



Kontrafaktiska tester och missbruksbedömning

Av Vladimir Bastidas Venegas på uppdrag av Konkurrensverket

UPPDRAGSFORSKNINGSRAPPORT 2019:6

Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport, december 2019

Utredare: Vladimir Bastidas Venegas

ISSN-nr 1652-8069

Foto: MostPhotos

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet. Konkurrensverket har därför gett docent Vladimir Bastidas Venegas i uppdrag att, inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning, utreda hur kontrafaktiska analyser används inom europeisk och svensk konkurrensrätt, och hur dessa analyser tillämpas inom missbruksbedömningen enligt artikel 102 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och 2 kap. 7 § konkurrenslagen.

Kontrafaktiska analyser går ut på att jämföra en given situation med ett alternativt (hypotetiskt) scenario. De är i många fall en del av den vedertagna konkurrensrättsliga analysen när konkurrensmyndigheter utreder ärenden gällande förbud mot t. ex. konkurrensbegränsande avtal eller koncentrationer.

Den här rapporten har belyst frågan om hur och när kontrafaktiska analyser bör användas även vid missbruksbedömningar. Det finns en viss oklarhet vad gäller tillämpningen av kontrafaktiska analyser när det gäller ärenden som handlar om förbud mot missbruk av dominerande ställning. Författaren till rapporten framhåller att även om kontrafaktiska analyser inte bör ses som ett rättsligt krav vid missbruksbedömningar, så bör de dock betraktas som ytterligare ett analysverktyg, som främst kan komma till nytta när effekterna på konkurrensen av viss åtgärd är tvetydiga.

Till projektet har det knutits en referensgrupp, som haft möjlighet att lämna synpunkter på utkastet till slutrapport, bestående av Sten Nyberg (Stockholms universitet), Marios Iacovides (Stockholms universitet), Julian Nowag (Lunds universitet) och Pamela Hansson (Kastell). Från Konkurrensverket har Arvid Fredenberg, Joakim Wallenklint, Morgan Westéus och Katharina Voss deltagit.

Författaren ansvarar själv för alla slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, december 2019

Rikard Jermsten
Generaldirektör

Innehåll

Summary	6
1 Inledning	7
2 Allmänt om kontrafaktiska tester	8
2.1 Begreppet och syftet med ett kontrafaktiskt test	8
2.2 En överblick av tillämpningen av kontrafaktiska tester inom unionsrätten och svensk konkurrensrätt	9
3 Faktorer relevanta vid tillämpningen av kontrafaktiska tester	14
3.1 Société Technique Minière	14
3.2 Vilket är det relevanta kontrafaktiska scenariot?	16
3.3 När är ett kontrafaktiskt test ett rättsligt krav?	22
3.4 Vilket tidsperspektiv är relevant vid den kontrafaktiska bedömningen?.....	25
3.5 Vilken utredning krävs vid tillämpningen av ett kontrafaktiskt test?	29
3.6 Vem har bevisbördan vid tillämpningen av ett kontrafaktiskt scenario?	33
4 Tillämpningen av kontrafaktiska tester enligt artikel 102 FEUF	38
4.1 Tidigare rättspraxis – en överblick av missbruksbegreppet	38
4.2 Microsoft – kräver missbruksbedömningen att konkurrenter hade utestängts i avsaknad av det dominerande företags agerande?.....	42
4.3 TeliaSonera – kan ett kontrafaktiskt scenario omfatta alternativa beteenden som omfattas av en annan missbrukskategori?	44
4.4 Intelmålet.....	48
5 Tillämpningen av kontrafaktiska tester enligt 2 kap. 7 § Konkurrenslagen	50
5.1 Allmänt om missbruksbedömningen i svensk konkurrensrätt	50
5.2 TeliaSonera	52
5.3 Nasdaq	53
5.3.1 Patent- och marknadsdomstolens avgörande i Nasdaq	53
5.3.2 Patent- och marknadsöverdomstolens dom i Nasdaq	57
5.4 Swedish Match.....	60
6 Analys och slutsatser	62

Sammanfattning

Rapporten utreder hur kontrafaktiska analyser används inom europeisk och svensk konkurrensrätt, samt om och hur dessa tillämpas inom missbruksbedömningen enligt artikel 102 Fördraget om Europeiska unionens funktionsätt (FEUF) och 2 kap. 7 § Konkurrenslagen (KL). Vidare utreds vad en kontrafaktisk analys är och vilka faktorer som beaktas i en sådan analys. I denna utredning visas att en kontrafaktisk analys inte nödvändigtvis bör sammankopplas med en mer djuplodande effektbedömning av avtal, avtalsklausuler och ensidiga åtgärder, utan att det även kan användas i en mer formalistisk bedömning. Rapportens huvudsakliga slutsats är att det hittills inte finns några klara uttalanden från högre instanser om ett rättsligt krav att tillämpa en kontrafaktisk analys vid fastställandet av ett missbruk enligt 102 FEUF/2:7§ KL. I de svenska målen *TeliaSonera*, *Swedish Match* och *Nasdaq* har emellertid Stockholms Tingsrätt och Patent- och Marknadsdomstolen tillämpat en kontrafaktisk analys vid fastställandet av missbruk. Slutligen pekar rapporten på, i ljuset av rättspraxis, att kontrafaktiska analyser bör användas i missbruksbedömning med en viss försiktighet, men att det utgör ett ytterligare värdefullt analysverktyg vid bedömningar av åtgärder där effekterna på konkurrensen är tvetydiga.

Summary

The report gives account for how counterfactuals are used in Swedish and European Competition Law, particularly in the application of the prohibitions against abuse of a dominant position according to Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Chapter 2 Section 7 in the Swedish Competition Act [Konkurrenslagen] (2:7 § KL). Moreover, the report describes the meaning of a counterfactual analysis and which factors that are relevant in such an assessment. In this regard, it is found that a counterfactual analysis is not necessarily associated with an effect-analysis of agreements, contractual provisions or unilateral conduct as such an analytical tool may also be used in a more form-based assessment. The report's main conclusion is that currently there are no clear statements from higher courts that a counterfactual analysis constitutes a legal requirement when assessing abuse according to Article 102 TFEU/2:7 § KL. Nonetheless, lower courts in Sweden (the Stockholm City Court and the Patent and Market Court) have applied a counterfactual analysis when assessing abuse in the cases *TeliaSonera*, *Swedish Match* and *Nasdaq*. Finally, the report indicates that, in the light of the existing case-law, a counterfactual analysis should be used in the assessment of abuse with a certain degree of caution while recognizing that such an analysis is a valuable tool, particularly when the effects of a certain conduct are ambiguous.

1 Inledning

Syftet med denna rapport är att utreda och analysera tillämpningen av kontrafaktiska tester enligt 2 kap. 7 § Konkurrenslagen (2008:579) (KL). Medan tillämpningen av kontrafaktiska bedömningar inte är något nytt, vare sig inom svensk eller europeisk konkurrensrätt, har frågan aktualiserats i en rad olika fall under de senaste åren. Även om arbetet med denna rapport har, enligt författaren, visat att vi kanske vet mindre om kontrafaktiska bedömningar inom konkurrensrätten än förväntat, är användningen av dessa bedömningar någorlunda etablerade vad gäller förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (2 kap. 1 § KL och artikel 101 Fördraget om europeiska unionens funktionssätt - FEUF) och koncentrationskontrollen (4 kap. 1 § KL och förordning 139/2004¹). Det är en mer okänd fråga om kontrafaktiska bedömningar tillämpas i förbudet mot missbruk av en dominerande ställning och om det finns en roll för sådana bedömningar. Det är därför en intressant forskningsfråga vilket stöd det finns i svensk eller europeisk rättspraxis för tillämpningen av en kontrafaktisk bedömning vid bedömningen av förekomsten av ett missbruk eller inte. Vidare är det även relevant att analysera *hur* en kontrafaktisk bedömning tillämpas, samt vilka parametrar och andra faktorer som påverkar och beaktas i bedömningen.

Ett par ord bör även sägas om metodfrågor som är relevanta för denna rapport. En stor del av fallen som diskuteras nedan rör tillämpningen av artikel 101.1 FEUF. Detta beror på att det finns en stor brist på mål rörande förbudet mot missbruk av en dominerande ställning och kontrafaktiska bedömningar. Det finns mer material gällande kontrafaktiska bedömningar och förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Vidare kan det kanske anmärkas att (alltför) många mål som behandlas nedan härstammar från svenska underrätter och Tribunalen/Förstainstansrätten. Även detta beror på bristen av rättspraxis från högsta instanser. Vid författandet av denna rapport, som går främst ut på att diskutera och analysera tillämpningen av kontrafaktiska bedömningar, har det funnits ett mervärde med att beskriva hur domstolar har hanterat kontrafaktiska bedömningar och de eventuella problem som har aktualiserats även om domarna inte har följts av högre instanser.

Rapporten är uppdelad i sex avsnitt. I detta första avsnitt förklaras dispositionen för rapporten. I det andra avsnittet ges en överblick av kontrafaktiska tester och hur de används allmänt inom konkurrensrätten. I det tredje avsnittet redogörs för vilka faktorer som kan vara relevanta vid utformningen och tillämpningen av kontrafaktiska tester. I fjärde avsnittet utreds tillämpningen av kontrafaktiska tester av unionsdomstolarna enligt artikel 102 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). I femte avsnittet redogörs för svenska domstolars tillämpning av kontrafaktiska tester enligt 2 kap. 7 § KL. Slutligen, i sjätte kapitlet analyseras och diskuteras den faktiska tillämpningen av kontrafaktiska tester enligt förbuden mot missbruk av en dominerande ställning.

¹ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EUT 2004 L 24/1 (Koncentrationsförordningen).

2 Allmänt om kontrafaktiska tester

2.1 Begreppet och syftet med ett kontrafaktiskt test

Ett kontrafaktiskt test går ut på att jämföra ett visst *faktiskt* scenario jämfört med ett alternativt scenario där en eller flera omständigheter är de motsatta (*kontra-*).² Inte sällan används denna jämförelse för att utreda effekterna eller de sannolika effekterna av en specifik åtgärd eller ett specifikt handlande.³ I synnerhet används detta analysverktyg för att fastställa kausaliteten mellan en viss omständighet och en viss effekt.⁴ Ett enkelt exempel återfinns inom skadeståndsrätten där kravet på kausalitet *kan* inbegripa en utredning om ett visst handlande kan sägas ha *orsakat* en viss skada (kausaliteten, men ej adekvansen) genom en jämförelse av situationerna med och utan det omstridda handlandet.⁵

Som begreppet i sig antyder avser inte ett kontrafaktiskt test alla jämförelser mellan två olika scenarier, utan en specifik jämförelse mellan ett scenario där en viss omständighet föreligger (den givna situationen) med den alternativa situationen då den specifika omständigheten inte föreligger (den hypotetiska situationen). För "konkurrensrättare" i Europa och Sverige sammankopplas nog begreppet med den bedömning som görs av avtal enligt konkurrensbegränsningskriteriet enligt artikel 101.1 FEUF. Den utredningen går ut på att utreda marknadsvillkoren i (den hypotetiska) situationen utan avtalet i syfte att påvisa avtalets effekter. Det bör dock noteras att en kontrafaktisk bedömning kan användas i en rad olika sammanhang och för olika syften.⁶ Begreppet används exempelvis för att utreda ett hypotetiskt scenario där personen som utför ett visst handlande är en annan, eller har andra egenskaper än personen som utför handlandet i den givna situationen.⁷ Kontrafaktiska tester kan även användas för att fastställa rationaliteten eller karaktären av ett visst handlande, som t.ex. om ett visst handlande utgör "normalt marknadsbeteende", eller om en viss omständighet, som t.ex. marknadsakt,

² Geradin, Damien och Girgenson, Ianis, The Counterfactual Method in EU Competition Law: The Cornerstone of the Effects-Based Approach, SSRN, december 11 2011, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970917 (Geradin & Girgenson), s. 1; Bavasso, Antonio och Lindsay, Alistair, Causation in EC Merger Control, Journal of Competition Law and Economics, vol. nr. 3, 2007, s. 181 ff. (Bavasso & Lindsay), s. 182.

³ Geradin & Girgenson, s. 1; Veljanovski, Cento, Market Power and Counterfactuals in New Zealand Competition Law, Journal of Competition Law and Economics, vol. nr. 9, 2013, s. 171 ff. (Veljanovski 2013), s. 173.

⁴ George P. Kyprianides, Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence, European Competition Law Review 2012, vol. nr. 33, 576 ff. (Kyprianides).

⁵ Betingelseläran, *but-for causation*, eller *conditio sine qua non*. Se Schultz, Märten, Kausalitetspraktikan, SvJT 2011 s. 465 ff. (Schultz), s. 469-471.

⁶ Veljanovski 2013.

⁷ Det test som används inom statsstödsrätten för att utröna om exempelvis om en statlig investering utgör en ekonomisk fördel kan inbegripa en utredning av den hypotetiska situationen om en "vanlig" marknadsaktör skulle ha gjort samma investering. Testet om en avtalsklausul kan anses vara objektivt nödvändigt för att ingå ett visst avtal ska göras med hänsyn till ifall om två avtalspartner som ingår samma avtal typiskt sett skulle kräva en sådan klausul. Detta gör att testet blir objektivt och inte tar hänsyn till de faktiska avtalsparternas "subjektiva" skäl.

möjliggör ett visst handlande.⁸ Vidare finns exempel på där ett kontrafaktiskt test inte endast syftar till att fastställa ett samband mellan en åtgärd och viss effekt, utan även nyttjas för att utreda om det finns flera alternativa (hypotetiska) åtgärder som kan uppnå en viss effekt. Vid tillämpningen av undantagsregeln i artikel 101.3 FEUF samt doktrinen om objektiva sakliga skäl enligt artikel 102 FEUF utreds om andra åtgärder som är mindre konkurrensbegränsande eventuellt skulle kunna åstadkomma samma (legitima) verkan som den utredda åtgärden.⁹ En sådan utredning *kan* formuleras som ett kontrafaktiskt test, nämligen om de positiva effekterna av en viss begränsning eller handlande hade kunnat uppnås i situationen *utan* begränsningen eller åtgärden ifråga.

I denna rapport används benämningarna "kontrafaktiskt test" eller "kontrafaktiska bedömningar" i den vidare meningen som har beskrivits ovan. Det finns inte alltför mycket rättspraxis där domstolarna gjort en djupare analys av olika kontrafaktiska bedömningar. Av det skälet finns ett mervärde att göra en mindre inventering av tillämpningen av olika kontrafaktiska bedömningar för att diskutera olika faktorer som torde vara relevanta för diskussionen om tillämpningen av kontrafaktiska bedömningar och missbruksbegreppet. Att endast undersöka de fall som rör det "traditionella" kontrafaktiska bedömningen som tillämpas enligt konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 101.1 FEUF skulle bli för snävt och inte ge tillräckligt med underlag för analysen i denna rapport.

2.2 En överblick av tillämpningen av kontrafaktiska tester inom unionsrätten och svensk konkurrensrätt

Kontrafaktiska tester används inom en rad olika sammanhang inom EU:s och svensk konkurrensrätt. Detta avsnitt ger därför en överblick inom vilka regler och i vilka sammanhang kontrafaktiska tester kan komma att tillämpas.

Den första gången EU-domstolen signalerade tillämpningen av ett kontrafaktiskt test inom unionens konkurrensrätt var i *STM*.¹⁰ Domstolen fann att vid bedömningen av ett exklusivt distributionsavtal enligt konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 101.1 FEUF (dåvarande artikel 85 EEG) måste begreppet konkurrens förstås inom kontexten av det faktiska konkurrensläget som hade existerat vid avsaknaden av det undersökta avtalet. Medan domstolen inte explicit fastställde att en klagande

⁸ Det kontrafaktiska testet som har använts i Nya Zeelands konkurrenslag går ut på att fastställa samband mellan åtgärden och förekomsten av marknadsakt. Om handlandet inte kan kopplas till marknadsakt, utan är tillgänglig för en "normal" marknadsaktör, föreligger inget missbruk. Commerce Act, Section 36.

⁹ Sinclair, Duncan, Counterfactuals in anti-competitive contracts and abuse of dominance cases under articles 101 and 102 TFEU, E.C.L.R. 2010, 31(12), 509-513 (Sinclair), s. 509; Meddelande från kommissionen, Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/7 (Prioritetsvägledningen), punkt 30; Meddelande från kommissionen, Tillkännagivande, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97 (Riktlinjer om art. 101.3 TFEU), punkt 74. Inom statsstödsrätten tillämpas exempelvis ett kontrafaktiskt test för att utreda om stödet skulle resultera i investeringar från stödmottagarnas sida (stimulanseffekten) se t.ex. Meddelande från kommissionen, Rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation, EUT 2014 C 198/01 (Rambestämmelserna om FOU), punkt 67.

¹⁰ Mål 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH, EU:C:1966:38 (*STM*).

part måste utföra ett kontrafaktiskt test eller hur en sådan analys skulle se ut, anges en metodik för hur konkurrensen ska "mätas" på marknaden. Domstolen har hänvisat till sitt uttalande i *STM* ett flertal gånger i sin rättspraxis, utan att nödvändigtvis ha utvecklat sitt resonemang.¹¹ Uttalandet ger även uttryck för gällande svensk rätt.¹² Det bör dock noteras att de flesta domstolsavgörandena i svensk rätt rör syftesbegränsningar och att domstolarna sällan har gått in på en effektbedömning.

Vidare har EU-domstolen i sin rättspraxis tillämpat doktrinen om s.k. accessoriska begränsningar för att snäva in konkurrensbegränsningskriteriet. I *Remia* fann EU-domstolen att tillämpningen av en konkurrensklausul i samband med en företagsöverlåtelse som hindrade säljaren från att återinträda in på marknaden kunde rättfärdigas (som skydd mot säljarens eventuella opportunistiska beteende) till den grad att en konkurrensbegränsning inte kunde anses föreligga enligt 101.1 FEUF.¹³ Med andra ord, utan den accessoriska begränsningen, skulle parterna inte ha ingått huvudtransaktionen, dvs. företagsöverlåtelsen. Det bör dock noteras att EU-domstolens resonemang fokuserade på fastställandet av rationaliteten eller syftet bakom konkurrensklausulen, snarare än att ägna sig åt en egentlig jämförelse mellan de olika alternativa scenarierna. Vidare granskade EU-domstolen särskilt proportionaliteten av åtgärden, närmare bestämt tidsperioden för konkurrensklausulen. Precis som i *STM*, uttalar inte EU-domstolen att det föreligger en rättslig förpliktelse att utföra ett kontrafaktiskt test eller förklarade hur en sådan borde göras. Snarare rättfärdigar domstolen förekomsten av klausulen i det enskilda fallet. Doktrinen om accessoriska begränsningar utgör sedan *Remia* en vedertagen inskränkning av konkurrensbegränsningskriteriet parallellt med doktrinen om objektiv nödvändighet som bedöms mer eller mindre på samma sätt.¹⁴ Båda doktrinerna om accessoriska begränsningar och objektiv nödvändighet utgör en av kommissionens

¹¹ Mål 99/79 SA Lancôme and Cosparfrance Nederland BV v Etos BV and Albert Heyn Supermart BV, EU:C:1980:193, punkt 24; mål 42/84 Remia BV and others v Commission of the European Communities, EU:C:1985:327, punkt 18; mål 31/85 ETA Fabriques d'Ébauches v SA DK Investment and others, EU:C:1985:494, punkt 11; Case T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening v Commission of the European Communities, EU:T:1992:79, punkt 62. Case C-8/95 P New Holland Ford Ltd v Commission of the European Communities, EU:C:1998:257, punkt 90; mål C-7/95P John Deere mot kommissionen, EU:C:1998:256, punkt 76; mål C-215-216/16 Bagnasco, EU:C:1999:12, punkt 33; mål C-382/12 P MasterCard Inc. m.fl. mot Europeiska kommissionen EU:C:2014:2201, punkt 161.

¹² PMÖD, mål PMT 7779-18, Booking mot Visita (*Booking*), s. 17. Se även PMD, mål PMT 13013-16, Visita mot Booking (*Booking*), s. 41. I Interflora tycks domstolen *de facto* ha gjort en sådan jämförelse vid diskussionen om avtalets effekt på marknaden. MD 2001:3, Interflora mot Konkurrensverket (*Interflora*) s. 20-21.

¹³ Mål 42/84 Remia BV and others v Commission of the European Communities, EU:C:1985:327 (*Remia*), punkt 19. Bekräftat senast i mål C-179/16 F Hoffmann-La Roche Ltd m.fl. mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato EU:C:2018:25 (*Hoffmann-La Roche II*), punkt 71. Se även mål C-382/12 P MasterCard Inc. m.fl. mot Europeiska kommissionen EU:C:2014:2201 (*MasterCard*).

¹⁴ Mål 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH, EU:C:1966:38 (*STM*); mål 258/78L.C. Nungesser KG och Kurt Eisele mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1982:211 (*Nungesser*); mål T-360/09.E.ON Ruhrgas AG och E.ON AG mot Europeiska kommissionen, EU:T:2012:332 (*E.ON*), punkt 62 ff.; mål T-112/99 Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen, EU:T:2001:215 (*M6*), punkt 104 ff.

bedömning enligt av konkurrensbegränsande avtal enligt dess egen *soft law*.¹⁵
Doktrinen om accessoriska begränsningar tillämpas även inom svensk rätt.¹⁶

Ytterligare ett exempel på där ett kontrafaktisk test kan komma att tillämpas enligt 101.1 FEUF och 2:1 § KL är i utredningen om två specifika parter är konkurrenter eller icke-konkurrenter. I Riktlinjerna om tekniköverföringsavtal uttalas att en avtalspartner anses utgöra en konkurrent om företaget *utan avtalet* antingen varit aktiv på samma marknad som motparten (faktisk konkurrent) eller om företaget hade kunnat träda in på den marknaden där motparten är aktiv inom en viss period, som normalt omfattar ca. 2–3 år.¹⁷ Givetvis kan utredningen om konkurrensförhållandet mellan två parter helt enkelt ses som en del av den "vanliga" kontrafaktiska bedömningen enligt *STM*. I *O2*, som diskuteras mer i detalj nedan, cirkulerade diskussionen om kommissionen gjort en kontrafaktisk bedömning vid klassificering av ett företag som en konkurrent, i synnerhet om företaget hade kunnat träda in på marknaden utan avtalet.¹⁸ I de relativt färska avgörandena, *Lundbeck* och *Servier*, har frågan om parterna utgör konkurrenter varit avgörande för bedömningen av om licensavtalen utgjort syftesbegränsningar.¹⁹ Medan det är uppenbart att utredningen av konkurrensförhållanden mellan olika företag utgör en del av utredningen av den normala kontrafaktiska situationen enligt artikel 101.1 FEUF, kan denna bedömning i vissa fall brytas ut och ses som en egen del. Exempelvis, kan tillämpning av gruppundantagen kräva fastställandet av konkurrensförhållandet mellan avtalsparterna utan att det ingår in en vidare bedömning av om något utgör en konkurrensbegränsning.²⁰

Ett kontrafaktisk test kan dessutom tillämpas vid bedömningen av undantagen enligt 101.3 FEUF och 2:2 § KL. Enligt rättspraxis måste "svaranden" visa att avtalet resulterar i objektiva fördelar, m.a.o. måste ett orsakssamband etableras mellan

¹⁵ Riktlinjer om art. 101.3 FEUF, punkt 28 ff.

¹⁶ Patent- och Marknadsöverdomstolen, PMT 7498-16, *Alfa Quality Moving (Alfa Quality Moving)*; PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*.

¹⁷ Meddelande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på avtal om tekniköverföring, EUT 2014 C 89/3 (Riktlinjer om tekniköverföring), punkterna 28, 30-31; Se även Kommissionens förordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring, EUT 2014 L 93/17 (förordning 316/2014), artikel 1(1)(n)(ii); Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal, EUT 2010 L 335/36 (förordning 1217/2010), artikel 1.1(s)-(t); Meddelande från Kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT 2011 C 11/1 (Riktlinjer om horisontella avtal), punkt 10.

¹⁸ Mål T-328/03 *O2* mot Europeiska kommissionen, EU:T:2006:116 (*O2*), punkt 74 ff.

¹⁹ Mål T-691/14 *Servier SAS* m.fl. mot Europeiska kommissionen, EU:T:2018:922 (*Servier*), punkterna 217 och 317 ff. (engelska och franska versionen); Mål T-472/13 *H. Lundbeck A/S* och *Lundbeck Ltd* mot Europeiska kommissionen, EU:T:2016:449 (*Lundbeck*), punkt 89 ff.

²⁰ Artikel 3 förordning 316/2014, kräver en utredning av konkurrensförhållandet mellan avtalsparterna eftersom olika tröskelvärden för marknadsandelar tillämpas beroende på om licensavtalet är mellan konkurrenter eller icke-konkurrenter. Av artikel 1.n.ii förordning 316/2014 följer att konkurrensförhållandet mellan parterna på produktmarknaden bedöms genom en jämförelse med situationen utan avtalet.

avtalet och effektivitetshöjningar.²¹ Medan domstolarna inte har explicit uttryckt att denna utredning görs genom ett kontrafaktiskt test torde en sådan utredning kräva jämförelse med ett kontrafaktiskt scenario. Om effektivitetshöjningarna hypotetiskt sett hade kunnat utföras *utan avtalet eller avtalsbegränsningarna* är inte kraven enligt artikel 101.3 FEUF eller 2:2 § KL uppfyllda. Vidare, och precis som vid tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar, innefattar detta en inventering av alternativa konkurrensbegränsningar som skulle uppnått samma ekonomiska fördel.

Sedan länge är den uttryckliga användningen av kontrafaktiska tester vanlig inom koncentrationskontrollen och det är förmodligen inom detta område där tillämpningen av kontrafaktiska tester är mest utvecklat.²² Redan i *Kali und Salz* slogs fast att kommissionen måste påvisa ett orsakssamband mellan transaktionen och de skadliga effekterna på marknaden.²³ Målet fokuserade främst på tillämpningen av den s.k. *failing firm-defence*. Med detta menas att utan transaktionen skulle en av de sammangående parterna gått i konkurs. En sådan situation skulle ha varit mer eller lika skadlig för marknaden än marknadsutvecklingen med transaktionen i fråga. Påvisandet av en *failing firm* innebär således att "kausaliteten" mellan transaktionen och de identifierade framtida konkurrensbegränsningarna bryts. Det kontrafaktiska scenariot används regelmässigt inom koncentrationskontrollen, inklusive inom svensk rätt.²⁴ I *Svensk Fastighetsförmedling* utredde domstolen orsakssambandet mellan koncentrationen och den sannolika framtida händelseutvecklingen (de två samgående parternas inflytande över Hemnet) med *status quo*. Konkurrensläget var redan hämmat före koncentrationen men Konkurrensverket kom fram till att transaktionen ändå skulle underlätta och leda till ett ändrat beteende som skulle försämra konkurrensläget.²⁵

²¹ Se t.ex. mål T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen EU:T:2006:265 (*GSK*, förstainstansrätten), punkterna 248-249.

²² Whish, Richard, och Bailey, David, *Competition Law*, 9 u, Oxford University Press 2018 (Whish & Bailey), s. 842; George P. Kyprianides, Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence, *European Competition Law Review* 2012, vol. nr. 33, 576 ff. (Kyprianides) med korsreferenser till de omdiskuterade ärendena COMP/M5549, EDF/Segebel (*EDF*), COMP/M2816 Ernst & Young/Andersen France (*Andersen*), COMP/M5335 Lufthansa/SN Airholding (*SN Airholding*), COMP/M2314 BASF/Eurodiol/Pantochim (*BASF*).

