

Den nya svenska konkurrenslagen och begreppet ”relevant marknad”

Av jur. kand ULF DJURBERG och jur. kand. HÅKAN FRIMAN

1. Inledning

1.1 Den nya svenska konkurrenslagen

Den 1 juli 1993 trädde en ny konkurrenslag i kraft (SFS 1993:20). Lagen som är avfattad med EGs stränga konkurrensregler som förebild innehåller regler om konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning samt bestämmelser om kontroll av företagsförvärv. Övervakningsmyndigheten (Konkurrensverket) har, liksom EG-kommissionen, utrustats med vittgående befogenheter att undersöka misstänkta överträdelser av konkurrenslagens bestämmelser och möjligheten att förelägga viten samt föra talan vid Stockholms tingsrätt om konkurrensskadeavgift. Därutöver kan Konkurrensverket (i fortsättningen KKV) meddela undantag och icke-ingripandebesked. Lagen innehåller även bestämmelser om skadestånd.

1.2 Konkurrensbegränsande samarbete

Enligt den nya konkurrenslagen är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den svenska marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. Vad som i lagen sägs om avtal skall tillämpas också på beslut av en sammanslutning av företag och samordnade förfaranden av företag. Avtal eller avtalsvillkor som omfattas av det ovan nämnda förbudet är ogiltiga allt ifrån deras tillkomst.

Alla avtal och samordnade förfaranden etc. träffas emellertid inte av förbudet eftersom de ekonomiska verkningarna av samarbetet måste vara märkbara. Avgörande för bedömningen är i princip storleken på de samarbetande företagen och marknadsandelen för aktuella produkter vilket medför att avtal mellan mindre och medelstora företag normalt faller utanför förbudet.¹

¹ Av KKV:s allmänna råd (KKVFS 1993:2) framgår att konkurrenslagen som huvudregel inte skall vara tillämplig på avtal mellan företag där de inblandade företagen och till dem anknutna företag tillsammans har en marknadsandel på den relevanta marknaden som inte överstiger tio procent och den totala årsomsättningen för envar avtalspart och till avtalsparten anknutna företag inte överstiger 200 miljoner kr. Om den totala årsomsättningen för envar avtalspart och till avtalsparten anknutna företag inte överstiger tio miljoner kr, kan de tillsammans ha en marknadsandel om högst 15 procent utan att samarbetet omfattas av förbudet i konkurrenslagen.

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal etc. är dock inte absolut. KKV kan, under vissa förutsättningar och efter anmälan, bevilja ett individuellt undantag. Alla konkurrensbegränsande avtal måste dock inte anmälas till KKV för att undgå att träffas av förbudet i konkurrenslagen. Företagen har nämligen möjlighet att skriva sina avtal i enlighet med de av regeringen beslutade gruppundantagen. Regeringen har hittills utfärdat nio gruppundantagsförordningar vilka alla, utom den som gäller kedjor i detaljhandeln, hänvisar till motsvarande förordningar utfärdade av EG-kommissionen.²

1.3 Missbruk av dominerande ställning och företagsförvärv

Bestämmelsen om missbruk av dominerande ställning i konkurrenslagen motsvarar nästan ordagrant artikel 86 i Romfördraget. Liksom i EG-rätten krävs för att ett förfarande skall vara förbjudet dels att ett eller flera företag har en dominerande ställning, dels att denna ställning missbrukas. Det bör noteras att det inte är möjligt att ansöka om undantag för missbruk av dominerande ställning.

Konkurrenslagen innehåller dessutom regler om kontroll av företagsförvärv. Även i denna del har EGs regler använts som förebild. Sålunda skall alla företagsförvärv där de berörda företagen tillsammans har en årsomsättning som överstiger fyra miljarder kronor anmälas till KKV. Stockholms tingsrätt skall på talan av KKV förbjuda ett sådant förvärv om det skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligen hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på den svenska marknaden i dess helhet eller på en avsevärd del av den och detta sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.³

1.4 Icke-ingripandebesked

En företagsledning som är osäker om ett förfarande omfattas av konkurrenslagen eller inte kan ansöka om ett s. k. "icke-ingripandebesked". Det är en begäran att KKV skall förklara att ett visst förfarande inte omfattas av förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning.

² Följande gruppundantagsförordningar har hittills utfärdats av regeringen: ensamåterförsäljaravtal (SFS 1993:72), exklusiva inköpsavtal (SFS 1993:73), försäljnings- och serviceavtal för motorfordon (SFS 1993:74), specialiseringsavtal (SFS 1993:75), avtal om forskning och utveckling (SFS 1993:76), patentlicensavtal (SFS 1993:77), know-howlicensavtal (SFS 1993:78), franchiseavtal (SFS 1993:79), kedjor i detaljhandeln (SFS 1993:80).

³ KKV har fram till den 1 mars 1994 inte fört talan om något företagsförvärv.

1.5 Begreppet "relevant marknad"

Inom alla konkurrensrättsliga system är det av avgörande betydelse att vid varje prövning bestämma den relevanta marknaden. Uttrycket härrör från amerikansk antitrust-rätt. I propositionen till den nya svenska konkurrenslagen uttalas att "relevant marknad" är "ett vedertaget och centralt begrepp" inom detta rättsområde.⁴ Detta betyder dock inte att det finns någon allmänt accepterad definition av den relevanta marknaden. Svårigheten med begreppet består just i att en generell definition inte kan ges. En särskild bedömning måste därför göras i varje enskilt fall.

Bedömningen av hur marknadsdefinitionen skall göras i det enskilda fallet är inte bara en fråga för KKV och domstolarna. För enskilda företag är det av utomordentlig vikt att rätt definiera den relevanta marknaden för att kunna dra slutsatser om vilka konkurrensrättsliga aspekter som kan anläggas på deras marknadsagerande. Företagen kan dessutom vara skyldiga att till de konkurrensvårdande myndigheterna redovisa sin syn på hur den relevanta marknaden skall avgränsas.⁵

När har då begreppet betydelse? Generellt kan sägas att det främst används vid bedömningar av om en konkurrensbegränsande åtgärd är märkbar, dvs. för beräkning av marknadsandelar, eller om en dominerande marknadsställning föreligger.

Både EG-kommissionen och KKV har slagit fast schablonmässiga gränser (de minimis-regler) för att fastställa när konkurrensbegränsande samarbete, som alltså i sig är förbjudet, skall anses sakna märkbar effekt och därmed falla utanför reglernas tillämpning.⁶ Dessa de minimis-regler, som i och för sig inte är bindande, har naturligtvis stor praktisk betydelse eftersom de ger alla berörda parter viss vägledning hur de kan agera på marknaden. Avgränsningen av den relevanta marknaden är härvid av största betydelse för såväl KKV som företagen vid deras bedömning av de inblandade företagens marknadsandelar på den berörda marknaden.

Även för företag som har alltför stora marknadsandelar för att kunna dra nytta av de minimis-regeln är det av vikt att definiera relevanta marknader. En förutsättning för individuellt undantag enligt konkurrenslagen är att samarbetet inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga. För denna bedömning måste marknadsandelar beaktas och därmed den relevanta marknaden definieras.

⁴ Se prop. 1992/93:56 s. 73.

⁵ Se KKV:s obligatoriska formulär, K1 och K2, (KKVFS 1993:1) för ansökan om icke-ingripandebesked och anmälan för undantag respektive anmälan vid företagsförvärv.

⁶ Se KKV:s allmänna råd (KKVFS 1993:2), fotnot 1 ovan, och EG-kommissionens Notice on Agreements of Minor Importance, EGT nr C 213, 12.9.86, s. 2 ff.

Även bedömningen av om ett konkurrensbegränsande samarbete omfattas av ett gruppundantag enligt någon av de särskilda förordningarna förutsätter ibland att marknaden avgränsas.⁷

Den kanske främsta betydelsen har begreppet för det eller de företag som har, eller genom företagsförvärv kommer att få, en dominerande marknadsställning. En definition av marknaden är en absolut förutsättning för bedömningen av eventuell dominans. Det är därför främst i anslutning till frågor om dominerande marknadsställning som begreppet diskuteras.

Ett företags marknadsandel torde även kunna få betydelse för bedömningen av hur allvarlig en överträdelse av konkurrensbestämmelserna skall anses vara och därmed för konkurrensskadeavgiftens storlek.⁸

Ett konkret exempel på den vikt KKV fäster vid marknadsdefinitionen i varje enskilt fall är utformningen av och instruktionerna till de blanketter som måste användas för ansökan om icke-ingripandebesked och för anmälan om undantag respektive anmälan av ett företagsförvärv (K1 och K2). Blanketterna, som har EG-förebilder, innehåller särskilda avsnitt om den relevanta marknaden och verket efterfrågar mycket omfattande och detaljerad information, vilken kan ta avsevärd tid att samla in och sammanställa för ansökande företag (eller deras ombud).

1.6 Artikelns syfte och innehåll

Syftet med artikeln är att beskriva det konkurrensrättsliga begreppet "relevant marknad". Utgångspunkten är den svenska konkurrenslagen. I propositionen har dock klart uttalats att EG-domstolens praxis — både nuvarande och senare utvecklad — är tänkt att få betydelse vid tillämpningen av de svenska reglerna. I artikeln beskrivs därför, vid sidan av KKV:s hittills meddelade beslut,⁹ även den omfattande praxis som vuxit fram inom EG-rätten.

Redan inledningsvis bör framhållas den viktiga skillnad som föreligger mellan EG:s integrationssträvanden, som påverkat såväl reglernas utformning som dess tillämpning, och den mer begränsade målsättning som en nationell konkurrenslagstiftning har.

⁷ Enligt förordningarna (1993:72) om ensamåterförsäljaravtal och (1993:73) om exklusiva inköpsavtal medges inte gruppundantag för vissa avtal mellan tillverkare som agerar på samma relevanta produktmarknad (se art. 3 a). Liknande bestämmelser finns i förordning (1993:75) om specialiseringsavtal (se art. 3 a) och (1993:76) om FoU-avtal (art. 3 p. 3). I de två först nämnda förordningarna har vidare införts en bestämmelse om största tillåtna marknadsandel för leverantören på den relevanta marknaden för att gruppundantag skall kunna vara aktuellt (8 § respektive 5 §).

⁸ Se prop. 1992/93:56 s. 93 och *Harding*, *The Use of Fines as a Sanction in E.E.C. Competition Law*, (1979) C.M.L. Rev. 591, s. 607.

⁹ KKV:s avgöranden till den 1 mars 1994 har beaktats.

Vidare bör understrykas att en definition av den relevanta marknaden avser ett specifikt fall! Det är därför svårt att dra säkra slutsatser av ett avgörande. Vissa tendenser gör sig dock gällande.

Artikeln innefattar inte några EES-aspekter på avgränsningen av den relevanta marknaden. Anledningen härtill är att EES-avtalets konkurrensregler med all sannolikhet kommer att tillämpas i enlighet med den praxis som utvecklats i EG-rätten samt att rättspraxis beträffande detta avtal ännu helt saknas. Mot bakgrund härav torde redogörelsen i artikeln även äga giltighet för konkurrensrättsliga bedömningar inom EES-avtalets ram.

