UPPSALA
UNIVERSITET

Immaterial- och marknadsrätt

Seminariematerial

Del II

Terminskurs 3

Juridiska institutionen

Gäller från och med hösten 2023

Innehållsförteckning Sida:

Seminarium 5
Patent- och marknadsöverdomstolen mål PMT 14821-21 Telia (s. 1-3 och 25-58)... s.
MD 2011:30 Ving ..... s.
Patent- och marknadsöverdomstolen mål PMT 2054-18 Alexandra Media (s. 1-3 och 25-54) ..... s.

Seminarium 6
Material anges i seminarieuppgiften

Seminarium 7
EU-domstolen mål C-209/10 Posten Danmark ..... s.
EU-domstolens mål C-23/14 Post Danmark II..... s.
EU-domstolens mål C-413/14P Intel..... s.
MD 2012:13 Kia Motors..... s.

Seminarium 8
EU-domstolen mål C-258/78 Nungesser ..... s.
MD 2008:12 Volvohandlarna..... s.
EU-domstolen mål C-179/16 Hoffmann-La Roche ..... s.
Patent- och marknadsöverdomstolen mål PMT 7779-18 Booking ..... s.

SVEA HOVRÄTT
Patent- och marknadsöverdomstolen
Rotel 020115

DOM
2023-03-21
Stockholm

Mål nr
PMT 14821-21

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Patent- och marknadsdomstolens dom 2021-11-11 i mål nr PMT 11699-20, se bilaga A

PARTER

Klagande och motpart
Telia Sverige AB, 556430-0142
169 94 Solna

Ombud: Advokaterna D.T. och M.Z.
Advokatfirman MarLaw AB
Box 3079
103 61 Stockholm

Klagande och motpart
HI3G Access AB, 556593-4899
Box 7012
121 07 Stockholm-Globen

Ombud: Advokaterna S.S. och M.J.
Synch Advokat AB
Box 3631
103 59 Stockholm

SAKEN
Förbud enligt marknadsföringslagen

DOMSLUT

Se nästa sida.

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00 **E-post**: svea.avd2@dom.se www.svea.se		måndag – fredag 09:00–16:30

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen ändrar punkterna 1, 2 och 5 i Patent- och marknadsdomstolens domslut på följande sätt.

a) Förbudet i punkten 1 ändras till följande lydelse:

Telia Sverige AB förbjuds vid vite 2 000 000 kr att – vid marknadsföring av mobila tjänster – på Instagram och Facebook och i liknande sociala medie-kanaler, i periodiska skrifter, på webbplatser, i tv-kanaler, på annonstavlor och i skyltfönster använda påståendena

a. ”Telia har Sveriges bästa mobilnät” eller påståenden med väsentligen samma innebörd där marknadsföringen är utformad på ett sådant sätt att det inte tydligt framgår att påståendet avser resultatet i ett kvalitetstest och där marknadsföringen saknar hänvisning till det aktuella testet, och

b. ”Två av tre tycker att vi har bäst nät … Enligt Kantar Sifos senaste undersökning” och ”… Sveriges bästa mobilnät enligt svenska folket, Kantar Sifo 2020” eller påståenden med väsentligen samma innebörd.

b) Förbudet i punkten 2 upphävs.

c) Med ändring av punkten 5 i Patent- och marknadsdomstolens domslut förordnar Patent- och marknadsöverdomstolen att HI3G Access AB ska ersätta Telia Sverige AB för dess rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen med 284 100 kr, varav 270 700 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

2. HI3G Access AB ska ersätta Telia Sverige AB för dess rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 169 930 kr, allt avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom till dess betalning sker.

3. Vad Patent- och marknadsdomstolen har förordnat om sekretess ska fortsätta att gälla.

4. Patent- och marknadsöverdomstolen förordnar att sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig på de uppgifter i Patent-och marknadsdomstolens aktbilaga 213 som har lagts fram inom stängda dörrar vid huvudförhandlingen i Patent- och marknadsöverdomstolen.

_____

2.2 Telias grunder för bestridande av talan

Telia har som framgått åberopat samma omständigheter till grund för bestridandet som antecknats i Patent- och marknadsdomstolens dom. Telias grund för bestridande av Tres förbudsyrkanden har varit att Telias marknadsföring, med hänsyn till de hänvisningar som funnits till test och undersökningar, inte har innehållit reservationslösa påståenden om att Telia har Sveriges bästa mobilnät eller liknande påståenden. Enligt Telia har de aktuella marknadsföringspåståendena således avsett resultaten i närmare angivna tester och undersökningar och marknadsföringen har med hänsyn härtill inte varit vilseledande och otillbörlig.

3. UTREDNINGEN

Parterna har åberopat samma skriftliga och muntliga bevisning som i Patent- och marknadsdomstolen. I Patent- och marknadsöverdomstolen har tilläggsfrågor ställts till vittnet A.G-W.

4. DOMSKÄL

4.1 Inledande rättsliga överväganden

Tre har gjort gällande att Telias marknadsföring *dels* är vilseledande enligt 10 § marknadsföringslagen (2008:486), *dels* strider mot god marknadsföringssed enligt 5 § marknadsföringslagen och är otillbörlig eftersom den i märkbar mån påverkar, eller sannolikt påverkar, mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Tre har även gjort gällande att marknadsföringen utgör sådan jämförande reklam som enligt 18 § marknadsföringslagen inte är tillåten. Patent- och marknadsdomstolen har i sin dom översiktligt redogjort för de rättsliga utgångspunkterna avseende de nu aktuella bestämmelserna (se underinstansens dom sidorna 22–25).

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring med något varierad utformning har påstått att Telias mobilnät är ”bäst” eller ”bäst i test” och att dessa påståenden är att bedöma som vilseledande och otillbörliga. När det gäller tillämpning av bestämmelsen i 10 § marknadsföringslagen om förbud mot vilseledande marknadsföring vid påståenden som ”bäst” och ”bäst i test” gör Patent- och marknadsöverdomstolen följande överväganden.

Enligt 10 § första stycket marknadsföringslagen får en näringsidkare vid marknadsföringen inte använda sig av felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annans näringsverksamhet. Av andra stycket punkten 6 följer att detta särskilt gäller framställningar som rör belöningar och utmärkelser som har tilldelats näringsidkaren.

Det kan alltså konstateras att det i och för sig är tillåtet att använda sig av olika åberopanden i marknadsföring genom hänvisning till resultat från tester och undersökningar. Marknadsdomstolen har i ett flertal avgöranden också framhållit att det är av stort värde att konsumenter får tillgång till resultat från objektiva undersökningar och test där olika produkters egenskaper jämförs och att sådan information kan ge konsumenter värdefull hjälp vid valet av produkt (se MD 1983:19, MD 1986:25 och MD 1990:28). Åberopandet kan dock vara otillbörligt om näringsidkaren redovisar resultaten på ett missvisande sätt eller det finns särskilda skäl att ifrågasätta testets vederhäftighet (se MD 1990:28). Eftersom den här typen av åberopanden kan förutsättas tillmätas stor betydelse av den som nås av marknadsföringen tillämpas en sträng vederhäftighetsbedömning (se Bernitz, Marknadsföringsrätten, Svensk och europeisk marknadsrätt 2, andra uppl., 2020, s. 83).

I detta sammanhang kan också erinras om innehållet i artikel 13 i ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation. ICC-koden ger uttryck för vad som är god affärssed. I det avseendet kan reglerna inom ramen för tillämplig lagstiftning tjäna som tolkningsunderlag. Artikel 13 i ICC:s regler har följande lydelse: ”Marknadskommunikation får innehålla eller åberopa intyg, rekommendationer eller förstärkande dokumentation (t.ex. tester) endast om de är äkta, relevanta och kan styrkas. Föråldrade eller av

andra skäl inaktuella och därför vilseledande intyg, rekommendationer etc. får inte användas. Om en rekommendation eller ett intyg är betalt eller sponsrat ska information om detta lämnas på lämpligt sätt, såvida det inte framgår redan av kommunikationens typ och utformning."

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen innebär det som nu sagts att det vid prövningen ska göras åtskillnad mellan de fall där näringsidkaren i den påtalade marknadsföringen använder sig av ett påstående om att dennes produkt är bäst enligt ett visst test och de fall där näringsidkaren reservationslöst, dvs. utan hänvisning till något test, påstår att dennes produkt är bäst.

När det gäller den senare kategorin kan först konstateras att överdrifter eller lovprisande utan konkret innehåll eller påståenden som inte ska uppfattas bokstavligt eller som inte kan tas på allvar normalt inte bedöms som vilseledande (se artikel 5.3 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder [Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004], prop. 2007/08:115 s. 86 och Bernitz, a.a., s. 71). Däremot följer av fast praxis att reservationslösa uttalanden om att en produkt eller ett företag är "bäst", "störst", "billigast", "säkrast" eller liknande superlativer, där påståendet får uppfattas hänföra sig till en konkret och väsentlig egenskap, endast kan godtas om näringsidkaren kan visa att det faktiskt inte finns någon annan som är lika bra eller bättre (se MD 2010:18 med där gjorda hänvisningar till tidigare avgöranden). Av Marknadsdomstolens praxis framgår att sådana påståenden till sin karaktär är generella och reservationslösa, vilket också gör det svårt för marknadsföraren att styrka dem.

När det gäller marknadsföring innehållande påståenden som "bäst i test" eller motsvarande formulering och där marknadsföringen innehåller en hänvisning till ett visst test blir prövningen med nödvändighet en annan. Vid fastställandet av innebörden av ett sådant påstående måste det uppfattas enligt sin ordalydelse, nämligen på så sätt att den

aktuella produkten enligt det test till vilket det hänvisas i marknadsföringen har bedömts vara den bästa produkten vid jämförelse med de andra produkter som omfattats av testet. Till skillnad från de ovan beskrivna generella och reservationslösa påståendena kan påståenden med hänvisning till ett test eller en undersökning alltså inte uppfattas som reservationslösa.

Som framgått kan dock åberopandet vara otillbörligt om näringsidkaren redovisar resultaten på ett missvisande sätt eller om det finns särskilda skäl att ifrågasätta testets vederhäftighet.

Vid bedömningen av ett tests vederhäftighet måste till en början beaktas vilken aktör som utfört detta. Som utgångspunkt bör tester utförda av ett testinstitut, en branschtidskrift eller liknande godtas. I bedömningen måste emellertid även beaktas om det framkommit några särskilda omständigheter som ger anledning att ifrågasätta testresultaten eller den genomförda undersökningen som sådan. När det gäller bedömningen av vederhäftighetskravet kan från praxis nämnas MD 2011:23. I det fallet hade en näringsidkares påstående om kvaliteten på bolagets tjänster i förhållande till andra bolag grundats på en marknadsundersökning som till stor del baserats på svar från respondenter som bolaget självt valt ut, varför vederhäftighetskravet inte ansågs uppfyllt. Att ett test eller en undersökning utförts på uppdrag av näringsidkaren behöver däremot enligt Patent- och marknadsöverdomstolen i sig inte innebära att testet inte kan anses vara vederhäftigt.

Att det framkommit att ett test eller en undersökning som näringsidkaren hänvisar till i sin marknadsföring skulle kunna ha utförts på ett annat sätt än som skett kan enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte i sig föranleda att hänvisningen till testet inte ska kunna godtas. När det gäller tester av mer tekniskt avancerade produkter torde det vara mer regel än undantag att tester kan utföras på olika sätt och att det bland experter dessutom kan finnas olika uppfattningar om vilka testmetoder som bör väljas. För att uppnå syftet med den nu aktuella regleringen i marknadsföringslagen framstår det enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening dock varken som nödvändigt eller som ändamålsenligt att domstolen inom ramen för sin prövning i detalj ska ta ställning

till hur test och undersökningar av teknisk karaktär bör utföras för att de ska kunna användas i marknadsföring. Av samma skäl framstår det inte heller som ändamålsenligt att domstolen vid prövningen av testets vederhäftighet närmare ska granska hur det tekniska genomförandet av testet har redovisats i underlaget. (Jfr här Marknadsdomstolens motsatta uppfattning av hur denna prövning bör göras i MD 2013:1.)

Sammanfattningsvis bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen alltså att ett test eller en undersökning som utförts på ett gediget och professionellt sätt av testinstitut, branschtidskrift eller liknande kan godtas om det inte framkommit några särskilda omständigheter som ger anledning att ifrågasätta testresultaten eller den genomförda undersökningen som sådan.

När en näringsidkare hänvisar till resultatet av tester eller undersökningar i sin marknadsföring är, som framgått, en given utgångspunkt att redovisningen inte får vara missvisande. Om de påståenden som näringsidkaren använder sig av i marknadsföringen inte har stöd i de slutsatser som kan dras av testet eller undersökningen är marknadsföringen att bedöma som vilseledande (se t.ex. MD 2012:5 där näringsidkaren påstod att de marknadsförda progressiva glasögonen blivit bäst i test trots att det aktuella testet inte avsåg progressiva utan enkelslipade glasögon).

Bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd är vilseledande ska utgå från hur framställningen i marknadsföringen normalt tas emot, dvs. det helhetsintryck som framställningen vid en flyktig eller översiktlig kontakt ger dem som den riktar sig till och detta oavsett vilket medium som näringsidkaren har valt för sin marknadsföring (se Levin, Marknadsföringslag [2008:486] 10 §, Lexino 2021-09-01 [JUNO]). Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen innebär det att när näringsidkaren använder sig av påståenden som ”bäst” och liknande i sin marknadsföring och påståendet grundar sig på resultatet i ett test som näringsidkaren också hänvisar till i marknadsföringen måste detta tydligt framgå av själva marknadsföringen. Det måste även finnas en hänvisning till vilket test som avses så att konsumenten kan härleda påståendet och söka ytterligare information om det test som näringsidkaren grundar sitt påstående på. Är mark-

nadsföringen utformad så att hänvisningen till testet får en undanskymd och underordnad placering i förhållandet till påståendet om att produkten är bäst, finns annars en risk att mottagaren, vid den flyktiga kontakt som denna har med marknadsföringen, i stället uppfattar påståendet som reservationslöst. Det kan t.ex. vara fråga om situationer där marknadsföringen utformats så att det endast i mycket litet typsnitt och med en placering långt ifrån huvudpåståendet framgår att detta avser resultatet i ett test. Om bedömningen av marknadsföringen leder till att påståendet uppfattas som ett reservationslöst påstående av genomsnittskonsumenten medför det att näringsidkaren – för att marknadsföringen inte ska bedömas som ovederhäftig – har att styrka ett sådant påstående. Som framgått ovan torde detta i många fall vara en bevisbörda som är svårt att uppfylla.

Sammanfattningsvis innebär dessa överväganden att näringsidkaren – för att kunna anses ha åberopat sig av testet i sitt marknadsföringspåstående – måste ha utformat marknadsföringen på ett sådant sätt att det tydligt framgår att påståendet avser resultatet i ett test och att marknadsföringen även har en hänvisning till det aktuella testet.

Mot bakgrund av dessa rättsliga överväganden övergår Patent- och marknadsöverdomstolen till att pröva i vad mån den påtalade marknadsföringen är otillbörlig.

4.2 Prövning av frågan om den påtalade marknadsföringen är otillbörlig

Som framgår av de preciseringar som Tre har gjort av sin talan i Patent- och marknadsöverdomstolen har Tre åberopat ett mycket stort antal marknadsföringsåtgärder till stöd för talan. Det är fråga om närmare ett hundratal olika marknadsföringsåtgärder som bolaget har åberopat till stöd för att förbud ska meddelas. Sammanfattningsvis kan sägas att samtliga påtalade marknadsföringsåtgärder avser framställningar som Telia har gjort i olika sorters kommunikationskanaler. Även om Tre har yrkat att förbud ska meddelas för ett flertal marknadsföringspåståenden, har samtliga påtalade marknadsföringspåståenden samma tema och innebörd, nämligen att Telia har det bästa mobilnätet eller att Telias mobilnät är bäst i test.

När det gäller den prövning som Patent- och marknadsöverdomstolen har att göra kan det konstateras att Telia har vidgått att bolaget har vidtagit de påtalade marknadsföringsåtgärderna. Telia har dock gjort gällande att det i samtliga fall på ett eller annat sätt funnits hänvisning till ett test i marknadsföringen. Bland de påtalade marknadsföringsåtgärderna finns ett antal fall där Tre har gjort gällande att det saknats hänvisning till ett test medan Telia invänt att marknadsföringen inte har haft den utformning som framgår av den bevisning som Tre har gett in i målet. Telia har bl.a. gjort gällande att vissa av de bilder av framställningar som Tre har åberopat har beskurits eller presenterats inför rätten på ett sätt som inte motsvarar marknadsföringens utformning då den nått konsument. Det är bl.a. fråga om ett antal marknadsföringsåtgärder på Telias webbplats under våren och sommaren 2020 där Telia har anfört att det funnit en hänvisning till P3 Connects test som skurits bort i det av Tre åberopade materialet. Motsvarande situation gäller för ett antal marknadsföringsåtgärder som skett i sociala medier där det framgår att marknadsföringen innehållit både text och rörligt ljud- och bildmaterial i form av reklamfilmer. Detta material har i vissa fall getts in och åberopats av Tre enbart som en skärmdump från exempelvis Instagram med text och stillbild från den aktuella reklamfilmen. I vissa andra fall har materialet getts in i form av en skärmdump från den aktuella sociala mediekanalen åtföljd av en separat inspelning av reklamfilmen.

Det är Tre som har bevisbördan för marknadsföringens utformning. Det innebär att i de fall där parterna har olika uppfattningar i denna fråga kan rätten behöva göra en bevisvärdering av den åberopade bevisningen för att kunna slå fast vilken utformning av marknadsföringen som ska ligga till grund för bedömningen av om marknadsföringen är vilseledande.

Det kan mot denna bakgrund och med anledning av hur Tre har valt att föra sin talan finnas skäl att erinra om att förbud enligt 23 § marknadsföringslagen, till skillnad från straffrättslig reglering, är framåtsyftande. Ett meddelat förbud enligt marknadsföringslagen ska skapa en mer preciserad handlingsnorm för den som brutit mot lagen än den som redan följer av lagen i sig och utgör alltså en individualiserad reaktion med en därtill kopplad sanktion mot ett otillåtet beteende (se NJA 2018 s. 883 punkten 11).

För att domstolen ska kunna meddela ett förbud är en given förutsättning alltså att domstolen kan fastställa att näringsidkaren har brutit mot lagen på ett sätt som utgör grund för det yrkade förbudet. Om käranden till stöd för att förbud ska meddelas åberopar att näringsidkaren vid ett stort antal tillfällen genom identisk eller likartad marknadsföring har brutit mot lagen torde det därför vara tillräckligt att domstolen kan konstatera att näringsidkaren vid något eller några av dessa tillfällen har brutit mot lagen för att förbud ska kunna meddelas. I en sådan situation saknas det anledning för domstolen att pröva om även övriga likartade påtalade marknadsföringsåtgärder strider mot lagen, innefattande även sådana marknadsföringsåtgärder där det råder tvist om hur marknadsföringen varit utformad då den nått sin mottagare. Härav följer att domstolen inte behöver pröva sådana tvistefrågor om redan annan marknadsföring bedömts otillbörlig och är tillräcklig för att meddela det yrkade förbudet.

Av rättskraftsbestämmelsen i 53 § marknadsföringslagen framgår att en dom där frågan om förbud enligt 23 § har prövats, hindrar att sådana frågor prövas på nytt med anledning av marknadsföringen. Bestämmelsen understryker vikten av att de marknadsföringsåtgärder som åberopas till grund för att ett förbud ska meddelas tydligt identifieras och anges av käranden. Att kärandens talan preciseras på detta sätt är alltså nödvändigt bland annat för att senare kunna bedöma domens rättskraft. Däremot reglerar bestämmelsen i 53 § inte hur domstolen ska pröva talan.

Det nu sagda innebär att Patent- och marknadsöverdomstolen bedömer att domstolen i en situation som den som är för handen i detta mål måste kunna välja i vilken ordning och i vilken omfattning som domstolen prövar de åberopade grunderna för förbudsyrkandet.

4.2.1 Frågan om Telias marknadsföring står i strid med förbudet mot vilseledande marknadsföring och därmed utgör otillbörlig marknadsföring (8 och 10 §§ marknadsföringslagen)

Bestämning av genomsnittskonsumenten i målet och transaktionstestet

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i underinstansen bedömning att mobila tjänster har en mycket utbredd användning i hela konsumentkollektivet och efterfrågas av så gott som alla privatpersoner, företag och organisationer i samhället. Som underinstansen funnit ska genomsnittskonsumenten tas ur denna mycket breda målgrupp.

Patent- och marknadsöverdomstolen ansluter sig också till de bedömningar som underinstansen gjort i övrigt i fråga om vilken planering och vilka övriga överväganden som genomsnittskonsumenten kan antas göra inför köp av mobila tjänster samt vilken kunskap som denna konsument kan antas besitta avseende tekniska funktioner och prestanda för mobila tjänster och mobil infrastruktur såsom mobilnät.

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer också i de bedömningar och överväganden som underinstansen har gjort i fråga om hur transaktionstestet i 8 § marknadsföringslagen ska tillämpas vid en prövning av förbudet mot vilseledande marknadsföring (se sidan 24 i Patent- och marknadsdomstolens dom).

Bedömningen av de i målet aktuella testerna P3 Connect Mobile Benchmark 2019, Umlaut mobile network benchmarking 2020 och undersökningen från Kantar Sifo

Vad först gäller Umlauts tester i form av P3 Connect Mobile Benchmark 2019 och Umlaut mobile network benchmarking 2020 instämmer Patent- och marknadsöverdomstolen i underinstansens bedömning att det av utredningen framgår att det är fråga om två omfattande kvalitetstester av mobilnät och att testerna får anses förmedla sådan information till konsumenter som är relevant vid val av mobilnät. Av utredningen framgår att testerna har utförts på ett professionellt sätt, även om det av utredningen också har framkommit att tester av detta slag kan utföras på olika sätt och att det kan

finnas olika uppfattningar i frågan hur tester av förevarande slag ska utföras på bästa sätt. Inget har dock framkommit av utredningen som ger särskild anledning att anta att testresultaten i sig inte skulle vara tillförlitliga. Sammantaget bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen i likhet med underinstansen att P3 Connect Mobile Benchmark 2019 och Umlaut mobile network benchmarking 2020 uppfyller de krav på vederhäftighet som kan ställas på kvalitetstest som används i marknadsföring. Inte heller kan testerna anses ha varit så gamla i förhållande till tidpunkten när respektive marknadsföring skett att det av detta skäl skulle strida mot vederhäftighetskravet att åberopa dem i marknadsföringen.

Beträffande resultaten i de genomförda testerna framgår att de utmynnade i ett ställningstagande att Telias mobilnät vid en samlad bedömning utnämndes till bäst i test. Redan här kan alltså Patent- och marknadsöverdomstolen konstatera att ett åberopande från Telias sida av testresultaten i marknadsföringen i form av påståenden att Telia enligt de nu aktuella testerna blivit bäst i test uppfyller kraven på vederhäftighet.

När det gäller undersökningen från Kantar Sifo är det fråga om en konsumentundersökning där respondenterna ombads ange vilken mobiloperatör som de upplevde hade Sveriges bästa nät. Den fråga som ställdes löd – ”Vilken mobiloperatör upplever du har Sveriges bästa nät? Svara utifrån din uppfattning även om du inte har egen erfarenhet av alla operatörer. Ditt svar är viktigt för oss. Endast ett svar.”.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening har det inte här framkommit något i utredningen som ger särskild anledning att ifrågasätta det sätt på vilket undersökningen genomfördes när det gäller antalet respondenter eller representativitet. Vad gäller resultatet av undersökningen som sådant finns det dock enligt domstolen anledning att bedöma det med viss försiktighet eftersom det av de svar som respondenterna lämnat framgår att respondenterna även vägt in parametrar såsom exempelvis kvaliteten på kundservice och kundtjänst i sina svar.

Som Patent- och marknadsöverdomstolen lyft fram under rubriken ”Inledande rättsliga överväganden” är en central fråga vid bedömningen av om marknadsföringen är att se

som vilseledande – när det är fråga om hänvisning i marknadsföring till ett sakkunnigt utfört test eller till resultatet av en opinionsundersökning som genomförts enligt en vedertagen metod – det sätt på vilket resultatet av undersökningen har använts i marknadsföringen. Med de här gjorda anmärkningarna återkommer Patent- och marknadsöverdomstolen till den frågan vid bedömningen av om Telia har använts sig av resultat av Kantar Sifos undersökning på ett sätt som kan anses vilseledande i förhållande till de påståenden som Telia har gjort i marknadsföringen.

Som framgått av redogörelsen och övervägandena ovan behöver den omständigheten att ett test eller en undersökning utförts på uppdrag av näringsidkaren i sig inte innebära att testet inte kan anses vara vederhäftigt. I linje med innehållet i den ovan återgivna bestämmelsen i artikel 13 i ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation får det emellertid anses vara uttryck för god affärssed att näringsidkaren för det fall en rekommendation eller ett intyg är betalt eller sponsrat lämnar information om detta på lämpligt sätt. Patent- och marknadsöverdomstolen kan dock konstatera att Tre inte har fört fram någon underlåtenhet från Telias sida i detta hänseende som grund för förbudstalan. Domstolen saknar därför anledning att bedöma marknadsföringen i nu aktuellt perspektiv.

Med utgångspunkt i dessa överväganden går Patent- och marknadsöverdomstolen över till att pröva om något eller några av de påtalade marknadsföringsåtgärderna strider mot förbudet mot vilseledande marknadsföring och därmed utgör otillbörlig marknadsföring.

Yrkande 1. i. ”SVERIGES BÄSTA NÄT” och yrkande 1. ii. ”[…] I SVERIGES BÄSTA NÄT”

Tre har beträffande yrkande 1 i. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Sveriges bästa nät”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat sex olika marknadsföringsåtgärder. De påtalade marknadsföringsåtgärderna har skett på Telias hemsida, i periodiska skrifter, på webbplatsen DI.se och i en film publicerad på Telias Instagram (underinstansens aktbilagor 85, 144 och 145).

När det gäller yrkande 1 ii. har Tre gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”[…] I SVERIGES BÄSTA NÄT”. Till stöd för förbudyrkandet har Tre åberopat 35 olika marknadsföringsåtgärder. De påtalade marknadsföringsåtgärderna har skett i reklamfilmer i TV4-gruppens kanaler och Discovery Networks kanaler, i inlägg och filmer publicerade på Instagram och Facebook, i periodisk skrift och i ett skyltfönster i en Teliabutik (underinstansens aktbilagor 15, 86–91 samt 146–156).

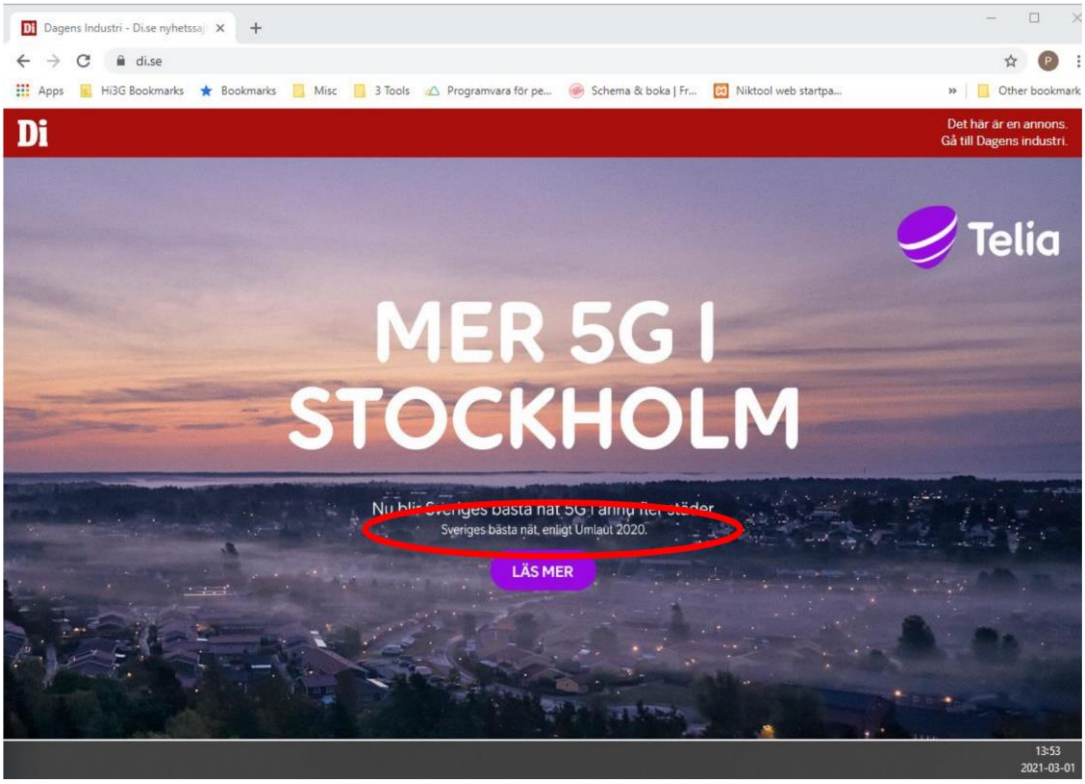
Inledningsvis vill Patent- och marknadsöverdomstolen understryka att det enligt domstolens mening inte finns någon grund för antagandet att det för genomsnittskonsumenten finns någon tveksamhet om att begreppet ”bästa nät” som ibland används i Telias marknadsföring skulle uppfattas som att marknadsföringen avsåg något annat än begreppet ”bästa mobilnät” som också används i marknadsföringen. Utgångspunkten för domstolens fortsatta prövning är därför att begreppen ”bästa nät” och ”bästa mobilnät” uppfattas synonymt i de i målet aktuella markansföringssammanhangen.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan därefter konstatera att flertalet av de påtalade marknadsföringsåtgärderna som finns i det underlag som Tre har åberopat i målet innehåller hänvisningar till de aktuella testerna från P3 Connect och Umlaut. Även om typsnittet för hänvisningen till testerna i samtliga fall är mindre än för själva huvudpåståendet bedömer domstolen att hänvisningen i många fall har fått en sådan utformning och placering i marknadsföringen att genomsnittskonsumenten uppfattar påståendet som att Telia har Sveriges bästa mobilnät enligt det aktuella testet. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är utformningen av marknadsföringspåståendena i dessa fall

alltså inte sådan att de uppfattas som reservationslösa påståenden om att Telia har Sveriges bästa nät. Med utgångspunkt i de inledande överväganden som domstolen har gjort i fråga om åberopande av tester i marknadsföring finner domstolen att ett stort antal av de påtalade marknadsföringsåtgärderna uppfyller kravet på vederhäftighet. Den marknadsföring som Patent- och marknadsöverdomstolen således bedömer uppfyller vederhäftighetskravet och därmed inte är att bedöma som vilseledande är marknadsföring som utformats på sätt som följer av de tre nedan redovisade exemplen eller på liknande sätt.



Från Telias hemsida, urklipp ur Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 85, sidan 1. Den röda markeringen är gjord av Tre.



Annons på DI.se, den 1 mars 2021.

Från DI.se, Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 144, sidan 2. Den röda markeringen är gjord av Tre.



Annons från Göteborgs-Posten, Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 87, sidan 5. Den röda markeringen är gjord av Tre.

Det av Tre åberopade materialet innehåller även ett antal reklamfilmer som publicerats i sociala medier. Många av filmerna har en slutbild med ett påstående om att Telia har Sveriges bästa mobilnät med en hänvisning till ett test. Patent- och marknadsöverdomstolen bedömer att hänvisningarna i dessa fall har fått en tillräckligt tydlig utformning, bland annat genom att slutbilden ligger kvar tillräckligt länge för att mottagaren ska hinna läsa hänvisningen, och att genomsnittskonsumenten därför uppfattar påståendet som att Telia har Sveriges bästa mobilnät enligt det aktuella testet. Den marknadsföring som Patent- och marknadsöverdomstolen bedömer uppfyller vederhäftighetskravet och som därmed inte är att bedöma som vilseledande är marknadsföring som utformats på sätt som följer av det nedan redovisade exemplet eller på liknande sätt.



Skärmdump från reklamfilm publicerad på Instagram, urklipp ur Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 86, sidan 1. Den röda markeringen är gjord av Tre.

Sammanfattningsvis innebär det att marknadsföring som har utformats på ovan redovisade eller liknande sätt inte är att bedöma som vilseledande.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan däremot också konstatera att det även finns ett antal marknadsföringsåtgärder där utformningen är sådan att hänvisningen till testerna har fått en så underordnad och undanskymd plats i marknadsföringen att genomsnittskonsumenten vid en flyktig kontakt inte uppfattar hänvisningen. Det är här exempelvis fråga om fall där de påtalade marknadsföringspåståendena förekommer i brödtext i inlägg på Instagram, men där hänvisningen till testet finns först i slutet av den reklamfilm som finns publicerad i inlägget. Det är också fråga om vissa reklamfilmer som förekommit på Instagram och i TV4-gruppens kanaler där hänvisningen till testet visas mycket hastigt eller i mycket liten text (exempelvis filmerna i underinstansens aktbilagor 145, 155 och 156). Hit hör även annonser i dagstidningar där hänvisningen till testet har placerats längst ner i annonsen i mycket litet typsnitt. I dessa fall kan domstolen – med utgångspunkt i de inledande överväganden som domstolen har gjort – konstatera att eftersom mottagaren vid sin flyktiga kontakt inte uppfattar hänvisningen kommer påståendena i stället att uppfattas som reservationslösa påståenden om att Telia har Sveriges bästa mobilnät. Domstolen kan därutöver också konstatera att den utredning som lagts fram i målet inte är tillräcklig för att styrka ett sådant påstående. Den marknadsföring som utformats på sätt som följer av de två nedan redovisade exemplen eller på liknande sätt uppfyller därmed enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening inte vederhäftighetskravet. Den är därför att bedöma som vilseledande och otillbörlig.



Från Instagram, urklipp ur Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 86, sidan 3. Den röda markeringen är gjord av Tre.



Annons i Dagens Nyheter, Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 86 sidan 10. Den röda markeringen är gjord av Tre.

Det innebär att marknadsföring som har utformats på detta eller liknande sätt är att bedöma som vilseledande och otillbörlig.

Utöver den prövning som Patent- och marknadsöverdomstolen nu gjort finns det med avseende på yrkandena 1. i. och 1. ii. anledning att separat behandla två av de påtalade marknadsföringsåtgärderna. Det gäller marknadsföringen i ett skyltfönster i en Telia-butik i Vällingby centrum och den marknadsföring som förekommit i periodiska skrifter under hösten 2020 och som innefattar påståendet ”SVERIGES BÄSTA NÄT & FRI JOBBMOBIL” åtföljd av en hänvisning i mindre typsnitt med lydelsen ”Sveriges bästa nät enligt Kantar Sifo 2020”.

