



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 19 januari 2023*

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Artikel 102 FEUF –
Dominerande ställning – Tillverkaren tillskrivs sina distributörers beteende –
Avtalsförhållanden mellan tillverkaren och distributörerna – Begreppet ’ekonomisk enhet’ –
Tillämpningsområde – Missbruk – Exklusivitetsklausul – Krav på att påvisa effekterna
på marknaden”

I mål C-680/20,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 7 december 2020, som inkom till domstolen den 15 december 2020, i målet

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

mot

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

ytterligare deltagare i rättegången:

La Bomba Snc,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan (referent) samt domarna D. Gratsias, M. Ilešič,
I. Jarukaitis och Z. Csehi,

generaladvokat: A. Rantos,

justitiesekreterare: handläggaren C. Di Bella,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 3 mars 2022,

* Rättegångsspråk: italienska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Unilever Italia Mkt. Operations Srl, genom G. Bitonto, S. Borocci, S. Lembo, L. Perfetti, C. Tesauro och C. Thomas, avvocati,
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, genom F. Sclafani, avvocato dello Stato,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,
- Greklands regering, genom K. Boskovits, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom G. Conte, N. Khan och C. Sjödin, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 14 juli 2022 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 101 och 102 FEUF.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Unilever Italia Mkt. Operations Srl (nedan kallad Unilever) och Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Konkurrens- och marknadsmyndigheten, Italien) (nedan kallad konkurrensmyndigheten), angående en sanktion som denna myndighet har ålagt nämnda bolag för missbruk av en dominerande ställning på den italienska marknaden för distribution av glass i styckförpackning till vissa typer av butiker, såsom badanläggningar och barer.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 3 Unilever tillverkar och säljer masskonsumtionsvaror, däribland förpackad glass, som saluförs under märkena Algida och Carte d'Or. I Italien distribuerar Unilever glass i styckförpackningar som är avsedda att konsumeras "ute", det vill säga utanför konsumenternas hem, i barer, kaféer, sportklubbar, simhallar eller andra fritidsanläggningar (nedan kallade försäljningsställena), genom ett nätverk bestående av 150 distributörer.
- 4 Den 3 april 2013 ingav ett konkurrerande företag ett klagomål till konkurrensmyndigheten och gjorde gällande att Unilever missbrukade sin dominerande ställning på marknaden för glass i styckförpackningar. Konkurrensmyndigheten inledde en undersökning.
- 5 Under utredningen ansåg konkurrensmyndigheten bland annat att den inte var skyldig att analysera de ekonomiska studier som Unilever hade lagt fram för att visa att de förfaranden som var föremål för undersökningen inte hade några utestängningseffekter vad gäller åtminstone lika effektiva konkurrenter, på grund av att dessa studier helt saknade relevans när det fanns exklusivitetsklausuler, eftersom det är tillräckligt att ett företag i dominerande ställning använder sig av sådana klausuler för att det ska anses vara fråga om missbruk av denna ställning.

