

II

(Meddelanden)

MEDDELANDEN FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER OCH ORGAN

KOMMISSIONEN

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder

(Text av betydelse för EES)

(2009/C 45/02)

I INLEDNING

1. Enligt artikel 82 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (artikel 82) är det förbjudet att missbruka en dominerande ställning. Det är enligt rättspraxis i sig inte olagligt för ett företag att ha en dominerande ställning och ett sådant dominerande företag har rätt att konkurrera på egna meriter. Det berörda företaget har dock ett särskilt ansvar att inte genom sitt beteende hämma en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden. Artikel 82 utgör den rättsliga grunden för en mycket viktig del av konkurrenspolitiken och en effektiv tillämpning bidrar till att marknaderna fungerar bättre, vilket gagnar både företag och konsumenter. Detta är särskilt viktigt för att uppnå det övergripande målet att skapa en integrerad inre marknad.

II SYFTET MED DETTA DOKUMENT

2. I detta dokument fastställs de prioriteringar som kommer att vara vägledande för kommissionens agerande vid tillämpningen av artikel 82 på dominerande företags utestängande åtgärder. Dokumentet är tänkt att vid sidan av kommissionens beslut i enskilda ärenden skapa en tydligare och mer förutsägbar allmän ram för kommissionens analys vid bedömningen av om den ska gå vidare med fall som handlar om olika former av utestängande åtgärder och hjälpa företagen att bättre bedöma om ett visst beteende kan antas leda till att kommissionen ingriper enligt artikel 82.
3. Dokumentet är inte tänkt att utgöra något rättsutlåtande och det påverkar inte EG-domstolens eller förstainstansrättens tolkning av artikel 82. Dessutom tillämpas den

allmänna ramen i detta dokument utan att det påverkar kommissionens möjlighet att avvisa ett klagomål när den anser att ett fall saknar prioritet på grund av bristande gemenskapsintresse.

4. Artikel 82 gäller företag som har en dominerande ställning på en eller flera relevanta marknader. En sådan ställning kan innehas av ett företag (ensam dominans) eller av två eller flera företag (kollektiv dominans). Detta dokument handlar endast om företag som har ensam dominans och som missbrukar sin ställning.
5. Vid tillämpningen av artikel 82 på dominerande företags utestängande åtgärder kommer kommissionen att koncentrera sig på de åtgärder som medför störst skada för konsumenterna. Konkurrens gynnar konsumenterna i form av lägre priser, bättre kvalitet och ett bredare utbud av nya eller förbättrade varor och tjänster. Vid tillämpningen kommer kommissionen därför att koncentrera sig på att se till att marknaderna fungerar som de ska och att konsumenterna får ta del av den effektivitet och produktivitet som uppstår vid effektiv konkurrens mellan företag.
6. Tonvikten i kommissionens arbete i fråga om utestängande beteende ligger på att trygga konkurrensen på den inre marknaden och se till att företag som har en dominerande ställning inte utestänger sina konkurrenter på andra sätt än genom att konkurrera med de produkter eller tjänster som de tillhandahåller. Kommissionen är därvid uppmärksam på att det viktigaste är att skydda en effektiv konkurrens och inte bara att skydda konkurrenterna. Detta kan mycket väl innebära att konkurrenter som erbjuder konsumenterna sämre pris, urval, kvalitet och innovation lämnar marknaden.

7. Åtgärder som innebär att ett företag direkt utnyttjar konsumenterna, till exempel genom att ta ut alltför höga priser, eller åtgärder som undergräver arbetet med att inrätta en integrerad inre marknad kan också utgöra en överträdelse av artikel 82. Kommissionen kan besluta att ingripa mot sådana åtgärder, särskilt när konsumentskyddet och en väl fungerande inre marknad annars inte kan säkerställas. För att ge vägledning om sina tillämpningsprioriteringar begränsar kommissionen sig i det här läget till utestängande åtgärder och framförallt vissa specifika utestängande åtgärder som, utifrån kommissionens erfarenhet, förefaller vara vanligast.
8. Vid tillämpningen av de allmänna tillämpningsprinciper som fastställs i detta meddelande kommer kommissionen att ta hänsyn till specifika fakta och omständigheter i varje enskilt fall. Till exempel i fall som rör reglerade marknader kommer kommissionen i sin bedömning att ta hänsyn till den specifika lagstiftningen⁽¹⁾. Kommissionen kan därför anpassa den strategi som anges i detta meddelande i den mån som anses rimlig och lämplig i det aktuella fallet.

III ALLMÄN STRATEGI FÖR UTESTÄNGANDE ÅTGÄRDER

A. Marknadsmakt

9. Bedömningen av om ett företag har en dominerande ställning och av hur stor marknadsmakt det har är det första steget i tillämpningen av artikel 82. Enligt rättspraxis har ett företag i dominerande ställning ett särskilt ansvar, och ansvarets omfattning måste avgöras mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall⁽²⁾.
10. I gemenskapslagstiftningen har begreppet dominerande ställning definierats som 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⁽³⁾. Detta oberoende har att göra med hur stort konkurrensstryck som det aktuella företaget utsätts för. En dominerande ställning innebär att detta konkurrensstryck inte är tillräckligt effektivt och att det aktuella företaget således har en betydande marknadsmakt under en längre period. Det innebär att företagets beslut till stor del är okänsliga för konkurrenternas, kundernas och i sista

hand konsumenternas agerande och reaktioner. Kommissionen kan göra bedömningen att det saknas ett effektivt konkurrensstryck även om det fortfarande finns viss faktisk eller potentiell konkurrens⁽⁴⁾. I allmänhet bygger en dominerande ställning på en kombination av flera faktorer som, sett var och en för sig, inte nödvändigtvis är avgörande⁽⁵⁾.

11. Kommissionen anser att ett företag som på ett lönsamt sätt och under en betydande tidsperiod kan höja priserna över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden inte utsätts för ett tillräckligt effektivt konkurrensstryck och därmed i allmänhet kan anses ha en dominerande ställning⁽⁶⁾. I detta meddelande omfattar uttrycket höja priserna förmågan att hålla priserna över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden och det används för att beteckna de olika sätt som konkurrensparametrar – till exempel priser, produktion, innovation, utbud eller kvalitet på varor eller tjänster – kan påverkas till det dominerande företagets fördel och till konsumenternas nackdel⁽⁷⁾.
12. Vid bedömningen av om ett företag har en dominerande ställning kommer hänsyn att tas till marknadens konkurrensstruktur och framförallt följande faktorer:
- trycket från de faktiska konkurrenternas leveranser och ställning på marknaden (det dominerande företagets och konkurrenternas ställning på marknaden),
 - trycket från ett trovärdigt hot om att de faktiska konkurrenterna i framtiden kan komma att expandera eller att potentiella konkurrenter kan komma att träda in på marknaden (expansion och marknadsinträde),
 - trycket från förhandlingsstyrkan hos företagets kunder (motverkande köpmakt).
- a) *Det dominerande företagets och konkurrenternas ställning på marknaden*
13. Marknadsandelar ger kommissionen en bra första indikation på marknadsstrukturen och på de på marknaden verk samma företagets relativa betydelse⁽⁸⁾. Kommissionen kommer dock att tolka marknadsandelarna mot bakgrund av rådande villkor på marknaden, framförallt hur dynamisk

⁽¹⁾ Se till exempel punkt 82.

⁽²⁾ Mål 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen (Michelin I)*, REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, s. 351, punkt 57, mål T-83/91, *Tetra Pak mot kommissionen (Tetra Pak II)*, REG 1993, s. II-755; svensk specialutgåva, s. II-1, punkt 114, mål T-111/96, *ITT Promedia mot kommissionen*, REG 1998, s. II-2937, punkt 139, mål T-228/97, *Irish Sugar mot kommissionen*, REG 1999, s. II-2969, punkt 112, och mål T-203/01, *Michelin mot kommissionen (Michelin II)*, REG 2003, s. II-4071, punkt 97.

⁽³⁾ Mål 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal mot kommissionen*, REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9, punkt 65, mål 85/76, *Hoffmann-La Roche mot kommissionen* REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, s. 315, punkt 38.

⁽⁴⁾ Mål 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal mot kommissionen*, REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9, punkterna 113–121, och mål T-395/94, *Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen*, REG 2002, s. II-875, punkt 330.

⁽⁵⁾ Mål 27/76, *United Brands United Brands Continentaal mot kommissionen*, REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9, punkterna 65 och 66, mål C-250/92 *Göttrup-Klim m.fl. Grovvarforeninger mot Dansk Landbrugs Grovvarereselskab*, REG 1994, s. I-5641, punkt 47, och mål T-30/89, *Hilti mot kommissionen*, REG 1991, s. II-1439, punkt 90.

⁽⁶⁾ Vad som är en betydande tidsperiod beror på vilka produkter det rör sig om och på omständigheterna på den aktuella marknaden. I regel är två år dock tillräckligt för att anses vara en betydande tidsperiod.

⁽⁷⁾ Bokföringsmässig lönsamhet behöver inte vara någon bra indikation på utövande av marknadsmakt. Se i detta hänseende mål 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental mot kommissionen*, REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9, punkt 126.

⁽⁸⁾ Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. mot kommissionen*, REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, s. 315, punkt 39–41, mål C-62/86, *AKZO mot kommissionen*, REG 1991, I-3359; svensk specialutgåva, s. I-249, punkt 60, mål T-30/89, *Hilti mot kommissionen*, REG 1991, s. II-1439, punkt 90–92 och mål T-340/03, *France Télécom mot kommissionen*, REG 2007, s. II-107, punkt 100.

marknaden är och hur differentierade produkterna är. På instabila marknader eller anbudsmarknader kan hänsyn även tas till tendenser i marknadsandelarnas utveckling på sikt.

14. Kommissionen anser att en liten marknadsandel i regel är ett tydligt tecken på att det saknas en betydande marknads-makt. Kommissionens erfarenhet visar att ett det är osannolikt att ett företag har en dominerande ställning om det har en marknadsandel på under 40 % på den relevanta marknaden. Det kan emellertid finnas specifika fall under detta tröskelvärde där konkurrenterna inte har möjlighet att i praktiken hindra ett dominerande företags beteende, till exempel om konkurrenterna utsätts för allvarliga kapacitets-begränsningar. Sådana fall kan kommissionen också behöva titta på.