När det först gäller den påtalade marknadsföringen i ett skyltfönster i en Teliabutik i Vällingby centrum kan Patent- och marknadsöverdomstolen konstatera att huvudpåståendet ”SAMLA FAMILJEN I SVERIGES BÄSTA NÄT” direkt åtföljs av en hänvisning i något mindre typsnitt med lydelsen ”Enligt oberoende kvalitetstest av P3 Connect 2019”. Även i detta fall bedömer domstolen att marknadsföringen genom placeringen av hänvisningen till testet har utformats på ett sådant sätt att genomsnittskonsumenten uppfattar påståendet som att Telia har Sveriges bästa mobilnät enligt det aktuella testet. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är utformningen av marknadsföringen alltså inte sådan att den uppfattas som ett reservationslöst påstående om att Telia har Sveriges bästa mobilnät. Med utgångspunkt i de inledande överväganden som domstolen har gjort i fråga om åberopande av tester i marknadsföring finner domstolen att marknadsföringen uppfyller kravet på vederhäftighet. Den är därmed inte att bedöma som vilseledande och otillbörlig. Den aktuella marknadsföringen har utformats på följande sätt.



Bild av skyltfönster, del av Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 87, sidan 1. Den röda markeringen är gjord av Tre.

När det därefter gäller den marknadsföring som innefattar påståendet ”SVERIGES BÄSTA NÄT & FRI JOBBMOBIL” åtföljd av en hänvisning i mindre typsnitt med lydelsen ”Sveriges bästa nät enligt Kantar Sifo 2020” (underinstansens aktbilaga 85, sidan 10) gör Patent- och marknadsöverdomstolen följande överväganden.

Som Patent- och marknadsöverdomstolens redan uttalat har det i och för sig inte framkommit något i utredningen som ger särskild anledning att ifrågasätta det sätt på vilket Kantar Sifos undersökning genomfördes när det gällde antalet eller urvalet av respondenter. Dock har domstolen funnit att resultatet av undersökningen bör bedömas med viss försiktighet.

Vid bedömningen av om den här aktuella marknadsföringen är att se som vilseledande blir den avgörande frågan om Telia har använt sig av resultatet av Kantar Sifos undersökning på ett sätt som kan anses vilseledande i förhållande till de påståenden som Telia har gjort i marknadsföringen.

Det påtalade marknadsföringspåståendet i denna del är att Telia har Sveriges bästa mobilnät enligt Kantar Sifo 2020. Undersökningen från Kantar Sifo var en konsumentundersökning där respondenterna ombads ange vilken mobiloperatör som de upplevde hade Sveriges bästa nät. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening ger resultatet i undersökningen inte stöd för påståendet att Telia har Sveriges bästa mobilnät, vilket genomsnittskonsumenten måste uppfatta som ett påstående med avseende på den tekniska kvaliteten på mobilnätet. Även om det i och för sig torde finnas en viss korrelation mellan hur kunder upplever sitt mobilnät och den tekniska kvaliteten på mobilnätet är slutsatsen i marknadsföringspåståendet alltför långtgående. Påståendet uppfyller därmed inte vederhäftighetskravet utan är att bedöma som vilseledande och därmed otillbörligt.

Yrkande 1. iii. ”Vi har Sveriges bästa mobilnät enligt oberoende undersökning av P3 Connect 2019”

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Vi har Sveriges bästa mobilnät enligt oberoende undersökning av P3 Connect 2019”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat två olika marknadsföringsåtgärder (underinstansens aktbilaga 92). De påtalade marknadsföringsåtgärderna har skett i periodiska skrifter och det aktuella påståendet återfinns i en mindre ruta i en helsidesannons. Rutan med det aktuella påståendet har följande utformning.



Del av annons i Sydsvenska Dagbladet, Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 92, sidan 2. Den röda markeringen är gjord av Tre.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

Av påståendet i sig framgår att det inte är fråga om något reservationslöst påstående om att Telia har Sveriges bästa mobilnät. I stället framgår det tydligt att påståendet om bästa mobilnät avser resultatet av P3 Connects undersökning från 2019. I enlighet med de inledande överväganden som Patent- och marknadsöverdomstolen har gjort beträffande åberopande av tester är marknadsföringen inte att bedöma som vilseledande.

Yrkande 1. iv. ”Nu blir Sveriges bästa nät 5G” och yrkande 1 v. ”När Sveriges bästa nät nu blir 5G […]”

Tre har avseende yrkande 1. iv. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Nu blir Sveriges bästa nät 5G”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat nio olika marknadsföringsåtgärder (underinstansens aktbilaga 93). De påtalade marknadsföringsåtgärderna har skett på Telias webbplats, i periodiska skrifter, på reklamskyltar utomhus, i sponsrade inlägg på Instagram och Facebook och i ett skyltfönster i en Teliabutik.

Tre har avseende yrkande 1. v. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”När Sveriges bästa nät nu blir 5G […]”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som skett i en periodisk skrift (underinstansens aktbilaga 94).

Inledningsvis kan konstateras att majoriteten av de här påtalade marknadsföringsåtgärderna innehåller hänvisningar till P3 Connects test 2019. I ett par fall är parterna oense om huruvida det finns en hänvisning till ett test.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan med utgångspunkt i de överväganden som domstolen tidigare gjort konstatera att i de fall där hänvisningarna framgår av det av Tre åberopade materialet, har dessa fått en så underordnad och undanskymd plats i framställningen att det under alla förhållanden inte är fråga om tillräckligt tydlig hänvisning. Hänvisningarna återfinns genomgående, i de fall där domstolen kunnat uppfatta att det finns en hänvisning, längst ner i den aktuella annonsen och i ett mycket litet typsnitt. Påståendena i dessa fall är därför – i genomsnittskonsumentens ögon – i stället att uppfatta som reservationslösa påståenden om att Telia har Sveriges bästa mobilnät. Som domstolen kunnat konstatera har tillräcklig utredning för att styrka ett så långtgående påstående inte lagts fram av Telia. Den marknadsföring som utformats på sätt som följer av det nedan redovisade exemplet eller på liknande sätt uppfyller därmed inte vederhäftighetskravet enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning. Den är därmed vilseledande och otillbörlig.



Reklamskylt utomhus, utskärning ur Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 93, sidan 3. Den röda markeringen är gjord av Tre.

Yrkande 1. vi. ”Det bästa nätet”, yrkande 1. vii. ”Bästa nätet” och yrkande 1. x. ”Sveriges bästa nät – redo för 5G”

Tre har avseende yrkande 1. vi. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Det bästa nätet”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som skett på Telias webbplats (underinstansens aktbilaga 95).

Tre har avseende yrkande 1. vii. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Bästa nätet”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat marknadsföringsåtgärder som skett i periodiska skrifter (underinstansens aktbilaga 96).

Tre har avseende yrkande 1. x. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Sveriges bästa nät – redo för 5G”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som skett i en periodisk skrift (underinstansens aktbilagor 99 och 157).

Det kan här konstateras att påståendena i de periodiska skrifterna innehåller hänvisningar till P3 Connects test 2019. Vad gäller påståendet som förekommit på Telias hemsida är parterna oense om det funnits någon hänvisning till test.

Även här kan Patent- och marknadsöverdomstolen konstatera att i de annonser som förekommit i periodiska skrifter har hänvisningarna fått en så underordnad och undanskymd plats i framställningen att de inte är tillräckligt tydliga. Hänvisningarna återfinns genomgående längst ner i annonserna och i ett mycket litet typsnitt. Påståendena är därför – i genomsnittskonsumentens ögon – i stället att uppfatta som reservationslösa påståenden. Den utredning som lagts fram i målet är som domstolen redan funnit inte tillräcklig för att kunna styrka vederhäftigheten i ett sådant påstående. Eftersom den påtalade marknadsföringen inte uppfyller vederhäftighetskravet är den därmed att bedöma som vilseledande och otillbörlig.

Yrkande 1. viii. ”Framtidens bästa nät”

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Framtidens bästa nät”. Till stöd för förbudyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som har skett i ett inlägg på Facebook (underinstansens aktbilaga 97).

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen kan påståendet av genomsnittskonsumenten inte uppfattas på annat sätt än som en ambition för framtiden. Påståendet kan således inte anses innefatta någon utfästelse eller garanti om produktens konkreta kvalitet. Enligt domstolen är påstående närmast att hänföra till samma kategori av

påståenden som överdrifter och allmänt lovprisande eller påståenden som inte ska uppfattas bokstavligt. Påståendet är därmed inte att bedöma som vilseledande.
Yrkande 1. ix. ”Två av tre tycker att vi har bäst nät” och yrkande 1. xi. ”Sveriges bästa mobilnät enligt svenska folket”

Tre har avseende yrkande 1. ix. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Två av tre tycker att vi har bäst nät”. Till stöd för förbudyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som har skett i en annons (s.k. betald story) på Instagram (underinstansens aktbilaga 98).

Tre har avseende yrkande 1. xi. gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Sveriges bästa mobilnät enligt svenska folket”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat tre olika marknadsföringsåtgärder. De påtalade marknadsföringsåtgärderna har skett i periodiska skrifter och på Telias webbplats (underinstansens aktbilaga 100).

Som Patent- och marknadsöverdomstolens redan uttalat har det i och för sig inte framkommit något i utredningen som ger särskild anledning att ifrågasätta det sätt på vilket Kantar Sifos undersökning genomfördes när det gäller antal och urval av respondenter. Däremot har domstolen funnit att resultatet av undersökningen bör utläsas med viss försiktighet. Huvudfrågan vid bedömningen av om marknadsföringen är att se som vilseledande blir enligt domstolens mening om Telia har använt sig av resultatet av Kantar Sifos undersökning på ett sätt som kan anses vilseledande i förhållande till de påståenden som Telia har gjort i marknadsföringen.

Som redogjorts för var undersökningen från Kantar Sifo en konsumentundersökning där respondenterna ombads ange vilken mobiloperatör som de upplevde hade Sveriges bästa nät. Ett påstående om bästa mobilnät måste enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening uppfattas av genomsnittskonsumenten som ett konkret påstående om mobilnätets kvalitet. Enligt domstolen måste det emellertid sättas i fråga om undersökningens resultat – hur konsumenter upplever Telias mobilnät – verkligen är relevant för påståendet bästa mobilnät. Härtill kommer att Telias betydande marknadsandel

torde få ett kraftigt genomslag i undersökningen något som inte är transparent eller uppenbart för genomsnittskonsumenten när denne har att värdera påståendet. Domstolen har även pekat på att resultatet av undersökningen – med hänsyn till vad respondenterna tolkade in i vad som kunde avses med bästa mobilnät – måste beaktas med viss försiktighet. Sammantaget medför dessa omständigheter att marknadsföringspåståendet med dess hänvisning till undersökningen enligt domstolens mening blir missvisande. Påståendet uppfyller därmed inte vederhäftighetskravet utan är att bedöma som vilseledande och därmed otillbörligt.

Yrkande 2. i. ”Välkommen till mobilnätet som är bäst i test”

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Välkommen till mobilnätet som är bäst i test”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat sex olika marknadsföringsåtgärder (underinstansens aktbilaga 101, sidorna 1–5, och aktbilaga 102). De påtalade marknadsföringsåtgärderna har skett i periodiska skrifter, i inlägg och i annonser på Instagram och Facebook och på Telias hemsida. Det aktuella påståendet har haft följande och liknande utformningar i de olika marknadsföringskanalerna.



Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 101, sidan 1. Den röda markeringen är gjord av Tre.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

Redan av påståendet framgår tydligt att det avser resultatet av ett test. I marknadsföringen finns även en hänvisning till det aktuella testet. Marknadsföringen är därmed inte att bedöma som vilseledande.

Yrkande 2. ii. ”Välkommen till vårt testvinnande mobilnät”

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Välkommen till vårt testvinnande mobilnät”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som skett i en periodisk skrift (underinstansens aktbilaga 103).

Den aktuella marknadsföringen avser en större annons införd i Dagens Nyheter. Annonsen domineras av en bild på en mobiltelefon under rubriken ”Världens mest avancerade iPhone är här”. Påståendet ”Välkommen till vårt testvinnande mobilnät” återfinns under bilden i brödtext i mindre teckenstorlek och påståendet åtföljs av en asterisk. Genom asterisken hänvisas till en mindre text med innehållet ”Enligt oberoende mätning av P3 Connect 2019”.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

Även i detta fall framgår det tydligt redan av påståendet att det avser resultatet av ett test. I marknadsföringen finns även en hänvisning till det aktuella testet. Marknadsföringen är därmed inte att bedöma som vilseledande.

Yrkande 2. iii. ”Visste du att Telias mobilnät är bäst i test?”

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Visste du att Telias mobilnät är bäst i test?”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som skett i ett inlägg på Facebook (underinstansens aktbilaga 104).

I inlägget återfinns samma bild med text, dock utan punkt och asterisk, som finns återgiven under bedömningen av yrkande 2. i. Påståendet ”Visste du att Telias mobilnät är bäst i test?” återfinns i anslutning till bilden i Facebookinläggets brödtext och innehåller även följande skrivning ”Sedan tre år tillbaka genomför det internationella företaget P3 tester av mobilnäten i Sverige. Med det högsta resultatet någonsin i Sverige är Telias mobilnät bäst i test. Läs mer om P3 Connect här: https:/bit.ly/361k7oz”.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

Även i detta fall framgår det tydligt redan av påståendet att det avser resultatet av ett test. Texten innehåller även en utförlig förklaring med hänvisning till testet och dessutom en länk till P3 Connect. Marknadsföringen är därmed inte att bedöma som vilseledande.

Yrkande 2. iv. ”Mobilnät – Bäst i test”

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Mobilnät – Bäst i test”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat sex olika marknadsföringsåtgärder som skett i periodiska skrifter (underinstansens aktbilaga 105).

Den aktuella marknadsföringen avser annonser införda i periodiska skrifter i form av dags- och kvällspress. Annonserna innehåller reklam för olika produkter och tjänster som Telia tillhandahåller såsom exempelvis mobiltelefoner, hörlurar och abonnemang för surf. I de annonser som gör reklam för produkter återfinns bilder på produkterna. Påståendet ”Mobilnät – Bäst i test” har funnits som en del av en logotyp som har utgjort en mindre del av annonserna. I annonserna har också funnits en text i mindre typsnitt med lydelsen ”Vi har Sveriges bästa mobilnät enligt oberoende mätning av P3 Connect 2019” eller ”Enligt oberoende mätning av P3 Connect 2019”. Det aktuella påståendet har haft följande utformning.



Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 105, sidan 1. Den röda markeringen är gjord av Tre.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

Även här framgår det tydligt redan av påståendet att det avser resultatet av ett test. Texten innehåller även en hänvisning till det aktuella testet. Marknadsföringen är därmed inte att bedöma som vilseledande.

Yrkande 2. v. ”Med det högsta resultatet någonsin i Sverige är Telias mobilnät bäst i test”

Tre har gjort gällande att Telia i marknadsföring använt påståendet ”Med det högsta resultatet någonsin i Sverige är Telias mobilnät bäst i test”. Till stöd för förbudsyrkandet har Tre åberopat en marknadsföringsåtgärd som skett i ett inlägg på Facebook (underinstansens aktbilaga 106).

Påståendet i inlägget ingår i samma marknadsföringsåtgärd som avses i yrkande 2. i. punkten 4. Påståendet ”Med det högsta resultatet någonsin i Sverige är Telias mobilnät bäst i test” återfinns under bilden i Facebookinläggets brödtext och ingår som framgått ovan i skrivningen ”Sedan tre år tillbaka genomför det internationella företaget P3 tester av mobilnäten i Sverige. Med det högsta resultatet någonsin i Sverige är Telias mobilnät bäst i test. Läs mer om P3 Connect här: https:/bit.ly/361k7oz”.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

Det framgår tydligt redan av påståendet att det avser resultatet av ett test. Texten innehåller en utförlig förklaring med hänvisning till testet och dessutom en länk till P3 Connect. Marknadsföringen är därmed inte att bedöma som vilseledande.

Sammanfattande bedömning

Patent- och marknadsöverdomstolen har avseende Tres yrkande 1. funnit att marknadsföringen i ett antal fall inte har utformats tillräckligt tydligt för att genomsnittskonsumenten – vid den flyktiga kontakt som en sådan konsument har med den aktuella marknadsföringen – ska uppfatta att marknadsföringspåståendet om Sveriges bästa mobilnät avser resultatet av ett test. Genomsnittskonsumenten uppfattar därför i stället påståendet som ett reservationslöst påstående om att Telia har Sveriges bästa mobilnät. Domstolen har vidare funnit att den utredning som lagts fram i målet inte är tillräcklig för att kunna styrka vederhäftigheten i ett sådant påstående. Eftersom den påtalade marknadsföringen i dessa delar inte uppfyller vederhäftighetskravet är den därmed att bedöma som vilseledande och har ett sådant inneboende budskap att det påverkar, eller i vart fall sannolikt påverkar, mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen i dessa delar är därmed otillbörlig och kan utgöra grund för förbud.

När det gäller den marknadsföring som innehållit hänvisningar till Kantar Sifos undersökning har Patent- och marknadsöverdomstolen i samtliga fall funnit att den har varit vilseledande och otillbörlig. Även i dessa delar kan alltså den påtalade marknadsföringen ligga till grund för ett förbud.

Patent- och marknadsöverdomstolen har dock beträffande ett relativt stort antal marknadsföringsåtgärder som är hänförliga till Tres yrkande 1. funnit att marknadsföringen utformats på ett sådant sätt att det för genomsnittskonsumenten tydligt framgår av själva marknadsföringspåståendet att det avser resultatet av ett test. Marknadsföringen har i dessa fall också innehållit en hänvisning till det aktuella testet. Domstolen har

även funnit att det inte framkommit något i utredningen som ger särskild anledning att ifrågasätta testens och testresultatens vederhäftighet, varför inget har hindrat Telia från att åberopa resultaten i marknadsföring. Något förbud som träffar de här aktuella påståendena kan därför inte meddelas på denna grund.

När det gäller yrkande 1 iii. och yrkande 2 i.–v. framgår det i samtliga dessa fall tydligt redan av själva marknadsföringspåståendet att det avser resultatet av ett test. Marknadsföringen har också innehållit en hänvisning till det aktuella testet. Patent- och marknadsöverdomstolen har därför funnit att den påtalade marknadsföringen i dessa delar inte är att bedöma som vilseledande. Inte heller i dessa delar kan något förbud meddelas som träffar de här aktuella påståendena på denna grund.

4.2.2 Frågan om Telias marknadsföring står i strid med god marknadsföringssed eller i strid med bestämmelsen om jämförande reklam och därmed utgör otillbörlig marknadsföring (5 och 6 §§ samt 18 § marknadsföringslagen)

Patent- och marknadsöverdomstolen har funnit att Telias marknadsföring som innefattar påståenden om att Telias mobilnät är bäst eller liknande formuleringar och där det inte tydligt framgår att påståendet avser resultatet i ett test och där hänvisning saknas till det aktuella testet är vilseledande enligt 10 § marknadsföringslagen och därmed otillbörlig och kan utgöra grund för ett förbud. Även i de fall den påtalade marknadsföringen har innehållit hänvisningar till Kantar Sifos undersökning har Patent- och marknadsöverdomstolen funnit att den har varit vilseledande och otillbörlig. I dessa fall saknar domstolen anledning att ta ställning till om förfarandet även står i strid med generalklausulen i 5 § marknadsföringslagen eller i strid med bestämmelsen i 18 § om jämförande reklam.

I övriga fall har Patent- och marknadsöverdomstolen vid prövningen enligt 10 § marknadsföringslagen funnit att marknadsföringen utformats på ett sådant sätt att det tydligt framgår att påståendet avser resultatet i ett visst test och att marknadsföringen innehållit en hänvisning till det aktuella testet. I dessa fall har domstolen funnit att marknadsföringen inte är att bedöma som vilseledande och därmed inte otillbörlig. Av

samma skäl som legat till grund för domstolens bedömning enligt 10 § marknadsföringslagen finner domstolen att förfarandet varken kan anses stå i strid med generalklausulen i 5 § eller med bestämmelsen i 18 § om jämförande reklam.

Sammanfattningsvis innebär det att det enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening saknas grund för att meddela Telia förbud i större utsträckning än som kan följa av domstolens bedömning enligt 10 § marknadsföringslagen.

4.3 Förbud och vite

Enligt 23 § marknadsföringslagen får en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd. Enligt 26 § marknadsföringslagen ska ett förbud förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövligt.

Patent- och marknadsöverdomstolen har funnit att flera av de påtalade marknadsföringsåtgärder som prövats i målet utgör otillbörlig marknadsföring på grund av att de är vilseledande och påverkar eller i vart fall sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Det innebär att det finns förutsättningar att meddela Telia ett förbud att fortsätta med den otillbörliga marknadsföringen.

4.3.1 Förbudets utformning

Som framgår av de ställningstaganden som Patent- och marknadsöverdomstolen har gjort har de framställningar som utformats på ett sådant sätt att det inte tydligt framgår att påståendet avser resultatet i ett test och där marknadsföringen saknar hänvisning till det aktuella testet bedömts som vilseledande och otillbörliga. Telia ska därför meddelas förbud att fortsätta med marknadsföring som utformats på detta sätt. Förbud ska även meddelas för den marknadsföring som innehållit påståenden om bästa mobilnät med hänvisningar till Kantar Sifos undersökning.

Förbudet behöver enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte utformas så detaljerat att det begränsas till marknadsföring i exempelvis namngivna dagstidningar eller tv-kanaler. I stället ska det utformas så att det avser den typ eller kategori av marknadsföringskanal där marknadsföringen förekommit. Enligt domstolen är det tillräckligt för att förbudet ska få erforderlig anknytning till de överträdelser av marknadsföringslagen som skett och för att förbudet ska få en tillräckligt konkret utformning.

4.3.2 Vitet och dess storlek

Vite ska fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt kan antas förmå adressaten att följa föreläggandet. Vitet ska som utgångspunkt fastställas till ett bestämt belopp, men om det är lämpligt med hänsyn till omständigheterna, får vitet föreläggas som löpande vite. (Se 3 och 4 §§ lagen [1985:206] om viten.)

Vitet ska alltså bestämmas så att det blir verkningsfullt och därmed avhåller adressaten från att bryta mot det föreläggande som har meddelats. Ett riktmärke bör därför vara att vitet bestäms till ett belopp som gör att det inte är ekonomiskt mer fördelaktigt för adressaten att bryta mot förbudet än att upphöra med den otillbörliga marknadsföringen. (Se NJA 2018 s. 883, punkten 20.)

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i de överväganden och delar de bedömningar som Patent- och marknadsdomstolen har gjort i fråga om vitet och dess storlek. Vitesbeloppet ska alltså bestämmas till samma belopp som underinstansen kom fram till, dvs. 2 000 000 kr.

4.4 Rättegångskostnader

Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning av Tres talan innebär att domstolen funnit att ett antal av de påtalade marknadsföringsåtgärderna utformats på ett sådant sätt att de är vilseledande och otillbörliga och att förbud därför kan meddelas i enlighet med vad som framgår av domslutet. Samtidigt har domstolen funnit att i de fall där det tydligt framgår att Telias marknadsföringspåstående uppfattas av genomsnittskonsumenten som ett påstående om bäst i test avseende ett angivet test har Telias marknadsföring inte bedömts vara vilseledande och otillbörlig.

Vid en sammantagen bedömning uppskattar Patent- och marknadsöverdomstolen att Tre endast har vunnit framgång med cirka 40 procent av den förda talan och att Telia därför är att se som i huvudsak vinnande part. Med hänsyn till i vilken utsträckning som Tre och Telia vunnit respektive förlorat såväl i Patent- och marknadsdomstolen som i Patent- och marknadsöverdomstolen bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att Tre ska ersätta Telia för Telias rättegångskostnad med 20 procent i båda instanserna i den utsträckning den begärda ersättningen bedöms skälig.

I Patent- och marknadsdomstolen begärde Telia ersättning för sin rättegångskostnad med 1 420 500 kr, varav 1 353 500 kr avsåg ombudsarvode och 67 000 kr avsåg utlägg för kostnader för sakkunnig. I Patent- och marknadsöverdomstolen har Telia begärt ersättning för sin rättegångskostnad med 849 650 kr avseende ombudsarvode.

Tre har överlämnat åt rätten att bedöma skäligheten av den begärda ersättningen. Patent- och marknadsöverdomstolen finner att den ersättning som Telia begärt är skälig. Det innebär att Tre, som alltså bedömts få bifall till sitt käromål med endast 40 procent, ska ersätta Telia för Telias rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen med 284 100 kr (20 procent av 1 420 500 kr) och i Patent- och marknadsöverdomstolen med 169 930 kr (20 procent av 849 650 kr) jämte ränta enligt vad som framgår av domslutet.

4.5 Sekretess

Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen ska fortsätta att vara tillämplig i enlighet med vad som framgår av domslutet.

4.6 Sammanfattning

Patent- och marknadsöverdomstolens bedömningar innebär – till skillnad från underinstansens – att den påtalade marknadsföringen i relativt stor omfattning inte är att bedöma som vilseledande. Detta medför att punkten 2 i Patent- och marknadsdomstolens domslut ska upphävas helt. I de delar där Patent- och marknadsöverdomstolen bedömt att marknadsföringen är vilseledande enligt 10 § marknadsföringslagen och därmed otillbörlig ska förbud meddelas. Förbudet bör dock formuleras annorlunda än vad Patent- och marknadsdomstolen gjort. Punkten 1 i underinstansens domslut ska därför ändras på det sätt som framgår av domslutet.

Slutsatserna medför även en annan fördelning av rättegångskostnaderna än underinstansen funnit.

4.8 Överklagande

Patent- och marknadsöverdomstolen tillåter att avgörandet överklagas till Högsta domstolen eftersom Patent- och marknadsöverdomstolen bedömer att det vore av vikt för ledning av rättstillämpning att ett överklagande prövas av Högsta domstolen (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar). Denna dom får därför överklagas.

MD 2011:30

Marknadsföring av resa till New York i form av en annons införd i en dagstidning har ansetts utgöra ett köperbjudande. Frånprisangivelsen i köperbjudandet har befunnits uppfylla kraven på den prisinformation som ska lämnas när det är fråga om ett köperbjudande. Därtill har den påtalade marknadsföringen innehållit den övriga information som krävs för att köperbjudandet inte ska anses vara vilseledande och otillbörligt.

3 §, 8 §, 10 § och 12 § marknadsföringslagen (2008:486)

MARKNADSDOMSTOLENS

DOM

2011-12-22

2011:30

Dnr B 4/09

KÄRANDE

Konsumentombudsmannen (KO)

SVARANDE

Ving Sverige AB

SAKEN

Marknadsföring av flygresor

Domslut

1. Marknadsdomstolen lämnar KO:s talan utan bifall.

2. KO ska ersätta Ving Sverige AB dess rättegångskostnader med sjuhundranittiotretusenfemhundratjugo (793 520) kr avseende ombudsarvode jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

BAKGRUND

1 Målet rör marknadsföring av en resa till New York i form av en tidningsannons, se *domsbilaga*. Annonsen var införd i Svenska Dagbladet den 13 augusti 2008. I annonsen finns en frånprisangivelse - New York från 7 820 kr. Vidare framgår följande av annonsen. Flyg från Arlanda med British Airways, två nätter på hotell Bedford som är av kategorin 3+, priset avser per person i dubbelrum inklusive flygskatter, en extranatt kostar 1 320 kr, erbjudandet gäller resor mellan september och december och det finns begränsat antal platser. Därtill finns det en hänvisning till Vings webbplats samt ett telefonnummer angivet.

2 Sedan fråga uppkommit om hur 12 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL, ska tolkas och tillämpas beslutade Marknadsdomstolen att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt. I samband därmed förklarades målet vilande i Marknadsdomstolen. Den 12

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

maj 2011 meddelade Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) dom, varefter handläggningen i Marknadsdomstolen återupptogs.

RÄTTSLIG REGLERING

8 § första stycket MFL

3 Marknadsföring som är vilseledande enligt någon av bestämmelserna i 9, 10 eller 12-17 §§ är att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

10 § tredje stycket MFL - Förbud mot vilseledande marknadsföring

4 En näringsidkare får inte heller utelämna väsentlig information i marknadsföringen av sin egen eller någon annans näringsverksamhet. Med vilseledande utelämnande avses även sådana fall när den väsentliga informationen ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annat olämpligt sätt.

12 § MFL - Köperbjudanden

5 Marknadsföringen är vilseledande om näringsidkaren i en framställning erbjuder konsumenter en bestämd produkt med en prisangivelse utan att följande väsentliga information framgår:

1. produktens utmärkande egenskaper i den omfattning som är lämplig för mediet och produkten,

2. pris och jämförpris angivet på det sätt som framgår av 7-10 §§ prisinformationslagen (2004:347),

3. näringsidkarens identitet och geografiska adress,

4. villkor för betalning, leverans, fullgörande och hantering av reklamationer om dessa avviker från vad som är normalt för branschen eller produkten i fråga,

5. information om ångerrätt eller rätt att häva ett köp som ska lämnas till konsumenten enligt lag.

Marknadsföringen är också vilseledande om näringsidkaren i en framställning erbjuder konsumenter flera bestämda produkter med en uppgift om ett gemensamt pris, utan att erbjudandet innehåller väsentlig information enligt punkterna 1-5 i första stycket.

Artikel 2 i) i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktivet)

6 Köperbjudande: kommersiellt meddelande som beskriver en produkts egenskaper och pris, på ett sätt som är lämpligt för den typ av kommersiellt meddelande det gäller, och på så sätt gör det möjligt för en kund att köpa produkten.

Artikel 7.4 i direktivet

7 Vid ett köperbjudande skall följande information anses som väsentlig, om den inte framgår av sammanhanget:

a) Produktens utmärkande egenskaper i den omfattning som är lämplig för mediet och produkten.
b) Näringsidkarens geografiska adress och identitet, till exempel företagsnamn och, där så är tillämpligt, geografisk adress och identitet för den näringsidkare på vars uppdrag han agerar.
c) Priset inklusive skatter eller, om produktens art innebär att priset rimligen inte kan beräknas i förväg, det sätt på vilket priset beräknats och alla eventuella ytterligare kostnader för frakt, leverans eller porto eller, om dessa rimligen inte kan beräknas i förväg, uppgift om att sådana ytterligare kostnader kan tillkomma.
d) Närmare villkor för betalning, leverans, fullgörande och hantering av reklamationer, om de avviker från de krav god yrkessed innebär.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

e) Uppgift om ånger- eller hävningsrätt för produkter och transaktioner för vilka det finns en sådan rätt.

7 § Prisinformationslagen (2004:347), PIL

8 Prisinformation för varor skall lämnas genom uppgift om varans pris och jämförpris.

För andra produkter än varor skall prisinformation lämnas genom uppgift om produktens pris. Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får föreskriva att även jämförpris skall anges för sådana produkter.

Om priset för en produkt inte kan anges, skall näringsidkaren i stället lämna prisinformation genom att ange grunderna för hur priset bestäms.

10 § PIL

9 Prisinformationen skall vara korrekt och tydlig. Om det kan tillkomma avgifter och andra kostnader, skall detta anges särskilt.

Prisinformationen skall lämnas skriftligen, om konsumenten inte kan få informationen på något annat likvärdigt sätt.

Prisinformationen skall lämnas på sådant sätt att det framgår klart för konsumenten vilken produkt informationen avser.

EU-DOMSTOLENS DOM

Marknadsdomstolens frågor till EU-domstolen

10 Marknadsdomstolen ställde följande frågor till EU-domstolen rörande tolkningen av artiklarna 2 och 7.4 i direktivet.

1) Ska rekvisitet ”på så sätt gör det möjligt för en kund att köpa produkten” i artikel 2 i) direktivet tolkas så att ett köperbjudande föreligger så snart informationen om den annonserade produkten och dess pris är tillräcklig för att konsumenten ska kunna fatta ett köpbeslut eller fordras att det kommersiella meddelandet också erbjuder en faktisk möjlighet att köpa produkten (t.ex. kupong för beställning) eller att det förekommer i anslutning till en sådan möjlighet (t.ex. reklam utanför en butik)?
2) Om svaret på frågan ovan är att det fordras en faktisk möjlighet att köpa produkten, ska en sådan anses föreligga redan om det kommersiella meddelandet hänvisar till ett telefonnummer eller en webbplats där produkten kan beställas?
3) Ska artikel 2 i) direktivet tolkas så att rekvisitet rörande pris är uppfyllt om det kommersiella meddelandet innehåller ett frånpris, dvs. det lägsta pris som den annonserade produkten eller kategorier av produkter kan köpas för samtidigt som den annonserade produkten eller kategorier av produkter finns i andra utföranden eller med annat innehåll till priser som inte anges?
4) Ska artikel 2 i) direktivet tolkas så att rekvisitet rörande en produkts egenskaper är uppfyllt så snart det finns en framställning av produkten i ord eller bild (”verbal or visual reference to the product”)[1], dvs. så att produkten identifieras men inte därutöver beskrivs?
5) Om svaret på frågan ovan är ja, gäller detta även om den annonserade produkten erbjuds i flera utföranden, men det kommersiella meddelandet endast hänför sig till dessa med en gemensam beteckning?
6) Om fråga är om ett köperbjudande, ska artikel 7.4 a) tolkas så att det är tillfyllest att endast vissa av en produkts utmärkande egenskaper anges och näringsidkaren i övrigt hänvisar till sin webbplats, under förutsättning att det på denna finns väsentlig information om produktens utmärkande egenskaper, pris och övriga villkor enligt rekvisiten i artikel 7.4?

1 Commission staff working document ”Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices”, s. 47f.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

7) Ska artikel 7.4 c) tolkas så att det är tillfyllest att ange ett frånpris för att rekvisitet pris ska anses uppfyllt?

EU-domstolens svar

I dom den 12 maj 2011 gav EU-domstolen följande svar på ställda frågor.

Den första frågan

11 Uttrycket ”på så sätt gör det möjligt för en kund att köpa produkten” i artikel 2 i) i direktivet ska tolkas så, att ett köperbjudande föreligger så snart informationen om den annonserade produkten och dess pris är tillräcklig för att konsumenten ska kunna fatta ett affärsbeslut. Det fordras inte att det kommersiella meddelandet också erbjuder en faktisk möjlighet att köpa produkten eller att det förekommer i anslutning till en sådan möjlighet.

Den andra frågan

12 Med hänsyn till svaret på den första frågan fann EU-domstolen ingen anledning att besvara den andra frågan.

Den tredje frågan

13 Artikel 2 i) i direktivet ska tolkas så, att rekvisitet rörande pris kan vara uppfyllt om det kommersiella meddelandet innehåller ett frånpris, dvs. det lägsta pris som den annonserade produkten eller kategorier av produkter kan köpas för, samtidigt som denna eller dessa finns i andra utföranden eller med annat innehåll till priser som inte anges. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att utifrån produktens art och egenskaper och det medium som använts för det kommersiella meddelandet pröva huruvida frånprisangivelsen gör det möjligt för konsumenten att fatta ett affärsbeslut.