- 6 Genom beslut av den 31 oktober 2017 fann konkurrensmyndigheten att Unilever hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för försäljning av glass i styckförpackningar avsedda att förtäras ute, i strid med artikel 102 FEUF.
- 7 Det framgår av detta beslut att Unilever tillämpade en utestängningsstrategi på den relevanta marknaden som kunde hindra konkurrenternas tillväxt. Denna strategi byggde huvudsakligen på att Unilevers distributörer ålade innehavarna av försäljningsställena exklusivitetsklausuler, vilka innebar att dessa var tvungna att göra alla sina inköp av styckförpackad glass uteslutande från Unilever. I gengäld erhöll dessa innehavare av försäljningsställena ett stort antal rabatter och provisioner, vars tilldelning var beroende av omsättningen eller av saluförandet av ett visst sortiment av Unilevers produkter. Dessa rabatter och provisioner, som tillämpades i olika kombinationer och på olika villkor, för nästan alla Unilevers kunder, påstods vara avsedda att förmå dessa kunder att fortsätta att göra sina inköp exklusivt från detta företag och avhålla dem från att säga upp sina avtal för att göra sina inköp från Unilevers konkurrenter.
- 8 Två aspekter i konkurrensmyndighetens beslut av den 31 oktober 2017 är särskilt relevanta för denna begäran om förhandsavgörande.
- 9 Konkurrensmyndigheten ansåg att det, trots att de åtgärder som utgjorde missbruk inte rent faktiskt hade vidtagits av Unilever, utan av dess distributörer, endast var Unilever som skulle hållas ansvarigt för dessa åtgärder, eftersom Unilever och dess distributörer utgjorde en och samma ekonomiska enhet. Unilever hade nämligen i viss grad ingripit i återförsäljarnas affärspolitik, vilket innebar att dessa inte agerade självständigt när de ålade innehavarna av försäljningsställena en exklusivitetsklausul.
- 10 Konkurrensmyndigheten ansåg vidare att Unilever, med hänsyn till den relevanta marknads särdrag, särskilt det begränsade utrymme som finns på försäljningsställena och den avgörande roll för konsumenternas val som utbudet vid dessa försäljningsställena har, genom sitt beteende hade uteslutit, eller åtminstone begränsat, möjligheten för de konkurrerande aktörerna att konkurrera på grundval av sina produkters förtjänster.
- 11 Genom sitt beslut av den 31 oktober 2017 ålade konkurrensmyndigheten således Unilever böter på 60 668 580 euro för att ha missbrukat sin dominerande ställning, i strid med artikel 102 FEUF.
- 12 Unilever överklagade detta beslut till Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), som ogillade överklagandet i dess helhet.
- 13 Unilever överklagade den domen till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien).
- 14 Till stöd för detta överklagande gjorde Unilever gällande att Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio) borde ha konstaterat att det förekom fel i konkurrensmyndighetens beslut av den 31 oktober 2017, dels vad gällde Unilevers ansvar för sina distributörers beteenden, dels vad gällde verkningarna av de relevanta beteendena, som enligt Unilever inte var ägnade att snedvrída konkurrensen.
- 15 Den hänskjutande domstolen har angett att den är osäker på hur unionsrätten ska tolkas i samband med besvarandet av de båda ovannämnda invändningarna. Vad särskilt gäller den första invändningen har den hänskjutande domstolen angett att det är nödvändigt att veta om, och på

vilka villkor, en samordning mellan formellt självständiga och oberoende ekonomiska aktörer är sådan att det ska anses finnas ett enda beslutscentrum, vilket får till följd att den ena aktörens agerande även kan tillskrivas den andra aktören.

16 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- ”1) Utöver de fall som avser moder/dotterbolagsförhållanden, vilka kriterier är relevanta för att fastställa huruvida en samordning enligt avtal mellan ekonomiska aktörer som formellt sett är självständiga och oberoende ger upphov till en enda ekonomisk enhet enligt artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF? Kan i synnerhet förekomsten av en viss grad av inblandning i ett annat företags kommersiella val, vilket är typiskt för kommersiella samarbeten mellan tillverkaren och mellanhänder inom distribution, anses vara tillräcklig för att sådana företag ska kvalificeras som en del av samma ekonomiska enhet? Eller krävs det en ”hierarkisk” koppling mellan de båda företagen, som går att identifiera när det finns ett avtal enligt vilket flera självständiga bolag ”underkastar” sig ett av bolagens styrning och samordning, vilket således kräver att den behöriga myndigheten visar att det systematiskt och konsekvent föreligger ett antal riktlinjer som kan påverka företagets verksamhetsbeslut, det vill säga strategiska och operativa val av ekonomisk, industriell och kommersiell art?
- 2) Vid bedömningen av huruvida det föreligger missbruk av dominerande ställning med hjälp av exklusivitetsklausuler, ska artikel 102 FEUF tolkas på så sätt att den behöriga konkurrensmyndigheten anses ha en skyldighet att kontrollera huruvida effekten av dessa klausuler är sådan att konkurrenter som är lika effektiva utestängs från marknaden och att noggrant granska de ekonomiska analyser som en part har gett in rörande det omstridda beteendets faktiska förmåga att utestänga lika effektiva konkurrenter från marknaden? Eller ska det, i fråga om exklusivitetsklausuler avsedda att utestänga konkurrenterna eller beteenden som kännetecknas av en rad olika former av missbruk (lojalitetsrabatter och exklusivitetsklausuler), anses att det inte föreligger någon rättslig skyldighet för den behöriga konkurrensmyndigheten att basera konstaterandet att det skett en överträdelse av konkurrensrätten på kriteriet om en lika effektiv konkurrent?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

