ”Vid värdepappershandel agerar samma parter ofta ömsom som köpare eller säljare från den ena transaktionen till den andra. I det avseendet skiljer sig handel med värdepapper från andra typer av två- eller flersidiga marknader”. Vidare fortsätter PMD med följande ” Men ett större problem är att de avgifter som Nasdaq m.fl. tar ut för sina tjänster i vissa fall överförs till investerarna och i andra fall stannar hos de som handlar, vilket innebär en skevhet eller asymmetri i priskänsligheten”.⁴¹⁵

PMD menar att SSNIP-testet står sig dåligt eftersom verksamheten har en speciell karaktär som skiljer sig från andra, traditionella verksamheter som var vanliga när testet skapades. Vidare menar PMD att man riskerar att råka ut för den s.k. cellophane fallacy eftersom Nasdaq agerar i en relativt nyligen avreglerad marknad, varför en litet men varaktig prisökning riskerar att vidga marknaden på fel premisser. Testet riskerar att påvisa stor utbytbarhet av produkterna, när kunderna i själva verket värderar produkterna högre men byter p.g.a. den hypotetiska prishöjningen i testet.⁴¹⁶

PMD går vidare med att göra en utförlig bedömning av såväl praxis från EU-domstolen som muntlig och skriftlig bevisning av parterna som innefattar en rad parametrar. Exempelvis förekomsten av s.k. home bias, som innebär en preferens hos investerare i ett visst land att investera i aktier i det egna landet, vilket också avspeglar sig i investerars handelsmönster. PMD kom slutligen fram till en bedömningen i enlighet med KKV, nämligen att produktmarknaden skulle omfatta tjänster för handel med svenska, danska och finska aktier som handlas i transparenta orderböcker och kringtjänster knutna till denna handel. Och inte omfatta hela aktier från hel EES-området.⁴¹⁷

Vid bedömningen av den geografiska marknaden började domstolen med att referera till praxis från EU-domstolen samt punkt 11 i tillkännagivandet. PMD var överens med den av KKV anförda meningen att den relevanta geografiska marknaden omfattade EES-området med hänvisning till ett gemensamt rättsligt regelverk⁴¹⁸ inom EU.⁴¹⁹

⁴¹⁴ Bakgrunden i PMD:s dom.

⁴¹⁵ PMD:s dom.

⁴¹⁶ Se avsnitt 5.3.5 ovan.

⁴¹⁷ PMD:s dom.

⁴¹⁸ Mifid-direktivet.

⁴¹⁹ PMD:s dom.

PMÖD instämde med underinstansens bedömning avseende den relevanta geografisk marknaden. Däremot ansåg PMÖD att det förelåg en annan relevant produktmarknad än den som PMD avsett. PMÖD började med att säga det förvisso säkerligen förekom home bias år 2010.⁴²⁰ Däremot menade PMÖD att ”det måste finnas utredning som visar att home bias förekom i sådan omfattning att tjänster för handel i svenska, danska och finska aktier i enbart begränsad omfattning kunde bytas ut mot tjänster för handel i aktier från andra länder i EES och endast utsättas för konkurrens av dessa andra produkter i en knappt märkbar omfattning”.⁴²¹

Därtill menade PMÖD att utredningen i målet visar att det skett stora förändringar på marknaden. Avregleringar medförde att andra handelsplatser erbjöd sina tjänster till kunderna på marknaden, således förekom ett ökat mått av utbudssubstitution i hela EES. Därtill medförde teknisk utveckling att exempelvis förekomsten av s.k. högfrekvenshandlare ökade. Dessa kännetecknades av handel styrd av algoritmer som syftade till att utnyttja snabbheten i handeln, vilket medförde att det inte spelade någon roll vilken marknad aktierna befann sig på, det som var avgörande var tillgången till ett stort utbud av olika aktier. Därmed ansågs även en efterfrågesubstitution i hela EES, varför PMÖD inte fann någon nationell avgränsning passande.⁴²²