Den fjärde och femte frågan

14 Artikel 2 i) i direktivet ska tolkas så, att en framställning av produkten i ord eller bild innebär att rekvisitet rörande en produkts egenskaper är uppfyllt, även om samma framställning i ord eller bild används för en produkt som erbjuds i flera utföranden. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i det enskilda fallet, med beaktande av produktens art och egenskaper samt det kommunikationsmedium som använts, avgöra huruvida konsumenten har tillräckligt med information för att kunna identifiera och särskilja en produkt i syfte att fatta ett affärsbeslut.

Den sjätte frågan

15 Artikel 7.4 a) i direktivet ska tolkas så, att det kan räcka att endast vissa av en produkts utmärkande egenskaper anges och att näringsidkaren i övrigt hänvisar till sin webbplats, under förutsättning att det på webbplatsen finns väsentlig information om produktens utmärkande egenskaper, pris och övriga villkor enligt kraven i artikel 7 i detta direktiv. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i det enskilda fallet - med beaktande av det sammanhang i vilket köperbjudandet lämnas, det kommunikationsmedium som använts och produktens art och egenskaper - bedöma huruvida det räcker att vissa av produktens utmärkande egenskaper anges för att konsumenten ska kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Den sjunde frågan

16 Artikel 7.4 c) i direktivet ska tolkas så, att enbart ett angivande av ett frånpris i ett köperbjudande inte i sig kan anses utgöra vilseledande underlåtenhet. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida en frånprisangivelse räcker för att kravet på prisangivelse i nämnda bestämmelse ska anses uppfyllt. Den hänskjutande domstolen ska särskilt pröva huruvida den omständigheten att det sätt på vilket slutpriset beräknas inte är angivet hindrar konsumenten från att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därmed får konsumenten att fatta ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat. Det ankommer även på den hänskjutande domstolen att beakta kommunikationsmediets begränsningar,

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

produktens art och egenskaper och de övriga åtgärder som näringsidkaren faktiskt har vidtagit för att delge konsumenten information.

YRKANDEN M.M.

17 KO har - såsom talan slutligen bestämts - *i första hand* yrkat att Marknadsdomstolen vid vite ska förbjuda Ving Sverige AB (Ving) att vid marknadsföring av resa till konsument, på sätt som skett i domsbilaga, använda sig av frånprisangivelse.

18 *I andra hand* har KO yrkat att Marknadsdomstolen vid vite ska ålägga Ving att vid sådan marknadsföring av resa till konsument som skett i domsbilaga ange fast pris.

19 Slutligen, *i tredje hand*, har KO yrkat att Marknadsdomstolen vid vite ska ålägga Ving att vid marknadsföring av resa till konsument närmare precisera hur utmärkande egenskaper för resan, exempelvis tidpunkt för avresa, konsumentens tillval eller motsvarande egenskaper påverkar i samma marknadsföring angivet frånpris samt på vilket sätt frånpriset påverkas.

20 Ving har bestritt yrkandena.

21 Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

KO

Grunder

Första och andrahandsyrkandena

22 Den ifrågavarande marknadsföringen av en bestämd produkt med en prisangivelse utgör ett köperbjudande och ska, med hänsyn till att väsentlig information om produktens utmärkande egenskaper saknas, förbjudas. Om marknadsföringen inte förbjuds ska Ving i vart fall åläggas att ange fast pris då prisangivelsen under givna omständigheter är vilseledande och även otillbörlig eftersom ett frånpris påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, se 8 och 12 §§ MFL.

23 Om annonsen inte är att betrakta som ett köperbjudande görs följande gällande. Marknadsföring med frånpris ska med hänsyn till näringsidkarens bristfälliga och därmed vilseledande redogörelse för produktens utmärkande egenskaper förbjudas eftersom marknadsföringen är vilseledande och otillbörlig genom att den påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Motsvarande grund gäller för yrkandet om åläggande att ange fastpris, se 8 § och 10 § tredje stycket MFL.

Tredjehandsyrkandet

24 Ving har erbjudit en bestämd produkt med en prisangivelse i form av ett frånpris. Med hänsyn till prisangivelsens utformning ska Ving åläggas att komplettera framställningen med ytterligare information om produktens utmärkande egenskaper eftersom ett utelämnande av information leder till att framställningen är vilseledande och även otillbörlig då den påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, se 8 och 12 §§ MFL.

25 Om annonsen inte är att betrakta som ett köperbjudande görs följande gällande. En näringsidkare som i sin marknadsföring underlåtit att lämna väsentlig information eller som lämnat denna information på ett sätt som varit oklart, obegripligt, tvetydigt eller i övrigt olämpligt, ska åläggas att lämna eller förtydliga denna information eftersom utelämnandet eller otydligheten i informationen leder till att marknadsföringen är vilseledande och även otillbörlig då den påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, se 8 § och 10 § tredje stycket MFL.

Utveckling av talan

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

26 Påtalad marknadsföring avser annons för en resa till New York, införd i Svenska Dagbladet den 13 augusti 2008. I annonsen finns en frånprisangivelse - New York från 7 820 kr. Vidare framgår följande av annonsen. Flyg från Arlanda med British Airways, två nätter på hotell Bedford som är av kategorin 3+, priset avser per person i dubbelrum inklusive flygskatter, en extranatt kostar 1 320 kr, erbjudandet gäller resor mellan september och december och det finns begränsat antal platser. Därtill finns det en hänvisning till Vings webbplats samt ett telefonnummer angivet. Eftersom det finns en prisangivelse och det rör sig om en bestämd produkt är annonsen att betrakta som ett köperbjudande enligt 12 § MFL. Bestämmelsen om köperbjudande infördes i MFL när direktivet införlivades med svensk rätt. Av 12 § MFL framgår att det ställs höga krav på vilken information som ska lämnas när det är fråga om ett köperbjudande. Dessa höga krav bekräftas även av förarbetena enligt vilka frånpriser generellt sett leder till att framställningen anses vara vilseledande.

27 Bestämmelsen om köperbjudande är en nyhet och det är inte givet vad som är att bedöma som ett köperbjudande. Som en följd av detta hade Ving inledningsvis inställningen att annonsen inte utgjorde ett köperbjudande. Efter EU-domstolens dom har dock Ving ändrat uppfattning. Domen från EU-domstolen talar ett tydligt språk; annonsen utgör ett köperbjudande och det ställs inga krav på att det behöver föreligga en faktisk köpmöjlighet. Detta förhållningssätt stämmer väl överens med de svenska förarbetena.

28 Den svenska synen på frånpriser, dvs. att det är en typ av prisinformation som typiskt sett inte är godtagbar, bekräftades av den svenska regeringens yttrande inför avgörandet i EU-domstolen. Efter domens meddelande torde det dock inte vara möjligt att hävda att ett frånpris aldrig kan uppfylla kraven på prisinformation. Enligt domen behöver inte angivandet av ett frånpris i sig innebära att köperbjudandet är att betrakta som vilseledande. Det är dock inte helt enkelt att avgöra om ett frånpris räcker för att uppfylla kravet på väsentlig information i 12 § MFL. Vad som framgår är att Marknadsdomstolen särskilt ska pröva om den omständigheten att det sätt som slutpriset ska beräknas på inte är angivet hindrar konsumenten att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Vidare framgår att Marknadsdomstolen även ska beakta förhållanden som kommunikationsmediets begränsningar, produktens art och egenskaper och övriga åtgärder som näringsidkaren har vidtagit för att delge konsumenten information. Restriktivitet ska föreligga när man bedömer begränsningar i mediet.

29 Det framgår vidare av EU-domstolens dom att all väsentlig information inte nödvändigtvis behöver finnas tillgänglig på ett och samma ställe för att det ska bedömas som ett köperbjudande som inte är att anse som vilseledande. Huruvida informationen är tillräcklig ska bedömas utifrån hur hänvisningen ser ut och vilken typ av information det rör sig om.

30 Slutligen förefaller det som att EU-domstolens användning av transaktionstestet skiljer sig från hur det används i Sverige vid en bedömning av ett eventuellt vilseledande utelämnande.

Ving

Grunder

Avseende de yrkanden som grundar sig på 12 § MFL

31 Produktens utmärkande egenskaper har angetts i den omfattning som är lämplig för mediet och produkten och priset har angetts på det sätt som krävs enligt 7-10 §§ PIL, varför grund saknas att ålägga Ving att ange fast pris eller förbjuda frånprisangivelse. Därmed saknas även grund för att ålägga Ving att lämna yrkad information.

32 I vart fall görs gällande att utelämnandet av den efterlysta informationen inte har påverkat eller sannolikt påverkat mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, varför marknadsföringen inte är otillbörlig.

Avseende de yrkanden som grundar sig på 10 § MFL

33 Ving har inte underlåtit att lämna väsentlig information i den påtalade marknadsföringen. Inte heller har Ving lämnat väsentlig information på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annat olämpligt sätt, varför

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

grund saknas för att meddela förbud eller för att ålägga Ving att lämna ytterligare information eller att ens förtydliga informationen.

34 I vart fall görs gällande att utelämnandet av efterlyst information inte har påverkat eller sannolikt påverkat mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, varför marknadsföringen inte är otillbörlig.

Utveckling av talan

Om bolaget

35 Ving är Sveriges största researrangör med resor till fler än 500 resmål i över 50 länder. Bolaget har drygt 200 anställda i Sverige och drygt 600 000 resenärer per år. Ving ingår i resekoncernen Thomas Cook som är en av världens största researrangörer.

36 Ving arrangerar charterresor och paketresor med reguljärflyg men säljer också enskilda flygbiljetter och hotellövernattningar till den som vill resa på egen hand. Resorna säljs via internet, över telefon, i egna butiker och i utvalda resebyråer över hela landet.

Den påtalade annonsen

37 Den aktuella annonsen infördes av Ving i Svenska Dagbladet den 13 augusti 2008. Det rör sig om en branschtypisk annons och förevarande mål har relevans för om dylika annonser ska få fortsätta att förekomma eller om resebranschen - liksom flera andra branscher - måste sluta att ange frånpris och dessutom åläggas en betydligt mer omfattande informationsbörda än vad som tidigare har varit praxis och branschsedvana.

38 Det är ostridigt att Ving har angett ett frånpris i annonsen samt att den information som KO efterfrågar delvis saknas i själva annonsen. Denna information lämnas istället på Vings webbplats och över telefon i samband med att konsumenten anger när man vill resa. På webbplatsen finns även i övrigt all tänkbar information som en resenär kan behöva.

39 Att priset anges med tillägget ”från” i annonsen avser att signalera att det inte kan garanteras att konsumenten kan få tillgång till det utsatta priset en viss avresetidpunkt, även om sannolikheten dock var stor. Detta understryks ytterligare av begreppen ”utvalda resor sep-dec” och ”begränsat antal platser”. Det framgår således tydligt att tillgången till resorna inte kan garanteras och att det beror på när man vill resa.

40 Frånpriset signalerar också att det finns möjlighet att köpa en bättre bokningsklass eller ett bättre hotellrum. Det finns en mängd tillval till resan för den som önskar och det är självfallet inte möjligt att ange alla. Det viktiga är att resan finns att tillgå under denna tidsperiod. Givet det sätt som efterfrågestyrd prissättning fungerar lämnas all den information som är möjlig att ge på ett sådant tidigt stadium.

41 Den viktigaste informationen saknas dock, nämligen avresetidpunkt. Den informationen måste resenären själv tillföra. Detta görs antingen per telefon eller, som i 90 procent av fallen, via Vings webbplats. När avresetidpunkten för en resa till New York fixeras i bokningssystemet kan Vings databas, efter att ha kontrollerat platstillgång hos samarbetande flygbolag och hotell, lämna ett fast pris. Avresetidpunkten är således helt avgörande för att kunna fixera priset för en viss resa. Detta gäller dock under förutsättning att resan bokas samma dag eftersom priset dagen efter kan vara ett helt annat då tillgång och efterfrågan kan ha ändrats.

42 När man angivit det datum man vill åka lämnas ett exakt och fast pris. Detta framgår av texten ”Priset som anges nedan är inklusive flyg + hotell baserat på billigaste tillgängliga flyg valt datum”. Man har möjlighet att ändra flygtid/flygbolag. Detta indikerar alltså att information kan lämnas till resenären löpande beroende på de val som resenären gör.

43 Det framgår också närmare att priset enbart inkluderar dubbelrum och flyg och således inte måltider.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

44 På Vings webbplats lämnas dessutom en mängd ytterligare detaljinformation, vilka resevillkor enligt paketreselagen (1992:1672) som gäller, detaljerad information om resan etc. Ving har all tänkbar information som den allra mest vetgirige resenären kan behöva.

45 Vings nuvarande webbplats har samma information och funktion som 2008. Layouten har dock genomgått vissa förändringar.

Prissättningen i branschen

46 Frånpriser är inget nytt fenomen, varken i resebranschen eller i andra branscher. Inte heller sättet att lämna information på, dvs. att man lämnar information om resans utmärkande egenskaper, resmål, vistelselängd, frånpris, hotell och standard utan att ange exakt resdatum, är någonting nytt utan så har det alltid sett ut i branschen. Frånpriser har använts i vart fall sedan 1977.

47 Anledningen till att Ving inte använder sig av fasta priser beror på att priset är efterfrågestyrt och därmed lämpar det sig bäst med frånpriser. Ju mer intresse som finns för ett visst resmål ett visst datum desto dyrare blir resan. Är konsumenten ute i god tid och kan tänka sig att åka på ”obekväma tider” ges möjlighet att hitta de billigaste resorna. Detta är något som är allmänt känt bland resenärerna.

Förutsättningarna för att hitta en billig resa framgår bland annat av en sida som heter www.resesidan.net där prissättningen i resebranschen beskrivs enligt följande.

”Grunderna för att hitta de billigaste biljetterna är ganska enkla; Var ute i god tid, om du kan undvik skollov och helgdagar, åk under lågsäsong när efterfrågan är minst, undvik om möjligt fredagar, lördagar och söndagar då flygen är mer bokade, vilket påverkar priset. De billigaste biljetterna försvinner fort. Här är det först till kvarn som gäller. Ju längre du väntar desto högre blir priserna.”

48 Av den text som gäller för reguljärflyg framgår följande.

”*När det gäller reguljärflyg är prissättningen lite mer komplicerad än hos lågprisflygbolagen. Det finns tusentals flygbolag att välja mellan, som dessutom har olika priser. Sedan finns ibland ett 30-tal olika priser för en sträcka hos varje enskilt reguljärflygbolag. Förutom utbud och efterfrågan beror den stora prisskillnaden på att det finns olika biljetter för olika behov.”*

49 Dessa faktorer framgår även direkt av Vings webbplats. Priset styrs således av tillgång och efterfrågan och frånpriser används därför att man inte på förhand kan avgöra exakt hur stor efterfrågan - och därmed tillgången på en viss resa - kommer att bli ett visst angivet datum och ett visst angivet klockslag.

Prissättningen i det påtalade fallet

50 I det aktuella fallet erhöll Ving ett erbjudande från flygbolaget British Airways om att köpa flygstolar på deras flyg till New York till förmånligare, dvs. lägre, priser än de ordinarie priser som Ving normalt erhåller från flygbolaget.

51 Förutsättningarna för erbjudandet var att bokningsperioden var 1-3 veckor, avreseperioden var 1-4 månader (september till december) och att priset bokades i en viss bokningsklass. Flygfrekvensen var flera flygavgångar per dag samtliga dagar i veckan. Ving låste inte upp sig till ett visst antal flygstolar utan vad bolaget visste var att det hade tillgång till ett förmånligt pris under en viss period.

52 För att sätta ihop en paketresa av British Airways erbjudande kontrollerade Ving platstillgång avseende flyg och hotellet Bedford, vilket bolaget har avtal med. Vid utformandet av erbjudandet togs hänsyn till hur många flygstolar som fanns att tillgå den aktuella perioden samt hur många flyg per dag som fanns tillgängliga där priset var säljbart. British Airways ger som allmän standard inte arrangören eller resebyrån behörighet att se mer än nio säljbara platser per avgång, vilket innebär att Ving endast kan se nio tillgängliga platser per flyg åt gången. Detta leder till att bedömningen inte är helt okomplicerad.

53 Det ska noteras att större delen av världens samtliga resebyråer, privatpersoner och företag bokar sina resor utifrån samma gemensamma pott/databas av flygstolar. Det kan liknas vid ett globalt auktionsförfarande där först till kvarn gäller. Vad Ving fick erbjudande om var att under en viss period ha tillgång

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

till flygstolar till ett visst pris. Det går dock inte att säga exakt när flygstolarna är tillgängliga eftersom försäljningen sker i konkurrens med resten av världens resebolag.

54 För att kunna sätta ihop paketresan och marknadsföra denna gjorde således Ving - innan erbjudandet utformades och priset bestämdes - en uppskattning av att priset skulle kunna erbjudas i rimlig omfattning baserat på frekvens och antal säljbara platser. Vings ambition är att samtliga som vill resa till ett visst annonserat frånpris också ska kunna få tillgång till detta. Givet prissättningen i branschen är det dock av naturliga skäl inte alltid möjligt. Som riktmärke brukar Ving ha att ett dylikt erbjudande med frånpris ska vara tillgängligt för 80 procent av det förväntade antalet bokningar.

55 I detta fall gjorde Ving bedömningen att priset 7 820 kr fanns att tillgå i rimlig omfattning, dvs. för cirka 80 procent av antalet förväntade bokningar. Någon möjlighet att förutse exakt vilka avresetidpunkter som säljs slut först har av naturliga skäl inte funnits.

56 Ving gjorde på förhand den bedömningen att Vings resenärer i rimlig omfattning kunde få tillgång till det annonserade priset. I efterhand har också Ving kunnat konstatera att priset faktiskt fanns att tillgå för cirka 80 procent av de bokningar som genererats med anledning av annonsen. Det är dock givetvis svårt att mäta detta på ett exakt sätt men enligt Vings bedömning visade sig bolagets uppskattning vara riktig.

57 Det är sålunda inte fråga om något lockerbjudande. Saken faller på sin egen orimlighet eftersom Ving inte skulle ha några kunder kvar om bolaget hade som affärsidé att försöka lura kunder till att köpa andra produkter än de som annonseras.

BEVISNING

58 KO har åberopat viss skriftlig bevisning.

59 Ving har som muntlig bevisning åberopat vittnesförhör med A. H., marknadsdirektör på Ving.

Domskäl

60 Målet rör marknadsföring av en resa till New York i en annons införd i dagspress. Det som Marknadsdomstolen har att ta ställning till är huruvida den aktuella annonsen utgör ett köperbjudande enligt 12 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL, och, om så är fallet, om den väsentliga information som krävs för att köperbjudandet inte ska vara att bedöma som vilseledande har lämnats i annonsen alternativt på webbplats/per telefon, dit hänvisning skett.

61 Av den påtalade annonsen framgår att konsumenterna erbjuds en resa till New York från 7 820 kr. Vidare framgår följande information. Flyg från Arlanda med British Airways, två nätter på hotell Bedford som är av kategorin 3+, extranatt kan erhållas mot en kostnad om 1 320 kr, erbjudandet gäller utvalda resor under perioden september - december, begränsat antal platser samt att priset avser per person i dubbelrum inklusive flygskatter. Därtill framgår telefonnummer samt webbadress till Ving.

Marknadsdomstolens bedömning

Målgrupp

62 Den påtalade marknadsföringen avser en resa till New York och annonsen riktar sig till alla konsumenter som beslutat eller som funderar på att genomföra en resa under aktuell period och där New York är ett tänkbart alternativ. Marknadsföringen ska därför bedömas efter hur den mottas av en genomsnittlig mottagare i denna grupp.

Utgör aktuell annons ett köperbjudande?

63 När målet inleddes vid Marknadsdomstolen var det tvistigt huruvida den påtalade annonsen över huvud taget utgör ett köperbjudande enligt 12 § MFL. Efter EU-domstolens dom är dock parterna överens om att så är fallet. Enligt aktuellt lagrum krävs dels att det rör sig om en bestämd produkt, dels att en prisangivelse finns. I begäran om förhandsavgörande ställde Marknadsdomstolen bl.a. frågan till EU-domstolen om det även fordrades en faktisk möjlighet att - i direkt anslutning till reklamen - köpa produkten. EU-domstolen besvarade frågan med att ett köperbjudande föreligger så snart informationen

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

om den annonserade produkten och dess pris är tillräcklig för att konsumenten ska kunna fatta ett affärsbeslut.

64 Erbjuden resa till New York är enligt Marknadsdomstolens mening tillräckligt specificerad eftersom det måste anses möjligt för en konsument att utifrån annonsen bilda sig en uppfattning om resan och dess grundläggande egenskaper. Resan till New York är således att betrakta som en bestämd produkt, trots att resan kan variera vad gäller avresedatum och längd. Därtill finns en prisangivelse, i form av ett frånpris. Av EU-domstolens dom framgår att ett frånpris kan uppfylla rekvisitet rörande pris under förutsättning att konsumenten utifrån given information kan fatta ett affärsbeslut. EU-domstolen anförde att det ankommer på aktuell domstol, här Marknadsdomstolen, att utifrån produktens art och egenskaper och det medium som används pröva huruvida frånpriset möjliggör för konsumenten att fatta ett affärsbeslut.

65 Begreppet ”affärsbeslut” definieras i direktivet och har fått motsvarande definition i den svenska lagen där det i 3 § MFL stadgas att ett affärsbeslut är ”ett beslut som fattas av en konsument eller en näringsidkare om huruvida, hur och under vilka förutsättningar en produkt ska köpas, om hela eller delar av köpesumman ska betalas, om produkten ska behållas eller överlåtas eller om en avtalsenlig rättighet i samband med produkten ska utnyttjas, oavsett om konsumenten eller näringsidkaren beslutar att handla eller att avstå från att handla”. Marknadsdomstolen har tidigare anlagt en vid syn på begreppet affärsbeslut. I avgörandet MD 2010:8 konstaterades att själva beslutet att köpa produkten (eller att inte göra det) självklart utgör ett affärsbeslut i lagens mening, men att begreppet har en betydligt vidare innebörd än så och täcker flera beslut som en konsument kan fatta under processen fram till köpbeslutet, liksom efter detta.

66 Enligt Marknadsdomstolens mening är det således fråga om ett affärsbeslut om konsumenten bestämmer sig för att vidta ytterligare åtgärd efter att ha tagit del av ett reklammeddelande, t.ex. besöka en butik eller en webbplats för att inhämta mer information. I förevarande fall får konsumenten information om dels att erbjudandet avser en resa till New York, dels vissa förutsättningar för resan, t.ex. tidsintervall, flygbolag och hotell, dels ock ett frånpris. Den samlade informationen är enligt Marknadsdomstolens mening tillräcklig för att konsumenten ska kunna fatta ett affärsbeslut med avseende på den bestämda produkten, t.ex. kontakta Ving eller besöka dess webbplats för mer information. Mot bakgrund härav är det utrett att den aktuella annonsen utgör ett köperbjudande.

Har tillräcklig prisinformation lämnats i annonsen?

67 En del av målet i Marknadsdomstolen har rört frågan om det generellt sett ska anses otillåtet med frånpriser i köperbjudanden. Anledningen till att frågan väcktes torde vara ett uttalande i förarbetena, prop. 2007/08:115 s. 97. Där anförs att ungefärliga prisuppgifter inte uppfyller de krav som uppställs enligt regeln. Vidare anförs att om ett köperbjudande endast innehåller en uppgift om från- eller cirkapris bör framställningen anses vara vilseledande. I anledning härav ställdes frågan till EU-domstolen rörande användandet av frånpriser. EU-domstolen konstaterade att artikel 7.4 c) i direktivet ska tolkas så att enbart angivandet av ett frånpris i ett köperbjudande inte i sig kan anses utgöra vilseledande underlåtenhet utan att det ankommer på Marknadsdomstolen att avgöra huruvida en frånprisangivelse räcker för att kravet på prisangivelse ska anses uppfyllt. Med anledning av EU-domstolens svar anser Marknadsdomstolen att det inte på sätt som skett i förarbetena går att uttala att ett frånpris i sig är vilseledande.

68 Nästa fråga för Marknadsdomstolen att ta ställning till blir därmed huruvida den aktuella prisuppgiften, dvs. ett frånpris, är tillfyllest i aktuellt fall. Marknadsdomstolen konstaterar att en grundläggande förutsättning för att ett frånpris ska få användas är att det inte är fiktivt, dvs. att det föreligger ett reellt utbud där produkten ifråga faktiskt kan köpas för det angivna beloppet. Ving har obestritt uppgett att den aktuella resan funnits tillgänglig för 80 procent av de konsumenter som velat köpa resan till det angivna frånpriset.

69 Av EU-domstolens dom framgår att det ankommer på Marknadsdomstolen att särskilt pröva huruvida den omständigheten att det sätt på vilket slutpriset beräknas inte är angivet hindrar konsumenten från att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därmed får konsumenten att fatta ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat. Vidare betonade EU-domstolen att Marknadsdomstolen har att vid denna bedömning beakta kommunikationsmediets begränsningar, produktens art och egenskaper och de övriga åtgärder som näringsidkaren faktiskt har vidtagit för att delge konsumenten information.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

70 Ving har på ett utförligt sätt, såväl genom skriftligt åskådningsmaterial som genom förhöret med A. H., redogjort för prissättningen i resebranschen i allmänhet och för den i målet specifika resan i synnerhet. Det har framkommit att det är många variabler som påverkar när priset sätts och att Ving inte kan styra över alla dessa variabler utan att de som rör flygresan är beroende av dels flygbolaget, dels efterfrågan. Marknadsdomstolen finner det därmed visat att det inte är möjligt för Ving att ange ett bestämt pris utan att resan specificeras närmare av konsumenten. Den aktuella frånprisangivelsen i annonsen måste därför anses godtagbar som sådan.

71 Marknadsdomstolen konstaterar att det i annonsen, trots det begränsade utrymmet, finns viss information som indikerar att priset kan komma att variera, t.ex. genom att konsumenten kan välja till extranatt på hotell. Därtill utgör frånpriset i sig en indikation på att priset kan variera. Det har i målet framkommit att tydlig information om vad det exakta priset blir i olika situationer funnits att tillgå för konsumenten antingen på Vings webbplats eller per telefon. Genom detta måste konsumenterna på ett enkelt och ändamålsenligt sätt anses kunna få tillräcklig information om priset och det kan därmed inte i detta fall krävas att Ving ska lämna ytterligare information.

72 Det har framkommit i målet att reseannonser med frånpris i vart fall har använts i mer än 30 år och att sådana alltjämt används utbrett och regelbundet. Detta får antas ha lett till att konsumenterna har viss erfarenhet när det gäller att bedöma och värdera ett erbjudande av den här typen samt att en konsument förstår hur han eller hon ska gå tillväga för att få tillgång till mer information om priset, t.ex. att besöka en webbplats eller att ringa ett telefonsamtal.

73 Sammanfattningsvis innebär det ovan sagda att en genomsnittlig konsument känner till att olika faktorer kan påverka ett annonserat frånpris. Då konsumenten i detta fall också haft tillgång till information via Vings webbplats/per telefon om hur priset varierar, beroende på de konkreta val som görs, kan annonsens frånpris inte anses vilseledande. KO:s i första och andra hand framställda yrkanden ska därmed lämnas utan bifall.

Har tillräcklig information om produktens utmärkande egenskaper lämnats i annonsen?

74 Slutligen har KO, i tredje hand, gjort gällande att övrig information om produktens utmärkande egenskaper saknas i annonsen och att den därför är vilseledande och otillbörlig.

75 Marknadsdomstolen ställde i begäran om förhandsavgörande frågan om det kan räcka att endast vissa av en produkts utmärkande egenskaper anges och att näringsidkaren i övrigt hänvisar till sin webbplats, under förutsättning att det på webbplatsen finns väsentlig information om produktens utmärkande egenskaper, pris och övriga villkor enligt kraven i direktivet. EU-domstolen uttalade att det ankommer på Marknadsdomstolen att i det enskilda fallet - med beaktande av det sammanhang i vilket köperbjudandet lämnas, det kommunikationsmedium som använts och produktens art och egenskaper - bedöma huruvida det räcker att vissa av produktens utmärkande egenskaper anges för att konsumenten ska kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut.

76 Marknadsdomstolen har således att vid bedömningen ta hänsyn såväl till produktens art och egenskaper som till mediet som har använts.

77 Marknadsdomstolen konstaterar att genomsnittskonsumenten torde ha en tämligen god föreställning om vad som normalt ingår i en resa och därtill vara medveten om att det går att göra en rad olika tillval eller ändringar i erbjuden resa. Genomsnittskonsumenten torde även ha kännedom om olika faktorer som kan påverka priset på resan, t.ex. helger, större sportevenemang på resmålet, årstid och hotell med högre standard. Det har inte gjorts gällande att den aktuella resan skulle avvika från vad som normalt förväntas ingå i en resa av aktuellt slag.

78 Som tidigare konstaterats rör det sig om en traditionell tidningsannons med begränsat utrymme. I annonsen har hänvisning till Ving funnits, genom såväl telefonnummer som webbadress. Genom att besöka webbplatsen eller ringa angivet telefonnummer ges konsumenten tillgång till ytterligare information. Det har inte gjorts gällande att Vings webbplats skulle sakna den kompletterande information om resan som en konsument kan behöva ta del av före ett köp.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

79 Sammanfattningsvis finner Marknadsdomstolen att viss grundläggande information om resan framgår av annonsen. Denna information får anses tillräcklig i en annons som denna. Därtill framgår ytterligare information som konsumenten kan behöva ta del av antingen på Vings webbplats eller genom att Ving kontaktas per telefon. Det aktuella köperbjudandet är därmed inte vilseledande, varför talan inte heller kan bifallas på denna grund.

80 Eftersom den påtalade annonsen utgör ett köperbjudande finner Marknadsdomstolen - med hänsyn till hur KO lagt upp sin talan - inte anledning att pröva om den påtalade marknadsföringen strider mot 10 § tredje stycket MFL.

81 KO:s talan ska i sin helhet lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

82 Vid denna utgång har Ving rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Det yrkade beloppet är vitsordat. Någon anledning att fördela rättegångskostnaderna på annat sätt än enligt huvudregeln föreligger inte.
På Marknadsdomstolens vägnar

Anna-Lena Järvstrand

Ledamöter: Anna-Lena Järvstrand, ordförande, Lars Borg, Lennart Göranson, Jonas Häckner och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Anna Söderberg Ziesnitz

Sökord: Affärsbeslut, definition av; Annons; Frånpris; Förhandsavgörande av EU-domstolen; Genomsnittskonsument; Köperbjudande; Målgrupp; Resor

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020112

DOM
2019-12-05
Stockholm

Mål nr
PMT 2054-18

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Patent- och marknadsdomstolens dom 2018-01-31 i mål nr PMT 11949-16, se bilaga A

PARTER

Klagande och motpart
Konsumentombudsmannen
Box 48
651 02 Karlstad

Företrädd av processrådet G.W.

Klagande och motpart
Alexandra Media Sweden AB, 556918-0523

Ombud: Advokaterna C.T.T., S.H. och J.A.
Advokatfirman MarLaw AB
Box 3079
103 61 Stockholm

Motpart
Tourn Media AB, 556972-1821
Stureplan 2
114 35 Stockholm

Ombud: Advokaterna K.C., L.M. och S.Y.
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

SAKEN
Förbud m.m. enligt marknadsföringslagen

_____

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00	08-21 93 27	måndag – fredag 09:00–16:30

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.patentochmarknadsoverdomstolen.se

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen avslår Tourn Media AB:s yrkande om avvisning när det gäller påståendet om otillåten taleändring av Konsumentombudsmannen.

2. Patent- och marknadsöverdomstolen fastställer punkten 1 i Patent- och marknadsdomstolens domslut.

3. Patent- och marknadsöverdomstolen avslår Konsumentombudsmannens i första hand framställda förbudsyrkande mot Alexandra Media Sweden AB.

4. Patent- och marknadsöverdomstolen ändrar punkterna 2 och 3 i Patent- och marknadsdomstolens domslut på följande sätt.

a) Punkten 2 i Patent- och marknadsdomstolens domslut ändras till följande lydelse: Alexandra Media Sweden AB förbjuds vid vite av 100 000 kr att medverka till marknadsföring av tjänster för återvinning av mobiltelefoner genom att på blogg och Instagram utforma marknadsföringen på sätt som skett enligt domsbilagorna 1–3 till Patent- och marknadsdomstolens dom, eller på väsentligen samma sätt så att det inte tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring.

b) Med upphävande av punkten 3 i Patent- och marknadsdomstolens domslut avslår Patent- och marknadsöverdomstolen Konsumentombudsmannens yrkande om att ålägga Alexandra Media Sweden AB att medverka till att det på ett tydligt sätt anges vem som ansvarar för marknadsföringen.

5. Patent- och marknadsöverdomstolen fastställer punkten 4 i Patent- och marknadsdomstolens domslut, vilket innebär att Patent- och marknadsöverdomstolen avslår Konsumentombudsmannens samtliga yrkanden mot Tourn Media AB.

6. Patent- och marknadsöverdomstolen fastställer punkterna 5 och 6 i Patent- och marknadsdomstolens domslut om rättegångskostnaderna där.

7. Konsumentombudsmannen och Alexandra Media Sweden AB ska stå sina egna rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

8. Konsumentombudsmannen ska ersätta Tourn Media AB:s rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 005 167 kr, varav 1 000 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom till dess betalning sker.

9. Vad Patent- och marknadsdomstolen har förordnat om sekretess ska fortsätta att gälla.

10. Patent- och marknadsöverdomstolen förordnar att sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig dels på de uppgifterna i Patent- och marknadsdomstolens aktbilaga 141 och Patent- och marknadsöverdomstolens aktbilagor 113 och 115 som har lagts fram inom stängda dörrar vid huvudförhandlingen i Patent- och marknadsöverdomstolen, dels på de uppgifter som R.S. lämnade inom stängda dörrar under sitt förhör vid huvudförhandlingen i Patent- och marknadsdomstolen, vilka har spelats upp inom stängda dörrar vid huvudförhandlingen i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening utgör de justeringar som KO har gjort av yrkandena i de nu påtalade delarna inte annat än omformuleringar med samma betydelse som tidigare. Justeringarna innebär enligt Patent- och marknadsöverdomstolen alltså inte att KO:s talan ändras eller utvidgas på ett otillåtet sätt. Tourn Medias yrkande om avvisning i denna del ska därför avslås.

4.1.3 Tourn Medias yrkande att KO:s talan avseende blogginlägg 2 ska avvisas

Tourn Media har i Patent- och marknadsöverdomstolen vidhållit sitt yrkande att KO:s talan avseende blogginlägg 2 ska avvisas.

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i underinstansens bedömning i denna del (se sidorna 32–33 i Patent- och marknadsdomstolens dom). Punkten 1 i Patent- och marknadsdomstolens domslut ska alltså stå fast. Frågan om blogginlägg 2 utgör otillbörlig marknadsföring ska således prövas i målet.