- 17 Konkurrensmyndigheten och den italienska regeringen har gjort gällande att den första frågan inte kan tas upp till prövning, eftersom begäran om förhandsavgörande inte innehåller de upplysningar som krävs. I denna fråga hänvisas det dessutom till artikel 101 FEUF, trots att denna bestämmelse inte tillämpades av konkurrensmyndigheten.
- 18 I detta hänseende ska det erinras om att det, enligt fast rättspraxis, numera återspeglad i artikel 94 i domstolens rättegångsregler, krävs att den nationella domstolen klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs, eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa frågor, eftersom det är nödvändigt att komma

fram till en tolkning av unionsrätten som är användbar för den nationella domstolen. Detta krav är av särskild betydelse på konkurrensområdet, som kännetecknas av komplicerade faktiska och rättsliga förhållanden (dom av den 5 mars 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, punkt 49).

- 19 Vidare kan EU-domstolen inte pröva en tolkningsfråga som ställts av en nationell domstol då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 oktober 2022, Baltijas Starptautiskā Akadēmija och Stockholm School of Economics in Riga, C-164/21 och C-318/21, EU:C:2022:785, punkt 33).
- 20 I förevarande fall är, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 19 i sitt förslag till avgörande, uppgifterna i beslutet om hänskjutande, även om de är kortfattade, tillräckliga för att förklara de faktiska omständigheter som ligger till grund för den första frågan. Vidare innebär inte den omständigheten att den hänskjutande domstolen i den första frågan inte enbart nämner artikel 102 FEUF, utan även artikel 101 FEUF, att den första frågan ska avvisas i sin helhet.
- 21 Eftersom det framgår av skälen till beslutet om hänskjutande att konkurrensmyndigheten inte tillämpade artikel 101 FEUF i det nationella målet, och även om begreppet företag är gemensamt för artiklarna 101 och 102 FEUF, ska den första frågan, i den del den avser tolkningen av artikel 101 FEUF, anses vara hypotetisk och således avvisas.
- 22 Den första frågan kan således tas upp till prövning endast till den del den avser tolkningen av artikel 102 FEUF.

Prövning i sak

- 23 Det framgår av begäran om förhandsavgörande att konkurrensmyndigheten, vad gäller distributörernas missbruk, endast bötfällde Unilever med motiveringen att företaget missbrukat sin dominerande ställning. Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen ställt sin första fråga för att få klarhet i på vilka villkor formellt självständiga och oberoende ekonomiska aktörer, det vill säga distributörers, beteende kan tillskrivas en annan självständig och oberoende ekonomisk aktör, det vill säga tillverkaren av de produkter som distributörerna återförsäljer.
- 24 Under dessa omständigheter ska den hänskjutande domstolen anses ha ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 102 FEUF ska tolkas så, att de åtgärder som vidtas av de distributörer som ingår i en dominerande tillverkares distributionsnät kan tillskrivas tillverkaren och, i förekommande fall, på vilka villkor.
- 25 Den hänskjutande domstolen vill särskilt få klarhet i huruvida det räcker att det finns en samordning till följd av avtal mellan en tillverkare, kring vilken denna avtalsmässiga samordning är organiserad, och olika juridiskt självständiga distributörer, för att en sådan tillskrivning ska vara möjlig, eller om det dessutom krävs att det konstateras att tillverkaren har möjlighet att utöva ett avgörande inflytande över de kommersiella, finansiella och industriella beslut som distributörerna fattar i samband med den aktuella verksamheten, som går utöver det inflytande som vanligtvis kännetecknar samarbetet mellan tillverkare och distributörer.
- 26 Det är visserligen riktigt att beslut som fattas inom ramen för en samordning till följd av avtal, såsom ett distributionsavtal, i princip inte utgör ett ensidigt agerande, utan ingår i det förhållande som gäller mellan parterna i denna samordning, eftersom genomförandet av dessa beslut kräver att samtliga parter åtminstone underförstått godtar dessa (se, för ett liknande

resonemang, dom av den 17 september 1985, Ford-Werke och Ford of Europe/kommissionen, 25/84 och 26/84, EU:C:1985:340, punkterna 20 och 21). Sådana beslut omfattas således i princip av bestämmelserna om konkurrensbegränsande samverkan i artikel 101 FEUF.