15. Erfarenheten visar att ju större marknadsandel ett företag har och ju längre tid det innehar den, desto troligare är det att den utgör en viktig preliminär indikation på att företaget har en dominerande ställning och, i vissa fall, på att miss-bruket kan få allvarliga konsekvenser som motiverar att kommissionen ingriper enligt artikel 82 (1). Generellt kommer kommissionen dock inte att dra några slutsatser om huruvida ett ärende bör drivas vidare eller inte utan att undersöka alla faktorer som kan vara tillräckliga för att begränsa företagens beteende.

b) Expansion eller marknadsinträde

16. Konkurrens är en dynamisk process och en bedömning av konkurrenstrycket på ett företag kan inte enbart baseras på den rådande situationen på marknaden. De potentiella effekterna av de faktiska konkurrenternas expansion eller av potentiella nya konkurrenters inträde på marknaden, inklusive risken för detta, har också betydelse. Ett företag kan avskräckas från att höja priserna om det är sannolikt att konkurrenter kommer att expandera eller gå in på marknaden i rätt tid och tillräcklig omfattning. För att kommissionen ska anse att det är troligt att en konkurrent kommer att expandera eller träda in på marknaden måste det vara tillräckligt lönsamt för konkurrenten eller den nya aktören att göra detta, med hänsyn till faktorer såsom hinder för expansion eller inträde på marknaden, det påstått dominerande företags och andra konkurrenters troliga reaktioner, samt risker och kostnader för misslyckande. För att en expansion eller ett inträde ska anses ske i rätt tid måste det vara tillräckligt snabbt för att avskräcka eller hindra ett företag från att utöva en betydande marknads-makt. För att en expansion eller ett inträde ska anses vara av tillräcklig omfattning får det inte bara röra sig om ett småskaligt inträde, till exempel i en viss marknads-nisch, utan inträdet måste vara av en sådan omfattning att det kan avskräcka ett företag som antas ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden från att försöka höja priserna.

(1) När det gäller förhållandet mellan graden av dominerande ställning och konstaterande av missbruk, se de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge och Dafra-Lines mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, punkt 119 och mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 186.

17. Hinder för expansion eller inträde på marknaden kan ta sig olika uttryck. Det kan röra sig om juridiska hinder, såsom tullavgifter eller kvoter, eller särskilda fördelar som det dominerande företaget har, till exempel skal- och stordrifts-fördelar, företräde till nödvändiga insatsprodukter eller naturtillgångar, viktig teknik (2) eller distributions- och försäljningsnätverk (3). Det kan även vara kostnader och andra hinder, till exempel på grund av nätverkseffekter som kunder drabbas av när de byter till en annan leverantör. Det dominerande företags eget beteende kan även utgöra inträdeshinder, till exempel om företaget har gjort betydande investeringar som nya aktörer eller konkurrenter måste kunna mäta sig med (4), eller om det har ingått långfristiga avtal med sina kunder som märkbart avskärmar andra företag. Om ett företag har haft en stor marknads-andel under lång tid kan det tyda på att det finns hinder för inträde och expansion.

c) Motverkande köparmakt

18. Konkurrenstryck kan utövas inte bara av faktiska eller potentiella konkurrenter utan även av kunder. Även ett företag med en stor marknadsandel kanske inte i betydande utsträckning kan agera oberoende av kunder med tillräcklig förhandlingsstyrka (5). En sådan motverkande köparmakt kan följa av kundernas storlek eller deras kommersiella betydelse för det dominerande företaget och deras förmåga att snabbt byta till konkurrerande leverantörer, att hjälpa nya företag att komma in på marknaden eller att integreras vertikalt och att hota att göra det på ett trovärdigt sätt. Om den motverkande köparmakten är tillräckligt stark kan den avskräcka företaget från att försöka höja priserna för att öka vinsten eller omintetgöra ett sådant försök. Det är emellertid inte säkert att köparmakt anses utgöra ett tillräckligt effektivt konkurrenstryck om det endast innebär att ett visst eller ett begränsat kundsegment skyddas från det dominerande företags marknads-makt.

B. Avskärmning som skadar konsumenterna (konkurrenshämmande avskärmning)

19. Syftet med kommissionens arbete i fråga om utestängande åtgärder är att se till att företag i dominerande ställning inte hämmar en effektiv konkurrens genom att utestänga sina konkurrenter på ett konkurrenshämmande sätt, som skulle påverka konsumenterna negativt. Denna negativa påverkan kan t.ex. bestå i högre prisnivåer eller sämre kvalitet och minskat urval. I detta dokument används begreppet *konkurrenshämmande avskärmning* för att beskriva en situation där faktiska eller potentiella konkurrenters reella tillgång till

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

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

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

(5) Se mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkterna 97–104, där förstainstansrätten tog ställning till om företags påstådda brist på oberoende i förhållande till sina kunder skulle ses som särskilda omständigheter som innebar att företaget inte skulle anses ha en dominerande ställning, trots att företaget stod för en mycket stor del av den redovisade omsättningen på marknaden för industriellt socker i Irland.

leveranser eller marknader är hämmad eller satt ur spel till följd av det dominerande företags beteende, som sannolikt har möjlighet att på ett lönsamt sätt höja priserna ⁽¹⁾ till skada för konsumenterna. Bedömningen av den sannolika negativa inverkan på konsumenterna bygger på kvalitativa och, i förekommande fall, kvantitativa bevis. Kommissionen kommer att ta itu med sådan konkurrenshämmande avskärmning på antingen mellanledsnivå eller slutkonsumentnivå eller på båda nivåerna ⁽²⁾.

20. Kommissionen ingriper i regel enligt artikel 82 om det finns starka och övertygande bevis för att det misstänkta missbruket sannolikt kommer att leda till konkurrenshämmande avskärmning. Kommissionen anser i regel att följande faktorer är relevanta vid en sådan bedömning:

— *det dominerande företags ställning*: Allmänt gäller att ju starkare dominerande ställning ett företag har, desto troligare är det att dess beteende för att skydda denna ställning leder till konkurrenshämmande avskärmning,

— *villkoren på den relevanta marknaden*: Detta inbegriper villkoren för inträde och expansion, t.ex. förekomsten av skal- eller stordriftsfördelar och nätverkseffekter. Stordriftsfördelar betyder att det är mindre sannolikt att konkurrenter går in på eller stannar på marknaden om det dominerande företaget avskärmar en stor del av den relevanta marknaden. På samma sätt kan beteendet ge det dominerande företaget möjlighet att få en marknad som präglas av nätverkseffekter att "tippa" över till sin fördel eller att ytterligare befästa sin ställning på denna marknad. Om det finns betydande inträdeshinder i tidigare och/eller senare marknadsled innebär det att det kan vara dyrt för konkurrenterna att genom vertikal integration komma till rätta med eventuell avskärmning,

— *det dominerande företags konkurrenters ställning*: Detta innefattar konkurrenternas betydelse för att upprätthålla en effektiv konkurrens. En viss konkurrent kan ha stor betydelse för konkurrensen även om den endast har en liten marknadsandel jämfört med andra konkurrenter. Den kan till exempel vara det dominerande företags närmaste konkurrent, vara en särskilt innovativ konkurrent eller ha rykte om sig att systematiskt sänka priserna. I sin bedömning kan kommissionen också i lämpliga fall och på grundval att tillgänglig information

⁽¹⁾ Begreppet höja priset definieras i punkt 11.

⁽²⁾ Med begreppet "konsumenter" avses alla direkta eller indirekta användare av de produkter som påverkas av beteendet, däribland producenter i mellanled som använder produkterna som insatsprodukt, samt distributörer och slutkonsumenter, både av slutprodukten och av produkter från producenter i mellanled. Om användare i mellanled är faktiska eller potentiella konkurrenter till det dominerande företaget koncentrerar man sig vid bedömningen på hur beteendet inverkar på användare i efterföljande led.

överbäga om det finns realistiska, effektiva och lägliga motåtgärder som konkurrenterna sannolikt skulle utnyttja,

— *kundernas eller leverantörernas ställning*: Detta kan innefatta en bedömning av beteendets eventuella selektivitet. Det dominerande företaget kanske endast tillämpar metoden på vissa utvalda kunder eller leverantörer av insatsprodukter som har särskilt stor betydelse för konkurrenternas marknadsinträde eller expansion, vilket därmed ökar sannolikheten för konkurrenshämmande avskärmning ⁽³⁾. När det gäller kunder, kan det till exempel vara de som är mest benägna att nappa på erbjudanden från alternativa leverantörer, de som representerar ett visst sätt att distribuera produkten som vore lämpligt för en ny aktör, de som har ett gynnsamt geografiskt läge för nya aktörer eller de som sannolikt påverkar andra kunders beteenden. När det gäller leverantörer av insatsprodukter kanske de som det dominerande företaget har ingått ett exklusivt leveransavtal med är mest benägna att nappa på förfrågningar från kunder som är konkurrenter till det dominerande företaget i senare marknadsled eller producerar en produkt av en viss kvalitet – eller på en viss plats – som är särskilt lämplig för en ny aktör. Alla strategier som kunderna eller leverantörerna av insatsprodukter har tillgång till och som skulle kunna bidra till att motverka det dominerande företags beteende kommer också att beaktas,

— *det misstänkta missbrukets omfattning*: Allmänt gäller att ju större procentuell andel av den totala omsättningen på den relevanta marknaden som påverkas av beteendet, ju längre det pågår och ju mer regelbundet det förekommer, desto större blir den sannolika avskärmningseffekten,

— *möjliga bevis på faktisk avskärmning*: Om beteendet har pågått under tillräckligt lång tid kan det dominerande företags och konkurrenternas resultat på marknaden utgöra direkt bevis på konkurrenshämmande avskärmning. Det dominerande företags marknadsandel kan ha ökat eller en minskning av marknadsandelen kan ha dämpats på grund av det misstänkta missbruket. Av samma skäl kan de faktiska konkurrenterna ha marginaliserats eller lämnat marknaden och potentiella konkurrenter kan ha försökt ge sig in på marknaden men misslyckats,

— *direkta bevis på utestängningsstrategi*: Det innefattar interna dokument som innehåller direkta bevis för att företaget har en strategi för att utestänga konkurrenter, till exempel en detaljerad plan på att vidta vissa åtgärder för att utestänga en konkurrent, i syfte att hindra en konkurrent från att ge sig in på marknaden eller förhindra att en marknad uppkommer, eller bevis på konkreta hot om utestängande åtgärder. Sådana direkta bevis kan vara användbara för att tolka det dominerande företags beteende.