2. Allmänt om den relevanta marknaden

Avsikten med en definition av den relevanta marknaden är att fastställa en aktörs marknadsstyrka. Styrkepositionen måste härvid relateras till utbudet av en viss sorts varor eller tjänster — den relevanta produktmarknaden — och det område där aktören verkar — den relevanta geografiska marknaden. Dessutom bör i vissa fall även tidsfaktorer beaktas (temporära marknader).

Begreppet relevant marknad är främst ett användbart teoretiskt verktyg för att beräkna marknadsandelar och för att fastställa en dominerande marknadsställning. Vid en faktisk marknadsanalys framkommer emellertid svårigheten att bryta ut små, diskretionära, lättidentifierade marknader. Det finns knappast någon korrekt definition av denna marknad eftersom konkurrens är en fråga om gradskillnader. De konkurrensvårdande organen måste därför snarare resonera än analysera vid sin prövning. Dessa organ tenderar att — till skillnad från företagen — definiera marknaden smalt för att på så sätt skapa förutsättningar att fastställa dominans, som kan missbrukas, eller tillräckliga marknadsandelar som höjer aktörerna över de minimis-tröskeln.¹⁰ Härigenom möjliggörs en konkurrensrättslig prövning av aktörernas marknadsagerande.

¹⁰ När det gäller EG-institutionernas bedömningar hävdar vissa kritiker att valet mellan en smal eller bred marknadsdefinition i dominansfall kan bero på hur allvarligt det eventuella missbruket bedöms vara (se t. ex. *Korah*, Concept of a Dominant Position within the meaning of Article 86, (1980) 17 C.M.L. Rev. s. 395 och *Fox*, Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome, — comparison with US Law, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1983, s. 367 ff.). Detta kan medföra att de, ifråga om ett riktigt graverande marknadsagerande, medvetet väljer en definition av marknaden (ofta smal) på vilken det granskade företaget har en stor marknadsandel. EG-kommissionen har även vidgått att den vid sin marknadsbestämning har tagit hänsyn till missbrukets natur (*Soda-ash* ./, Solvang, EGT nr L 152, 15.6.1991, s. 21 ff. — p. 42 med hänvisning till mål 27/78 Hugin ./, Kommissionen, (1979) ECR s. 1869 ff.).

Utmärkande för EG-institutionernas avgöranden i konkurrensfall är den vikt de fäster vid marknadsdefinitionen och den ofta utförliga motivering som lämnas till stöd för valet av marknad.¹¹

3. EG-rätten och den svenska konkurrenslagen — en jämförelse av reglerna

Även om den svenska konkurrenslagen har utformats med EG-rätten som förebild föreligger vissa skillnader. De regler som förutsätter en marknadsbedömning i de två konkurrensrättssystemen kommer därför kortfattat att jämföras i detta avsnitt.

3.1 Den relevanta produktmarknaden

Vad beträffar den relevanta produktmarknaden torde det inte finnas några skillnader i bedömningen oavsett om det är fråga om ett konkurrensbegränsande samarbete, missbruk av en dominerande ställning eller företagsförvärv, i vart fall inte om man ser till ordalydelsen i de båda lagstiftningarna. Det finns inte heller i förarbeten eller doktrin några tecken på att det i den svenska konkurrensrätten kommer att göras andra bedömningar än de som hittills gjorts inom EG.¹²

3.2 Den relevanta geografiska marknaden

3.2.1 EG-rätten

Vid avgränsningen av den geografiska marknaden finns det inom EG-rätten en språklig skillnad mellan å ena sidan reglerna för konkurrensbegränsande samarbete och å andra sidan missbruk av dominerande ställning och kontroll av koncentrationer. I artikel 85 (Romfördraget) anges att allt konkurrensbegränsande samarbete "inom den gemensamma marknaden" som påverkar samhandeln är förbjudet. Detta torde innebära att, när samhandelskriteriet är uppfyllt, den relevanta geografiska marknaden i princip kan vara hur liten som helst. I artikel 86 och i fusionskontrollförordningen¹³ har emellertid en annan

¹¹ I mål 6/72, Europaemballage Corp. och Continental Can ./. Kommissionen (Continental Can-målet) (1973) ECR s. 215 ff., prövade EG-domstolen för första gången ett dominansavgörande från EG-kommissionen. Domstolen upphävde det tidigare beslutet med hänvisning till Kommissionens oförmåga att tillräckligt väl definiera den relevanta produktmarknaden. Ett utmärkt senare exempel på en företagens marknadsanalys är förvärvsärendet Aerospatiale-Alenia/de Havilland, EGT nr L 334, 5.12.91, s. 42 ff.

¹² Bernitz anför att de marknadsdefinitioner som gjorts i United Brands-(1978), Hasselblad- (1984) och Hugin- (1979) målen i huvudsak ansluter till de bedömningar som gjordes vid prövningar enligt den gamla svenska konkurrenslagen, se *Bernitz*, Den nya konkurrenslagen, 2. uppl., 1993, s. 39. För en redogörelse över tidigare svensk rättstillämpning, se SOU 1991:59 bilaga 2.

¹³ Se Rådsförordning nr 4064/89, EGT nr L 395, 30.12.89, s. 1.

infallsvinkel använts. Där sägs nämligen att dominansen måste uppstå på en väsentlig del av den gemensamma marknaden. En väsentlig del har i rättspraxis ansetts vara ett medlemsland eller en betydelsefull region.¹⁴ Sålunda kan den relevanta geografiska marknaden i dessa fall inte vara hur liten som helst.

3.2.2 Den svenska konkurrenslagen

Enligt den svenska konkurrenslagen skall det förbjudna samarbetet eller missbruket av en dominerande ställning ske på den svenska marknaden. Detta innebär att den relevanta geografiska marknaden i teorin torde kunna vara mycket liten.¹⁵

Lagstiftaren har dock valt en annan lösning för avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden i förvärsärenden. I propositionen sägs att en skillnad i förhållande till frågan om missbruk av dominerande ställning är att det, när den relevanta marknaden bestäms, skall vara fråga om den svenska marknaden i dess helhet eller en avsevärd del av den. En avsevärd del av landet kan exempelvis vara ett landskap eller ett län. Den geografiska utbredningen kan dock vara mindre, om den relevanta marknaden omfattar en betydelsefull del av befolkningen, t. ex. storstadsregionerna.¹⁶ Det bör observeras att begreppet ”en avsevärd del av landet” i detta sammanhang inte är bundet till landets administrativa indelning. I princip torde bara ekonomiska faktorer vara avgörande för denna marknadsavgränsning.¹⁷

3.2.3 Sammanfattning och slutsats

Som framgår av redogörelsen ovan finns det både inom EG-rätten och den svenska rätten skillnader mellan de olika bestämmelserna i respektive konkurrenslagstiftning. Dessutom avgränsas den relevanta geografiska marknaden på skilda sätt i de två lagstiftningarna även för sådana bestämmelser som i övrigt får anses motsvara varandra. Motivet till detta torde vara att definitionen av den geografiska marknaden har större betydelse inom EG än i den svenska konkurrensrätten. I EG eftersträvar man att en uppdelning i separata (nationella) marknader motverkas för att på så vis bl. a. skilja EG-reglernas tillämpningsområde från de nationella konkurrens-

¹⁴ Se exempelvis *Sea Containers v. Stena Sealink EGT* nr L 15, 18.1.94, s. 8 ff., där EG-kommissionen ansåg att centralkorridoren i Irländska sjön mellan Storbritannien och Irland utgjorde en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

¹⁵ Som nämnts i avsnitt 1.2 finns det vad gäller konkurrensbegränsande samarbete ett märkbarhetskriterium varför den geografiska marknaden inte kan vara helt obetydlig, se även fotnot 1 och fotnot 6.

¹⁶ Se prop. 1992/93:56 s. 98.

¹⁷ Se *Carlsson m. fl.*, Konkurrenslagen och EES-avtalets konkurrensregler, 1993, s. 237.

lagstiftningarna. Motsvarande argument saknas naturligtvis för de svenska reglerna.

Även om det föreligger skillnader i de olika regelsystemen beträffande bestämmelsernas utformning och syfte bör man kunna utgå från att utgångspunkterna för marknadsbedömningen i huvudsak kommer att vara desamma.

4. Avgränsningen av den relevanta produktmarknaden

4.1 Inledning

Den första marknad som skall ringas in är produktmarknaden (som alltså kan avse både varor och tjänster). Avgränsningen bör ske utifrån köparnas uppfattning angående vilka produkter som kan tillgodose samma behov, dvs. produkternas utbytbarhet. Detta för att kunna avgöra i vilken utsträckning köparna kan försvara sig mot framförallt prisökningar genom att välja andra säljares produkter (substitut). Att helt likvärdiga — utbytbara — produkter tillhör samma produktmarknad står klart. Problemet är snarare att avgöra hur stora olikheter produkter kan ha inom samma produktmarknad.

För att analysera marknaden med hänsyn till köparnas preferenser ger Konkurrenskommittén i sitt huvudbetänkande följande exempel på frågor som bör ställas (och besvaras).¹⁸

1. Vilka produkter är ägnade att konkurrera med varandra?
2. Vem är förbrukare av produkten?
3. Vilka egenskaper har produkten?
4. Vilka användningsområden har produkten?
5. Vilken prisklass ligger produkten i?
6. Ingår produkten i en större marknad som i det aktuella fallet är mer relevant?
7. Finns det andra faktorer än egenskaper, pris och användning som påverkar köparens val av just den aktuella produkten (har exempelvis varumärket betydelse)?
8. Vilken betydelse har särskilda distributionskanaler (specialbutiker, franchiseavtal m. m.)?

I propositionen till konkurrenslagen sägs att ”produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra avnämares uppfattning och faktiska substitutionsmöjligheter m. m. tillhör samma produktmarknad”.¹⁹ Men departementschefen tillägger att ”betydelse vid bedömningen har också frågan om det finns produkter som inte är utbytbara men som snabbt kan förändras så att de kommer att tillhöra

¹⁸ Se SOU 1991:59, del 2, s. 89.

¹⁹ Se prop. 1992/93:56 s. 85.

samma produktmarknad". Detta innebär att även utbytbarhet på utbudssidan skall beaktas.

Den beskrivning av produktmarknaden som förs fram i de svenska förarbetena motsvarar EG-rättens syn — som den kommit till uttryck i förordningar och rättspraxis — på hur den relevanta marknaden skall avgränsas. Marknadsdefinitioner för att fastställa en dominerande marknadsställning återfinns främst i EG-kommissionens och EG-domstolens praxis. För frågor om konkurrensbegränsande avtal kan ledning även hämtas ur EG-kommissionens tillkännagivande om bagatellavtal²⁰ och vissa gruppundantagsförordningar (se särskilt nr 1983/83 och 1984/83²¹).