8.1.5 PMÖD PMT 1988-17

I rättsfallet hade domstolen att ta ställning till om snustillverkaren *Swedish match* hade gjort sig skyldig till missbruk av dominerande ställning. Företaget hade infört ett system för hyllkantsetiketter i sina snuskylar belägna hos återförsäljarna. Systemet gick ut på att *Swedish match* tvingade konkurrenter att följa en av företaget framtagna etikettmall eller acceptera att de befintliga etiketterna byttes ut mot generiska gråvita. Till saken hör även att marknadsföringen av snusprodukter är förbjuden i Sverige, varför hylletiketterna utgör en viktig del av snustillverkarnas möjlighet att nå ut med sina produkter till kunderna.⁴²³

PMD menade inledningsvis att snus vanligtvis inte säljs direkt från tillverkarna till kunderna, utan istället till olika återförsäljare som säljer produkterna vidare. Detta medför att återförsäljarnas efterfrågan är direkt kopplad till konsumenternas efterfrågan, således bör konsumenternas syn på utbytbarhet mellan produkter vara avgörande för

⁴²⁰ KKV framförde som bevisning en rapport från 2010 som påvisade fenomenet *home bias*.

⁴²¹ PMÖD:s dom.

⁴²² PMÖD:s dom.

⁴²³ PMD:s dom.

marknadsavgränsningen. Vidare menade domstolen att snus skiljer sig från andra tobaksprodukter till den grad att de inte kan anses utbytbara med t.ex. cigaretter.

Domstolen anförde därefter att själva produkten och tillverkningsprocessen ”produkten och tillverkningsprocessen i stort sett är densamma i de olika formaten och prissegmenten kan de tillverkare som inte tillverkar snus i ett visst format eller prissegment generellt sett snabbt och utan väsentliga tilläggskostnader ställa om sin produktion”. Därtill framgick att i princip alla återförsäljare av snus erbjuder snus i olika format och prissegment. Ett antal marknadsundersökningar visade även på en trend att konsumenter bytta premiumsnus till låg- eller mellanprissnus.

Med bakgrund av detta ansåg domstolen att snusprodukter inom samtliga format och prissegment var inbördes utbytbara. Den relevanta produktmarknaden fastställdes därmed enligt PMD till marknaden av snus till återförsäljare.⁴²⁴

Den relevanta geografiska marknaden bedömde PMD vara Sverige. Detta med anledning av att det enda land som tillät snustillverkning utöver Sverige var Norge, och där förelåg helt andra konkurrensförhållanden, bl.a. högre priser och det faktum att snuskylar måste vara täckta.⁴²⁵

PMÖD instämde med bedömningen relevant marknad som underinstansen utfört, såväl avseende den relevanta geografiska marknaden som den relevanta produktmarknaden.⁴²⁶

8.2 Bedömning av begreppet relevant marknad i underinstanserna

8.2.1 MD 2015:12

Fallet rörde fråga om den s.k. konfliktlösningsregeln enligt 3 kap. 27 § KL, och de relevanta frågorna i målet gällde spaverksamhet, hotellverksamhet samt gymverksamhet.

MD förde ett resonemang angående utbytbarheten mellan ”dagspa” och ”hotellspa”, dvs. mellan de kunder som besökte enbart spaavdelningen och de som besökte såväl spaavdelningen på hotell och därtill övernattade på hotellrum.

Domstolen gjorde följande uttalande: ”Frågan om i vilken mån det för en kund som använder sig av spatjänster kan vara utbytbart att använda tjänster på ett dagspa med tjänster som tillhandahålls på ett hotellspa eller om det vid t.ex. köp av ett paket infattande övernattnings på ett hotell och besök på ett dagspa kan anses utbytbart med ett besök på vad KKV benämner hotellspa, har dock i målet inte närmare belysts. Någon utredning av kunders synpunkter,

⁴²⁴ PMD:s dom.

⁴²⁵ PMD:s dom.