²³ Förenade målen C-68/94 och C-30/95 Franska republiken och Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) och Entreprisse minière et chimique (EMC) mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:1998:148 (*Kali und Salz*), punkt 111 ff. Bekräftat senare i bl.a. mål T-342/99 Airtours plc mot Europeiska kommissionen EU:T:2002:146 (*Airtours*), punkt 82; mål T-282/02 Cementbouw Handel & Industrie BV mot Europeiska kommissionen EU:T:2006:64 (*Cementbouw*), punkt 269.

²⁴ Se t.ex. Stockholms Tingsrätt, mål T 3629-14, Svensk Fastighetsförmedling/Swedbank (*Svensk Fastighetsförmedling*), s. 129; Konkurrensverkets beslut dnr 393/2017, Arla Foods/Gefleortens (*Gefleortens*), se t.ex. punkt 153 ff; Konkurrensverkets beslut dnr 445/2011, Arla Foods/Milko (*Milko*), punkterna 134-135.

²⁵ *Svensk Fastighetsförmedling*, s. 129-131.

Kontrafaktiska tester kommer även in vid tillämpningen av artikel 102 FEUF. I synnerhet vad gäller tillämpningen av doktrinen om sakliga skäl som rättfärdigar missbruksbeteenden tillämpas ett krav på orsakssamband mellan missbruksbeteendet och eventuella effektivitetsvinster.²⁶ Detta torde kräva tillämpningen av ett kontrafaktiskt test för att utreda om de sakliga skälen eller effektivitetsvinster skulle uppnås utan det dominerande företags beteende ifråga.

Huruvida fastställandet av ett missbruk kräver tillämpningen av ett kontrafaktiskt test är en mer öppen fråga. Kommissionen har i prioritetvägledningen signalerat tillämpningen av ett kontrafaktiskt test.²⁷ Domstolen har dock aldrig uttalat att missbruksbedömningen kräver att Kommissionen måste utföra ett kontrafaktiskt test. Eftersom denna fråga är huvudtemat för denna rapport kommer frågan att behandlas närmare nedan (se nedan, avsnitt 4 och 5).

Slutligen tillämpas kontrafaktiska tester vid fastställandet av skadestånd i konkurrensrättsmål, oavsett om denna bedömning gäller skador orsakade av konkurrensbegränsande avtal eller missbruk. I kommissionens meddelande om skadeberäkningen stadgas att en jämförelse måste göras mellan karendens ställning på marknaden med den ställningen som karenden skulle ha haft om den konkurrensbegränsande åtgärden inte hade ägt rum.²⁸ I missbruksmål inkluderar denna bedömning om den skadelidande faktisk har utestängts pga. missbruket i fråga.²⁹ En illustration av denna typ bedömning inom svensk rätt kan ses t.ex. i *Tele 2*.³⁰

²⁶ Mål C-95/04 P *British Airways plc mot Europeiska kommissionen* EU:C:2007:166 (*British Airways*), punkt 86; Mål C-52/09 *Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB* EU:C:2011:83 (*TeliaSonera*), punkt 76; Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/7 (Prioritetvägledningen), punkt 30. Sthlm TR, mål T-31862-04, *TeliaSonera (TeliaSonera, Sthlm TR)*, s. 83.

²⁷ Prioritetvägledningen, punkt 21.

²⁸ Meddelande från kommissionen om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid brott mot artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, OJ 2013 C 167/07 (Kommissionens meddelande om skadeberäkning), punkt 3; Kommissionen, *Praktisk vägledning för beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_sv.pdf (senast sedd 20181127), (Kommissionens praktiska vägledning för skadeberäkningen), punkterna 1, 11.

²⁹ Komninos, Assimakis P., *Damages Actions in Article 102 Cases*, kapitel 10 i Strand, Magnus, Bastidas Venegas, Vladimir, och Iacovides, Marios (red.), *EU Competition Litigation – Transposition and First Experiences of the New Regime*, *Swedish Studies in European Law*, vol. 12, s. 155 ff. (Komninos), s. 157 ff.

³⁰ Svea Hovrätt, mål T 5365-16, *Telia mot Tele 2 (Tele 2)*, s. 49.

3 Faktorer relevanta vid tillämpningen av kontrafaktiska tester

3.1 Société Technique Minière

Med tanke på att STM var det första fallet inom EU:s konkurrensrätt där bedömningen av ett kontrafaktiskt scenario signalerades av domstolen utgör det en bra utgångspunkt för en vidare diskussion. STM handlade om ett exklusivt distributionsavtal. Domstolen uttalade att det fanns två alternativa typer av konkurrensbegränsande avtal som föll inom förbudet i artikel 101.1 FEUF. Dels kunde avtalet ha till syfte att begränsa konkurrensen. Dels kunde avtalet ha ett konkurrensbegränsande resultat (effekt). Domstolen gjorde distinktionen mellan de två alternativa testerna framför allt genom att peka på att syftesbedömningen fokuserade på avtalet och innehållet av avtalet, medan effektbedömningen fokuserade mer på en konsekvensanalys av avtalet på marknadsvillkoren. För att en syftesbegränsning skulle vara tillräckligt måste avtalsinnehållet påvisa en tillräcklig "skada" (sufficiently deliterious). Efter detta uttalande pekar domstolen att begreppet konkurrens måste förstås som den konkurrens i det faktiska sammanhanget som skulle ha existerat i avsaknad av avtalet i fråga. Domstolen uttrycker att det skulle vara tveksamt att finna en konkurrensbegränsning om avtalet behövs för att träda in på en ny marknad. Vidare pekar domstolen på de faktorer som skulle vara relevanta att beakta både vid en syftes- och en effektbedömning: avtalsvarornas egenskaper och kvantitet, parternas marknadspositioner, förekomsten (eller avsaknaden) av liknande avtal på marknaden och möjligheterna till parallellhandel med avtalsvarorna i fråga.

Fyra aspekter av STM är intressanta. För det första, domstolen verkar inte begränsa användningen av ett kontrafaktiskt scenario till effektbedömningen, utan angav den som ett riktmärke för både bedömningen av avtalets syfte och effekt eftersom det kontrafaktiska scenariot går ut på att "mäta konkurrensen" som sedan antingen direkt "regleras" genom avtalsklausulerna eller alternativt påverkas genom den effekt som avtalet ger upphov till. Detta synsätt verkar även bekräftas av riktlinjerna om artikel 101.3 FEUF där kommissionen beskriver tillämpningen av de kontrafaktiska testerna den tillämpar utan att i den delen göra någon åtskillnad mellan en effekt- och syftesbedömning.³¹ Det bör dock understrykas att det finns senare rättspraxis som signalerar att det kontrafaktiska testet endast utgör en del av effektbedömningen. I O2 tycks Förstainstansrätten ha kopplat den kontrafaktiska bedömningen till effektbedömningen.³² I *Lundbeck* uttalade Tribunalen att det kontrafaktiska testet liknar mer en effektbedömning av avtalen.³³ Detta är ett intressant tema som diskuteras mer i detalj nedan (se avsnitt 3.5). Det kan dock

³¹ Tillkännagivande, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97 (Riktlinjer om art. 101.3 TFEU), punkterna 18-20.

³² Mål T-328/03 O2 mot Europeiska kommissionen, EU:T:2006:116 (O2), punkt 79.

³³ Mål T-472/13 H. Lundbeck A/S och Lundbeck Ltd mot Europeiska kommissionen, EU:T:2016:449 (*Lundbeck*), punkt 473.

konstateras att *STM*, i sig, inte ger svar på frågan om den kontrafaktiska bedömningen endast tillämpas inom effektbedömningen. Vidare är det även intressant att se vilka faktorer som domstolen hänvisar till i *STM* vid bedömningen av konkurrensen. Denna inkluderar både faktorer som fokuserar på avtalet (parternas positioner) som marknadsförhållanden (förekomsten av liknande avtal och parallellhandel).³⁴

För det andra, domstolen uttrycker inte i domen att bedömningen av kontrafaktiskt scenario utgör ett rättsligt krav enligt artikel 101.1 FEUF. Detta bör ses i ljuset av den faktiska situationen i målet, nämligen att fallet handlade om ett förhandsavgörande där domstolen gav mer generell vägledning om vad den nationella domstolen borde beakta vid bedömningen av avtalet ifråga. Domstolen förklarar vad som menas med konkurrens i sammanhanget och hur det ska "mätas". Det betyder dock inte att den metod för att bestämma konkurrensen som domstolen anger måste tillämpas i varje enskilt fall, vilket bekräftas senare i *O2* (som behandlas närmare nedan).³⁵

För det tredje, en analys av det kontrafaktiska scenariot i *STM* skulle eventuellt kunna kokas ner i tre olika steg. Det första steget är fastställa avtalets innehåll, i synnerhet avtalets omedelbara påverkan på avtalsparternas eller tredje parternas beteende på marknaden. Det andra steget är att utreda utgångsläget, dvs. det kontrafaktiska scenariot, konkurrensförhållandena i avsaknad av avtalet i fråga. För det tredje måste sambandet mellan avtalets påverkan på beteende och en ändring i konkurrensläget utredas. Det sista steget, jämförelsen mellan konkurrensläget med avtalet och utan avtalet visar på om ändringen i konkurrensläget kan anses vara tillräckligt negativ för att utgöra en konkurrensbegränsning. Det måste dock påpekas att domstolen i *STM* inte delade upp analysen av det kontrafaktiska testet på detta sätt. Inte heller tycks unionsdomstolarna efteråt ha spaltat upp analysen på detta sätt förrän Tribunalens dom i *Servier*.³⁶

För det fjärde anger inte domstolen i närmare grad exakt vilken tidpunkt och den tidsperiod som är relevant för bedömningen av "konkurrensläget". Det kan implicit utläsas från *STM* att domstolen förmodligen menade *status quo* läget, dvs. läget före avtalet ingicks mellan parterna. Sammanhanget i *STM* ger stöd en sådan syn, eftersom leverantören i målet länge hade försökt ta sig in på marknaden utan framgång.³⁷ Situationen före avtalets ingående var således central i målet. Utan avtalet skulle förmodligen konkurrenstrycket ha varit mindre eftersom leverantören inte ens kunde träda in på marknaden ifråga. Med avtalet, inklusive exklusivitetsklausulen, var leverantören närvarande på marknaden, vilket därför kunde anses öka konkurrenstrycket. Domstolens uttalande att det var tveksamt om

³⁴ *STM*, s. 259 (svenska språkversionen).

³⁵ Mål T-328/03 *O2* mot Europeiska kommissionen, EU:T:2006:116 (*O2*), punkt 74.

³⁶ *Servier*, punkt 1076 (engelska och franska versionen).

³⁷ Förslag till avgörande, Generaladvokat Roemer, Mål 56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.)* mot *Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)* EU:C:1966:17 (Yttrande, GA Roemer, *STM*), s. 257.

ett exklusivavtal kunde anses vara konkurrensbegränsande när denna tillät en konkurrent att träda in på marknaden måste ses i ljuset av de faktiska omständigheterna. Domstolen tycks *de facto* ha gjort en jämförelse med *status quo* eftersom det var den intressanta situationen i fallet. Domstolen gick aldrig in på den framtida marknadsutvecklingen med avtalet, förmodligen eftersom det var onödigt i ljuset av övriga omständigheter i målet.

Alla de fyra ovan aspekterna i *STM* är relevanta teman för att förstå omfattningen av ett kontrafaktiskt scenario. Dessa behandlas nedan.

3.2 Vilket är det relevanta kontrafaktiska scenariot?

Frågan om vilket kontrafaktiskt scenario som är relevant är grundläggande för den praktiska tillämpningen. Som visas nedan tycks denna variera beroende på vad syftet är med tillämpningen av det kontrafaktiska scenariot i det enskilda fallet. Även om ett kontrafaktiskt scenario inom konkurrensrätten alltid, som utgångspunkt, torde handla om en jämförelse mellan situationerna med eller utan ett visst avtal, klausul, handling, eller transaktion, betyder inte det att alla faktiska omständigheter inom de två olika situationerna beaktas.

Som visats ovan pekade domstolen på i *STM* att det kontrafaktiska scenariot utgjorde konkurrensläget på marknaden utan avtalet i fråga. Detta perspektiv tycks genomsyra de allra flesta fallen som handlar om tillämpningen av konkurrensbegränsningskriteriet enligt artikel 101.1 FEUF. Det finns dock exempel där kommissionen och unionsdomstolarna har gjort mindre avsteg från denna utgångspunkt. I *MasterCard*, som framför allt handlade om tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar, jämförde inte kommissionen den givna situationen med situationen utan avtalet.³⁸ Fallet gällde en multilateral bankavgift (Multilateral Interchange Fee eller MIF) som tillämpades inom Mastercards bankkortsystem. En MIF är en bankavgift som betalas inom ett kortbetalningssystem. Betalningen går från den bank (den inlösande banken) som enligt avtal sköter en betalning åt den affär där en konsument gjort ett kortköp till den bank som har utgivit kortet till konsumenten (den utgivande banken). Kommissionen ansåg att effekten av en MIF var minskad priskonkurrens mellan de inlösande bankerna. Avgiften vältrades över till bankkunderna (butikerna där kortköpen sker) och satte i praktiken ett minsta belopp som alla inlösande banker tog ut som en avgift av sina kunder (butikerna). MIF:en marginaliserade de inlösande bankernas möjligheter till priskonkurrens. Mastercard hävdade å sin sida att MIF:en utgjorde en accessorisk begränsning (se diskussionen nedan). Trots att argumentationen om accessorisk begränsning inte godtogs, tycks kommissionen ändå ha godtagit att utan MIF:en fanns en risk att de utgivande bankerna skulle sätta ett överpris gentemot de inlösande bankerna, i synnerhet eftersom de inlösande bankerna enligt Mastercards regler var tvungna att acceptera alla kreditkort inom systemet oavsett vilken bank som hade utgivit kortet. Detta lämnade de inlösande bankerna i de kortutgivande

³⁸ Mål C-382/12 P MasterCard Inc. m.fl. mot Europeiska kommissionen EU:C:2014:2201 (*MasterCard*).

bankernas "nåd" eftersom dessa kunde ta ut (för höga avgifter) för varje enskild transaktion. Om de kortutgivande bankerna skulle agera på ett sådant opportunistiskt sätt skulle det på längre sikt ha hotat överlevnaden av betalningssystemet. En MIF kunde därmed undvika att de inlösande bankerna blev exploaterade, eftersom i avsaknaden av bilaterala avtal mellan kortutgivarna och de inlösande bankerna gällde MIF:en som en "default-rule". Vid bedömningen enligt konkurrensbegränsningskriteriet jämförde Kommissionen den givna situationen med alternativet att Mastercard istället infört ett förbud för kortutgivarna att bestämma bankavgiften i ett enskilt kortköp i efterhand (förbudet mot en *ex post* avgift) vid avsaknad av ett bilateralt avtal mellan den utgivande och den inlösande banken, dvs. samma kontrafaktiska scenario som tillämpats vid bedömningen av om MIF:en utgjorde en accessorisk begränsning. Enligt EU-domstolen begick Tribunalen ett rättsligt fel när den accepterade samma kontrafaktiska scenario som hade använts i argumentationen om begränsningen var accessorisk. I synnerhet borde Tribunalen (och därmed Kommissionen) ha utrett och visat att det alternativa scenariot var tillräckligt realistisk.³⁹ Domstolen underkände dock inte Tribunalens dom eftersom felet inte ansågs vara av avgörande betydelse i det enskilda fallet. I sin egen bedömning ansåg domstolen att det kontrafaktiska scenariot var det enda alternativet till MIF:en som framkommit i Tribunalens dom. Det hade inte heller gjorts gällande att Mastercard skulle ha låtit betalningssystemet falla samman utan MIF:en. Domstolen ansåg därför att det alternativa scenariot, tillämpningen av förbudet mot en bankavgift *ex post*, var ett sannolikt kontrafaktiskt scenario.⁴⁰ Det följer från *MasterCard* att domstolen är villig att acceptera ett annat realistisk kontrafaktiskt scenario än den traditionella (helt utan den omstridda åtgärden). Det bör dock påpekas att utgångspunkten för hela diskussionen om det alternativa kontrafaktiska scenariot var kommissionens beslut. Förmodligen tillämpade kommissionen det alternativa kontrafaktiska scenariot eftersom MasterCard hävdade att kortsystemet inte skulle fungera utan MIF:en. Det var MasterCards argumentation som därmed påverkade hur kommissionen tillämpade det traditionella kontrafaktiska analysen under konkurrensbegränsningskriteriet.

Vad gäller svensk rätt, som nämnts ovan (avsnitt 2.2), tycks de allra flesta målen inte aktualisera tillämpningen av det kontrafaktiska scenariot enligt konkurrensbegränsningskriteriet enligt 2:1 § KL. *Booking* skiljer sig från tidigare rättspraxis eftersom den hypotetiska situationen i det kontrafaktiska testet var avgörandet för utgången i fallet.⁴¹ En konkurrent, *Visita*, hävdade att Bookings tillämpning av snäva paritetsklausuler i sina avtal med hotellen hade resulterat i konkurrensbegränsningar på marknaden för onlinebokningar genom onlineresebyråer av hotellövernattningar, samt konkurrensbegränsningar på marknaden för hotellövernattningar. En central fråga i målet var hur hotellen skulle agerat i avsaknad av paritetsklausulerna (den hypotetiska situationen), i synnerhet om de

³⁹ *MasterCard*, punkterna 166-167.

⁴⁰ *MasterCard*, punkt 173.

⁴¹ PMÖD, mål PMT 7779-18, *Booking* mot *Visita* (*Booking*); PMD, mål PMT 13013-16, *Visita* mot *Booking* (*Booking*, PMD).

hade haft incitament att prisdifferentiera mellan olika onlineresebyråer, samt om de skulle ha prisdifferentierat mellan sina egna hemsidor och onlineresebyråer. Det är tveksamt om målet säger så mycket om det kontrafaktiska testet. Snarare avgjordes målet framför både PMD och PMÖD av deras bedömningar av den bevisning som fördes fram av parterna.

Vad gäller marknaden för onlinebokningar fann båda domstolar att hotellen i praktiken inte tycktes prisdifferentiera mellan olika onlineresebyråer eller att prisdifferentiering skedde i en mycket begränsad omfattning. Detta gällde även i andra länder där prisparitetsklausuler var förbjudna enligt lagstiftning eller domstolsbeslut. Icke desto mindre fann PMD att prisparitetsklausulerna hade konkurrensbegränsande effekter. Detta berodde på att hotellen inte hade något incitament att ta ut ett högre pris genom sina egna hemsidor än genom olika onlineresebyråer.⁴² Att ta ut ett lägre pris genom en onlineresebyrå pga. att det företaget sänkte provisionen skulle nödvändigtvis åtföljas av en sänkning av priset på hotellets hemsida. En sådan sänkning skulle dock aktivera paritetsklausulen i avtalet med Booking som därmed indirekt skulle avskräcka hotellet från att prisdifferentiera i första taget.⁴³ Detta argument tillsammans med domstolens egen analys av marknadsstrukturen ledde till slutsatsen att det åtminstone fanns en potentiell konkurrensbegränsning. PMÖD kom fram till motsatta slutsatsen. PMÖD tog fasta på att det inte tycktes finnas några incitament för hotellen att prisdifferentiera mellan olika onlineresebyråer.⁴⁴ Det faktum att detta inte skedde i någon större grad i länder där prisparitetsklausuler inte var tillåtna gav stöd för denna slutsats i ljuset av den relativa höga konkurrensen på hotellmarknaden. PMÖD ansåg även att marknadsstrukturen (oligopolistisk) var mer kopplat till nätverkseffekter som åtnjötts av de större digitala plattformarna än förekomsten av prisparitetsklausuler.⁴⁵ Domstolen kritiserade även Visita för att inte ha gjort en mer djuplodande (historisk) utredning av prissättningen och villkoren för nyetablering.⁴⁶ PMÖD ansåg därmed att Visita inte hade presenterat en tillräcklig robust utredning.

Vad gäller marknaden för hotellövernattningar fann PMD att i avsaknad av paritetsklausulerna hade hotellen kunnat sänka sina priser, vilket hade intensifierat konkurrensen mellan hotellen.⁴⁷ PMÖD fann även i denna del att Visitas utredning inte hade varit tillräckligt robust. Domstolen ansåg att det fanns indikationer (utifrån den bevisning som framkommit) på att många hotell föredrog att ha en enhetlig prissättning mellan olika distributionskanaler.⁴⁸ Dessutom fanns det

⁴² *Booking*, PMD s. 46.

⁴³ *Booking*, PMD s. 46-48.

⁴⁴ *Booking*, s. 19-20.

⁴⁵ *Booking*, s. 21-22.

⁴⁶ *Booking*, s. 22.

⁴⁷ *Booking*, PMD s. 49-50.

⁴⁸ *Booking*, s. 23.

möjligheter, trots förekomsten av prisparitetsklausuler, att ägna sig åt priskonkurrens.⁴⁹ PMÖD ansåg därmed att det var tveksamt om paritetsklausulerna faktiskt eller potentiellt hindrade priskonkurrens mellan hotellen.

Som signalerats ovan, bör inte alltför stora växlar dras av *Booking* när det gäller den kontrafaktiska bedömningen. I grund och botten utgjorde den kontrafaktiska situationen det traditionella scenariot som följer av *STM*, nämligen marknadsutvecklingen utan avtalet ifråga. Den stora stridsfrågan rörde snarare den utredning som presenterades av parterna som stöd för att hotellen skulle ha agerat på ett visst sätt utan de omstridda avtalsklausulerna.

Vidare tillämpas enligt Kommissionen ett andra kontrafaktiska test enligt konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 101.1 FEUF.⁵⁰ Detta är det kontrafaktiska testet som "fångar in" specifika avtalsbegränsningar i vertikala avtal (inommärkeskonkurrens). Det kontrafaktiska scenariot går ut på att jämföra den givna situationen med avtalet, inklusive den specifika klausulen, med den hypotetiska situationen med avtalet, exklusive den specifika klausulen. Det finns en stor massa fall där domstolarna och kommissionen har funnit att begränsningar i återförsäljaravtal, i synnerhet klausuler som ger återförsäljare territoriellt skydd, uppfyller konkurrensbegränsningskriteriet. Den rättspraxisen stödjer att kommissionen och domstolarna, åtminstone i praktiken, har ägnat sig åt en jämförelse med situationen med avtalet, men utan den problematiska klausulen. Den kritik som har framfört mot dessa fall är oftast att jämförelsen är orealistisk eftersom parterna överhuvudtaget inte skulle ingått ett avtal utan klausulen ifråga. Jämförelsen har därför ansetts inkludera ett mer renodlat hypotetiskt scenario, vilket kan kritiseras för att vara spekulativt och orealistiskt.⁵¹ Å andra sidan, som diskuteras i det följande, har EU-domstolens praxis öppnat upp för en form av rättfärdigande för dessa klausuler om de kan fastslås vara "objektivt nödvändiga".

Det har redan signalerats ovan (avsnitt 2.2) att ett kontrafaktiskt scenario ibland utreds i ett annat syfte än hur den kontrafaktiska analysen användes i typfallet *STM*. I synnerhet tycks utredningen av accessoriska begränsningar i enlighet med *Remia* och efterföljande rättspraxis innebära ett annat perspektiv.⁵² *Remia* rör framför allt en framtida bedömning om hur avtalsparterna sannolikt skulle bete sig utan avtalet/avtalsklausulen i fråga. Detta, i sig, skiljer sig inte från rättsfall som i *STM*. Vad som tycks ha varit avgörande i *Remia* var det faktum att klausulen kunde ses som konkurrensbegränsande, men att det gick att förklara avtalets rationalitet genom att fastställa ett samband mellan nödvändigheten av sidoavtalet och genomförandet av huvudavtalet som i sig inte var konkurrensbegränsande. Det kontrafaktiska scenariot kan därmed särskiljas från det typiska kontrafaktiska

⁴⁹ *Booking*, s. 23-24.

⁵⁰ Tillkännagivande, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97 (Riktlinjer om art. 101.3 TFEU), punkt 18(2).

⁵¹ Eklöf, Dan, Om modernt och rester av omodernt i den konkurrensrättsliga moderniseringen – marknadsstyrka, "counterfactuals" och handlingsbegränsande restriktioner, ERT 2006, nr 2, s. 259 ff. (Eklöf), s. 267.

⁵² Mål 42/84 *Remia BV and others v Commission of the European Communities*, EU:C:1985:327 (*Remia*).

scenariot i *STM* eftersom testet går ut att på utreda om huvudavtalet hade ingåtts utan förekomsten av sidoavtalet. Utredningens syfte genom tillämpningen av det kontrafaktiska testet är inte att direkt fastställa konkurrensbegränsningar, utan snarare ett orsakssamband mellan huvudavtalets existens och det konkurrensbegränsande sidoavtalet. Kravet som ställs är ganska högt. Det måste i princip vara omöjligt att genomföra huvudtransaktionen utan sidoavtalet eller konkurrensbegränsningen för att klausulen eller sidoavtalet ska klassificeras som en accessorisk begränsning.⁵³ Det får inte vara frågan om att en verksamhet blir mer lönsam eller effektiv pga. konkurrensbegränsningen eller sidoavtalet eftersom en sådan bedömning rör mer avvägningen mellan positiva och negativa effekter som görs under undantagsreglerna i artikel 101.3 och 2:2 § KL.⁵⁴

Samma perspektiv tycks genomsyra mål som *Nungesser, Erauw-Jacquery* och *Coty*.⁵⁵ Dessa mål tycks alla ha gemensamt att de inskränker konkurrensbegränsningskriteriet genom att rättfärdiga en *prima facie* konkurrensbegränsande klausul utifrån ett legitimt syfte med avtalsförhållandet som resulterar i mer konkurrens. Precis som i *STM* legitimeras (öppna) exklusiva licensavtal i *Nungesser* av möjligheten till marknadspenetration.⁵⁶ I *Erauw-Jacquery* möjliggjorde klausulen skyddet av en immaterialrättighet, som indirekt skyddar en form av konkurrens genom teknisk utveckling.⁵⁷ I *Coty* möjliggjorde klausulen konkurrens genom att framhäva varornas lyxiga karaktär.⁵⁸

Det finns två faktorer som är intressanta med alla dessa mål. För det första, resulterar dessa mål i ett skifte av perspektiv, från utredningen av om en konkurrensbegränsning föreligger till utredningen av om en klausul kan legitimeras utifrån ett legitimt syfte. Detta medför att bevisbördan skiftar från käranden/konkurrensmyndigheten till svaranden.⁵⁹ För det andra, tillämpas ett proportionalitetstest i alla dessa mål. I *Nungesser* rättfärdigades endast vissa aspekter av det territoriella skydd en licenstagare fick genom ett licensavtal (open exclusive licenses), men inte vissa andra som var för långtgående eftersom de hindrade parallellhandel.⁶⁰ I *Erauw-Jacquery*, där domstolen var förhållandevis generös, ansågs en ganska långtgående klausul som hindrade handel ändå rättfärdigad eftersom det gick inte att skydda växtförädlarrättigheterna på något

⁵³ Mål C-382/12 P MasterCard Inc. m.fl. mot Europeiska kommissionen EU:C:2014:2201 (*MasterCard*), punkt 91; PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*, s. 34.

⁵⁴ Mål T-112/99 Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen, EU:T:2001:215 (*M6*), punkt 121; Mål C-382/12 P MasterCard Inc. m.fl. mot Europeiska kommissionen EU:C:2014:2201 (*MasterCard*), punkterna 92-93.

⁵⁵ Mål 258/78 L.C. Nungesser KG och Kurt Eisele mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1982:211 (*Nungesser*); mål 27/87 SPRL Louis Erauw-Jacquery mot Société coopérative La Hesbignonne EU:C:1988:183 (*Erauw-Jacquery*); mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH EU:C:2017:941 (*Coty*).

⁵⁶ *Nungesser*, punkterna 56-59.