EG-domstolen genomför två prov vid fastställande av den relevanta produktmarknaden. Det första avser utbytbarhet på efterfrågesidan och det andra detsamma på utbudssidan.²² Därefter görs en närmare bedömning av de faktiska konkurrensvillkoren på marknaden. Enligt domstolens bedömning måste graden av utbytbarhet vara tillräckligt stor för att beaktas.²³ Domstolen har vidare uttalat att konkurrensvillkoren måste värderas på den marknad som innefattar alla de produkter som på grund av sina egenskaper är särskilt ägnade att tillfredsställa konstanta behov och som bara i begränsad omfattning kan ersättas av andra produkter.²⁴

4.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Principen att produkterna på en marknad skall vara utbytbara är enkel men den praktiska tillämpningen mycket svår. Det kan t. ex. med rätta diskuteras om en artists eller grupps musik kan anses

²⁰ EGT nr C 231, 12.9.86, s. 2 ff. (punkterna 10–14).

²¹ Dessa motsvaras av de svenska förordningarna SFS 1993:72 och 1993:73. EG-kommissionen har även i sina riktlinjer för konkurrensen inom telekommunikationsområdet (Telecommunications (Antitrust) Guidelines, EGT nr C 233, 6.9.91, s. 2 ff.) på liknande sätt framhållit att en produktmarknad består av alla de produkter som med hänsyn till sin karaktär är särskilt lämpade att tillfredsställa konstanta behov och som bara i begränsad omfattning är utbytbara mot andra produkter vid en jämförelse av pris, användning och kundpreferenser. En undersökning begränsad till de objektiva karaktärsdragen är inte tillfyllest. Även konkurrensvillkoren för utbud och efterfrågan måste beaktas.

²² Se *Bellamy/Child*, Common Market Law of Competition, 4. uppl., 1993, p. 9–008, s. 594.

²³ Beträffande efterfrågesidan har domstolen i ett rättsfall gjort följande sammanfattning. "The concept of the relevant market in fact implies that there can be effective competition between the products which form part of it and this presupposes that there is a sufficient degree of interchangeability between all the products forming part of the same market insofar as a specific use of such product is concerned", se mål 85/76 Hoffmann-La Roche, (1979) ECR s. 461 ff. Även i andra mål har domstolen, vid fastställande av en smal produktmarknad, hänvisat till att den utbytbarhet som visats varit begränsad och därmed otillräcklig (se t. ex. mål 27/76 United Brands ./.. Kommissionen (1978) ECR s. 207 ff. och 322/81 Michelin ./.. Kommissionen (1983) ECR s. 3461 ff.).

²⁴ Se mål 31/80 L'Oreal ./.. De Nieuwe, (1980) ECR s. 3775 och Michelin-målet (1983), se fotnot 23 ovan.

vara utbytbar med andra musikers verk och därför skall anses utgöra en produkt inom en större marknad för popmusik eller underhållningsmusik.²⁵ Som nämnts ovan är uppskattningar av utbytbarhet snarast en fråga om hur olikartade produkter kan vara, men ändå anses utgöra substitut för varandra. Köparnas attityder till närliggande substitut är särskilt viktiga när det rör sig om ett potentiellt brett sortiment av kundvaror och inte om basvaror.²⁶ Teknisk kvalitet, utformning och prestanda samt prisskillnader har även betydelse för köparens val.

En vanligt förekommande metod för att utröna köparnas uppfattning i fråga om utbytbarhet är att undersöka korspriselasticiteten i efterfrågan beträffande olika produkter. En hög korspriselasticitet mellan två produkter föreligger när en förändring av priset på den ena medför en märkbar ändring av försäljningen av den andra produkten i motsatt riktning. Hög korspriselasticitet indikerar att kunderna betraktar de båda produkterna som utbytbara med varandra och därmed att de tillhör samma marknad.²⁷ Metoden tar endast sikte på priset som konkurrensparameter, men den har en vetenskaplig ansats och utgår från köparnas faktiska agerande. En bedömning av korspriselasticiteten kan dock inte anses vara tillräckligt för att definiera den relevanta produktmarknaden. Data kan saknas eller vara direkt missledande. Valet av de produkter som skall jämföras kan vara godtyckligt och en faktisk undersökning av korspriselasticiteten kan ibland bara genomföras på en marknad där konkurrensvillkoren redan har förvanskats.

Ett exempel från EG-domstolen när korspriselasticitet bedömts men inte tillmätts avgörande betydelse är United Brands-målet (1978). Det rörde frågan om bananer tillhör en större marknad för färsk frukt eller om de utgör en egen marknad. Trots att både priset och efterfrågan på bananer sjönk under tider när viss annan frukt fanns tillgänglig ansåg domstolen att egenskaper som tillgång året runt, förmåga att tillfredsställa vissa viktiga kundgruppers behov (gamla, unga och sjuka) samt omständigheten att konkurrensen från annan frukt var begränsad övervägde den indikation på substituerbarhet som en analys av korspriselasticitet — i vart fall

²⁵ EG-kommissionen har funnit att grammofonskivor med olika världsartister inte är utbytbara och att därför varje artists musik utgör en särskild marknad (WEA/Filipachi, EGT nr L 303, 22.12.72, s. 52 ff.).

²⁶ Om köparpreferanser har utvecklats beträffande vissa varor räcker det ibland att se till produkternas pris och användningsområde för att fastställa att de utgör en särskild marknad, se EG-kommissionens tillkännagivande om bagatellavtal (EGT nr C 213, 12.9.86, s. 2 ff., p. 12).

²⁷ EG-domstolen har accepterat metoden som indikation på utbytbarhet i flera viktiga rättsfall, t. ex. mål 6/72 Continental Can (1975) ECR s. 215 ff. och mål 27/76 United Brands (1978) ECR s. 207 ff.

temporärt — gav vid handen. Andra bedömningsgrunder som fysisk karaktär, pris och avsedd användning samt resultaten av andra ekonomiska mätmetoder måste alltså beaktas.

4.2.1 Fysisk karaktär och prisskillnader

Med fysisk karaktär avses en produkts tekniska kvalitet, komposition och specifikationer. Denna bedömningsgrund anges såväl i de konkurrensvårdande EG-organens avgöranden och föreskrifter som i förarbetena till konkurrenslagen.²⁸ I det ovan nämnda United Brands-målet (1978) fäste domstolen sig bl. a. vid bananernas konsistens, smak och behov av förvaring som särskiljande drag.²⁹ Ett annat exempel är olika bilmärken och bilmodeller.³⁰ För dessa produkter medför bl. a. kvalitetsskillnader att kunderna inte betraktar dem som substitut för varandra trots att de uppfyller samma grundläggande behov.³¹

Vilka egenskaper som ger en produkt dess särart framträder ibland i tillverkarens marknadsföring. Ett gott exempel ur EG-rätten rör Hasselblads mellanstora reflexkameror.³² Bolaget hävdade i sin reklam att de var världsledande inom denna sektor och vidare att deras reflexkameror var bättre än kameror av andra märken samt att de var eftersökta av professionella fotografer och mycket kvalificerade amatörer. Kommissionen och domstolen tog fasta på denna bolagets uppfattning och fastställde att dessa kameror utgör en egen relevant produktmarknad.

²⁸ Se prop. 1992/93:56 s. 85. KKV har i ett beslut funnit att ”skor speciellt tillverkade för golfspel” utgjorde en egen relevant produktmarknad eftersom de inte kan anses utbytbara mot andra typer av skor (dnr 185/93, Svenska Golfleverantörers Förening, 29.10.93). I ett annat ärende har dock KKV funnit tofflor och träskor utgöra en särskild delmarknad av den totala skomarknaden (dnr 1008/93, Viking Sko AB, 13.1.94). Beträffande olika typer av golvbeläggningar har KKV uttalat att de inte generellt kan anses utgöra substitut för varandra, vilket sökandena påstått (dnr 947/93, STORA Beteiligungen GmbH, 6.12.93). I alla dessa fall synes KKV — utan att särskilt ha kommenterat det — främst ha beaktat fysiska skillnader mellan produkterna.

²⁹ Se även EG-kommissionens beslut i Tetra Pak I-ärendet (EGT nr L 272, 4.10.88, s. 27 ff.) där den ansåg att färsk pastöriserad mjölk och steriliserad mjölk (UHT — ultra high temperature) skilde sig i så stor utsträckning vad avsåg smak m. m. att köparna inte torde se dem som normala substitut för varandra.

³⁰ KKV har påtalat att alla personbilar inte är utbytbara för den enskilde konsumenten och att de därför kan delas in i olika produktsegment/delmarknader med hänsyn till storlek, funktioner, tjänstevikt och prisklass. Lätta lastbilar, under 3,5 ton, ansågs dock tillhöra samma marknad. Någon närmare motivering till detta gavs inte (dnr 468/93, Toyota Autoimport AB, 30.9.93). I ett annat ärende har KKV skilt på marknaderna för service beträffande däck till personbilar respektive till tyngre fordon (dnr 986/93, Däckspecialisternas Riksförbund, 16.2.94).

³¹ Ekonomer däremot ser normalt inte till fysiska skillnader för att avgöra om olika produkter tillhör samma marknad. De väljer istället att betrakta i vilken omfattning relativa prisförändringar skulle leda till ändringar i efterfrågan dvs. den korspriselasticitet som beskrivits ovan. De söker alltså tydligare uttryck för kundernas preferenser än vad som kan uppskattas vid en jämförelse av produkters fysiska karaktär.

³² Mål 86/82 Hasselblad ./.. Kommissionen (1984) ECR s. 883 ff.

Även prisskillnader kan medföra att produkter som har samma grundfunktion ändå inte uppfattas som utbytbara av kunderna, t. ex. klockor (Rolex och Swatch). Ett annat exempel är kameror. I Hasselblad-målet (1984) framhöll EG-domstolen bl. a. att det höga priset på bolagets kameror medförde att den potentiella kundkretsen inskränktes till yrkesfotografer, ivriga amatörer och prestige-medvetna köpare.

Den aktuella varans pris behöver inte tillmätas lika stor betydelse som särskiljande faktor när produkten är avsedd att ingå som en relativt billig komponent i en slutprodukt. Ett EG-rättsfall rörde frågan om utrustningen för en viss sammanfogningsmetod på byggarbetsplatser (en form av bultpistol med tillbehör) skulle anses utgöra en separat produktmarknad skild från annan fastsättningsutrustning som skruvar, bultar osv.³³ Utrustningen var avsevärt dyrare än andra produkter för fastsättning och användningen av denna teknik ansågs ha särskilda fördelar framför andra jämförda metoder. EG-kommissionen fann att den aktuella utrustningen borde ses som separata relevanta produktmarknader samt framhöll bl. a. att priset för denna var marginell i förhållande till de totala byggkostnaderna och att en relativt liten prisförändring inte skulle medföra att köparna (tillverkarna av slutprodukten) skulle välja annan utrustning. Korspriselasticiteten mellan de jämförda produkterna antogs alltså vara låg.