⁴²⁶ PMÖD:s dom.

preferenser och förekomsten av utbytbarhet på marknaden föreligger således inte”. Med bakgrund av detta ansågs det inte klarlagt att det inte förekommer någon utbytbarhet av betydelse på efterfrågesidan angående ”dagspa” och ”hotellspa”. Den osäkerhet som fanns angående den relevanta produktmarknaden spillde över på bedömningen för den relevanta geografiska marknaden, som inte kunde fastställas.⁴²⁷

8.2.2 MD 2012:13

Bakgrunden i rättsfallet var att Kia motors, en sydkoreansk biltillverkare, lanserade en sjuårig nybilsgaranti med förutsättning att kunderna använder en KIA-verkstad för den regelbundna servicen under garantitiden. Om kunde istället valde att nyttja en de för KIA auktoriserad verkstäden så gällde istället en garantitid om tre år. Frågan var således om avtalet stred mot 2 kap. 1 § samt 101.1 FEUF.⁴²⁸

Svensk bildförening (SBF) som var motpart till KIA i fallet hävdade att den relevanta marknaden utgjordes av service och reparationer av KIA-bilar i Sverige och menade således att marknaden var märkesspecifik och omfattades av alla auktoriserade KIA-verkstäder samt oberoende verkstäder som erbjuder reparation av KIA-bilar.

KIA anförde att efterfrågesubstitution innebär att kunderna, till följd av en prishöjning, väljer att byta ut de efterfrågade tjänsterna mot andra tjänster. I detta fall skulle det innebära att ägare av KIA-bilar skulle efterfråga service anpassad för ett annat bilmärke till följd av en prishöjning. MD menade att detta var otänkbart p.g.a. tre anledningar.

För det första så menade KIA att service i många fall är märkesspecifik och i vissa fall årsmodellspecifik. För det andra förutsätter service och reparation information och vägledning från tillverkaren. Till sist så användes olika delar och verktyg för att fullgöra service och reparation. Detta visade på att service och reparation av KIA-bilar inte var utbytbar mot service och reparation av annat märke. Därmed menade KIA att den relevanta produktmarknaden för äger av KIA-ägare ska innefatta service och reparation av KIA-bilar.

Domstolen börjar med att klargör att den relevanta geografiska marknaden utgörs av Sverige och går därmed in på frågan om eftermarknad eller systemmarknad. KIA hade anført i sin talan att marknaden utgjordes av en kombination av primärmarknad och eftermarknad, dvs. systemmarknad. Medan SBF anført att de båda marknaderna skulle ses som en eftermarknad. Domstolen hävdade ” För att marknaden ska kunna definieras som en systemmarknad måste det visas i målet att förhållandena är sådana att konsumenter faktiskt uppfattar köpet av bil och

⁴²⁷ MD:s dom.

⁴²⁸ MD:s bakgrund i målet.

efterföljande service- och reparationskostnader som ett system eller som delar av en enhet”. Domstolen menade emellertid att den bevisning som KIA framfört inte styrkt det faktum att konsumenterna vid bilköp exempelvis beaktas bilens ”livscykelkostnad”, varför marknaden skulle omfatta hela eftermarknaden. Domstolens bedömning innefattade även ett SSNIP-test med hänvisning till punkt 15-19 i tillkännagivandet.⁴²⁹

Domstolen går sedan vidare till bedömningen av huruvida eftermarknaden var märkesspecifik eller inte. MD menade att det var ostridigt att det inte fanns något efterfrågesubstitut för KIA-ägare med hänseende till utbyte av service utförd av KIA kontra service av något annat bilmärke. Domstolen därefter en form av SSNIP-test med avseende på frågan om utbudssubstitution förelåg och kom slutligen fram till att den relevanta marknaden i målet skulle definieras som marknaden för service och reparation av KIA-bilar i Sverige.⁴³⁰

8.2.3 PMD PMT 1212-20

I målet handlade om Hässleholms kommun, genom att utan att vidta någon individuell prövning, vägrat upplåta kommunal mark till ett privat företag som ämnade att lägga fiberanslutningar för internet i kommunen. Frågan var om detta förfarande hade snedvridit och hämmat konkurrensen.⁴³¹

Inledningsvis börjar PMD med att hänvisa till såväl tillkännagivandet som EU-rättslig praxis, och framhåller ” Den relevanta produktmarknaden utgörs av produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra avnämares uppfattning samt faktiska substitutionsmöjligheter m.m.”. Parterna i målet är i stort sett ense att etablering och försäljning av fibernätverk till slutkund ingår i en värdekedja där bl.a. företag som säljer slutkundstjänster ingår.⁴³²