4.2 Prövning av frågan om inläggen utgör otillbörlig marknadsföring

4.2.1 Rättsliga utgångspunkter

Reklam i sociala medier

En grundläggande princip inom marknadsföringsrätten är att marknadsföring ska kunna identifieras som sådan. Denna princip återfinns i 9 § marknadsföringslagen.

Målet rör marknadsföring genom inlägg i sociala medier av en s.k. influencer. Begreppet influencer används huvudsakligen i reklam- och mediesammanhang som benämning på påverkare eller opinionsbildare som i sociala medier och andra kanaler ger uttryck för sina åsikter och uppfattningar i olika frågor bl.a. för att påverka attityder och handlingar hos sina läsare och följare. Ofta är det personer som lyckas skapa förtroende hos sina följare och som därigenom på ett personligt sätt har möjlighet att

påverka denna grupp. Att kunna använda sig av en influencer och dennes kanaler vid marknadsföring, s.k. influencer marketing, kan således ha flera fördelar i jämförelse med mer traditionell marknadsföring. Denna form av marknadsföring har ökat i betydande omfattning under senare år.

I målet aktualiseras frågor om hur marknadsföring bör utformas och presenteras i bloggar och i andra sociala medier så att det framgår att det är fråga om marknadsföring. Skälet till att dessa frågeställningar särskilt kommit att accentueras vid marknadsföring på bloggar och i andra sociala medier är att det där är vanligt att influencers egna obetalda inlägg varvas med inlägg som influencern ofta själv skriver eller åtminstone redigerar, men som är betalda av ett företag som vill göra reklam för en produkt. Att det förekommer att meddelanden av olika natur varvas är dock inget som i och för sig är unikt för sociala medier.

Influencer marketing innebär alltså att en näringsidkare väljer att marknadsföra sina produkter via en influencer i dennes kanaler i sociala medier. Genom valet av influencer kommer annonsören att kunna rikta sin marknadsföring specifikt mot influencerns följare. Det är inte ovanligt att influencers är anslutna till nätverk eller agenturer som förmedlar kontakt mellan annonsörer och influencers.

En influencer kan alltså på uppdrag av en näringsidkare och mot ersättning publicera inlägg i sina kanaler som syftar till och är ägnade att främja försäljningen av näringsidkarens produkter. Sådana inlägg utgör marknadsföring och omfattas av marknadsföringslagens krav. Men det förekommer också att en influencer skriver om produkter och lägger ut bilder på dessa utan att det finns något avtal om ersättning från den näringsidkare som produkterna kommer från. En influencer delar ofta med sig av sina personliga upplevelser och erfarenheter till sina följare. I detta sammanhang kan även olika former av tips och rekommendationer av produkter utgöra en viktig del av innehållet i influencerns kanaler utan att det alltså behöver vara fråga om ett betalt meddelande från en annan näringsidkare eller marknadsföring av influencerns eventuella egna produkter.

När en influencer väljer att i sina kanaler varva betalda inlägg med obetalda sådana finns det ett behov av tydlighet för att konsumenter ska uppfatta vilka inlägg som i sin helhet eller till del utgör marknadsföring. Frågan om tydlighet vid marknadsföring när betalda och obetalda meddelanden förekommer i en och samma kanal aktualiseras alltså särskilt vid influencer marketing, men kan också uppkomma vid blandade publiceringar i mer traditionella medier såsom tidningar. Principen är densamma oavsett om det är fråga om marknadsföring i sociala medier eller i mer traditionella medier – marknadsföring ska kunna identifieras som sådan.

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder och marknadsföringslagen

Enligt artikel 169 EUF-fördraget ska EU verka för att främja konsumenternas intressen och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå. Med denna utgångspunkt har EU antagit direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Direktivet syftar till att fullständigt harmonisera medlemsstaternas lagstiftningar inom det området som direktivet reglerar, även om det i vissa specifika avseenden finns en möjlighet för en strängare lagstiftning i konsumentskyddande intresse (se direktivets skäl 1 och 15).

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder genomfördes i svensk rätt genom en ny marknadsföringslag, dvs. den nu gällande (se prop. 2007/08:115).

Direktivet innehåller bl.a. regler om förbud mot affärsmetoder som är vilseledande och aggressiva. Vid bedömningen av om en affärsmetod ska bedömas som vilseledande eller aggressiv ska som huvudprincip prövas om metoden påverkar genomsnittskonsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, det s.k. transaktionstestet. Den gemensamma benämningen för vilseledande och aggressiva affärsmetoder är enligt direktivet att det är fråga om otillbörliga affärsmetoder.

Centralt för transaktionstestet är alltså prövningen av genomsnittskonsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Begreppet affärsbeslut definieras i artikel 2 k) i direktivet. Av EU-domstolens praxis följer att begreppet affärsbeslut omfattar samtliga beslut som har en direkt koppling till beslut om att förvärva eller inte förvärva

en produkt. EU-domstolen har uttalat att det följer av själva lydelsen i artikel 2 k) i direktivet om otillbörliga affärsmetoder att begreppet har getts en vid definition. Enligt EU-domstolens praxis omfattar begreppet således inte bara beslut om att förvärva eller inte förvärva en produkt, utan också beslut som har en direkt koppling till sådana beslut, såsom exempelvis ett beslut att gå in i en butik. (Se EU-domstolens dom den 19 december 2013, Trento Sviluppo, C-281/12, EU:C:2013:859, punkten 36).

Av direktivet framgår att begreppet produkt i dessa sammanhang omfattar alla typer av varor och tjänster, se artikel 2 c).

Direktivet innehåller också en uppräkning av affärsmetoder som under alla förhållanden är att bedöma som otillbörliga, svarta listan, vilken återfinns i en bilaga till direktivet. Det innebär att om en affärsmetod omfattas av svarta listan behöver inte något transaktionstest göras.

Den svenska marknadsföringslagen ska, på vanligt sätt, så långt möjligt tolkas i enlighet med direktivet.

Reklamidentifiering och sändarangivelse i marknadsföringslagen

9 § marknadsföringslagen ger uttryck för två principer som sedan länge gällt inom marknadsföringsrätten. Den första avser principen om s.k. reklamidentifiering, dvs. att reklam och andra marknadsföringsåtgärder ska kunna identifieras som sådana. Den andra avser principen om s.k. sändarangivelse, dvs. att det av en marknadsföringsåtgärd ska framgå vem som svarar för marknadsföringen. (Se t.ex. prop. 1994/95:123 s. 165–166.)

Vad först gäller reklamidentifiering framgår av 9 § första stycket marknadsföringslagen att all marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Marknadsföring som inte uppfyller detta krav är att bedöma som vilseledande. För att förbud eller åläggande ska kunna riktas mot en näringsidkare krävs också att marknadsföringen är att bedöma som otillbörlig. För att

marknadsföringen ska bedömas som otillbörlig krävs enligt 8 § marknadsföringslagen att marknadsföringen påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Denna bestämmelse innefattar transaktionstestet.

När det gäller frågan om sändarangivelse ska det enligt 9 § andra stycket marknadsföringslagen tydligt framgå vem som svarar för marknadsföringen. Även här ska en efterföljande prövning innefattande transaktionstestet ske enligt 8 § marknadsföringslagen för att bedöma om marknadsföringen också är otillbörlig.

En direktivkonform tolkning av 8 och 9 § marknadsföringslagen

I svensk rätt finns alltså en uttrycklig regel om reklamidentifiering i 9 § marknadsföringslagen. Vid genomförandet av direktivet angavs att principen om reklamidentifiering kommer till uttryck i ett flertal av direktivets bestämmelser (se prop. 2007/08:115 s. 82). Av särskild betydelse är enligt Patent- och marknadsöverdomstolen den hänvisning som finns till artikel 7.2 i direktivet. I denna artikel föreskrivs att det ska anses vara vilseledande om en näringsidkare inte anger affärsmetodens kommersiella syfte om detta inte redan framgår av sammanhanget och när det innebär, eller sannolikt kommer att innebära, att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat (transaktionstestet).

I förarbetena uttalades vidare att ett möjligt alternativ till en uttrycklig regel var att låta regeln om reklamidentifiering vara en outtalad del av ett mer generellt förbud, men att en uttrycklig regel ansågs ge en tydligare och mer överskådlig lagstiftning (se prop. 2007/08:115 s. 82). Slutsatsen blev att en uttrycklig bestämmelse om reklamidentifiering behölls och togs in i 9 § i den nya marknadsföringslagen.

Den svenska lagstiftningen anger alltså att marknadsföringen ska utformas så att det tydligt framgår att det är fråga om marknadsföring. Är kravet på tydlighet inte uppfyllt är marknadsföringen att anse som vilseledande. Något transaktionstest ingår inte vid denna bedömning. Ett sådant test följer först vid bedömningen i nästa led, enligt 8 § marknadsföringslagen, av om marknadsföringen är att anse som otillbörlig. Av artikel

7.2 i direktivet framgår däremot att transaktionstestet ingår som ett led redan i bedömningen av om en affärsmetod ska anses vilseledande. Vidare följer av direktivet att om affärsmetoden efter transaktionstestet är att anse som vilseledande är den per automatik också otillbörlig, se artikel 5.4 a). Det innebär alltså att bedömningen av om marknadsföringen är vilseledande och därmed otillbörlig enligt direktivet görs i ett sammanhang där transaktionstestet ingår som den centrala delen i prövningen, medan marknadsföringslagen har en tvåstegsbedömning där transaktionstestet kommer in först i det senare ledet vid bedömningen av otillbörligheten.

Vid genomförandet av direktivet angavs också i propositionen att prövningen skulle ske i två led. Först skulle en bedömning göras om åtgärden är vilseledande. Därefter skulle en bedömning göras i vad mån åtgärden har effekt på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Men i detta sammanhang uttalades ändå i förarbetena att konsumentens agerande i en affärssituation ofta har ett nära samband med marknadsföringsåtgärdens innehåll och att det många gånger därför torde vara möjligt att göra en helhetsbedömning utifrån det kommersiella meddelandets innehåll och syfte jämte övriga omständigheter. (Se prop. 2007/08:115 s. 110 f.)

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder och marknadsföringslagen anvisar alltså som utgångspunkt olika metoder för prövningen av om en marknadsföringsåtgärd är att bedöma som otillbörlig. Direktivet föreskriver en samlad prövning där transaktionstestet ingår som ett centralt led, medan marknadsföringslagen föreskriver en prövning i två led där transaktionstestet kommer in först i det senare ledet. Denna skillnad behandlades dock inte i propositionen vid genomförandet. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening torde prövningen i flertalet fall ge samma resultat i frågan om marknadsföringsåtgärden är otillbörlig. Det kan dock inte uteslutas att de olika metoderna i vissa fall skulle kunna leda till olika resultat.

För att säkerställa att så inte blir fallet måste enligt Patent- och marknadsöverdomstolen bestämmelserna i 8 och 9 § marknadsföringslagen läsas i ljuset särskilt av artiklarna 7 och 5.4 a) i direktivet och tillämpas i ett sammanhang med transaktions-

testet som det centrala kriteriet vid bedömningen av om marknadsföringen är vilseledande och otillbörlig. En sådan prövning ger en direktivkonform tolkning som har stöd i de ovan redovisade förarbetsuttalandena om att det många gånger är möjligt att göra en helhetsbedömning utifrån det kommersiella meddelandets innehåll och syfte jämte övriga omständigheter.

När det gäller kravet i 9 § marknadsföringslagen att det tydligt ska framgå att det är fråga om marknadsföring har Marknadsdomstolen i tidigare praxis som ett generellt krav uttalat att det inte är tillräckligt att konsumenten kan ana och så småningom förstå att det rör sig om marknadsföring, utan detta ska så tydligt framgå att en konsument redan efter en flyktig kontakt kan skilja mellan reklam och annan information. Först därefter har transaktionstestet genomförts. (Se t.ex. MD 2009:15.)

Patent- och marknadsöverdomstolens nu gjorda bedömning innebär emellertid att prövningen av om reklamidentifieringen är bristfällig i marknadsföringslagens och direktivets mening inte bör ske i två steg utan i stället bör ske samlat inom ramen för transaktionstestet. Vid denna prövning har domstolen att beakta samtliga för bedömningen relevanta omständigheter såsom exempelvis hur marknadsföringen har utformats, i vilket medium den har publicerats, om den har varvats med redaktionellt innehåll, hur marknadsföringen uppfattats av genomsnittskonsumenten och hur alla dessa omständigheter påverkar dennes affärsbeslut. Det innebär bl.a. att domstolen med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet får bedöma hur snabbt och enkelt genomsnittskonsumenten måste uppfatta att det är fråga om marknadsföring för att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut. Bedömningen av vilket krav som kan ställas upp måste alltså ske med en tillämpning av transaktionstestet. Det går inte att ställa upp ett generellt krav att genomsnittskonsumenten alltid och oavsett sammanhang redan efter en flyktig kontakt ska kunna skilja mellan reklam och annan information, även om en konkret prövning i många fall ändå kan leda till att ett sådant krav ska ställas upp.

När det härefter gäller regeln om sändarangivelse i 9 § andra stycket marknadsföringslagen kan det konstateras att det inte finns någon motsvarande bestämmelse med ett

generellt krav på sändarangivelse i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. 2005 års marknadsföringsutredning som tillkallats med uppgift att lämna förslag till hur direktivet om otillbörliga affärsmetoder skulle genomföras i svensk rätt, väckte också frågan om en bestämmelse om sändarangivelse som motsvarar den som fanns i den då gällande marknadsföringslagen var helt förenlig med direktivet om otillbörliga affärsmetoder (se SOU 2006:76 s. 3 och 230). Vid de överväganden som gjordes i det efterföljande lagstiftningsärendet bedömdes ändå att kravet på sändarangivelse även fortsättningsvis skulle framgå av lagen (se prop. 2007/08:115 s. 83).

I direktivet om otillbörliga affärsmetoder finns ett antal bestämmelser om väsentlig information som näringsidkaren ska lämna till konsumenten för att näringsidkarens affärsmetod inte ska anses vara vilseledande. Artikel 7.1 i direktivet anger att en affärsmetod ska anses vilseledande om den, sedd i sitt sammanhang, innebär att en näringsidkare underlåter att lämna väsentlig information som genomsnittskonsumenten, beroende på sammanhanget, behöver för att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Så ska även anses vara fallet om näringsidkaren döljer sådan väsentlig information eller ger sådan information på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller olämpligt sätt (se artikel 7.2 i direktivet). Av artikel 7.4 följer också att vid ett köperbjudande är bl.a. näringsidkarens identitet alltid att anse som väsentlig information.

I svensk rätt har artiklarna 7.1 och 7.2 i direktivet genomförts bl.a. genom 10 § tredje stycket marknadsföringslagen där det förtydligas att förbudet omfattar vilseledande utelämnande av väsentlig information (se prop. 2007/08:115 s. 148–149). Artikel 7.4 har genomförts genom 12 § marknadsföringslagen (se a. prop. s.150). Tillämpningsområdet för denna bestämmelse är dock begränsat till köperbjudanden (jfr EU-domstolens dom den 30 mars 2017, DHL, C-146/16, EU:C:2017:243, punkten 25).

Patent- och marknadsöverdomstolen kan konstatera att det vid genomförandet av direktivet inte berördes vilka situationer, utöver de som reglerats i 10 och 12 § marknadsföringslagen, som bestämmelsen om sändarangivelse avsåg att träffa.
För att även i detta fall säkerställa att tillämpningen av den svenska lagstiftningen inte står i strid med direktivet om otillbörliga affärsmetoder måste bestämmelserna i 8 och

9 § marknadsföringslagen även såvitt gäller kravet på sändarangivelse läsas i ljuset av särskilt artiklarna 7 och 5.4 a) i direktivet och tillämpas i ett sammanhang med transaktionstestet som det centrala kriteriet vid bedömningen av om marknadsföringen är vilseledande och därmed otillbörlig.

När det gäller sändarangivelse innebär det att utfallet av transaktionstestet avgör om uppgiften om vem som svarar för marknadsföringen är sådan information som genomsnittskonsumenten i det aktuella fallet behöver för att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut. Sådan information är att bedöma som väsentlig information och saknas den medför det att marknadsföringen är otillbörlig (se artikel 7.1 i direktivet). Det medför också att näringsidkaren kan åläggas att lämna sådan information. Att ett åläggande att lämna information måste avse information som bedöms som väsentlig framgår uttryckligen av 24 § marknadsföringslagen.

Patent- och marknadsöverdomstolens sammanfattande slutsats är alltså att frågorna om reklamidentifiering och sändarangivelse ska prövas i ett sammanhang med transaktionstestet som en central del.

Punkten 22 i svarta listan

Som redan nämnts innehåller svarta listan en uppräkning av affärsmetoder som under alla förhållanden är otillbörliga. Detta innebär att om en affärsmetod omfattas av svarta listan behöver någon bedömning av metodens påverkan på konsumentens ekonomiska beteende, dvs. något transaktionstest, inte göras (se direktivets skäl 17). Mot denna bakgrund bör prövningen av om en affärsmetod strider mot svarta listan lämpligen göras före en prövning enligt övriga bestämmelser om vilseledande och aggressiv marknadsföring.

Enligt punkten 22 i svarta listan är en av de affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörlig att näringsidkaren felaktigt uppträder som konsument. Av direktivets och marknadsföringslagens systematik och bestämmelsens utformning följer att

punkten 22 i svarta listan har ett snävare tillämpningsområde än 9 § marknadsföringslagen. Något avgörande från EU-domstolen som ger vägledning om punktens närmare innebörd finns inte. I litteraturen och i vissa andra sammanhang har som exempel på marknadsföringsåtgärder som träffas av punkten nämnts kundomdömen eller recensioner som ger intryck av att vara skrivna av konsumenter eller oberoende kritiker men som i själva verket har författats av näringsidkaren själv (se Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt, 8 uppl., 2010, s. 168 och Europeiska kommissionens vägledning om genomförandet/tillämpningen av direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder, SWD(2016) 163 final, s. 36 och 142). En slutsats som kan dras av detta är, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, att ett typexempel på när en näringsidkare felaktigt uppträder som konsument är när näringsidkaren helt enkelt döljer sin identitet och uppträder under ett fiktivt konsumentnamn.

Begreppet genomsnittskonsumenten

Begreppet genomsnittskonsumenten har introducerats i marknadsföringsrätten genom praxis från EU-domstolen. Av denna praxis följer att den nationella domstolen ska, vid bedömningen av om en viss uppgift vilseleder konsumenter, beakta de förväntningar som en sådan uppgift kan tänkas väcka hos en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument (se dom den 16 juli 1998, Gut Springenheide, C-210/96, EU:C:1998:369, punkten 37). EU-domstolen har också uttalat att begreppet genomsnittskonsumenten är baserat på proportionalitetsprincipen (se dom den 13 januari 2000, Estée Lauder, C-220/98, EU:C:2000:8, punkterna 25–28). En användning av begreppet syftar således till att förhindra omotiverade hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster.

EU-domstolens praxis beträffande begreppet genomsnittskonsumenten har kodifierats i direktivet om otillbörliga affärsmetoder och begreppet återfinns i flera av direktivets artiklar. Vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig är utgångspunkten att marknadsföringen ska bedömas med hänsyn till hur den uppfattas av en genomsnittskonsument som är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer (se direktivets skäl

18 och EU-domstolens dom den 18 oktober 2012, Purely Creative, C-428/11, EU:C:2012:651, punkten 53). Av EU-domstolens praxis följer att principen om genomsnittskonsumenten är relevant även vid tillämpning av svarta listan (se EU-domstolens dom den 13 september 2018, Wind Tre, C-54/17 och C-55/17, EU:C:2018:710, punkterna 51–53). Av artikel 5.2 b) i direktivet följer att om marknadsföringen är särskild riktad till en viss konsumentgrupp ska marknadsföringen bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i denna grupp. Att genomsnittskonsumenten måste bedömas på samma sätt oavsett om marknadsföringen är otillbörlig enligt artiklarna 5 eller 7 eller svarta listan stöds av direktivets skäl 18 och av den allmänna EU-rättsliga principen att centrala begrepp i direktiv ska tolkas enhetligt.

Begreppet genomsnittskonsumenten återfinns inte i den svenska marknadsföringslagen. Enligt förarbetena fanns inget behov av att införa begreppet i lagtexten eftersom det var fråga om en allmängiltig rättsprincip som domstolarna ändå hade att beakta i enlighet med EU-domstolens praxis och innehållet i direktivet (se prop. 2007/08:115 s. 66 f.). Begreppet och metoden att pröva frågan om marknadsföringen ska anses som otillbörlig utifrån en fiktiv genomsnittskonsuments perspektiv tillämpas också sedan länge i svensk rättspraxis (se t.ex. MD 2016:11, punkten 150).

Frågan hur genomsnittskonsumenten uppfattar viss marknadsföring är en normativ bedömning och utgör därmed en rättsfråga (vilket också Marknadsdomstolen angivit i bl.a. det nyss nämnda avgörandet). Av EU-domstolens praxis i det ovan nämnda avgörandet Gut Springenheide följer att det trots detta inte finns något hinder mot att parterna lägger fram bevis för omständigheter av betydelse för bedömningen av denna fråga.

4.2.2 Bestämning av genomsnittskonsumenten i målet

I målet aktualiseras frågan hur genomsnittskonsumenten ska bestämmas. Patent- och marknadsdomstolen fann att genomsnittskonsumenten i målet är en kvinna i åldern 18–34 år som är en van användare av sociala medier och återkommande läsare av Alexandra Medias blogg och Instagramkonto.

Patent- och marknadsöverdomstolen gör följande bedömning.

De aktuella marknadsföringsåtgärderna har publicerats på Alexandra Medias blogg och Instagramkonto. Inläggen skrevs på svenska av A.N.. Som framgår av utredningen är A.N. en influencer med en relativt stor skara följare. När de påtalade inläggen publicerades var A.N. själv i 25-årsåldern. Av den statistik från Google Analytics som Alexandra Media och Tourn Media åberopat framgår att en stor andel av de besökare på bloggen som kunnat åldersbestämmas är i åldern 18–34 år. Av samma statistik framgår även att bloggen huvudsakligen besöks av kvinnor. Att många av A.N.s besökare var kvinnor i A.N.s egen ålder har även kommit fram i vittnesförhören och i förhöret med A.N. själv.

Genom att Mobilåtervinning valt att anlita Alexandra Media för marknadsföringsuppdraget har bolaget valt att specifikt rikta sin marknadsföring till den konsumentgrupp som huvudsakligen utgjordes av A.N.s besökare.

Utredningen i målet ger alltså stöd för att besökarna på Alexandra Medias sociala medier huvudsakligen utgjordes av unga kvinnor i Sverige i ett visst åldersspann. Men även om det framstår som att många av besökarna var återkommande var Alexandra Medias sociala kanaler öppna för alla. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder syftar till att uppnå en hög konsumentskyddsnivå (se direktivets skäl 1). För att direktivets ändamålsenliga verkan inte ska undergrävas bör den grupp ur vilken genomsnittskonsumenten ska tas inte avgränsas alltför snävt. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning är det därför tillräckligt att konstatera att denna konsumentgrupp

ska bestämmas till unga kvinnor i Sverige. Genomsnittskonsumenten ska därmed tas ur denna grupp och bestämmas till en ung kvinna i Sverige.

Vad sedan gäller frågan om genomsnittskonsumenten ska anses ha några särskilda egenskaper konstaterar domstolen följande.

En stor andel av dagens unga i Sverige är aktiva och vana användare på olika sociala medier med stor vana att läsa också på engelska och ta till sig engelska uttryck. Att så är fallet även avseende genomsnittskonsumenten i detta mål är därmed en given utgångspunkt. Även om genomsnittskonsumenten i målet är en ung person, som därmed generellt sett inte har samma erfarenhet som en äldre person, gör ändå hennes erfarenhet av att använda olika sorters sociala medier och därmed hennes vana att ta till sig information från dessa kanaler att hon får antas ha en medvetenhet om att många influencers verksamhet på sociala medier åtminstone i viss mån är kommersiell.

4.2.3 Prövning av frågan om näringsidkaren felaktigt uppträtt som konsument (punkten 22 i svarta listan)

KO har som grund för talan i denna del gjort gällande att Alexandra Media, genom A.N., i bolagets näringsverksamhet, genom de påtalade marknadsförings-åtgärderna, dvs. blogginlägg 1, blogginlägg 2 och Instagraminlägget, uttryckt sig på ett sådant sätt att det får anses att A.N. felaktigt uppträtt som konsument. Samtidigt har KO i Patent- och marknadsöverdomstolen endast framställt yrkande mot Alexandra Media i egenskap av medverkande.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan inledningsvis konstatera att den näringsidkare som avses med bestämmelsen i punkten 22 i svarta listan är den näringsidkare vars marknadsföring påstås vara otillbörlig. Den näringsidkare som det i detta fall enligt KO är fråga om är alltså Mobilåtervinning och inte Alexandra Media eller A.N.. Som domstolen redan konstaterat i inledningen av domskälen är Mobil-återvinning inte part i målet. Eftersom KO inte har gjort gällande att Mobilåtervinning

felaktigt uppträtt som konsument – exempelvis genom att komma överens med Alexandra Media om att A.N. skulle agera på detta sätt – saknas redan av detta skäl grund för att kunna bifalla KO:s förstahandsyrkande. Det saknas med andra ord – som grund för talan – ett påstående om ett agerande från Mobilåtervinnings sida i nu aktuellt hänseende som Alexandra Media respektive Tourn Media kan medverka till.

Härtill kan Patent- och marknadsöverdomstolen konstatera att A.N., som enligt KO:s grund för talan är den som felaktigt ska ha uppträtt som konsument, vid tidpunkten för den påtalade marknadsföringen hade varit en framgångsrik influencer med många besökare under närmare ett decennium. Som redan konstaterats är genomsnittskonsumenten en ung kvinna i Sverige som är en van användare av sociala medier. Genomsnittskonsumenten kände alltså väl till att influencers som A.N. drev en åtminstone i viss mån kommersiell verksamhet. Som angetts under rättsliga utgångspunkter är det typiska exemplet på när en näringsidkare felaktigt utger sig för att vara konsument när näringsidkaren helt enkelt döljer sin identitet och uppträder under ett fiktivt konsumentnamn. Några sådana eller liknande omständigheter föreligger inte alls i detta fall. Mot denna bakgrund kan det inte för genomsnittskonsumenten framstått som att A.N. felaktigt uppträdde i egenskap av kon-sument på det sätt som avses i punkten 22 i svarta listan när hon skrev de tre aktuella inläggen. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening kan således KO:s talan på denna grund under alla förhållanden inte – varken mot Alexandra Media eller Tourn Media – vinna bifall.

Även om KO:s förbudsyrkanden syftar till att få till stånd förbud mot samma marknadsföringsåtgärder har KO valt att lägga in vissa skillnader i yrkandena och att framställa dessa alternativt i stället för att åberopa alternativa grunder för samma förbudsyrkande. Patent- och marknadsdomstolen har avslagit talan i dess helhet i förhållande till Tourn Media (se punkten 4 i domslutet). Däremot avslog Patent- och marknadsdomstolen inte i domslutet förbudsyrkandet mot Alexandra Media såvitt gäller svarta listan, utan konstaterade i stället i domskälen att talan i denna del inte

skulle bifallas (sidan 50 i domen). Av tydlighetsskäl väljer Patent- och marknadsöverdomstolen att uttryckligen i domslutet avslå KO:s förstahandsyrkanden i denna del.

4.2.4 Prövning av frågan om inläggen brister i reklamidentifiering (9 § första stycket marknadsföringslagen)

Patent- och marknadsöverdomstolen kan konstatera att det är utrett i målet att det på Alexandra Medias blogg och Instagramkonto varvats betalda inlägg med andra typer av inlägg av vitt skilda slag och att det ofta publicerats flera inlägg per dag. Av utredningen i målet har även framkommit att A.N. också skriver om olika varor och tjänster utan att det föreligger något uppdragsavtal och utan att Alexandra Media får någon ersättning. Dessa förhållanden medför enligt Patent- och marknads- överdomstolens mening att det måste ställas höga krav på marknadsföringens utform- ning för att genomsnittskonsumenten i målet ska kunna skilja betalda inlägg från sådana som influencern skriver på eget initiativ utan att ersättning utgår. Detta för att konsumenten ska kunna förstå när ett inlägg innehåller reklam.

Av utredningen i målet har framkommit att bilderna i inläggen ofta är centrala för genomsnittskonsumenten. Det står vidare klart att genomsnittskonsumenten ofta tar del av inläggen på ett ganska selektivt sätt och scrollar sig igenom text och bilder för att stanna till vid det som väcker intresse. Även detta selektiva sätt på vilket genomsnitts- konsumenten många gånger tar del av innehållet i sociala medier talar därför för att kraven på reklammarkering måste ställas relativt högt.

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder syftar till att säkerställa en hög skyddsnivå för konsumenter. Konsumentens möjlighet att kunna skilja marknadsföring från annat material är grundläggande för konsumentens förmåga att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut. I en digital miljö är detta extra viktigt eftersom det finns möjligheter för en konsument att enkelt och snabbt fatta olika former av affärsbeslut genom att t.ex. via en länk ta sig till en näringsidkares webbplats och enkelt genomföra ett köp. Som framgår av EU-domstolens praxis ska begreppet affärsbeslut ges en vid tolkning och

EU-domstolen har bl.a. uttalat att en konsuments beslut att gå in i en butik är ett affärsbeslut (se EU-domstolens ovan nämnda dom Trento Sviluppo, punkten 36). I linje med denna praxis bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att en konsument som på internet klickar sig vidare till en näringsidkares webbplats måste anses fatta ett affärsbeslut, vilket betyder att konsumenten ska kunna förstå att det är fråga om marknadsföring innan konsumenten klickar sig vidare till den näringsidkares webbplats som det görs reklam för.

I det sammanhang som de i målet aktuella marknadsföringsåtgärderna förekommer, där betalda inlägg alltså varvas med andra, och där konsumenten enkelt genom att bara klicka på en länk kan förflytta sig till näringsidkarens webbplats, är det därför Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning, i enlighet med vad som utvecklats i de rättsliga utgångspunkterna, att genomsnittskonsumenten redan vid en flyktig kontakt – oavsett i vilken ordning och hur noga konsumenten läser och tittar på bilder – måste kunna uppfatta att inlägget i fråga utgör marknadsföring för att konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut sannolikt inte ska påverkas.

Med utgångspunkt i dessa överväganden går Patent- och marknadsöverdomstolen över till att pröva om vart och ett av de påtalade inläggen uppfyller dessa krav eller om de uppvisar sådana brister i fråga om reklamidentifiering att marknadsföringens utformning påverkar eller sannolikt påverkar genomsnittskonsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

Prövning av frågan om blogginlägg 1 brister i reklamidentifiering och därmed utgör otillbörlig marknadsföring

När det gäller frågan om reklamidentifiering kan Patent- och marknadsöverdomstolen, i likhet med underinstansen, konstatera att utformningen av blogginlägg 1 inte på något nämnvärt sätt skiljer sig från föregående eller efterföljande inlägg på bloggen. Inlägget är utformat med samma layout och samma typsnitt på rubrik och text som övriga redaktionella inlägg på bloggen. De omkringliggande inläggen skulle kunna vara av såväl kommersiell som icke-kommersiell karaktär.

I det sammanhang som blogginlägg 1 alltså förekommer måste, enligt den slutsats som Patent- och marknadsöverdomstolens kommit till ovan, det för genomsnittskonsumenten redan efter en flyktig kontakt framgå att inlägget utgör marknadsföring för att genomsnittskonsumenten ska kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut.
Blogginlägg 1 består av en rubrik, en underrubrik med bl.a. datum och aktuell kategori på inlägget, en brödtext innehållande fem rader text och en rad innehållande en adress till hemsidan www.mobilpengar.se. Inlägget avslutas med tre bilder och under den sista bilden står angivet ”Inlägget är i samarbete med” med samma teckenstorlek som brödtexten.

Rubriken ”Tjäna pengar på dina gamla mobiler!” kan i viss mån anses säljande, men avviker inte nämnvärt från rubriksättningen av övriga inlägg som förekommer i anslutning till blogginlägg 1. Rubriken i sig medför därför inte att genomsnittskonsumenten redan efter en flyktig kontakt uppfattar att inlägget är marknadsföring. Inte heller bilderna i inlägget gör att genomsnittskonsumenten uppfattar inlägget som marknadsföring för Mobilåtervinnings tjänst. Att det på två av bilderna i inlägget dessutom tydligt figurerar ett varumärke för ett välkänt modehus bidrar inte till att tydliggöra att inlägget är ett reklaminlägg för återvinning av mobiltelefoner.

I brödtexten i själva inlägget finns en hänvisning till webbplatsen mobilpengar.se och en kort beskrivning av Mobilåtervinnings tjänst. Oavsett om denna information skulle vara tillräcklig för att genomsnittskonsumenten skulle förstå att inlägget utgör marknadsföring skulle genomsnittskonsumenten kunna förstå detta först efter att ha läst hela eller stora delar av inlägget. Eftersom genomsnittskonsumenten redan efter en flyktig kontakt måste förstå att det är fråga om ett reklaminlägg för att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut är detta alltså inte tillräckligt.

Den avslutande texten ”Inlägget är i samarbete med” skulle kunna sägas utgöra en särskild reklammarkering. Men enligt Patent- och marknadsöverdomstolen har den aktuella markeringen flera brister, vilka gör den otillräcklig som reklammarkering.

Den första bristen är att det inte anges med vem samarbetet är. Vidare har texten placerats längst ner i inlägget och med liten teckenstorlek. Dessutom är formuleringen ”i samarbete med” otydlig i fråga om betalning eller någon annan ersättning utgår, eftersom ett samarbete mellan två parter inte behöver innebära att någon ersättning utgår mellan parterna. I den marknadsundersökning som utfördes av Influencers of Sweden under våren 2017 och som åberopats i målet har visserligen framkommit att majoriteten av respondenterna på särskild fråga ansåg att markeringen ”I samarbete med” var en tydlig eller mycket tydlig reklammarkering. Men en sådan undersökning har endast ett begränsat värde. Detta eftersom undersökningen medför att konsumenten blir mer uppmärksam på frågor om betalning och reklam än i ett verkligt sammanhang. Vidare måste det antas att konsumenterna som deltog i undersökningen utgick från att det skulle framgå med vilket företag samarbetet var. Av utredningen i målet har vidare framkommit att Instagram under 2017 tog fram en ny funktion för reklammarkering för åtminstone vissa av sina användare och att man då valt utformningen ”Betalt samarbete med … [företagets namn]”. Att det står klart för genomsnittskonsumenten att betalning utgår för inlägget är, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, en förutsättning för att konsumenten ska förstå att det är fråga om marknadsföring.