4.2.2 Avsedd användning

Som tidigare nämnts avser varje definition av en relevant marknad ett specifikt fall. Det är alltså en viss köpares inställning till frågan om utbytbarhet som har betydelse och denna köpares avsikt med köpet påverkar därför bedömningen. Behöver denne produkten för ett visst ändamål kan enbart andra produkter som tillfredsställer samma behov anses vara substitut till, och därmed tillhöra samma marknad som, den aktuella produkten.³⁴

³³ Se mål T-30/89 Hilti ./.. Kommissionen (1990) ECR II s. 1650 ff. där EGs första instansdomstol fastställde Kommissionens uppfattning att Hiltis produkter utgjorde separata relevanta produktmarknader. Hilti överklagade domen till EG-domstolen med hänvisning till att den lägre domstolen felaktigt definierat marknaden (mål C-53/92-P). Domstolen avisade emellertid besvären (dom 2.3.94, ännu ej publicerad). Se även mål T-59/89 Tetra Pak ./.. Kommissionen (1990) ECR II s. 309 ff. där en tioprocentig ökning av priset på den ingående komponenten (en mjölkförpackning) ansågs medföra en fördyring av slutprodukten med högst en procent.

³⁴ KKV har i två ärenden kommit till skilda slutsatser beträffande frågan om olika typer av anläggningsmaskiner (grävmaskiner m. m.) skall anses utgöra olika produktmarknader eller inte. Vid försäljning av sådana maskiner fann KKV dem tillhöra olika marknader (dnr 720/93, Entreprenadmaskinbranschens Samarbetsorgan, 22.11.93). För tjänster med maskiner av aktuellt slag — flertalet servicemaskiner — ansågs maskinerna istället vara i huvudsak utbytbara för beställarna och KKV fann att de tillhörde en gemensam produktmarknad (dnr 601/93, Östergötlands Grävmaskinägareförening,

Bedömningen blir särskilt viktig när köparen i sin tur är en producent som avser att använda den aktuella varan i sin egen produktion. I ICI-målet (1972)³⁵ vägrade en säljare att leverera råvaror till en producent av en kemisk produkt. EG-domstolen godtog inte säljarens åsikt att den relevanta produktmarknaden bestod av alla råvaror från vilka den kemiska produkten kunde framställas. Köparen kunde nämligen inte utan avsevärda besvär och kostnader anpassa sin produktion för användning av andra råvaror. För köparen utgjordes därför den relevanta produktmarknaden av de produkter som han realistiskt sett kunde använda för sin egen produktion. Den särskilda användning som köparen hade för den aktuella råvaran avgjorde alltså frågan om utbytbarhet.

I ett annat fall har domstolen uttalat att marknaden kan ges en bred definition om köparna kan ändra sin produktionsapparat för användning av andra insatsprodukter.³⁶ Kravet är att omställningen skall kunna ske på kort tid och utan avsevärd kapitalkostnad eller försening. Det kan normalt antas att det är lättare för enskilda konsumenter att på kort tid ändra sina köpvanor än för företag att ställa om sin produktion.

4.3 Utbytbarhet på utbudssidan

I konkurrensrättslig teori nämns ofta utbytbarhet på utbudssidan, eller s. k. potentiell konkurrens, som en bedömningsgrund för att fastställa den relevanta produktmarknaden. Bedömningen avser främst frågan huruvida det är möjligt för tillverkare av andra produkter, som inte är utbytbara med den bedömda produkten, att snabbt, enkelt och billigt ställa om sin produktion till konkurrerande produkter. Det kan även vara fråga om tillverkare av likvärdiga produkter som inte vid bedömningstidpunkten kan anses vara konkurrenter. Med en ekonomisk utgångspunkt är denna bedömning av stor betydelse i dominansfall eftersom dominans i ekonomisk teoribildning utgörs av ett företags möjlighet att hindra andra företags inträde på marknaden.³⁷

Vid en analys av den potentiella konkurrensen finns det anledning att särskilja företag som redan konkurrerar på den relevanta marknaden från andra företag. För de förstnämnda företagen handlar det främst om möjlighet till produktionsökning och byte av geografisk marknad. Nya konkurrenter däremot har normalt

13.12.93). Se även dnr 805/93, Truckpoolen, 15.2.94, angående försäljnings- och hyresmarknaden för gaffeltruckar av olika modeller.

³⁵ Se mål 48, 49 & 51 — 57/69 ICI Ltd m. fl. ./.. Kommissionen (1972) ECR s. 619 ff.

³⁶ Mål 6/72 Continental Can ./.. Kommissionen (1975) ECR s. 215 ff.

³⁷ Se t. ex. *Baden Fuller*, Article 86 EEC — Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position, (1978) E.L. Rev. s. 423 ff., s. 440.

fler hinder mot marknadsinträde. Det kan röra sig om absoluta hinder som lagar, licenser och patent eller andra hinder relaterade till produktion eller distribution.³⁸

De huvudsakliga bedömningsgrunderna för potentiell konkurrens blir sålunda särdragen för aktuell produktionsteknologi (tekniska hinder), eventuell överkapacitet som kan tas i anspråk för relevanta produkter och möjligheten för tillverkare som själva använder hela sin produktion att inleda konkurrerande försäljning.³⁹

Utbytbarhet på utbudssidan är en särskilt lämplig bedömningsgrund för att fastställa smala marknader men den kan även medföra en bredare marknadsdefinition än annars skulle ha varit fallet. I EG-rättslig praxis återfinns man främst bedömningar av frågan om potentiell konkurrens i fall när sådan konkurrens inte anses föreligga, vilket har framhållits till stöd för en smal marknadsdefinition. I vissa fall har marknaden bedömts vara så specificerad som "en viss tillverkares varor under ett särskilt varumärke för att användas för ett speciellt ändamål".⁴⁰

EG-domstolen har bl. a. ansett att däck till lätta respektive tunga fordon⁴¹ samt förpackningar för vanlig färsk mjölk respektive steriliserad mjölk (och maskinerna för tillverkning av dessa)⁴² skall anses utgöra olika produktmarknader. I fallen, som rörde missbruk av dominerande marknadsställning, fästes särskild vikt vid omständigheten att tillverkarna av den ena produkten inte utan tidsutdräkt, betydande kostnader m. m. kunde ställa om sin produktion till den andra, dvs. till bristen på potentiell konkurrens.

Det kan diskuteras huruvida frågan om potentiell konkurrens skall anses ha betydelse för marknadsbedömningen eller om den snarare utgör en del av dominansprövningen, dvs. frågan om ett företag har en oberoende ställning på marknaden.⁴³ I flera fall har EG-kommissionen valt att ta hänsyn till möjliga substitut först vid

³⁸ För en analys, se *Fishwick*, Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy, A Report for the Commission of the European Communities (nr 85), 1986, s. 58 ff.

³⁹ Se *Ritter m. fl.*, EEC Competition Law, a practitioner's guide, 1993, s. 273 f., med hänvisningar till EG-avgöranden.

⁴⁰ Se särskilt mål 27/78 Hugin m. fl. ./.. Kommissionen (1979) ECR s. 1869 ff.

⁴¹ Se mål 322/81 Michelin ./.. Kommissionen (1983) ECR s. 3461 ff.

⁴² Se mål T 51/89 Tetra Pak ./.. Kommissionen (1990) ECR II s. 309 ff. (EG:s förstainstansdomstol).

⁴³ Se t. ex. *Karnovs* EU-Samling, 4. uppl., 1993, s. 615. *Fishwick* (a. a. s. 59–67) har uttalat att de potentiella konkurrenterna måste analyseras för en bedömning av frågan om den marknad som är relevant för dominans också kan vara relevant för missbruk av en dominerande marknadsställning.

bedömningen av företagets marknadsstyrka och inte vid definitionen av den relevanta marknaden.⁴⁴

Det norska Prisdirektoratets utredning 1992 avråder från att inkludera potentiell konkurrens i bedömningen av den relevanta marknaden med hänvisning till att graden av sådan konkurrens är avhängig av strategiska etableringshinder (från de etablerade tillverkarnas sida). Bedömningen av potentiell konkurrens anses därför i stället naturligen höra hemma i dominansprövningen.⁴⁵

I EG-rättslig litteratur har dock framhållits att det framstår som meningslöst att överhuvudtaget definiera en marknad om produkter som utesluts från definitionen tillåts få betydelse — bli relevanta — senare i konkurrensprövningen.⁴⁶

I propositionen till den svenska konkurrenslagen uttalas emellertid att frågan om det finns produkter som inte är utbytbara men som snabbt kan förändras har betydelse vid bedömningen av den relevanta produktmarknaden.⁴⁷ KKV har även i flera avgöranden hänvisat till potentiell konkurrens i samband med att den relevanta produktmarknaden har fastställts.⁴⁸

4.4 Utbudets och efterfrågans struktur

Vid sidan av de ovan nämnda bedömningsgrunderna måste utbudets och efterfrågans struktur — konkurrensförhållandena — beaktas för att avgöra om olika produkter skall anses utbytbara mot varandra. Varor som på grund av sina objektiva egenskaper (karakter, pris, användning) betraktas som utbytbara kan ändå anses tillhöra olika marknader om förutsättningarna för utbud eller efterfrågan skiftar, dvs. att de används av olika köpargrupper som agerar under olikartade konkurrensförhållanden. På motsvarande sätt kan relativt heterogena produkter anses tillhöra samma marknad om de t. ex. förs ut på marknaden genom samma distributionskanaler.

⁴⁴ Se t. ex. BPB Industries plc, EGT nr L 10, 13.1.89, s. 50 ff. — överklagat som mål T 85/89 British Plasterboard plc./. Kommissionen (1990) 4 CMLR s. 464 ff.

⁴⁵ Se utredningsrapporten "Det relevanta marked" av den 1 maj 1992, s. 35.

⁴⁶ Se *Korah*, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, 4. uppl., 1990, s. 58, som även framhåller att EG-domstolen på senare tid har hänvisat till substitut på båda sidorna av marknaden.

⁴⁷ Se prop. 1992/93:56 s. 65. Frågan berörs inte särskilt i Konkurrenskommitténs huvudbetänkande (SOU 1991:59).

⁴⁸ Detta gäller främst i ärenden angående företagsförvärv (se t. ex. dnr 806/93, GE Lighting AB, 8.11.93 och dnr 742/93, AB Svenska Shell, 22.11.93) och i dominansfall (se t. ex. dnr 556/93, Eksjö Stadshotell, 2.12.93). I ett förvärsärende beträffande bär- och fruktbaseade matvaror konstaterade KKV att det inte förelåg några större tekniska hinder mot nyetablering och att det fanns ett relativt stort antal befintliga och potentiella konkurrenter (dnr 535/93, BOB Industrier AB, 12.8.93). KKV uttalade detta i sin dominansprövning och inte vid den i beslutet dessförinnan företagna marknadsavgränsningen.

En reservdel är naturligtvis utbytbar mot den del i originalprodukten som reservdelen är avsedd att ersätta. Trots detta har EG-domstolen i ett antal avgöranden ansett att reservdelar kan utgöra en egen produktmarknad på grund av annorlunda konkurrensförhållanden och att denna uppdelning kan ske trots att konkurrensen är effektiv på marknaden för delar som är avsedda att fogas in i en huvudprodukt (och som alltså skall ses separat från reservdelsmarknaden).⁴⁹

Michelin-fallet (1983) är ett gott exempel. I målet anklagades Michelin för missbruk av dominerande ställning genom rabatter till däckhandlare. En fråga var om däck skulle anses tillhöra olika produktmarknader beroende på om de skulle monteras på fabriksnya fordon eller användas för att ersätta gamla däck. Däcken var i sig identiska oavsett vad de skulle användas till. Två olika marknader ansågs föreligga med hänsyn till att konkurrensvillkoren för utbud och efterfrågan skilde sig markant mellan de båda användningsområdena. Däcken till fabriksnya fordon beställdes nämligen direkt av fordonstillverkarna och konkurrensvillkoren för dem styrdes av helt andra faktorer än villkoren för återförsäljarna. På liknande sätt bekräftade EG-domstolen även Kommissionens ställningstagande att i målet utesluta däck till person- och skåpbilar från den relevanta produktmarknaden. Målet utgör även ett exempel på att en hel produktgrupp kan anses utgöra en relevant produktmarknad på grund av villkoren för utbud och efterfrågan.