⁽³⁾ Mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 188.

21. När kommissionen utreder ett fall kommer den att analysera de allmänna faktorer som anges i punkt 20 tillsammans med de mer specifika faktorer som beskrivs i avsnitten som handlar om vissa typer av utestängande åtgärder och andra faktorer som den anser lämpliga. Denna bedömning kommer i allmänhet att göras genom att man jämför den faktiska eller troliga framtida situationen på den relevanta marknaden (med det dominerande företags beteende) med en kontrafaktisk situation, till exempel utan det aktuella beteendet, eller med ett annat realistiskt scenario med hänsyn till vedertagna affärsmetoder.
22. Det kan finnas omständigheter då kommissionen inte behöver göra någon detaljerad bedömning innan den drar slutsatsen att det är troligt att det aktuella beteendet är till skada för konsumenterna. Om det förefaller som om beteendet endast ökar konkurrenshindren och inte ger några effektivitetsvinster kan slutsatsen dras att det har konkurrenshämmande konsekvenser. Så kan till exempel vara fallet om det dominerande företaget hindrar sina kunder från att prova konkurrenternas produkter, ger sina kunder ekonomiska incitament på villkor att de inte provar dessa produkter eller betalar en distributör eller en kund för att försena lanseringen av en konkurrents produkt.

C. Prisbaserad utestängning

23. Övervägandena i punkterna 23–27 gäller för företag som med hjälp av priset utestänger konkurrenter. En kraftfull priskonkurrens gagnar i regel konsumenterna. Kommissionen kommer i regel att ingripa för att förebygga konkurrenshämmande avskärmning endast om det aktuella beteendet redan har hämmat eller kan hämma konkurrensen från konkurrenter som anses vara lika effektiva som det dominerande företaget ⁽¹⁾.
24. Kommissionen inser emellertid att en mindre effektiv konkurrent i vissa fall också kan utöva ett tryck som bör beaktas vid bedömningen av om ett visst prisbeteende leder till konkurrenshämmande avskärmning. Kommissionen kommer att anta ett dynamiskt perspektiv på detta tryck, med tanke på att konkurrenten, om missbruket inte fanns, kanske skulle dra nytta av efterfrågerelaterade fördelar, såsom nätverks- och kunskapseffekter, som tenderar att öka konkurrentens effektivitet.
25. För att avgöra om det är troligt att det aktuella beteendet skulle innebära att till och med en hypotetisk konkurrent som är lika effektiv som det dominerande företaget skulle avskämmas, kommer kommissionen att granska ekonomiska uppgifter om tillverkningskostnad och försäljningspris och framförallt om det dominerande företaget använder sig av underprissättning. Detta innebär att det måste finnas tillräckligt tillförlitliga uppgifter. I förekommande fall kommer

⁽¹⁾ Mål C-62/86, AKZO Chemie mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, s. I-249, punkt 72: EG-domstolen konstaterade följande angående prissättning under den genomsnittliga totalkostnaden: "Dessa priser kan nämligen utestänga företag från marknaden, vilka kanske är lika effektiva som det dominerande företaget, men vilka på grund av sin mindre ekonomiska styrka inte kan motstå den konkurrens de utsätts för". Se även dom av den 10 april 2008 i mål T-271/03, Deutsche Telekom mot kommissionen, ännu inte publicerad, punkt 194.

kommissionen att använda information om det dominerande företags kostnader. Om det inte finns tillförlitliga uppgifter om dessa kostnader kan kommissionen välja att använda sig av konkurrenternas kostnadsuppgifter eller andra jämförbara tillförlitliga uppgifter.

26. De jämförelsetal för kostnaderna som kommissionen troligtvis kommer att använda är den genomsnittliga påverkbara kostnaden och den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden ⁽²⁾. Om det dominerande företaget inte kan täcka den genomsnittliga påverkbara kostnaden visar det att företaget på kort sikt offrar vinster och att en lika effektiv konkurrent inte kan leverera till de aktuella kunderna utan att drabbas av förlust. Den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden ligger i regel över den genomsnittliga påverkbara kostnaden, eftersom den till skillnad från den genomsnittliga påverkbara kostnaden (som endast omfattar fasta kostnader om de uppkommit under den granskade perioden) omfattar produktspecifika fasta kostnader som uppkommit innan det misstänkta missbruket ägde rum. Om det dominerande företaget inte kan täcka den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden tyder det på att företaget inte återvinner alla (hänförliga) fasta kostnader för att producera varan eller tjänsten i fråga och på att en lika effektiv konkurrent kan vara avskärmd från marknaden ⁽³⁾.

27. Om uppgifterna tydligt visar att en lika effektiv konkurrent kan konkurrera effektivt med det dominerande företags prissättning kommer kommissionen i princip att dra slutsatsen att det inte är troligt att det dominerande företags prissättning har någon negativ inverkan på den effektiva konkurrensen, och därmed inte heller på konsumenterna, och kommer därför troligtvis inte ingripa. Om uppgifterna däremot visar att det dominerande företags prissättning skulle kunna avskärma lika effektiva konkurrenter kommer kommissionen ta med detta i sin allmänna bedömning av om det förekommer konkurrenshämmande avskärmning (se avsnitt B) och samtidigt ta hänsyn till andra relevanta kvantitativa och kvalitativa bevis.

⁽²⁾ Den genomsnittliga påverkbara kostnaden är genomsnittet av de kostnader som hade kunnat undvikas om företaget inte hade producerat en viss (extra) mängd, i det här fallet den mängd som misstänks vara föremål för missbruket. I de flesta fall är den genomsnittliga påverkbara kostnaden och den genomsnittliga rörliga kostnaden densamma, eftersom det ofta endast är de rörliga kostnaderna som kan undvikas. Den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden är genomsnittet av ett företags samtliga (rörliga och fasta) kostnader för att producera en viss produkt. Den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden och den genomsnittliga totalkostnaden är bra indikatorer vid beräkningen av båda uppgifter och är samma i företag som producerar en enda produkt. Om företag som producerar flera produkter har skalfördelar ligger den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden under den genomsnittliga totalkostnaden för varje enskild produkt, eftersom verkliga gemensamma kostnader inte tas med i beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden. Om det finns flera produkter anses kostnader som hade kunnat undvikas genom att inte producera en viss produkt eller serie inte vara gemensamma kostnader. I situationer där det finns betydande gemensamma kostnader kan de behöva tas med i beräkningen vid bedömningen av förmågan att avskärma lika effektiva konkurrenter.

⁽³⁾ För att tillämpa dessa jämförelsetal för kostnaderna kan det också vara nödvändigt att se på det dominerande företags och dess konkurrenters intäkter och kostnader i ett större sammanhang. Det kanske inte räcker att bara undersöka om priset eller intäkterna täcker kostnaderna för den aktuella produkten, utan det kanske är nödvändigt att titta på marginalintäkten om det dominerande företags beteende negativt påverkar företags intäkter på andra marknader eller från andra produkter. På samma sätt kan det i fråga om tvåsidiga marknader vara nödvändigt att titta på intäkter och kostnader på båda sidor samtidigt.

D. Objektiv nödvändighet och effektivitetsvinster

28. Vid tillämpningen av artikel 82 kommer kommissionen också att granska ett dominerande företags påståenden om att dess beteende är berättigat ⁽¹⁾. Ett dominerande företag kan hävda att dess beteende är berättigat, antingen genom att visa att dess beteende är objektivt nödvändigt eller genom att visa att dess beteende leder till betydande effektivitetsvinster som uppväger eventuella konkurrenshämmande effekter för konsumenterna. Här kommer kommissionen bedöma om det aktuella beteendet är nödvändigt och proportionerligt i förhållande till det mål som det dominerande företaget påstår sig sträva efter.

29. Frågan om huruvida beteendet är objektivt nödvändigt och proportionerligt måste avgöras utifrån externa faktorer i förhållande till det dominerande företaget. Ett utestängande beteende kan till exempel anses vara objektivt nödvändigt av hälso- eller säkerhetsskäl som har att göra med den aktuella produktens art. Vid bedömningen av om den här typen av beteende är objektivt nödvändigt måste hänsyn dock tas till att det i regel är myndigheternas uppgift att fastställa och genomföra folkhälso- och säkerhetsnormer. Det är inte ett dominerande företags uppgift att på eget initiativ vidta åtgärder för att utestänga produkter som det, riktigt eller felaktigt, bedömer vara farliga eller sämre än företagets egen produkt ⁽²⁾.

30. Kommissionen anser att ett dominerande företags beteende som leder till att konkurrenter utestängs kan vara berättigat om skälet är att det ger effektivitetsvinster som är tillräckligt stora för att garantera att konsumenterna sannolikt inte lider någon nettoskada. Här kommer det i regel att förväntas att det dominerande företaget med en tillräckligt stor sannolikhet, och på grundval av kontrollerbara bevis, visar att följande kumulativa villkor är uppfyllda ⁽³⁾:

— effektivitetsvinsterna har uppstått eller kommer sannolikt att uppstå till följd av beteendet. Det kan till exempel handla om tekniska förbättringar av produktkvaliteten eller minskade produktions- eller distributionskostnader,

— beteendet är nödvändigt för att uppnå dessa effektivitetsvinster. Det får inte finnas några mindre konkurrenshämmande alternativ till beteendet som kan ge samma effektivitetsvinster,

⁽¹⁾ Mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9, punkt 184, mål 311/84, Centre belge d'études de marché – Telemarketing (CBEM) mot Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) och Information publicité Benelux (IPB), REG 1985, s. 3261, punkt 27, mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, REG 1991, s. II-1439, punkt 102-119, mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen (Tetra Pak II), REG 1994, s. II-755; svensk specialutgåva, s. II-1, punkterna 136 och 207, och mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, REG 2007, s. I-2331, punkterna 69 och 86.