- 27 Denna slutsats utesluter emellertid inte att ett företag i dominerande ställning kan hållas ansvarigt för de åtgärder som vidtas av distributörerna av detta företags varor eller tjänster, med vilka företaget endast har avtalsförbindelser, och att det kan fastställas att detta företag har gjort sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF.
- 28 Ett företag som har en dominerande ställning har nämligen ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 135 och där angiven rättspraxis).
- 29 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 48 i sitt förslag till avgörande är syftet med en sådan skyldighet att förhindra inte bara den skadliga inverkan på konkurrensen som direkt orsakas av det dominerande företags beteende, utan även den som följer av beteenden vars genomförande har delegerats av detta företag till oberoende juridiska enheter som är skyldiga att följa dess instruktioner. När det beteende som företaget i dominerande ställning kritiserar för rent faktiskt genomförs av en mellanhand som tillhör ett distributionsnät, kan företaget i dominerande ställning hållas ansvarigt för detta beteende om det visar sig att beteendet beror på de särskilda instruktioner som lämnats av nämnda företag och således i enlighet med genomförandet av en politik som ensidigt beslutats av detta företag och som nämnda distributörer var skyldiga att följa.
- 30 I ett sådant fall kan företaget i dominerande ställning, mot bakgrund av att det beteende som detta företag kritiserar för har beslutats ensidigt, betraktas som beteendets upphovsman och således, i förekommande fall, anses vara ensamt ansvarigt vid tillämpningen av artikel 102 FEUF. I ett sådant fall ska distributörerna, och följaktligen det distributionsnät som distributörerna bildar tillsammans med detta företag, endast anses utgöra ett medel för att geografiskt sprida detta företags affärspolicy och därmed som det medel som, i förekommande fall, har använts för att genomföra det aktuella utestängningsförfarandet.
- 31 Detta gäller bland annat när ett sådant beteende sker i form av standardavtal, som i sin helhet utformas av en tillverkare med dominerande ställning och som innehåller exklusivitetsklausuler till förmån för denna tillverkares produkter som tillverkarens distributörer är skyldiga att se till att innehavarna av försäljningsställena undertecknar, utan att kunna ändra dem, såvida inte tillverkaren uttryckligen samtycker till detta. Under sådana omständigheter kan denna tillverkare, mot bakgrund av de juridiska och ekonomiska band som förbinder tillverkaren med distributörerna, nämligen inte rimligen vara ovetande om att distributörerna genomför tillverkarens instruktioner och därmed den policy tillverkaren har slagit fast. En sådan tillverkare ska därmed anses vara beredd att ta på sig risken för ett sådant beteende.
- 32 I ett sådant fall krävs det däremot inte, för att företaget i dominerande ställning ska kunna hållas ansvarigt för de åtgärder som vidtas av de distributörer som ingår i distributionsnätet för dess varor eller tjänster, att det visas att de berörda distributörerna även utgör en del av detta företag, i den mening som avses i artikel 102 FEUF, eller ens att det föreligger en ”hierarkisk” anknytning till följd av att det riktas flera systematiska och ständiga riktlinjer till dessa distributörer som kan påverka de förvaltningsbeslut som dessa distributörer fattar avseende sina respektive verksamheter.

- 33 Mot bakgrund av dessa överväganden ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att en tillverkare som har en dominerande ställning kan hållas ansvarig för åtgärder som vidtas av de distributörer som ingår i distributionsnätet för denna tillverkares varor eller tjänster, om det visas att distributörerna inte har vidtagit dessa åtgärder självständigt, utan att de ingår i en policy som denna tillverkare ensidigt har beslutat om och som genomförs genom distributörerna.