En viss leverantörs försäljning av reservdelar till sina egna produkter kan anses utgöra en egen marknad med hänvisning till att köparen svårigen kan använda reservdelar från andra leverantörer på grund av immaterialrättsligt skydd eller annat. Ett exempel ur EG-rätten är Hugin-målet (1979) där just det ovan beskrivna inträffade. Även om det för andra användningsområden kan finnas en gemensam marknad för reservdelar av olika ursprung fann domstolen att den relevanta marknaden i detta fall skulle definieras snävt med hänsyn till köparens avsedda användning (i fallet reparerade denne just kassaapparater av märket Hugin). Köparen ansågs vara särskilt beroende av Hugin eftersom det saknades möjligheter att få tag på reservdelarna från någon annan än tillverkaren. Avgörandet har kritiserats eftersom domstolen inte tog hänsyn till frågan om den självständigt verksamme köparen i målet hade möjligheter att välja andra produkter och reparera

⁴⁹ Se t. ex. mål 238/87 AB Volvo ./. Erik Veng (UK) Ltd (1988) ECR s. 621 1 ff. och mål 53/87 CICRA ./. Régie Nationale des Usines Renault, (1988) ECR s. 6039 ff.

maskiner av andra märken (dvs. till substitut på efterfrågesidan).⁵⁰ Det är därför tveksamt vilken betydelse som bör tillmätas den snäva marknadsdefinitionen i målet.⁵¹

Om efterfrågan är likartad därför att produkterna används på samma sätt kan även produkter som fysiskt skiljer sig från varandra anses tillhöra samma produktmarknad med hänsyn till konkurrenssituationen.

EG-kommissionen har under 1992 i olika avgöranden angående företagsförvärv fäst särskild vikt vid konkurrensvillkoren. I ett ärende⁵² ansåg Kommissionen att motorvägsrestauranger tillhör en särskild marknad till skillnad från andra slags restauranger på grund av att kunderna endast utgörs av motorvägsresenärer (utbudssidan) och att kundernas krav på sådan restaurangverksamhet är mycket speciella vad avser öppethållande m. m. (efterfrågesidan). I ett annat fall⁵³ ansåg Kommissionen att det saknades anledning att särskilja olika segment av en marknad eftersom de olika modellerna av det aktuella varumärket, i detta fall bilar, normalt såldes genom samma distributionskanaler. Produktmarknaden kunde därför ges en bred definition.

4.5 Tjänster

Som tidigare nämnts bör bedömningen av den relevanta produktmarknaden för tjänster göras på samma sätt som för varor. Det kan dock redan här noteras att den geografiska marknaden ofta definieras snävt när det är frågan om tjänster.⁵⁴

Även en relevant produktmarknad för tjänster bör alltså anses innefatta alla de tjänster som med hänsyn till sin karaktär anses vara särskilt lämpliga att tillfredsställa ett konstant behov och som bara i begränsad omfattning kan ersättas av andra tjänster. Inom EG har t. ex. flera bedömningar avsett försäljning och utförande av transporter. EG-domstolen har i ett mål angående linjeflygningar uttalat att det från fall till fall får bedömas om en reguljär flygning

⁵⁰ Se t. ex. *Baden Fuller*, a. a. (se fotnot 37) och *Korah* i (1980) 17 C.M.L. Rev. s. 395 (se fotnot 10).

⁵¹ KKV har i ett initiativärende angående exklusivavtal, som endast avsåg Stigas trädgårdsmaskiner, definierat den relevanta produktmarknaden som den totala marknaden för reservdelar till sådana maskiner (dnr 608/93, Stiga AB, 27.10.93).

⁵² Se *Accor/Wagons-Lits*, EGT nr L 204, 21.07.92, s. 1. Se även *Virgin/EMI*, EGT nr C 120, 27.4.92, s. 12 och *Thomas Cook/LTU/West LB*, EGT nr C 199, 14.7.92, s. 16.

⁵³ Se *Inchape/IEP*, EGT nr C 21, 21.1.92, s. 27. En liknande bedömning återfinns i *Promodes/BRMC*, EGT nr C 232, 13.7.92, s. 4.

⁵⁴ Se SOU 1991:59, del 2, s. 90. KKV har emellertid i flera ärenden beträffande hotell- och restaurangverksamhet på konferensanläggningar konstaterat att kunderna söker denna typ av service inom ett stort geografiskt område (se t. ex. dnr 575/93, AB Ronneby Helsobrunn, 20.1.94). KKV har vidare påtalat att även presumtiva operatörers val av lämpliga anläggningar för konferensverksamhet sker inom ett relativt stort geografiskt område (dnr 556/93, Eksjö Stadshotell, 2.12.93).

på viss linje är utsatt för konkurrens från andra transportmedel, t. ex. charterflyg, tåg eller bussar, som därmed skall anses utgöra substitut tillhörande samma relevanta produktmarknad.⁵⁵ I ett senare ärende angående flygtransporter från London till Dublin och försäljning av biljetter till dessa gjorde EG-kommissionen en ingående bedömning av olika transportformer mellan dessa orter.⁵⁶ Vid sin bedömning av utbytbarhet skilde den på olika passagerargrupper som antingen prioriterade ett lågt pris (och kunde spendera mer tid på resandet) eller snabbhet, flexibilitet och komfort (till ett högre pris). För den senare gruppen ansågs det inte finnas något alternativ till flygresor.

I vissa fall har både varor och tjänster betydelse för marknadsdefinitionen. Det faktum att en produkt, som distribueras genom olika kanaler, i någon distributionsform förenas med service kan medföra att samma produkt bör anses tillhöra olika marknader beroende på distributionskanal. EG-domstolen har i ett mål angående öl som såldes till affärer och pubar genom olika försäljningskanaler funnit att samma produkt tillhör olika marknader i kundernas ögon med hänsyn till bl. a. den service som tillhandahålls på utskänkingsställena.⁵⁷

I EG-praxis särskiljs vidare marknaderna för försäljning och reparation av en vara. Det motiveras av att konkurrensmöjligheter måste kunna förekomma på båda marknaderna och att en tillverkare inte skall tillåtas få möjlighet att hindra viss verksamhet på reparationsmarknaden.⁵⁸

Produkter som har nära samband med tjänster anses ofta tillhöra en annan marknad än själva tjänsten. EG-domstolen har

⁵⁵ Se mål 66/86 Ahmed Saeed, (1989) ECR s. 803 ff. Det anses att EG-domstolen i detta fall visat en mer flexibel inställning till bedömningen av den relevanta produktmarknaden än tidigare. Kommissionen uttalade i ett yttrande, till vilket generaladvokaten Lenz anslöt sig, att de kunder som flög reguljärt inte har några andra realistiska alternativ och att dessa transporter därför (alltid?) skulle anses utgöra en separat marknad.

⁵⁶ Se British Midlands ./ Aer Lingus, EGT nr L 96, 10.4.92, s. 34 ff. där EG-kommissionen definierar den relevanta produktmarknaden mycket smalt. För andra transportärenden med mycket smalt definierade marknader, se B & I ./ Sealink-Port of Holyhead, 11.6 (1992) 5 CMLR s. 255 ff., Sea Containers ./ Stena Link, EGT nr L 15, 18.1.94, s. 8 ff. och mål T 2/93 Air France ./ Kommissionen (EGs första instansdomstols beslut 19.5.94, ännu ej publicerat).

⁵⁷ Mål C-234/89 Delimits ./ Henning Bräu AG, dom 28.2.1991 (ännu inte publicerad). Domstolen framhöll vidare följande särskiljande drag beträffande ölförsäljning för konsumtion på lokal. Ölkonsumtion där styrs inte bara av ekonomiska överväganden. Bryggerierna utmönstrar själva denna marknad genom att organisera särskilda distributionssystem för den och priserna i pubar och restauranger är ofta högre än i affärerna. Den överlappning som fanns mellan distributionssystemen, i form av möjligheten för nya konkurrenter att introducera sina varumärken i affärer och på så sätt få tillträde till försäljning på lokal, ansågs inte påverka bedömningen att skilja marknaderna från varandra.

⁵⁸ Se mål 27/78 Hugin ./ Kommissionen (1979) ECR s. 1869 ff. och Kommissionens beslut i BMW-ärendet, EGT nr L 29, 3.2.75, s. 1 ff.

t. ex. i flera fall framhållit att veckovisa tablåer med TV-program och de tidningar där de publiceras inte tillhör marknaden för TV-information i allmänhet och att de klart kan skiljas från programmen eller sändningsverksamheten. Detta trots att de utgjort en del av medieproducentens serviceverksamhet. I stället har dessa tablåer och programtidningar ansetts utgöra separata delmarknader av marknaden för TV-information. De har inte ansetts ersättbara med TV-information på annat sätt eller i annan form som exempelvis kan erhållas genom dagstidningar.⁵⁹

I ett svenskt ärende angående förvärv av en tidskriftsrörelse hävdade sökandena att de relevanta produktmarknaderna utgjordes av en läsar- och en annonsmarknad för privatekonomiska informationsprodukter. De framhöll att marknaderna omfattade alla medier. KKV fastställde däremot att marknaderna endast omfattade privatekonomisk information i tidskrifter och specialiserade tidningar. Verket påtalade att en exakt avgränsning var svår att fastställa men att en sådan inte behövdes i ärendet på grund av relativt små marknadsandelar.⁶⁰

4.6 Några särskilda frågor angående produktmarknaden

4.6.1 Olika användningsområden

Ett särskilt fall är när den aktuella produkten kan användas på mer än ett sätt. Detta gäller särskilt produkter som skall användas vid tillverkning av andra varor. Skall då de olika användningsområdena anses motivera mer än en relevant produktmarknad? Om marknaderna ses särskilda från varandra kan det leda till att företaget befinns vara dominerande på den ena men inte den andra marknaden. Det finns då risk att företaget anses ha en överdrivet stark marknadsställning. På motsvarande sätt kan slutsatsen att en gemensam marknad föreligger medföra att företagets marknadsposition underskattas. En lösning kan vara att dels definiera marknaden smalt och dels ta hänsyn till konkurrens från andra marknader (se vidare nedan).

Inom EG har den aktuella frågeställningen uppkommit i ett mål angående vitaminer (Hoffmann-La Roche-målet 1979). Det rådde inte tvist om att vitaminerna (C och E) kunde användas både som näringsämnen och för tekniskt bruk (som anti-oxideringsämnen). Vitaminerna kunde ersättas av andra produkter för det senare men inte det förra användningsområdet. Bolaget menade att den relevanta produktmarknaden omfattades av båda användningsområ-

⁵⁹ Se mål T 69/89 RTE ./.. Kommissionen, (1991) ECR II s. 485 ff. och mål T 70/89 BBC ./.. Kommissionen, (1991) ECR II s. 535 ff.