Sammantaget är blogginlägg 1, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, inte utformat på ett sådant sätt att det med hänsyn till det sammanhang i vilket det publicerats för genomsnittskonsumenten redan efter en flyktig kontakt framgår att inlägget är marknadsföring, vilket medför att genomsnittskonsumenten i vart fall sannolikt påverkas i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Blogginlägg 1 saknar alltså tillräcklig reklamidentifiering på ett sådant sätt att inlägget är vilseledande och utgör otillbörlig marknadsföring.

Prövning av frågan om blogginlägg 2 brister i reklamidentifiering och därmed utgör otillbörlig marknadsföring

Det kan inledningsvis konstateras att skillnaden mellan blogginlägg 1 och blogginlägg 2 är den att det i blogginlägg 2 under rubriken har lagts till en ljust rosa list med texten ”sponsored post” och att det sist i inlägget har lagts till att inlägget är i samarbete med

Mobilpengar.se. Blogginlägg 2 förekommer således i samma kontext som blogginlägg 1, dvs. utformningen av blogginlägget skiljer sig inte på något nämnvärt sätt från föregående eller efterföljande inlägg på bloggen. Inlägget är också utformat som övriga redaktionella inlägg på bloggen med samma layout och samma typsnitt på rubrik och text. De omkringliggande inläggen framstår alltså fortfarande vara av såväl kommersiell som icke-kommersiell karaktär.

Frågan här är om de tillägg som gjorts är tillräckliga för att genomsnittskonsumenten redan efter en flyktig kontakt ska kunna förstå att inlägget är reklam.

Av det jämförelsematerial med utdrag från andra bloggar som Alexandra Media och Tourn Media åberopat framgår att användningen av uttryck som ”sponsored post”, ”sponsored by”, ”sponsrat inlägg” och ”sponsrad av” och liknande uttryck är relativt vanligt förekommande i marknadsföring på sociala medier. I likhet med underinstansen bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att genomsnittskonsumenten i och för sig förstår att reklammarkeringen ”sponsored post” betyder att inlägget är betalt och alltså innehåller marknadsföring. Att genomsnittskonsumenten förstår uttryckets innebörd är dock inte tillräckligt. Som redan utvecklats krävs även att genomsnittskonsumenten kan uppmärksamma reklammarkeringen redan efter en flyktig kontakt.

När det gäller denna bedömning beaktar Patent- och marknadsöverdomstolen följande omständigheter.

Reklammarkeringen ”sponsored post” har placerats på den tredje raden i inlägget efter rubriken och underrubriken. Markeringen är skriven på en ljusrosa list som löper över hela skärmen. Texten har samma teckenstorlek som den efterföljande brödtexten och således en mindre storlek än huvudrubriken och underrubriken.

Det förhållandet att markeringen inte har placerats i början av inlägget, utan först på tredje raden, och dessutom i en väsentligt mindre teckenstorlek än huvudrubriken gör att markeringen inte drar till sig genomsnittskonsumentens uppmärksamhet i den utsträckning som krävs för att hon t.ex. redan vid en scrollning ska uppfatta att inlägget

utgör marknadsföring. Även färgvalet av den ljusrosa listen gör att genomsnittskonsumentens uppmärksamhet inte styrs till reklammarkeringen utan till andra mer framträdande delar i inlägget såsom den översta rubriken och bilderna. Eftersom förtydligandet att inlägget är i samarbete med Mobilpengar.se kommer med liten text och sist i inlägget kan detta inte heller uppväga de nu angivna bristerna. Som Patent- och marknadsöverdomstolen redan uttalat vid bedömningen av blogginlägg 1 är formuleringen ”i samarbete med” dessutom i sig inte tydlig av det skälet att det inte framgår att betalning utgår.

Sammantaget bedömer därför Patent- och marknadsöverdomstolen att blogginlägg 2 med hänsyn till det sammanhang som inlägget publicerats i har utformats på ett sådant sätt att genomsnittskonsumenten inte redan vid en flyktig kontakt uppfattar att det är fråga om marknadsföring. Detta medför att genomsnittskonsumenten i vart fall sannolikt påverkas i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut med hänsyn till det sätt som genomsnittskonsumenten tar del av materialet på och de möjligheter till snabba affärsbeslut som den digitala miljön medger. Även blogginlägg 2 saknar alltså tillräcklig reklamidentifiering på ett sådant sätt att det är vilseledande och utgör otillbörlig marknadsföring.

Prövning av frågan om Instagraminlägget brister i reklamidentifiering och därmed utgör otillbörlig marknadsföring

Instagraminlägget utgörs av en bild och sex rader text. Inlägget avslutas med markeringen ”#samarbete”.

Patent- och marknadsöverdomstolen delar underinstansens bedömning att varken bilden eller övrigt innehåll i inlägget på ett tydligt sätt skiljer detta inlägg från ett vanligt obetalt inlägg. Det har från Alexandra Medias och Tourn Medias sida lyfts fram att upplysningen i texten att ”Länk till sidan finns i bion” är sådan att den bidrar till att genomsnittskonsumenten uppfattar att det är fråga om marknadsföring. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är dock en upplysning om att det finns en länk i

sig inte tillräcklig för att genomsnittskonsumenten redan vid en flyktig kontakt ska förstå att inlägget utgör marknadsföring.

När det gäller markeringen ”#samarbete” har Patent- och marknadsöverdomstolen vid bedömningen av blogginlägg 1 uttalat att det av begreppet samarbete inte framgår om betalning eller någon annan ersättning utgår mellan parterna och att den valda formuleringen därför inte medför att mottagaren av meddelandet förstår att det är fråga om marknadsföring. Den valda markeringen är redan mot denna bakgrund otillräcklig för att genomsnittskonsumenten ska förstå att Instagraminlägget utgör marknadsföring.

Som underinstansen påpekat bör det i och för sig vid bedömningen beaktas att det på Instagram inte finns samma valmöjligheter och frihet som på en blogg att utforma inläggen. Samtidigt framgår det av utredningen att det inte fanns något som hindrade att en tydlig reklammarkering skrevs in i texten även på Instagram.

Sammantaget finner Patent- och marknadsöverdomstolen att Instagraminlägget har en sådan utformning och presentation att genomsnittskonsumenten inte redan vid en flyktig kontakt uppfattar att det är fråga om marknadsföring. Det medför att genomsnittskonsumenten i vart fall sannolikt påverkas i sin förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Även Instagraminlägget saknar alltså tillräcklig reklamidentifiering på ett sådant sätt att det är vilseledande och utgör otillbörlig marknadsföring.

4.2.5 Prövning av frågan om inläggen brister i sändarangivelse (9 § andra stycket marknadsföringslagen)

Som Patent- och marknadsöverdomstolen funnit och redovisat under rubriken rättsliga utgångspunkter ska prövningen av om det finns brister i sändarangivelsen avse frågan om bristerna varit sådana att genomsnittskonsumenten har saknat väsentlig information som denne behövt för att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut.

KO har beträffande samtliga tre inlägg gjort gällande att det av den aktuella marknadsföringen inte på ett tydligt sätt framgår att det är Mobilåtervinning som svarar för

marknadsföringen. Patent- och marknadsöverdomstolen prövar frågan om sändarangivelse samlat i förhållande till samtliga tre inlägg.

Typiska exempel på fall av bristande sändarangivelse som är att bedöma som otillbörliga är enligt Patent- och marknadsöverdomstolen att konsumenten vilseleds att tro att det är någon annan, ofta en mer välrenommerad näringsidkare, som står bakom marknadsföringen än den verklige (jfr. t.ex. MD 2011:8 och MD 2011:15). I sådana fall fattar konsumenten sitt affärsbeslut utifrån felaktiga förutsättningar – och därmed i avsaknad av väsentlig information – vilket sannolikt medför att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning uppfattar genomsnittskonsumenten i och för sig inte redan efter en flyktig kontakt vilken näringsidkare som ligger bakom marknadsföringen. Det följer ju redan av att Patent- och marknadsöverdomstolen kommit fram till att inläggen brister i fråga om reklamidentifiering. Men utredningen ger ändå inte stöd för att denna brist i marknadsföringen, sedd för sig, har medfört att genomsnittskonsumenten har saknat sådan väsentlig information som hon behövt för att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Någon utredning som ger stöd för att genomsnittskonsumenten exempelvis skulle ha avstått från att ta sig till Mobilåtervinnings webbplats mobilpengar.se om det i inlägget funnits information om att det var just Mobilåtervinning som låg bakom marknadsföringen har inte presenterats. Inte heller är situationen den att det funnits en risk för att genomsnittskonsumenten skulle kunna förväxla Mobilåtervinning med någon annan mer känd näringsidkare som tillhandahåller en liknande tjänst. Omständigheterna är därför enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte sådana att otydligheten om vilket bolag som stod bakom marknadsföringen i sig sannolikt skulle medföra att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som hon annars inte skulle ha fattat.

Domstolens slutsats är alltså att marknadsföringen inte är att bedöma som otillbörlig i frågan om bristande sändarangivelse. KO:s yrkande om åläggande riktat mot Alexandra Media och Tourn Media om att lämna information kan redan av detta skäl inte bifallas.

Eftersom Patent- och marknadsöverdomstolen funnit att marknadsföringen inte brustit i fråga om sändarangivelse på så sätt att den bedömts som otillbörlig saknas anledning att pröva om marknadsföringen skulle varit undantagen från kravet på sändarangivelse med stöd av det s.k. teaserundantaget i 9 § andra stycket andra meningen marknadsföringslagen.

Patent- och marknadsdomstolen biföll KO:s yrkande om åläggande för Alexandra Media att lämna information om vem som svarar för marknadsföringen medan talan mot Tourn Media lämnades utan bifall. Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning i frågan om sändarangivelse innebär alltså att punkten 3 i underinstansens domslut ska ändras och KO:s yrkande om åläggande riktat mot Alexandra Media ska avslås. Vidare ska punkten 4 i domslutet stå fast såvitt avser att KO:s yrkande om åläggande riktat mot Tourn Media lämnades utan bifall.

4.3 Prövning av frågan om ansvar för den otillbörliga marknadsföringen

4.3.1 Rättsliga utgångspunkter för förbud enligt marknadsföringslagen

Patent- och marknadsöverdomstolen har funnit att blogginlägg 1, blogginlägg 2 och Instagraminlägget utgör otillbörlig marknadsföring på grund av bristande reklamidentifiering. Det som kan komma ifråga är alltså ett förbud att fortsätta med den otillbörliga marknadsföringen såvitt avser bristande reklamidentifiering. Något åläggande att lämna information om vem som svarar för marknadsföringen kan inte bli aktuellt eftersom Patent- och marknadsöverdomstolen redan funnit att marknadsföringen inte är otillbörlig i detta avseende.

I 23 § marknadsföringslagen finns bestämmelser om förbud. Bestämmelserna genomför huvudsakligen artikel 13 i direktivet. Artikel 13 innehåller inga detaljerade bestämmelser. Artikeln föreskriver endast att medlemsstaterna ska fastställa sanktioner som ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.

Enligt 23 § första stycket marknadsföringslagen får en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig förbjudas att fortsätta med denna eller någon annan liknande åtgärd. Utgångspunkten är alltså att ett förbud riktas mot den näringsidkare som gjort sig skyldig till den otillbörliga framställningen. Men förbud kan också riktas mot andra personer. Enligt andra stycket i samma paragraf får ett sådant förbud meddelas också en anställd hos näringsidkaren, någon annan som handlar på näringsidkarens vägnar eller var och en som i övrigt väsentligen har bidragit till marknadsföringen.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan konstatera att det ansvar som kan åvila var och en som i övrigt väsentligen har bidragit till marknadsföringen är det ansvar som i förarbetena benämnts som det s.k. medverkansansvaret. Av äldre förarbeten framgår att lagstiftarens avsikt var att denna del av bestämmelsen ska kunna träffa exempelvis reklambyråer och andra som utformar reklammaterial eller lägger upp marknadsföringskampanjer på uppdrag av en näringsidkare, men som inte kan sägas handla på näringsidkarens vägnar (se prop. 1970:57 s.77 och 91).

När det gäller vem som avsågs att omfattas av formuleringen ”handla på näringsidkarens vägnar” uttalades att det till exempel skulle kunna vara fråga om en organisation som företar marknadsföringsåtgärder för sina medlemmars räkning, t.ex. en branschorganisation som anordnar en reklamkampanj för medlemmarnas varor (se prop. 1970:57 s.77 och 91.).

I förarbetena till 1995 års marknadsföringslag uttalades att förbud enligt generalklausulen om otillbörlig marknadsföring enligt då gällande lag, dvs. 1975 års marknadsföringslag, kunde riktas, förutom mot näringsidkaren själv, mot anställd hos denne eller annan som handlar på näringsidkarens vägnar. Vidare uttalades att förbud dessutom kunde meddelas mot den som inte kan sägas handla på näringsidkarens vägnar, men som i övrigt väsentligt bidragit till marknadsföringen. I detta sammanhang upprepades att möjligheten att rikta förbud mot vissa medverkande, dvs. de som i övrigt väsentligen bidragit till marknadsföringen, hade tillkommit främst i syfte att

göra det möjligt att rikta sanktioner mot reklambyråer och andra som utformar reklammaterial eller lägger upp marknadsföringskampanjer på uppdrag av en näringsidkare. (Se prop. 1994/95:123 s. 92.)

Det kan konstateras att skillnaden mellan att handla på näringsidkarens vägnar, å ena sidan, och i övrigt väsentligen bidra till marknadsföringen, å andra sidan, inte klart framgår av lagtext och förarbeten. Det kan vidare konstateras att denna skillnad framför allt har betydelse när det blir fråga om att pröva om någon ska åläggas att lämna information enligt 24 § marknadsföringslagen eftersom denna bestämmelse, till skillnad från förbudsbestämmelsen i 23 §, inte omfattar kategorin den som i övrigt väsentligt har bidragit till marknadsföringen. Men vilka som omfattas av den ena eller den andra lokutionen är också av betydelse eftersom lokutionerna tillsammans anger vilka, utöver näringsidkaren själv och anställda, som på olika sätt kan göras ansvariga för otillbörlig marknadsföring. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen krävs för att lokutionen den som handlar på näringsidkarens vägnar ska vara tillämplig att det ska vara fråga om ageranden från personer som, utan att vara anställda, haft en fullmakt eller ett specifikt uppdrag att representera eller annars företräda näringsidkaren, dvs. haft en formell ställning att företräda näringsidkaren. Den andra lokutionen kan däremot träffa även andra personer utifrån en bedömning av om de i det enskilda fallet bidragit till den otillbörliga marknadsföringen i väsentlig mån.

Med dessa rättsliga utgångspunkter går Patent- och marknadsöverdomstolen över till att pröva vilket ansvar som Alexandra Media respektive Tourn Media har för den otillbörliga marknadsföringen.

4.3.2 Prövning av frågan om Alexandra Medias ansvar

Det som återstår att pröva är alltså om Alexandra Media kan meddelas ett förbud på grund av den marknadsföring som domstolen funnit är otillbörlig, dvs. att blogginlägg 1, blogginlägg 2 och Instagraminlägget brustit i fråga om reklamidentifiering.

KO har gjort gällande att Alexandra Media har ett ansvar för marknadsföringen genom att Alexandra Media har handlat på Mobilåtervinnings vägnar och genom att Alexandra Media väsentligen har bidragit till marknadsföringen.

Av utredningen framgår att Mobilåtervinning och Alexandra Media avtalat om att Alexandra Media skulle marknadsföra Mobilåtervinnings tjänst på Alexandra Medias blogg och Instagram. Av den orderbekräftelse som Tourn Media upprättade den 25 februari 2016 och som var ställd till Mobilåtervinning framgår att A.N. skulle skriva om Mobilpengar.se. Det framgår också att marknadsföringsuppdraget mellan Mobilåtervinning och Alexandra Media förmedlades av Tourn Media samt att den aktuella marknadsföringskampanjen kom till stånd genom blogginlägg 1 och 2 samt Instagraminlägget.

Genom såväl den skriftliga som den muntliga bevisningen i målet och då inte minst genom de uppgifter som A.N. lämnat är det utrett att Alexandra Media varit delaktig på olika sätt i utformningen och publiceringen av marknadsföringen för Mobilåtervinnings tjänst. A.N. har själv uppgett att det var hon som hade kontrollen och bestämmanderätten över vad som skulle publiceras på Alexandra Medias sociala medier. Bloggen och Instagramkontot drevs av Alexandra Media där A.N. var ställföreträdare. Slutsatsen är alltså att Alexandra Media är det bolag som haft kontroll och slutlig bestämmanderätt över om marknadsföringen skulle komma till stånd överhuvudtaget.

Oavsett om de övriga i målet aktuella bolagen varit delaktiga i själva reklamtextens utformning och även haft synpunkter på och inflytande över utformningen i olika delar är det utrett att Alexandra Media, genom A.N., haft bestämmanderätten över marknadsföringens utformning på bloggen och Instagram och hur inläggen skulle reklammarkeras, samt att bolaget även, genom A.N., varit aktivt i dessa delar.

I Patent- och marknadsöverdomstolen har frågan om vem av Alexandra Media och Tourn Media som de facto kom att publicera blogginläggen utgjort en central del i parternas argumentation beträffande bolagens respektive ansvar.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan dock konstatera att oavsett om Tourn Media haft möjlighet att påverka och till och med bestämma tidpunkten för publiceringen innebär det faktum att bloggen och Instagramkontot drevs av Alexandra Media att Alexandra Media är det bolag som haft kontroll och slutlig bestämmanderätt över om marknadsföringen skulle komma till stånd överhuvudtaget.

Oaktat vilket ansvar som skulle kunna åläggas Tourn Media visar utredningen alltså att Alexandra Media har haft det slutliga ansvaret och bestämmanderätten över vad som fick publiceras i bolagets sociala medier. Det innebär att Alexandra Media också hade ansvaret och bestämmanderätten över inläggens layoutmässiga och visuella utformning, inklusive hur inläggen skulle utformas för att leva upp till de marknadsföringsrättsliga kraven på reklamidentifiering.

Alexandra Media har därför genom de nu redovisade omständigheterna i vart fall väsentligen bidragit till marknadsföringen på ett sådant sätt att bolaget på denna grund kan åläggas ett ansvar enligt marknadsföringslagen för de marknadsföringsåtgärder som Patent- och marknadsöverdomstolen ansett otillbörliga. Vid denna slutsats har det ingen betydelse om Alexandra Media också kan anses ha handlat på Mobilåtervinnings vägnar.

Avslutningsvis kan Patent- och marknadsöverdomstolen konstatera att Alexandra Medias påstående att bolaget inte haft någon kontroll över innehållet på webbplatsen mobilpengar.se helt saknar betydelse för frågan om ansvar för den otillbörliga marknadsföring som publicerats på Alexandra Medias blogg och Instagram. Inte heller påståendet att Alexandra Media vidtagit adekvata aktsamhetsåtgärder kan frita Alexandra Media från ansvar eftersom det är bolaget självt som haft ansvaret för hur marknadsföringen slutligt kom att utformas på bloggen och på Instagram.

Sammanfattningsvis innebär Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning att Alexandra Media ska meddelas förbud enligt 23 § marknadsföringslagen att medverka till den otillbörliga marknadsföringen.

4.3.3 Prövning av frågan om Tourn Medias ansvar

Det som återstår för domstolen att pröva när det gäller ansvarsfrågorna är om Tourn Media kan meddelas ett förbud på grund av den marknadsföring som domstolen funnit är otillbörlig, dvs. att blogginlägg 1, blogginlägg 2 och Instagraminlägget brustit i fråga om reklamidentifiering.

KO har gjort gällande att Tourn Media har ett ansvar för marknadsföringen genom att Tourn Media har handlat på Mobilåtervinnings vägnar och genom att Tourn Media väsentligen har bidragit till marknadsföringen.

Av utredningen framgår att Tourn Media har förmedlat ett reklamuppdrag mellan Mobilåtervinning och Alexandra Media. Av utredningen i form av mejlkonversation mellan Tourn Media och Alexandra Media som åberopats i målet framgår också att Tourn Media har gett Alexandra Media information, instruktioner och råd om hur inläggen bör utformas i text och bild. Men för att Tourn Media ska anses ha handlat på Mobilåtervinnings vägnar krävs i enlighet med vad domstolen utvecklat under de rättsliga utgångspunkterna att Tourn Media haft en mer formell ställning att företräda Mobilåtervinning. Tourn Media har visserligen förmedlat reklamuppdraget, men Tourn Media har bestritt att bolaget i övrigt skulle ha agerat som ombud för Mobilåtervinning i förhållande till Alexandra Media. Någon tydlig utredning om hur avtalsförhållandet såg ut mellan Mobilåtervinning och Tourn Media har inte lagts fram i målet. Det finns t.ex. ingen utredning om att Tourn Media haft en fullmakt från Mobilåtervinning att ingå avtal eller företräda bolaget på andra sätt. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening är det därför inte visat att Tourn Media har haft en sådan ställning i förhållande till Mobilåtervinning att Tourn Media kan sägas ha handlat på Mobilåtervinnings vägnar.

Frågan är om Tourn Media ändå kan anses ha väsentligen bidragit till att de tre inläggen hade en bristfällig reklammarkering.

I målet är klarlagt och ostridigt att Tourn Media förmedlade reklamuppdraget och att bolaget under den aktuella tiden tillhandahöll Alexandra Media en webbplattform, samt skapat den reklammarkeringsfunktion som användes i blogginlägg 2. Patent- och marknadsöverdomstolen har som nyss angetts också funnit utrett att Tourn Media har haft en aktiv roll i hur själva reklaminläggen skulle utformas vad gäller text och bild.

Det kan således i och för sig konstateras att Tourn Media har varit involverad i framtagandet av marknadsföringen på olika sätt. Dels har Tourn Media genom att förmedla reklamuppdraget bidragit till att marknadsföringen överhuvudtaget kom till stånd, dels har Tourn Media även haft en aktiv roll i hur reklaminläggen skulle utformas vad gäller text och bild. Som Patent- och marknadsöverdomstolen redan lyft fram är dock den fråga som nu ska prövas vilket ansvar som kan åläggas Tourn Media för att de påtalade marknadsföringsåtgärderna fått bristfälliga reklamidentifieringar.

Patent- och marknadsöverdomstolen har konstaterat att det bolag som haft möjligheten att bestämma över inläggens slutgiltiga utformning och över att publicering överhuvudtaget skedde var Alexandra Media. Detta gäller oavsett om det var Alexandra Media eller Tourn Media som verkställde publiceringen av blogginlägg 1 och 2. När det gäller Tourn Medias ansvar ger utredningen inte stöd för att Tourn Media till följd av avtal mellan parterna, uttryckliga eller underförstådda, har haft ett sådant övergripande ansvar för marknadsföringens slutgiltiga utformning att bolaget kan åläggas ett marknadsföringsrättsligt ansvar för just den bristfälliga reklamidentifieringen. Inte heller ger omständigheterna och utredningen stöd för att Tourn Media till följd av avtalet mellan parterna skulle haft ett ansvar att informera Alexandra Media om vilka krav på reklamidentifiering som gällde. KO har inte heller gjort gällande att Tourn Media till följd av avtalet mellan parterna eller på någon annan grund skulle ha haft ett ansvar att kontrollera att inläggen var utformade i överensstämmelse med den marknadsföringsrättsliga lagstiftningen innan publicering skedde. Några påståenden om att Tourn Media genom ett konkret handlande skulle ha uppmuntrat Alexandra Media att

utelämna reklammarkeringar eller verkat för att göra dessa bristfälliga finns inte heller. Att Tourn Media när det gäller blogginlägg 2 bistått Alexandra Media med att utforma en funktion för reklammarkering kan inte medföra att Tourn Media får ansvar för hur Alexandra Media slutligen valde att reklammarkera inlägget. Och att Tourn Media, genom R.S., bistått Alexandra Media i bolagets kontakter med Konsument-verket under tillsynsärendet har ingen relevans för den marknadsföringsrättsliga ansvarsfrågan.

Patent- och marknadsöverdomstolen finner därför att omständigheterna och utredningen inte ger tillräckligt stöd för slutsatsen att Tourn Media väsentligen har bidragit till att blogginlägg 1, blogginlägg 2 och Instagraminlägget fått bristfälliga reklamidentifieringar. Det innebär att något ansvar för den otillbörliga marknadsföringen inte kan läggas på Tourn Media. Patent- och marknadsdomstolens domslut ska alltså inte ändras i denna del. Detta innebär att punkten 4 i Patent- och marknadsdomstolens domslut ska fastställas i sin helhet.

4.4 Förbud och vite

4.4.1 Utformningen av förbudet mot Alexandra Media

Som Patent- och marknadsöverdomstolen funnit vid sin prövning av blogginlägg 1, blogginlägg 2 och Instagraminlägget brister samtliga tre inlägg i reklamidentifiering på ett sådant sätt att de utgör otillbörlig marknadsföring. Patent- och marknadsöverdomstolen har även funnit att förutsättningarna för att meddela Alexandra Media ett förbud att fortsätta med marknadsföringen är uppfyllda.

För att förbud enligt marknadsföringslagen ska få avsedd effekt bör de inte ges en alltför snäv utformning. Det ska alltså inte vara möjligt att kringgå förbudet genom att göra en obetydlig justering av ett uttryckssätt eller liknande och därefter fortsätta med ett förfarande som reellt sett är detsamma som det som har föranlett ingripandet. Förbudet bör därför formuleras så att det täcker både den konkreta handling som har

Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 27 mars 2012*

”Artikel 82 EG — Postföretag som har en dominerande ställning och som är skyldigt att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster i form av distribution av vissa adresserade försändelser — Tillämpning av låga priser gentemot vissa av en konkurrents tidigare kunder — Bevisning för avsikten saknas — Prisdiskriminering — Selektivt låga priser — Faktisk eller sannolik utestängning av en konkurrent — Inverkan på konkurrensen och därmed på konsumenterna — Sakliga skäl”

I mål C-209/10,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Højesteret (Danmark) genom beslut av den 27 april 2010, som inkom till domstolen den 3 maj 2010, i målet

Post Danmark A/S

mot

Konkurrencerådet,

ytterligare deltagare i rättegången:

Forbruger-Kontakt a-s,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot samt domarna A. Rosas, A. Ó Caoimh (referent), L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Arabadjiev och E. Jarašiūnas,

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 1 mars 2011,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Post Danmark A/S, genom S. Zinck, advokat, T. Lübbig, Rechtsanwalt, och N. Westergaard, advokat,

— Forbruger-Kontakt a-s, genom P. Stig Jakobsen, advokat,

* Rättegångsspråk: danska.

— Danmarks regering, genom C. Vang, i egenskap av ombud, biträdd av O. Koktvedgaard, advokat,

— Tjeckiens regering, genom M. Smolek, T. Müller och V. Štencel, samtliga i egenskap av ombud,

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av F. Arena, avvocato dello Stato,

— Europeiska kommissionen, genom B. Gencarelli, U. Nielsen och K. Mojzesowicz, samtliga i egenskap av ombud,

— Eftas övervakningsmyndighet, genom X. Lewis och M. Schneider, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 24 maj 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 82 EG.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Post Danmark A/S (nedan kallad Post Danmark) och Konkurrencerådet (konkurrensmyndigheten) rörande de priser som Post Danmark erbjudit tre tidigare kunder hos konkurrenten Forbruger-Kontakt a-s (nedan kallad Forbruger-Kontakt).

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

3 Post Danmark och Forbruger-Kontakt är de två viktigaste aktörerna i Danmark inom sektorn distribution av oadresserade försändelser (såsom reklam, telefonkataloger, informationsmaterial samt lokal- och regionaltidningar). Enligt beslutet om hänskjutande är denna sektor helt avreglerad och omfattas inte av den danska lagstiftningen om posttjänster. Det är utrett i det nationella målet att den relevanta marknaden kan avgränsas till den danska marknaden för distribution av oadresserade försändelser.

4 Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen hade Post Danmark ensamrätt vad gäller distribution av adresserade brev och paket under en viss angiven viktgräns. Till denna ensamrätt var knuten en skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, nämligen en skyldighet att, till följd av ensamrätten, distribuera adresserade försändelser under nämnda viktgräns. Företaget hade därför ett rikstäckande distributionsnät som även användes för distribution av oadresserade försändelser.

5 Forbruger-Kontakt, som ingår i den danska tidningskoncernen Søndagsavisen a-s, har som huvudsaklig verksamhet distribution av oadresserade försändelser. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i det nationella målet hade detta företag skapat ett i det närmaste rikstäckande distributionsnät, huvudsakligen genom att köpa upp mindre distributionsföretag.

6 Fram till år 2004 var de tre stormarknadskedjorna SuperBest, Spar och Coop viktiga kunder hos Forbruger-Kontakt. I slutet av år 2003 ingick Post Danmark avtal med dessa tre stormarknadskedjor, varigenom företaget, från och med den 1 januari 2004, anförtroddes distributionen av stormarknadskedjornas oadresserade försändelser.

7 Innan ovannämnda avtal ingicks hade Coop-koncernen fört förhandlingar med såväl Post Danmark som Forbruger-Kontakt. De anbud som lämnats av dessa båda aktörer var jämförbara vad beträffar priset, vilket dock var marginellt lägre i Post Danmarks anbud.

8 Vid handläggningen av ett klagomål från Forbruger-Kontakt fann Konkurrenceråd, genom beslut av den 29 september 2004, att Post Danmark hade missbrukat sin dominerande ställning på den danska marknaden för distribution av oadresserade försändelser, genom att föra en selektiv rabattpolitik i syfte att skapa lojalitet hos kunderna, varvid Post Danmark inte behandlade sina kunder lika vad beträffar priser och rabatter (vilket Konkurrenceråd ansåg utgöra ”prisdiskriminering riktad mot sekundärledet”) och tillämpade andra priser gentemot Forbruger-Kontakts tidigare kunder än gentemot de egna befintliga kunderna, utan att kunna motivera dessa betydande skillnader i företagets pris- och rabattvillkor med hänvisning till sina kostnader (vilket Konkurrenceråd ansåg utgöra ”prisdiskriminering riktad mot primärledet”).

9 Den nationella domstolen har angett att även om det pris som Coop-koncernen erbjöds inte täckte Post Danmarks ”genomsnittliga totala kostnader” så täckte det ändå de ”genomsnittliga inkrementella kostnaderna”.

10 Enligt Post Danmark har det avtal som ingåtts med Coop-koncernen inneburit betydande skalfördelar, särskilt med tanke på att avtalet avsåg fem av koncernens kedjor, det vill säga upp till fem försändelser per hushåll. I detta hänseende anges i beslutet om hänskjutande att Post Danmarks kostnader för att distribuera oadresserade försändelser sjönk med 0,13 DKK per försändelse mellan år 2003 och år 2004.

11 Konkurrenceråd fann emellertid, när det gäller kostnadsanalysen, att denna omständighet saknade betydelse för helhetsbedömningen av den prispolitik som Post Danmark tillämpade gentemot Coop-koncernen. Kriteriet att skalfördelar kommer att uppnås förekom nämligen inte i Post Danmarks allmänna politik avseende priser, rabatter, prisnedsättningar och återbäringar. Dessutom är de marginellt lägre kostnaderna för att dela ut flera försändelser till samma hushåll inte beroende av att försändelserna kommer från en och samma avsändare.

12 Konkurrenceankenævnet (överklagandemyndighet i konkurrensärenden) fastställde, genom beslut av den 1 juli 2005, Konkurrenceråds beslut av den 29 september 2004.

13 Konkurrenceankenævnet fastställde i beslutet även Konkurrenceråds beslut av den 24 november 2004, i vilket det slogs fast att det inte kunde styrkas att Post Danmark avsiktligen försökt eliminera konkurrensen och att Post Danmark följaktligen inte hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för distribution av oadresserade försändelser genom att tillämpa underprissättning i konkurrensbegränsande syfte.

14 Dessa beslut från Konkurrenceråd och Konkurrenceankenævnet har vunnit laga kraft såvitt avser konstaterandet att det inte var fråga om missbruk av dominerande ställning i form av underprissättning i konkurrensbegränsande syfte och såvitt avser konstaterandet att det förelåg sådant missbruk i form av ”prisdiskriminering riktad mot sekundärledet” i förhållande till de kunder Post Danmark hade utöver koncernerna SuperBest, Spar och Coop.

15 Post Danmark har emellertid överklagat besluten, i den del de avser missbruk av dominerande ställning i form av selektivt låga priser i förhållande till ovannämnda koncerner, till Østre Landsret (regional allmän domstol).

16 Genom dom av den 21 december 2007 fastställde Østre Landsret besluten från Konkurrenceråd och Konkurrenceankenævnet, i den del det däri hade konstaterats att Post Danmark hade missbrukat sin dominerande ställning på den danska marknaden för distribution av oadresserade försändelser, genom att – under perioden 2003–2004 – tillämpa en annan prispolitik gentemot Forbruger-Kontakts tidigare kunder än gentemot företagets egna befintliga kunder utan att kunna motivera dessa skillnader med hänvisning till sina kostnader.

17 Post Danmark har överklagat domen från Østre Landsret till Højesteret. Som grund för överklagandet har Post Danmark bland annat gjort gällande att de priser som erbjudits Coop-koncernen endast kan anses utgöra missbruk om det kan styrkas att det funnits en avsikt att eliminera en konkurrent, enligt

de kriterier som framgår av dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359) och som ”ändrats” genom kommissionens beslut 2001/354/EG av den 20 mars 2001 i ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget (ärende COMP/35.141 – Deutsche Post AG) (EGT L 125, s. 27). Konkurrencerådet har däremot hävdat att det inte är ett absolut krav att det finns en avsikt att slå ut en konkurrent för att det ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning att tillämpa en selektiv prispolitik innehållande priser som understiger de genomsnittliga totala kostnaderna men överstiger de genomsnittliga inkrementella kostnaderna.

18 Mot denna bakgrund beslutade Højesteret att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artikel 82 EG tolkas så, att det förhållandet att ett postföretag som har en dominerande ställning och som är skyldigt att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster genomför en selektiv sänkning av priserna till en nivå som är lägre än postföretagets genomsnittliga totala kostnader, men högre än företagets genomsnittliga inkrementella kostnader, utgör ett utestängande missbruk, även om det fastslås att priserna inte har fastställts till denna nivå i syfte att eliminera en konkurrent?

2) Vilka omständigheter ska den nationella domstolen beakta om fråga 1 besvaras så, att en selektiv sänkning av priserna under de förutsättningar som anges i frågan i vissa fall kan utgöra ett utestängande missbruk?”

Prövning av tolkningsfrågorna

19 Den nationella domstolen har ställt frågorna, vilka bör prövas i ett sammanhang, för att få klarhet i under vilka omständigheter en lågprispolitik som ett företag i dominerande ställning tillämpar gentemot vissa av en konkurrents tidigare kunder kan anses utgöra ett utestängande missbruk som strider mot artikel 82 EG och, i synnerhet, huruvida konstaterandet av att det föreligger en sådant utestängande missbruk kan grunda sig endast på den omständigheten att det pris som företaget i dominerande ställning tillämpar gentemot en enda kund ligger på en nivå som är lägre än de genomsnittliga totala kostnader som kan hänföras till den aktuella verksamheten, men högre än de genomsnittliga inkrementella kostnader som kan hänföras till densamma.