⁵⁷ *Erauw-Jacquery*, punkt 10.

⁵⁸ *Coty*, punkterna 44-57.

⁵⁹ PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*, s. 36.

⁶⁰ *Nungesser*, punkterna 58-61.

annat sätt.⁶¹ I *Coty* tillämpades explicit ett proportionalitetstest för att se om varornas karaktär kunde rättfärdiga de villkor som satts upp för att skydda den lyxiga framtoningen som skapades genom ett selektivt distributionsätt.⁶²

Det som gäller objektivt nödvändiga klausuler och accessoriska begränsningar tycks även gälla för rättfärdigande av konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 101.3 FEUF och 2:2 § KL. Som nämnts ovan kräver undantagsregeln att avtalsparterna visar att avtalet resulterar i en objektiv fördel.⁶³ En sådan utredning torde kräva en jämförelse med situationen utan avtalet ifråga. Vad gäller nödvändighetskriteriet torde den kontrafaktiska analysen fokusera på om det finns andra alternativa avtal som resulterar i effektivitetsvinster som ändå begränsar konkurrensen mindre.⁶⁴ Det tycks finnas en mindre distinktion mellan den utredning som görs gällande effektivitetsvinster och nödvändighet. Medan den kontrafaktiska analysen av effektivitetsvinsten inte torde beakta andra alternativa avtal öppnar proportionalitetsbedömningen upp för sökandet efter alternativa begränsningar.

Det bör noteras att bedömningen öppnar upp för utredningen av fler kontrafaktiska situationer som förutsätter avtalets existens men med alternativa klausuler eller alternativa sidoavtal. Det är uppenbart att en sådan utredning kan resultera i en undersökning av orealistiska situationer. En kårande/konkurrensmyndighet skulle kunna "påvisa" avtalsklausuler som i teorin löser samma problem som de faktiska begränsningarna i fallet, men som parterna i praktiken inte skulle acceptera. Just denna fråga uppkom i *MasterCard* där svaranden hävdade att Tribunalen i sin bedömning av objektiv nödvändighet hade beaktat andra alternativ som var orealistiska för att lösa det snålskjutsproblem företaget ville komma åt.⁶⁵ EU-domstolen bekräftade att en kontrafaktisk analys i sammanhanget kan innefatta en utredning av flera alternativa begränsningar under förutsättning att dessa kunde anses vara realistiska.⁶⁶ Exakt hur bedömningen görs av om ett alternativ scenario är tillräckligt realistisk går inte att utläsa från *MasterCard*, annan rättspraxis eller kommissionens *soft law*. I slutändan, avgörs frågan av styrkan av de enskilda argumenten som framförs av parterna och den bevisning som presenteras i ett enskilt fall.

I *Booking*, det ovan nämnda fallet om snäva paritetsklausuler, diskuterades vid PMD om huruvida klausulerna kunde anses vara objektivt nödvändiga för att skydda leverantören av bokningar av hotellövernattningar on-line, Booking, från snålskjuts från hotellföretagen.⁶⁷ Det hade gjorts gällande att hotellföretagen hade incitament att använda sig av Bookings tjänster samtidigt som de sänkte priserna

⁶¹ *Erauw-Jacquery*, punkt 10.

⁶² *Coty*, punkterna 42-56.

⁶³ PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*, s. 53.

⁶⁴ PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*, s. 57.

⁶⁵ Mål C-382/12 P MasterCard Inc. m.fl. mot Europeiska kommissionen EU:C:2014:2201 (*MasterCard*), punkt 96.

⁶⁶ *MasterCard*, punkt 111.

⁶⁷ PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*.

på sina rum för onlinebokningar på sina hemsidor. Därmed kunde hotellen dra fördelar av täckningen av Bookings bokningssystem för att dra till sig kunder till sina egna hemsidor. Konkurrensverket tycks ha ansett att klausulerna ifråga gick att rättfärdiga med snålskjutsproblemet.⁶⁸ PMD gjorde dock en annan bedömning. I synnerhet tyckte domstolen att det inte var omöjligt för Booking att ingå avtalen med hotellen utan paritetsklausulerna. Frågan tycks ha avgjorts av att Booking inte hade tillämpat de snäva paritetsklausulerna vid inträdet på den svenska marknaden och inte heller i vissa andra länder.⁶⁹ Därför verkade inte klausulerna vara objektivt nödvändiga för att skydda företaget från snålskjutsproblemet. Som nämnts ovan, vann Booking målet efter en överklagan till PMÖD, men domstolen gick aldrig in på frågan om accessoriska begränsningar.

Vidare vad gäller företagskoncentrationer tycks även substansbedömningen basera sig på utredningen av "konkurrensläget" vid tidpunkten för koncentrationens ingående, dvs. *status quo*.⁷⁰ Kommissionen kommer i många fall att fokusera på faktorer som marknadsandelar och jämföra hur koncentrationen påverkar sådana faktorer. Precis som signaleras av Kommissionen i, kan dock det kontrafaktiska testet vara framåtblickande och därmed beakta en alternativ situation än *status quo*-läget.⁷¹ Eftersom denna diskussion rör mer tidsperspektivet som tillämpas i ett kontrafaktiskt test, kommer det att behandlas nedan (avsnitt 3.4).

3.3 När är ett kontrafaktiskt test ett rättsligt krav?

Frågan om ett kontrafaktiskt test utgör ett rättsligt krav fokuserar på situationen om den uttryckliga avsaknaden av en sådan utredning skulle utgöra ett sådant allvarligt fel som resulterar i att en talan av Kommissionen, konkurrensmyndighet eller privat kändan skulle underkännas.

Medan det finns ett visst stöd för en sådan tolkning av artikel 101.1 FEUF/2:1 § KL, går det att diskutera hur starkt det stödet är. Rättsfallet som oftast åberopas som stöd för att effektbedömningen enligt artikel 101 FEUF kräver en utredning av det kontrafaktiska scenariot är *O2*.⁷² I fallet hade Kommissionen bedömt att ett roamingavtal var konkurrensbegränsande, men att det kunde undantas enligt 101.3 FEUF. Företaget kritiserade beslutet med bl.a. argumentet att Kommissionen misslyckats med att jämföra konkurrensläget med avtalet med konkurrensläget utan avtalet och därför dragit felaktiga slutsatser om avtalets effekter. Kommissionen hade utgått från att företaget ifråga, utan avtalet, skulle befinna sig på marknaden för 3G mobilkommunikation bl.a. därför att företaget var aktiv på 2G-

⁶⁸ Konkurrensverkets beslut, dnr 596/2013 (*Bookingbeslutet*), punkterna 28-30.

⁶⁹ PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*, s. 36.

⁷⁰ Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, EUT 2008 C 265/6 (Riktlinjer om icke-horisontella koncentrationer), punkt 20; riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, EUT 2004 C 31/5 (Riktlinjer om horisontella koncentrationer), punkt 9.

⁷¹ Riktlinjer om icke-horisontella koncentrationer, punkt 20; riktlinjer om horisontella koncentrationer, punkt 9.

⁷² Mål T-328/03 *O2 mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2006:116 (*O2*).

marknaden och bl.a. hade uppgett sin avsikt att träda in på 3G-marknaden.⁷³ Företaget å sin sida hävdade att det inte skulle kunna vara verksamt på marknaden utan roamingavtalet, som därmed i själva verket främjade konkurrensen och borde ha bedömts falla utanför artikel 101.1 FEUF. Förstainstansrätten konstaterade först att det följer av *STM* att ett avtals effekter bör utvärderas i förhållande till de konkurrensförhållanden som skulle ha rått utan avtalet. Vidare konstaterade domstolen att Kommissionen inte kunde kritiseras därför att de inte hade *utfört* en jämförelse med situationen utan avtalet.⁷⁴ Vad domstolen däremot kritiserade var att Kommissionens påstående om att företaget skulle ha konkurrerat på marknaden för 3G inte kunde bekräftas av beslutet.⁷⁵ Med andra ord tycks Kommissionen, om än på ett indirekt sätt, ha fastställt det kontrafaktiska scenariot i *O2*, genom sin utgångspunkt eller antagande att företaget skulle vara aktiv på 3G-marknaden.⁷⁶ Kommissionen tycks dock ha misslyckats med att fastställa att konkurrensläget var tillräckligt sannolikt. Domstolen uttalade att "[i] avsaknad av en sådan objektiv undersökning av hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut utan avtalet kunde Kommissionen inte på goda grunder bedöma i vilken mån som avtalet var nödvändigt för att *O2* skulle kunna ta sig in på marknaden".⁷⁷ Det är även viktigt i detta sammanhang att understryka att domstolen fann att andra delar i Kommissionens beslut talade emot antagandet att företaget skulle kunna konkurrera på 3G-marknaden utan roamingavtalet.⁷⁸ Domstolen gjorde en helhetsbedömning av dessa omständigheter och fann att företagets potentiella inträde på 3G-marknaden var oklart, vilket påkallade en mer djuplodande analys av det kontrafaktiska scenariot.⁷⁹ Av både *STM* och *O2* tycks följa att Kommissionen i mål om konkurrensbegränsande avtal måste på ett korrekt sätt fastställa konkurrensläget när denna är relevant för utvärderingen av ett avtal. Dock följer inte av dessa mål, som ett formellt krav, att Kommissionen antingen skulle ha gjort en utredning av det kontrafaktiska scenariot eller ha gjort en explicit jämförelse mellan det kontrafaktiska scenariot och konkurrensläget i den givna situationen. Denna nyansering kan säkert uppfattas som "petigt". Det verkar dock inte alls vara självfallet att beslutet i *O2* skulle ha funnits vara felaktig pga. avsaknaden av en utredning eller pga. Kommissionens bristfälliga utredning av det kontrafaktiska scenariot. Det som tycks ha haft stor betydelse var att Kommissionens beslut i delar grundat sig på motstridiga omständigheter och resonemang.

Det finns dock starkare stöd än *O2* för att en kontrafaktisk bedömning utgör ett rättsligt krav vid effektbedömningen enligt artikel 101.1 FEUF. I *Servier*, som aktualiserade frågan om ett företag skulle ha utgjort en potentiell konkurrent i avsaknaden av ett påstått *pay-for-delay avtal*, uttalade Tribunalen att det är

⁷³ *O2*, punkt 76.

⁷⁴ *O2*, punkt 74.

⁷⁵ *O2*, punkt 77.

⁷⁶ *O2*, punkterna 74-75.

⁷⁷ *O2*, punkt 77.

⁷⁸ *O2*, punkt 78.

⁷⁹ *O2*, punkt 79.

nödvändigt vid effektbedömningen att genom en kontrafaktisk jämförelse visa att konkurrenssituationen är sämre med det omstridda avtalet.⁸⁰ Diskussionen i fallet cirkulerade framför allt kring vad som bör utredas vid en kontrafaktisk bedömning (se nedan, avsnitt 3.5), vilket resulterade i att kommissionen tappade den delen i målet. I synnerhet tycks domstolens ganska långtgående syn om att jämförelsen måste påvisa en sämre konkurrenssituation med avtalet ifråga ha haft en stor betydelse. Kommissionen hade gjort ett ganska starkt antagande att licenstagaren hade kunnat utöva potentiell konkurrens trots att det fanns starka indikationer på att licensgivarens patent skulle ha hindrat inträde utan licensavtalet.⁸¹ Det var ganska oklart i fallet om det fanns tillräckligt stöd för kommissionens slutsatser och bristen på analys resulterade i att domstolen inte kunde godta att licenstagaren kunde ses som en potentiell konkurrent.

I denna kontext bör även det ovan nämnda *Mastercard* beaktas. Kommissionen hade i det fallet utgått från ett formellt sett *felaktigt* kontrafaktiskt scenario och inte motiverat och förklarat sitt val av alternativ scenario. EU-domstolen godtog beslutet trots att det var behäftat med ett rättsligt fel i den kontrafaktiska analysen eftersom det ändå fanns stöd för Kommissionens slutsatser i övriga delar av beslutet. Av detta fall, sammantaget med *O2*, tycks följa att den kontrafaktiska bedömningen inte bör ses som ett formalistiskt krav. Om Kommissionens utgångspunkt, som implicit "sätter" det kontrafaktiska scenariot, kan stödjas genom den utredning som gjorts i beslutet torde det vara tillräckligt för att ett krav om en kontrafaktisk bedömning är uppfylld (*Mastercard*, *O2*). När situationen är mer svårbedömd kan det krävas en mer ingående utredning och att en jämförelse utförs mellan den givna och hypotetiska situationen (*Servier*).

Vad gäller koncentrationskontrollen verkar det inte troligt att en utredning av det kontrafaktiska scenariot inte skulle vara ett rättsligt krav. Det kontrafaktiska scenariot utgör oftast det rådande marknadsläget vid tidpunkten för koncentrationens uppkomst. Som påpekats ovan kommer konkurrensmyndigheterna att basera sin bedömning på jämförelser av t.ex. marknadsandelar eller avskärmningseffekter före och efter koncentrationens genomförande.⁸² Till skillnad från förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av en dominerande ställning där bedömningen till större eller mindre grad kan fokusera på formen (som t.ex. en priskartell eller underprissättning under de genomsnittliga rörliga kostnaderna) kan inte en utredning av formen leda till några slutsatser inom koncentrationskontrollen. Marknadsförhållandena måste helt enkelt utredas, vilket åtminstone kommer att inkludera marknadsläget vid *status quo*, dvs. det kontrafaktiska scenariot.

⁸⁰ Mål T-691/14 *Servier SAS m.fl. mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2018:922 (*Servier*), punkt 1076 (engelska och franska versionen).

⁸¹ *Servier*, se exempelvis punkterna 1142-1187 (engelska och franska versionen) rörande icke-saluföringsklausulen där kommissionens bristfälliga analys framkommer tydligt.

⁸² Se t.ex. Riktlinjer om icke-horisontella koncentrationer, punkt 18; riktlinjer om horisontella koncentrationer, punkt 15.

Vad gäller frågan om en kontrafaktisk bedömning utgör ett rättsligt krav vid tillämpningen av förbudet mot ett missbruk av en dominerande ställning är rättsläget osäkert. Som påpekats ovan har kommissionen signalerat tillämpningen av en sådan bedömning som en analysram för missbruksbedömningen.⁸³ Det finns även mål som pekar på att kommissionen även gör en sådan bedömning i praktiken när den analyserar de konkurrensbegränsande effekterna av utestängande missbruk. Det finns emellertid alltför många fall där missbruksbedömningen karakteriseras av en mer formalistisk bedömning där de konkurrensbegränsande effekterna inte utreds, vilket även innebär att en kontrafaktisk bedömning aldrig kommer i fråga. Spörsmålet behandlas dock mer i detalj nedan (avsnitt 4).

3.4 Vilket tidsperspektiv är relevant vid den kontrafaktiska bedömningen?

Tidsperspektivet som tillämpas i bedömningen av ett kontrafaktiskt scenario tycks ha en ganska stor praktisk betydelse. Dels kan tidsperspektivet påverka beviskravet och därmed den utredningsbörda som den part som har bevisbördan vid tillämpningen av ett kontrafaktiskt test. Dels kommer tidsperspektivet förmodligen påverka robustheten i de slutsatser som dras.

Tidsperspektivet kan komma att variera både gällande den givna situationen och den hypotetiska situationen. Medan det typiska är att undersöka den givna situationen (avtalet, transaktionen, det potentiella missbruksbeteendet) utifrån den omedelbara påverkan av en åtgärd på avtalsparternas eller tredje parter beteende, kan det även krävas en utredning över den framtida marknadsutvecklingen. I vissa fall, där den konkurrensbegränsande verkan som ska bevisas ligger längre fram i tiden, som t.ex. konglomerateffekter i koncentrationsärenden, ter det sig naturligt att göra en framåtblickande analys. I vissa andra fall, där den kritiserade åtgärden redan har funnits på marknaden, som i de allra flesta missbruksmålen, kommer undersökningen nödvändigtvis vara tillbakablickande. Tidsperspektivet kan även variera vad gäller den hypotetiska situationen. Som redogörs nedan, tycks typiskt sett utgångspunkten vara *status quo*, alltså den situation som rådde precis före avtalet, transaktionen eller en annan åtgärd har sjösatts på marknaden. Utredningen av en hypotetisk situation kan dock även vara framåtblickande, eftersom det kan vara relevant i det enskilda fallet hur den hypotetiska marknadsutvecklingen skulle ha sett ut utan åtgärden ifråga. Ett bra exempel är den s.k. *failing-firm* försvaret som kan åberopas i koncentrationsmål.

⁸³ Prioritetsvägledningen, punkt 21.

En intressant fråga att behandla i denna rapport är om de specifika reglerna sätter gränser för hur tillbaka- eller framåtblickande en utredning bör vara. Endast för att reglerna om koncentrationskontroll ger utrymme för en framåtblickande analys av en hypotetisk situation, innebär det inte att en liknande analys är relevant i missbruksmål. Redogörelsen nedan visar dock att även om ett visst tidsperspektiv i normala fall används för en viss regel, tycks (nästan) alla variationer förekomma gällande alla olika typer av konkurrensregler. Snarare verkar sammanhanget i fallet, eller ett enskilt argument som åberopas i fallet, avgöra vilket tidsperspektiv som är relevant att tillämpa.

Vad gäller det relevanta tidsperspektivet vid utredningen av den givna situationen gällande avtal och missbruk faller det sig naturligt att utredningen är tillbaka-blickande. *STM* och *Microsoft* utgör bra exempel på en tillbakablickande analys. Den historiska händelseutvecklingen i *STM* verkar ha lett domstolen till slutsatsen att avtalet i fråga behövdes för marknadsinträde.⁸⁴ I *Microsoft* gav den historiska utvecklingen på marknaden en indikation på att dominantens åtgärd hade haft en faktisk verkan på marknaden.⁸⁵ Eftersom en företagskoncentration anmäls i förväg finns oftast ingen historik att undersöka gällande den givna situationen.⁸⁶

Det finns även exempel på en framåtblickande utredning av den givna situationen gällande alla konkurrensregler. I *GSK* fastslog Förstainstansrätten att en framåtblickande analys är nödvändig vid en bedömning av ett avtals effektivitetsvinster.⁸⁷ I målet hade företaget hävdade att en klausul som hindrade parallellhandeln resulterade i mer effektivitet genom mer innovation. Därmed krävdes en analys en framåtblickande utredning för att kunna bedöma om avtalsklausulen ifråga verkligen skulle kunna ha en sådan effekt på företagets incitament att investera i ytterligare FoU.⁸⁸ Det har redan nämnts ovan att företagskoncentrationer med konglomerateffekt kräver en långtgående framåtblickande analys av marknadsutvecklingen med koncentrationen som t.ex. i *Tetra Laval*.⁸⁹ Generellt sett kan sägas att koncentrationskontrollen *alltid* kommer att kräva en framåtblickande analys, i synnerhet när konkurrensmyndigheternas utredning bygger på parternas framtida beteende på marknaden som horisontella samordningseffekter eller konglomerat-effekter.⁹⁰ En framåtblickande analys kan även vara lämplig vid beaktandet av marknadsutvecklingen, exempelvis om företag kan förväntas lämna marknaden,

⁸⁴ Förslag till avgörande, Generaladvokat Roemer, Mål 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) EU:C:1966:17 (Yttrande, GA Roemer, *STM*), s. 257.

⁸⁵ *Microsoft*, punkterna 560-620.

⁸⁶ Marknadsutvecklingen efter anmälan av koncentrationen till kommissionen är en faktor som kan komma att beaktas i vissa fall. Amelio, Andrea, Buettner, Thomas, Hariton, Cyril, Koltay, Gábor, Papandropoulos, Penelope, Sapi, Geza, Valletti, Tommaso och Zenger, Hans, Recent Developments at DG Competition: 2017/2018, Review of Industrial Organization, vol. nr. 53, 2018, s. 653 ff. (Amelio m.fl.), s. 676-677.

⁸⁷ Mål T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen EU:T:2006:265 (*GSK*, Förstainstansrätten).

⁸⁸ *GSK*, punkt 248.

⁸⁹ Mål C-12/03 P Europeiska kommissionen mot Tetra Laval BV EU:C:2005:87 (*Tetra Laval*).

⁹⁰ Ibid; mål C-413/06 P Bertelsmann AG och Sony Corporation of America mot Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) EU:C:2008:392 (*Bertelsmann*), punkt 120; *Tetra Laval*, punkterna 42-44.

eftersom det kan påverka beräkningen av koncentrationens förväntade marknadsandelar, eller om det finns alternativa strategier som parterna till en koncentration kan vidta.⁹¹ I vilken grad även en bedömning av konkurrensbegränsande avtal eller missbruk förutsätter en framåtblickande analys beror på omständigheterna i fallet. I vissa fall, kan ett ingripande från konkurrensmyndigheterna ske i ett tidigt stadium, vilket kräver en framåtblickande analys. Exempelvis kunde domstolen i *Swedish Match* (om 2:7 § KL och artikel 102 FEUF) inte göra en bedömning av de faktiska (och därmed de historiska) effekterna på marknaden.⁹² I fallet hade företagen kort efter Konkurrensverkets ingripande stoppat den kritiserade åtgärden ifråga. I sådana fall krävs en utredning av den sannolika marknadsutvecklingen med åtgärden i fråga.

Vad gäller det relevanta tidsperspektivet för en utredning av den hypotetiska situationen visar rättspraxis att både en tillbaka- och framåtblickande analys kan tillämpas. *O2*, som är ett av de fallen där det kontrafaktiska testet hade en avgörande betydelse, utredde domstolen *de facto* den sannolika marknadsutvecklingen utan avtalet utifrån kommissionens utredning och motpartens argument. Knäckfrågan rörde om parterna, utan avtalet, kunde förväntas bli konkurrenter inom viss framtid eftersom kommissionens argument hade förutsatt ett sådant konkurrensförhållande.⁹³ Domstolen kom fram till att kommissionens slutsatser inte var tillräckligt underbyggda och att det inte var visat att parterna skulle bli konkurrenter. Fallet utgör således ett bra exempel på en framåtblickande analys. Det kan även diskuteras om *MasterCard* på sätt och vis även ger utrymme för en framåtblickande analys av den hypotetiska situationen. Kommissionen hade i sitt beslut inte utgått från situationen på marknaden utan åtgärden för att fastställa en konkurrensbegränsning. Istället utgick kommissionen från ett alternativt scenario, vad *MasterCard* hade kunnat göra för att lösa problemet med de utgivande bankernas eventuella opportunistiska som bankavgiften i målet försökte eliminera. Av denna redogörelse följer att det inte finns ett rakt svar på om ett kontrafaktiskt scenario under artikel 101.1 FEUF och 2:1 § KL måste vara tillbaka- eller framåtblickande. Snarare pekar rättsfall att det beror på, i synnerhet på den klagandes/kärandens faktiska argument i målet. Om kommissionens argument är att parterna ska anses vara konkurrenter pga. den framtida marknadsutvecklingen, då följer det (logiskt) att även det kontrafaktiska scenariot måste vara framåtblickande.

⁹¹ Se t.ex. KKV, stämningsansökan dnr 52/2016, Kronfågel, punkt 186; Sthlm TR, mål 3629-14, Svensk Fastighetsförmedling (*Svensk fastighetsförmedling*), s. 107.

⁹² Patent- och marknadsdomstolen, mål PMT 16822-14, Konkurrensverket mot *Swedish Match* (*Swedish Match*, PMD).

⁹³ *O2*, punkterna 74-75.

Vad gäller koncentrationskontrollen finns kontrafaktiska tester som avviker från *status quo* (s.k. *non-standard counterfactuals*)⁹⁴ och som innefattar en framåtblickande analys av den hypotetiska situationen. Den s.k. *failing firm defence* klassificeras som en "market exit counterfactual" eftersom den fokuserar på om i avsaknaden av transaktionen ett av företagen skulle utträda från marknaden.⁹⁵ Bedömningen, som etablerats genom *BASF*, innefattar en utredning om företaget ifråga skulle oundvikligen lämna marknaden, om företaget inte skulle kunna köpas av någon annan med mindre konkurrensbegränsande effekter och om företagets tillgångar skulle försvinna från marknaden i avsaknad av koncentrationen.⁹⁶ En sådan utredning omfattar en uppskattning av både företagets framtida ekonomiska situation samt andra marknadsaktörers handlande. Det finns även en s.k. "market entry counterfactual" som fokuserar på om en av parterna till transaktionen i avsaknaden av transaktionen skulle på egen hand träda in på den relevanta marknaden.⁹⁷ I *Lufthansa/SN Airholding* fann kommissionen att flygbolag i avsaknad av koncentrationen skulle ha trätt in en flygallians (och blivit dotterbolag till British Airways), avbrutit sitt avtal (code-sharing agreement) med Lufthansa, och trätt in på en av de relevanta marknaderna. Koncentrationen skulle därmed eliminera SN Airholding som en potentiell konkurrent. Kommissionen gjorde alltså en bedömning av bolagets agerande i den hypotetiska situationen och fastställde en kedja av agerande baserat på bolagets interna dokument, bolagets ekonomiska incitament och tidigare inträde på andra marknader.⁹⁸

Vad gäller tillämpningen av en framåtblickande analys av den hypotetiska situationen i missbruksmål finns inte så tydliga exempel som fallen ovan. Ibland antyds i målen en sådan analys trots att det sällan i målen uttryckligen diskuteras vad marknadsutvecklingen hade varit utan åtgärden ifråga. Exempelvis i *British Airways* nämner Tribunalen "i förbifarten" att utan rabattsystemet hade konkurrenter troligtvis kunnat vinna marknadsandelar.⁹⁹ Dessa påståenden, som tycks ha gjorts utan en faktisk utredning av det kontrafaktiska scenariot,¹⁰⁰ verkar dåligt underbyggda och nästan spekulativa. I själva verket tycks dessa påståenden baseras uteslutande på de slutsatser som kommissionen redan dragit om åtgärdens, dvs. formens, konkurrensbegränsande förmåga. Främst tycks argumentet användas som ett gensvar på argument om att det dominerande företaget i den givna situationen i själva verket inte vunnit så mycket eller tappat marknadsandelar.¹⁰¹

⁹⁴ Amelio m.fl., s. 675.

⁹⁵ Geradin & Girgenson 2013, s. 2.

⁹⁶ COMP/M2314 BASF/Eurodiol/Pantochim (*BASF*), se punkt 142 i beslutet; Geradin & Girgenson 2013, s. 5.

⁹⁷ Damien Geradin och Ianis Girgenson, *The Counterfactual Analysis in EU Merger Control*, SSRN nr. 2357026, 2013 (Geradin & Girgenson 2013), s. 2 och 11.

⁹⁸ COMP/M5335 Lufthansa/SN Airholding (*SN Airholding*), se punkterna 283 ff. i kommissionens beslut.

⁹⁹ Mål T-219/99 *British Airways plc* mot Europeiska kommissionen EU:T:2003:343 (*British Airways*, Tribunalen), punkt 298; mål T-286/09 *Intel Corp.* mot Europeiska kommissionen EU:T:2014:547 (*Intel*, Tribunalen), punkt 186; mål T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin* mot Europeiska kommissionen EU:T:2003:250 (*Michelin II*), punkt 245. Se kommissionens beslut, AT.39740 Google Search, C(2017) 4444 final (*Google Shopping*).

¹⁰⁰ Massimo Motta, *The European Commission's Guidance Communication on article 82*, *European Competition Law Review* 2009, 30(12), 593-599 (Motta), s. 598.

¹⁰¹ *Michelin II*, punkt 245; *British Airways*, Tribunalen, punkterna 297-298; *Intel*, Tribunalen, punkt 186.