⁽²⁾ Se t.ex. mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, REG 1991, s. II-1439, punkt 118-119 och mål T-83/91, Tetra Pak International mot kommissionen (Tetra Pak II), REG 1994, s. II-755; svensk specialutgåva, s. II-1, punkterna 83-84 och 138.

⁽³⁾ För tillämpningen av artikel 81 i ett annat sammanhang, se Meddelande från kommissionen – Tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget (EUT C 101, 27.4.2004, s. 97).

— de effektivitetsvinster som beteendet förväntas leda till uppväger den eventuella negativa inverkan på konkurrensen och konsumenternas välfärd på de berörda marknaderna,

— beteendet sätter inte den effektiva konkurrensen ur spel genom att undanröja alla eller de flesta källorna till faktisk eller potentiell konkurrens. Konkurrensen mellan företag är en nödvändig drivkraft för att åstadkomma ekonomisk effektivitet, däribland dynamiska effektivitetsvinster i form av innovation. Utan konkurrens har det dominerande företaget inte tillräckligt med incitament för att fortsätta att skapa och föra effektivitetsvinster vidare. Om det inte finns någon återstående konkurrens eller något förutsebart inträdeshot väger skyddet av konkurrensen och konkurrensutvecklingen tyngre än eventuella effektivitetsvinster. Kommissionen anser att ett utestängande beteende som upprätthåller, skapar eller stärker en marknadsställning som börjar närma sig en monopolställning i regel inte kan motiveras med att det också leder till effektivitetsvinster.

31. Det åligger det dominerande företaget att lägga fram alla de bevis som behövs för att visa att det aktuella beteendet är objektivt berättigat. Det är sedan kommissionens uppgift att göra den slutliga bedömningen av om det aktuella beteendet är objektivt nödvändigt och, utifrån en avvägning mellan uppenbara konkurrenshämmande effekter och eventuella påstådda och styrkta effektivitetsvinster, om det kan antas skada konsumenterna.

IV OLIKA FORMER AV MISSBRUK

A. Exklusiv handel

32. Ett dominerande företag kan försöka avskärma sina konkurrenter genom att med hjälp av exklusiva inköpskyldigheter eller rabatter, tillsammans kallade exklusiv handel, hindra dem från att sälja till kunder ⁽⁴⁾. I detta avsnitt anges de situationer där det är mest troligt att kommissionen ingriper mot avtal om exklusiv handel som ingås av dominerande företag.

a) Exklusiv inköpskyldighet

33. En exklusiv inköpskyldighet innebär att en kund på en viss marknad enbart får köpa, eller måste köpa en viss mängd,

⁽⁴⁾ Begreppet exklusiv handel omfattar även exklusiva leveranskyldigheter eller incitament med samma effekt, där det dominerande företaget försöker att avskärma sina konkurrenter genom att hindra dem från att köpa från leverantörer. Kommissionen anser att sådan avskärmning av insatsprodukter i princip kan leda till konkurrenshämmande avskärmning om den exklusiva leveranskyldigheten eller incitamentet binder de flesta effektiva leverantörerna av insatsprodukter och kunder som konkurrerar med det dominerande företaget inte kan hitta effektiva alternativa leverantörer av insatsprodukter.

av det dominerande företaget. Vissa andra skyldigheter, till exempel i fråga om lagerhållning, där det inte tycks finnas någon exklusiv inköpskyldighet kan i praktiken leda till samma resultat ⁽¹⁾.

34. För att övertyga kunder att godta exklusiva inköpskyldigheter kan det dominerande företaget helt eller delvis behöva kompensera kunderna för den konkurrens som gått förlorad till följd av ensamrätten. När sådan kompensation ges kan det ligga i en kunds personliga intresse att ingå ett exklusivt inköpsavtal med det dominerande företaget. Det vore emellertid fel att av detta automatiskt dra slutsatsen att alla exklusiva inköpskyldigheter sammantaget på det hela taget gagnar kunderna, inbegripet dem som för närvarande inte köper av det dominerande företaget och slutkonsumenterna. Kommissionen kommer att koncentrera sig på de fall där det är troligt att konsumenterna som helhet inte kommer att gagnas. Så är i synnerhet fallet om det finns många kunder och det dominerande företaget exklusiva inköpskyldigheter sammantaget innebär att konkurrerande företag hindras från att komma in på marknaden eller expandera.

35. Utöver faktorerna i punkt 20 har följande faktorer i regel särskilt stor betydelse för om kommissionen kommer att ingripa i fråga om exklusiva inköpsavtal.

36. Exklusiva inköpskyldigheter leder framförallt till konkurrenshämmande avskärmning när det, utan skyldigheterna, utövas ett betydande konkurrenstryck av konkurrenter som antingen ännu inte finns på marknaden när skyldigheterna införs eller som inte har förmågan att konkurrera om alla kunder. Konkurrenterna kanske inte kan konkurrera om en enskild kunds hela efterfrågan på grund av att det dominerande företaget är en oundviklig handelspartner för åtminstone en del av efterfrågan på marknaden, till exempel för att dess varumärke är ett "måste" som föredras av många slutkonsumenter eller för att de andra leverantörerna har sådana kapacitetsbegränsningar att en del av efterfrågan endast kan tillhandahållas av det dominerande företaget ⁽²⁾. Om konkurrenterna kan konkurrera på lika villkor om varje enskild kunds hela efterfrågan är det i regel inte troligt att exklusiva inköpsavtal hämmar den effektiva konkurrensen om inte kundernas byte av leverantör försvåras på grund av den exklusiva inköpskyldighetens varaktighet. Allmänt gäller att ju längre skyldigheten varar desto större lär den förmodade avskärmningseffekten bli. Om det dominerande företaget är en oundviklig handelspartner för alla eller de flesta kunder kan till och med en kortvarig inköpskyldighet leda till konkurrenshämmande avskärmning.

⁽¹⁾ Mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, REG 2003, s. II-4653. Här ansågs skyldigheten att enbart använda frysdiskar för det dominerande företags produkter leda till ensamrätt till försäljningsställen.

⁽²⁾ Mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, REG 2003, s. II-4653, punkterna 104 och 156.

b) Villkorade rabatter

37. Villkorade rabatter är rabatter som ges till kunder för att belöna dem för en viss form av köpbeteende. En villkorad rabatt innebär i regel att kunden får en rabatt om kundens köp under en bestämd referensperiod överstiger ett visst tröskelvärde och rabatten ges antingen på samtliga köp (retroaktiva rabatter) eller bara på köp över tröskelvärdet (inkrementella rabatter). Villkorade rabatter är inte ovanliga. Företagen kan erbjuda sådana rabatter för att öka efterfrågan och därmed kan de stimulera efterfrågan och gagna konsumenterna. Sådana rabatter kan dock – när de ges av ett dominerande företag – också ha faktiska eller potentiella avskärmningseffekter som liknar exklusiva inköpskyldigheter. Villkorade rabatter kan ha sådana effekter utan att nödvändigtvis innebära någon uppoffring för det dominerande företaget ⁽³⁾.

38. Utöver faktorerna i punkt 20 har följande faktorer särskilt stor betydelse för kommissionens beslut om huruvida ett visst system med villkorade rabatter sannolikt kommer att leda till konkurrenshämmande avskärmning och därmed kommer att ingå i kommissionens tillämpningsprioriteringar.

39. I likhet med exklusiva inköpskyldigheter är det mer sannolikt att det förekommer konkurrenshämmande avskärmning om konkurrenterna inte kan konkurrera på lika villkor om varje enskild kunds hela efterfrågan. En villkorad rabatt som ges av ett dominerande företag kan innebära att företaget kan använda den del av varje kunds efterfrågan som inte är öppen för konkurrens (dvs. den mängd som kunden under alla omständigheter skulle köpa av det dominerande företaget) som hävstångseffekt för att sänka priset för den del av efterfrågan som är öppen för konkurrens (dvs. den mängd för vilken kunden kanske föredrar och kan hitta alternativ) ⁽⁴⁾.

40. Allmänt gäller att retroaktiva rabatter kan leda till en betydande avskärmning av marknaden, eftersom de gör det mindre attraktivt för kunder att flytta över en liten del av efterfrågan till en alternativ leverantör om detta skulle innebära att de förlorar de retroaktiva rabatterna ⁽⁵⁾. Retroaktiva rabatters potentiella avskärmningseffekt är i princip störst på den sist köpta enheten av en produkt innan tröskelvärdet överskrids. Enligt kommissionens mening är det emellertid inte bara betydelsefullt för bedömningen av en rabatts lojalitetsskapande effekt hur rabatten påverkar konkurrensen när det gäller att tillhandahålla den sista enskilda enheten, utan hur rabattsystemet avskärmar den dominerande

⁽³⁾ I det avseendet skiljer sig bedömningen av villkorade rabatter från bedömningen av underprissättning som alltid innebär en uppoffring.

⁽⁴⁾ Se mål T-203/01, Michelin mot kommissionen (Michelin II), REG 2003, s. II-4071, punkterna 162–163. Se även mål T-219/99, British Airways mot kommissionen, REG 2003, s. II-5917, punkterna 277 och 278.

⁽⁵⁾ Mål 322/81, Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen (Michelin I), REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, s. 351, punkterna 70–73.

leverantörens (faktiska eller potentiella) konkurrenter. Ju större procentuell andel av totalpriset som rabatten utgör och ju högre tröskelvärde är, desto större är incitamentet under tröskelvärde och desto större är den sannolika avskärmningen av faktiska eller potentiella konkurrenter därför bli.