Med bakgrund till detta börjar domstolen att undersöka kommunens säljverksamhet som består i etablera och sälja fibernätverk till slutkund. Med anledning av de rapporter som domstolen tagit del av kan slutsats dras att, med hänsyn till prestanda och pris, att varken mobila anslutningar eller fasta anslutningar andra än fiber ingår i samma produktmarknad som fiberanslutningar. Vidare uttalar sig domstolen följande: ”Domstolen bedömer mot denna bakgrund att företag som inte äger sitt fibernät utan endast är verksamma högre upp i värdekedjan inte utövar något effektivt konkurrenstryck på företag vars affärsidé är att etablera

⁴²⁹ Eftersom avgörandet är utkommen innan den reviderade versionen så är det versionen från 1997 som domstolen hänvisar till. Domstolen beaktade även punkt 13, 20 samt 23 i tillkännagivandet.

⁴³⁰ Domstolen hänvisar bl.a. till punkt 13 i tillkännagivandet.

⁴³¹ PMD:s bakgrund.

⁴³² PMD:s dom.

och sälja fiberanslutningar. Som kommunen har framhållit är vidare marknaden för att etablera och sälja fiberanslutningar ”ändlig”, dvs. ju fler hushåll och företag som har fått fiberanslutningar, desto färre kunder finns det kvar att konkurrera om. De företag som erbjuder exempelvis slutkundstjänster kan däremot fortsätta konkurrera med varandra om de kunder som redan har fiberanslutning”. Mot bakgrund av detta fastställdes den relevanta produktmarknaden till att omfatta marknaden för etablering och försäljning av fiberanslutningar till slutkund.⁴³³

Domstolen går sedan vidare till att bedöma den relevanta geografiska marknaden i fallet och använder Hässleholms kommun som utgångspunkt för denna bedömning. PMD konstaterar att fastighetsägare i kommunen som efterfrågar fiberanslutning inte kan anslutningar till fastigheter i andra kommuner. Domstolen betonar dock att det förekommer emellertid nationellt verksamma företag som tillhandahåller fiberanslutningar. Därtill av bevisningen i målet att priset på fiberanslutningar är jämförelsevis jämnt i hela landet. PMD menar därtill att ” Slutligen har EU-kommissionen i ett beslut den 7 februari 2020 om lokalt tillträde till fibernät via en fast anslutningspunkt i Sverige bl.a. funnit att marknadsvillkoren på nationell nivå tycks vara heterogena men att i många fall konkurrensvillkoren inom kommunerna tycks vara homogena och skilja sig från angränsande områden”.⁴³⁴

PMD fann därmed att den relevanta geografiska marknaden skulle avgränsas till Hässleholm kommun. Den relevanta marknaden fastställdes därmed till marknaden för etablering och fiberanslutningar till slutkund i Hässleholm Kommun.⁴³⁵

⁴³³ PMD:s dom.

⁴³⁴ PMD:s dom.

⁴³⁵ PMD:s dom.

9 Analys

I detta kapitel kommer först redogörandet för tillkännagivandet i kapitel fem att diskuteras. Sedan kommer den praxis från svensk rätt som framgått av kapitel åtta att analyseras. Vidare ska skillnader och likheter mellan svensk praxis avseende den relevanta marknaden analyseras mot *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning*. Begreppet relevant marknad bedömningen innefattar i detta fall givetvis den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden.

9.1 Tillkännagivandet 2024

Den över två decennium långa tid som förflutit mellan versionen utgiven i december 1997 och den reviderade versionen från februari 2024 gör att den nya versionen var påkallad. Som bekant så förändras rättsområden över tid. Detta gäller inte minst konkurrensrätten med beaktande av den kontinuerliga tekniska utveckling som fortgår.

Den reviderade versionen av tillkännagivandes relativa omfattning och djup mot den tidigare versionen torde bidra till att de syften som anges i inledningen till dokumentet, nämligen att genom transparens öka förutsebarheten och rättssäkerheten. Vidare är fotnoterna en bra tillökning. Därtill är tillkomsten av den för tiden relevanta delen i punkt 3 angående hållbarhet ett bra tillägg.