Den andra frågan

- 34 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 102 FEUF ska tolkas så, att den behöriga konkurrensmyndigheten, när distributionsavtalen innehåller exklusivitetsklausuler, måste styrka att dessa klausuler leder till att konkurrenter som är lika effektiva som företaget i dominerande ställning utestängs från marknaden för att kunna konstatera att det föreligger ett missbruk av dominerande ställning, och om denna myndighet, när det förekommer flera ifrågasatta förfaranden, under alla omständigheter är skyldig att ingående granska de ekonomiska analyser som i förekommande fall lagts fram av det berörda företaget, bland annat när de grundas på testet avseende en "lika effektiv konkurrent".
- 35 Det ska i detta hänseende påpekas att ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet enligt artikel 102 FEUF.
- 36 Detta begrepp syftar således till att bestraffa beteenden av ett företag i dominerande ställning som på en marknad där konkurrensen redan är försvagad till följd av det berörda företagets närvaro hindrar att effektiv konkurrensstruktur upprätthålls (dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkt 68 och där angiven rättspraxis).
- 37 Även om detta är riktigt så syftar artikel 102 FEUF inte till att hindra ett företag från att, av egen förtjänst, bland annat på grund av sin kompetens och kapacitet, skapa en dominerande ställning på en marknad, och inte heller till att säkerställa att konkurrenter som är mindre effektiva än ett företag som har en sådan ställning blir kvar på marknaden. Alla utestängningseffekter är nämligen inte nödvändigtvis skadliga för konkurrensen, eftersom pris- och prestationskonkurrens (competition on the merits) per definition kan leda till att konkurrenter som är mindre effektiva, och således mindre intressanta för konsumenterna, vad beträffar bland annat pris, urval, kvalitet och nyskapande, försvinner från marknaden, eller får mindre betydelse på denna (dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkt 73 och där angiven rättspraxis).
- 38 Företag som har en dominerande ställning, oberoende av orsakerna till denna ställning, har tvärtom ett särskilt ansvar för att inte, genom sitt beteende, skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (se, bland annat, dom av den 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 57, och dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 135).
- 39 Missbruk av en dominerande ställning kan således fastställas bland annat när det kritiserade beteendet har medfört utestängningseffekter för konkurrenter som är lika effektiva som den som har gjort sig skyldig till detta beteende i fråga om kostnads-, innovations- och kvalitetsstruktur eller när detta beteende grundar sig på en användning av andra medel än sådana som räknas till en

”normal” konkurrens, det vill säga en pris- och prestationskonkurrens (competition on the merits) (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkterna 69, 71, 75 och 76, samt där angiven rättspraxis).

- 40 Det ankommer i detta hänseende på konkurrensmyndigheterna att visa att ett beteende utgör missbruk med beaktande av samtliga relevanta faktiska omständigheter som hänför sig till det aktuella beteendet (dom av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 18, och dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkt 72), vilket inbegriper de omständigheter som lyfts fram i den bevisning som företaget i dominerande ställning har lagt fram till sitt försvar.
- 41 För att fastställa att ett beteende utgör missbruk behöver en konkurrensmyndighet inte nödvändigtvis visa att beteendet faktiskt har medfört konkurrensbegränsande verkningar. Artikel 102 FEUF syftar nämligen till att beivra ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna, oberoende av om ett sådant missbruk har visat sig vara framgångsrikt eller inte (dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkt 53 och där angiven rättspraxis). En konkurrensmyndighet kan således konstatera en överträdelse av artikel 102 FEUF genom att visa att det aktuella beteendet, under den tid då det genomfördes, under omständigheterna i det aktuella fallet hade förmågan att begränsa pris- och prestationskonkurrensen (competition on the merits) trots att det inte hade någon verkan.
- 42 Detta ska emellertid i princip visas med stöd av konkreta bevis som, på ett sätt som inte är helt hypotetiskt, styrker att det aktuella förfarandet rent faktiskt kan medföra sådana verkningar, varvid tvivel i detta hänseende ska tolkas till fördel för det företag som använt sig av ett sådant förfarande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 februari 1978, United Brands och United Brands Continentaal/kommissionen, 27/76, EU:C:1978:22, punkt 265, och dom av den 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö m.fl./kommissionen, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85–C-129/85, EU:C:1993:120, punkt 126).
- 43 Följaktligen kan ett förfarande inte anses utgöra missbruk om det stannat vid planeringsstadiet. Vidare kan en konkurrensmyndighet inte grunda sig på de verkningar som detta förfarande skulle kunna eller skulle ha kunnat få om vissa särskilda omständigheter, som inte var sådana som rådde på marknaden vid tidpunkten för förfarandets genomförande och som det vid denna tidpunkt föreföll föga sannolikt att de skulle uppstå, hade uppkommit.
- 44 Dessutom ska det påpekas att en konkurrensmyndighet, för att bedöma om ett företags beteende kan begränsa den effektiva konkurrensen på en marknad, förvisso kan stödja sig på ekonomiska rön, som bekräftas av empiriska studier eller beteendestudier, men att det inte räcker att beakta dessa rön. Andra faktorer som är specifika för omständigheterna i det enskilda fallet, såsom omfattningen av nämnda beteende på marknaden, de kapacitetsbegränsningar som gäller för råvaruleverantörerna eller den omständigheten att företaget i dominerande ställning åtminstone vad gäller en del av efterfrågan är en oundviklig partner, ska beaktas vid bedömningen av huruvida det aktuella beteendet, mot bakgrund av dessa rön, åtminstone under en del av den period då det genomfördes, ska anses ha kunnat leda till utestängningseffekter på den berörda marknaden.
- 45 Ett liknande förfaringssätt måste för övrigt följas när det gäller att bevisa att företaget i dominerande ställning har haft en konkurrensbegränsande avsikt. Denna avsikt är nämligen en indikation på arten av och målen för den strategi som företaget tillämpar och kan därför beaktas.