20 Det framgår av rättspraxis att artikel 82 EG inte endast avser förfaranden som direkt skadar konsumenterna, utan även förfaranden som skadar konsumenterna genom att de har en skadlig inverkan på konkurrensen (dom av den 17 februari 2011 i mål C-52/09, TeliaSonera Sverige, REU 2011, s. I-527, punkt 24 och där angiven rättspraxis). Det är i sistnämnda mening som uttrycket utestängande missbruk, vilket används i tolkningsfrågorna, ska förstås.

21 Det framgår av fast rättspraxis att konstaterandet av förekomsten av en dominerande ställning inte i sig innebär någon anmärkning mot det berörda företaget (se dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 57, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, och av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, punkt 37). Artikel 82 EG syftar nämligen inte på något sätt till att hindra ett företag från att, av egen förtjänst, skapa sig en dominerande ställning på marknaden (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige, punkt 24). Denna bestämmelse syftar inte heller till att säkerställa att konkurrenter som är mindre effektiva än det företag som har en dominerande ställning ska kunna stanna på marknaden.

22 Det är således inte alla verkningar av ett utestängande som nödvändigtvis har en skadlig inverkan på konkurrensen (se, analogt, domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige, punkt 43). Pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) kan per definition leda till att konkurrenter som är mindre effektiva, och således mindre intressanta för konsumenterna vad beträffar bland annat pris, urval, kvalitet och nyskapande, försvinner från eller får mindre betydelse på marknaden.

23 Det framgår likaledes av fast rättspraxis att det företag som har en dominerande ställning har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en reell och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (se dom av den 2 april 2009 i mål C-202/07 P, France Télécom mot kommissionen, REG 2009, s. I-2369, punkt 105 och där angiven rättspraxis). När en dominerande ställning har uppkommit till följd av ett tidigare lagstadgat monopol måste denna omständighet beaktas.

24 I detta hänseende erinrar domstolen om att artikel 82 EG särskilt avser sådant beteende hos ett företag i dominerande ställning som, till skada för konsumenterna, hindrar att den konkurrens som föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas genom att använda andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen AKZO mot kommissionen, punkt 69, och France Télécom mot kommissionen, punkterna 104 och 105, samt dom av den 14 oktober 2010 i mål C-280/08 P, Deutsche Telekom mot kommissionen, REU 2010, s. I-9555, punkterna 174, 176 och 180 samt där angiven rättspraxis).

25 Det är således, enligt artikel 82 EG, förbjudet för ett företag i dominerande ställning att tillämpa ett förfarande som leder till en utestängningseffekt för lika effektiva konkurrenter och därmed stärka sin dominerande ställning på andra sätt än genom pris- och prestationskonkurrens. Mot bakgrund härav kan således inte all priskonkurrens anses vara tillåten (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen AKZO mot kommissionen, punkterna 70 och 72, France Télécom mot kommissionen, punkt 106, och Deutsche Telekom mot kommissionen, punkt 177).

26 För att bedöma huruvida ett företag har missbrukat sin dominerande ställning genom sin prissättning, är det nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter och undersöka huruvida prissättningen syftar till att frånta köparen möjligheten att välja sina inköpskällor eller att inskränka denna möjlighet, att hindra konkurrenternas inträde på marknaden, att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel, eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrida konkurrensen (domen i det ovannämnda målet Deutsche Telekom mot kommissionen, punkt 175 och där angiven rättspraxis).

27 I domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, i vilket domstolen hade att ta ställning till huruvida ett företag hade gjort sig skyldig till underprissättning i konkurrensbegränsande syfte, uttalade domstolen, i punkt 71, att priser som är lägre än de genomsnittliga ”rörliga” kostnaderna (det vill säga de kostnader som varierar i förhållande till den producerade mängden) i princip ska betraktas som missbruk, eftersom ett företag i dominerande ställning inte kan antas ha något annat ekonomiskt syfte med tillämpningen av sådana priser än att eliminera sina konkurrenter. Domstolen uttalade vidare, i punkt 72 i domen, att priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna ska betraktas som missbruk när de fastställs som ett led i en plan som syftar till att eliminera en konkurrent.

28 För att bedöma huruvida det var rättsenligt för ett företag i dominerande ställning att tillämpa en lågprispolitik tillämpade domstolen kriterier som grundade sig på en jämförelse mellan de aktuella priserna och vissa av det dominerande företagets kostnader samt på det dominerande företagets strategi (se domarna i de ovannämnda målen AKZO mot kommissionen, punkt 74, och France Télécom mot kommissionen, punkt 108).

29 När det gäller frågan huruvida Post Danmark eventuellt tillämpade en konkurrensbegränsande strategi framgår det av handlingarna i målet att det klagomål som gett upphov till tvisten i det nationella målet grundade sig på att Post Danmark eventuellt, genom en lågprispolitik gentemot vissa av de viktigaste kunderna hos företagets konkurrent, hade kunnat eliminera denna konkurrent från den relevanta marknaden. Enligt vad som framgår av beslutet om hänskjutande har det emellertid inte kunnat styrkas att Post Danmark avsiktligen försökt eliminera denna konkurrent.

30 I motsats till vad som hävdats av den danska regeringen, vilken i detta mål har yttrat sig till stöd för Konkurrencerådets talan i det nationella målet, kan den omständigheten att ett förfarande hos ett företag som har en dominerande ställning, liksom den prispolitik som är i fråga i det nationella målet, kan kvalificeras som ”prisdiskriminering” – det vill säga tillämpning av olika priser för olika kunder eller olika kundkategorier för varor eller tjänster för vilka kostnaderna är desamma eller, omvänt, tillämpning av samma pris för klienter för vilka anbudskostnaderna varierar – inte i sig innebära att det är fråga om utestängande missbruk.

31 I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet att de danska konkurrensmyndigheterna, vid pris–kostnadsjämförelsen, inte har använt begreppet ”rörliga kostnader”, som omnämns i den rättspraxis som bygger på domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, utan till ett annat begrepp, nämligen det som myndigheterna kallat ”inkrementella kostnader”. I detta hänseende framgår det bland annat av den danska regeringens skriftliga yttrande och av dess skriftliga svar på domstolens frågor att de danska konkurrensmyndigheterna har definierat ”inkrementella kostnader” som ”de kostnader som kan antas falla bort på kort eller medellång sikt (tre till fem år) för det fall att Post Danmark upphör med den verksamhet som består i distribution av oadresserade försändelser”. Den danska regeringen har dessutom angett att de ”genomsnittliga totala kostnaderna” har definierats såsom ”de genomsnittliga inkrementella kostnaderna med tillägg av en skönsmässigt uppskattad andel av Post Danmarks samkostnader för verksamhet som inte omfattas av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster”.

32 Såsom den danska regeringen har angett i sitt skriftliga svar på domstolens frågor karakteriseras tvisten i det nationella målet av att det finns väsentliga kostnader som hänför sig både till verksamhet som omfattas av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster och till verksamheten med distribution av oadresserade försändelser. Dessa ”samkostnader” beror särskilt på den omständigheten att Post Danmark, vid tiden för omständigheterna i det nationella målet, huvudsakligen använde samma infrastruktur och samma personal för distributionen av oadresserade försändelser som för den verksamhet som var förbehållen företaget till följd av dess skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster vad avser vissa adresserade försändelser. Enligt den danska regeringen är det Konkurrencerådets uppfattning att eftersom Post Danmarks verksamhet med distribution av oadresserade försändelser drog fördel av de ”gemensamma resurserna i [företagets] distributionsnät” kunde kostnaderna hänförliga till skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster reduceras under en period på tre till fem år om Post Danmark skulle upphöra med distributionen av oadresserade försändelser.

33 Mot bakgrund härav framgår det av handlingarna i målet, särskilt av punkterna 148–151 och 200 i Konkurrencerådets beslut av den 24 november 2004, vilket nämnts i punkt 13 i denna dom, att Konkurrencerådet, vid värderingen av de kostnader som kallats ”genomsnittliga inkrementella kostnader”, bland annat har beaktat inte bara de fasta och rörliga kostnader som endast kan hänföras till verksamheten med distribution av oadresserade försändelser, utan även delkostnader som kan kvalificeras som ”rörliga samkostnader”, ”75 procent av de hänförbara samkostnaderna för den logistiska kapaciteten” och ”25 procent av de icke hänförbara samkostnaderna”.

34 Med hänsyn till de speciella omständigheterna i det nationella målet finner domstolen att en sådan fördelningsmetod förefaller syfta till att identifiera den väsentliga delen av de kostnader som kan hänföras till den verksamhet som består i distribution av oadresserade försändelser.

35 Efter det att kostnadsvärderingen genomförts kunde det bland annat konstateras att det pris som erbjudits Coop-koncernen inte gav Post Danmark möjlighet att täcka de genomsnittliga totala kostnader som kunde hänföras till den samlade verksamheten med distribution av oadresserade försändelser, men att det gav möjlighet till täckning för de genomsnittliga inkrementella kostnader som kunde hänföras till denna verksamhet, såsom dessa kostnader fastställts av de danska konkurrensmyndigheterna.

36 Vidare är det utrett att de priser som erbjöds koncernerna Spar och SuperBest i det aktuella fallet har värderats överstiga nämnda genomsnittliga totala kostnader, såsom dessa kostnader fastställts av de danska konkurrensmyndigheterna. Under dessa omständigheter kan dessa priser inte anses vara konkurrensbegränsande.

37 När det gäller de priser som tillämpats gentemot Coop-koncernen kan en sådan prispolitik som är i fråga i det nationella målet inte kvalificeras som utestängande missbruk endast på grund av den omständigheten att det pris som företaget i dominerande ställning tillämpat gentemot en enda kund understiger de genomsnittliga totala kostnader som kan hänföras till den aktuella verksamheten, men överstiger de genomsnittliga inkrementella kostnader som kan hänföras till denna verksamhet, såsom dessa båda kostnadsposter fastställts i det nationella målet.

38 I den mån ett företag som har en dominerande ställning sätter sina priser på en sådan nivå att de täcker huvuddelen av de kostnader som kan hänföras till saluförandet av den aktuella varan eller tillhandahållandet av den aktuella tjänsten, har nämligen en lika effektiv konkurrent i princip möjlighet att konkurrera med sina priser utan att ådra sig oacceptabla förluster på lång sikt.

39 Det ankommer på den nationella domstolen att, mot bakgrund av konstaterandet i föregående punkt, göra en bedömning av de relevanta omständigheterna i det mål den har att avgöra. Under alla förhållanden framgår det av de handlingar i målet som getts in till domstolen att Forbruger-Kontakt har kunnat bibehålla sitt distributionsnät trots den förlorade postmängden från de tre kunder som är i fråga i det nationella målet och att företaget, under år 2007, har kunnat ta tillbaka Coop-koncernen, och så småningom även Spar-koncernen, som kund med avseende på den aktuella distributionen.

40 För det fall den nationella domstolen ändå, som resultat av bedömningen, skulle konstatera att Post Danmarks beteende fått konkurrensbegränsande verkningar ska det erinras om att ett företag i dominerande ställning kan rättfärdiga sådana ageranden som kan omfattas av förbudet i artikel 82 EG (se bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands och United Brands Continentaal mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkt 184, svensk specialutgåva, volym 4, s. 9, och av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, REG 1995, s. I-743, punkterna 54 och 55, samt domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige, punkterna 31 och 75).

41 Ett sådant företag kan i detta hänseende särskilt visa antingen att dess beteende är objektivt nödvändigt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM, REG 1985, s. 3261, punkt 27) eller att den utestängningseffekt som nämnda beteende ger upphov till kan motvägas eller rentav uppvägas av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten (dom av den 15 mars 2007 i mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, REG 2007, s. I-2331, punkt 86, och domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige, punkt 76).

42 Det ankommer på det företag som har en dominerande ställning att visa att de effektivitetsvinster som kan följa av det aktuella beteendet neutraliserar de sannolika skadliga verkningarna på konkurrensen och konsumenternas intressen på de berörda marknaderna, att dessa effektivitetsvinster har uppnåtts eller kan uppnås tack vare nämnda beteende, att beteendet är en nödvändig förutsättning för att effektivitetsvinsterna ska kunna uppnås och att företaget inte eliminerar en reell konkurrens genom att undanröja alla eller nästan alla befintliga källor till faktisk eller potentiell konkurrens.

43 I det aktuella fallet finner domstolen, med avseende på vad som angetts i punkt 11 i denna dom, att endast den omständigheten att ett kriterium som uttryckligen bygger på effektivitetsvinster inte ingår bland de faktorer som framgår av Post Danmarks prislistor inte kan utgöra grund för att underlåta att, i förekommande fall, beakta sådana effektivitetsvinster, under förutsättning att förekomsten och omfattningen av dem kan fastslås i enlighet med de krav som anges i punkt 42 i denna dom.

44 Mot denna bakgrund ska tolkningsfrågorna besvaras enligt följande. Artikel 82 EG ska tolkas så, att en lågprispolitik som ett företag i dominerande ställning tillämpar gentemot vissa av en konkurrents viktiga tidigare kunder inte kan anses utgöra ett utestängande missbruk endast på den grunden att det pris som företaget tillämpar gentemot en av dessa kunder understiger de genomsnittliga totala kostnader som kan hänföras till den aktuella verksamheten, men överstiger de genomsnittliga inkrementella kostnader som kan hänföras till densamma, såsom dessa kostnader fastställts i det förfarande som gett upphov till det nationella målet. Vid bedömningen av om det föreligger konkurrensbegränsande verkningar i ett sådant fall ska det prövas huruvida denna prispolitik utan objektivt godtagbara skäl leder till att nämnda konkurrent faktiskt eller sannolikt utestängs till skada för konkurrensen och därmed för konsumenternas intressen.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

Artikel 82 EG ska tolkas så, att en lågprispolitik som ett företag i dominerande ställning tillämpar gentemot vissa av en konkurrents viktiga tidigare kunder inte kan anses utgöra ett utestängande missbruk endast på den grunden att det pris som företaget tillämpar gentemot en av dessa kunder understiger de genomsnittliga totala kostnader som kan hänföras till den aktuella verksamheten, men överstiger de genomsnittliga inkrementella kostnader som kan hänföras till densamma, såsom dessa kostnader fastställts i det förfarande som gett upphov till det nationella målet. Vid bedömningen av om det föreligger konkurrensbegränsande verkningar i ett sådant fall ska det prövas huruvida denna prispolitik utan objektivt godtagbara skäl leder till att nämnda konkurrent faktiskt eller sannolikt utestängs till skada för konkurrensen och därmed för konsumenternas intressen.

Underskrifter

Mål C-23/14 Post Danmark Domstolens dom - 6 oktober 2015

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 6 oktober 2015 (*)

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 82 EG – Missbruk av dominerande ställning – Marknaden för distribution av massbrev – Direktreklam – System med retroaktiva rabatter – Utestängningseffekt – Kriteriet om lika effektiv konkurrent – Sannolikheten för en konkurrensbegränsande verkan och allvaret av denna verkan”

I mål C23/14,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Sø- og Handelsretten (Danmark) genom beslut av den 8 januari 2014, som inkom till domstolen den 16 januari 2014, i målet

Post Danmark A/S

mot

Konkurrencerådet,

ytterligare deltagare i rättegången:

Bring Citymail Danmark A/S,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden R. Silva de Lapuerta samt domarna J.C. Bonichot, A. Arabadjiev, J.L. da Cruz Vilaça (referent) och C. Lycourgos,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 26 mars 2015,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Post Danmark A/S, genom S. Zinck, advokat, och T. Lübbig, Rechtsanwalt,

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

– Bring Citymail Danmark A/S, genom P. Jakobsen, advokat,

– Danmarks regering, genom M. Wolff, i egenskap av ombud, biträdd av J. Pinborg, advokat,

– Tysklands regering, genom T. Henze och J. Möller, båda i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom É. Gippini Fournier, L. Malferrari och L. Grønfeldt, samtliga i egenskap av ombud,

– Eftas övervakningsmyndighet, genom X. Lewis, M. Schneider och M. Moustakali, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 21 maj 2015 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 82 EG.

Begäran har framställts i ett mål mellan Post Danmark A/S (nedan kallat Post Danmark) och Konkurrencerådet (konkurrensmyndigheten), angående ett system med retroaktiva rabatter som Post Danmark tillkämpade under åren 2007 och 2008 för adresserad direktreklam som skickades i stora volymer.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, det vill säga under åren 2007 och 2008, kontrollerades Post Danmark av danska staten och ansvarade för den samhällsomfattande tjänsten att, i hela Danmark, inom en dag distribuera brev och paket, bland annat massbrev, med en högsta vikt på 2 kg. Bolaget var skyldigt att tillämpa ett system med enhetlig prissättning för de tjänster som utgjorde samhällsomfattande tjänster oberoende av var försändelserna skulle delas ut.

Som kompensation för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster och den enhetliga prissättningen hade Post Danmark en lagstadgad ensamrätt till distribution av försändelser med en vikt på högst 50 gram, inbegripet massbrev och däribland direktreklam.

Direktreklam är ett segment inom marknaden för massbrev bestående i distribution, i samband med marknadsföringskampanjer, av adresserade reklamutskick med enhetligt innehåll.

Det framgår av beslutet om hänskjutande att Post Danmark under år 2003 införde ett rabattsystem avseende direktreklam. Vid den tiden förekom inte någon konkurrens på marknaden för distribution av massbrev och distributionsmonopolet gällde samtliga brev med en högsta vikt på 100 gram.

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Kunderna hade rätt till rabatterna om de lämnade in minst 3 000 försändelser åt gången och det krävdes att den sammanlagda volymen under ett år antingen uppgick till minst 30 000 försändelser eller motsvarade en årlig portokostnad på minst 300 000 danska kronor (DKK) brutto (omkring 40 200 euro). Rabattsystemet följde en skala på mellan 6 och 16 procent, varvid den högsta procentsatsen gällde för kunder vars volym översteg två miljoner försändelser per år, eller motsvarade en portokostnad på mer än 20 miljoner DKK (omkring 2 680 426 euro). Rabattskalan var ”standardiserad”, det vill säga alla kunder kunde erhålla samma rabatt i förhållande till deras kumulerade köp under referensperioden som var ett år.

I början av varje år slöt Post Danmark avtal med sina kunder i vilka den beräknade mängden försändelser under året angavs. Rabatterna beviljades och periodiska fakturor utfärdades på grundval av avtalen. Vid årets slut gjorde Post Danmark en justering när de inlämnade volymerna inte motsvarade de ursprungligen uppskattade volymerna. De priser som varje kund skulle betala justerades i slutet av året med retroaktiv verkan till början av samma år, på grundval av den mängd försändelser som faktiskt inlämnats. Den slutliga rabattsatsen tillämpades således på samtliga försändelser som lämnats in under den aktuella perioden och inte endast på det antal försändelser som överskred den ursprungligen uppskattade volymen. På samma sätt var en kund återbetalningsskyldig gentemot Post Danmark om den verkliga volymen försändelser visade sig vara mindre än prognoserna.

Det rabattsystem som var aktuellt i det nationella målet var tillämpligt på samtliga adresserade reklamförsändelser, oavsett om de omfattades av Post Danmarks ensamrätt och oavsett om distribution skett i zoner som inte täcktes av andra aktörer. Det framgår av beslutet om hänskjutande att det progressiva rabattssystem som gällde direktreklamtjänster var mer fördelaktigt för medelstora kunder, eftersom den volym som mycket stora kunder lämnade in vida översteg tröskeln för den högsta rabattnivån.

Bring Citymail Danmark A/S (nedan kallat Bring Citymail), som är ett dotterbolag till Posten Norge AS – tillhandahållare av samhällsomfattande posttjänster i Norge – började den 1 januari 2007 att dela ut företagsbrev, inbegripet direktreklam, i Danmark. Bring Citymail erbjöd inte utdelning inom en dag från avsändandet utan inom tre dagar. Tjänsten tillhandahölls omkring en miljon hushåll i och runt Köpenhamn (Danmark), vilket motsvarade ungefär 40 procent av samtliga berörda hushåll.

Under den relevanta perioden var Bring Citymail den enda konkurrenten av betydelse till Post Danmark på marknaden för massbrev.

År 2010 drog sig Bring Citymail tillbaka från den danska marknaden på grund av stora förluster. Enligt vad som uppgetts i detta avseende led bolaget en förlust med 500 miljoner DKK (omkring 67 010 654 euro) till följd av etableringskostnader och negativa resultat under räkenskapsåren 2006–2009.

Bring Citymail inkom med klagomål till Konkurrencerådet som, i beslut av den 24 juni 2009, fann att Post Danmark hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för massbrev genom att, under åren 2007 och 2008, tillämpa rabatter för direktreklam vilka var lojalitetsskapande och ledde till avskärmning av markaden, utan att kunna visa på några effektivitetsvinster som hade kunnat komma konsumenterna tillgodo och neutralisera rabatternas konkurrensbegränsande verkan.

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Konkurrencerådet fann bland annat att Post Danmark var en oundviklig handelspartner på marknaden för massbrev, eftersom bolaget hade en marknadsandel på 95 procent av en marknad på vilken inträde försvårats till följd av betydande hinder och vilken kännetecknades av stordriftsfördelar. Dessutom åtnjöt Post Danmark stora strukturella fördelar bland annat genom den lagstadgade ensamrätten. Under den relevanta perioden omfattades nämligen mer än 70 procent av alla massbrev av Post Danmarks ensamrätt. Bolagets geografiska täckningsområde var också unikt i och med att det omfattade hela Danmark.

Enligt Konkurrencerådet medförde dessa omständigheter att kunderna till denna typ av tjänster var tvungna att vända sig till Post Danmark med avseende på 70 procent av de försändelser för vilka Post Danmark hade ensamrätt och med avseende på merparten av de massbrev som skulle skickas utanför Bring Citymails geografiska täckningsområde, varför Bring Citymail, inom sitt eget geografiska område, endast kunde konkurrera i fråga om omkring 30 procent av alla försändelser.

Konkurrencerådet framhöll också rabattsystemets struktur och innehåll, bland annat den omständigheten att det verkade retroaktivt, med en ettårsperiod under vilken rabatträttigheter förvärvades, och att rabattskalan var omfattande. Enligt Konkurrencerådet kunde omkring två tredjedelar av den volym direktreklam som distribuerades utanför det område där Post Danmark hade ensamrätt inte överföras från Post Danmark till Bring Citymail utan negativa verkningar på rabattskalan.

Konkurrencerådet drog härav slutsatsen att nämnda system hade en konkurrensbegränsande utestängningseffekt på marknaden. I motsats till Post Danmark ansåg Konkurrencerådet att det inte var relevant att grunda bedömningen av den konkurrensbegränsande utestängningseffekt som rabattsystemet hade haft på marknaden på det så kallade ”lika effektiv konkurrent”-kriteriet, vilket skulle innefatta en jämförelse av priserna med det dominerande företagets kostnader. Mot bakgrund av den relevanta marknadens särskilda beskaffenhet kunde det nämligen inte krävas, med avseende på en sådan jämförelse, att en ny konkurrent på kort sikt skulle vara lika effektiv som Post Danmark.

Konkurrenceankenævnet (överklagandemyndighet i konkurrensärenden) fastställde, genom beslut av den 10 maj 2010, Konkurrencerådets beslut av den 24 juni 2009.

Post Danmark överklagade till Sø- og Handelsretten (domstol för sjö- och handelsrättsliga mål) som angav att ett sådant rabattsystem som det här aktuella förvisso ska vara ägnat att ha en viss utestängningseffekt på marknaden för att det ska strida mot artikel 82 EG. Sø- og Handelsretten fann emellertid att det förelåg tvivel om vilka kriterier som ska tillämpas vid bedömningen av om ett rabattsystem konkret är ägnat att ha utestängningseffekt i strid med artikel 82 EG.

Mot denna bakgrund beslutade Sø- og Handelsretten att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Enligt vilka riktlinjer ska det avgöras om ett dominerande företags tillämpning av ett rabattsystem med en standardiserad volymtröskel med de i punkterna 10 och 11 i begäran om förhandsavgörande nämnda särdragen utgör missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 82 EG?

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Som ett led i besvarandet av frågan ombeds domstolen klargöra vilken betydelse det har för bedömningen huruvida rabattsystemets trösklar fastställts på sådant sätt, att rabattsystemet är tillämpligt på merparten av kunderna på marknaden.

Som ett led i besvarandet av frågan ombeds domstolen vidare klargöra vilken betydelse, om alls någon, det dominerande företagets priser och kostnader har för bedömningen enligt artikel 82 EG av ett sådant rabattsystem (betydelsen av ett kriterium om ’en lika effektiv konkurrent’).

Domstolen ombeds även klargöra vilken betydelse marknadens särdrag har i det sammanhanget, bland annat om marknadens särdrag kan motivera att det får anses föreligga en utestängningseffekt genom andra undersökningar och analyser än ett kriterium om en ’lika effektiv konkurrent’ (se, angående detta, punkt 24 i kommissionens meddelande [med rubriken ’Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder’ (EUT C 45, 2009, s. 7)).

2) Hur sannolik och allvarlig ska den konkurrensbegränsande verkan av ett rabattsystem, med de i punkterna 10 och 11 i begäran om förhandsavgörande nämnda särdragen, vara för att artikel 82 EG ska vara tillämplig?

3) Vilka är de närmare omständigheter som den nationella domstolen, med hänsyn till svaret på frågorna 1 och 2, ska beakta vid bedömningen av om ett rabattsystem under sådana omständigheter som de som beskrivs i förevarande begäran om förhandsavgörande (marknadens och rabattsystemets särdrag), konkret har eller är ägnat att ha en sådan utestängningseffekt på marknaden att det utgör ett missbruk som omfattas av artikel 82 EG?

Är det i det sammanhanget ett krav att utestängningseffekten på marknaden är märkbar?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan, första och andra styckena, och den tredje frågan, första stycket

Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan, första och andra styckena och den tredje frågan, första stycket, vilka ska prövas gemensamt, för att få klarhet i vilka kriterier som ska tillämpas vid bedömningen av om ett sådant rabattsystem som det här aktuella kan ha en utestängningseffekt på marknaden i strid med artikel 82 EG. Den hänskjutande domstolen önskar även få klarhet i vilken betydelse det har vid bedömningen att rabattsystemet är tillämpligt på merparten av kunderna på marknaden.

Av de handlingar som getts in till domstolen framgår att det rabattsystem som Post Danmark tillämpade under åren 2007 och 2008 utmärktes av följande tre huvuddrag.

För det första var rabattskalan, som omfattade rabattsatser på mellan 6 och 16 procent, ”standardiserad”, det vill säga alla kunder kunde erhålla samma rabatt i förhållande till sina kumulerade köp under en referensperiod som var ett år.

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

För det andra var rabatterna ”villkorliga” i så måtto att Post Danmark i början av varje år slöt avtal med sina kunder i vilka den beräknade mängden försändelser under året angavs. Vid årets slut gjorde Post Danmark en justering när de inlämnade volymerna inte motsvarade de ursprungligen uppskattade volymerna.

För det tredje var rabatterna ”retroaktiva” på så sätt att när den volym som ursprungligen beräknats överskridits tillämpades den rabattsats som fastställdes i slutet av året på samtliga försändelser som lämnats in under den aktuella perioden och inte endast på det antal försändelser som överskred den ursprungligen uppskattade volymen.

När det gäller tillämpningen av artikel 82 EG på ett rabattsystem erinrar domstolen om att den bestämmelsen, genom förbudet mot missbruk av en dominerande ställning på marknaden i den mån det skulle kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna, avser beteenden som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av närvaron av ett företag med dominerande ställning och som hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas (se, för ett liknande resonemang, dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 70, och dom British Airways/kommissionen, C95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 66).

Det framgår likaså av fast rättspraxis att en lojalitetsrabatt – till skillnad från en mängdrabatt som enbart är knuten till volymen inköp hos en viss tillverkare och som i princip inte utgör en överträdelse av artikel 82 EG – vilken genom ekonomiska förmåner syftar till att hindra att det dominerande företagets kunder gör alla eller en betydande del av sina inköp hos konkurrerande tillverkare utgör missbruk i den mening som avses i den bestämmelsen (se dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 71, och dom Tomra Systems m.fl./kommissionen, C549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 70).

Det rabattsystem som är aktuellt i det nationella målet kan inte anses vara endast en mängdrabatt som enbart är knuten till volymen inköp, eftersom rabatterna inte beviljas för varje enskild beställning – och således motsvarar tjänsteleverantörens kostnadsbesparing – utan i förhållande till samtliga beställningar som gjorts under en viss period. Inte heller var systemet förenat med en skyldighet eller ett löfte från kundernas sida att täcka hela eller en viss del av sina behov genom inköp hos Post Danmark, vilket särskiljer det från lojalitetsrabatter i den mening som avses i den rättspraxis som nämnts i föregående punkt.

För att under dessa omständigheter avgöra huruvida företaget med en dominerande ställning har missbrukat denna ställning genom att tillämpa ett sådant rabattsystem som det som är aktuellt i det nationella målet, har domstolen vid flera tillfällen angett att det är nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter, särskilt kriterierna och villkoren för beviljandet av rabatten, samt att undersöka om rabatten, genom att ge en förmån som inte baserar sig på någon ekonomisk motprestation som motiverar den, är ägnad att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartner tillämpa olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrida konkurrensen (dom British Airways/kommissionen, C95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 67, och dom Tomra Systems m.fl./kommissionen, C549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 71).

Mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i förevarande mål ska dessutom omfattningen av Post Danmarks dominerande ställning och de särskilda konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden ingå i bedömningen av samtliga relevanta omständigheter.

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

I det avseendet ska det först avgöras huruvida rabatterna kan leda till en utestängningseffekt, det vill säga om de är ägnade att försvåra eller till och med omöjliggöra för det dominerande företagets konkurrenter att få tillträde till marknaden och för företagets avtalsparter att välja sina inköpskällor eller handelspartner. Därefter ska det undersökas huruvida de beviljade rabatterna objektivt sett är ekonomiskt motiverade (dom British Airways/kommissionen, C95/04 P, EU:C:2007:166, punkterna 68 och 69).

Vad för det första gäller kriterierna och villkoren för beviljandet av rabatterna påpekar domstolen att de här aktuella rabatterna var ”retroaktiva”, i så måtto att om den volym försändelser som ursprungligen beräknats vid årets början överskreds var den rabattsats som fastställdes i slutet av året tillämplig på samtliga försändelser som lämnats in under referensperioden och inte endast på det antal försändelser som överskred den ursprungligen uppskattade volymen. I gengäld blev en kund återbetalningsskyldig gentemot Post Danmark om den verkliga volymen försändelser visade sig vara mindre än prognoserna.

Det följer emellertid av rättspraxis att de skyldigheter som åligger det dominerande företagets avtalsparter enligt avtalet kan vara särskilt omfattande och pressen på dessa särskilt stark när en rabatt inte bara hänför sig till ökningen av avtalsparternas inköp av företagets produkter under den period som beaktas, utan även omfattar samtliga dessa inköp. På så sätt kan förhållandevis oansenliga variationer i försäljningen av det dominerande företagets produkter få oproportionerliga effekter för avtalsparterna (se, för ett liknande resonemang, dom British Airways/kommissionen, C95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 73).

Det ska dessutom framhållas att det här aktuella rabattsystemet byggde på en referensperiod på ett år. Alla system för rabatter som beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under en relativt lång referensperiod ökar pressen på köparen mot slutet av referensperioden att uppnå den omsättning som krävs för att uppnå de fördelar som står på spel eller att undvika den förutsedda förlusten för hela perioden (dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 81).

Såsom generaladvokaten har angett i punkterna 37 och 38 i sitt förslag till avgörande kan ett sådant rabattsystem följaktligen göra det lättare för det dominerande företaget att binda sina egna kunder och att locka till sig konkurrenternas kunder och på så vis suga upp den del av efterfrågan som är öppen för konkurrens på den relevanta marknaden. Denna uppsugningseffekt förstärktes ytterligare genom att rabatterna i det nationella målet tillämpades utan åtskillnad på den del av efterfrågan som var öppen för konkurrens och på den del av efterfrågan som inte var öppen för konkurrens, det vill säga i sistnämnda fall på adresserade direktreklamförsändelser med en vikt på mindre än 50 gram, vilka omfattades av Post Danmarks lagstadgade monopol.

Det framgår av de handlingar som getts in till domstolen att det i fråga om 25 av Post Danmarks största kunder, vilka motsvarade ungefär hälften av transaktionsvolymen på den relevanta marknaden under den aktuella perioden, var omöjligt att från Post Danmark till Bring Citymail överföra omkring två tredjedelar av de försändelser som delades ut som direktreklam utanför det område där Post Danmark hade ensamrätt, utan negativa verkningar på rabattskalan. Om det visar sig att det förhåller sig på det sättet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva, är incitamentet att göra samtliga eller en stor del av inköpen hos Post Danmark särskilt starkt, vilket i betydande mån inskränker kundernas frihet att välja leverantör

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Vad vidare gäller den standardiserade rabattskalan som innebar att alla kunder kunde erhålla samma rabatt i förhållande till sina kumulerade köp under referensperioden kan det av ett sådant särdrag visserligen dras den slutsatsen att det rabattsystem som Post Danmark genomförde i princip inte innebar att olika villkor för likvärdiga transaktioner tillämpades med vissa handelspartner i den mening som avses i artikel 82 c EG.

Enbart den omständigheten att ett rabattsystem inte är diskriminerande hindrar emellertid inte att systemet anses kunna leda till en utestängningseffekt på marknaden i strid med artikel 82 EG. I dom Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, punkterna 86 och 91), slog domstolen nämligen fast – efter att ha underkänt kommissionens anmärkning att det rabattsystem som Michelin tillämpade var diskriminerande – att systemet likväl stred mot artikel 82 EG, eftersom det innebar att återförsäljarna hamnade i en beroendeställning gentemot Michelin.

Vad vidare gäller omfattningen av Post Danmarks dominerande ställning och de särskilda konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden för massbrev framgår det av beslutet om hänskjutande att Post Danmark hade en marknadsandel på 95 procent av en marknad som skyddades mot inträde genom betydande hinder och som kännetecknades av stordriftsfördelar. Post Danmark åtnjöt även strukturella fördelar bland annat genom den lagstadgade ensamrätten till distribution av försändelser med en vikt på högst 50 gram, vilken omfattade 70 procent av alla massbrev. Dessutom hade Post Danmark ett unikt geografiskt täckningsområde som omfattade hela Danmark.

Ett företag som har särskilt stora marknadsandelar befinner sig i en maktposition som gör det till en oundgänglig handelspartner och som ger företaget i fråga handlingsfrihet (dom Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 41). Under dessa förhållanden är det särskilt svårt för det dominerande företagets konkurrenter att bjuda över sådana rabatter som grundar sig på den totala försäljningsvolymen. Företaget med dominerande ställning är på grund av sin betydligt större marknadsandel som regel en oundviklig handelspartner på marknaden (se dom British Airways/kommissionen, C95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 75).