3.5 Vilken utredning krävs vid tillämpningen av ett kontrafaktiskt test?

I första hand tycks skillnaderna mellan en effekt- och en formbaserad bedömning ha stor inverkan på hur grundlig en utredning av de olika situationerna är i ett givet fall. Vidare kan, som ovan redovisats, ett kontrafaktiskt test vara inriktat på att visa ett specifikt sannolikt händelseförlopp eller rationaliteten i ett visst handlande. Uppenbarligen kommer de "faktiska" omständigheter som beaktas i ett sådant fall vara beroende på syftet med användningen av den kontrafaktiska bedömningen. De faktorer som slutligen måste beaktas vid bedömningen av ett kontrafaktiskt test är väldigt viktiga, eftersom de sannolikt kommer att påverka den utredningsbörda och den bevisbörda som en part har vid bedömningen. De kan även resultera i att bevisbördan skiftar mellan de tvistande parterna (se nedan, avsnitt 3.6).

Det är svårt ibland att göra en distinktion mellan tillämpning av ett kontrafaktiskt test och en effektbaserad bedömning av ett visst handlande, i synnerhet pga. att den juridiska doktrinen pekar på förekomsten av ett kontrafaktiskt test som en faktor som gör att en undersökning klassificeras som effektbaserad och mer ekonomiskt.¹⁰² Användningen av ett kontrafaktiskt test kan dessutom härledas från *STM* där det kontrafaktiska testet hade en viktig praktisk betydelse för utredningen av ett avtals konkurrensbegränsande effekt på marknaden.¹⁰³ Fall som *O2* där den kontrafaktiska analysen har stått i centrum inom en effektanalys ger också intrycket av ett mer "ekonomiskt" test eftersom utredningen om marknadsförhållandena varit mer djuplodande än vad som annars är vanligt. Tillämpningen av kontrafaktiska tester kopplas samman med reformen år 2004 där Kommissionen i sin vägledning rörande undantaget i artikel 101.3 FEUF för första gången förklarade tillämpningen av de kontrafaktiska testen samtidigt som vägledningen introducerade en mer ekonomisk bedömning av konkurrensbegränsande avtal.¹⁰⁴ Det kan även påpekas att ett kontrafaktiskt test är nära sammankopplad till koncentrationskontrollen där en sådan analys görs regelmässigt till skillnad från de andra områdena inom konkurrensrätten. Koncentrationskontrollen anses innefatta en mer fullskalig effektanalys än förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av en dominerande ställning.

¹⁰² Damien Geradin och Ianis Girgenson, *The Counterfactual Method in EU Competition Law: the Cornerstone of the Effects-Based Approach*, SSRN nr. 1970917, 2011 (Geradin & Girgenson 2011); Veljanovski, Cento, *Counterfactual Tests in Competition Law*, *Competition Law Journal* 2010 (Veljanovski 2010), page 3; Pieter Van Cleynenbreugel, *Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting Legal Form to the Realities of Modernization?*, *Common Market Law Review* 2014, vol. nr. 51, s. 1381 ff. (Van Cleynenbreugel 2014), s. 1424.

¹⁰³ Mål 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*, EU:C:1966:38 (*STM*).

¹⁰⁴ Meddelande från kommissionen, *Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97* (Riktlinjer om artikel 101.3 FEUF).

De starkaste uttalandena som kopplar samman en kontrafaktisk analys med effektbedömningen finns i två relativt nya fall, *Lundbeck* och *Servier*. I *Lundbeck* uttalade Tribunalen att ett kontrafaktiskt test är mer kopplat till en effektbedömning än en syftesbedömning.¹⁰⁵ Uttalandet besvarade Lundbecks argument att utförandet av en kontrafaktisk analys hade visat att licenstagaren i ett påstådd *pay-for-delay* avtal inte hade kunnat konkurrera med licensgivaren pga. av patentet ifråga. Domstolen hade dock redan fastslagit att licenstagaren utgjorde en potentiell konkurrent (i avsaknad av avtalet) och ansåg att det kontrafaktiska testet var opraktisk för en syftesbedömning eftersom den skulle försvåra analysen av de omstridda avtalen. Det räckte med en "direkt" bedömning av avtalsbegränsningarnas skadlighet. I *Servier* behandlades mer eller mindre samma spørsmål med den skillnaden att Tribunalen redan hade avfärdat att det påstådda *pay-for-delay* avtalet utgjorde en syftesbegränsning. Domstolen utredde därför, inom en effektbedömning, om Kommissionen verkligen hade visat att licenstagaren åtminstone utgjorde en potentiell konkurrent. Tribunalen spaltade upp den kontrafaktiska analysen i de tre olika steg som beskrivits ovan (se ovan, avsnitt 3.1). I fallet fann domstolen att Kommissionen inte hade beaktat i tillräckligt hög grad utfallet i olika tvister gällande licensgivarens patent som hade avgjorts efter parternas överenskommelse men före Kommissionens beslut.¹⁰⁶ Patentets giltighet hade erkänts av domstolar och det var inte klarlagt att licenstagarens teknik inte gjorde intrång i Lundbecks patent. Utredningen av den faktiska marknadsutvecklingen (den *givna* situationen) och dess implikationer på den *hypotetiska* situationen var bristfällig och gav inte stöd för Kommissionens slutsatser. Av det ovan sagda följer att både *Lundbeck* och *Servier* ger ett starkt stöd för att en kontrafaktisk analys faller inom en effektbedömning. *Servier* signalerar dessutom en större utredningsbörda för Kommissionen av faktiska marknadsförhållanden och krav på en mer rigorös analys gällande ett avtals faktiska effekter.

Tillämpningen av ett kontrafaktiskt test behöver dock inte nödvändigtvis vara effektbaserad eller ekonomiskt. En kontrafaktisk test går endast ut på att fastställa vad som skulle hända i avsaknaden av ett visst avtal, avtalsklausul, samordnat förfarande, ensidig handling, eller skapandet av en koncentration. Vad gäller avtal kan ett kontrafaktiskt test tillämpas på ett mer begränsat sätt. Exempelvis kan en sådan bedömning endast eller primärt gå ut på att fastställa hur avtalsparterna skulle ha betett sig utan avtalets existens utan att innefatta en heltäckande marknadsundersökning.¹⁰⁷

¹⁰⁵ *Lundbeck*, punkt 473.

¹⁰⁶ *Servier*, punkterna 1142-1187.

¹⁰⁷ Mål C-209/07 Competition Authority mot Beef Industry Development Society Ltd och Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. EU:C:2008:643 (*BIDS*), punkt 35.

I *BIDS* använde domstolen det kontrafaktiska scenariot för att förklara varför en klausul utgjorde en syftesbegränsning. Uttalandet tolkades av vissa akademiker som att även fastställandet av en syftesbegränsning krävde en viss analys av effekter.¹⁰⁸ Domstolen verkar dock mer inriktat på att förklara hur "effekten" av överenskommelsen påverkade parternas handlingsfrihet på ett sådant sätt att det kunde klassificeras som en syftesbegränsning. I *BNIC*¹⁰⁹ fastslog domstolen att avtalet genom sanktioner hindrade parterna från att öka sin produktion och därmed hindrade parterna från att *förbättra sin marknadsposition*.¹¹⁰ Undersökningen i både *BIDS* och *BNIC* tycks båda vara begränsade till att undersöka formen, dvs. avtalet och dess innehåll, och innefattar inte nödvändigtvis avtalets effekt på marknaden eller m.a.o. ändringar i marknadsförhållandena. Likaledes kan en utredning om objektiv nödvändighet enligt artikel 101.3 FEUF eller 2:1 § KL vara mer begränsad och inte beakta ändringar i marknadsförhållande. Av Kommissionens riktlinjer om artikel 101.3 FEUF där det kontrafaktiska testet för första gången strukturerades upp, följer att det kontrafaktiska testet utgör en mer formalistisk bedömning som primärt går ut på att identifiera potentiellt konkurrensbegränsande avtal eller avtalsklausuler.¹¹¹ I vilken grad det kontrafaktiska testet kan karakteriseras som effektbaserad eller ekonomiskt beror snarare på den marknadsutredning som görs i samband med tillämpningen av det kontrafaktiska testet. Enligt riktlinjerna om artikel 101.3 FEUF beror omfattningen på marknadsundersökningen på huruvida den potentiella begränsningen utgör en syftes- eller effektbegränsning.¹¹² Om ett kontrafaktiskt test visar att två parter kommer att koordinera sitt beteende pga. den omstridda åtgärden ifråga till den grad att den kan klassificeras som ett samordnat förfarande om priser kommer marknadsundersökningen att vara begränsad. Om, å andra sidan, det kontrafaktiska testet visar på ett samordnat beteende gällande sådant som inte per automatik klassificeras som en syftesbegränsning kommer marknadsundersökningen att vara mer djuplodande.

Av doktrinen följer även att olika faktorer tycks påverka graden av hur ekonomisk ett specifikt kontrafaktiskt test kan anses vara. Inom koncentrationskontrollen kan en distinktion göras mellan ett statiskt test, som endast jämför status quo-läget (*status quo ante*) med den förväntade marknadsutvecklingen till följd av koncentrationen, och ett mer "dynamiskt test" som även beaktar den marknadsutveckling som skulle ha skett inom en viss tidsperiod efter att transaktionen utfördes.¹¹³ En framåtblickande utredning tycks leda till ett mer riktigt resultat och borde

¹⁰⁸ Andreangeli, Arianna, From Mobile Phones to Cattle: How the Court of Justice Is Reframing the Approach to Article 101 (Formerly 81 EC Treaty) of the EU Treaty. *World Competition* 34, no. 2 (2011): 215–243 (*Andreangeli*), s. 234.

¹⁰⁹ Mål 136/86 *BNIC* mot Yves Aubert, EU:C:1987:524 (*BNIC*), punkt 17.

¹¹⁰ *BNIC*, punkt 17.

¹¹¹ Meddelande från kommissionen, Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97 (Riktlinjer om artikel 101.3 FEUF), punkt 17.

¹¹² Meddelande från kommissionen, Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97 (Riktlinjer om artikel 101.3 FEUF), punkterna 22–27.

¹¹³ Damien Geradin och Ianis Girgenson, The Counterfactual Analysis in EU Merger Control, SSRN nr. (Geradin & Girgenson 2013), s. 2; Oliver Bretz och Daniel Gore, A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger, *E.C.L.R.* 2014, 35(10), 480–486 (Bretz & Gore).

klassificeras som mer ekonomiskt. Samtidigt kan en sådan utredning vara mer osäkert och därmed bli mer spekulativt.

Av det ovan sagda följer att ett kontrafaktiskt test som utgångspunkt inte kan klassificeras som mer eller mindre ekonomisk eller effektbaserad. Snarare kommer den marknadsundersökning som den tillämpade regeln påbjuder att styra om utförandet av ett kontrafaktiskt test fokuserar på form eller effekter, samt i vilken grad bedömningen kan klassificeras som ekonomiskt. Rättsläget gällande omfattningen av olika marknadsundersökningar som görs vid den konkurrensrättsliga bedömningen enligt olika regler är fortfarande ganska ovisst. I synnerhet, den marknadsundersökning som ska utföras enligt 2:7 § KL och artikel 102 FEUF är fortfarande omgärdad av en hög grad av osäkerhet. Det bör dessutom noteras att rättspraxis vad gäller regler där tillämpningen av ett kontrafaktiskt test sedan länge är fastslaget, som t.ex. artikel 101.1 FEUF, inte på något sätt är konsekvent vad gäller de krav som ställs på en marknadsutredning. Inte sällan tycks domstolarna fortfarande diskutera ett avtals påverkan på parternas och tredje parter beteende utan att egentligen ens göra en explicit jämförelse med *status quo*-läget, än mindre med den framtida marknadsutvecklingen. Det måste samtidigt understrykas att en sådan utredning ändå antyder vilken marknadsutveckling som skulle ha skett utan avtalet även om domstolarna eller konkurrensmyndigheten inte explicit diskuterar ett kontrafaktiskt scenario. *O2* och *MasterCard* utgör två bra exempel på sådana fall. Avgörande i dessa fall tycks inte vara förekomsten av en explicit diskussion om det kontrafaktiska scenariot. Istället bedömer domstolen om den bevisning eller resonemang som konkurrensmyndigheten förlitat sig på stödjer det antagande som gjorts i målet. Dessa fall kan kontrasteras med *Servier* som signalerar en mycket mer djuplodande analys av marknadsförhållandena som en del av en kontrafaktisk analys.

Vad gäller koncentrationskontrollen finns ett långtgående utredningskrav i varje enskilt fall. Detta följer av att bedömningen åtminstone omfattar en utredning av konkurrenssituation i *status quo*-läget. Även om det kanske kan argumenteras för att bedömningen av vissa horisontella koncentrationer eventuellt fokuserar mer på "formalistiska" faktorer som förändringar av marknadsandelar kommer en sådan utredning ändå kräva definitioner av relevanta marknader, konkurrenstrycket från existerande och potentiella konkurrenter, samt förekomsten av köparmakt. Vad gäller vertikala koncentrationer kommer en utredning behöva göras av avskärmningseffekter vilket i sig kräver en mer djuplodande bedömning av koncentrationens effekter på t.ex. distributionen av en viss vara och möjligheter för konkurrenter att vidta motåtgärder. En sådan bedömning kan inte göras utan en mer djuplodande utredning av rådande marknadsförhållanden.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det inte finns ett fastslaget "utredningskrav" för tillämpningen av kontrafaktiska tester. Utredningsbördan följer istället av den regel som tillämpas eller det resonemang som en kändandepart eller konkurrensmyndighet framför i det enskilda fallet.

3.6 Vem har bevisbördan vid tillämpningen av ett kontrafaktiskt scenario?

En generell utgångspunkt är att EU-rätten, inklusive konkurrensreglerna, inte direkt reglerar process- och sanktionsregler som tillämpas inom medlemsstaterna. Däremot ställs vissa minimikrav upp vad gäller tillämpningen av processuella regler i samband med tillämpningen av EU-rätten individuella rättigheter. Dessa minimikrav är likvärdighets- och effektivitetsprincipen.¹¹⁴ När svenska domstolar tillämpar EU:s konkurrensregler har de således en förpliktelse att respektera minimikraven.

Vad gäller tillämpningen av svensk konkurrensrätt så har lagstiftaren förbundit sig att uppnå materiell rättslikhet med EU-rätten vid tolkningen av förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av en dominerande ställning.¹¹⁵ Detta, i sig, påverkar dock inte processuella regler från ett EU-rättsligt perspektiv. I princip är svenska domstolar enligt unionsrätten helt fria att tillämpa svenska processuella regler och principer när de endast tillämpar svenska konkurrensregler. I praktiken kommer dock båda regelverken att tillämpas parallellt i många fall, vilket innebär att EU:s minimikrav på ett indirekt sätt ändå är styrande i det enskilda fallet. Likvärdighetskravet innebär dessutom att svenska processregler inte får vara mer generösa i fall som rör svensk konkurrensrätt än i fall som handlar om unionsreglerna. Inom koncentrationskontrollen har dessutom svenska domstolar följt t.ex. standarden om bevisbördan vid tolkningen av svensk rätt i ljuset av EU-rätten.¹¹⁶

Även om process- och sanktionsregler kopplade till EU-rättsliga rättigheter får utformas fritt så länge dessa respekterar minimikraven, reglerar ibland unionsrätten ändå vem som har bevisbördan. I Tillsynsförordningen föreskrivs exempelvis att det är en konkurrensmyndighet, alternativt käranden, som måste bevisa att villkoren i förbuden är uppfyllda.¹¹⁷ Vad gäller rättfärdigandet av konkurrensbegränsningar enligt artikel 101.3 FEUF följer det både av Tillsynsförordningen och rättspraxis att bevisbördan skiftar över till svaranden.¹¹⁸

¹¹⁴ Mål C-432/05 Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern, EU:C:2007:163 (Unibet), punkt 43; Mål 33-76Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, EU:C:1976:188 (Comet), punkt 5; *Booking*, s. 29; *Nasdaq*, s. 20.

¹¹⁵ Prop. 2007/08:135, s. 70; prop. 1992/93:56, s. 19-21. Detsamma gäller koncentrationskontrollen. Se Sthlm TR, mål T 3629-14, svensk Fastighetsförmedling/Swedbank (*Svensk Fastighetsförmedling*), s. 75.

¹¹⁶ *Svensk Fastighetsförmedling*, s. 79.

¹¹⁷ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget EGT 2003 L 1/1 (Tillsynsförordningen), artikel 2.

¹¹⁸ Förenade målen 43/82 och 63/82 Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, och Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1984:9 (VBVB), punkt 52; Tillsynsförordningen, artikel 2; förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen (C-501/06 P) och Europeiska kommissionen mot GlaxoSmithKline Services Unlimited (C-513/06 P) och European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC) mot Europeiska kommissionen (C-515/06 P) och Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) mot Europeiska kommissionen (C-519/06 P), EU:C:2009:610 (GSK), punkt 82; PMD, mål PMT 13013-16, Visita mot Booking (*Booking*), s. 29.

Det är uppenbart att Tillsynsförordningen inte är heltäckande om bevisbördans placering i alla olika relevanta lägen. Rättspraxis och kommissionens *soft law* bestämmer en annan placering av bevisbördan än vad som stadgas i Tillsynsförordningen. Vad gäller återopande av objektiv nödvändighet för vissa begränsningar, tycks bevisbördan skifta över till svaranden under förutsättning att en avtalsklausul, *prima facie*, anses begränsa konkurrensen. Detta framgår dock inte helt tydligt av rättspraxis där frågan om bevisbördans placering inte tycks vara prövat i alla lägen. Möjligtvis antyder kommissionen i riktlinjerna om artikel 101.3 FEUF att avtalsparterna har bevisbördan för fastställandet att klausuler är objektivt nödvändiga. Enligt kommissionen accepteras inte generella påståenden om att parterna skulle vara tvungna att vertikal integrera om de inte får använda sig av en specifik klausul.¹¹⁹ Uttalandet kan tolkas som att det ligger på avtalsparterna att presentera bevisning som ger stöd för ett sådant påstående.¹²⁰ Enligt PMD:s avgörande i *Booking* bör bevisbördan för påvisandet av accessoriska begränsningar läggas på avtalsparterna.¹²¹ Även om ett sådant påstående förefaller riktigt, bör det påpekas att fallet hänvisar till en punkt i *MasterCard* där EU-domstolen summerar innehållet i kommissionens beslut.¹²² Hänvisningen i sig ger inte ett övertygande stöd för bevisbördans placering. I själva verket verkar det som att unionsdomstolarna aldrig specifikt har bedömt frågan om bevisbördans placering gällande accessoriska begränsningar eller andra objektivt nödvändiga klausuler. I mål, som t.ex. *MasterCard*, tycks kommissionen initialt ha gjort en uttömmande utredning om den objektiva nödvändigheten av sådana klausuler. Det enda stödet som finns i rättspraxis är *M6* där förstainstansrätten avslår ett argument från avtalsparterna gällande kommissionens bedömning gällande accessoriska begränsningar och i "förbifarten" kommenterar att bevisbördan låg på dessa.¹²³ Vad gäller artikel 102 FEUF, som inte innehåller någon explicit undantagsregel, har i praxis och i prioritetvägledningen slagit fast att svaranden kan "visa" att effektivitetsvinster eller objektivt godtagbara skäl rättfärdigar ett visst beteende.¹²⁴

¹¹⁹ Meddelande från kommissionen, Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, EUT 2004 C 101/97 (Riktlinjer om artikel 101.3 FEUF), punkt 18.

¹²⁰ I samma riktlinjer anser kommissionen att det är upp till parterna att bevisa att de inte var (åtminstone potentiella) konkurrenter när ett avtal begränsar konkurrensen mellan parterna. Riktlinjer om artikel 101.3 FEUF, punkt 18. Uttalandet är helt okvalificerat och tycks inte överensstämja med den generella bevisbördan som ligger på kommissionen enligt art. 2 Tillsynsförordningen. Se Eklöf, Dan, Om modernt och rester av omodernt i den konkurrensrättsliga moderniseringen – marknadsstyrka, "counterfactuals" och handlingsbegränsande restriktioner, ERT 2006, nr 2, s. 259 ff. (Eklöf), s. 263.

¹²¹ PMD, mål PMT 13013-16, *Visita mot Booking (Booking)*, s. 36; Se även Sthlm TR, mål nr 10057-14, *Alfa Quality (AlfaQuality, Sthlm TR)*. Det finns även stöd för detta i doktrinen, dock baserat på brittiska mål. Se Whish & Bailey, s. 259-260.

¹²² *MasterCard*, punkt 3.

¹²³ Mål T-112/99 *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2001:215 (*M6*), punkt 131.

¹²⁴ Se t.ex. mål C-209/10 *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet* EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*); PMÖD, mål nr PMT 1988-17, *Swedish Match (Swedish Match)*, s. 13; prioritetvägledningen, punkterna 28-31; MD 1998:15 KKV mot *Posten (Posten)*; MD 2007:26 *Övertorneå kommun mot Ekfors Kraft (Ekfors Kraft)*.

Även om unionsdomstolarna inte direkt avgjort frågan om exakt vem som har bevisbördan vid tillämpningen av objektiv nödvändighet av avtalsklausuler och accessoriska begränsningar finns rättspraxis som ger stöd för att bevisbördan i vissa lägen skiftar över från den ena parten till den andra. I *GSK* uttalade EU-domstolen att när den parten som har bevisbördan enligt artikel 101.3 FEUF åberopar vissa omständigheter, blir motparten tvungen att lämna en motivering eller förklaring, annars har bevisbördan uppfyllts.¹²⁵ En diskussion om bevisbördan för objektiv nödvändighet gällande vissa klausuler (som i *Nungesser*) eller sidoavtal (som i *MasterCard*) torde även kunna ses mot bakgrund av ett sådant skifte av bevisbördan. Klausuler om territoriellt skydd för licenstagare från andra licenstagare, konkurrensklausuler mellan potentiella konkurrenter, eller förbestämda bankavgifter mellan utgivande och inlösande banker (MIF) inom ett bankkortsystem torde alla kunna visas vara *prima facie* konkurrensbegränsande varvid motparten måste visa att klausulerna eller sidoavtalet ändå kan rättfärdigas som t.ex. en accessorisk begränsning. Detta torde även vara en "praktisk" lösning eftersom det är avtalsparterna som bäst känner till de omständigheter som kan motivera den omstridda klausulens nödvändighet.

Inom svensk rätt tillämpas dessutom den s.k. bevissäkringsprincipen. Principen innebär att den som enklast och billigast kan framlägga bevisning om ett rättsfaktum bör åläggas bevisbördan. I *Däckia/Euromaster* som gällde en påstådd anbudskartell ålades företagen bevisbördan för invändningen att parterna inte hade kunnat lägga ett anbud utan samarbetet efter att konkurrensverket hade lagt fram en övertygande utredning om att parterna hade ingått ett försäljningssamarbete.¹²⁶ Domstolen ansåg att det var lämpligt att ålägga parterna bevisbördan eftersom deras invändningar byggde på företagsinterna omständigheter. Domstolens motivering tycks vara förenlig med EU-domstolens uttalande i *GSK* eftersom konkurrensverket lagt fram bevisning för att deras beteende utgjorde, *prima facie*, en konkurrensbegränsning. Vidare tycks även bevissäkringsprincipen, i vissa mål, resultera i att beviskravet sänks. I *ALIS* konstaterade domstolen att bevisbördan låg på det företag som hävdade en konkurrensbegränsning, men att beviskravet inte skulle ställas för högt.¹²⁷ Detta berodde på att bedömningen av den påstådda konkurrensbegränsningen, genom anslutningsavtalen till en upphovsrättsorganisation, var nära kopplade till hur upphovsrättsorganisationen var organiserat och hur avtalen tillämpades. Detta rättfärdigade ett lägre beviskrav i det enskilda fallet. *ALIS* ska kanske inte tillmätas alltför stor betydelse för mål där konkurrensverket är part eftersom det har sådana långtgående utredningsbefogenheter och därmed enklare kan säkra relevant bevisning. *ALIS* är dock av mer

¹²⁵ *GSK*, punkt 83, med korshänvisning till förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) och Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) mot Europeiska kommissionen, EU:C:2004:6 (*Aalborg Portland*), punkt 79, gällande skyldigheten för företag som deltagit i kartellmöten att visa att de gentemot de andra mötesdeltagarna har uttryckligen distanserat sig från beteendet.

¹²⁶ Stockholms Tingsrätt, mål nr T-18896-10, KKV mot Däckia m.fl. (*Däckia/Euromaster*), s. 118.

¹²⁷ Svea Hovrätt, mål nr. FT 7412-08, Mediearkivet mot ALIS (*ALIS*), s. 5; Karlsson, Johan, och Östman, Marie, Konkurrensrätt – En handbok, Karnov Group, Stockholm 2014 (Karlsson & Östman), s. 1184.

intresse i mål mellan privata parter (*private enforcement*), där det är svårare för den klagande parten att få tag på bevis som är hos den svarande parten.

Ytterligare en faktor som påverkar möjligheterna för en kârände att uppfylla sin bevisbörda i konkurrensrättsmål är robustheten i den utredning som presenteras för att styrka att beviskravet är uppfyllt. I *Booking* uttalade PMÖD att i fall där det saknas en allmänt accepterad teori som visar att en viss typ av avtal resulterar i potentiellt eller faktiska konkurrensbegränsningar, räcker det inte med att presentera en eller flera ekonomiska teorier till stöd för påståendet att avtalsvillkoren begränsar konkurrensen.¹²⁸ Kâränden måste även visa att de antaganden som förs fram till stöd för talan följer av de faktiska omständigheterna. Domstolen påpekade att när ett avtal har tillämpats under längre tid finns möjligheter att föra fram bevisning om avtalens faktiska effekter. Kâränden borde i en sådan situation lägga fram en utredning om sådana effekter för att beviskravet ska vara uppfyllt. Som beskrivits ovan (se ovan, avsnitt 3.2), fann PMÖD att kâränden inte hade lagt fram en tillräckligt robust utredning som visade på avtalens faktiska effekter på marknaden.¹²⁹

Vad gäller frågor om det exakta beviskravet eller den utredningsbörda som läggs på kâränden i mål mellan privata parter (*private enforcement*) finns ingen tydlig vägledning enligt unionsrätten. Bevisfrågor som diskuteras i unionsrättsliga mål gäller oftast kommissionsbeslut och därmed *public enforcement*. Det torde falla inom medlemsstaternas processuella autonomi att bestämma beviskraven eller utredningsbördan så länge dessa är förenliga med minimikraven som nämnts ovan. Det tycks inte sannolikt att bevislättnader skulle stå i strid med effektivitetsprincipen i mål gällande *private enforcement* eftersom de gynnar de företag som försöker göra gällande de unionsrättsliga konkurrensreglerna. Det bör dock understrykas att alltför låga beviskrav kan stå i strid med oskuldspresumtionen, vilket är en EU-rättslig princip som måste respekteras.¹³⁰ Exakt vad gränsen går för bevislättnader enligt oskuldspresumtionen är dock inte klar från vare sig svensk eller EU-rättslig praxis. Efter *Booking* är kanske en intressantare fråga om den utredningsbörda som signaleras i domen eventuellt kan anses vara problematiskt i ljuset av effektivitetsprincipen. Missbruksmål kommer oftast att röra en historisk utredning av marknadsutvecklingen med det påstådda missbruket ifråga. Som redogörs nedan (avsnitt 4.1), har unionsdomstolarna haft en tendens att i missbruksmål framför allt fokusera på åtgärden i sig, formen, och mer strukturella faktorer som dominantens marknadsandelar. Nu bör kanske inte PMÖD:s uttalande i *Booking*, som rörde utredningen av konkurrensbegränsande effekter enligt 2:1 § KL, direkt överföras till en missbruksbedömning enligt 2:7 § KL. Målet kan eventuellt ses som det signalerar en ganska hög utredningsbörda för fastställandet av effekter när den påstådda konkurrensbegränsande åtgärden har tillämpats på marknaden under en

¹²⁸ *Booking*, s. 18.