⁶⁰ Dnr 912/93, Bonniers Affärsinformation AB, 29.11.93.

dena samt även övriga produkter som kunde ersätta vitaminerna som anti-oxideringsämnen. På denna marknad hade bolaget inte en dominerande marknadsställning. Varken EG-kommissionen eller EG-domstolen tog riktigt ställning till frågan om det förelåg en eller två marknader men det framgår dock av avgörandena att det inte är uteslutet att en enskild produkt kan anses tillhöra mer än en marknad om den kan användas för mer än ett ändamål.⁶¹

I en kommentar till rättsfallet har anförts att en ekonom skulle skilja på tre olika marknader; en för respektive vitamin som näringsämne samt en tredje för båda vitaminerna och substitut till dessa såsom anti-oxideringsämnen.⁶² Anledningen är att korspriselasticiteten mellan vitaminerna är låg när de används som näringsämnen men hög för den tekniska användningen (där de ju kan ersätta varandra). En annan viktig aspekt är att bolaget inte alltid visste i vilket syfte kunderna köpte vitaminer och därmed hade liten möjlighet att prisdiskriminera med hänsyn till kundernas tillgång på substitut.⁶³

4.6.2 Råvaror

Råvaror bör anses utgöra en relevant produktmarknad skild från marknaden för slutprodukten. EG-domstolen har i Commercial Solvents-målet (1974)⁶⁴ fastställt att denna uppdelning kan ske även om slutprodukten utgör en del av en bredare marknad där effektiv konkurrens råder. Även i AKZO-målet (1991) ansågs en råvara utgöra den relevanta produktmarknaden och detta trots att det påstådda dominansmissbruket var avsett att skada ett företags verksamhet på en annan marknad.

4.6.3 Konkurrenstryck från produkter utanför det definierade området

Det saknas ofta vattentäta skott mellan olika marknader. Den stora betydelse som fästs vid marknadsdefinitionerna både inom EG och i amerikansk konkurrensrätt har därför kritiserats.⁶⁵ Detta särskilt

⁶¹ Se *Whish*, Competition Law, 3. uppl., 1993, s. 254 f. och *Goyder*, EC Competition Law, 2. uppl., 1993, s. 346 f.

⁶² Se *Baden-Fuller* a. a. s. 425.

⁶³ Jfr mål C-62/86, AKZO ./.. Kommissionen, (1991) ECR I s. 3359 ff. Detta mål rörde en råvara som kunde användas både inom plastindustrin och som blekningsmedel vid framställning av mjöl. Domstolen fastställde Kommissionens beslut att den relevanta produktmarknaden skulle anses utgöras av bara den ena marknaden. Huvudfrågan i målet var om AKZO:s åtgärd att tillämpa underprissättning vid försäljning på den ena marknaden, med möjlighet att täcka förlusterna med vinster från försäljning på den andra, utgjorde missbruk av dominerande ställning. Det var alltså uppenbart i målet att AKZO hade möjlighet att prisdiskriminera vid försäljning till olika användare.

⁶⁴ Mål 6 & 7/73, (1974) ECR s. 223 ff.

⁶⁵ Se t. ex. *Korah* (1980) 17 C.M.L. Rev. s. 400 f.

eftersom en smal definition av den relevanta marknaden inte har någon betydelse om konkurrens utifrån som påverkar denna marknad förekommer (och beaktas).

I Hoffmann-La Roche-målet (1979) hade inte bolagets stora marknadsandel på näringsämnesmarknaden nödvändigtvis behövt medföra att bolaget var dominant. Genom att ta ut monopolpriser på denna marknad skulle bolaget kunna få vidkännas en märkbar minskning av försäljningen av vitaminer för teknisk användning. Om ett företag däremot har möjlighet att ta ut högre priser på den ena marknaden (utan att förlora kunder på den andra) tyder detta på dominans.

Ett annat mål där detta resonemang förekommit är United Brands (1978) där domstolen skilde på marknaderna för försäljning av bananer till gamla, unga och sjuka respektive övriga kunder. Någon analys av om bolaget kunde särskilja de olika kundgrupperna eller tillämpa olika prissättning för dem gjordes emellertid inte.⁶⁶

Det positiva med att ta hänsyn till yttre konkurrens är att marknadsöverlappningar uppmärksammas i fall när det råder tvekan om hur marknaden rätt skall definieras.⁶⁷ Vid en analys av missbruk av dominerande marknadsställning är den väsentliga frågan om företaget har marknadsstyrka och inte var den exakta gränsen för den relevanta marknaden går.

4.6.4 Lagreglerade marknader

Ett legalt monopol kan påverka definitionen av den relevanta produktmarknaden. I två avgöranden avseende biltillverkare har EG-domstolen funnit att det förelegat separata marknader för en viss sorts tilläggservice på grund av att ett bolag varit ensam om att lagligen kunna tillhandahålla servicen — typintyg för bilar (dominansfall).⁶⁸ Företagen hävdade att utfärdandet av typintyg bara var en bitjänst till marknaden för motorfordon, men domstolen fastställde att godkännandeverksamheten var en i lag delegerad

⁶⁶ I ett annat fall där frågan om både gipsplattor och vanligt gips skulle anses tillhöra samma marknad var uppe för bedömning fann EG-kommissionen att något definitivt ställningstagande inte var nödvändigt eftersom den konkurrens som försäljningen av gips medförde kunde beaktas vid avgörande av frågan huruvida bolaget hade marknadsstyrka (se BPB Industries plc, EGT nr L 10, 13.1.89, s. 50 ff.; efter överklagande mål T 50/89 BPB Industries ./.. Kommissionen, (1990) 4 CMLR s. 464 ff.).

⁶⁷ I dnr 496/93, AB Skandinaviskt Guld & Silver, 6.10.93, hänvisar KKV till att samarbetsparterna delvis verkar på olika men överlappande marknader (bijouterier, guldsmedsvaror och presentartiklar). Saken utvecklades inte ytterligare eftersom parterna, oavsett den exakta marknadsavgränsningen, hade små marknadsandelar.

⁶⁸ Mål 26/75 General Motors ./.. Kommissionen 1975 ECR s. 1367 ff. respektive mål 226/84 British Leyland ./.. Kommissionen 1986 ECR s. 3263 ff.

och exklusiv uppgift från staten till bolaget, skild från motorfordonsmarknaden.

KKV har bedömt några svenska lagliga monopol. Ett exempel är elmarknaden där bl. a. distribution och utnyttjande av starkströmsledningar fordrar koncession enligt ellagen. Med hänvisning till denna lagstiftning har verket i ett ärende bestämt den relevanta produktmarknaden till "Vattenfalls (dvs. koncessionsinnehavarens) råkraftleveranser".⁶⁹ Ett annat legalt monopol som kommit under verkets bedömning är läkemedelsförsäljning.⁷⁰

4.6.5 Några särskilda överväganden i samband med bedömning av konkurrensbegränsande avtal

Vid bedömningen av vissa avtalstyper, som kan vara undantagna från förbudet enligt en gruppundantagsförordning eller kan medges individuellt undantag, krävs det en marknadsanalys. Detta gäller särskilt s. k. selektiva distributionssystem, där leverans av en produkt förbehålls vissa kvalificerade återförsäljare, och franchising-avtal.⁷¹ Strukturen på den relevanta marknaden har betydelse för frågan om avtalen medför att konkurrensen förhindras på ett sådant sätt att de inte bör undantas från förbudet.

I EG-rättslig litteratur har det framhållits att EG-kommissionen möjligen är något mer liberal vid bedömningen av den relevanta marknaden i samband med prövning av ett gruppundantags tillämplighet än i andra fall.⁷² Stöd för denna uppfattning återfinns i ett ärende där EG-kommissionen bl. a. slog fast att marknaden för spritförsäljning var så uppdelad att tillverkare av olika typer av whisky — beroende på dess ursprung — inte ansågs konkurrera med varandra. Därför kunde gruppundantagsförordningen för exklusiva återförsäljaravtal (trots begränsningen i art. 3 (a)) tillämpas på ett avtal mellan dem.⁷³ I ett dominansärende vore det däremot troligt att inte ens olika whiskymärken skulle anses konkurrera och därmed tillhöra olika produktmarknader.

⁶⁹ Dnr 492/93, Ekerö Energi AB, 20.12.93, angående ansökan om icke-ingripandebesked och anmälan om undantag för inköpssamarbete (se även dnr 645/93, AB Skandinaviska Elverk, 26.11.93 och dnr 562/93, Ånge Elverk AB, 2.12.93).

⁷⁰ Dnr 843/93, Apoteksbolaget AB, 22.12.93.

⁷¹ Se *Kapteyn/Verloren van Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, 2. uppl., 1990, s. 531 och 533.

⁷² Se *Whish* a. a. s. 597.

⁷³ Se *Whisky and Gin*-ärendet, EGT nr L 369, 31.12.85, s. 19 ff. Whisky och gin ansågs tillhöra olika undermarknader medan olika whiskytyper, skotsk, irländsk, bourbon, osv. ansågs konkurrera på samma marknad. I ärendet ansågs dock fyra avtal vara slutna mellan konkurrerande tillverkare men dessa avtal beviljades individuella undantag.

5. Avgränsningen av den relevanta geografiska marknaden

När den relevanta produktmarknaden väl definierats är det nödvändigt att avgränsa det geografiska område inom vilket de berörda företagen huvudsakligen tillhandahåller eller efterfrågar aktuella produkter. Inom detta område skall konkurrensvillkoren vara likartade och området skall kunna skiljas från angränsande områden framförallt med hänsyn till väsentliga skillnader i dessa villkor. Orsaken till att man även vill avgränsa ett geografiskt område är dels för att göra det möjligt att beräkna marknadsandelar, dels för att avgöra vilka andra företag som agerar på samma relevanta marknad.

För att kunna bestämma denna geografiska avgränsning är det enligt Konkurrenskommittén nödvändigt att ställa och besvara bl. a. följande frågor.⁷⁴

1. Vilka distributionsmöjligheter finns?
2. Mot vilka riktas företagets marknadsföring?
3. Vilka kunder har möjlighet att köpa företagets produkter?
4. Vilka kommunikationsmöjligheter har presumtiva kunder?
5. Vad gäller om produktens transportkänslighet i fysiskt och ekonomiskt hänseende?
6. Vilka företag agerar i det aktuella området?

Det är förbrukarens situation som skall vara utgångspunkt för bestämmandet av den relevanta geografiska marknaden. Av betydelse är möjligheterna för förbrukaren att köpa produkten eller tjänsten samt för säljaren att distribuera och försälja densamma till förbrukaren. Distributionsmöjligheter och transportkostnader skall härvid särskilt beaktas.⁷⁵

I konkurrensrättslig litteratur har det uttalats att riksmarknaden torde vara relevant för flertalet industrivaror, medan marknaden bör avgränsas till ett lokalt eller regionalt område när det gäller detaljhandeln och servicenäringar.⁷⁶ Konkurrenskommittén anger K-mjolk och fabriksbetong som härdar efter viss tid som exempel på varor vars karaktär bör medföra en annan avgränsning än riksmarknaden.⁷⁷ I vissa fall bör marknadsandelarna på såväl riksmarknaden som på en lokal marknad beaktas eftersom en stor

⁷⁴ Se SOU 1991:59, Del 2, s. 89 ff.