Förekomsten av en konkurrensbegränsande avsikt kan även vara relevant vid beräkningen av böterna. Det är emellertid varken nödvändigt eller tillräckligt i sig att visa att det föreligger en sådan avsikt för att kunna fastställa att det föreligger missbruk av dominerande ställning, eftersom begreppet missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF grundar sig på en objektiv bedömning av det aktuella beteendet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkterna 19 och 21, och dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkterna 61 och 62).

- 46 Vad närmare gäller exklusivitetsklausuler har domstolen slagit fast att klausuler genom vilka ena avtalsparten åtar sig att göra alla eller en betydande del av sina inköp från ett företag som har en dominerande ställning, även om inköpen inte åtföljs av rabatter, till sin natur utgör ett utnyttjande av en dominerande ställning, och att detsamma gäller för lojalitetsrabatter som beviljas av ett sådant företag (dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 89).
- 47 I domen av den 6 september 2017, Intel/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 138) klargjorde domstolen denna rättspraxis för det fall att ett företag i dominerande ställning – under det administrativa förfarandet och med åberopande av bevisning till stöd för sina påståenden – gör gällande att företagets beteende inte har haft någon konkurrensbegränsande förmåga och särskilt inte har kunnat medföra de utestängningseffekter som läggs företaget till last.
- 48 Domstolen har angett att det, i ett sådant fall, åligger konkurrensmyndigheten att pröva inte bara betydelsen av företagets dominerande ställning på den relevanta marknaden och den marknadstäckning som det omstridda förfarandet har, villkoren och sättet för beviljande av de aktuella rabatterna, hur stora rabatterna är och hur länge de har tillämpats, utan även om det eventuellt funnits en strategi för att utestänga konkurrenter som är åtminstone lika effektiva som företaget i dominerande ställning (dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 139).
- 49 Domstolen tillade att även analysen av utestängningsförmågan är relevant för bedömningen av om det kan anses finnas sakliga skäl som motiverar ett rabattsystem som i princip omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF. Den utestängningseffekt som ett rabattsystem ger upphov till, vilken är ofördelaktig för konkurrensen, kan dessutom uppvägas av eller rent av övervinnas genom fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten. En sådan avvägning mellan det omtvistade förfarandets positiva och negativa effekter på konkurrensen kan göras endast om det först gjorts en analys av om det aktuella förfarandet i sig kan anses kunna utestänga konkurrenter som är åtminstone lika effektiva som företaget i dominerande ställning (dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 140).
- 50 Domstolen nämnde visserligen endast rabattsystemen när den gjorde detta andra klargörande. Såväl rabatter som exklusivitetsklausuler kan emellertid motiveras objektivt eller så kan de nackdelar som de medför uppvägas eller rent av övervinnas av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten, och därför ska ett sådant klargörande förstås så, att det gäller såväl för det ena som för det andra av dessa förfaranden.
- 51 Förutom att en sådan tolkning är förenlig med domstolens första klargörande i nämnda dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 139), kan det konstateras att även om exklusivitetsvillkoren på grund av sin art ger upphov till berättigade farhågor i konkurrens-hänseende, så är deras förmåga att utestänga konkurrenter inte