41. Vid tillämpningen av den metod som beskrivs i punkterna 23–27 planerar kommissionen i den mån det finns tillförlitliga uppgifter att utreda om rabattsystemet till och med kan hindra lika effektiva konkurrenter från att expandera eller ge sig in på marknaden genom att försvåra för dem att tillgodose delar av enskilda kunders behov. Här kommer kommissionen att uppskatta vilket pris en konkurrent skulle behöva erbjuda för att kompensera kunden för förlusten av den villkorade rabatten om kunden skulle flytta en del av sin efterfrågan (det relevanta intervallet) från det dominerande företaget. Det pris som konkurrenten skulle behöva erbjuda är inte det dominerande företagens genomsnittspris, utan ordinarie pris (katalogpris) minus den rabatt som kunden förlorar genom att byta, beräknat på det relevanta försäljningsintervallet och den aktuella tidsperioden. Kommissionen kommer att ta hänsyn till en viss felmarginal på grund av den osäkerhet som finns i den här typen av analys.
42. Det relevanta intervall som används för att beräkna priset i ett visst fall beror på de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall och på om rabatten är inkrementell eller retroaktiv. Vid inkrementella rabatter är det relevanta intervallet i regel de inkrementella köp som beaktas. Vid retroaktiva rabatter är det i regel betydelsefullt att på en viss marknad bedöma hur stor del av en kunds köpbehov som realistiskt sett kan flyttas över till en konkurrent (den del eller andel som är öppen för konkurrens). Om det är troligt att kunderna relativt snabbt vill och kan flytta över en stor del av efterfrågan till en (potentiell) konkurrent är det relevanta intervallet vara relativt stort. Om kunderna å andra sidan endast vill eller kan flytta små delar av efterfrågan gradvis så kommer det relevanta intervallet att vara relativt litet. Befintliga konkurrenters förmåga att utöka försäljningen till kunderna och fluktuationerna i denna försäljning över tid kan också ge en indikation på det relevanta intervallet. För potentiella konkurrenter kan man när så är möjligt bedöma i vilken omfattning en ny aktör realistiskt sett skulle kunna gå in på marknaden. Det kan vara möjligt att ta nya aktörers historiska tillväxtmönster på samma eller liknande marknader som indikation på den nya aktörens realistiska marknadsandel ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Det relevanta intervallet kommer att uppskattas utifrån mer eller mindre exakta uppgifter. Kommissionen tar med detta i beräkningen när den drar sina slutsatser om det dominerande företagens förmåga att avskärma lika effektiva konkurrenter. Det kan också vara betydelsefullt att beräkna hur stor andel av kundernas behov som den nya aktören i genomsnitt minst bör erövrå för att det effektiva priset ska vara minst lika högt som det dominerande företagens långsiktiga genomsnittliga marginalkostnad. Ofta kan det av storleken på denna andel, jämfört med konkurrenternas faktiska marknadsandel och deras andel av kundernas behov, framgå om rabattsystemet kan leda till konkurrenshämmande avskärmning.

43. Ju lägre det uppskattade effektiva priset i det relevanta intervallet är jämfört med den dominerande leverantörens genomsnittspris, desto starkare är den lojalitetsskapande effekten. Så länge det effektiva priset konsekvent ligger över det dominerande företagens långsiktiga genomsnittliga marginalkostnad kan dock en lika effektiv konkurrent i regel konkurrera på ett lönsamt sätt trots rabatten. I så fall leder rabatten i regel inte till någon konkurrenshämmande avskärmning.

44. Om det effektiva priset ligger under den genomsnittliga påverkbara kostnaden kan rabattsystemet i allmänhet leda till avskärmning även av lika effektiva konkurrenter. Om det effektiva priset ligger mellan den genomsnittliga påverkbara kostnaden och den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden kommer kommissionen att utreda om det finns andra faktorer som tyder på att även lika effektiva konkurrenters expansion eller inträde på marknaden sannolikt kommer att påverkas. Här kommer kommissionen att utreda om och i vilken utsträckning konkurrenter har realistiska och effektiva motstrategier, till exempel deras förmåga att även utnyttja en del av köparens efterfrågan som inte är öppen för konkurrens som hävstång för att sänka priset för det relevanta intervallet. Om konkurrenterna inte har några sådana motstrategier kommer kommissionen att anse att rabattsystemet kan leda till avskärmning av lika effektiva konkurrenter.

45. Som anges i punkt 27 kommer analysen att integreras i den allmänna bedömningen och hänsyn tas till andra relevanta kvantitativa eller kvalitativa bevis. Det är i regel viktigt att ta ställning till om rabattsystemet har ett individuellt eller ett standardiserat tröskelvärde. Ett individuellt tröskelvärde – som bygger på en procentuell andel av kundernas totala behov eller ett individuellt volymbaserat mål – innebär att den dominerande leverantören kan fastställa tröskelvärdet på en sådan nivå att det blir svårt för kunderna att byta leverantör och därmed skapas en maximal lojalitetskapande effekt ⁽²⁾. Ett standardiserat volymbaserat tröskelvärde däremot – där tröskelvärdet är detsamma för alla eller en grupp konsumenter – kan vara för högt för vissa mindre kunder och/eller för lågt för större kunder för att ha en lojalitetskapande effekt. Om det emellertid kan fastställas att ett standardiserat volymbaserat tröskelvärde ungefär motsvarar behovet hos en betydande andel kunder är det troligt att kommissionen anser att ett sådant standardiserat rabattsystem kan leda till konkurrenshämmande avskärmningseffekter.

c) Effektivitetsvinster

46. Förutsatt att villkoren i avsnitt III D är uppfyllda kommer kommissionen att ta ställning till dominerande företags påståenden om att rabattsystem leder till kostnadsfördelar eller andra fördelar som förs vidare till kunderna ⁽³⁾. Det är mer sannolikt att uppnå transaktionsrelaterade kostnadsfördelar med standardiserade volymbaserade mål än med

⁽²⁾ Mål 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. mot kommissionen, REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, s. 315, punkt 89–90, mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 213, och mål T-219/99, British Airways mot kommissionen, REG 2003, s. II-5917, punkterna 7–11 och 270–273.

⁽³⁾ För rabatter, se till exempel mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, REG 2007, s. I-2331, punkt 86.

individuella volymbaserade mål. På samma sätt är det mer sannolikt att inkrementella rabattsystem ger återförsäljare ett incitament att producera och återförsälja en större volym än retroaktiva rabattsystem⁽¹⁾. På samma villkor kommer kommissionen att ta ställning till bevis som visar att exklusiva handelsavtal innebär fördelar för vissa kunder om avtalen är nödvändiga för att det dominerande företaget ska kunna göra vissa kundspecifika investeringar för att kunna leverera till dessa kunder.

B. Kopplingsförbehåll och kombinationserbudanden

47. Ett dominerande företag kan försöka utestänga sina konkurrenter med hjälp av kopplingsförbehåll eller kombinationserbudanden. I detta avsnitt anges de omständigheter där det är mest troligt att kommissionen ingriper vid bedömningen av dominerande företags kopplingsförbehåll och kombinationserbudanden.
48. Med *kopplingsförbehåll* avses i regel situationer där en kund som köper en produkt (den produkt som styr kopplingsförbehållet) även måste köpa en annan produkt (den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet) av det dominerande företaget. Kopplingsförbehåll kan vara teknik- eller avtalsbaserade⁽²⁾. Med *kombinationserbudanden* avses i regel hur det dominerande företaget erbjuder och prissätter produkter. Vid rena kombinationserbudanden säljs produkterna enbart tillsammans, och varje produkt utgör en bestämd andel av helheten. Vid blandade kombinationserbudanden, ofta även kallade flerproduktsrabatter, står produkterna också till buds separat, men om produkterna säljs var för sig är det totala priset högre än det kombinerade priset.
49. Kopplingsförbehåll och kombinationserbudanden är vanliga metoder för att ge kunderna bättre produkter eller erbjudanden på ett mer kostnadseffektivt sätt. Ett företag som har en dominerande ställning på en (eller flera) produktmarknad(er) där det förekommer kopplingsförbehåll eller kombinationserbudanden (den kopplade marknaden) kan dock skada konsumenterna med hjälp av kopplingsförbehåll eller kombinationserbudanden genom att avskärma marknaden för de andra produkter som ingår i kopplingsförbehållet eller kombinationserbudandet (den kopplade marknaden) och, indirekt, den kopplande marknaden.
50. Kommissionen kommer i regel att vidta åtgärder enligt artikel 82 om ett företag har en dominerande ställning på den kopplade marknaden⁽³⁾ och om följande villkor dessutom är uppfyllda: i) den produkt som styr kopplingsförbehållet och den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet är separata produkter och ii) det är troligt att kopplingsförbehållet leder till konkurrenshämmande avskärmning⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Se mål T-203/01, Michelin mot kommissionen (Michelin II), REG 2003, s. II-4071, punkterna 56–60 och 74–75.

⁽²⁾ Varor kopplas till varandra i tekniskt hänseende när den produkt som styr kopplingsförbehållet är utformad på ett sådant sätt att den bara fungerar som den ska tillsammans med den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet (och inte tillsammans med de alternativa produkter som erbjuds av konkurrenter). Avtalsbaserade kopplingsförbehåll föreligger när en kund som köper den produkt som styr kopplingsförbehållet åtar sig att även köpa den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet (och inte de alternativ som erbjuds av konkurrenter).

⁽³⁾ Företaget bör ha en dominerande ställning på den kopplade marknaden men inte nödvändigtvis på den kopplade marknaden. Företag som använder kombinationserbudanden måste ha en dominerande ställning på en av de kombinerade marknaderna. I det särskilda fallet med kopplingsförbehåll på eftermarknader är villkoret att företaget har en dominerande ställning på den kopplade marknaden och/eller den kopplade eftermarknaden.