Dokumentet är inte bindande för varken EU-domstolarna eller nationella domstolar. Vid en läsning av konkurrensrättslig praxis på inom såväl svensk som unionsrätt så framgår emellertid det vilket inflytande tillkännagivandet har på rättsområdet som sådant. Dels som vägledning för domstolarna, antingen genom att EU-domstolarna följer det som stadgas i dokumentet och de nationella domstolarna hänvisar till de avgörandena i praxis, eller genom att de nationella domstolarna direkt hänvisar till kommissionens tillkännagivande. Dels genom att innehållet i dokumentet allteftersom det cementeras i EU-rätten och de nationella domstolarna allt mer går mot att bli de facto avgörande för bedömningen av relevant marknad.

9.2 Svensk praxis jämfört med tillkännagivandet

Avgörandena från de svenska domstolarna avser ett stort antal rättsliga frågor av olikartad karaktär, frågorna rör bl.a. kommunens missbruk av dominerande ställning, företags missbruk av ställning p.g.a. snuskylar samt eventuellt missbruk av dominerande ställning vid uppsägning av nyttjanderättsavtal. Den gemensamma nämnaren i dessa fall är naturligtvis att domstolen i

samtliga fall behövde genomför en bedömningen av den relevanta marknaden. Detta påvisar den bredd som begreppet relevant marknad har inom konkurrensrätten.

Inte helt oväntat så överensstämmer den svensk praxis såväl med tillkännagivandet utgivet 1997 som det nya tillkännagivandet från 2024. I ett flertal av fallen hänvisar såväl PMÖD som PMD till tillkännagivandet. I exempelvis MD 2012:13 gällande KIA motors påstådda missbruk av dominerande ställning, så hänvisade domstolen till punkt 13 (punkt 25 i den reviderade versionen), punkt 20 (punkt 32-33 i den reviderade versionen) samt 23 (punkt 37 i den reviderade versionen) i tillkännagivandet och bedömde målet utifrån innehållet i dessa. Vidare utförde domstolen det s.k. SSNIP-testet, i enlighet med och med hänvisningar till, punkt 15-19 i tillkännagivandet (punkt 29-31 i den reviderade versionen).

I ett annat fall, PMÖD T 2216-18, som även den avsåg missbruk av dominerande ställning, så hänvisade PMÖD till ett flertal punkter i tillkännagivandet. Domen omfattas på många sätt av det ramverk som domstolen framställer med hänvisning till artiklarna i tillkännagivandet. Exempelvis betonar domstolen, med hänvisning till punkt 8 i tillkännagivandet (punkt 38 i den reviderade versionen), att avgörande för bedömningen av den relevanta geografiska marknaden är de konkurrensvillkor som råder. Stora skillnader i konkurrensvillkoren pekar på att det rör sig om olika geografiska marknader, och tvärtom. Därtill understryker domstolen, efter att ha hänvisat till punkt 13 i tillkännagivandet (punkt 25 i den reviderade versionen), att utbytbarheten på efterfrågesidan är den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt. Slutligen hänvisar PMÖD till punkt 36 i tillkännagivandet (punkt 49 i den reviderade versionen) och uttalar att bedömningen avseende utbytbarhet bör man som ett första steg analysera en produkts egenskaper och avsedda användning. Men understryker likväl att förekomsten av skillnader i sig inte kan utesluta utbytbarhet eftersom det sätt som kunderna värderar egenskaper även ska tillmätas betydelse.

Avslutningsvis ska här också nämnas fallet PMÖD ÖÅ 1519-19. PMÖD yttrade sig, i likhet till det ovannämnda fallet, utbytbarhet avseende produkter och hänvisade till punkt 36 i tillkännagivandet (punkt 49 i den reviderade versionen).

I de rättsfall som redogjorts för angående svensk rätt i uppsatsen så har jag inte funnit ett fall då domstolen på ett märkbart sätt, frångått innehållet i tillkännagivandet. Istället har någon form av hänvisning till tillkännagivandet varit regel snarare än undantag. Med bakgrund till detta är den slutsats som jag landat i att svensk rättspraxis avseende bedömningen av begreppet relevant marknad överensstämmer till stora delar med EU-kommissionens tillkännagivande.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Regeringens propositioner

Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag.

Prop. 1992/1993:56 Ny konkurrenslagstiftning.