¹²⁹ *Booking*, s. 22.

¹³⁰ PMD, mål PMÄ 2741-18, Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB mot KKV (*FTI*); mål C-74/14 "Eturas" UAB m.fl. mot Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, EU:C:2016:42 (*Eturas*), punkterna 37-39.

längre tid och när effekterna av åtgärden är tvetydiga. En alltför hög utredningsbörda enligt 2:7 § KL skulle eventuellt kunna divergera från EU-domstolens rättspraxis vad gäller vissa missbrukskategorier. I fall där både de svenska och unionsrättsliga konkurrensreglerna tillämpas parallellt skulle eventuellt frågan om effektivitetsprincipen är uppfyllt kunna uppkomma. Det bör dock understrykas att resonemanget ovan, i ljuset av de antaganden det bygger på och bristen på rättspraxis, måste ses som ganska spekulativt.

Sammantaget kommer frågor om bevisbördans placering, beviskrav och utredningsbörda bero på inom vilken regel eller rekvisit den kontrafaktiska bedömningen faller inom. Kontrafaktiska bedömningar där en konkurrensmyndighet eller privat kärende måste visa på en konkurrensbegränsning kommer bevisbördan även att åläggas dessa parter. Bevisbördan för kontrafaktiska bedömningar som utgör invändningar som antingen beskär tillämpningsområdet för förbuden eller som rör undantagsregler kommer att falla på den "försvarande" parten. Både svensk och unionsrättslig rättspraxis ger stöd för detta. Bevissäkringsprincipen som tillämpats inom svensk konkurrensrättslig praxis ger ytterligare stöd för den skiftning av bevisbördan som tycks godtas inom unionsrättslig praxis. Bevissäkringsprincipen inom svensk rätt tycks även ge utrymme vissa bevislättningar vad gäller beviskraven för den part som har bevisbördan. Detta torde därmed leda till att bevisbördan "enklare" kan skifta över till den andra parten, åtminstone i mål där den andra parten enklare och billigare kan framlägga bevisning i en viss fråga. Å andra sidan tycks PMÖD i *Booking* ställt en ganska hög utredningsbörda för en kärende vad gäller påvisandet av konkurrensbegränsande effekter på marknaden. Detta skulle eventuellt kunna påverka utredningsbördan för en kärende/konkurrensmyndighet i missbruksfall och kan aktualisera ett krav på en kontrafaktisk analys när effekterna av ett påstått missbruk är tvetydiga.

4 Tillämpningen av kontrafaktiska tester enligt artikel 102 FEUF

Till skillnad från tillämpningen av artikel 101.1 FEUF har EU-domstolen i sin tidiga rättspraxis aldrig pekat på ett kontrafaktiskt scenario som vägledning för missbruksbedömningen enligt artikel 102 FEUF. Det utesluter inte att domstolen i praktiken har använt sig av kontrafaktiska bedömningar för att komma fram till en viss slutsats. Kommissionen har dessutom i Prioritetsvägledningen uttalat att det kan använda sig av ett kontrafaktiskt test vid missbruksbedömningen.¹³¹ Detta avsnitt ger en översikt av missbruksbedömningen enligt artikel 102 FEUF och ger några exempel från rättspraxis där det går att diskutera om inte domstolen eller kommissionen faktiskt har tillämpat ett kontrafaktiskt test.

4.1 Tidigare rättspraxis – en överblick av missbruksbegreppet

Missbruksbedömningen enligt artikel 102 FEUF har alltid omgärdats av en hög grad av osäkerhet eftersom det inte har funnits några exakta definitioner på missbruk eller på det som måste visas i enskilda fall för att fastställa ett konkurrensbegränsande beteende. Utvecklingen har skett genom rättspraxis där domstolen med tiden "upptäckt" missbrukskategorier som fogats in under den missbrukslistan i artikel 102 FEUF. Eftersom missbrukslistan endast är exemplifierande har domstolen inte heller varit förhindrad att upptäcka "nya" missbrukskategorier som egentligen inte täcks av de uppräknade missbruken.¹³²

Med en grov förenkling kan det påstås att en missbruksbedömning kan delas upp i två delar. För det första måste formen, eller åtgärden i sig, bedömas om den utgör en "normal" konkurrensmetod på marknaden i fråga.¹³³ För det andra måste de eventuella faktiska eller potentiella effekterna av åtgärden på marknaden utvärderas.¹³⁴ Vidare har EU-domstolen uttalat att missbruk utgör ett objektiva begrepp.¹³⁵ Detta innebär att det dominerande företags subjektiva syfte att vilja eliminera konkurrensen med åtgärden ifråga inte har en avgörande betydelse, även om det kan utgöra en relevant faktor vid bedömningen.¹³⁶ Det krävs inte heller att förmågan för det dominerande företaget att vidta den utestängande åtgärden måste

¹³¹ Prioritetsvägledningen, punkt 21.

¹³² Whish & Bailey, s. 198, med hänvisning till *AstraZeneca* som ett exempel. Mål C-457/10 P *AstraZeneca* mot Europeiska kommissionen, EU:C:2012:770 (*AstraZeneca*).

¹³³ Mål C-280/08 P *Deutsche Telekom AG* mot Europeiska kommissionen EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom*), punkt 251; mål 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG* mot Europeiska gemenskapernas kommission EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche I*), punkt 91; *Microsoft*, punkt 1070.

¹³⁴ *Deutsche Telekom*, punkt 254.

¹³⁵ *Hoffmann-La Roche I*, punkt 91; mål C-549/10 P *Tomra Systems ASA* m.fl. mot Europeiska kommissionen, EU:C:2012:221 (*Tomra*), punkt 17; *TeliaSonera*, punkt 27.

¹³⁶ *Tomra*, punkterna 19–21.

bero på företagets marknadsstyrka.¹³⁷ Att åtgärden även kan vidtas av icke-dominerande företag betyder således inte att åtgärden inte utgör missbruk. Detta innebär att ett orsakssamband (genom t.ex. en kontrafaktisk analys) mellan den dominerande ställning och missbruksbeteendet inte behöver fastställas. EU-domstolen har dessutom uttalat att dominerande företag har ett särskilt ansvar för att deras beteende inte snedvrider eller begränsar konkurrensen.¹³⁸ Det torde i synnerhet bli relevant vid bedömningen av beteenden som utgör "normalt" beteende av företag på marknaden. Det bör dessutom understrykas att EU-domstolen uttalat att missbruket inte behöver resultera i en direkt skada för konsumenter.¹³⁹ Ett missbruk kan resultera i skador på konkurrensen, vilket kan leda till skador för konsumenter.¹⁴⁰

Historiskt sett tycks huvudfokus framför allt ha legat på formen för en viss åtgärd vid missbruksbedömningen, även om domstolen aldrig har uttryckt sig på det sättet. Missbruk som kopplingsförbehåll, rabattsystem baserade på lojalitet eller med en lojalitetsskapande verkan, underprissättning och leveransvägran tenderade alla i praktiken att fokusera på formen.¹⁴¹ I den mån det fanns uppställda villkor som hänvisade till marknadseffekter enligt en viss missbrukskategori var dessa antingen ignorerade eller väldigt styvmoderligt behandlade.¹⁴² Unionsdomstolarna fokus på formen illustreras i synnerhet av Förstainstansrättens slutats i *Michelin II* att eftersom bevisning för syfte och effekt sammanfaller för vissa missbrukskategorier kan ett konkurrensbegränsande syfte i sig påvisa en konkurrensbegränsande effekt.¹⁴³

Det bör ändå påpekas att det har funnits rättspraxis som ställt högre krav och en mer djuplodande marknadsutredning. I *Bronner* fastställde EU-domstolen att en utredning om leveransvägran kräver att fastställandet av tjänsten eller varan som är föremål för leveransvägran måste vara oumbärlig för företaget på marknaden nedströms.¹⁴⁴ En sådan utredning tycks fokusera på om ett företag, på egen hand

¹³⁷ *Hoffmann-LaRoche I*, punkt 91; mål 6/72 Europemballage Corporation och Continental Can Company Inc. mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1973:22 (*Continental Can*), punkt 27.

¹³⁸ Mål C-413/14 P Intel Corp. mot Europeiska kommissionen EU:C:2017:632 (*Intel*), punkt 135; *TeliaSonera*, punkt 24.

¹³⁹ *Post Danmark I*, punkt 20.

¹⁴⁰ *Post Danmark I*, punkt 20; *TeliaSonera*, punkt 24.

¹⁴¹ Kommissionens beslut 88/138/EEC, Eurofix-Bauco v. Hilti (IV/30.787 and 31.488) EGT 1988 L 65/19 (*Hiltibeslutet*), punkt 75; mål 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission EU:C:1979:36 (*Hoffmann-LaRoche I*), punkterna 89-90; mål C-62/86 AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1991:286, punkterna 71-74.

¹⁴² Det är exempelvis tveksamt hur mycket av effektbedömning som egentligen har gjorts av rabattsystem med en lojalitetsskapande verkan trots att EU-domstolen uttalat att dessa kräver en fullständig marknadsanalys. Se t.ex. C-95/04 P British Airways mot Kommissionen, EU:C:2007:166, punkterna 67-68. I punkterna 75-76 diskuteras den del av effektbedömningen som inte rör formen på åtgärden, vilket fokuserar mest på dominantens marknadsandelar.

¹⁴³ Mål T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska kommissionen EU:T:2003:250 (*Michelin II*), punkt 241.

¹⁴⁴ Mål C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG och Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, EU:C:1998:569 (*Bronner*), punkterna 38-41. Se även mål C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health

eller tillsammans med andra, som kan jämföras med dominanten i termer av effektivitet skulle kunna träda in på marknaden uppströms.¹⁴⁵ Testet har ansetts förebåda AEC-testet.¹⁴⁶ På sätt och vis kan testet ses som en beståndsdel av den utredning som borde göras för att utröna om en leveransvägran kan eliminera konkurrensen på marknaden nedströms. Om företaget på marknaden nedströms, under förutsättning att det är lika effektivt som dominanten, skulle ha möjlighet att på egen hand träda in på marknaden eller få leveranser från annat håll, skulle en eliminering av konkurrensen på nedströmsmarknaden inte ske. Hypotetisk sett, skulle en fullständig kontrafaktisk bedömning av en leveransvägran således innefatta utredningen om ett företag som nekas leveranser i den *givna* situationen ändå *borde* ha kapaciteten att träda in på marknaden uppströms på egen hand. Om så är fallet och företaget är oförmöget att träda in på uppströmsmarknaden pga. bristande effektivitet, finns inget behov att göra en jämförelse med den hypotetiska situationen. *Bronner* innebär att den kontrafaktiska bedömningen endast borde utföras under kriteriet eliminering av konkurrensen och endast om outhärligheten redan har fastställts. Det intressanta med outhärlighetskriteriet är att det genom sitt objektiva hypotetiska test baserat på en lika effektiv konkurrent (eller flera företag som tillsammans uppnår samma grad av effektivitet) utreder åtgärdens, leveransvägrans, konkurrensbegränsande förmåga. Testet görs dock in ljuset av rådande marknadsförhållanden, vilket ger testet en viss "effekt-karaktär". *Bronner* och outhärlighetskriteriet kan således ses som ett uttryck för en mer ekonomisk färgad analys i äldre rättspraxis.

Även om *Bronner* utgjorde en första tendens mot en mer ekonomisk analys i missbruksfall var det först reformen år 2004 som satte fart på debatten gällande missbruksbedömningen. I synnerhet debatterades om det borde krävas ett enhetligt test vid bedömning av missbruk, som lika effektiv konkurrent testet (AEC-testet) (som återigen fokuserade på formen), men även om faktiska effekter på marknaden borde utredas noggrannare.¹⁴⁷ Denna reform resulterade slutligen i Kommissionens utfärdande av Prioritetsvägledningen där AEC-testet och en utredning av effekter på marknaden angavs som en metod för missbruksbedömningen. Testet i Prioritetsvägledningen fokuserar huvudsakligen på prisbaserade missbrukskategorier och lämnar fortfarande utrymme för, i enlighet med tidigare rättspraxis, en formbaserad analys för vissa typer av missbruk.

GmbH & Co. KG EU:C:2004:257 (IMS Health), punkt 28; mål T-201/04 Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen EU:T:2007:289 (Microsoft), punkt 332.

¹⁴⁵ *Bronner*, punkt 46.

¹⁴⁶ Whish & Bailey, s. 719.

¹⁴⁷ EAGCP, An economic approach to Article 82, Extern rapport författad på uppdrag av Kommissionens, https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (hämtad 2019-10-05), 2005 (*EAGCP Rapporten*); Kommissionen, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (hämtad 2019-10-05), 2005 (*Staff Discussion Paper*).

I senare rättspraxis tycks även unionsdomstolarnas rättspraxis visa på ett striktare uppställt krav om missbrukets (negativa) effekter på marknaden.¹⁴⁸ *Post Danmark I* ses som ett banbrytande mål där domstolen uppställde som krav att åtgärden som vidtas av ett dominerande företag måste ha kapaciteten att eliminera en lika effektiv konkurrent genom metoder som inte klassificeras som prestationskonkurrens.¹⁴⁹ Vidare beaktade domstolen i samma fall det faktiska konkurrensläget efter det dominerande företaget påstådda missbruk. Det faktum att vissa konkurrenter inte tappade marknadsandelar och att de hade lyckats vinna tillbaka marknadsandelar ansågs utgöra en relevant faktor vid bedömningen, vilket pekar på ett beaktande av faktiska effekter på marknaden.¹⁵⁰ I *Microsoft*, gjorde kommissionen och Tribunalen en ingående prövning av effekterna av ett dominerande företags leveransvägran. I synnerhet utreddes marknadsutvecklingen (framför allt i termer av marknadsandelar) för det dominerande företaget och dess konkurrenter under perioden efter det påstådda missbruket.¹⁵¹ Medan dessa fall pekar på vikten av utredningen av effekter på marknaden, uttalade inte domstolarna att en kontrafaktisk bedömning utgör ett rättsligt krav vid fastställandet av ett missbruk.

Som diskuterats ovan tycks graden av marknadsundersökning vara viktigt vid tillämpningen av ett kontrafaktiskt test. Dels påverkar den bevisbördan för den som måste tillämpa ett kontrafaktiskt test. Dels påverkas sannolikt omfattningen på det kontrafaktiska testet, dvs. exakt vilken effekt som åtgärden måste kopplas samman med. En missbruksbedömning som fokuserar på formen behöver inte nödvändigtvis ignorera ett kontrafaktiskt test. Ett kontrafaktiskt test kan exempelvis gå ut på att utreda om utan en viss åtgärd t.ex. en viss kund hade vänt sig till en annan leverantör, vilket är en mer begränsad utredning än att utreda konkurrensläget på marknaden på ett fullständigt sätt. Detta tycks bekräftas av ovan givna exemplen om användningen av kontrafaktiska tester vid tillämpningen av accessoriska begränsningar och de fall som rör frågan om hur avtalsparterna hade agerat vid avsaknaden av avtalet (se ovan, avsnitt 2.2).

Detta bekräftas även av de tidiga målen som gav uttryck för en formbaserad missbruksbedömning. Målen om lojalitets/exklusivitetsrabatter som *Hoffmann-LaRoche* tycks implicit fokusera på en sådan utredning.¹⁵² I målet underströk domstolen att syftet med och effekten av lojalitetsrabatterna var att beröva dominantens kunder möjligheten att välja alternativa inköpskällor.¹⁵³ Medan domstolen inte gör en explicit utredning genom ett kontrafaktiskt test, läggs fokus på incitamenten för kunderna att endast göra sina inköp från det dominerande företaget, vilket implicit innefattar en bedömning av vad kunderna skulle ha gjort utan åtgärden ifråga.

¹⁴⁸ *Deutsche Telekom*, punkt 254.

¹⁴⁹ *Post Danmark I*, punkt 25.

¹⁵⁰ *Post Danmark I*, punkt 39.

¹⁵¹ *Microsoft*, punkterna 479-620.

¹⁵² Mål 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission* EU:C:1979:36 (*Hoffmann-LaRoche I*).

¹⁵³ *Hoffmann-LaRoche I*, punkterna 80 och 90.

Å andra sidan finns mål där en explicit eller implicit utredning av det kontra-faktiska scenariot kan skönjas i domskälen. *Microsoft*, som diskuteras nedan, är ett sådant fall där domstolen först tycks ha fastställt verkan av ett kopplingsförbehåll på kunderna för att sedan förklara hur denna verkan även resulterade i vissa effekter på marknaden (se nedan, 4.2).

4.2 Microsoft – kräver missbruksbedömningen att konkurrenter hade utestängts i avsaknad av det dominerande företagets agerande?

Som nämnts ovan (4.1), är *Microsoft* ett av de tidiga målen som antydde att även unionsdomstolarna var villiga att göra (eller kanske rättare sagt godta) en mer effektbaserad bedömning av missbruk enligt artikel 102 FEUF.

Microsoft rörde två typer av missbruk: leveransvägran och kopplingsförbehåll.¹⁵⁴ Vad gäller kopplingsförbehållet bröt målet i viss mån med den tidigare rättspraxisen genom att göra en grundligare utredning om det påstådda missbruksbeteendets effekter på marknaden. Tidigare, i fallen *Hilti* och *Tetra Pak II*, hade kommissionen och domstolarna fokuserat på marknadsdefinitionen och kopplingen mellan produkter och inte ägnat sig åt en utredning av marknadseffekterna. *Microsoft* skiljer sig dock åt från de tidigare målen eftersom det inte handlade om en klassisk situation av kopplingsförbehåll genom avtal. Den kopplade produkten (mediaspelaren) hade integrerats i huvudprodukten (operativsystemet), utan möjlighet för distributörerna eller slutkonsumenterna att ta bort mediaspelaren. En ytterligare faktor som gjorde bedömningen mer komplicerad var att konsumenterna, åtminstone i teorin, hade möjlighet att gratis ladda ner en konkurrerande mediaspelare. Till följd av dessa omständigheter gjorde kommissionen på egen hand en mer djupgående utredning av det påstådda kopplingsförbehållets effekt på marknaden, i synnerhet rörande distributörernas och slutkonsumenternas beteende.

Domstolen började med att ge sitt stöd för Kommissionens mer djupgående utredning.¹⁵⁵ Vidare godtogs Kommissionens argument att mediaspelaren hade fått en vid exponering genom integreringen i operativsystemet på ett sätt som aldrig hade förekommit tidigare. Vidare bekräftade domstolen Kommissionens slutsatser att det fanns väldigt svaga incitament för distributörerna att inkludera ytterligare en mediaspelare i sina datorpaket eftersom det påverkade deras marginaler och kostnader för service. Domstolen konstaterade att i avsaknad av det påstådda missbruksbeteendet hade distributörerna värderat mediaspelaren och konkurrerande produkter utifrån deras kvalitet.¹⁵⁶ Vidare ansågs slutkonsumenterna i hög grad använda förinstallerade program i datorpaketet vilket gav mediaspelaren en fördel på marknaden. I avsaknad av dominantens åtgärd hade konsumenterna således fått incitament att göra ett (aktivt) val mellan de olika mediaspelarna som fanns på

¹⁵⁴ Mål T-201/04 *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen* EU:T:2007:289 (*Microsoft*).

¹⁵⁵ *Microsoft*, punkterna 1035-1037.

¹⁵⁶ *Microsoft*, punkt 1046.

marknaden.¹⁵⁷ Domstolen konstaterar även att andra distributionssätt, som gratis nedladdning eller försäljning tillsammans med annan mjukvara, inte utgjorde en effektiv motåtgärd.¹⁵⁸ Slutligen, bör det även noteras att domstolen ansåg att denna argumentationslinje var tillräckligt för att fastställa utestängning trots att kommissionen därutöver hade utrett det faktiska konkurrensläget på marknaden i termer av bl.a. marknadsandelar, ändringar i försäljningssiffror och nätverkseffekter till stöd för sin slutsats om kopplingsförbehålls utestängande effekter.¹⁵⁹ Efter att ha fastställt att mediaspelaren genom kopplingsförbehållet var närvarande på nästan alla persondatorer visade kommissionen hur detta i kombination med nätverkseffekterna skapade en inträdesbarriär för konkurrenterna till det dominerande företaget.¹⁶⁰ Som ovan nämnt, även om domstolen godtog kommissionens argumentation i denna del, ansåg den inte att det var ett nödvändigt krav för fastställandet av missbruket.

Av det ovan sagda följer att både kommissionen och domstolen tycks ha gjort en jämförelse mellan situationen med och utan det påstådda missbruksbeteendet. Detta ger stöd för att dels att en åtgärds effekter kan eller bör utvärderas med ett kontrafaktiskt test, dels att tillämpningen av det kontrafaktiska testet bör hänföras till en effektbaserad missbruksbedömning. Slutsatserna av *Microsoft* bör dock kanske inte dras alltför långt.

För det första tycks den kontrafaktiska analysen framför allt fokusera på effekterna på distributörernas och slutkonsumenternas beteende. En sådan analys ligger närmare den bedömning som görs i målen om rabattsystemen med lojalitetskopande effekt om hur kunder agerat till följd av den påstådda missbruksåtgärden.

För det andra poängterade förstainstansrätten i *Microsoft* att den begränsade bedömningen av det påstådda missbruksbeteendets effekter på distributörerna och slutkunderna var tillräcklig i det enskilda fallet. Det verkar alltså som att den mer djupgående analysen Kommissionen gjorde för att fastställa orsakssambandet mellan dominantens åtgärd och de negativa effekterna på marknaden inte var nödvändig. Konsekvensen av ett sådant synsätt är att marknadseffekterna på sätt och vis kan sägas falla utanför den kontrafaktiska analysen. Förstainstansrättens synsätt kan förklaras med att det var endast pga. att fallet inte gällde kopplingsförbehåll genom en avtalsrättslig förpliktelse som det var nödvändigt med en mer invecklad analys av hur det påstådda missbruksbeteendet påverkade distributörernas och slutkundernas beteende. Det är således tveksamt att Kommissionen eller Förstainstansrätten hade diskuterat det kontrafaktiska scenariot om fallet hade handlat om ett traditionellt kopplingsförbehåll som i *Hilti* eller *Tetra Pak II*. Att Kommissionen tycks vara villig att göra en mer djuplodande utredning när det handlar om en ovanlig form av missbruk tycks även bekräftas av *Google Shopping*.¹⁶¹

¹⁵⁷ *Microsoft*, punkt 1041.

¹⁵⁸ *Microsoft*, punkterna 1049-1058.

¹⁵⁹ *Microsoft*, punkt 1060 ff.

¹⁶⁰ *Microsoft*, punkterna 1060-1090.

¹⁶¹ Kommissionens beslut, AT.39740 Google Search, C(2017) 4444 final (*Google Shopping*).

Där fann Kommissionen att Google genom mjukvara främjade försäljningen av sina egna tjänster, samtidigt som den minskade exponeringen av konkurrerande leverantörer. Kommissionen gjorde en fullskalig utredning över hur manipuleringen av Googles sökmotor potentiellt hade effekter på

För det tredje bör det heller inte underskattas att domen i *Microsoft* är från förstainstansrätten. Därmed går det inte heller att fastslå med säkerhet att kommissionen alltid måste utföra en kontrafaktiskt test, om än av mer begränsad omfattning, vid fastställandet av en dominants påstådda missbruksbeteende.

4.3 TeliaSonera – kan ett kontrafaktiskt scenario omfatta alternativa beteenden som omfattas av en annan missbrukskategori?

*TeliaSonera*¹⁶² är ett intressant fall även om domstolen aldrig explicit diskuterade bedömningen eller tillämpningen av ett kontrafaktiskt scenario. Fallet verkar dock ändå ge en viss vägledning om omfattningen på ett kontrafaktiskt test, m.a.o. vilka alternativa situationer som kan jämföras med den givna situationen.

I fallet hade Konkurrensverket stämt Telia för missbruk genom marginalklämning. Stockholms Tingsrätt begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att klargöra under vilka förutsättningar marginalklämning utgjorde ett missbruk och hur en sådan bedömning skulle göras. Det bör understrykas att vid tidpunkten för avgörandet i *TeliaSonera* hade unionsdomstolarna redan fastställt i *Deutsche Telekom* att marginalklämning utgjorde ett missbruk enligt artikel 102 FEUF.¹⁶³ *Deutsche Telekom* rörde dock en situation där företag hade en lagenlig skyldighet att leverera grossisttjänsterna ifråga. Tjänsteleverantörerna på nedströmsmarknaden var tvungna att köpa in tjänsten från det dominerande företaget uppström. Olikt situationen i *Deutsche Telekom*, förelåg inte i *TeliaSonera* en skyldighet för det dominerande företaget att leverera grossisttjänsterna enligt lag. Inte heller var det fastställt på förhand att grossisttjänsterna var oundgängliga för tjänsteleverantörerna på marknaden nedströms. Båda dessa faktorer kunde tala för företagets fördel och leda till en annan bedömning av det påstådda missbruket. Om det inte fanns en lagstadgad leveransskyldighet för grossisttjänsterna, hade det dominerande företaget, *prima facie*, en frihet att välja sina handelspartners. Därmed kunde dominanten i princip välja att inte leverera till konkurrenterna på marknaden nedströms. Enligt det dominerande företaget kunde inte därmed marginalklämningen utgöra ett missbruk såvida inte villkoren för grossisttjänsterna i själva verket var ekvivalenta med en leveransvägran i det enskilda fallet.¹⁶⁴ Vidare, även för det fall en marginalklämning ansågs utgöra ett självständigt missbruk, skulle en utestängning endast ske om grossisttjänsterna var oundgängliga.

¹⁶² Mål C-52/09 Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB EU:C:2011:83 (*TeliaSonera*).

¹⁶³ Mål C-280/08 P Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom*); mål T-271/03 Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen EU:T:2008:101 (*Deutsche Telekom*, Tribunalens dom).

¹⁶⁴ *TeliaSonera*, punkt 54.

Dessa frågor berör inte direkt frågan om ett kontrafaktiskt test ska utföras eller hur ett sådant test bör se ut. Frågan i *TeliaSonera* rör snarare den standard eller tröskel som bör tillämpas för att fastställa att en åtgärd, marginalklämning, har en konkurrensbegränsande förmåga. Inte desto mindre är fallet intressant gällande en diskussion om kontrafaktiska bedömningar enligt artikel 102 FEUF. Det skulle kunna argumenteras för att det relevanta kontrafaktiska scenariot i fall som rör olika avtalsvillkor är att dominanten väljer att inte leverera alls. Om den eventuella leveransvägran i ett sådant mål inte är konkurrensbegränsande, torde situationen med leverans, oavsett avtalsvillkoren, vara oproblemiskt. Endast om leveranser sker till sådana villkor att det kan likställas med en *olaglig* leveransvägran skulle en konkurrensbegränsning kunna föreligga.

Det bör understrykas att resonemanget ovan inte kan likställas med en traditionell kontrafaktisk bedömning eftersom bedömningen inte handlar om att utreda den sannolika utvecklingen på marknaden utan den omstridda åtgärden ifråga. Istället "mäts" den omstridda åtgärden (avtalsvillkoren) med en mer långtgående begränsning (inga leveranser alls). Om leveransvägran inte utgör en konkurrensbegränsning, kan inte den mindre begränsningen (avtalsvillkoren) ha negativa effekter på marknaden. I synnerhet blir oumbärlighetskravet enligt *Bronner* central i sådan bedömning. Om det villkoret brister skulle en hypotetisk leveransvägran och därmed avtalsvillkoren inte kunna ha en konkurrensbegränsande förmåga. Det hypotetiska scenariot, leveransvägran, utgör därmed en standard som direkt avgör frågan om lagligheten av avtalsvillkoren och inte en utredning om avtalsvillkorens effekter på marknadsförhållandena.