⁽⁴⁾ Mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, särskilt punkterna 842, 859–862, 867 och 869.

a) Separata produkter

51. Huruvida kommissionen bedömer att produkterna är separata beror på kundernas efterfrågan. Två produkter är separata om ett betydande antal kunder, utan kopplingsförbehåll eller kombinationserbudande, skulle köpa eller skulle ha köpt den produkt som styr kopplingsförbehållet utan att även köpa den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet från samma leverantör och det därmed vore möjligt att producera båda produkterna var för sig⁽⁵⁾. Bevis på att två produkter är separata kan innefatta direkta bevis på att kunderna, om de får välja, köper den produkt som styr kopplingsförbehållet och den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet var för sig från olika leverantörer, eller indirekta bevis, till exempel att det finns företag på marknaden som är specialiserade på att tillverka eller sälja den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet utan den produkt som styr kopplingsförbehållet⁽⁶⁾ eller var och en av de produkter som ingår i det dominerande företags kombinationserbudande, eller bevis på att företag med liten marknadsmakt, särskilt på konkurrensetsatta marknader, tenderar att inte använda sig av kopplingsförbehåll eller kombinationserbudanden i samband med sådana produkter.

b) Konkurrenshämmande avskärmning på den kopplade och/eller kopplande marknaden

52. Kopplingsförbehåll eller kombinationserbudanden kan få konkurrenshämmande konsekvenser på den kopplade marknaden, den kopplande marknaden eller både och på samma gång. Även när syftet med kopplingsförbehållet eller kombinationserbudandet är att skydda det dominerande företags ställning på den kopplade marknaden görs detta dock indirekt genom att avskärma den kopplade marknaden. Utöver faktorerna i punkt 20 anser kommissionen att följande faktorer i regel har särskilt stor betydelse för att identifiera fall där det sannolikt eller faktiskt förekommer konkurrenshämmande avskärmning.
53. Risken för konkurrenshämmande avskärmning förväntas vara större när det dominerande företaget har en varaktig strategi för sina kopplingsförbehåll eller kombinationserbudanden, till exempel genom tekniska kopplingsförbehåll som det är dyrt att häva. Tekniska kopplingsförbehåll minskar också möjligheten att sälja enskilda komponenter vidare.
54. När det gäller kombinationserbudanden kan företaget ha en dominerande ställning i fråga om mer än en av produkterna i erbjudandet. Ju fler sådana produkter kombinationserbudandet innehåller, desto större lär den konkurrenshämmande avskärmningen bli. Så är det framförallt om det är svårt för en konkurrent att kopiera kombinationserbudandet, antingen på egen hand eller tillsammans med andra.
55. Kopplingsförbehållet kan leda till mindre konkurrens för kunder som är intresserade av att köpa den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet men inte den produkt som styr kopplingsförbehållet. Om det inte finns tillräckligt många kunder som enbart köper den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet för att försörja det dominerande företags konkurrenter på den kopplade marknaden kan kopplingsförbehållet leda till att dessa kunder får betala högre priser.

⁽⁵⁾ Mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkterna 917, 921 och 922.

⁽⁶⁾ Mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, REG 1991, s. II-1439, punkt 67.

56. Om den produkt som styr kopplingsförbehållet och den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet i olika omfattning kan användas som insatsprodukter i en produktionsprocess kan kunderna reagera på en höjning av priset på den produkt som styr kopplingsförbehållet genom att öka efterfrågan på den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet men minska efterfrågan på den produkt som styr kopplingsförbehållet. Genom att koppla samman de två produkterna kan det dominerande företaget försöka undvika att detta sker och kan därmed lyckas höja sina priser.

57. Om de priser som det dominerande företaget kan ta ut på den kopplande marknaden är reglerade kan kopplingsförbehållet innebära att det dominerande företaget kan höja priserna på den kopplade marknaden för att kompensera för de minskade intäkterna till följd av regleringen på den kopplande marknaden.

58. Om den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet utgör ett viktigt komplement för kunderna på den kopplande marknaden kan en minskning av antalet alternativa leverantörer av den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet, och därmed en minskad tillgång på produkten, försvåra inträde på endast den kopplande marknaden.

c) Flerproduktsrabatter

59. En flerproduktsrabatt kan vara konkurrenshämmande på den kopplade eller den kopplande marknaden om den är så omfattande att lika effektiva konkurrenter som enbart erbjuder vissa av komponenterna inte kan konkurrera med det rabatterade kombinationserbudandet.

60. Teoretiskt sett vore det idealiskt om rabattens effekter kunde bedömas genom att man undersöker om marginalintäkten täcker marginalkostnaden för varje enskild produkt i det dominerande företags kombinationserbudande. I praktiken är det emellertid komplicerat att bedöma marginalintäkten. Därför kommer kommissionen vid tillämpningen i de flesta fall att använda marginalpriset som en bra måttstock. Om det marginalpris som kunderna betalar för var och en av det dominerande företags produkter i kombinationserbudandet ligger över det dominerande företags långsiktiga genomsnittliga marginalkostnad för att inkludera produkten i kombinationserbudandet kommer kommissionen i regel inte ingripa, eftersom en lika effektiv konkurrent som endast tillhandahåller en produkt i princip skulle kunna konkurrera med kombinationserbudandet på ett lönsamt sätt. Det kan dock vara motiverat att kommissionen ingriper om marginalpriset ligger under den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden, eftersom detta i så fall skulle kunna hindra även en lika effektiv konkurrent från att expandera eller träda in på marknaden ⁽¹⁾.

61. Om det finns belägg för att det dominerande företags konkurrenter säljer identiska kombinationserbudanden, eller skulle kunna göra det inom en kort tidsperiod utan att avskräckas av eventuella extrakostnader, ser kommissionen i regel detta som konkurrens mellan två kombinationserbudanden, och den relevanta frågan är då inte huruvida marginalintäkten täcker marginalkostnaden för varje enskild produkt i kombinationserbudandet utan snarare huruvida priset på hela kombinationserbudandet är ett underpris.

⁽¹⁾ Här är jämförelsetalen för den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden i princip relevanta så länge konkurrenterna inte också kan sälja kombinationserbudanden (se punkterna 23–27 och 61).

d) Effektivitetsvinster

62. Förutsatt att villkoren i avsnitt III D är uppfyllda kommer kommissionen att ta ställning till dominerande företags påståenden om att deras kopplingsförbehåll och kopplingserbjudanden kan leda till lägre produktions- eller distributionskostnader som kommer kunderna till godo. Kommissionen kan även ta ställning till om sådana metoder leder till lägre transaktionskostnader för kunderna, som annars skulle tvingas köpa komponenterna separat, och om de innebär betydligt lägre förpacknings- och distributionskostnader för leverantörerna. Kommissionen kan även undersöka om man, genom att kombinera två separata produkter till en enda ny produkt, ökar möjligheterna att föra ut denna produkt på marknaden till förmån för konsumenterna. Kommissionen kan även ta ställning till om kopplingsförbehåll och kombinationserbudanden innebär att leverantörerna kan föra vidare effektivitetsvinster som uppstår till följd av produktion eller inköp av stora kvantiteter av den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet.

C. Underprissättning

63. I överensstämmelse med sina prioriteringar för tillämpningen kommer kommissionen i regel att ingripa när det finns bevis för att ett dominerande företag använder sig av underprissättning och på kort sikt avsiktligt ådrar sig förluster eller avstår vinster (nedan kallat uppoffring) för att avskärma eller sannolikt avskärma en eller flera av sina faktiska eller potentiella konkurrenter, i syfte att stärka eller upprätthålla sin marknadsstyrka, vilket därmed skadar konsumenterna ⁽²⁾.

a) Uppoffring

64. Kommissionen kommer att betrakta det som en uppoffring om det dominerande företaget, genom att ta ut ett lägre pris för hela eller en viss del av produktionen eller utöka produktionen under den aktuella tidsperioden, ådrar sig eller har ådragit sig förluster som hade kunnat undvikas. Kommissionen kommer att utgå från den genomsnittliga påverkbara kostnaden vid bedömningen av om det dominerande företaget ådrar sig eller har ådragit sig förluster som hade kunnat undvikas. Om ett dominerande företag tar ut ett pris som ligger under den genomsnittliga påverkbara kostnaden för hela eller delar av produktionen täcker det inte de kostnader som hade kunnat undvikas genom att inte producera denna volym: företaget ådrar sig en förlust som hade kunnat undvikas ⁽³⁾. Om företags priser ligger under den genomsnittliga påverkbara kostnaden kommer

⁽²⁾ Kommissionen kan även ingripa mot dominerande företags underprissättning på sekundära marknader där de ännu inte har någon dominerande ställning. Det är till exempel mer sannolikt att kommissionen kommer att konstatera ett sådant missbruk i sektorer där verksamheten skyddas av ett rättsligt monopol. Även om det dominerande företaget inte behöver använda sig av underprissättning för att skydda sin dominerande ställning på den marknad som skyddas av ett rättsligt monopol kan det använda vinsterna från monopolmarknaden för att korssubventionera verksamheten på en annan marknad och därmed hota att sätta den effektiva konkurrensen ur spel på den andra marknaden.

⁽³⁾ I de flesta fall är den genomsnittliga rörliga kostnaden och den genomsnittliga påverkbara kostnaden densamma, eftersom det ofta endast är de rörliga kostnaderna som kan undvikas. I situationer där den genomsnittliga rörliga kostnaden och den genomsnittliga påverkbara kostnaden skiljer sig åt ger den senare dock en bättre indikation på eventuell uppoffring. Om det dominerande företaget till exempel var tvunget att utöka sin kapacitet för att kunna använda sig av underprissättning bör hänsyn tas till den icke återvinningsbara kostnaden för denna extra kapacitet vid bedömningen av det dominerande företags förluster. Dessa kostnader återspeglas i den genomsnittliga påverkbara kostnaden men inte i den genomsnittliga rörliga kostnaden.

kommissionen i de flesta fall således att se detta som en tydlig indikation på upppoffring ⁽¹⁾.

65. Begreppet upppoffring inbegriper dock inte bara priser som understiger den genomsnittliga påverkbara kostnaden ⁽²⁾. För att kunna visa att ett företag har en underprissättningsstrategi kan kommissionen även utreda om det misstänkta underprissättningsbeteendet på kort sikt har lett till lägre nettointäkter än som hade kunnat förväntas vid ett rimligt alternativt beteende, dvs. om det dominerande företaget ådragit sig en förlust som det hade kunnat undvika ⁽³⁾. Kommissionen kommer inte att jämföra det faktiska beteendet med hypotetiska eller teoretiska alternativ som hade kunnat vara lönsammare. Den kommer endast att beakta ekonomiskt rationella och genomförbara alternativ som, med hänsyn till rådande marknadsvillkor och företagsklimat, realistiskt sett kan förväntas vara lönsammare.
66. I vissa fall kan det finnas direkta bevis i form av dokument från det dominerande företaget som tydligt visar att det finns en underprissättningsstrategi ⁽⁴⁾, till exempel en detaljerad plan på att göra vissa upppoffringar för att utestänga en konkurrent, i syfte att hindra en konkurrent från att ge sig in på marknaden eller förhindra att en marknad uppkommer, eller bevis på konkreta hot om underprissättning ⁽⁵⁾.

b) Konkurrenshämmande avskärmning

67. Om det finns tillräckligt med tillförlitliga uppgifter använder kommissionen den analys av en lika effektiv konkurrent som beskrivs i punkterna 25–27 för att avgöra om beteendet kan skada konsumenterna. I regel är det endast vid prissättning under den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden som lika effektiva konkurrenter kan avskäras från marknaden.
68. Utöver faktorerna i punkt 20 kommer kommissionen i regel att utreda om och hur det misstänkta beteendet minskar sannolikheten för att konkurrenterna kommer att konkurrera. Om det dominerande företaget till exempel har bättre information om kostnader eller andra marknadsvillkor, eller kan snedvrada marknadens lönsamhetssignaler,

⁽¹⁾ I mål C-62/86, AKZO Chemie mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, punkt 71, menade EG-domstolen följande när det gäller prissättning under den genomsnittliga rörliga kostnaden: "Ett dominerande företag har egentligen inget intresse av att tillämpa sådana priser, om det inte är för att slå ut sina konkurrenter för att sedan kunna höja sina priser med hjälp av sin monopolsituation, eftersom varje försäljning medför en förlust [...]"