Prop. 1996/97:82 Ändrade regler för anmälan av företagsförvärv enligt konkurrenslagen.

Prop. 1997/98:130 Ändringar i konkurrenslag m.m.

Prop. 2001/02:167 Ändringar i konkurrenslagen för effektivare kartellbekämpning m.m.

Prop. 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.

Prop. 2008/09:231 Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.

Prop. 2015/16:57, Patent- och marknadsdomstol.

Rättsliga dokument från EU

RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i unionens konkurrenslagstiftning (C/2024/1645).

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

Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2014/C 291/01).

RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser EUT nr L 349.

Europaparlamentets och rådet direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad.

Kommissionens agenda för bättre lagstiftning: Ökad insyn i och kontroll för bättre EU-lagstiftning, utgiven den 19 maj 2019.

Praxis

Avgöranden från PMÖD

PMÖD 2017:2.

PMÖD 2017:18

PMÖD:s dom i mål PMT 1988-17.

PMÖD:s dom i mål PMT 7497-16

PMÖD PMT 1988-17

PMÖD PMT 1443-18

PMÖD T 2216-18

PMÖD mål T 7499-16

PMÖD ÖÅ 1519-19

Mål nr PMT 7498-16.

Avgöranden från PMD och MD

MD 1997:11.

MD 2000:6.

MD 2001:9

MD 2007:14.

MD 2008:12.

MD 2010:5

MD 2011:14.

MD 2012:16.

MD 2012:13.

MD 2015:12

PMD PMT 1212-20

Avgöranden från Tingsrätten

Stockholms tingsrätt T 8122-00.

Avgöranden från EU-domstolen

Mål 27/76, United brands mot kommissionen ang. Chiquita bananer. EU-domstolen.

Mål 6471, Outokumpu/INOXUM.

Mål 9413, Lactalis/Nuova Castelli.

Mål 9695 LVMH/Tiffany.

Mål C-283/11.

Mål C-426/11.

Mål C-439/11

Mål C-393/92

Mål T-151/05, NVV m.fl. mot kommissionen, EU:T:2009:144.

Mål T-336/07 *Telefónica och Telefónica de España* EU:T:2012:172.

Mål T-427/08 *CEAHR mot kommissionen* EU:T:2010:517.

Mål 34/73 VARIOLA MOT AMMINISTRAZIONE ITALIANA DELLE FINANZE.

Förenade målen C-395/96 p och C-396/96 p *Compagnie Maritime Belge* EU:C:2000:132.

Avgöranden från Tribunalen

AstraZeneca mot kommissionen EU:T:2010:266.

Litteratur

Richel, Jane, Wenander, Henrik, Europeisk förvaltningsrätt i Sverige, Polen 2021, Norstedts Juridik AB.

Derlén, Mattias, Ingmanson, Staffan, Lindholm, Johan, Grundläggande EU-rätt, Kina 2021, Liber AB.

Bernitz, Ulf, Nordell, Jonas Per, Rosén, Jan, Sandgren, Claes, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, Polen 2023, Norstedts Juridik AB.

Derlén, Mattias, Lindholm, Johan, Naarttijärvi, Markus, Konstitutionell rätt, Polen 2021, Norstedts Juridik AB.

Bernitz, Ulf, Svensk och Europeisk marknadsrätt 1 , Polen 2019, Norstedts Juridik AB.

Nordell, Jonas Per, Marknadsrätten – En introduktion , Polen 2020, Norstedts Juridik AB.

Karlsson & Osen Bergqvist, Konkurrensrätt – En handbok, (2022, version 6, JUNO).

Karlsson & Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, (1 maj. 2024, Juno, 3G).

Bernitz, Ulf, Bernitz, Bernitz, Hedvig, Carlsson, Mia, Heuman, Lars, Madeleine, Leijonhufvud, Sjöberg Magnusson, Cecilia, Seipel, Peter, Conradson Warnling, Wiweka, Vogel, Lars-Henirich, Finna rätt, Sextonde upplagan, Indien 2023, Norstedts Juridik AB.

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Polen 2021, Norstedts Juridik AB.

Internetkällor

<https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/summary/definition-of-relevant-market.html>.
(hämtad den 01/04/2024)