automatiskt, vilket för övrigt illustreras av kommissionens meddelande med rubriken ”Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel [102 FEUF] på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder” (EUT C 45, 2009, s. 7, punkt 36).

- 52 Av detta följer att en konkurrensmyndighet, när den misstänker att ett företag har överträtt artikel 102 FEUF genom att använda sig av exklusivitetsklausuler och när detta företag under förfarandet bestrider nämnda klausulers konkreta förmåga att utestänga konkurrenter som är lika effektiva från marknaden och inger bevisning till stöd för detta, i samband med fastställandet av överträdelsen, ska försäkra sig om att dessa klausuler, under omständigheterna i det aktuella fallet, hade faktisk förmåga att utestänga konkurrenter som är lika effektiva som detta företag från marknaden.
- 53 Vidare är den konkurrensmyndighet som har inlett detta förfarande även skyldig att konkret bedöma dessa klausulers förmåga att begränsa konkurrensen om det misstänkta företaget under det administrativa förfarandet, utan att formellt bestrida att dess beteende hade en konkurrensbegränsande förmåga, gör gällande att det finns skäl för dess beteende.
- 54 Under alla omständigheter är den nämnda konkurrensmyndighet, när det under förfarandets gång läggs fram bevisning som kan visa att beteendet inte kan ge upphov till konkurrensbegränsande verkningar, skyldig att pröva bevisningen. Iakttagandet av rätten att yttra sig, vilken enligt fast rättspraxis utgör en allmän unionsrättslig princip, medför nämligen att konkurrensmyndigheterna är skyldiga att höra det företag som har en dominerande ställning, vilket innebär att de ska ägna företagets synpunkter all den uppmärksamhet som krävs, och omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet, och särskilt sådan bevisning som företaget lägger fram (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkt 52).
- 55 Av detta följer att den behöriga konkurrensmyndigheten, när ett företag i dominerande ställning har lagt fram en ekonomisk studie till stöd för att det förfarande som lagts företaget till last inte var ägnat att utestänga konkurrenter, inte kan utesluta att denna studie är relevant utan att ange skälen till att den anser att studien inte kan användas för att visa att de ifrågavarande förfarandena inte kan skada den effektiva konkurrensen på den berörda marknaden och följaktligen utan att ge nämnda företag möjlighet att bestämma vilka bevis som skulle kunna ersätta den.
- 56 När det gäller testet avseende en lika effektiv konkurrent, som den hänskjutande domstolen uttryckligen har nämnt i sin ansökan, ska det erinras om att detta begrepp hänför sig till olika tester som har det gemensamt att de syftar till att bedöma ett förfarandes förmåga att ge upphov till konkurrensbegränsande utestängningseffekter genom att hänvisa till förmågan hos en hypotetisk konkurrent till företaget i dominerande ställning som är lika effektiv som det sistnämnda företaget i fråga om kostnadsstruktur att erbjuda kunderna en tariff som är tillräckligt fördelaktig för att uppmuntra dem att byta leverantör, trots de nackdelar som uppstår, utan att denna konkurrent lider någon förlust. Denna förmåga avgörs i allmänhet med hänsyn till det dominerande företagens kostnadsstruktur.
- 57 Ett test av detta slag kan vara olämpligt bland annat när det gäller vissa förfaranden som inte bygger på pristillämpning, såsom leveransvägran, eller när den relevanta marknaden skyddas av betydande hinder. Ett sådant test är för övrigt endast en av flera metoder som gör det möjligt att bedöma huruvida ett förfarande kan medföra utestängningseffekter, och denna metod beaktar för övrigt endast priskonkurrensen. Att ett företag som har en dominerande ställning använder andra

resurser än dem som styr pris- och prestationskonkurrens (competition on the merits) kan under vissa omständigheter vara tillräckligt för att det ska anses föreligga ett sådant missbruk (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, punkt 78).