⁽²⁾ Om kostnaden har beräknats på den direkta produktionskostnaden (enligt företagets bokföring) kan det vara så att den inte på ett korrekt sätt visar om det har gjorts upppoffringar eller ej.

⁽³⁾ Företag bör dock inte straffas för att de i efterhand ådrar sig förluster om beslutet att använda sig av sådana metoder fattades i god tro, dvs. om de kan lägga fram övertygande bevis för att de hade rimliga skäl att förvänta sig att verksamheten skulle vara lönsam.

⁽⁴⁾ Se mål T-83/91, Tetra Pak International mot kommissionen (Tetra Pak II), REG 1994, s. II-755; svensk specialutgåva, s. II-1, punkterna 151 och 171 och mål T-340/03, France Télécom mot kommissionen, REG 2007, s. II-107, punkterna 198–215.

⁽⁵⁾ I mål C-62/86, AKZO Chemie mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, konstaterade domstolen att det fanns tydliga bevis för att AKZO under två möten hotade ECS med underprissättning om ECS inte drog sig tillbaka från marknaden för organiska peroxidier. Dessutom fanns det en detaljerad plan, med siffror, där AKZO beskrev vilka åtgärder man tänkte vidta om ECS inte lämnade marknaden (se punkterna 76–82, 115 och 131–140).

kan det använda sig av underprissättning för att påverka potentiella nya aktörers förväntningar och därmed avskräcka dem från att gå in på marknaden. Om detta beteende och dess sannolika konsekvenser märks på flera marknader och/eller vid flera möjliga marknadsinträden efter varandra kan det visas att det dominerande företaget försöker bygga upp ett rykte om sig att använda sig av underprissättning. Om den aktuella konkurrenten är beroende av extern finansiering kan det dominerande företaget genom betydande prissänkningar eller andra former av underprissättning påverka konkurrentens resultat negativt och allvarligt undergräva dess möjligheter till fortsatt finansiering.

69. Kommissionen anser inte att det är nödvändigt att visa att konkurrenter har lämnat marknaden för att visa att det har förekommit konkurrenshämmande avskärmning. Det kan inte uteslutas att det dominerande företaget föredrar att hindra konkurrenten från att konkurrera effektivt genom att låta den följa det dominerande företags prissättning i stället för att tvinga bort den från marknaden helt och hållet. Genom sådan disciplinering undviker man den risk som det innebär att få bort konkurrenterna helt, framförallt risken för att konkurrentens tillgångar säljs billigt och blir kvar på marknaden och att det därmed uppstår en ny lågkostnadsaktör på marknaden.

70. I allmänhet är det sannolikt att konsumenterna skadas om det dominerade företaget rimligtvis kan räkna med att dess marknadsstyrka kommer att vara större när underprissättningen upphör än det hade varit om företaget inte hade börjat med beteendet överhuvudtaget, dvs. om företaget sannolikt kan dra nytta av upppoffringen.

71. Det innebär inte att kommissionen endast kommer att ingripa om det dominerande företaget sannolikt kan höja sina priser över den nivå som rådde på marknaden innan beteendet inleddes. Det är till exempel tillräckligt att beteendet sannolikt förhindrar eller försenar en prissänkning som annars hade inträffat. Skadan för konsumenterna fastställs inte med hjälp av någon mekanisk beräkning av vinst och förlust och det krävs inte bevis på den totala vinsten. Den sannolika skadan för konsumenterna kan fastställas genom att man bedömer de förmodade avskärmningseffekterna av beteendet, i kombination med andra faktorer, exempelvis inträdeshinder ⁽⁶⁾. I detta sammanhang kommer kommissionen också att överväga möjligheten till återinträde.

72. Det kan vara lättare för det dominerande företaget att använda sig av underprissättning om det selektivt inriktar sig på specifika kunder med låga priser eftersom detta kommer att begränsa det dominerande företags förluster.

⁽⁶⁾ Detta bekräftades i förstainstansrättens mål T-83/91, Tetra Pak International mot kommissionen (Tetra Pak II), REG 1994; svensk specialutgåva, s. II-1, s. II-755, domen fastställd efter överklagande genom mål C-333/94 P, Tetra Pak International mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, där förstainstansrätten konstaterade att det inte behövde fastställas att företaget kunde ta igen förlusterna (punkt 150 *in fine*). Mer allmänt gäller att eftersom det kan visa sig vara svårare att tillämpa underprissättning än man från början räknat med kan det dominerande företags totala kostnader för underprissättningen vara högre än dess senare vinster. Det kan således innebära att det blir omöjligt att ta igen förlusterna, även om det fortfarande kan vara föruftigt att välja att fortsätta med den underprissättningsstrategi som företaget inledde för en tid sedan. Se även kommissionens beslut av den 16 juli 2003 i ärende COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, punkterna 332–367.

73. Det är mindre sannolikt att det dominerande företaget använder sig av underprissättning om beteendet innebär att ett lågt pris tillämpas generellt under lång tid.

c) *Effektivitetsvinster*

74. I allmänhet anses det osannolikt att underprissättning leder till effektivitetsvinster. Förutsatt att villkoren i avsnitt III D är uppfyllda tar kommissionen dock ställning till ett dominerande företags påståenden om att den låga prissättningen leder till stordriftsfördelar eller effektivitetsvinster till följd av en utvidgning av marknaden.

D. Leveransvägran och marginalpress

75. När kommissionen fastställer sina tillämpningsprioriteringar utgår den från att alla företag, oavsett om de har en dominerande ställning eller inte, i allmänhet bör ha rätt att välja sina handelspartner och att fritt disponera över sina tillgångar. Kommissionen anser därför att ett ingripande på grundval av konkurrenslagstiftningen kräver att man noggrant överväger om tillämpningen av artikel 82 skulle leda till att man ålade det dominerande företaget en leveransskyldighet⁽¹⁾. Även med skälig ersättning kan en sådan skyldighet minska företagets vilja att investera och förnya sig, vilket skulle kunna skada konsumenterna. Om dominerande företag vet om att de kan vara skyldiga att leverera mot sin vilja kan det leda till att dominerande företag – eller företag som förutser att de kan komma att bli dominerande – inte investerar, eller investerar mindre, i den aktuella verksamheten. Konkurrenter kan även frestas att åka snålskjuts på det dominerande företags investeringar istället för att investera själva. Ingetdera ligger i konsumenternas intresse på längre sikt.

76. I regel uppstår konkurrensproblem när det dominerande företaget konkurrerar i ett senare marknadsled med en köpare som företaget vägrar att leverera till. Med ett *senare marknadsled* avses det marknadsled där den insatsprodukt som företaget vägrar att leverera behövs för att tillverka en produkt eller tillhandahålla en tjänst. Detta avsnitt handlar endast om den här typen av vägran.

77. Andra typer av eventuellt olaglig leveransvägran, där köparen för att få leveranser måste godta att dennes handlingsfrihet begränsas, behandlas inte i detta avsnitt. Att stoppa leveranserna för att straffa kunder som handlar med konkurrenter eller att vägra leverera till kunder som inte går med på kopplingsförbehåll är exempel på metoder som kommer att undersökas av kommissionen i enlighet med principerna i avsnitten om exklusiv handel, kopplingsförbehåll och kombinationserbjudanden. I detta avsnitt behandlas inte heller leveransvägran som syftar till att hindra köparen

från att delta i parallellhandel⁽²⁾ eller från att sänka sitt återförsäljningspris.

78. Begreppet leveransvägran omfattar en lång rad förfaranden, till exempel vägran att leverera produkter till befintliga eller nya kunder⁽³⁾, vägran att bevilja licens för immateriella rättigheter⁽⁴⁾, även när licensen är nödvändig för att lämna gränssnittsinformation⁽⁵⁾, eller vägran att ge tillgång till en nödvändig anläggning eller ett nätverk⁽⁶⁾.

79. Kommissionen anser inte att det är nödvändigt att det redan har handlats med den produkt som företaget vägrar att leverera. Det räcker att det finns en efterfrågan från potentiella köpare och att det kan fastställas att det finns en potentiell marknad för den aktuella insatsprodukten⁽⁷⁾. På samma sätt är det inte nödvändigt att det föreligger en faktisk vägran från det dominerande företags sida, det räcker med en "implicit vägran". En implicit vägran kan till exempel bestå av att oskäligt försena eller på annat sätt försämra leveransen av produkten eller att införa oskäliga villkor för att leverera produkten.

80. I stället för att vägra leverera kan ett dominerande företag ta ut ett pris för produkten i tidigare marknadsled som, jämfört med det pris som tas ut i senare marknadsled⁽⁸⁾, innebär att inte ens en lika effektiv konkurrent varaktigt kan bedriva lönsam handel på marknaden i senare led (så kallad marginalpress). I fall med marginalpress kommer kommissionen i regel att använda sig av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden för det integrerade dominerande företags enhet i efterföljande led som jämförelsetal för att fastställa en lika effektiv konkurrents kostnader⁽⁹⁾.

81. Kommissionen kommer att prioritera dessa metoder vid sin tillämpning av konkurrensreglerna, om samtliga följande villkor föreligger:

— vägran gäller en produkt eller tjänst som är objektivt nödvändig för att kunna konkurrera effektivt i ett senare marknadsled,

⁽²⁾ Se dom av den 16 september 2008 i de förenade målen C-468/06–C-478/06, Sot. Lélos kai Sia m.fl. mot GlaxoSmithKline, ännu ej publicerad.