Som ovan nämnts, finns det inget klart uttalande från EU-domstolen att ett kontrafaktiskt test måste göras enligt artikel 102 FEUF. Vidare finns endast stöd i prioritetvägledningen om att tillämpningen av ett kontrafaktiskt test enligt artikel 102 FEUF skulle kunna omfatta realistiska alternativ istället för det traditionella kontrafaktiska scenariot.¹⁶⁵ Å andra sidan har domstolen i *Mastercard* tillämpat ett annat realistiskt scenario vid bedömningen enligt konkurrensbegränsningskriteriet enligt artikel 101.1 FEUF, men det målet hade ännu inte avgjorts vid tidpunkten för *TeliaSonera*. Av *Mastercard* följer att en bedömning om det alternativa kontrafaktiska scenariot är realistiskt görs i förhållandet till omständigheterna i det enskilda fallet. I marginalklämningsfall verkar det dock tveksamt att ett "realistiskt" alternativt scenario till att sälja grossisttjänster till ett visst pris enligt prioritetvägledningen *alltid* skulle vara att inte leverera alls. Snarare torde det krävas att någon av parterna visar att det vore den sannolika utvecklingen om dominanten inte ägnade sig åt marginalklämning. I *TeliaSonera* verkar inte dominanten ha hävdad att de skulle ha vägrat leverera tjänsterna i avsaknad av marginalklämningen. Dess argumentation gick istället ut på att fastställa vilken bedömning som borde tillämpas på marginalklämningen.

¹⁶⁵ Prioritetvägledningen, punkt 21.

Domstolen avslag dock TeliaSoneras argumentationslinje med ett formellt argument att marginalklämning och leveransvägran enligt tidigare rättspraxis utgjorde två olika separata missbruk. Det skulle undergräva konkurrensreglernas ändamålsenliga verkan om villkoren för leveransvägran alltid måste uppfyllas vid fastställandet att försäljningsvillkoren utgör missbruk.¹⁶⁶ Med detta tycks domstolen ha pekat på orimligheten att endast åtgärder som motsvarar en renodlad leveransvägran skulle utgöra ett missbruk när dominanten kan vidta andra åtgärder mot handelspartners som kan ha konkurrensbegränsande effekter.

Vidare innebär TeliaSoneras argumentation om oumbärlighet att domstolen skulle behöva utreda om tjänsteleverantörerna i detaljistledet skulle kunna erbjuda tjänsten utan avtalsförbindelsen med företaget i grossistledet. Som diskuterats ovan gällande *Bronner* (se ovan, avsnitt 4.1) rör inte denna bedömning om en viss åtgärd utgör ett missbruk, utan utgör snarare ett av flera led vid bedömningen av olika typer av leveransvägran. Bedömningen om en kund skulle kunna konkurrera på marknaden nedströms utan ett avtal med det dominerande företaget tycks handla om det beroendeförhållandet som kunden befinner sig i. När beroendeförhållandet är mer eller mindre absolut (vilket även skulle gälla en lika effektiv konkurrent) träder leveransskyldigheten in under förutsättning att leveransvägran i det enskilda fallet skulle eliminera den effektiva konkurrensen på marknaden. I *TeliaSonera* besvarar domstolen denna argumentationslinje med att oumbärligheten kan ha betydelse för bedömningen av en utestängande effekt. Medan fastställandet av oumbärligheten inte är ett absolut krav, är det en stark indikation på att marginalklämning kan ha en potentiellt utestängande verkan.¹⁶⁷ Domstolen utesluter dock inte att marginalklämning ändå kan ha en utestängande verkan när det utredda företaget har en dominerande ställning på grossistmarknaden.¹⁶⁸ Domstolen har senare bekräftat denna argumentationslinje i *Telefónica*.¹⁶⁹ EU-domstolens uttalanden innebär att det inte finns ett *rättsligt krav* på att visa oumbärlighet som ett separat kriterium. Endast själva priskostnadstestet och påvisandet av (potentiella) effekter på marknaden tycks utgöra de *rättsliga kraven* gällande missbruksbeteendet. Om det nu, hypotetiskt sett, antas att en kontrafaktisk bedömning bör utföras enligt artikel 102 FEUF, skulle det innebära att oumbärlighetsbedömningen utgör en del av utredningen av den givna situationen, medan de sannolika effekterna på marknaden kan först fastställas efter en jämförelse med den hypotetiska situationen. Vidare, eftersom den som påstår att ett missbruk har skett inte har en skyldighet att visa på oumbärligheten av leveranserna, kan det i praktiken innebära att det är svaranden som åberopar att insatsvaran inte är oumbärlig. Detta innebär att bevisbördan för att påvisa oumbärligheten förmodligen inte är fastslagen, utan att den kan komma att läggas på den ena eller den andra parten i ett enskilt fall beroende på vem som åberopar oumbärligheten som en relevant faktor för missbruksbedömningen.

¹⁶⁶ *TeliaSonera*, punkterna 56-58.

¹⁶⁷ *TeliaSonera*, punkterna 70-71.

¹⁶⁸ *TeliaSonera*, punkt 72.

¹⁶⁹ Mål C-295/12 P. *Telefónica SA och Telefónica de España SAU mot Europeiska kommissionen* EU:C:2014:2062 (*Telefónica*), punkt 118.

Det viktigaste i *TeliaSonera* är att det kan tolkas som att det sätter gränser för omfattningen på ett kontrafaktiskt test. Ett kontrafaktiskt test får aldrig i praktiken resultera i en utredning om villkoren för annan missbrukskategori är uppfyllda. Detta kan tolkas som en mer generell norm som upprätthåller de missbrukskategorier som redan fastslagits i tidigare rättspraxis. En sådan tolkning skulle även sätta gränser för hur lång kommissionens uttalande i Prioritetsvägledningen kan tolkas.¹⁷⁰ Oavsett om ett alternativ scenario är realistisk eller inte måste utredningen hålla sig inom den specifika missbrukskategori som undersöks. Det skulle innebära i ett marginalklämningsfall att även om dominanten visar att leveransvägran utgör ett realistiskt hypotetiskt scenario i det enskilda fallet är det ändå inte relevant för missbruksbedömningen.

Det är också intressant att notera att argumentet att ett företag bör få använda sig av vissa begränsningar mot sina affärspartners eftersom de ändå skulle kunna välja att inte ingå avtalet (som är mer konkurrensbegränsande) är i grund och botten ett mycket gammalt och välanvänt argument. Den juridiska doktrinen om tidig rättspraxis gällande vertikala distributions- eller licensavtal anförde ofta detta argument mot konkurrensmyndigheters ingripande mot olika typer av konkurrensbegränsande klausuler.¹⁷¹ Inom EU:s konkurrensrätt har detta argument sällan accepterats. Detta beror på, förmodligen, att koordinering av flera företags beteende på marknaden öppnar upp för ytterligare aspekter som bör beaktas i en konkurrensrättslig bedömning. Förekomsten av ett avtal med vissa klausuler kan helt enkelt inte likställas med situationen helt utan avtalet (som "tvingar" avtalsparterna att på egen hand träda in på ned- eller uppströmsmarknaden). Vad gäller missbruksbedömningar kan det invändas att potentiellt missbruksbeteende mot en avtalspartner inte kan likställas med koordinering i vertikala eller horisontella avtal, eftersom i missbrukssituationen syftar dominantens beteende till eliminering av avtalspartnern, vilket inte är fallet med koordinering i vertikala avtal där skadehandlingen riktas mot tredje parter eller konsumenter. En sådan invändning är dock inte hållbar i alla lägen. Det som följer av leveransvägran och marginalklämningsmålen är att det dominerande företaget är aktiv i två led och därmed befinner sig i ett konkurrensförhållande med sin avtalspartner. Det kan därför finnas situationer där det inte är nödvändigt eller rationellt för ett dominerande företag att totalt eliminera konkurrenter på marknaden nedströms. Det kan istället räcka med att kontrollera konkurrenter och hålla nere konkurrensstrycket för att undvika att det utsätts för en effektiv konkurrens. Ett sådant synsätt ger stöd för att missbruk i en vertikal avtalssituation inte ska reduceras till en bedömning av leveransvägran.

¹⁷⁰ Prioritetsvägledningen, punkt 21.

¹⁷¹ Se t.ex. Robert C. Lind och Paul Muysert, *The European Commission's draft technology transfer block exemption regulation and guidelines: a significant departure from accepted competition policy principles*, *European Competition Law Review* 2004, vol. nr. 25, s. 181 ff. (Lind & Muysert).

4.4 Intelmålet

Det viktiga Intelmålet rörde ett dominerande företags påstådda missbruk genom villkorade rabatter och s.k. "icke-dolda begränsningar". De sistnämnda gällde framför allt utbetalningar till kunder som det dominerande företaget hade gjort för att förhindra och försena lanseringen av konkurrenters produkter. Fallet är framför allt viktigt vad gäller effektbedömningen enligt missbrukskriteriet och implikationerna på tillämpningen av ett kontrafaktisk test.

I målet hade kommissionen fastställt ett missbruk både genom en mer formalistisk bedömning enligt den äldre rättspraxisen om exklusivitetsrabatter och en bedömning enligt AEC-testet. Tribunalen godtog kommissionens beslut redan på basis av den mer formalistiska bedömningen. Tribunalen uttalade att gällande s.k. "icke-dolda begränsningar" (naked restrictions) krävs inte påvisandet av faktiska konkurrensbegränsande effekter eller ett orsakssamband mellan det dominerande företags åtgärder och dess kunders beteende att hålla sig till det dominerande företaget.¹⁷² Tribunalen gjorde därmed en bedömning liknande den som tillämpas vad gäller syftesbegränsningar enligt artikel 101.1 FEUF. Tribunalen hade dessutom samma synsätt vad gällde exklusivitetsrabatterna och uttalade att det fanns inget behov att visa på faktiska effekter eller på ett orsakssamband mellan det kritiserade beteendet och skadan på marknaden.¹⁷³ Tribunalen ansåg dessutom att även om motparten visat på ett negativt orsakssamband, alltså att kunderna till dominanten minskat sina inköp av konkurrerande leverantörers varor pga. av andra skäl än dominantens rabatter, hade det ingen påverkan på kommissionens slutsats att rabatterna hade en konkurrensbegränsande förmåga.¹⁷⁴

Av detta följer att ett orsakssamband mellan dominantens kritiserade beteende och effekter inte behöver visas vad gäller icke-dolda begränsningar eller kategorin exklusivitetsrabatter. Eftersom ett orsakssamband inte behöver påvisas, torde Tribunalens dom även innebära att ett kontrafaktisk test inte behöver utföras. På sin höjd skulle ett kontrafaktiskt test kunna användas för att påvisa ett samband mellan exklusivitetsrabatterna eller de icke dolda begränsningarna och kundernas minskade inköp av konkurrenternas produkter. Tribunalens uttalande visar dock att inte ens det verkar utgöra ett krav. Även om motparten hade visat i det konkreta fallet att kunderna minskat sina inköp pga. andra skäl än det omstridda beteendet hade inte det hindrat ett konstaterande att det omstridda beteendet skulle kunna minska inköpen. Tribunalens uttalanden tycks därmed medföra att ett kontrafaktiskt test inte är nödvändigt vad gäller åtgärder som inte utgör normal prestationskonkurrens och som (teoretiskt sett) har en konkurrensbegränsande förmåga.

¹⁷² Mål T-286/09 Intel Corp. mot Europeiska kommissionen EU:T:2014:547 (*Intel*, tribunalens dom), punkt 212.

¹⁷³ *Intel*, Tribunalens dom, punkterna 103-104.

¹⁷⁴ *Intel*, Tribunalens dom, punkt 104.

En fråga som uppstår är om Tribunalens dom även innebär att även andra typer av missbruksbeteende som inte kräver påvisandet av effekter skulle klassificeras som missbruk utan att ett orsakssamband etableras mellan det kritiserade beteendet och påstådda konkurrensbegränsande effekter. Tribunalens dom kan även, *e contrario*, tolkas som om det skulle krävas ett utförande av ett kontrafaktiskt test när ett rabattsystems effekter måste bedömas. Möjligtvis skulle ett sådant synsätt finna stöd i domstolens avgörande i *Post Danmark I*.¹⁷⁵ I avgörandet behandlade domstolen aldrig frågan om ett kontrafaktiskt test måste utföras som ett led i missbruksbedömningen, utan diskuterade bedömningen av konkurrensbegränsande effekter. Domstolen pekade på att i det enskilda fallet så hade vissa konkurrerande företag trots dominantens kritiserade beteende stannat kvar på marknaden och återvunnit vissa kunder som vid ett första skede hade lockats till det dominerande företaget.¹⁷⁶ Medan domen inte säger något om tillämpningen av ett kontrafaktiskt test antyder domstolens resonemang att ett orsakssamband mellan prisdiskrimineringen och negativa effekter på marknaden måste kunna påvisas. Uppenbarligen skulle tillämpningen av ett kontrafaktiskt test utgöra en metod för att fastställa ett sådant orsakssamband mellan dominantens beteende och skada.

EU-domstolen har dock ogiltigförklarat Tribunalens dom i *Intel*.¹⁷⁷ Domstolen accepterade Intels överklagande att Tribunalen borde ha gjort en bedömning av alla omständigheterna i fallet, inklusive Intels överklagande av Kommissionens bedömning enligt AEC-testet.¹⁷⁸ Medan de exakta konsekvenserna av Intelmålet inte är fastställda, tycks EU-domstolen dom innebära att om svaranden under kommissionens handläggning av ärendet framställer bevis för att de omstridda åtgärderna inte kan begränsa konkurrensen så måste Kommissionen göra en fördjupad utredning av effekter. Detta medför även att när Kommissionens beslut överklagas så måste Tribunalen bedöma alla de argument som framförs av den klagande parten. Det räcker inte att Tribunalen begränsar sin bedömning, som den gjorde i Intelmålet, till vissa delar av den bedömning som kommissionen gjort i sitt beslut. Detta, i sig, säger givetvis inget om ett eventuellt krav på tillämpningen av ett kontrafaktiskt test vid missbruksbedömningen. Vad däremot följer av Intel är att fall gällande exklusivitetsrabatter förmodligen i framtiden kommer att inbegripa en effektbedömning, vilket i sig kan föranleda tillämpningen av en kontrafaktisk bedömning.

¹⁷⁵ Mål C-209/10 *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet* EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*).

¹⁷⁶ *Post Danmark I*, punkt 39.

¹⁷⁷ Mål C-413/14 P *Intel Corp. mot Europeiska kommissionen* EU:C:2017:632 (*Intel*).

¹⁷⁸ *Intel*, punkt 141.

5 Tillämpningen av kontrafaktiska tester enligt 2 kap. 7 § Konkurrenslagen

Detta avsnitt syftar till att gå igenom de relevanta fallen för diskussionen om tillämpningen av kontrafaktiska bedömningar enligt 2:7 § KL. Avsnittet inleds med en kort överblick av missbruksbedömningen enligt 2:7 § KL och går sedan i ett på ett fåtal svenska mål som berör kontrafaktiska bedömningar.

5.1 Allmänt om missbruksbedömningen i svensk konkurrensrätt

I likhet med missbruksbedömningen inom EU:s konkurrensrätt kan bedömningen delas upp i två delanalyser. Den första gäller analysen av formen, dvs. det omstridda beteendet som sådant. Den andra avser analysen av eventuella negativa effekter på marknaden. Sådana effekter på marknaden behöver inte vara konkreta, utan det räcker med påvisandet av potentiella effekter.¹⁷⁹ Vidare har svenska domstolar även bekräftat att EU-domstolens uttalanden om att missbruk utgör ett objektiva begrepp och dominantens särskilda ansvar utgör gällande svensk rätt.¹⁸⁰ Det finns inget krav att visa att missbruket kommer att resultera i skada för konsumenterna, utan en skada på marknadsstrukturen är tillräckligt och antas leda till skada för konsumenterna.¹⁸¹

Även inom svensk konkurrensrätt tycks äldre mål ha haft en fokus på formen. Domarna från Marknadsdomstolen i *Posten - priszoner*, *SAS – NEA*, *Nitro Nobel*, *SJ/BK Tåg* och *Aga Gas II* ger uttryck för en djupgående analys av det omstridda beteendets konkurrensbegränsande förmåga utan en mer ingående utredning av effekterna på marknaden.¹⁸² I *Nitro Nobel* fokuserade exempelvis domstolens analys framför allt på om avtalen som hade ingåtts innefattade ett krav på exklusivitet och på den grad det dominerande företags kunder hindrades i att välja andra leverantörer. I *SAS – NEA* uttalade Stockholms tingsrätt explicit att det omstridda beteendet inte tycktes ha haft en sådan stor påverkan på det dominerande företags konkurrent. Inte desto mindre fann Marknadsdomstolen att beteendet ändå utgjorde ett missbruk utan att göra en analys av de faktiska effekterna på det dominerande företags konkurrent. Det enda fallet som tycks göra ett avsteg från fokus på formen är *SAS – Eurobonus*.¹⁸³ Fallet rörde tillämpningen av ett bonussystem för kunder som köpte biljetter för inrikesresor. Även om den utredning som domstolens tycks ha gjort av det omstridda beteendets effekter inte ska överdrivas, pekade domstolen på faktiska marknadsförhållanden som visade att beteendet skulle ha skapat ytterligare hinder för andra aktörer att konkurrera på ett effektivt sätt mot SAS.

¹⁷⁹ *TeliaSonera*, MD, punkt 274.

¹⁸⁰ *Swedish Match*, s. 8–9; *TeliaSonera*, MD, punkt 276; MD 2011:14 *Bring CityMail* mot *Posten (Bring)*, s. 11.

¹⁸¹ *TeliaSonera*, MD, punkt 276.

¹⁸² MD 1998:15 *Posten (Posten - priszoner)*, MD 1999:22 *SAS (SAS – NEA)*, MD 1999:17 *Nitro Nobel (Nitro Nobel)*, MD 2002:2 *SJ (SJ/BK Tåg)* och MD 2002:21 *Aga Gas (Aga Gas II)*.

¹⁸³ MD 2001:4 *SAS (SAS – Eurobonus)*.

TeliaSonera tycks utgöra en brytpunkt i missbruksbedömningen inom svensk konkurrensrätt.¹⁸⁴ I målet följde både tingsrätten och Marknadsdomstolen EU-domstolens uttalanden i förhandsavgörandet att även konkurrensbegränsande effekter av det påstådda missbruksbeteendet måste påvisas. Marknadsdomstolen gjorde även en separat bedömning av effekterna på marknaden. På grundval av det dominerande företags fördelar som en *first-mover* och marknadstäckning av sina avtal tycks domstolen ha funnit att beteendet åtminstone hade en potentiell konkurrensbegränsande effekt. Som framgår av vissa av de fall som diskuteras nedan, tycks domstolarna även följa denna trend i senare mål.

Slutligen, i det nyligen avgjorda *Nasdaq* (som diskuteras nedan i avsnitt 5.3) gör PMÖD några intressanta uttalanden som bör uppmärksammas.¹⁸⁵ För det första uttalade och tillämpade domstolen testet att det omtvistade beteendet måste kunna eliminera en lika effektiv konkurrent även gällande en icke-prisbaserat missbrukskategori. PMÖD grundade sin tolkning på EU-domstolens avgörande i *Intel*.¹⁸⁶ För det andra ansåg domstolen att beteendet i fallet måste orsaka den negativa konkurrens-effekten för det enskilda företaget ifråga.¹⁸⁷ Enligt domstolen utgjorde inte det dominerande företags agerande en generellt riktad åtgärd (som ett rabattsystem), vilket innebar att agerandets specifika effekter på konkurrenten måste beaktas. Eftersom domstolen ansåg att konkurrenten i avsaknad av det omtvistade beteendet ändå skulle ha haft en konkurrensnackdel pga. företags "ineffektivitet" kunde inte det påstådda missbruket resultera i de påstådda negativa effekterna.¹⁸⁸ Detta uttalande måste anses vara kontroversiellt. Det tycks inte finnas något stöd i EU-domstolens praxis att en sådan stor vikt skulle läggas på det drabbade företags effektivitet. Som diskuteras mer i detalj nedan, innebär uttalandet att ett dominerande företags åtgärd, även om det anses ha kapaciteten att eliminera konkurrensen från ett lika effektivt företag, ändå faller utanför missbruksförbudet pga. av det drabbade företags ineffektivitet. Om samma åtgärd vidtas i samma fall mot två olika konkurrenter skulle alltså samma beteende utgöra missbruk när det riktas mot ett effektivt företag och samtidigt inte utgöra missbruk när det riktas mot ett ineffektivt företag. Ett sådant utfall verkar underligt eftersom det leder till att lika fall behandlas olika. För det tredje fann domstolen att det påstådda missbrukets effekter (inklusive potentiella) måste bedömas vid tidpunkten då missbruket skedde.¹⁸⁹ Att konkurrenten eventuellt i framtiden skulle ha blivit en lika effektiv konkurrent beaktades inte. Sammantaget verkar *Nasdaq*-målet innebära en rad intressanta tolkningar av missbruksbedömningen som kan debatteras i ljuset av EU-domstolens praxis. Vissa av dessa tolkningar diskuteras mer ingående nedan.

¹⁸⁴ Sthlm TR, mål T-31862-04, *TeliaSonera* (*TeliaSonera*, Sthlm TR); MD 2013:5 *TeliaSonera* (*TeliaSonera*, MD).

¹⁸⁵ PMÖD, mål PMT 1443-18, Konkurrensverket mot *Nasdaq* (*Nasdaq*, PMÖD).

¹⁸⁶ *Nasdaq*, PMÖD, s. 5.

¹⁸⁷ *Nasdaq*, PMÖD, s. 9.

¹⁸⁸ *Nasdaq*, PMÖD, s. 11-12.

¹⁸⁹ *Nasdaq*, PMÖD, s. 12.

5.2 TeliaSonera

EU-domstolens avgörande i TeliaSonera har diskuterats ovan. Det är dock även intressant att diskutera målet efter att EU-domstolens förhandsavgörande meddelats och skickats tillbaka till tingsrätten. Målet avgjordes först vid Stockholms Tingsrätt och överklagades till Marknadsdomstolen.¹⁹⁰ Konkurrensverket vann målet i båda instanser.

För denna rapport är framför allt tingsrättens dom av intresse. Tillämpningen av ett kontrafaktiskt scenario aktualiserades gällande två aspekter av missbruksbedömningen.

För det första, upprepade domstolen det som stadgats av EU-domstolen att grossisttjänsterna inte behöver vara oundgängliga för att marginalpress ska kunna ha en konkurrensbegränsande verkan.¹⁹¹ Med andra ord behövde inte domstolen utreda om dominantens kunder hade kunnat vända sig till en annan leverantör av likvärdiga tjänster. Även om domstolen inte tog ställning till om dominantens leveranser verkligen var oundgängliga, ansåg den att det fanns starka indikationer på oundgänglighet.

För det andra, bedömde tingsrätten de konkurrensbegränsande effekterna av marginalpressen utifrån marknadsutvecklingen, samt konkurrensläget för de företagen som utsattes för marginalklämningen jämfört med läget utan marginalklämningen.¹⁹² Detta innebär en tillämpning av ett kontrafaktiskt test för att utreda de konkurrensbegränsande effekterna. Tingsrättens tillvägagångssätt är intressant eftersom EU-domstolen aldrig direkt uttalat att en kontrafaktisk analys är nödvändig i missbruksmål (se ovan, avsnitt 4). I sin bedömning, fokuserade tingsrätten på Telias utveckling i termer av marknadsandelar under tidsperioden före och efter det påstådda missbruket skulle ha ägt rum. Vidare går tingsrätten igenom hur enskilda konkurrenter till Telia påverkades av prissättningen och gjorde det svårare för de att utöka sina marknadsandelar.¹⁹³ Medan tingsrätten i själva domen aldrig gör en analys över vad företagen "annars" skulle ha gjort vid avsaknaden av marginalklämningen, uttalar tingsrätten att det fanns stöd för att de enskilda konkurrenter som påverkades var lika kostnadseffektiva som Telia.¹⁹⁴ På sätt och vis antyder det att företagen hade kunnat erbjuda en konkurrenskraftig produkt och därmed vunnit större andelar av marknaden.

¹⁹⁰ Sthlm TR, mål T-31862-04, TeliaSonera (TeliaSonera, Sthlm TR); MD 2013:5 TeliaSonera (TeliaSonera, MD).

¹⁹¹ *TeliaSonera*, Sthlm TR, s. 79.

¹⁹² *TeliaSonera*, Sthlm TR, s. 80.

¹⁹³ *TeliaSonera*, Sthlm TR, s. 81-82.

¹⁹⁴ *TeliaSonera*, Sthlm TR, s. 82-83.

Det kan säkert diskuteras i vilken grad tingsrättens resonemang kan anses ge uttryck för ett kontrafaktiskt test vid fastställandet av konkurrensbegränsande effekter. Det är ändå anmärkningsvärt att domstolen signalerade ett sådant tillvägagångssätt för analysen av konkurrensbegränsande effekter när det inte finns sådana klara uttalanden från EU-domstolen sida. Vidare går det åtminstone att argumentera för att den utredning som tingsrätten gör i mycket högre grad än domar från EU-domstolen faktiskt ämnar till att göra en utredning över marginalklämningens faktiska effekter på marknaden.

Slutligen, Marknadsdomstolen, som i hög grad bekräftade tingsrättens missbruksbedömning, gick aldrig in detalj på oumbärligheten eller utredningen av marginalklämningens konkurrensbegränsande effekter.¹⁹⁵ Domen tycks varken bekräfta eller vederlägga tingsrättens tolkning av missbruksbegreppet.

5.3 Nasdaq

Nasdaq utgör ett mycket intressant mål där både avgörandena från PMD och PMÖD är intressanta för tillämpningen av ett kontrafaktiskt test enligt 2:7 § KL. Domstolar-
nas angreppssätt skiljer sig åt och bör diskuteras mer i detalj. Därför behandlas dessa i separata underavsnitt.

5.3.1 Patent- och marknadsdomstolens avgörande i Nasdaq

Målet rörde Nasdaq som Konkurrensverket ansåg hade missbrukat sin dominerande ställning genom att utöva påtryckningar på en annan avtalspartner i syfte att utestänga en konkurrent. Nasdaq äger och driver ett antal handelsplatser för värdepapper vilket inkluderar bl.a. Stockholmsbörsen, Helsingforsbörsen och Köpenhamnsbörsen. Handelssystemet består av och styrs av datorer som Nasdaq har i en datorhall (Lundahallen) som ägs och tillhandahålls av företaget Verizon. Kunder till Nasdaq som bedriver handel med värdepapper behöver samlokalisera sina datorsystem med Nasdaqs datorer. Eftersom kommunikationstiden mellan de olika datorsystemen (eller den s.k. latenstiden) har betydelse är samlokalisering av dessa viktigt, m.a.o. att datorsystemen finns i samma datorhall. I Verizons datorhall fanns datorsystem tillhörande Nasdaqs kunder. Trots att Lundahallen ägdes av Verizon, hade Nasdaq kontroll över sin del av hallen enligt avtalet. Detta innebar att Nasdaq enligt avtalet var den som bestämde om korskoppling kunde göras i den avskärmade delen av hallen. Enligt samlokaliseringsavtalen krävdes dessutom ett godkännande från Nasdaq för att kunderna i den avskärmade delen av datorhallen skulle kunna korskoppla sig till datorsystem placerade i Verizons del av datorhallen. Handelsplatser som konkurrerar med Nasdaq erbjuder handel med värdepapper som också finns upptagna till handel på Nasdaqs handelsplatser. Det är således viktigt även för konkurrenterna till Nasdaq att datorsystemen placeras i närheten av Nasdaqs kunder (samlokalisering) eftersom detta minskar latenstiden.