⁷⁵ Se prop. 1992/93:56 s. 85.

⁷⁶ Se *Bernitz* a. a. s. 38f samt beträffande dagligvaruhandeln SOU 1991:59, del 2, s. 91 ff. I grossistledet kan det dock bli aktuellt att betrakta hela Sverige som relevant geografisk marknad, se dnr 505/93 (delvis), KIAB-Grossisterna AB, 13.12.93 (se även dnr 424/93, Skåne-Blekinge Livsmedelshandlareförbund, 3.11.93, där Skåne och Blekinge ansågs utgöra den relevanta geografiska marknaden).

⁷⁷ Se SOU 1991:59, del 2, s. 90.

näringsidkare på en lokal marknad kan vara liten på riksmarknaden.⁷⁸

Olika relevanta geografiska marknader kan överlappa eller påverka varandra. Vidare kan konkurrensen emanera från en plats utanför en given geografisk marknad, t. ex. utländsk konkurrens som påverkar den inhemska marknaden.⁷⁹

EG-domstolen har i United Brands-målet (1978) definierat den geografiska marknaden som det område där de objektiva konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att företagets marknadsstyrka skall kunna uppskattas.⁸⁰ EG-kommissionen å sin sida har vidareutvecklat detta synsätt på följande sätt. Den relevanta geografiska marknaden är det område där berörda företag utbjuder eller efterfrågar varor eller tjänster inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att området skall kunna särskiljas från närliggande områden där dessa villkor är märkbart olikartade.⁸¹ Kommissionen betraktar både generella mönster och särskilda faktorer som kan verka marknadsuppdelande.

Följande faktorer av det senare slaget har särskilt framhållits.

1. Geografisk distribution av marknadsandelar,
2. geografisk distribution av relativa priser,
3. geografisk placering av de viktigare leverantörerna,
4. transportmönster,
5. gränsöverskridande export och import,
6. hinder mot marknadsinträde (fiskala, tekniska, legala och kulturella),
7. köparpreferenser,
8. distributionssystem och
9. produktdifferentiering (varumärken).

Den relevanta geografiska marknaden i KL:s mening skall bestämmas till hela Sverige eller en del av landet. Det är bara den svenska marknaden som skall beaktas.⁸² I förvärvsärenden skall marknaden avse en avsevärd del av landet, t. ex. ett län eller en storstadsregion. Motsvarande kvantitativa kriterium ställs inte för

⁷⁸ Se dnr 575/93, AB Ronneby Helsobrunn, 20.1.94.

⁷⁹ KKV har i ett förvärvsärende påtalat den internationella konkurrens som påverkade aktuella produkter över hela världen (telefonsystem för fasta och mobila nät samt personsökningssystem för vidsträckta geografiska områden). Verket påtalade vidare att den allt större förekomsten av enhetliga bestämmelser om teknisk standard ger upphov till ökad internationell konkurrens och underlättar inträde på den svenska marknaden (dnr 919/93, Telefon AB LM Ericsson, 29.11.93).

⁸⁰ Se även mål 247/86 Alsatel ./.. Novasam, (1988) ECR s. 5987 ff., där EG-domstolen framhöll vikten av en korrekt definition av den relevanta geografiska marknaden. Domstolen fann att de presenterade omständigheterna inte utgjorde ett tillräckligt underlag för att avgränsa en utpekad fransk region från resten av den franska marknaden.

⁸¹ Se 22nd Report on Competition Policy 1992, s. 124–159.

⁸² I ett ärende angående överföring av elkraft uteslöt KKV utlandsförbindelserna vid marknadsdefinitionen (dnr 431/93, AB Skandinaviska Elverk, 26.11.93).

avtals- eller dominansfall, i vilka alltså marknaden i princip kan bli hur liten som helst.

I förvärsärenden har KKV ofta bestämt den geografiska marknaden till hela Sverige. Transportekonomiska skäl har dock ansetts motivera en mindre marknad.⁸³ Ett intressant avgörande rör bygg-, anläggnings- och olika installationsverksamheter.⁸⁴ KKV uttalade i ärendet att konkurrens beträffande små och mellanstora projekt utspelar sig på lokala marknader, stora projekt inom större områden och endast de mycket stora projekten på riksmarknaden. Den geografiska marknaden för rikstäckande företag i dessa branscher ansågs därför vara indelad i 5–6 regioner (vilket motsvarar dessa företags egen indelning av landet). Dessa företag kan hantera projekt av alla storlekar och ställa om sina produktionsresurser beroende på efterfrågan.

Såväl i avtals- som i dominansärenden har KKV i vissa fall avgränsat mycket små geografiska marknader. Dominans har t. ex. ansetts föreligga på marknader omfattande Växjö kommun⁸⁵ och t. o. m. Arlanda flygplats.⁸⁶ I andra fall har dominans prövats inom delar av två län⁸⁷ och i ett område med 20–30 mils radie runt Jönköping.⁸⁸ Marknaden för service i form av uthyrning av fastigheter för hotell- eller restaurangverksamhet⁸⁹ samt för utomhusbassängbad⁹⁰ har bestämts till en kommun. I andra fall till ett län.⁹¹ Ofta har dock KKV bestämt att hela Sverige utgjort relevant geografisk marknad.⁹²

Ett uppmärksammat ärende rörde konsortiesamverkan mellan två stora byggföretag i Norrland som önskade lägga ett gemensamt anbud för byggande av ett nytt länssjukhus i Luleå och utföra

⁸³ Se dnr 907–908/93, Domän Timber AB, 1.12.93, där KKV bestämde marknaden till fem mellansvenska län beträffande produkterna sågtimmer och massaved. Området motsvarade det förvärvade bolagets verksamhetsområde.

⁸⁴ Dnr 681/93, TREB Tre Byggare Holding AB, 5.10.93 (se även nedan).

⁸⁵ Dnr 563/93, Gatukontoret i Växjö, 2.11.93 — den lokala renhållningsmarknaden i kommunen.

⁸⁶ Dnr 592/93, Arlanda Remote Taxi Service AB, 10.11.93 — ett kösystem för taxi vid flygplatsen för vilket det anmälda bolaget hade licens.

⁸⁷ Dnr 562/93, Ånge Elverk AB, 2.12.93 — lokal marknad för elleveranser.

⁸⁸ Dnr 743/93, Kosmetisk Kirurgi Hårteknik, 9.12.93 — marknad för hårsättning m. m.

⁸⁹ Eksjö kommun (eller möjligen stadskärnan och ett område med någon mils radie) ansågs kunna utgöra den relevanta geografiska marknaden, dnr 556/93, Eksjö Stads-hotell, 2.12.93 (se även dnr 575/93, AB Ronneby Helsobrunn, 20.1.94).

⁹⁰ Dnr 583/93, Nya Vanadisbadet, 9.12.93, där marknaden bestämdes till Stockholms kommun.

⁹¹ Dnr 467/93, Centrala Buss i Jämtland/Härjedalen, 27.9.93 — marknaden för linje- och beställningstrafik med buss.

⁹² I 57 undersökta fall rörande icke-ingripandebesked respektive anmälan för undantag har KKV endast i åtta fall bedömt den relevanta geografiska marknaden till ett område mindre än hela Sverige.

entreprenaden tillsammans.⁹³ Bolagen hade avgränsat den geografiska marknaden till ett område som omfattade fyra närliggande norrlandskommuner. De hävdade att ett större område skulle medföra merkostnader på grund av stora avstånd samt flyttning och ”inkörning” av personal. KKV fastställde däremot den geografiska marknaden till Norrland, vilket motsvarade de rikstäckande byggföretagens regionindelning, och anförde att marknaden bör avgränsas till en region för bygg- och anläggningsprojekt av aktuell storlek och komplexitet. Med denna definition av den relevanta geografiska marknaden ansågs bolagen, var för sig, ha möjlighet att utföra entreprenaden. Det kan inte uteslutas att KKV valde definitionen för att uppnå detta resultat.

Sammanfattningsvis torde kunna sägas att, oavsett om det är en bedömning under den svenska konkurrenslagen eller Romfördraget, de faktorer som är de mest väsentliga vid bestämmandet av den relevanta geografiska marknaden är förbrukarens situation och vilka transport- och distributionsmöjligheter som står till buds.

6. Temporära marknader

Vid bedömningen av en relevant marknad är det även nödvändigt att bedöma tidsaspekter. Konkurrensvillkoren kan variera mellan olika säsonger beroende på väderförhållanden, kundernas preferenser osv. Om så är fallet kan en produkt vara utsatt för konkurrens under viss tid och kanske vara helt ostörd under en annan del av året. Detta förhållande är särskilt viktigt i dominansfall eftersom dominans är ett begrepp relaterat till tid; dominans förutsätter marknadsstyrka under en längre tidsperiod.⁹⁴

I United Brands-målet (1978) befanns det att korspriselasticiteten mellan bananer och annan färsk frukt varierade under året och att efterfrågan på bananer sjönk under sommarmånaderna. Eftersom bananer inte kan lagras framstår det som naturligt att det kan finnas olika marknader beroende på säsongerna. Trots att detta förhållande noterades valde EG-kommissionen att inte göra någon uppdelning i olika marknader med hänsyn till tidsaspekten. EG-domstolen kommenterade inte denna omständighet och den pekade heller inte ut bananer för försäljning till de särskilt utpekade köpargrupperna (unga, sjuka och gamla) som en separat produktmarknad. Om domstolen isolerat produktmarknaden till denna förbrukargrupp hade tidsaspekten inte haft någon

⁹³ Se dnr 1009/93, Skanska Norrland AB, 10.1.94 där KKV avslög bolagens ansökan om icke-ingripandebesked och inte beviljade individuellt undantag.

⁹⁴ Se *Baden Fuller* a. a. s. 424 och 440 f.

betydelse eftersom annan färsk frukt inte kunde anses utgöra substitut ens för dem under sommarmånaderna.⁹⁵

EG-kommissionen har emellertid i ett tidigare mål tagit hänsyn till tidsaspekten och identifierat en temporär marknad.⁹⁶ Ärendet rörde leveransvägran under oljekrisen i början av 1970-talet och Kommissionen begränsade krisperiodens utsträckning i tiden.