Denna omständighet, sammantagen med de omständigheter som angetts i punkt 39 ovan, vilka bidrar till att klargöra de befintliga konkurrensförhållandena på den relevanta marknaden, möjliggör slutsatsen att konkurrensen på den marknaden redan var starkt begränsad.

Mot denna bakgrund ska det anses att ett sådant rabattsystem som det som är aktuellt i det nationella målet vilket, utan att det berörda företaget binder kunderna till sig genom en formell förpliktelse, likväl är ägnat att försvåra för företagets kunder att göra inköp hos konkurrerande företag, leder till en konkurrensbegränsande utestängningseffekt (se, för ett liknande resonemang dom Tomra Systems m.fl./kommissionen, C549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 72).

Den hänskjutande domstolen önskar vidare få klarhet i vilken betydelse det har vid bedömningen av det rabattsystem som Post Danmark har genomfört att rabattsystemet är tillämpligt på merparten av kunderna på marknaden.

Den omständigheten att de rabatter som Post Danmark tillämpade rörde en stor del av kunderna på marknaden är inte i sig ett tecken på att företaget har gjort sig skyldigt till missbruk.

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Domstolen har nämligen i ett mål som bland annat rörde bedömning av lojalitetsrabatter som ett dominerande företag tillämpat slagit fast att det inte var nödvändigt att undersöka hur stor andel av avtalen som hade innehållit respektive saknat den omtvistade klausulen (dom Suiker Unie m.fl./kommissionen, 40/7348/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174, punkt 511).

Den omständigheten att ett rabattsystem, såsom det här aktuella, är tillämpligt på merparten av kunderna på marknaden kan emellertid ge användbar vägledning om beteendets omfattning och dess påverkan på marknaden och kan medföra att sannolikheten för att det föreligger en konkurrensbegränsande utestängningseffekt ökar.

För det fall den nationella domstolen skulle konstatera att det förekommer konkurrensbegränsande verkningar som ska tillskrivas Post Danmark ska det erinras om att ett företag med dominerande ställning inte desto mindre kan rättfärdiga sådana ageranden som kan omfattas av förbudet i artikel 82 EG.

I synnerhet kan ett dominerande företag visa att den utestängningseffekt som dess beteende ger upphov till kan motvägas eller rentav uppvägas av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenterna (se dom British Airways/kommissionen, C95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 86, och dom TeliaSonera Sverige, C52/09 , EU:C:2011:83, punkt 76).

Det ankommer därvid på det företag som har en dominerande ställning att visa att de effektivitetsvinster som kan följa av det aktuella beteendet neutraliserar de sannolika skadliga verkningarna på konkurrensen och på konsumenternas intressen på de berörda marknaderna, att dessa effektivitetsvinster har uppnåtts eller kan uppnås tack vare nämnda beteende, att beteendet är en nödvändig förutsättning för att effektivitetsvinsterna ska kunna uppnås och att företaget inte eliminerar en reell konkurrens genom att undanröja alla eller nästan alla befintliga källor till faktisk eller potentiell konkurrens (dom Post Danmark, C209/10 , EU:C:2012:172, punkt 42).

Mot bakgrund av vad ovan anförts ska den första frågan, första och andra styckena, samt den tredje frågan, första stycket, besvaras enligt följande. Vid bedömningen av om ett sådant rabattsystem som det som är aktuellt i det nationella målet kan ha en utestängningseffekt på marknaden i strid med artikel 82 EG ska samtliga omständigheter i det enskilda fallet beaktas, särskilt kriterierna och villkoren för beviljandet av rabatten, omfattningen av det berörda företagets dominerande ställning och de särskilda konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden. Den omständigheten att rabattsystemet är tillämpligt på merparten av kunderna på marknaden kan ge användbar vägledning om beteendets omfattning och dess påverkan på marknaden, som kan öka sannolikheten för att det föreligger en konkurrensbegränsande utestängningseffekt.

Den första frågan, tredje och fjärde styckena

Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan, tredje och fjärde styckena, för att få klarhet i vilken betydelse som ska tillmätas kriteriet om en lika effektiv konkurrent, vid bedömningen av ett rabattsystem mot bakgrund av artikel 82 EG.

Den hänskjutande domstolen hänvisade i den första frågan, fjärde stycket, till kommissionens meddelande med titeln ”Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel [82 EG] på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder”. Domstolen påpekar inledningsvis att detta dokument endast

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

innebär att kommissionen definierar sin strategi när den fastställer vilka ärenden den ska prioritera. Kommissionens administrativa praxis är således inte bindande för nationella konkurrensmyndigheter eller domstolar.

En tillämpning av kriteriet om en lika effektiv konkurrent innebär en bedömning av huruvida ett dominerande företags prissättning medför en risk för att en konkurrent som är lika effektiv som det dominerande företaget utestängs från marknaden.

Kriteriet grundar sig på en jämförelse mellan de priser som ett företag med dominerande ställning tillämpar och vissa av det företagets kostnader samt på en analys av dess strategi (se dom Post Danmark, C209/10 , EU:C:2012:172, punkt 28).

Domstolen har specifikt tillämpat kriteriet om en lika effektiv konkurrent på lågprisstrategier i form av selektiv prispolitik eller underprissättning i konkurrensbegränsande syfte (se, med avseende på selektiv prispolitik, dom Post Danmark, C209/10 , EU:C:2012:172, punkterna 28–35, och, med avseende på underprissättning i konkurrensbegränsande syfte, dom AKZO/kommissionen, C62/86 , EU:C:1991:286, punkterna 70–73, och dom France Télécom/kommissionen, C202/07 P, EU:C:2009:214, punkterna 107 och 108), samt marginalpress (dom TeliaSonera Sverige, C52/09 , EU:C:2011:83, punkterna 40–46).

När det gäller jämförelsen av priser och kostnader i samband med en tillämpning av artikel 82 EG på ett rabattsystem har domstolen slagit fast att fakturering av ”negativa” priser, det vill säga priser under självkostnadspris, inte är en förutsättning för att kunna fastställa att ett dominerande företags system med retroaktiva rabatter utgör missbruk (dom Tomra Systems m.fl./kommissionen, C549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 73). I samma mål preciserade domstolen att det inte föreligger felaktig rättstillämpning på grund av att det inte har gjorts en jämförelse av ett företags priser och kostnader (dom Tomra Systems m.fl./kommissionen, C549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 80).

Såsom generaladvokaten har angett i punkterna 61 och 63 i sitt förslag till avgörande är det följaktligen inte möjligt att ur artikel 82 EG eller domstolens praxis härleda en rättslig skyldighet att i samtliga fall grunda bedömningen av om ett dominerande företags rabattsystem utgör missbruk på kriteriet om en lika effektiv konkurrent.

Den slutsatsen ska emellertid inte leda till att kriteriet om en lika effektiv konkurrent i princip inte får tillämpas i ärenden där det ska bedömas huruvida ett rabattsystem är förenligt med artikel 82 EG.

I en situation som den i det nationella målet, i vilken det dominerande företaget har en mycket stor marknadsandel och åtnjuter strukturella fördelar bland annat genom en lagstadgad ensamrätt som omfattar 70 procent av alla försändelser på den relevanta marknaden, är kriteriet om en lika effektiv konkurrent däremot inte relevant, eftersom marknadens struktur är sådan att det är praktiskt taget omöjligt för en lika effektiv konkurrent att träda in på marknaden.

På en sådan marknad som den här aktuella, vilken skyddas mot inträde genom betydande hinder, skulle dessutom förekomsten av en mindre effektiv konkurrent kunna bidra till att konkurrenstrycket på marknaden blir starkare och därigenom till att lägga press på det dominerande företagets beteende.

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Kriteriet om en lika effektiv konkurrent ska således anses utgöra ett av flera medel att använda vid bedömningen av huruvida ett företag missbrukar sin dominerande ställning i samband med tillämpningen av ett rabattsystem.

Den första frågan, tredje och fjärde styckena, ska således besvaras enligt följande. Det är inte absolut nödvändigt att tillämpa kriteriet om en lika effektiv konkurrent för att kunna konstatera att ett rabattsystem utgör missbruk enligt artikel 82 EG. I en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet är kriteriet om en lika effektiv konkurrent inte relevant.

Den andra frågan och den tredje frågan, andra stycket

Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan och den tredje frågan, andra stycket, vilka ska prövas gemensamt, för att få klarhet i huruvida artikel 82 EG ska tolkas så, att den konkurrensbegränsande verkan av ett sådant rabattssystem som det som är aktuellt i det nationella målet måste vara dels sannolik, dels allvarlig eller märkbar, för att systemet ska omfattas av tillämpningsområdet för artikel 82 EG.

Vad för det första gäller sannolikheten av en konkurrensbegränsande verkan, framgår det av den rättspraxis som nämnts i punkt 29 ovan att det, för att avgöra huruvida ett företag med en dominerande ställning har missbrukat denna ställning genom att tillämpa ett rabattsystem, bland annat ska undersökas om rabatten är ägnad att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartner tillämpa olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrida konkurrensen

Såsom generaladvokaten har angett i punkt 80 i sitt förslag till avgörande får den konkurrensbegränsande verkan av ett visst förfarande inte vara rent hypotetisk.

Domstolen har också slagit fast att det för att fastställa att en sådan prissättning utgör missbruk krävs att den har en konkurrensbegränsande verkan på marknaden, som dock inte nödvändigtvis måste vara konkret, utan det räcker att visa att det föreligger en potentiell, konkurrensbegränsande verkan, vilken kan medföra att konkurrenter som är minst lika effektiva som det dominerande företaget utestängs (dom TeliaSonera Sverige, C52/09 , EU:C:2011:83, punkt 64).

Av detta följer att det endast är de företag med dominerande ställning vars beteende kan ha en konkurrensbegränsande verkan på marknaden som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 82 EG.

Det ska därvid understrykas att bedömningen huruvida ett rabattsystem kan medföra att konkurrensen begränsas ska göras med beaktande av samtliga relevanta omständigheter, särskilt villkoren och kriterierna för beviljandet av rabatten, antalet kunder som berörs och särdragen på den marknad där det dominerande företaget är verksamt.

Syftet med den bedömningen är att avgöra huruvida det dominerande företagets beteende leder till att konkurrenterna faktiskt eller sannolikt utestängs till skada för konkurrensen och därmed för konsumenternas intressen (dom Post Danmark, C209/10 , EU:C:2012:172, punkt 44).

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Vad för det andra gäller frågan huruvida den konkurrensbegränsande verkan är allvarlig eller märkbar är det visserligen så, att konstaterandet av förekomsten av en dominerande ställning inte i sig innebär någon anmärkning mot det berörda företaget (dom Post Danmark, C209/10 , EU:C:2012:172, punkt 21), men till följd av att konkurrensstrukturen på marknaden redan är försvagad kan det dominerande företagets beteende utgöra missbruk av denna ställning (se, för ett liknande resonemang, dom Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 123, och dom France Télécom/kommissionen, C202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 107).

Domstolen har sålunda vid flera tillfällen angett att ett företag som har en dominerande ställning har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en reell och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (se dom Post Danmark, C209/10 , EU:C:2012:172, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

I den mån konkurrensstrukturen på den relevanta marknaden redan är försvagad på grund av det dominerande företagets existens kan dessutom varje ytterligare begränsning av denna konkurrensstruktur utgöra missbruk av det dominerande företagets ställning (dom Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 123).

Av detta följer att det inte är motiverat att fastställa ett tröskelvärde för märkbar effekt (*de minimis*) när det gäller att avgöra huruvida ett företag missbrukar sin dominerande ställning. Detta konkurrensbegränsande förfaringssätt är nämligen i sig ägnat att medföra icke obetydliga konkurrensbegränsningar eller rentav sätta konkurrensen ur spel på den marknad där det berörda företaget är verksamt.

Av vad ovan anförts följer att artikel 82 EG ska tolkas så, att den konkurrensbegränsande verkan av ett sådant rabattssystem som det som är aktuellt i det nationella målet, vilket tillämpas av ett företag med en dominerande ställning, ska vara sannolik – men det behöver inte visas att den är allvarlig eller märkbar – för att omfattas av tillämpningsområdet för nämnda bestämmelse.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

1) **Vid bedömningen av om ett sådant rabattsystem som det som är aktuellt i det nationella målet kan ha en utestängningseffekt på marknaden i strid med artikel 82 EG ska samtliga omständigheter i det enskilda fallet beaktas, särskilt kriterierna och villkoren för beviljandet av rabatten, omfattningen av det berörda företagets dominerande ställning och de särskilda konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden. Den omständigheten att rabattsystemet är tillämpligt på merparten av kunderna på marknaden kan ge användbar vägledning om beteendets omfattning och dess påverkan på marknaden, som kan öka sannolikheten för att det föreligger en konkurrensbegränsande utestängningseffekt.**

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

2) **Det är inte absolut nödvändigt att tillämpa det så kallade ”lika effektiv konkurrent”-kriteriet för att kunna konstatera att ett rabattsystem utgör missbruk enligt artikel 82 EG. I en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet är det så kallade ”lika effektiv konkurrent”-kriteriet inte relevant.**

3) **Artikel 82 EG ska tolkas så, att den konkurrensbegränsande verkan av ett sådant rabattssystem som det som är aktuellt i det nationella målet, vilket tillämpas av ett företag med en dominerande ställning, ska vara sannolik – men det behöver inte visas att den är allvarlig eller märkbar – för att omfattas av tillämpningsområdet för nämnda bestämmelse.**

Underskrifter

---

* Rättegångsspråk: danska.

– – –

– – –

Copyright © 2016, Karnov Group Sweden AB

Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 6 september 2017*

”Överklagande – Artikel 102 FEUF – Missbruk av dominerande ställning – Trohetsrabatter – Kommissionens behörighet – Förordning (EG) nr 1/2003 – Artikel 19”

I mål C-413/14 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 26 augusti 2014,

Intel Corporation Inc., Wilmington (Amerikas förenta stater), företrätt av D.M. Beard, QC, samt A. Parr och R. Mackenzie, solicitors,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Europeiska kommissionen, företrädd av T. Christoforou, V. Di Bucci, M. Kellerbauer och N. Khan, samtliga i egenskap av ombud,

svarande i första instans,

Association for Competitive Technology Inc., Washington (Förenta staterna), företrätt av J.-F. Bellis, avocat,

Union fédérale des consommateurs – Que choisir (UFC – Que choisir),

intervenienter i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice-ordföranden A. Tizzano, avdelningsordförandena R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J.L. da Cruz Vilaça (referent), E. Juhász, M. Berger, M. Vilaras och E. Regan samt domarna A. Rosas, J. Malenovský, E. Levits, F. Biltgen, K. Jürimäe och C. Lycourgos,

generaladvokat: N. Wahl,

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 juni 2016,

* Rättegångsspråk: engelska.

och efter att den 20 oktober 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Intel Corporation Inc. (nedan kallat Intel) har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 12 juni 2014, Intel/kommissionen (T-286/09, EU:T:2014:547) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade tribunalen Intels talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2009) 3726 slutlig av den 13 maj 2009 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] och artikel 54 i EES-avtalet (ärende COMP/C-3/37.990 – Intel) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Tillämpliga bestämmelser

2 I skäl 25 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1) anges följande:

”Det blir allt svårare att avslöja överträdelser av konkurrensreglerna, och för att effektivt kunna skydda konkurrensen är det därför nödvändigt att kommissionens undersökningsbefogenheter kompletteras. Kommissionen bör särskilt få befogenhet att höra alla personer som skulle kunna ge den användbara upplysningar och att protokollföra deras uttalanden. … Tjänstemän som har bemyndigats av kommissionen bör även ha befogenhet att begära alla upplysningar som är av betydelse för frågan och syftet med inspektionen.”

3 I skäl 32 i samma förordning anges följande:

”De berörda företagen bör ges rätt att yttra sig inför kommissionen, tredje män vars intressen kan beröras av ett beslut bör ges tillfälle att i förväg framföra sina synpunkter och de beslut som fattas bör ges stor spridning. Samtidigt som de berörda företagens rätt till försvar och särskilt rätten till tillgång till handlingar i ärendet säkerställs, är det viktigt att affärshemligheter skyddas. Vidare bör det säkerställas att information som utbyts inom nätverket förblir konfidentiell.”

4 Artikel 19 i förordning nr 1/2003 har rubriken ”Befogenhet att inhämta redogörelser” och har följande lydelse:

”1. För fullgörandet av de uppgifter som kommissionen tilldelas genom denna förordning får den höra alla fysiska eller juridiska personer som samtycker till detta, i syfte att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning.

2. Om förhör enligt punkt 1 hålls i ett företags lokaler, skall kommissionen informera konkurrensmyndigheten i den medlemsstat inom vars territorium förhöret äger rum. Om konkurrensmyndigheten i medlemsstaten i fråga så önskar, får dess tjänstemän bistå tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat att hålla förhöret.”

5 Artikel 3 i kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 [EG] (EUT L 123, 2004, s. 18) har rubriken ”Befogenhet att inhämta redogörelser”. Där föreskrivs följande:

”1. När kommissionen hör en person med dennes samtycke i enlighet med artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003 skall den i början av förhöret ange den rättsliga grunden för och syftet med förhöret samt erinra om dess frivilliga karaktär. Kommissionen skall också underrätta den som hörs om sin avsikt att föra protokoll över förhöret.

2. Förhöret kan hållas på vilket sätt som helst, även per telefon eller med elektroniska medel.

3. Kommissionen får ta upp de redogörelser som lämnas av de personer som hörs i vilken form som helst. En kopia av varje protokoll skall hållas tillgänglig för den person som har hörts för godkännande. Om det är nödvändigt skall kommissionen fastställa en tidsfrist inom vilken den person som har hörts får meddela kommissionen eventuella rättelser som bör göras.”

Bakgrund till tvisten och det omtvistade beslutet

6 Intel är ett bolag som har bildats enligt amerikansk rätt. Dess verksamhet består av framtagning, utveckling, tillverkning och saluföring av centralprocessorer (CPU), *chipsets* (kretsuppsättningar) och andra halvledarkomponenter samt plattformslösningar för databehandling och kommunikationsutrustning.

7 Den relevanta marknaden i målet utgörs av marknaden för processorer, särskilt centralprocessorer med x86-arkitektur. X86-arkitekturen är en standard som Intel har skapat för sina centralprocessorer. Den kan användas för operativsystemen Windows och Linux.

8 Den 18 oktober 2000 inkom Advanced Micro Devices, Inc. (nedan kallat AMD) till kommissionen med ett formellt klagomål som bolaget kompletterade den 26 november 2003. Med anledning av detta klagomål påbörjade kommissionen i maj 2004 ett antal utredningar. I juli 2005 genomförde kommissionen inspektioner vid flera anläggningar tillhörande Intel, bland annat i Tyskland, Spanien, Italien och Förenade kungariket, samt hos flera kunder till Intel i Tyskland, Spanien, Frankrike, Italien, och Förenade kungariket.

9 Den 26 juli 2007 delgav kommissionen Intel ett meddelande om invändningar angående Intels beteende i förhållande till fem stora tillverkare av originalutrustning (*Original Equipment Manufacturer*, nedan kallade OEM-företag). Dessa var Dell Inc., Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. och International Business Machines Corp. (IBM). Intel svarade den 7 januari 2008, och muntligt hörande ägde rum den 11 och den 12 mars 2008.

10 Den 17 juli 2008 delgav kommissionen Intel ett kompletterande meddelande om invändningar som avsåg bolagets beteende i förhållande till Media-Saturn-Holding GmbH (nedan kallat MSH), som är återförsäljare av mikroelektroniska apparater och Europas största återförsäljare av stationära datorer. Detta meddelande om invändningar avsåg också Intels beteende i förhållande till Lenovo Group Ltd (nedan kallat Lenovo), ett annat OEM-företag. Meddelandet innehöll ny bevisning beträffande Intels beteende i förhållande till vissa av de OEM-företag som avsågs i meddelandet om invändningar av den 26 juli 2007. Intel svarade inte inom angiven frist.

11 I det omtvistade beslutet beskriver kommissionen två typer av beteende från Intels sida gentemot företagets handelspartner, nämligen villkorade rabatter och ”icke dolda begränsningar” (*naked restrictions*), vilka vidtogs för att utestänga en konkurrent, nämligen AMD, från marknaden för x86-processorer. Det första beteendet bestod i att Intel gav rabatter till fyra OEM-företag, nämligen Dell, Lenovo, HP och NEC, med villkoret att företagen skulle köpa alla eller nästan alla sina

x86-processorer från Intel. Det andra beteendet bestod i att Intel betalade ut pengar till OEM-företag för att de skulle försena, upphöra med eller begränsa saluföringen av vissa produkter utrustade med AMD:s processorer.

12 Mot denna bakgrund fann kommissionen att Intel under perioden oktober 2002 till december 2007 gjort sig skyldigt till en enda, fortlöpande överträdelse av artikel 102 FEUF och artikel 54 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet av den 2 maj 1992 (EGT L 1, 1994, s. 3). Således ålade kommissionen Intel att betala böter på 1,06 miljard euro.

Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

13 Intel väckte, genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 22 juli 2009, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Intel åberopade till stöd för sin talan nio rättsliga grunder.

14 Association for Competitive Technology Inc. (nedan kallat ACT) ansökte, genom handling som inkom till tribunalens kansli den 2 november 2009, om att få intervenera i målet till stöd för Intels yrkanden. Interventionsansökan bifölls genom beslut av den 7 juni 2010.

15 Intels första grund avsåg horisontella frågor angående kommissionens rättsliga bedömningar. Intel bestred därvid fördelningen av bevisbördan och uppställda beviskrav samt den rättsliga kvalificeringen av rabatter och utbetalningar som beviljats i utbyte mot exklusiva försäljningsrättigheter. Intel bestred även den rättsliga kvalificeringen av utbetalningar som av kommissionen kallats ”icke dolda begränsningar”, med syfte att OME-företagen skulle vänta med, sluta med eller begränsa sin saluföring av produkter utrustade med centralprocessorer från AMD.

16 I punkt 79 i den överklagade domen fann tribunalen i huvudsak följande. Rabatterna till Dell, HP, NEC och Lenovo utgör exklusivitetsrabatter. Det rörde det sig nämligen om rabatter som var villkorade av att kunden köpte antingen alla sina x86-processorer, eller en betydande del av sina x86-processorer, från Intel. Vidare angav tribunalen i punkterna 80–89 i den överklagade domen att kvalificeringen av sådana rabatter som missbruk inte var beroende av en bedömning av omständigheterna i fallet för att visa att rabatterna hade en konkurrensbegränsande förmåga.

17 För fullständighetens skull angav tribunalen i punkterna 172–197 i den överklagade domen att kommissionen visat – på grundval av en bedömning av omständigheterna i fallet – att exklusivitetsrabatterna och exklusivitetsutbetalningarna från Intel till Dell, HP, NEC, Lenovo och MSH hade en konkurrensbegränsande förmåga.

18 Som andra grund gjorde Intel gällande att kommissionen inte visat att den hade territoriell behörighet för att tillämpa artiklarna 101 och 102 FEUF på de metoder som genomförts gentemot Acer och Lenovo. I punkt 244 i den överklagade domen angav tribunalen först att det för att motivera kommissionens behörighet med stöd av folkrätten räcker med att styrka antingen att det föreligger kvalificerade effekter av metoden, eller att metoden har genomförts inom Europeiska unionen. Tribunalen angav vidare i punkt 296 i den överklagade domen att Intels beteende var ägnat att få en väsentlig, omedelbar och förutsebar effekt inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och att kommissionen därför var behörig. Slutligen angav tribunalen, för fullständighetens skull, i punkt 314 i den överklagade domen att kommissionens behörighet också var motiverad på grund av att överträdelsen genomförts inom unionen och EES-området.

19 Som tredje grund gjorde Intel gällande att kommissionen gjort sig skyldig till handläggningsfel. Intel gjorde bland annat gällande att kommissionen åsidosatt företagets rätt till försvar genom att det inte fanns något protokoll från mötet med D 1, samt att vissa omständigheter rörande detta möte hade

kunnat användas till Intels fördel. Det gjordes även gällande att kommissionen gjort fel då den inte anordnade ett andra hörande och inte delgav Intel vissa dokument från AMD som hade kunnat vara relevanta för Intels försvar.

20 I punkt 618 i den överklagade domen angav tribunalen att det aktuella mötet inte utgjorde ett formellt förhör, i den mening som avses i artikel 19 i förordning nr 1/2003, och att kommissionen inte var skyldig att genomföra något sådant förhör. Tribunalen angav därför i punkt 618 att artikel 3 i förordning nr 773/2004 inte var tillämplig i det aktuella fallet, vilket innebar att argumentet avseende åsidosättande av formkraven i den sistnämnda bestämmelsen var verkningslöst.

21 Därefter angav tribunalen i punkterna 621 och 622 i den överklagade domen att även om kommissionen hade åsidosatt principen om god förvaltningssed genom att inte upprätta en handling innehållande en kort sammanfattning av de frågor som behandlades vid mötet och som anger namnen på mötesdeltagarna, så hade kommissionen avhjälpt denna ursprungliga brist genom att förse Intel med en icke-konfidentiell version av en intern minnesanteckning från mötet.

22 Som fjärde grund gjorde Intel gällande att kommissionen gjort felaktiga bedömningar med avseende på metoderna gentemot OEM-företagen och MSH. Tribunalen avslog Intels argument avseende Dell, HP, NEC, Lenovo, Acer och MSH i punkterna 665, 894, 1032, 1221, 1371 och 1463 i den överklagade domen.

23 Som femte grund bestred Intel att det funnits en helhetsstrategi som syftade till att stoppa AMD:s tillgång till de viktigaste försäljningskanalerna. I punkterna 1551 och 1552 i den överklagade domen slog tribunalen fast att kommissionen hade styrkt att Intel försökt att dölja de konkurrensbegränsande dragen hos sina metoder, och att kommissionen hade styrkt att Intel genomfört en långsiktig helhetsstrategi som syftade till att stoppa AMD:s tillgång till de viktigaste försäljningskanalerna.

24 Som sjätte grund anförde Intel att kommissionen på ett felaktigt sätt tillämpat riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2). Vad beträffar denna grund fann tribunalen, i punkt 1598 i den överklagade domen, bland annat att varken rättssäkerhetsprincipen eller principen inget brott utan lag och inget straff utan lag utgör hinder för att kommissionen beslutar att anta och tillämpa nya riktlinjer för beräkningen av böter även efter det att en överträdelse har begåtts. I samma punkt fann tribunalen vidare att intresset av en effektiv tillämpning av konkurrensreglerna motiverar att ett företag måste ta hänsyn till möjligheten att kommissionens allmänna praxis på konkurrensområdet kan komma att ändras vad gäller såväl metoden för beräkningen av böter som själva bötesbeloppen.

25 Som sjunde grund gjorde Intel gällande att artikel 102 FEUF inte hade åsidosatts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Vad beträffar denna grund fann tribunalen, i punkterna 1602 och 1603 i den överklagade domen, att Intel inte kunde vara ovetande om att dess beteende var konkurrensbegränsande samt att den bevisning som låg till grund för det omtvistade beslutet styrker att Intel genomfört en långsiktig helhetsstrategi som syftade till att stoppa AMD:s tillgång till de strategiskt viktigaste försäljningskanalerna och att Intel ansträngde sig för att dölja de konkurrensbegränsande dragen hos sitt beteende.

26 Som åttonde grund gjorde Intel gällande att de utdömda böterna var oproportionerliga. Vad beträffar denna grund fann tribunalen, i punkterna 1614–1616 i den överklagade domen, att kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet, och att de av Intel i detta avseende åberopade besluten under alla avseenden inte var relevanta utifrån likabehandlingsprincipen. Tvärtemot vad som gjorts gällande av Intel erinrade tribunalen vidare, i punkterna 1627 och 1628 i den överklagade domen, om att kommissionen inte beaktat överträdelsens konkreta påverkan på marknaden vid fastställandet av överträdelsens allvar.

27 Slutligen åberopade Intel den nionde grunden till stöd för att tribunalen, med utövande av sin obegränsade behörighet, skulle sätta ned Intels bötesbelopp. I detta avseende fann tribunalen, i punkt 1647 i den överklagade domen, att det inte fanns något i de invändningar och argument samt faktiska och rättsliga omständigheter som Intel åberopat som skulle kunna innebära att de böter som påförts skulle anses vara oproportionerliga. I nämnda punkt fann tribunalen nämligen att böterna var väl anpassade till de aktuella omständigheterna, och tribunalen betonade att bötesbeloppet med marginal understeg det tak på 10 procent som föreskrivs i artikel 23.2 i förordning nr 1/2003.

Parternas yrkanden vid domstolen

28 Intel har yrkat att domstolen ska

– upphäva den överklagade domen helt eller delvis,

– ogiltigförklara det omtvistade beslutet helt eller delvis,

– undanröja eller avsevärt sätta ned de böter som påförts,

– alternativt, återförvisa målet till tribunalen för avgörande i enlighet med domstolens dom, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i domstolen och tribunalen.

29 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

– ogilla överklagandet, och

– förplikta Intel att ersätta rättegångskostnaderna.

30 ACT har yrkat att domstolen ska

– bifalla Intels överklagande i dess helhet, och

– förplikta kommissionen att ersätta ACT:s rättegångskostnader såväl i målet vid domstolen om överklagande som i målet vid tribunalen om ogiltigförklaring.

Prövning av överklagandet

31 Till stöd för sitt överklagande har Intel åberopat sex grunder. Som första grund har Intel gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte pröva de omtvistade rabatterna utifrån samtliga relevanta omständigheter. I sin andra grund har Intel gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den bedömde överträdelsen avseende åren 2006 och 2007, särskilt gällande bedömningen av de omtvistade rabatternas marknadstäckning under dessa båda år. Vad avser den tredje grunden har Intel anfört att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning beträffande den rättsliga kvalificeringen av de exklusivitetsrabatter som ingåtts av Intel med HP och Lenovo. Intel anser i den fjärde grunden att tribunalen gjorde fel då den fann att kommissionen inte gjort något väsentligt formfel som påverkar bolagets rätt till försvar, när det gäller kommissionens handläggning av mötet med D 1. I den femte grunden har Intel gjort gällande att tribunalen på ett felaktigt sätt tillämpat kriterierna om kommissionens behörighet beträffande de avtal som Intel ingått med Lenovo avseende åren 2006 och 2007. Slutligen har Intel som sjätte grund yrkat att domstolen ska undanröja eller avsevärt sätta ned böterna med tillämpning av proportionalitetsprincipen och principen att riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 inte får tillämpas retroaktivt.

Den femte grunden: Tribunalens felaktiga tillämpning av kriterierna om kommissionens behörighet beträffande de avtal som Intel ingått med Lenovo avseende åren 2006 och 2007

Parternas argument

32 Domstolen kommer att börja med att pröva den femte grunden som avser kommissionens behörighet. Intel har därvid gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den fann att kommissionen var behörig att tillämpa artikel 102 FEUF på de avtal som Intel ingått under åren 2006 och 2007 med Lenovo, som är ett kinesiskt företag. Kriteriet som grundar sig på den plats där det konkurrensbegränsande beteendet genomförts (nedan kallat genomförandekriteriet) och kriteriet som grundar sig på att beteendet har kvalificerade effekter inom unionen (nedan kallat kriteriet om kvalificerade effekter) kan nämligen inte utgöra grund för kommissionens behörighet i förevarande fall.

33 Intel anser således att tribunalen gjorde fel då den i punkt 311 i den överklagade domen slog fast att genomförandet av dessa avtal kunde styrkas på grund av beteenden som påverkade kundernas planer avseende deras försäljning av produkter i senare led i hela världen, inklusive inom EES-området. Denna omständighet kan emellertid inte anses innebära att kommissionen har behörighet med stöd av genomförandekriteriet; det omtvistade beteendet har nämligen inte genomförts inom EES-området och Intel har inte sålt varor till Lenovo inom EES-området.

34 Intel anser dessutom att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den godtog kriteriet om kvalificerade effekter för att slå fast att kommissionen hade behörighet. Enligt Intel är det bara genomförandekriteriet som i rättspraxis har ansetts kunna utgöra behörighetsgrund.

35 Även om det antas att kriteriet om kvalificerade effekter verkligen är tillämpligt, anser Intel att det kriteriet i förevarande mål inte kan utgöra grund för att kommissionen är behörig. Intel har i detta avseende hänvisat till punkt 87 i domen av den 27 februari 2014, InnoLux/kommissionen (T-91/11, EU:T:2014:92). I nämnda dom fann tribunalen att om produkter säljs först utanför EES-området till utomstående köpare, så skulle sambandet mellan den inre marknaden och överträdelsen ha varit för svagt. Intel har av detta uttalande slutit sig till att det inte var möjligt att förutse att de avtal som ingåtts med Lenovo avseende centralprocessorer som skulle levereras i Kina skulle få en omedelbar och väsentlig effekt inom EES-området. Även om denna indirekta effekt skulle kunna räcka för att kommissionen ska anses ha behörighet, så skulle 2006 och 2007 års avtal med Lenovo inte kunna ha någon väsentlig effekt inom EES-området.

36 Intel anser vidare att tribunalen i punkt 289 i den överklagade domen på ett olagligt sätt kastat om bevisbördan på så sätt att det ålåg Intel att visa att all planerad försäljning avsåg regionen Europa, Mellanöstern och Afrika utanför EES-området.

37 Intel har slutligen betonat att kommissionens metod ger upphov till behörighetskonflikter med andra konkurrensmyndigheter, vilket i sin tur utgör en reell risk för dubbel lagföring.

38 ACT har i huvudsak instämt i de argument som framförts av Intel. ACT har anfört att utifrån lydelsen av artikel 102 FEUF, och enligt den rättspraxis som lagts fast i domen av den 27 september 1988, Ahlström Osakeyhtiö m.fl./kommissionen (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85–129/85, EU:C:1988:447), är det nödvändigt att visa att det aktuella beteende begränsar konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

39 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den femte grunden.

Domstolens bedömning

40 I punkt 244 i den överklagade domen slog tribunalen fast att kommissionens behörighet med stöd av folkrätten att konstatera och vidta sanktionsåtgärder mot beteenden utanför unionen kan styrkas antingen med genomförandekriteriet eller med kriteriet om kvalificerade effekter; därefter prövade tribunalen om kommissionen i förevarande fall hade behörighet med stöd av kriteriet om kvalificerade effekter och alternativt med stöd av genomförandekriteriet.

41 Domstolen kommer i denna del för det första att pröva Intels och ACT:s argument att tribunalen gjorde fel då den slog fast att kommissionen hade behörighet med stöd av kriteriet om kvalificerade effekter.

42 Domstolen erinrar– precis som generaladvokaten i punkt 288 i dennes förslag till avgörande – om att unionens konkurrensregler i artiklarna 101 och 102 FEUF avser att reglera företags kollektiva och ensidiga beteenden som begränsar konkurrensen inom den inre marknaden. Medan artikel 101 FEUF förbjuder avtal och förfaranden som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen ”inom den inre marknaden”, så förbjuder artikel 102 FEUF missbruk av dominerande ställning ”på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna”.