¹⁹⁵ MD 2013:5 TeliaSonera (TeliaSonera, MD), punkterna 270-280.

I fallet hade Verizon påbörjat förhandlingar med Burgundy, som drev en konkurrerande handelsplats till Nasdaq. Burgundy ville få sina servrar placerad i samma datorhall som Nasdaq, dvs. Lundahallen, så att kunder till Nasdaq eventuellt skulle kunna korskoppla sig till Burgundy. Genom korskopplingen i Lundahallen förkortades latenstiden för handeln. Efter att Burgundy hade offentliggjort att de var på väg att flytta in i Lundahallen, reagerade Nasdaq och inledde en dialog med Verizon. Medan de exakta faktiska omständigheterna som förelåg i fallet säkert kan diskuteras, kom domstolen fram till att Nasdaq i realiteten hade gjort klart för Verizon att de tänkte flytta ut från datorhallen om Burgundy gavs tillgång till den.¹⁹⁶ Följaktligen avbröt Verizon samarbetet med Burgundy som därmed inte fick lokalisera sitt datorsystem i Lundahallen.

Enligt Konkurrensverket utgjorde Nasdaqs påtryckningar ett missbruk av en dominerande ställning. Konkurrensverket baserade sin bedömning på två (alternativa) kontrafaktiska analyser. För det första hävdades att i avsaknaden av Nasdaqs påtryckningar hade Burgundy flyttat in i datorhallen och kunnat erbjuda Nasdaqs kunder korskopplingar. PMD accepterade inte denna argumentation, pga. av Nasdaqs avtalsenliga rättighet att bestämma över alla anslutningar, inklusive korskopplingar, som kunde dras in till eller ut från den yta som Nasdaq hyrde av Verizon. Även om Burgundy hade befunnit sig i samma datorhall hade Nasdaq i slutändan kunnat stoppa en korskoppling.¹⁹⁷ Domstolen ansåg även att Nasdaqs agerande utgjorde en normal konkurrensmetod och att företaget inte utnyttjat de möjligheter som följde av den dominerande ställningen.¹⁹⁸ Domstolen godtog inte heller Konkurrensverkets påstående att Nasdaqs agerande hade en konkurrensbegränsande avsikt.¹⁹⁹

Vidare hade Konkurrensverket även tillämpat en alternativ kontrafaktisk analys. Konkurrensverket hävdade att Burgundy genom att flytta in i samma datorhall hade möjliggjort för potentiella kunder i Nasdaqs del av datorhallen att ansluta sig till Burgundy genom en nätverksleverantör. Medan kommunikationstiden hade varit högre än en direkt korskoppling till Nasdaq, skulle en sådan lösning ändå ha varit bättre än andra alternativ eftersom det minskade kostnaderna för potentiella kunder att handla på Burgundys handelsplats. PMD avslog dock resonemanget eftersom det kontrafaktiska scenariot ansågs vara alldeles för spekulativt. Efter en genomgång av de faktiska omständigheterna ansåg domstolen att det fanns inget stöd för att Burgundy i realiteten beaktat detta alternativ, utan att syftet med inflyttningen i Lundahallen var att låta Nasdaqs kunder direkt korskoppla sig till Burgundy. Det kontrafaktiska scenariot ansågs därför inte vara plausibelt i ljuset av de faktiska omständigheterna.²⁰⁰

¹⁹⁶ PMT mål nr 7000-15, Konkurrensverket mot Nasdaq (*Nasdaq*), s. 126.

¹⁹⁷ *Nasdaq*, PMD, s. 151 och 154.

¹⁹⁸ *Nasdaq*, PMD, s. 158.

¹⁹⁹ *Nasdaq*, PMD, s. 161.

²⁰⁰ *Nasdaq*, PMD, s. 1.

Det kan diskuteras om PMD:s tillämpning av de två olika kontrafaktiska testerna överensstämmer med antingen kommissionens prioritetvägledning eller unionsdomstolarna tidigare praxis. Diskussionen bör i första hand fokusera på bedömningen av vad som utgör ett alternativt realistiskt scenario såsom det diskuteras i prioritetvägledningen. Det skulle kunna argumenteras för att utövandet av Nasdaqs rättigheter enligt avtalet med Verizon och samlokaliseringsavtalen med kunderna inte utgjorde ett alternativt *realistiskt* scenario. Det var med andra ord inte sannolikt att Nasdaq i avsaknaden av påtryckningarna på Verizon hade kunnat eller faktiskt utövat sina avtalsrättigheter för att stoppa korskopplingar mellan Burgundy och Nasdaqs kunder. Denna fråga utgör givetvis en fråga om värdering av fakta och bevisning i målet som denna rapport inte kan göra en djupare analys av. Det kan dock noteras att det verkade angeläget för Nasdaq att hindra Burgundy från att överhuvudtaget befinna sig samma datorhall som kanske ger en indikation på att det fanns en realistisk chans att korskopplingar skulle kunna ske trots Nasdaqs avtalsenliga rätt att neka sina kunder att korskoppla sig. Hotet från Nasdaqs sida att flytta från datorhallen helt och hållet till följd av en eventuell inflyttning från Burgundys sida antyder att Nasdaq såg Burgundy som en utmaning till Nasdaqs marknadsposition. Det är således en fråga som är obesvarad i domstolens resonemang om varför det var så angeläget för Nasdaq att redan genom påtryckningar mot Verizon hålla Burgundy utanför datorhallen. I detta sammanhang, även om det inte är direkt relaterat till det kontrafaktiska testet som tillämpades i målet, bör domstolens resonemang om en normal konkurrensmetod uppmärksammas. Det är tveksamt om domstolens tolkning överensstämmer med EU-rättslig praxis där även sådana åtgärder som är "normala" inom en marknad har ansetts utgöra missbruk när de har lett till utestängning av konkurrenter.²⁰¹ Dessutom påpekas i doktrinen att dominanta företag som "möter konkurrens" genom åtgärder som kan anses skydda legitima affärsintressen måste i vilket fall vara proportionerliga. I annat fall kan de utgöra missbruk.²⁰² Sammantaget, verkar det som om domstolen lagt stor vikt vid att det förelåg inget orsakssamband mellan påtryckningarna på Verizon och den potentiellt konkurrensbegränsande effekten, eftersom Nasdaq ändå hade kunnat orsaka det konkurrensbegränsande resultatet genom avtalet med Verizon och samlokaliseringsavtalen med kunderna.

I andra hand bör det även diskuteras om domstolen gjorde en tolkning som är oförenlig med EU-domstolens resonemang i *TeliaSonera* (se ovan, avsnitt 4.3). Poängen med EU-domstolens resonemang var att det inte kan utkrävas att en jämförelse görs med ett annat scenario som innefattar eller kan innefatta ett annat missbruk. Domstolens resonemang kan ses som att det går en gräns för bedömningen av ett alternativt hypotetiskt scenario när det alternativa scenariot potentiellt utgör ett annat missbruk. PMD:s bedömning i Nasdaq-målet kan kritiseras eftersom bedömningen eventuellt innefattade en jämförelse med ett kontrafaktiskt scenario som skulle ha kunnat utgöra ett annat självständigt missbruk eller någon

²⁰¹ Ekaterina Rousseva, *Rethinking Exclusionary buses in EU Competition Law*, Hart publishing 2010 (Rousseva) s. 272.

²⁰² Rousseva, s. 272-273.

annan form av konkurrensbegränsning. Det följer från domen att Konkurrensverket under ett tidigare skede av sin utredning hade omformulerat klassificeringen av konkurrensbegränsningen.²⁰³ Detta kan eventuellt tyda på att det alternativa scenariot skulle kunna ha ansetts utgöra ett separat missbruk eller en annan typ av konkurrensbegränsning. Även om vägran att korskoppla hade varit ett realistiskt scenario, skulle *en* tolkning av *TeliaSonera* vara att det inte är rättslig möjligt att beakta den situationen, eftersom det skulle undergräva den missbruksklassificering som finns enligt gällande rätt.

En tredje punkt som kan diskuteras är om det från ett övergripande konkurrensrättsligt policyperspektiv spelar någon roll vilken strategi ett dominerande företag väljer för att begränsa konkurrensen när flera alternativa vägar är tillgängliga. Om nu Nasdaq, i teorin, hade kunnat begränsa konkurrensen antingen genom att stoppa eventuella korskopplingar in i sin del av datorhallen eller stoppa Burgundys inträde i datorhallen genom påtryckningar på sin handelspartner, spelar det egentligen någon roll i termer av konkurrensrättspolicy om det dominerande företaget väljer det ena eller det andra alternativet? Det kan ifrågasättas om det verkligen är en sund policy att ge utrymme för det dominerande företaget att välja mellan dessa två alternativ när de olika åtgärderna innebär samma resultat, att hindra Burgundy från att korskoppla sig till kunder till Nasdaq och därmed hindra eller minska konkurrensstrycket mot Nasdaq. Särskilt i ett fall som Nasdaq där en konkurrent till det dominerande företaget måste gå igenom flera steg för att konkurrera effektivt på marknaden (ta sig in i datorhallen; möjliggöra för kunder att korskoppla sig) kan dominanten vidta åtgärder i ett tidigt skede för att stoppa inträdet. Att i en sådan situation tillämpa en kontrafaktisk bedömning på ett formalistiskt sätt för att etablera ett *absolut* orsakssamband mellan det dominerande företags åtgärd och utestängningen, skulle ge utrymme för dominerande företag att på ett lagligt sätt utestänga nya konkurrenter även när det resulterar i negativa effekter på marknaden.

Ytterligare en intressant aspekt på målet rör det andra kontrafaktiska scenariot som Konkurrensverket tillämpade. Domstolen ansåg att det inte var plausibelt eftersom det fanns ingen bevisning som styrkte hypotesen att Burgundy ville att Nasdaqs kunder skulle ansluta sig genom en nätverksleverantör om företaget fått tillgång till Lundahallen. Det följer av rättspraxis från EU-domstolen gällande artikel 101.1 FEUF att ett hypotetiskt scenario som avviker från det traditionella kontrafaktiska scenariot måste vara realistiskt. Detsamma gäller sökandet efter alternativa åtgärder vid tillämpningen av doktrinen om accessoriska begränsningar (se avsnitt 3.2). Det kan noteras att i *Mastercard* så fann domstolen, trots att det inte kunde fastställas att företaget faktiskt skulle vidta vissa åtgärder, att en sådan åtgärd ändå var tillräckligt realistisk eftersom det fanns ekonomiska incitament att agera på ett visst sätt.²⁰⁴ I *O2* hade kommissionen utifrån bl.a. företagets uttalade avsikter dragit slutsatsen att företaget skulle träda in på en viss marknad.²⁰⁵ Tribunalen slog ner på

²⁰³ *Nasdaq*, PMD, s. 165.

²⁰⁴ *Mastercard*, punkt 173.

²⁰⁵ *O2*, punkterna 74-79.

detta och uttalade att kommissionen måste göra en objektiv analys av konkurrensläget (se ovan, avsnitt 3.3). Av detta följer att även om Konkurrensverket inte hade fastställt att Burgundy planerat att erbjuda Nasdaqs kunder anslutning genom en nätverksleverantör i Lundahallen, är inte det tillräckligt för att avfärda det andra kontrafaktiska scenariot som spekulativt. Det kan därmed ifrågasättas om domstolen i en tillräckligt hög grad beaktade de ekonomiska incitamenten och de faktiska möjligheterna att korskoppla Nasdaqs kunder till Burgundy om den sistnämndes matchningsdator hade kunnat placeras i Lundahallen.

5.3.2 Patent- och marknadsöverdomstolens dom i Nasdaq

PMÖD gick tillväga på ett helt annat sätt vid bedömningen av *Nasdaq*. Domstolen började med att fastställa vad som utgör missbruk i enlighet med EU-domstolens praxis. I synnerhet pekade domstolen på att artikel 102 FEUF, enligt *Intel*, inte syftar till att säkerställa att företag som är mindre effektiva än det dominerande företaget ska kunna stanna kvar på marknaden.²⁰⁶ Efter att ha konstaterat att kundernas samlokalisering med Burgundys dator endast skulle kunna ha skett genom Lundahallen, pga. att övriga alternativ skulle ha resulterat i högre latenstid, gick domstolen in på frågan om effekterna av Nasdaqs handlande på Burgundy. Enligt domstolen fanns bevis som visade att samlokalisering i Lundahallen inte hade någon betydelse, eftersom Burgundys server var såpass långsam att en utökad latenstid var mindre än den fördröjning som orsakades av Burgundys dator. Även om Burgundy förbättrade latensen på sin dator, var vid tidpunkten för Nasdaqs agerande Burgundy inte en effektiv konkurrent.²⁰⁷ Eftersom Konkurrensverket inte påstått att Nasdaq hade gjort sig skyldig till en generell åtgärd, kunde endast effekterna på Burgundy bedömas och inte i förhållande någon annan effektiv konkurrent.²⁰⁸ Enligt domstolen kunde därmed Nasdaqs handlande inte anses, objektivt sett, ha kunnat begränsa konkurrensen. Således kunde Nasdaqs avsikter med agerandet inte heller ha någon betydelse.

En första observation är att PMÖD aldrig gick på diskussionen om de två kontrafaktiska bedömningar som gav stöd för att Nasdaqs agerande begränsade konkurrensen. Till skillnad från PMD som ansåg att konkurrensverkets slutsatser avseende det sannolika händelseförloppet i situationen utan Nasdaqs åtgärder inte var plausibla, fokuserade PMÖD på att Burgundy inte kunde konkurrera effektivt. Det skulle således inte spela någon roll om Konkurrensverkets kontrafaktiska bedömningar hade godtagits eftersom Burgundy ändå inte hade kunnat utöva ett effektivt konkurrensstryck. Utan Nasdaqs agerande hade effekterna på konkurrensen varit desamma.

²⁰⁶ *Nasdaq*, PMÖD, s. 5-6.

²⁰⁷ *Nasdaq*, PMÖD, s. 12.

²⁰⁸ *Nasdaq*, PMÖD, s. 12.

En andra observation är att PMÖD tycks ha misstolkat begreppet lika effektiv konkurrent. Syftet med lika effektiv konkurrent testet är att endast fånga in handlande som potentiellt kan utestänga lika effektiva konkurrenter. Bedömningen är inriktad på handlandets konkurrensbegränsande förmåga och syftar inte till att utreda de företag som i det enskilda fallet drabbas av dominantens handlande. Tillämpningen av ett priskostnadstest vid prisbaserade missbruk sållar ut prissättning som skulle kunna tolereras av en lika effektiv konkurrent som dominanten. Testet ger en viss rättssäkerhet för dominanten eftersom testet är baserat på dominantens egna kostnader. Det dominerande företaget behöver alltså inte göra bedömningar av andra företags effektivitet, vilket skulle vara praktiskt omöjligt och orättssäkert. Vidare undersöks om åtgärdens faktiska eller potentiella effekter på marknaden skulle kunna eliminera lika effektiva konkurrenter. Bedömningen är objektivt och kan inte variera beroende på det företag som drabbas av handlandet. Vad gäller missbruk genom icke-prisbaserade åtgärder är situationen vanskeligare eftersom det är svårt att bestämma utan ett priskostnadstest vilket handlande som objektivt kan eliminera lika effektiva konkurrenter. Villkoret att leveranser av en viss resurs måste vara oundgängligt vid bedömningen av leveransvägran tycks dock vara en bedömning som görs i förhållande till lika effektiva konkurrenter. Villkoret sållar ut fall där marknadsvillkoren i fallet inte hade hindrat en lika effektiv konkurrent som dominanten att själv träda in på marknaden för leverans av resursen ifråga och/eller att få tillgång till resursen på annat håll. PMÖD:s bedömning i *Nasdaq* tycks inte utreda om en lika effektiv konkurrent till Nasdaq, objektivt sett, hade kunnat elimineras av den omstridda åtgärden. Exempelvis hade en utredning om korskopplingens oundgänglighet varit en metod för att utvärdera om Nasdaqs handlande hade en konkurrensbegränsande förmåga. PMÖD gick emellertid inte in på den frågan eftersom Konkurrensverkets talan inte hade gjort gällande nödvändigheten av närheten till Nasdaqs dator eller tillträde till Lundahallen.²⁰⁹ Samtidigt hade PMÖD funnit att Nasdaq utgjorde en oundgänglig handelspartner för börskunderna och det inte var realistiskt att dessa skulle lokalisera sig någon annanstans än Lundahallen. PMÖD:s fokus på Burgundys effektivitet tycks således inte ha något stöd i rättspraxis från unionsdomstolarna, samtidigt som det går att argumentera för att Konkurrensverket borde ha utrett oundgängligheten av samlokaliseringen.

PMÖD:s synsätt, om det skulle tillämpas på andra missbruksfall kan även föra med sig olyckliga konsekvenser. Det följer från domen att två företag som utsätts för motsvarande agerande från ett dominerande företag, men som är olika i termer av effektivitet, skulle behandlas olika. Nasdaqs agerande gentemot ett företag med en effektiv dator skulle alltså ha bedömts som missbruk, men inte när agerandet riktades mot Burgundy. En sådan rättstillämpning verkar inte överensstämma med unionsdomstolarnas tolkning av missbruksbegreppet som ett objektivt begrepp. Om PMÖD:s resonemang tillämpades även på andra fall, som t.ex. leveransvägran, skulle det vara godtagbart att leveransvägra mot ineffektiva företag även när oundgänglighetsvillkoret är uppfyllt och en lika effektiv konkurrent potentiellt skulle kunna elimineras från marknaden.

²⁰⁹ *Nasdaq*, PMÖD, s. 13.

Det bör noteras att PMÖD gör en distinktion i *Nasdaq* att agerandet utgjort en specifik åtgärd, alltså riktat mot ett specifikt företag och inte generellt riktat mot marknaden. Det är dock oklart vilken betydelse denna distinktion har. Menar domstolen att åtgärder som t.ex. leveransvägran, underprissättning eller selektiva prissättningar som riktas mot specifika företag bör behandlas på ett annorlunda sätt en t.ex. ett standardiserat rabattsystem som är riktade mot alla kunder på en marknad? I alla de ovan nämnda exempel på åtgärder som kan ses som riktade mot vissa specifika företag tycks unionsdomstolarna ha tillämpat en objektiv bedömning, dvs. om åtgärden skulle kunna eliminera lika effektiva konkurrenter utan att ha beaktat de utestängda företagens effektivitet. Ett kommissionsärende där det utestängda företags effektivitet utreddes av Kommissionen är *Baltic Rail*, där det dominerande företaget hade avvecklat ett järnvägsspår som trafikerades av en konkurrent.²¹⁰ Kommissionen utredde om konkurrenten hade kunnat utöva ett konkurrenstryck på dominanten.²¹¹ Det bör dock påpekas av utredningen av konkurrentens effektivitet fokuserade i ganska stora delar på kostnader som var kopplade till det järnvägsspår som hade avvecklats.²¹² Utredningen verkar främst ha varit inriktat på att bedöma om järnvägsspåret utgjorde ett faktiskt alternativ för det andra företaget att använda för att konkurrera med det dominerande företaget. Det gick inte att särskilja effektiviteten av det avvecklade järnvägsspåret och det företag som avsåg bedriva tågtrafik. Ärendet tycks inte vara riktigt jämförbart med *Nasdaq* där domstolen hade kunnat utvärdera om påtryckningar mot Verizon hade kunnat utestänga en lika effektiv konkurrent genom en analys av latenstider, oumbärligheten av korskopplingarna till Nasdaqs kunder och möjligheterna för en lika effektiv konkurrent att vidta andra motåtgärder. PMÖD hänvisade inte heller till *Baltic Rail* i sin dom.

Den andra konsekvensen av PMÖD:s dom i *Nasdaq* är att en dominant skulle vara tvungen att uppskatta utestängda företags effektivitet för att kunna avgöra om ett agerande utgör missbruk. En sådan regel verkar varken vara praktiskt användbart eller rättssäkert (för det dominerande företaget). Visserligen har EU-domstolen i *TeliaSonera* uttalat att konkurrenters priser och kostnader under vissa villkor bör beaktas vid tillämpningen av priskostnadstestet i marginalklämningsmål.²¹³ Denna bedömning går dock inte ut på att utvärdera specifika konkurrenters effektivitet utan på att fastställa vilka priser och kostnader som ska användas i priskostnadstestet.

Vad PMÖD i realiteten tycks ha gjort i *Nasdaq* är att ha tillämpat det kontrafaktiska scenariot som ingår i en skadeståndsbedömning, dvs. om det omstridda handlandet orsakat utestängningen av det "drabbade" företaget. Som nämnts ovan (avsnitt 2.2) är detta en förutsättning för att företag ska kunna göra gällande att de har lidit skada. Exempelvis uttalade Svea Hovrätt i *Tele 2* att frågan om ett företag

²¹⁰ Kommissionens beslut, *Baltic Rail*, AT.39813, 2/10/2017, C(2017) 6544 final (*Baltic Rail*).

²¹¹ Kommissionens beslut, *Baltic Rail*, AT.39813, 2/10/2017, C(2017) 6544 final (*Baltic Rail*), punkterna 205 ff.

²¹² *Baltic Rail*, punkt 267 ff.

²¹³ *TeliaSonera*, punkterna 45-46 .

utestängts i det konkreta fallet utgör ett spørsmål som är kopplad till skadeståndsfrågan, inte missbruksfrågan.²¹⁴ Visserligen har EU-domstolen godtagit att faktisk utestängning påvisar att en åtgärd med konkurrensbegränsande förmåga kan eliminera lika effektiva konkurrenter.²¹⁵ Att ett ineffektivt företag inte skulle vara förmöget att utöva ett effektivt konkurrenstryck pga. delvis andra skäl än den omstridda åtgärden betyder dock inte att det dominerande företags åtgärd, objektivt sett, inte kan utgöra missbruk. Syftet med konkurrensreglerna torde främst vara att beivra och avskräcka agerande som klassificeras som skadligt för marknaden oavsett vem som i ett enskilt fall faktiskt lider skada pga. ett sådant agerande. PMÖD verkar således ha grundat sin dom på fel kontrafaktisk bedömning i *Nasdaq*.

5.4 Swedish Match

Swedish Match rörde införandet av ett etikettsystem för detaljhandeln med snus.²¹⁶ Syftet med åtgärden var att introducera ett enhetligt etikettsystem. Konkurrensverket ansåg att etikettsystemet hindrade konkurrerande snustillverkare från att använda sig av vissa etiketter som ådrog sig konsumenters uppmärksamhet och som därmed ökade priskonkurrensen på marknaden. Konkurrensverket ansåg därmed att införandet av det enhetliga etikettsystemet utgjorde ett missbruk av en dominerande ställning.

Vid PMD invände dominanten att det dominerande företaget var fri att bestämma om konkurrenter fick använda det dominerande företags kylar. Därmed borde även kraven för leveransvägran vara uppfyllda. PMD avslog detta argument med motiveringen att det inte kunde krävas att villkoren för leveransvägran ska vara uppfyllda vid bedömningen om de affärsvillkor som dominanten tillämpar gentemot sina affärspartners utgör missbruk.²¹⁷ Domstolen upprepade EU-domstolens argumentation i *TeliaSonera* att 2:7 § KL i annat fall skulle tappa sin ändamålsenliga verkan (se avsnitt 4.4).²¹⁸

Vidare fann domstolen att etikettsystemet försämrade möjligheterna för Swedish Matchs konkurrenter att marknadsföra sina produkter. Domstolen fann även att konkurrenterna hade svårt att vidta motåtgärder pga. att tobakslagstiftningen dramatiskt minskade möjligheterna för konkurrenterna att ägna sig åt marknads-kommunikation gentemot konsumenter. Implicit gjorde domstolen en jämförelse med situationen *status quo* rörande konkurrenternas förmåga att marknadsföra sina produkter och vidta motåtgärder. Domstolen gjorde ingen bedömning av de faktiska effekterna av åtgärderna eftersom etikettsystemet hade avbrutits efter en kort tid, pga. klagomål till Konkurrensverket. Således gick det inte att utvärdera

²¹⁴ *Tele 2*, s. 43-44.

²¹⁵ *Post Danmark I*, punkt 44.

²¹⁶ Patent- och marknadsdomstolen, mål PMT 16822-14, Konkurrensverket mot Swedish Match (*Swedish Match*, PMD).

²¹⁷ *Swedish Match*, PMD, s. 161.

²¹⁸ *Swedish Match*, PMD, s. 161.

ändringar i marknadsandelar till följd av etikettsystemet. Domstolen fann istället att etikettsystemet potentiellt kunde begränsa konkurrensen i ljuset av etiketternas betydelse i marknadsföringen, de hinder för konkurrenterna att vidta motåtgärder och även det faktum att en rad omständigheter visade på att Swedish Match hade vidtagit åtgärden för att begränsa priskonkurrensen.

Domen från PMD tycks utgöra ett bra exempel där en jämförelse görs med ett kontrafaktiskt scenario, men i begränsad omfattning, och som endast fastställer ett orsakssamband mellan etikettsystemet och i det här fallet en bristande marknads-kommunikation från konkurrenternas sida. Eftersom missbruksbedömningen stannade vid fastställandet av en potentiell konkurrensbegränsande effekt, gjordes ingen jämförelse med marknadsläget med den kritiserade åtgärden. Det kan ifrågasättas i vilken grad målet utgör ett exempel på en effektbedömning under 2:7 § KL, i synnerhet med tanke på hur mycket domstolen betonade Swedish Match konkurrensbegränsande strategi i målet. Som påpekats ovan, tycks målet bekräfta dels att tillämpningen av kontrafaktiska tester inte nödvändigtvis innefattar en effektbaserad tillämpning, dels att ett kontrafaktisk test kan utföras i en mer begränsad omfattning. Det orsakssamband som fastställs fokuserar därmed i praktiken inte på sambandet mellan åtgärden och marknadsvillkoren utan mellan åtgärden och andra företags beteende. På sätt och vis liknar en sådan bedömning den som gjorts i mål före *Intel* gällande rabatter med en utestängande effekt som fokuserade på kunders beteende till följd av ett rabattsystem.²¹⁹

Vad gäller PMÖD:s avgörande i målet så bekräftades PMD:s analys av missbruket. PMÖD fann dock att etikettsystemet kunde rättfärdigas enligt doktrinen om objektiva godtagbara skäl.²²⁰

²¹⁹ Mål C-23/14 *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet* EU:C:2015:651 (*Post Danmark II*), punkt 35.

²²⁰ PMÖD, mål nr PMT 1988-17, *Swedish Match* (*Swedish Match*).

6 Analys och slutsatser

I detta avsnitt sammanfattas och analyseras innehållet i tidigare avsnitt i syfte att fastställa vad som gäller vid tillämpningen av kontrafaktiska tester i samband med missbruksbedömningen enligt 2:7 § KL (och även artikel 102 FEUF).

En första slutsats är att det finns inget rättsligt formellt krav att *explicit* eller *mekaniskt* utföra en kontrafaktisk analys vid missbruksbedömningen. Inom unionsrätten finns inget stöd i rättspraxis att en kärke eller konkurrensmyndigheten måste göra en sådan analys. Kommissionen har dock aviserat användningen av en kontrafaktisk bedömning i Prioritetsvägledningen, men det verkar inte hittills ha haft något genomslag på domstolspraxis inom unionsrätten. Inom svensk rätt har tingsrätten *de facto* gjort en sådan analys i *TeliaSonera*, *Swedish Match* och *Nasdaq*, men det finns inga uttalanden från högre rätt att det är krav.