- 58 Konkurrensmyndigheterna kan följaktligen inte ha någon rättslig skyldighet att använda testet avseende en lika effektiv konkurrent för att fastställa huruvida ett förfarande utgör missbruk (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punkt 57).
- 59 Det kan emellertid inte uteslutas att ett sådant test är relevant även när det är fråga om förfaranden som inte bygger på pristillämpning. Ett sådant test kan nämligen visa sig vara användbart i de fall då konsekvenserna av det aktuella förfarandet kan kvantifieras. När det gäller exklusivitetsklausuler kan ett sådant test i teorin användas för att fastställa huruvida en hypotetisk konkurrent, som har en liknande kostnadsstruktur som företaget i dominerande ställning, skulle kunna erbjuda sina varor eller tjänster utan att göra förlust eller utan tillräcklig marginal om denne skulle stå för de ersättningar som distributörerna skulle vara tvungna att betala för att byta leverantör eller de förluster som de skulle lida efter en sådan förändring till följd av att de tidigare beviljade rabatterna drogs in (se, analogt, dom av den 25 mars 2021, Slovak Telekom/kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punkt 110).
- 60 När ett företag i dominerande ställning som misstänks för missbruk tillhandahåller en konkurrensmyndighet en analys som grundar sig på ett test avseende en lika effektiv konkurrent, kan nämnda myndighet följaktligen inte bortse från denna bevisning utan att ens pröva dess bevisvärde.
- 61 Denna omständighet påverkas inte av att det förekommer flera omtvistade förfaranden. Även om det antas att de kumulerade effekterna av dessa förfaranden inte kan bedömas genom ett sådant test, kvarstår det faktum att resultatet av ett sådant test ändå kan utgöra ett indicium på effekterna av vissa av dessa förfaranden och således vara relevant för att avgöra huruvida de aktuella förfarandena kan kvalificeras på vissa sätt.
- 62 Mot bakgrund av dessa överväganden ska den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att en konkurrensmyndighet, när distributionsavtalen innehåller exklusivitetsklausuler, för att kunna konstatera att det föreligger ett missbruk av dominerande ställning, är skyldig att, mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter och med beaktande av bland annat de ekonomiska analyser som företaget i dominerande ställning i förekommande fall har lagt fram till stöd för att det aktuella beteendet saknar förmåga att utestänga konkurrenter som är lika effektiva som företaget i dominerande ställning, styrka att dessa klausuler har en konkurrensbegränsande förmåga. Det är fakultativt att använda ett test avseende en lika effektiv konkurrent. Om resultatet av ett sådant test läggs fram av det berörda företaget under det administrativa förfarandet, är konkurrensmyndigheten emellertid skyldig att bedöma dess bevisvärde.

Rättegångskostnader

- 63 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att en tillverkare som har en dominerande ställning kan hållas ansvarig för de åtgärder som vidtas av de distributörer som ingår i distributionsnätet för denna tillverkares varor eller tjänster, om det visas att distributörerna inte har vidtagit dessa åtgärder självständigt, utan att de ingår i en policy som denna tillverkare ensidigt har beslutat om och som genomförs genom distributörerna.**
- 2) **Artikel 102 FEUF ska tolkas så, att en konkurrensmyndighet, när distributionsavtalen innehåller exklusivitetsklausuler, för att kunna konstatera att det föreligger ett missbruk av dominerande ställning, är skyldig att, mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter och med beaktande av bland annat de ekonomiska analyser som företaget i dominerande ställning i förekommande fall har lagt fram till stöd för att det aktuella beteendet saknar förmåga att utestänga konkurrenter som är lika effektiva som företaget i dominerande ställning, styrka att dessa klausuler har en konkurrensbegränsande förmåga. Det är fakultativt att använda ett test avseende en lika effektiv konkurrent. Om resultatet av ett sådant test läggs fram av det berörda företaget under det administrativa förfarandet, är konkurrensmyndigheten emellertid skyldig att bedöma dess bevisvärde.**

Underskrifter