Tidsaspekten har även betydelse för att bedöma köparens möjlighet att välja ett substitut. Ett exempel är olja och gas för uppvärmning av en byggnad. Före installation av ett uppvärmningssystem kan produkterna anses vara utbytbara med varandra. När väl ett system för den ena produkten är installerat kan köparen inte välja den andra utan att stora kostnader uppstår. Utbytbarhet måste alltså definieras som den möjlighet en köpare har att byta mellan olika produkter under en specificerad tidsperiod (med hänsyn både till funktionella och psykologiska faktorer).⁹⁷

7. Dokumentation och utredning

Av det hittills anförda torde framgå att ett stort arbete ofta måste läggas ner för en korrekt definition av den relevanta marknaden. Men vem är det som skall prestera detta utredningsarbete? En sådan utredning bör primärt presteras av den som framställer ett påstående om en viss marknadsavgränsning, exempelvis det eller de företag som önskar ett undantag eller ett icke-ingripande-besked. Detsamma torde även gälla vid anmälan om ett företagsförvärv. Företagen måste anses ha fullgjort denna skyldighet om de noggrant följt anvisningarna till de obligatoriska blanketterna K1 och K2. Stöd för detta synsätt återfinns i propositionen där det uttalas att KKV ofta torde kunna avgöra ärendena genom de uppgifter som företagen lämnar på detta sätt.⁹⁸

Finner emellertid KKV att den definition av den relevanta marknaden som företaget eller företagen presterat inte är riktig vandrar denna "utredningsbörda"⁹⁹ över på KKV. I en sådan situation kan verket infordra ytterligare information från de berörda företagen, dess konkurrenter eller hos branschorganisationer.¹⁰⁰ Lyckas inte KKV på frivillig väg få in tillräcklig information kan man använda sig av de tvångsmedel som tillerkänts verket, dvs. ålägganden och

⁹⁵ Underlåtenheten att bedöma tidsaspekten vid marknadsdefinitionen har kritiserats av ekonomer i EG-rättslig litteratur, se t. ex. *Baden Fuller* a. a. s. 425 f.

⁹⁶ Se ABG-ärendet, EGT nr L 117, 9.3.77 s. 1 ff.

⁹⁷ Se *Fishwick* a. a. s. 27 f.

⁹⁸ Se prop. 1992/93:56 s. 52.

⁹⁹ Det torde i detta sammanhang vara olämpligt att tala om bevisbörda eftersom sådan förutsätter att det beslutsfattande organet inte har något eget utredningsansvar och att ett företag sålunda tappar saken om det inte lyckas styrka sina påståenden.

¹⁰⁰ Se t. ex. dnr 1516/93, Fundia Bygg AB, 21.2.94.

undersökningar. Om KKV efter insamlandet av ny information gör en annan bedömning av den relevanta marknaden än företaget, som får betydelse för utgången i ärendet, torde det enligt förvaltningsrättsliga principer¹⁰¹ vara nödvändigt att kommunicera denna bedömning med de berörda företagen innan beslut kan fattas.

I de avgöranden som KKV hittills har fattat med tillämpning av den nya konkurrenslagen har verket i många fall stött sig på de marknadsbedömningar som ansökande eller anmälade företag har lämnat.¹⁰²

Beträffande initiativärenden, dvs. då exempelvis ett företag anmäler ett konkurrerande företags förfarande eller beteende till KKV, och ex officio-ärenden är det KKV som primärt skall prestera utredningen om den relevanta marknaden.¹⁰³ Härvid kan (skall?) verket hämta in statistik över priser på och omsättning av de aktuella produkterna samt ta kontakt med kunder för att utröna hur de värderar substitutionsmöjligheterna. Även utomstående som intresseorganisationer, leverantörer till säljaren, kunder till köparen och potentiella konkurrenter kan tillfrågas. I dessa typer av ärenden kan KKV självfallet använda sig av de tvångsmedel som tillerkänts verket.¹⁰⁴ Även om KKV har den primära utredningskyldighet i dessa ärenden torde det ligga i företagets intresse att själva prestera en egen definition av den relevanta marknaden. Verket har naturligtvis skyldighet att beakta en sådan men kan också förkasta den.¹⁰⁵

En annan fråga av betydelse i detta sammanhang är hur en parts interna dokumentation skall tolkas. I Hoffmann-La Roche (1979) hänvisade EG-domstolen till interna dokument som uttryckte bolagets uppfattning att det hade makt över prissättningen på marknaden.¹⁰⁶ I ekonomisk historia har dock uppmärksamats att före-

¹⁰¹ Se 17 § förvaltningslagen (1986:223).

¹⁰² I 14 av 57 undersökta ärenden rörande icke-ingripandebesked och undantag har verket förlitat sig på de anmälade företagens marknadsdefinition (se t. ex. dnr 587/93, Premiäraktören 1126 AB, 6.9.93). KKV har dock i 20 av ärendena alls inte definierat den relevanta marknaden. Även i ett stort antal förvärsärenden har KKV valt att godta den marknadsbedömning som de anmälade parterna anfört.

¹⁰³ KKV har dock i ett ärende angående påstått missbruk av dominerande ställning uttalat att det inte varit möjligt att fastställa det aktuella bolagets marknadsandel på den relevanta marknaden. Emellertid ansåg verket att antalet kunder, satt i relation till det sammantagna kundunderlaget, inte tydde på dominans. Mot denna bakgrund fann KKV inte anledning till vidare åtgärder (dnr 743/93, Kosmetisk Kirurgi Hårteknik, 9.12.93).

¹⁰⁴ Förmodligen kommer KKV att använda sig av tvångsmedel främst i initiativ- och ex officio-ärenden.

¹⁰⁵ EG-kommissionen har t. ex. i ett fall vägrat ta hänsyn till en undersökning vidtagen av en av parterna och anförde härvid att studiens metodologi krävde ytterligare bearbetning samt att slutsatserna inte motsvarade marknads faktiska handlande (se Eurofix-Banco ./ Hilti, EGT nr L 65, 11.03.88, s. 19 ff.).

¹⁰⁶ Se även AKZO-målet (1991). I BBI/Boosey & Hawkes som rörde interimistiska åtgärder hade bolaget (BBI) själv identifierat en särskild marknad för brittiska bleck-

tagsledare ofta tycker sig ha en större makt över sina kunder (eller leverantörer) än de faktiskt har, varför bevisvärdet av uppgifter i interna dokument kan diskuteras.¹⁰⁷

KKV saknar egna utredningsresurser för inhämtande av statistiska uppgifter men torde vara väl tillgodosedda genom allmänna källor, t. ex. Statistiska Centralbyrån, och information inhämtad på sätt som nämnts ovan.

8. Tendenser — Konkurrensverkets hittillsvarande praxis

Ett av de viktigaste styrmedlen för svensk konkurrensrätts utveckling kommer att vara hur den relevanta marknaden definieras. Det är ännu för tidigt att dra några slutsatser om vilken linje KKV och de svenska domstolarna kommer att välja. Väljer de att definiera marknaden smalt kommer också den svenska konkurrensrätten att bli mycket viktig för de ekonomiska operatörerna. Om de konkurrensvårdande myndigheterna däremot väljer bredare definitioner kommer, i vart fall i dominansfallen, konkurrensrätten att spela en mindre roll på det nationella planet.

Vid en genomgång av de bedömningar som hittills gjorts av KKV framgår att verket inte gjort någon djupare analys av hur den relevanta marknaden skall definieras i det enskilda fallet. Verket har, som tidigare nämnts, ofta förlitat sig på den definition som de ansökande/anmälade företagen uppgivit och det synes som om den relevanta produktmarknaden bestämts främst utifrån utbytbarheten på efterfrågesidan.

Att KKV inte har gjort någon mer avancerad bedömning av marknaden i förvärsärenden torde bero på att man hittills främst bedömt ärenden där beslut skall fattas inom 30 dagar från det att en fullständig anmälan kommit in till verket. Det torde också vara naturligt att lämna frågan om den relevanta marknaden öppen när verket finner att ett företagsförvärv, även vid en mycket smal marknadsdefinition, inte skapar eller förstärker en dominerande ställning.¹⁰⁸ Om KKV däremot beslutar att göra en särskild undersökning krävs en djupare analys.¹⁰⁹

blåsinstrument, skild från marknaden för andra sådana instrument. EG-kommissionen betraktade denna bolagets uppfattning som en viktig grund för att välja en smal marknadsdefinition (EGT nr L 286, 9.10.87, s. 36 ff.).

¹⁰⁷ Se *Baden Fuller* a. a. s. 425.

¹⁰⁸ Se t. ex. dnr 564/93, WASA Försäkring Kreditförvaltning AB, 17.8.93, där KKV uttalade att det förvärvade bolaget (Finax Finans AB) svarade för en mycket begränsad del av marknaden (konsumentkreditmarknaden, dvs. utlåning till hushållen exklusive bostadslån med realsäkerhet).

¹⁰⁹ Så har hittills endast skett beträffande Vattenfall AB:s förvärv av aktiemajoriteten i Huddinge Elverk AB, se dnr 1094/93, 28.3.94.

Vid en jämförelse mellan å ena sidan till KKV anmälda avtal och å andra sidan anmälda företagsförvärv kan man emellertid skönja att verket i sina beslut valt smalare marknadsdefinitioner i förvärvsärendena. Detta beror förmodligen inte på att man gjort en djupare analys i de senare ärendena utan snarare på att den blankett som skall användas i förvärvsärenden är mer utförlig avseende marknadsdefinitionen.

Enligt övergångsreglerna till konkurrenslagen har företagen haft tiden fram till den 31 december 1993 att anpassa sig till den nya lagen. Detta har inneburit att verket inte haft möjlighet att göra några egentliga bedömningar av missbruk av dominerande ställning trots att flera företag anmälts. För missbruk av en dominerande ställning som påbörjats efter den 1 juli 1993 har det i och för sig varit möjligt att göra bedömningar men KKV har hittills endast i ett fall funnit sådant missbruk förekomma.¹¹⁰

9. Avslutande kommentarer

Det finns ingen vedertagen definition av den relevanta marknaden och en särskild bedömning erfordras därför i varje enskilt fall. Även om det inte går att ge en generell definition av den relevanta marknaden är det möjligt att ur rättspraxis och doktrin mejsla ut vissa bedömningsgrunder som bör finnas med när marknaden bedöms ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Avgränsningen skall avse både en produktmarknad och en geografisk marknad och ske med utgångspunkt från inställningen till möjliga substitut hos den som efterfrågar varan eller tjänsten. För produktmarknaden är korspriselasticitet, fysisk karaktär, pris och avsedd användning av betydelse. Distributionsmöjligheter och transportkostnader är särskilt viktiga för den geografiska avgränsningen. Bedömningen kan förenklat sägas gå ut på att avgränsa de produkter (eller tjänster) och det område där konkurrensvillkoren är så likartade att en marknad kan anses föreligga. Vidare bör tidsaspekter beaktas i vissa fall.

Bedömningen av den relevanta marknaden är viktig både för enskilda företag och företagssammanslutningar samt för de konkurrensvårdande organen. Vägledning för ställningstaganden återfinns såväl i EG-rätten som i svensk konkurrensrättslig praxis. KKV:s hittillsvarande beslut innehåller knapphändiga analyser av marknaden men mer noggranna definitioner kan förväntas i framtiden när KKV hunnit behandla alla ärenden som kommit in under den övergångstid som föreskrivs i den nya konkurrenslagen.

¹¹⁰ Dnr 562/93, Ånge Elverk AB, 2.12.93.

Valet av inriktning för avgränsning av marknader — smala eller breda definitioner — är av avgörande betydelse för den svenska konkurrensrättens utveckling. Om KKV även i fortsättningen väljer ofullständigt motiverade analyser av den relevanta marknaden riskerar den nuvarande konkurrenslagen att bli lika tandlös som sin föregångare!