En andra slutsats är att det inte heller finns ett faktiskt krav på att utföra ett kontrafaktiskt scenario utan det påstådda missbruket ifråga. Gällande rättspraxis verkar i hög grad fokusera på formen på den kritiserade åtgärden i första hand. Även en analys om huruvida ett påstått missbruksbeteende kan eliminera en lika effektiv konkurrent tycks främst inrikta sig på formens konkurrensbegränsande förmåga, t.ex. genom tillämpningen av ett priskostnadstest. Även om EU-domstolen i *Post Danmark I* pekade på nödvändigheten att utreda effekterna av ett missbruk och genom *Intel* öppnat upp för tillämpningen av en effektbedömning på lojalitetsrabatter har det hittills inte signalerats att den utredningen måste göras i förhållande till hur konkurrensen på marknaden annars hade sett ut utan missbruksbeteendet. Således har unionsdomstolarna inte ställt som krav att en effektbedömning *de facto* kräver fastställandet av den kontrafaktiska situationen. Detta kan kontrasteras med fall enligt artikel 101.1 FEUF som *O2* och *Servier* från Förstainstansrätten/Tribunalen där fastställandet av ett felaktigt kontrafaktiskt scenario har haft en direkt påverkan på utfallet i målen (se ovan, avsnitt 3.3).

En analys av ett påstått missbruk *kan* implicit kräva en analys av den kritiserade åtgärden ifråga i ljuset av situationen utan åtgärden ifråga. Ett kontrafaktiskt test kan bli relevant i fall som handlar om affärsförhållanden mellan dominanten och kunder, som t.ex. rabattsystem eller kopplingsförbehåll, eftersom i en sådan situation kan det vara relevant att förklara hur kunder skulle ha agerat utan åtgärden ifråga, t.ex. ett rabattsystem. Det verkar dock som domstolarna inte har gjort en sådan analys genom en explicit diskussion om det kontrafaktiska scenariot. Vidare kan en kontrafaktisk bedömning användas för att mer i detalj förklara effekterna av ett missbruk på marknaden. *Microsoft* och tingsrättens domar i *TeliaSonera*, *Swedish Match* och *Nasdaq* signalerar en sådan analys, även om det inte alltid uttryckts explicit eller utförs på ett djuplodande sätt. I *Microsoft* tycks Kommissionen *de facto* ha utfört en sådan analys, förmodligen därför att konsekvenserna av åtgärden på kundernas agerande inte var självklar eftersom det inte handlade om ett "traditionellt" kopplingsförbehåll. Därmed krävdes en mer

djuplodande analys som implicit innefattade en kontrafaktisk bedömning av hur "distributörerna" av personatorer hade kunnat agera i avsaknaden av kopplingsförbehållet. I *TeliaSonera* utförde tingsrätten explicit en kontrafaktisk bedömning som en del av utredningen av marginalklämningens verkan på marknaden, m.a.o. en effektanalys. I *Swedish Match* verkar tingsrätten implicit ha gjort en kontrafaktisk bedömning även om den var av en begränsad omfattning. I *Nasdaq* analyserade framför allt PMD de två kontrafaktiska bedömningar som Konkurrensverket hade gjort för att påvisa missbruket. PMÖD gick inte in på dessa i detalj, utan konstaterade att inga konkurrensbegränsande effekter förelåg genom en *de facto* tillämpning av en kontrafaktisk bedömning som ligger närmare den kontrafaktiska bedömning som används för att fastställa skada pga. konkurrensrättsöverträdelser. Av dessa mål följer att kontrafaktiska bedömningar på intet sätt utgör ett faktiskt krav vid missbruksbedömningen. Snarare har de kontrafaktiska bedömningarna aktualiserats pga. kontexten i det enskilda fallet: för att förklara på ett övertygande sätt varför en åtgärd utgör ett missbruk i en mer komplex situation (*Microsoft, Swedish Match*); för att missbruksbeteendet i sig inte har haft en tillräckligt konkurrensbegränsande förmåga (*TeliaSonera, Sthlm TR*); för att konkurrensmyndigheten har använt sig av en kontrafaktisk analys (*Microsoft, Nasdaq PMD*); för att påvisa att missbruksbeteendet inte kunde begränsa konkurrensen genom att bryta orsakssambandet mellan beteendet och utestängningen (*Nasdaq, PMÖD*).

En tredje slutsats är att omfattningen på ett kontrafaktisk test, i den mån en sådan tillämpas, torde variera dels beroende på om missbruksformen i det enskilda fallet normalt sett bedöms enligt en mer omfattande effektanalys eller en ytligare formbaserad analys, dels på komplexiteten i fallet ifråga. Det har argumenterats för ovan, kanske aningen kontroversiellt, att en kontrafaktisk bedömning kan användas, inte endast för att utföra en fullskalig effektbedömning, men även en mer begränsad utredning av hur en viss avtalspart skulle ha agerat vid avsaknaden av visst avtalsvillkor (se ovan, avsnitt 3.5). Rättspraxis som *BIDS* och Kommissionens riktlinjer avseende artikel 101.3 FEUF ger stöd för en sådan tolkning. Enligt ett sådant synsätt, torde en kontrafaktisk bedömning kunna spela en viss roll i fall där utredningen fokuserar på hur den specifika åtgärden påverkar agerandet av vissa aktörer som t.ex. kunder och slutkonsumenter. Vad gäller artikel 102 FEUF ger rabattmålen ett bra exempel på där ett kontrafaktiskt test *kan* tillämpas i en begränsad omfattning, eftersom kundernas agerande till följd av rabattsystemet är en viktig faktor även vid en formbaserad utredning. *Microsoft* är ett exempel på en mer fullständig kontrafaktisk analys (om än implicit) där effekterna av åtgärden inte endast utreddes i förhållande till kunderna utan även till konkurrenssituationen på marknaden. Som signalerats ovan berodde den mer djuplodande utredningen förmodligen med att kopplingsförbehållet utgjorde en icke-avtalsbundet och en icke-traditionell form av kopplingsförbehåll. Det var oklart om integrationen av operativsystemet och mediaspelaren kunde likställas med ett traditionellt kopplingsförbehåll. Till viss del fokuserade således utredningen på formens konkurrensbegränsande förmåga. Fallet illustrerar dock även en mer djupgående utredning av effekterna på marknaden eftersom det heller inte var självklart att det

tekniska kopplingsförbehållet skulle få genomslag i konsumentledet. Utredningen av hur konsumenterna påverkades av det tekniska kopplingsförbehållet, vilket implicit inkluderade ett antagande om hur konsumenterna annars skulle ha betett sig utan åtgärden ifråga, kan ses som tillämpningen av en kontrafaktisk bedömning inom en mer omfattande effektbedömning.

En fjärde slutsats är att ett kontrafaktiskt scenario måste vara realistisk. Inom unionsrätten följer den slutsatsen av rättspraxis gällande förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och koncentrationskontrollen (se ovan, avsnitt 3.2). Vad gäller missbruksmål har spørgsmålet endast berörts av PMD och inte av unionsdomstolarna. Hur graden av realism måste bedömas beror troligen på sammanhanget i det enskilda fallet. Gällande accessoriska begränsningar och doktrinen om objektiv sakliga skäl görs bedömningen av ett kontrafaktiskt scenario objektivt och därmed inte utifrån parternas subjektiva perspektiv. Vad gäller den kontrafaktiska bedömningen enligt konkurrensbegränsningskriteriet följer det av *O2*, *Servier* och *MasterCard* att bedömningen beaktar i högre grad det enskilda företags ekonomiska incitament och faktiska möjligheter att agera på ett visst sätt. Dessa mål visar även att kontexten kan skilja sig trots att det handlar om samma kontrafaktiska bedömning. *O2* rörde frågan om ett företag skulle kunna ta sig på en marknad i ett framåtblickande hypotetiskt scenario. I *Servier* bedömdes om företaget kunde konkurrera på marknaden trots förekomsten av ett patent. Bedömningarna i dessa fall handlar främst om utredningen av marknadsförhållanden och om företagen utgjorde potentiella eller faktiska konkurrenter. *MasterCard* handlade snarare om företaget ifråga sannolikt skulle ha agerat på ett visst sätt i en hypotetisk situation. I fallet, där tribunalen visserligen misslyckats med att undersöka om det hypotetiska agerandet var sannolikt, fann EU-domstolen att det ändå utgjorde ett realistiskt scenario sett till företags ekonomiska intressen och i avsaknad av motbevis från företags sida. Inom svensk rätt har även PMD i *Nasdaq* fastslagit att ett kontrafaktiskt scenario måste vara realistisk. I det målet ansåg PMD att konkurrensverkets "andra" kontrafaktiska scenario var orealistisk eftersom det inte framkom av handlingarna i målet att Burgundy hade planerat att låta Nasdaqs kunder korskoppla sig genom en nätverksleverantör. Det kan debatteras om PMD:s slutsats är riktigt i ljuset av *MasterCard*. Eventuellt kan det diskuteras om inte Burgundy hade haft ekonomiska incitament att försöka erbjuda korskopplingar till Nasdaqs kunder genom en nätverksleverantör om Verizon släppt in företaget i sin datorhall. PMD verkar uteslutande ha baserat sin slutsats på Burgundys avsikter.

En femte slutsats är att tillämpningen av ett kontrafaktiskt test vid missbruksbedömningen inte kan beakta alternativa situationer som skulle bli föremål för en bedömning enligt en annan missbrukskategori eller annan kategori av konkurrensbegränsning. Detta följer av EU-domstolens avgörande i *TeliaSonera*. Härom finns eventuell en diskrepans mellan unionsrätten och svensk rättspraxis. Medan PMD:s argumentation i *Nasdaq* aldrig formulerades i termerna av att ett missbruk inte skulle föreligga om det dominerande företaget skulle kunna vidta en annan åtgärd som vore laglig enligt en annan missbrukskategori, tycks domstolens resonemang peka i den riktningen. Som ovan nämnts, fann PMD att Nasdaq inte gjort sig

skyldig till missbruk eftersom den (första) kontrafaktiska analysen visade att företaget i ett senare skede kunde vidta en annan åtgärd (vägran att ge tillgång korskopplingar) för att stoppa konkurrenstryck från Burgundy. Ett sådant synsätt kan vara oförenligt med EU-domstolens avgörande i *TeliaSonera*. Logiken i EU-domstolens resonemang tycks vara att olika missbrukskategorier fångar in olika åtgärder som varierar i vilken grad de begränsar konkurrensen. Att göra bedömningen i en missbrukskategori beroende av en annan, därför att dominanten hypotetiskt sett hade kunnat vidta den andra mer konkurrensbegränsande åtgärden skulle undergräva konkurrensregelns ändamålsenliga verkan. Problemet som EU-domstolen tycks identifiera i *TeliaSonera* är tillämpningen av en standard för ett visst missbruk som egentligen har utvecklats för en annan missbrukskategori. Likaledes går det att argumentera för att möjligheten för det dominerande företaget att vidta ett annat missbruksåtgärde som bryter orsakssambandet mellan den omstridda åtgärden och de sannolika konkurrensbegränsande effekterna skulle undergräva reglernas effektivitet. Endast för att det dominerande företaget hypotetiskt sett kan vidta en alternativ åtgärd som resulterar i utestängning, betyder det inte att den omstridda åtgärden saknar ett orsakssamband med sannolika konkurrensbegränsande effekter. PMD:s synsätt i *Nasdaq* skulle ge utrymme för dominanta företag att utestänga även i de fall ågerandet har en konkurrensbegränsande förmåga i relation till lika effektiva konkurrenter, har sannolika konkurrensbegränsande effekter på marknaden och saknar effektivitetsvinster. En sådan tolkning verkar formalistiskt och kontraproduktiv om syftet med en kontrafaktisk bedömning är att mäta den ändring i konkurrensförhållandena på marknaden som den omstridda åtgärden ger upphov till.

Slutligen bör kanske något sägas om behovet av en kontrafaktisk analys i missbruksbedömningen. Som förklarats ovan (avsnitt 3.1) skulle en strikt och uttömmande kontrafaktisk bedömning inkludera tre delsteg: fastställande av den givna situationen; fastställandet av den hypotetiska situationen; fastställandet av ett orsakssamband mellan ändringar i konkurrensförhållandena mellan den givna och den hypotetiska situationen och den omstridda åtgärden. Under (den orealistiska) förutsättningen att konkurrensrättsliga utredningar inte vore så betungande skulle det vara idealt att regelmässigt utföra dessa tre delsteg både vid tillämpningen av konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 101.1 FEUF/2:1 § KL och missbruksbedömningen i artikel 102 FEUF/2:7 § KL. I själva verket har dock domstolarna (både i EU och Sverige), förutom i *Servier*, inte signalerat en sådan strikt bedömning. Det bör även påpekas att i *Servier* var situationen såpass komplext att det fanns ett behov att utföra en djuplodande kontrafaktisk bedömning (se ovan, avsnitt 3.3). Detta talar för att behovet och djupet i den kontrafaktiska analysen påverkas av komplexiteten i målet (*Microsoft, Servier, Swedish Match, O2*) eller det faktum att konkurrensmyndigheten avvikit från det traditionella kontrafaktiska scenariot (*MasterCard, Servier*). Det kan argumenteras för att det inte nödvändigtvis finns ett mervärde med att försvåra analysen i missbruksmål, som redan är komplexa, om det inte finns ett behov i det specifika fallet av ett mer avancerat analysverktyg. Det finns dessutom en risk, vilket enligt denna författare visas av båda *Nasdaq*-domarna, att domstolar fokuserar alltför mycket på ett *absolut* orsakssamband

mellan den omstridda åtgärden och den specifika elimineringen av effektiv konkurrens från det drabbade företaget. Istället bör en domstol rikta sin bedömning på frågan om den omstridda åtgärden, objektivt sett, faktiskt eller potentiellt kan eliminera ett effektivt konkurrenstryck. Slutsatsen blir därmed i denna rapport att kontrafaktiska analyser inte bör uppställas som ett absolut rättsligt krav vid missbruksbedömningen, i synnerhet vid utredningen av sannolika konkurrensbe-gränsande effekter, utan att de bör betraktas som ytterligare ett analysverktyg, som främst kan komma till nytta när effekterna av viss åtgärd är tvetydiga.

Källor

Litteratur

Amelio, Andrea, Buettner, Thomas, Hariton, Cyril, Koltay, Gábor, Papandropoulos, Penelope, Sapi, Geza, Valletti, Tommaso och Zenger, Hans, *Recent Developments at DG Competition: 2017/2018*, Review of Industrial Organization, vol. nr. 53, 2018, s. 653 ff. (Amelio m.fl.).

Andreangeli, Arianna, *From Mobile Phones to Cattle: How the Court of Justice Is Reframing the Approach to Article 101 (Formerly 81 EC Treaty) of the EU Treaty*, World Competition 34, no. 2 (2011): 215–243 (Andreangeli).

Bavasso, Antonio och Lindsay, Alistair, *Causation in EC Merger Control*, journal of Competition Law and Economics, vol. nr. 3, 2007, s. 181 ff. (Bavasso & Lindsay), s. 182.

Oliver Bretz och Daniel Gore, *A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger*, E.C.L.R. 2014, 35(10), 480-486 (Bretz & Gore).

Pieter Van Cleynenbreugel, *Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting Legal Form to the Realities of Modernization?*, Common Market Law Review 2014, vol. nr. 51, s. 1381 ff. (Van Cleynenbreugel 2014).

Damien Geradin och Ianis Girgenson, *The Counterfactual Analysis in EU Merger Control*, SSRN nr. 2357026, 2013 (Geradin & Girgenson 2013).

Eklöf, Dan, *Om modernt och rester av omodernt i den konkurrensrättsliga moderniseringen – marknadsstyrka, "counterfactuals" och handlingsbegränsande restriktioner*, ERT 2006, nr 2, s. 259 ff. (Eklöf).

Geradin, Damien och Girgenson, Ianis, *The Counterfactual Method in EU Competition Law: the Cornerstone of the Effects-Based Approach*, SSRN nr. 1970917, 2011 (Geradin & Girgenson 2011).

Karlsson, Johan, och Östman, Marie, *Konkurrensrätt – En handbok*, Karnov Group, Stockholm 2014 (Karlsson & Östman).

Komninos, Assimakis P., *Damages Actions in Article 102 Cases*, kapitel 10 i Strand, Magnus, Bastidas Venegas, Vladimir, och Iacovides, Marios (red.), *EU Competition Litigation – Transposition and First Experiences of the New Regime*, Swedish Studies in European Law, vol. 12, s. 155 ff. (Komninos).

Kyprianides, George P., *Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence*, *European Competition Law Review* 2012, vol. nr. 33, 576 ff (Kyprianiades).

Robert C. Lind och Paul Muysert, *The European Commission's draft technology transfer block exemption regulation and guidelines: a significant departure from accepted competition policy principles*, *European Competition Law Review* 2004, vol. nr. 25, s. 181 ff. (Lind & Muysert).

Massimo Motta, *The European Commission's Guidance Communication on article 82*, *European Competition Law Review* 2009, 30 (12), 593-599 (Motta).

Sinclair, Duncan, *Counterfactuals in anti-competitive contracts and abuse of dominance cases under articles 101 and 102 TFEU*, *E.C.L.R.* 2010, 31(12), 509-513 (Sinclair).

Veljanovski, Cento, *Market Power and Counterfactuals in New Zealand Competition Law*, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. nr. 9, 2013, s. 171 ff. (Veljanovski 2013).

Veljanovski, Cento, *Counterfactual Tests in Competition Law*, *Competition Law Journal* 2010 (Veljanovski 2010).

Whish, Richard, och Bailey, David, *Competition Law*, 9 u, Oxford University Press 2018 (Whish & Bailey).

Offentligt tryck, unionsrättsliga akter och "soft law"

Prop. 2007/08:135.

Prop. 1992/93:56.

Kommissionens förordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring, EUT 2014 L 93/17 (förordning 316/2014).

Kommissionens förordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal, EUT 2010 L 335/36 (förordning 1217/2010).

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

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer EUT 2004 L 24/1 (Koncentrationsförordningen).

Meddelande från kommissionen, Rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation, EUT 2014 C 198/01 (Rambestämmelserna om FOU).

Meddelande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på avtal om tekniköverföring, EUT 2014 C 89/3 (Riktlinjer om tekniköverföring).

Meddelande från kommissionen om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid brott mot artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, OJ 2013 C 167/07 (Kommissionens meddelande om skadeberäkning).

Kommissionen, Praktisk vägledning för beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_sv.pdf (senast sedd 20181127), (Kommissionens praktiska vägledning för skadeberäkningen), punkterna 1, 11.

Meddelande från Kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT 2011 C 11/1 (Riktlinjer om horisontella avtal).

Meddelande från kommissionen, Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/7 (Prioritetsvägledningen).

Meddelande från kommissionen, Tillkännagivande, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag EUT 2004 C 101/97 (Riktlinjer om art. 101.3 TFEU).

Rättspraxis

EU-domstolen

Mål 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH, EU:C:1966:38 (*STM*).

Mål 6/72 Europemballage Corporation och Continental Can Company Inc. mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1973:22 (*Continental Can*).

Mål 33/76 Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, EU:C:1976:188 (*Comet*).

Mål 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission EU:C:1979:36 (*Hoffmann-LaRoche I*).

Mål 258/78 L.C. Nungesser KG och Kurt Eisele mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1982:211 (*Nungesser*).

Mål 99/79 SA Lancôme and Cosparfrance Nederland BV v Etos BV and Albert Heyn Supermart BV, EU:C:1980:193 (*Lancôme*).

Förenade målen 43/82 och 63/82 Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, och Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1984:9 (*VBVB*).

Mål 42/84 Remia BV and others v Commission of the European Communities, EU:C:1985:327 (*Remia*).

Mål 31/85 ETA Fabriques d'Ébauches v SA DK Investment and others, EU:C:1985:494 (*ETA*).

Mål C-62/86 AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, EU:C:1991:286 (*AKZO*).

Mål 136/86 BNIC mot Yves Aubert, EU:C:1987:524 (*BNIC*).

Mål 27/87 SPRL Louis Erauw-Jacquery mot Société coopérative La Hesbignonne EU:C:1988:183 (*Erauw-Jacquery*).

Förenade målen C-68/94 och C-30/95 Franska republiken och Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) och Entreprise minière et chimique (EMC) mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:1998:148 (*Kali und Salz*).

Mål C-7/95P John Deere mot kommissionen, EU:C:1998:256 (*John Deere*).

Mål C-8/95P New Holland Ford Ltd v Commission of the European Communities, EU:C:1998:257 (*New Holland Ford*).

Mål C-215-216/96 Bagnasco, EU:C:1999:12 (*Bagnasco*).

Mål C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG och Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG EU:C:1998:569 (*Bronner*).

Förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) och Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) mot Europeiska kommissionen, EU:C:2004:6 (*Aalborg Portland*).

Mål C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG
EU:C:2004:257 (*IMS Health*).

Mål C-12/03P Europeiska kommissionen mot Tetra Laval BV EU:C:2005:87 (*Tetra Laval*).

Mål C-95/04P British Airways plc mot Europeiska kommissionen EU:C:2007:166
(*British Airways*).

Mål C-432/05 Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot
Justitiekanslern, EU:C:2007:163 (*Unibet*).

Mål C-413/06P Bertelsmann AG och Sony Corporation of America mot Independent
Music Publishers and Labels Association (Impala) EU:C:2008:392 (*Bertelsmann*).

Förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P
GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen (C-501/06 P)
och Europeiska kommissionen mot GlaxoSmithKline Services Unlimited (C-513/06
P) och European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) mot
Europeiska kommissionen (C-515/06 P) och Asociación de exportadores españoles
de productos farmacéuticos (Aseprofar) mot Europeiska kommissionen (C-519/06
P), EU:C:2009:610 (*GSK*).

Mål C-209/07 Competition Authority mot Beef Industry Development Society Ltd
och Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. EU:C:2008:643 (*BIDS*).

Mål C-280/08P Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen
EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom*).

Mål C-52/09 Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB EU:C:2011:83
(*TeliaSonera*).

Mål C-209/10 Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet EU:C:2012:172 (*Post
Danmark I*).

Mål C-457/10 P AstraZeneca mot Europeiska kommissionen, EU:C:2012:770
(*AstraZeneca*).

Mål C-549/10 P Tomra Systems ASA m.fl. mot Europeiska kommissionen,
EU:C:2012:221 (*Tomra*).

Mål C-295/12 P. Telefónica SA och Telefónica de España SAU mot Europeiska
kommissionen EU:C:2014:2062 (*Telefónica*).

Mål C-382/12 P MasterCard Inc. m.fl. mot Europeiska kommissionen
EU:C:2014:2201 (*MasterCard*).

Mål C-23/14 Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet EU:C:2015:651 (*Post Danmark II*).

Mål C-74/14 "Eturas" UAB m.fl. mot Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, EU:C:2016:42 (*Eturas*).

Mål C-413/14P Intel Corp. mot Europeiska kommissionen EU:C:2017:632 (*Inteldomen*).

Mål C-179/16 F Hoffmann-La Roche Ltd m.fl. mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato EU:C:2018:25 (*Hoffmann-La Roche II*).

Mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH EU:C:2017:941 (*Coty*).

Tribunalen

Mål T-61/89 Dansk Pelsdyravlerforening v Commission of the European Communities, EU:T:1992:79 (*Dansk Pelsdyravlerforening*).

Mål T-112/99 Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom och Télévision française 1 SA (TF1) mot Europeiska kommissionen, EU:T:2001:215 (*M6*).

Mål T-342/99 Airtours plc mot Europeiska kommissionen EU:T:2002:146 (*Airtours*).

Mål T-219/99 British Airways plc mot Europeiska kommissionen EU:T:2003:343 (*British Airways, Tribunalen*).

Mål T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen EU:T:2006:265 (*GSK, Förstainstansrätten*).

Mål T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska kommissionen EU:T:2003:250 (*Michelin II*).

Mål T-271/03 Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen EU:T:2008:101 (*Deutsche Telekom, Tribunalens dom*).

Mål T-328/03 O2 mot Europeiska kommissionen, EU:T:2006:116 (*O2*).

Mål T-282/02 Cementbouw Handel & Industrie BV mot Europeiska kommissionen EU:T:2006:64 (*Cementbouw*).

Mål T-201/04 Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen EU:T:2007:289 (*Microsoft*).

Mål T-286/09 Intel Corp. mot Europeiska kommissionen EU:T:2014:547 (Intel, tribunalens dom).

Mål T-360/09.E.ON Ruhrgas AG och E.ON AG mot Europeiska kommissionen EU:T:2012:332 (*E.ON*).

Mål T-472/13 H. Lundbeck A/S och Lundbeck Ltd mot Europeiska kommissionen, EU:T:2016:449 (*Lundbeck*).

Mål T-691/14 Servier SAS m.fl. mot Europeiska kommissionen, EU:T:2018:922 (*Servier*).

Kommissionspraxis

Kommissionens beslut, AT.39740 Google Search, C(2017) 4444 final (*Google Shopping*).

COMP/M5549, EDF/Segebel (*EDF*).

COMP/M2816, Ernst & Young/Andersen France (*Andersen*).

COMP/M5335, Lufthansa/SN Airholding (*SN Airholding*).

COMP/M2314, BASF/Eurodiol/Pantochim (*BASF*).

Yttrande Generaladvokater

Förslag till avgörande, Generaladvokat Roemer, Mål 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) EU:C:1966:17 (Yttrande, GA Roemer, *STM*).

Patent- och marknadsöverdomstolen

PMÖD, mål PMT 7779-18, Booking mot Visita (*Booking*).

PMÖD, mål nr PMT 1988-17, Swedish Match (*Swedish Match*).

PMÖD, mål PMT 7498-16, Alfa Quality Moving (*Alfa Quality Moving*).

Marknadsdomstolen

MD 1998:15 KKV mot Posten (*Posten*).

MD 1999:17 Nitro Nobel (*Nitro Nobel*)

MD 1999:22 SAS (*SAS – NEA*).

MD 2001:3, Interflora mot Konkurrensverket (*Interflora*).

MD 2001:4 SAS (*SAS – Eurobonus*).

MD 2002:2 SJ (*SJ/BK Tåg*)

MD 2002:21 Aga Gas (*Aga Gas II*).

MD 2007:26 Övertorneå kommun mot Ekfors Kraft (*Ekfors Kraft*).

MD 2011:14 Bring CityMail mot Posten (*Bring*).

MD 2013:5 TeliaSonera (*TeliaSonera, MD*).

Patent- och marknadsdomstolen

Patent- och marknadsdomstolen, mål PMT 16822-14, Konkurrensverket mot Swedish Match (*Swedish Match, PMD*).

Patent- och Marknadsdomstolen (PMD), mål nr PMT 7000-15, Konkurrensverket mot Nasdaq (*Nasdaq*).

PMD, mål PMT 13013-16, Visita mot Booking (*Booking, PMD*).

PMD, mål PMÄ 2741-18, Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB mot KKV (FTI).

Svea Hovrätt

Svea Hovrätt, mål nr. FT 7412-08, Mediarkivet mot ALIS (*ALIS*).

Svea Hovrätt, mål T 5365-16, Telia mot Tele 2 (*Tele 2*).

Sthlm TR

Sthlm TR, mål T-31862-04, TeliaSonera (*TeliaSonera, Sthlm TR*).

Stockholms Tingsrätt, mål nr T-18896-10, KKV mot Däckia m.fl. (*Däckia/Euromaster*).

Stockholms Tingsrätt, mål T 3629-14, Svensk Fastighetsförmedling/Swedbank (*Svensk Fastighetsförmedling*).

Sthlm TR, mål nr 10057-14, Alfa Quality (*AlfaQuality, Sthlm TR*).

KKV - beslut

Konkurrensverket, beslut dnr 393/2017, Arla Foods/Gefleortens (*Gefleortens*)

Konkurrensverket, dnr 52/2016, stämningsansökan, (Kronfågel).

Konkurrensverkets beslut, dnr 596/2013 (*Bookingbeslutet*).

Konkurrensverket, beslut dnr 445/2011, Arla Foods/Milko (*Milko*).



Adress 103 85 Stockholm
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se