⁽³⁾ De förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, s. 229.

⁽⁴⁾ De förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, Radio Telefís Éireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot kommissionen (Magill), REG 1995, s. 743, och mål C-418/01, IMS Health mot NDC Health, REG 2004, s. I-5039. Av dessa domar framgår att det i undantagsfall är ett missbruk av en dominerande ställning att vägra licensiera immateriella rättigheter.

⁽⁵⁾ Mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601.

⁽⁶⁾ Se kommissionens beslut 94/19/EG av den 21 december 1993 i ärende IV/34.689 – Sea Containers mot Stena Sealink – Interimistiska åtgärder (EGT L 15, 18.1.1994, s. 8) och kommissionens beslut 92/213/EEG av den 26 februari 1992 i ärende IV/33.544 – British Midland mot Aer Lingus (EGT L 96, 10.4.1992, s. 34).

⁽⁷⁾ Mål C-418/01, IMS Health mot NDC Health, REG 2004, s. I-5039, punkt 44.

⁽⁸⁾ Bland annat i fall där ett integrerat företag som säljer en serie kompletterande produkter vägrar att sälja en av produkterna okombinerat till en konkurrent som producerar en annan kompletterande produkt.

⁽⁹⁾ I vissa fall kan den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden för en icke integrerad konkurrent i efterföljande marknadsled dock användas som jämförelsetal, till exempel när det inte går att tydligt dela upp det dominerande företags kostnader mellan verksamheter i tidigare och i senare marknadsled.

⁽¹⁾ De förenade målen C-241/91 P och C-242/91, Radio Telefís Éireann (RTE) och Independent Television Publications (ITP) mot kommissionen (Magill), REG 1995, s. I-743, punkt 50, mål C-418/01, IMS Health mot NDC Health, REG 2004, s. I-5039, punkt 35, och mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkterna 319, 330–332 och 336.

- vägran sannolikt kommer att leda till att effektiv konkurrens sätts ur spel i ett senare marknadsled,
- vägran kommer sannolikt att skada konsumenterna.
82. I vissa specifika fall kan det tydligt framgå att åläggandet av en leveransskyldighet inte kommer att ha några negativa konsekvenser för insatsproduktägarens eller andra aktörers incitament till investeringar och innovation i tidigare marknadsled, vare sig på förhand eller i efterhand. Kommissionen anser att detta är särskilt sannolikt när det dominerande företaget enligt lagstiftning som är förenlig med gemenskapslagstiftningen redan har en leveransskyldighet och det av de överväganden som ligger till grund för denna lagstiftning framgår att de offentliga myndigheterna redan har gjort en nödvändig avvägning av incitamenten vid åläggandet av leveransskyldigheten. Så kan också vara fallet när det dominerande företags ställning i ett tidigare marknadsled har växt fram under skydd av särskilda eller exklusiva rättigheter eller har finansierats med statliga medel. I sådana särskilda fall finns det ingen anledning för kommissionen att avvika från sitt generella tillvägagångssätt att påvisa att det sannolikt föreligger konkurrenshämmande avskärmning, utan att överväga om de tre villkor som anges i punkt 81 föreligger.
- a) *Är insatsvaran objektivt nödvändig?*
83. När kommissionen bedömer om en leveransvägran ska prioriteras kommer den att ta hänsyn till om den insatsprodukt som företaget vägrar att leverera är objektivt nödvändig för att aktörerna ska kunna konkurrera effektivt på marknaden. Det betyder inte att konkurrenterna inte skulle överleva på marknaden i efterföljande led utan den insatsvara som leveransvägran avser ⁽¹⁾. En insatsprodukt anses istället nödvändig om det inte finns något faktiskt eller potentiellt alternativ som konkurrenterna i senare marknadsled kan förlita sig på för att – åtminstone på lång sikt – motverka leveransvägrans negativa konsekvenser ⁽²⁾. Här kommer kommissionen i regel att ta ställning till om konkurrenterna inom överskådlig framtid verkligen skulle kunna kopiera den insatsprodukt som det dominerande företaget producerar ⁽³⁾. Med kopiering avses skapandet av en alternativ källa för att effektivt kunna leverera en produkt som innebär att konkurrenterna kan utöva ett konkurrenstryck på det dominerande företaget i ett senare marknadsled ⁽⁴⁾.
- (1) Mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkterna 428, 560–563.
- (2) De förenade målen C-241/91 P och C-242/91, Radio Telefís Éireann (RTE) och Independent Television Publications (ITP) mot kommissionen (Magill), REG 1995, s. 743, punkterna 52 och 53, mål C-7/97 Oscar Bronner mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft och Mediaprint Anzeigen-gesellschaft, REG 1998, s. I-7791, punkterna 44 och 45, och mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkt 421.
- (3) I allmänhet är en insatsprodukt sannolikt omöjlig att kopiera när det rör sig om ett naturligt monopol på grund av skal- eller stordriftfördelar, om det finns starka nätverkseffekter eller när det rör sig om information från en enda källa. Hänsyn bör emellertid alltid tas till hur dynamisk branschen är och framförallt till huruvida marknadsstyrka snabbt kan försvinna.
- (4) Mål C-7/97, Oscar Bronner mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft och Mediaprint Anzeigen-gesellschaft, REG 1998, s. I-7791, punkt 46, och mål C-418/01, IMS Health mot NDC Health, REG 2004, s. I-5039, punkt 29.
84. Kriterierna i punkt 81 gäller både vid avbrott i tidigare leveranser och vid vägran att leverera en vara eller tjänst som det dominerande företaget inte har levererat förut (ny leveransvägran). Det är dock mer sannolikt att det anses oskäligt att säga upp ett befintligt leveransavtal är att vägra ingå ett nytt. Om det dominerande företaget till exempel tidigare hade levererat till det aktuella företaget och detta företag hade gjort investeringar i just denna handelsförbindelse för att använda de insatsprodukter som det dominerande företaget senare vägrade att leverera, kan det vara mer sannolikt att kommissionen anser att den aktuella insatsprodukten är nödvändig. Att ägaren av den nödvändiga insatsvaran tidigare har funnit det förmånligt att leverera är ett tecken på att leveranser av insatsvaran inte medför någon risk för att ägaren inte ska få adekvat ersättning för sin ursprungsinvestering. Det åligger därför det dominerande företaget att visa varför omständigheterna faktiskt har ändrats på ett sådant sätt att dess adekvata ersättning skulle äventyras om företaget fortsatte sina befintliga leveransförbindelser.
- b) *Att sätta effektiv konkurrens ur spel*
85. Om de krav som anges i punkterna 83 och 84 uppfylls anser kommissionen att ett dominerande företags vägran att leverera i allmänhet kan sätta en effektiv konkurrens i efterföljande marknadsled ur spel, antingen direkt eller med tiden. Sannolikheten att effektiv konkurrens sätts ur spel är i allmänhet större ju större marknadsandel det dominerande företaget har i senare marknadsled, ju mindre kapacitetsbegränsningar det dominerade företaget har jämfört med konkurrenterna i senare marknadsled, ju större utbytbarheten är mellan det dominerande företags produktion och konkurrenternas produktion i senare marknadsled, ju större andel av konkurrenterna i senare marknadsled som påverkas och ju mer sannolikt det är att efterfrågan som kunde ha tillfredsställts av de avskärmade konkurrenterna leds bort från dem till det dominerande företaget.
- c) *Skada för konsumenterna*
86. När kommissionen undersöker vilka effekter en leveransvägran skulle få för konsumenterna, kommer den att granska om de sannolika negativa konsekvenserna av vägran att leverera på den relevanta marknaden med tiden väger tyngre än de negativa konsekvenserna av att ålägga en skyldighet att leverera. Om så är fallet, kommer kommissionen i regel att gå vidare med ärendet.
87. Kommissionen anser till exempel att konsumenterna kan komma att skadas om de konkurrenter som det dominerande företaget avskärmar till följd av vägran hindras från att föra ut innovativa varor eller tjänster på marknaden eller om det är sannolikt att efterföljande innovation förhindras ⁽⁵⁾. Så kan framförallt vara fallet om det företag som begär leveransen inte bara tänker kopiera de varor eller tjänster som det dominerande företaget redan har erbjudit
- (5) Mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkterna 643, 647–649, 652–653 och 656.

i ett senare marknadsled utan tänker producera nya eller bättre varor eller tjänster som det finns en potentiell efterfrågan på eller som sannolikt kommer att bidra till den tekniska utvecklingen ⁽¹⁾.

88. Kommissionen anser också att en leveransvägran kan skada konsumenterna om priset på insatsvaror i tidigare marknadsled är reglerat, priset i senare marknadsled är oreglerat och det dominerande företaget utestänger konkurrenter i senare marknadsled genom att vägra att leverera, vilket ger det möjlighet att göra större vinster i det oreglerade senare marknadsledet än det annars skulle göra.

d) *Effektivitetsvinster*

89. Kommissionen kommer att ta ställning till det dominerande företags påståenden om att en leveransvägran är nödvändig för att företaget ska kunna få en tillräcklig avkastning på investeringar som är nödvändiga för att

utveckla verksamheten med insatsprodukter, vilket innebär att det skapas incitament för fortsatta investeringar i framtiden, och beaktar samtidigt risken för misslyckade projekt. Kommissionen kommer även att ta ställning till det dominerande företags påståenden om att den egna innovationen skulle påverkas negativt av leveransskyldigheten eller av de strukturella förändringar av marknadsvillkoren som en sådan skyldighet skulle medföra, däribland konkurrenternas utveckling av efterföljande innovation.

90. Vid bedömningen av sådana påståenden kommer kommissionen emellertid att se till att villkoren i avsnitt III D är uppfyllda. Det är framförallt det dominerande företags uppgift att visa att det är sannolikt att en leveransskyldighet skulle påverka den egna innovationen negativt ⁽²⁾. Om ett dominerande företag tidigare har levererat insatsprodukten i fråga kan det ha betydelse för bedömningen av företags påståenden om att leveransvägran är motiverad av effektivitetskäl.

⁽¹⁾ Mål C-418/01, IMS Health mot NDC Health, REG 2004, s. I-5039, punkt 49, och mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkt 658.

⁽²⁾ Mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkt 659.