43 Vad gäller artikel 101 FEUF har det slagits fast att om ett företag som deltar i ett avtal är beläget i ett tredjeland, så hindrar detta inte att man tillämpar nämnda bestämmelse om ett sådant avtal får effekter inom den inre marknaden (dom av den 25 november 1971, Béguelin Import, 22/71, EU:C:1971:113, punkt 11).

44 Domstolen har dessutom – för att motivera tillämpningen av genomförandekriteriet – betonat att om tillämpligheten av förbuden i konkurrensrätten skulle göras beroende av platsen för kartellens upprättande, så skulle företagen uppenbarligen få tillgång till ett enkelt sätt att undandra sig dessa förbud (se, analogt, dom av den 27 september 1988, Ahlström Osakeyhtiö m.fl./kommissionen (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85–129/85, EU:C:1988:447, punkt 16).

45 Kriteriet om kvalificerade effekter har emellertid samma målsättning, nämligen att reglera beteenden som visserligen inte ägt rum inom unionen men vars konkurrensbegränsande effekter kan kännas av på unionsmarknaden.

46 Intel, med stöd av ACT, kan därför inte vinna framgång med argumentet att kriteriet om kvalificerade effekter inte kan utgöra grund för kommissionens behörighet.

47 Domstolen kan således inte godta detta argument.

48 Domstolen kommer för det andra att pröva det argument som framställts av Intel alternativt. Intel har därvid gjort gällande att även om det antas att kriteriet om kvalificerade effekter är tillämpligt i förvarande fall, så gjorde tribunalen fel då den fann att de avtal som ingåtts med Lenovo under åren 2006 och 2007 hade väsentliga, omedelbara och förutsebara effekter inom EES-området. Intel har i detta avseende påstått att det är fråga om ett begränsat antal produkter.

49 Domstolen gör i denna del följande bedömning. Såsom tribunalen funnit i punkterna 233 och 258 i den överklagade domen, är det utifrån folkrätten möjligt att tillämpa unionens konkurrensregler med stöd av kriteriet om kvalificerade effekter om det kan förutses att det aktuella beteendet kommer att få omedelbara och väsentliga effekter inom unionen.

50 Såsom även tribunalen slog fast i punkterna 268 och 280 i den överklagade domen, betonar domstolen att det är utifrån en samlad bedömning av företagets eller företagens beteende som man ska avgöra om kommissionen har den behörighet som krävs för att i varje enskilt fall tillämpa unionens konkurrensregler.

51 Vidare har Intel gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den fann att det kunde förutses att de avtal som ingåtts med Lenovo om leverans av centralprocessorer till Kina skulle få omedelbara effekter inom EES-området. I denna del finner domstolen att tribunalen gjorde rätt då den i punkterna 251, 252 och 257 i den överklagade domen slog fast att det räcker att beakta ett beteendes troliga effekter på konkurrensen för att förutsebarhetsvillkoret ska anses vara uppfyllt.

52 Vidare finner domstolen att tribunalen, i punkt 277 i den överklagade domen, inte gjorde någon felaktig rättstillämpning då den slog fast att Intels beteende var ägnat att få en omedelbar effekt inom EES-området; tribunalen konstaterade nämligen i punkt 255 i den överklagade domen att Intels beteende gentemot Lenovo ingick i en helhetsstrategi som syftade till att ingen bärbar dator från Lenovo som var utrustad med en AMD-processor skulle finnas tillgänglig på marknaden, inklusive i EES-området.

53 Domstolen kan således inte godta detta argument.

54 Intel har slutligen anfört att tribunalen gjorde fel då den fann att de avtal som ingåtts med Lenovo om leverans av centralprocessorer till Kina kunde ha väsentlig effekt på marknaden inom EES-området, trots att effekten av dessa avtal var försumbar.

55 Det räcker i denna del att konstatera att tribunalen slog fast att Intels beteende gentemot Lenovo ingick i en helhetsstrategi som syftade till att stoppa AMD:s tillgång till de viktigaste försäljningskanalerna på marknaden. Intel har för övrigt inte bestritt detta i sitt överklagande.

56 Med beaktande av övervägandena i punkt 50 ovan finner domstolen således att tribunalen inte gjorde någon felaktig rättstillämpning då den slog fast att – med tanke på att det fanns en strategi, såsom denna utvecklats av Intel – det var utifrån en samlad bedömning av företagets beteende som man skulle avgöra om effekterna av beteendet på marknaden inom unionen och EES-området var betydande.

57 Om man i detta avseende använde sig av ett annat tillvägagångssätt skulle det – såsom även betonats av kommissionen – innebära att ett globalt, konkurrensbegränsande beteende ägnat att påverka marknadsstrukturen inom EES-området på ett konstgjort sätt skulle fragmentiseras i en serie distinkta beteenden som skulle kunna undgå unionens behörighet.

58 Domstolen kan således inte godta det argument som nämns i punkt 54 ovan.

59 Vad för det tredje gäller Intels argument att tribunalen i punkt 289 i den överklagade domen på ett olagligt sätt kastat om bevisbördan, räcker det att konstatera att Intels argument beror på att Intel har missförstått den överklagade domen. Såsom framgår av punkterna 286–289 i den överklagade domen konstaterade tribunalen nämligen – avseende den uppskjutna lanseringen av vissa datorer på världsmarknaden – att det av utredningen i målet framgick att det fanns planer på att sälja dessa datorer inom regionen Europa, Mellanöstern och Afrika, varav EES-området utgör en mycket betydande del, vilket var tillfyllest för att konstatera att det åtminstone potentiellt uppstått effekter inom EES-området.

60 Tribunalen angav i denna del visserligen att det inte förelåg några konkreta indikationer på att den totala planerade försäljningen skulle ske i sådana delar av regionen Europa, Mellanöstern och Afrika som befinner sig utanför EES-området. Detta uttalande ska emellertid förstås mot bakgrund av vad som anges i punkterna 287 och 288 i den överklagade domen; däri angav tribunalen att det under förhandlingen antytts att det var möjligt att samtliga dessa datorer var avsedda för områden som befinner sig utanför EES-området, men att detta var ren spekulation från Intels sida och att Intel inte anfört något som helst argument till stöd för detta.

61 Domstolen kan således inte godta detta argument.

62 Vad för det fjärde slutligen avser Intels argument angående tribunalens tillämpning av genomförandekriteriet, räcker det att konstatera att tribunalen i punkt 297 i den överklagade domen angav att detta kriterium prövades för fullständighetens skull.

63 Argument som avser överflödiga domskäl som angetts för fullständighetens skull kan emellertid inte utgöra grund för domstolen att upphäva den överklagade domen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 december 2011, Frankrike/People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, EU:C:2011:853, punkt 79 och där angiven rättspraxis).

64 Dessa argument saknar därmed verkan och ska därför lämnas utan avseende.

65 Således ska den femte grunden underkännas i sin helhet.

Den fjärde grunden: Väsentligt formfel som påverkat Intels rätt till försvar

Parternas argument

66 Domstolen kommer nu, som ett andra steg, att pröva den fjärde grunden i den del som avser det administrativa förfarandet vid kommissionen. Denna grund avser handläggningen av kommissionens förhör av D 1 och den kan delas in i tre delgrunder.

67 Intel har för det första gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den i punkt 612 i den överklagade domen slog fast att kommissionen inte hade åsidosatt artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004.

68 Enligt Intel gjorde tribunalen i punkt 614 i den överklagade domen en konstgjord distinktion mellan formella förhör och informella samtal. Med hänvisning till ett beslut meddelat av Europeiska ombudsmannen den 14 juli 2009, har Intel hävdat att varje möte med tredje man som äger rum för att inhämta information om föremålet för en utredning ska anses vara ett förhör, i den mening som avses i artikel 19 och ska därmed protokollföras.

69 Vidare har Intel alternativt gjort gällande – för det fall förordning nr 1/2003 ska tolkas så, att det finns en kategori med informella samtal som inte behöver protokollföras – att förhöret med D 1 inte ingick i denna kategori. Detta innebär att kommissionen var skyldig att protokollföra förhöret, eftersom förhöret – som pågick i fem timmar – berörde omständigheter av stor betydelse med objektiv koppling till föremålet för utredningen.

70 Intel har för det andra gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den godtog att det formfel som utgjordes av åsidosättandet av artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004, kunde avhjälpas genom att Intel försågs med en icke-konfidentiell version av en intern minnesanteckning med dagordning avseende de huvudsakliga delarna i förhöret, men utan någon sammanfattning av innehållet i vittnesmålet från D 1. Intel har i detta avseende gjort gällande att anteckningen inte innehöll någon kort sammanfattning av de frågor som behandlades, till skillnad från vad som angavs av tribunalen i punkt 622 i den överklagade domen, utan endast en förteckning över vilka ämnen som diskuterats under förhöret.

71 Intel har vidare betonat att kommissionens argument i svarsskrivelsen – nämligen att den omständigheten att Intel sent försågs med minnesanteckningen avhjälpte åsidosättandet av Intels rätt till försvar – inte går att förena med att det är uppenbart att anteckningen inte innehåller några uppgifter om innehållet i vittnesmålet från D 1 eller med kommissionens vitsordande att syftet med anteckningen inte var att exakt eller uttömmande ange innehållet i vad som avhandlades under mötet.

72 Intel anser för det tredje att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den underlät att tillämpa det kriterium som anges i domen av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686). I och med att tribunalen i punkt 630 i den överklagade domen angav att det gick att återskapa innehållet i det aktuella samtalet, även om Intel inte var med, så har tribunalen tvingat Intel att styrka innehållet i uppgifter som Intel aldrig tagit del av.

73 ACT har uppgett sig dela Intels argument avseende den fjärde grunden och har därvid bland annat anfört följande. Det går inte att utesluta att de åsikter som D 1 gett uttryck för kunde vara användbara för Intels försvar; denne hade nämligen lämnat bevismaterial till Intels fördel inom ramen för ett förfarande vid US Federal Trade Commission (Förenta staternas federala konkurrensmyndighet) under år 2003.

74 Kommissionen anser att den fjärde grunden saknar verkan. Kommissionen har vidare, för det första, uppgett att det beslut från Europeiska ombudsmannen som Intel har åberopat inte kan åberopas till styrkande av att det är fråga om felaktig rättstillämpning. Intel har nämligen inte bestritt punkt 617 i den överklagade domen, i vilken det anges att syftet med mötet inte var att samla in bevisning i form av ett kontrasignerat protokoll eller redogörelser med stöd av artikel 19 i förordning nr 1/2003. Kommissionen har tillagt att tribunalen, i punkterna 614–616 i den överklagade domen, jämställt den information som kan samlas in med stöd av artikel 19 i förordningen med de upplysningar som omfattas av artikel 18 i förordningen, innan den kom fram till att mötet inte var något förhör, i den mening som avses i artikel 19.

75 Kommissionen har för det andra gjort gällande att i och med att Intel försågs med den interna minnesanteckningen, så har den påstådda handläggningsbristen avhjälpts. Den omständigheten att Intel inte var närvarande vid det aktuella förhöret kan inte innebära att tribunalen ska anses ha gjort fel då den i punkt 631 i den överklagade domen slog fast att bevismedlet kunde återskapas. Intel har nämligen vederlagt sina egna argument som framförts vid tribunalen, där Intel gjorde gällande att uttalandena från D 1 kunde återskapas, i vart fall för att konstatera att dessa uttalanden nödvändigtvis var till Intels fördel.

76 Kommissionen har för det tredje gjort gällande att omständigheterna i detta mål skiljer sig från dem som var föremål för prövning i det mål som avgjordes genom domen av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686). I det målet gjordes det gällande att rätten till försvar hade åsidosatts i samband med att det konstaterades att Solvay SA hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden, varvid detta konstaterande grundades på en motbevisbar presumtion.

77 Kommissionen anser även att tribunalen inte gjorde någon felaktig rättstillämpning då den tillämpade rättspraxis från domen av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686) på omständigheterna i förevarande mål för att komma fram till att rätten till försvar inte åsidosatts.

78 I och med att tribunalen, i punkt 582 i den överklagade domen, fann att Dells bestridande av exklusivitetsrabatternas existens inte var trovärdigt vid en jämförelse med övrig bevisning, anser kommissionen att Intel inte hade kunnat dra någon nytta av ett protokoll *in extenso* angående det mest kategoriska bestridandet från D 1.

Domstolens bedömning

79 Kommissionen har inledningsvis anfört att den fjärde grunden saknar verkan, eftersom det inte gjorts gällande att slutsatsen i den överklagade domen att Intel beviljat exklusivitetsrabatter till Dell var felaktig.

80 Domstolen finner emellertid att kommissionen inte kan vinna framgång med detta argument. Klaganden har nämligen åberopat denna grund till stöd för sina yrkanden att bötesbeloppet ska sättas ned och att det omtvistade beslutet ska ogiltigförklaras såvitt avser Dell. Klaganden har därvid gjort gällande att kommissionen underlåtit att protokollföra förhöret med D 1, vilket inneburit att klaganden gått miste om bevismedel och att dennes rätt till försvar har åsidosatts.

81 Domstolen finner därför att det finns skäl att pröva den fjärde grunden i sak.

82 Intel har i denna grund anfört att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den i punkt 612 i den överklagade domen slog fast att kommissionen inte åsidosatt artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004.

83 Domstolen påpekar i detta avseende – liksom tribunalen i punkt 621 i den överklagade domen – att det framgår framför allt av kommissionens interna minnesanteckning från mötet med D1 att det som diskuterades under det mer än fem timmar långa mötet var frågor som hade en objektiv koppling till det som utredningen handlade om i sak. Dessutom var D 1 en av de högst uppsatta cheferna på det bolag som utgjorde Intels största kund. Såsom Intel betonat – utan att detta har bestritts – var D 1 vidare ansvarig för tillsynen av sitt företags relationer med Intel. Syftet med kommissionens förhör med D 1 var således att samla in information om frågor som hade samband med föremålet för kommissionens utredning av Intel, i den mening som avses i artikel 19.1 i förordning nr 1/2003. Kommissionen har för övrigt inte bestritt detta faktum.

84 Vad för det första gäller kritiken mot den distinktion som tribunalen gjorde i punkt 614 i den överklagade domen mellan formella förhör och informella samtal, påpekar domstolen följande. Det framgår av ordalydelsen i artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 att denna bestämmelse ska tillämpas på varje förhör som äger rum i syfte att samla in information om frågor som har samband med föremålet för en utredning.

85 Skäl 25 i förordning nr 1/2003 preciserar i detta avseende att syftet med förordningen är att förstärka kommissionens undersökningsbefogenheter, så att det bland annat blir möjligt för kommissionen att höra alla personer som skulle kunna ge den användbara upplysningar och att protokollföra deras uttalanden.

86 Artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 utgör således en rättslig grund för kommissionen att höra en person i en utredning, vilket även framgår av förarbetena till förordningen (se förslag till rådets förordning om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 [EG] och om ändring av förordningarna (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 2988/74, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3975/87 (KOM (2000) 582 slutlig, EGT C 365 E, 2000, s. 284)).

87 Det finns ingenting i bestämmelsens ordalydelse eller målsättning som ger vid handen att lagstiftaren skulle ha haft för avsikt att göra en distinktion mellan två kategorier av förhör angående föremålet för en utredning, eller att lagstiftaren skulle ha haft för avsikt att vissa av dessa förhör inte skulle omfattas av bestämmelsens tillämpningsområde.

88 Tribunalen gjorde således fel då den i punkterna 614–618 i den överklagade domen ansåg det finnas skäl för att bland de förhör som kommissionen anordnar inom ramen för en utredning skilja mellan formella förhör (som omfattas av artikel 19.1 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004) och informella samtal (som inte omfattas av dessa bestämmelser).

89 Vad för det andra gäller Intels påstående att kommissionen är skyldig att protokollföra varje förhör som äger rum på grundval av artikel 19.1 i förordning nr 1/2003, gör domstolen följande bedömning. I artikel 3.1 i förordning nr 773/2004 föreskrivs att kommissionen ”också [ska] underrätta den som hörs

om sin avsikt att föra protokoll över förhöret”, och innebörden av detta är inte att det är fakultativt att protokollföra förhöret, utan att kommissionen är skyldig att underrätta vederbörande om att förhöret kommer att protokollföras.

90 Vidare föreskrivs det i artikel 3.3 i förordning nr 773/2003 att ”[k]ommissionen får ta upp de redogörelser som lämnas av de personer som hörs i vilken form som helst”, vilket innebär – såsom tribunalen angett i punkt 617 i den överklagade domen – att om kommissionen, med samtycke från den som ska höras, beslutar att hålla ett förhör med stöd av artikel 19.1 i förordning nr 1/2003, så är kommissionen skyldig att protokollföra förhöret i dess helhet, även om det överlåts åt kommissionen att välja formen för protokollföringen.

91 Kommissionen är således skyldig att – visserligen i den form som den själv väljer – protokollföra varje förhör som genomförs med stöd av artikel 19 i förordning nr 1/2003 för att samla in information om frågor som har samband med föremålet för kommissionens utredning.

92 Vad vidare gäller frågan om tribunalen gjorde rätt då den i punkt 622 i den överklagade domen slog fast att kommissionen avhjälpt den brist som bestod i att förhöret under mötet med D 1 inte prokollfördes, genom att under det administrativa förfarandet förse Intel med en icke-konfidentiell version av den interna minnesanteckningen från mötet, påpekar domstolen följande. Såsom framhållits av tribunalen i punkterna 635 och 636 i den överklagade domen innehöll den interna minnesanteckningen en kort sammanfattning av de frågor som berördes under det aktuella mötet. Däremot innehåller anteckningen inte någon uppgift om vad som diskuterades under mötet, särskilt vad avser vilka uppgifter som lämnades av D 1 under mötet angående de ämnen som anges däri. Mot denna bakgrund finner domstolen att tribunalen gjorde fel då den slog fast att kommissionen avhjälpt den ursprungliga brist som bestod i att det aktuella förhöret inte protokollfördes genom att under det administrativa förfarandet förse Intel med nämnda interna minnesanteckning.

93 Tribunalen har således gjort en felaktig rättstillämpning *dels* genom att – bland de möten som har samband med föremålet för kommissionens utredning – göra en distinktion mellan formella förhör (som omfattas av artikel 19.1 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004) och informella samtal (som inte omfattas av dessa bestämmelser), *dels* genom att anse att mötet mellan kommissionstjänstemännen och D 1 – trots att mötet avsåg frågor som hade samband med föremålet för en sådan utredning – inte omfattades av dessa bestämmelser då mötet inte var ett formellt förhör, *och dels* genom att alternativt anse att kommissionen avhjälpt den brist som bestod i att det aktuella förhöret inte protokollfördes genom att under det administrativa förfarandet förse Intel med en icke-konfidentiell version av kommissionens interna minnesanteckning från mötet.

94 Om en dom från tribunalen innehåller domskäl som åsidosätter unionsrätten, men domslutet framstår som riktigt enligt andra rättsliga grunder, innebär inte detta åsidosättande att domen ska upphävas. Däremot ska domskälen ersättas (dom av den 9 juni 2011, Comitato ”Venezia vuole vivere” m.fl./kommissionen, C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, EU:C:2011:368, punkt 118 och där angiven rättspraxis).

95 I punkt 611 i den överklagade domen betonade tribunalen att det var ostridigt mellan parterna att kommissionen i det omtvistade beslutet inte använt de uppgifter som samlats in under förhöret med D 1 gentemot Intel.

96 Intel har emellertid gjort gällande att D 1 lämnat information till kommissionen som kunde vara till fördel för Intel, och att kommissionen borde ha protokollfört denna information i ett lämpligt och för Intel tillgängligt protokoll. I denna del erinrar domstolen om att när en handling som påstås vara till ett företags fördel inte har lämnats ut, så ankommer det på företaget att visa att underlåtenheten att lämna ut handlingen i fråga kan ha påverkat förfarandet och innehållet i kommissionens beslut på ett sätt som är till nackdel för företaget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 juli 2010, Knauf Gips/kommissionen, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

97 Företaget ska således visa att det skulle ha kunnat använda nämnda handling till sitt försvar i den meningen att företaget, om handlingen hade kunnat åberopas under det administrativa förfarandet, skulle ha kunnat åberopa omständigheter som inte överensstämmer med kommissionens slutsatser i detta skede, och därmed påverka kommissionens bedömning i ett eventuellt beslut i någon riktning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 juli 2010, Knauf Gips/kommissionen, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

98 Följaktligen ska företaget visa *dels* att företaget inte fått tillgång till viss bevisning till företagets fördel, *dels* att företaget skulle ha kunnat använda dessa handlingar till sitt försvar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 juli 2010, Knauf Gips/kommissionen, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punkt 24).

99 I förevarande fall framgår det av tribunalens detaljerade genomgång i punkterna 629–659 i den överklagade domen att Intel under det administrativa förfarandet försetts med en icke-konfidentiell version av kommissionens interna minnesanteckning från förhöret av D 1 samt med ett ”uppföljningsdokument” innehållande skriftliga svar från Dell på muntliga frågor som ställts till D 1 under förhöret.

100 Såsom även angetts i punkterna 44–49 och 628 i den överklagade domen påpekar domstolen att även om Intel beretts tillfälle att under förfarandet vid tribunalen inkomma med yttrande i ljuset av den konfidentiella versionen av minnesanteckningen (som innehöll uppgifter om vad som diskuterades under mötet), så har Intel emellertid inte lämnat någon uppgift som ger vid handen att kommissionen under förhöret skulle ha underlåtit att notera uppgifter till företagets fördel som skulle ha kunnat användas för Intels försvar i det avseendet att de hade kunnat ge en annan bild än den direkta skriftliga bevisning som kommissionen lagt till grund för det omtvistade beslutet för att styrka det villkorade inslaget i de aktuella metoderna.

101 Domstolen finner särskilt – såsom även gjorts gällande av kommissionen – att Intel inte utnyttjat den möjlighet som står till buds enligt artiklarna 68–76 i tribunalens rättegångsregler, i den lydelse som var tillämplig då den överklagade domen meddelades, att yrka att D 1 skulle höras vid tribunalen. Intel har vid tribunalen inte ens visat att företaget försökt att komma i kontakt med D 1 för att få bekräftat att han under förhöret lämnat uppgifter till Intels fördel som skulle ha kunnat användas för företagets försvar.

102 Under dessa omständigheter kan det faktum att den överklagade domen innehåller de felaktiga rättstillämpningar som har påtalats ovan i punkt 93 inte vederlägga den slutsats som anges i punkt 625 i den överklagade domen, nämligen att det administrativa förfarandet inte är behäftat med något fel till nackdel för Intels rätt till försvar ägnat att medföra en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2013, kommissionen m.fl./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P och C-595/10 P, EU:C:2013:518, punkt 164).

103 Den första och den andra delen av den fjärde grunden saknar således verkan och ska därmed lämnas utan avseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 2015, kommissionen/IPK International, C-336/13 P, EU:C:2015:83, punkt 66).

104 I den del som den tredje delen av den fjärde grunden avser tillämpningen av domen av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686), på förevarande mål, finner domstolen att tribunalen uttalat sig i denna fråga inom ramen för den prövning för fullständighets skull som tribunalen gjort av följderna för det omtvistade beslutet av ett hypotetiskt handläggningsfel.

105 Anmärkningar som har riktats mot överflödiga domskäl (*obiter dicta*) i en av tribunalens domar kan emellertid inte medföra att domen upphävs, och de saknar därmed verkan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 december 2011, Frankrike/People’s Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, EU:C:2011:853, punkt 79 och där angiven rättspraxis).

106 Överklagandet kan därför inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grundens tredje del då den delgrunden saknar verkan.

107 Härav följer att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser någon del av den fjärde grunden.

Den första grunden: Felaktig rättstillämpning genom att tribunalen inte prövade de omtvistade rabatterna utifrån samtliga relevanta omständigheter

Parternas argument

108 Domstolen kommer nu att pröva den första grunden, som kan delas in i tre delar. Grunden avser frågan om missbruk av dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 102 FEUF.

109 Som första delgrund har Intel gjort gällande att trohetsrabatterna inte kan kvalificeras som missbruk förrän det gjorts en prövning utifrån samtliga relevanta omständigheter av om rabatterna är ägnade att begränsa konkurrensen. Intel har bland annat hänvisat till punkterna 70 och 71 i domen av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221), och har därav slutit sig till att en prövning utifrån samtliga omständigheter ska företas på samma sätt av exklusivitetsrabatterna som av övriga rabatter som har trohetsskapande verkan.

110 Varken ordalydelsen eller strukturen i artikel 102 FEUF ger enligt Intel vid handen att vissa slags beteenden av ett företag i dominerande ställning redan utifrån sin natur ska kvalificeras som konkurrensbegränsande.

111 För att det ska vara möjligt att konstatera ett missbruk av dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 102 FEUF, krävs det enligt domstolens praxis att samtliga omständigheter ska bli föremål för prövning. Detta innefattar enligt Intel en prövning av storleken på de aktuella rabatterna, av hur länge de funnits, hur stor marknadsandel som berörs, kundernas behov och rabatternas förmåga att tränga undan en lika effektiv konkurrent (*as efficient competitor test*, nedan kallat lika-effektiv-konkurrent-testet) för att se om rabatterna är ägnade att begränsa konkurrensen och därmed utgöra missbruk av dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 102 FEUF.

112 Tribunalens påstående i punkt 94 i den överklagade domen att ett företag i dominerande ställning har möjlighet att objektivt rättfärdiga sitt beteende är enligt Intel en falsk möjlighet, eftersom tribunalen i punkt 89 i samma dom slog fast att det inte kan godtas att ett sådant beteende har några fördelar. Kommissionens inställning leder vidare till att bevisbördan kastas om, eftersom det då ankommer på Intel att rättfärdiga sitt beteende redan innan kommissionen kommit fram till att beteendet är ägnat att begränsa konkurrensen.

113 Som andra delgrund har Intel gjort gällande att tribunalen underlät att bedöma om en konkurrensbegränsning var sannolik. Den omständigheten att de omtvistade rabatterna i den överklagade domen kvalificeras eller bedöms såsom exklusivitetsrabatter bör således inte medföra att någon prövning inte ska företas av om de är ägnade att begränsa konkurrensen.

114 Som tredje delgrund har Intel gjort gällande att tribunalens bedömning i punkterna 172–197 i den överklagade domen – en bedömning som avsåg rabatternas kapacitet att begränsa konkurrensen och som företogs för att visa att det aktuella beteendet gentemot rabattmottagarna var ägnat att begränsa konkurrensen – inte var tillfyllest och inte kan anses avhjälpa de felaktiga rättstillämpningar som konstaterats tidigare.

115 Tribunalen gjorde fel då den underlät att beakta viktiga omständigheter, såsom de omtvistade rabatternas otillräckliga marknadstäckning, den korta period då de omtvistade metoderna användes, avsaknaden av inlåsningseffekter, den snabba prissänkningen och föregående analys av en lika effektiv konkurrent.

116 Såvitt gäller de omtvistade rabatternas marknadstäckning gjorde tribunalen fel då den fann att det omtvistade beteendet täckte en betydande marknadsandel. Den aktuella marknadstäckningen på i genomsnitt 14 procent kan inte jämföras med den inlåsning på 39 procent av den relevanta marknaden som var föremål för prövning i det mål som avgjordes genom domen av den 19 april 2012, Toma Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221), och på 40 procent i det mål som avgjordes genom domen av den 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/kommissionen (T-65/98, EU:T:2003:281). Intel har i detta avseende bestritt det argument som framförts av kommissionen, nämligen att marknadstäckningen för de omtvistade metoderna är ovidkommande, eftersom den endast avser konkreta effekter. Intel har genmält att en väsentlig marknadstäckning är en nödvändig förutsättning för att missbruk ska kunna konstateras.

117 Vad gäller den period då de omtvistade metoderna användes anser Intel att avtal med kort löptid inte har några reella eller potentiella skadeverkningar. När tribunalen i punkt 113 i den överklagade domen slog fast att avtalens löptid inte kunde anses vara kort, beaktade tribunalen inte avtalens löptid individuellt utan den lade samman flera avtal. Detta innebär att det inte fanns någon möjlighet för tribunalen att ta i beaktande att Intels kunder ofta kunde frånträda sina avtal. Intel har i detta avseende bestritt kommissionens påstående att Intels OEM-kunder inte kunde frånträda avtal som ingåtts med Intel trots deras korta löptid. Den omständigheten – som inte har bestritts – att Dell bytte leverantör till AMD trots att Intels rabatter då var som störst, visar att det fanns en reell möjlighet att byta leverantör.

118 Vad gäller avsaknaden av inlåsningseffekter hos de omtvistade rabatterna, har Intel anfört följande. Tribunalen underlät att beakta de kapacitetsbelastningar som AMD ställdes inför och som medförde att AMD inte kunde tillmötesgå efterfrågan på centralprocessorer, vilket innebar att Dell och Lenovo införskaffade sina varor exklusivt från Intel under de aktuella perioderna.

119 Beträffande lika-effektiv-konkurrent-testets relevans anser Intel att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den inte ansåg kommissionens analys i det omtvistade beslutet som relevant och utgörande en del av den kontroll som tribunalen ska företa för att följa Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950. Enligt Intel är det inte fråga om huruvida kommissionen var skyldig att utföra detta test. I och med att kommissionen gjorde en sådan analys, borde emellertid de korrekt uppskattade resultaten ha beaktats såsom utgörande en del av samtliga relevanta omständigheter vid prövningen av om det var sannolikt att det var fråga om en konkurrensbegränsning.

120 ACT har i huvudsak anslutit sig till de argument som framförts av Intel.

121 Kommissionen anser att den första grunden utgår från ett antagande som inte vinner stöd i några åberopade omständigheter, nämligen att exklusivitetsrabatterna helt enkelt skulle vara att anse som en slags prismodell. Domstolen ska därför inte pröva denna grund.

122 Alternativt har kommissionen gjort gällande att exklusivitetsrabatterna har så pass konkurrensbegränsande egenskaper att det generellt sett saknas anledning att visa att de är ägnade att begränsa konkurrensen. Rabatterna har en avhållande effekt i det att kundföretaget kan anse sig kunna gå miste om rabatterna på den del av marknaden som inte är konkurrensutsatt. Generellt sett begränsar dessa rabatter således kundernas frihet att välja försörjningskanaler utifrån det anbud som är mest attraktivt.

123 Intel har dessutom enligt kommissionen gjort en felaktig tolkning av punkterna 70 och 71 i domen av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221), då Intel gjort gällande att dessa punkter avser exklusivitetsrabatter.

124 Kommissionen anser att den andra delen av Intels argumentation inte kan tas upp till prövning i sak, då det därvid inte gjorts gällande någon felaktig rättstillämpning.

125 Under alla omständigheter saknar Intels argumentation verkan, eftersom tribunalen i punkterna 172–197 i den överklagade domen fann att Intels beteende hade konkurrensbegränsande förmåga.

126 Alternativt har kommissionen gjort gällande att det rättsliga kriterium som framgår av rättspraxis angående prismodeller och priser med utestängande verkan inte kan tillämpas på exklusivitetsrabatter. Enligt kommissionen hade domstolen kunnat tillämpa det rättsliga kriteriet angående prismodellers karaktär av missbruk även på rabattmodeller i domen av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221), men i denna dom upprepade domstolen uttryckligen att ett företag missbrukar sin dominerande ställning om det tillämpar en sådan rabattmodell.

127 Slutligen har kommissionen anfört att det saknas anledning för domstolen att pröva de argument som framförts av Intel angående punkterna 172–197 i den överklagade domen. Det var nämligen endast för fullständighetens skull som tribunalen prövade om kommissionen i det omtvistade beslutet hade styrkt om Intels beteende hade en konkurrensbegränsande förmåga.

128 Alternativt har kommissionen gjort gällande att tribunalen i den överklagade domen på goda grunder kommit fram till att det funnits en helhetsstrategi. Kommissionen anser att Intels argument i denna del ska avvisas i det att de framförts för att få till stånd en ny prövning av sakomständigheterna. Kommissionen har dessutom tagit ställning till Intels argument som avser huruvida marknadstäckningen är relevant och hur länge som förfarandet pågått.

Domstolens bedömning

129 I de två första delarna av den första grunden har Intel – med stöd av ACT – gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den fann att de aktuella förfarandena kunde kvalificeras som missbruk av dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 102 FEUF, utan att därvid först pröva samtliga omständigheter i målet och utan att pröva om det var sannolikt att beteendet var konkurrensbegränsande.

130 I den tredje delen av den första grunden har Intel därefter kritiserat den bedömning som tribunalen gjorde för fullständighetens skull, bland annat i punkterna 172–197 i den överklagade domen. Denna bedömning avsåg om de rabatter och betalningar som Dell, HP, NEC, Lenovo och MSH beviljats kunde anses ha konkurrensbegränsande förmåga utifrån omständigheterna i målet.

131 Intel har i denna del bland annat bestritt tribunalens bedömning av om det av kommissionen tillämpade lika-effektiv-konkurrent-testet var relevant i målet.

132 Intel har därvid särskilt anfört följande. I och med att kommissionen gjort ett sådant test, borde tribunalen ha prövat Intels argument om att testet hade genomförts på ett felaktigt sätt i flera avseenden. Om tribunalen hade tillämpat testet på ett korrekt sätt, så borde tribunalen – tvärtemot vad kommissionen kom fram till – ha kommit fram till att de omtvistade rabatterna inte hade någon konkurrensbegränsande förmåga.

133 Domstolen erinrar i detta avseende om att syftet med artikel 102 FEUF inte på något sätt är att hindra ett företag från att, av egen förtjänst, skapa sig en dominerande ställning på marknaden. Denna bestämmelse syftar inte heller till att säkerställa att konkurrenter som är mindre effektiva än det företag som har en dominerande ställning ska kunna stanna på marknaden (se, bland annat, dom av den 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 21 och där angiven rättspraxis).

134 Det är således inte alla verkningar av ett utestängande som nödvändigtvis har en skadlig inverkan på konkurrensen. Pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*) kan per definition leda till att konkurrenter som är mindre effektiva, och således mindre intressanta för konsumenterna, vad beträffar bland annat pris, urval, kvalitet och nyskapande, försvinner från eller får mindre betydelse på marknaden (se, bland annat, dom av den 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

135 Ett företag som har en dominerande ställning har emellertid ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en reell och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (se, bland annat, dom av den 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 57, och dom av den 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

136 Det är därför, enligt artikel 102 FEUF, förbjudet för ett företag i dominerande ställning att tillämpa ett förfarande som leder till en utestängningseffekt för lika effektiva konkurrenter och därmed stärka sin dominerande ställning på andra sätt än genom pris- och prestationskonkurrens (*competition on the merits*). Mot bakgrund härav kan således inte all konkurrens genom priser anses vara tillåten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 25).

137 Enligt fast rättspraxis innebär det – för ett företag som har en dominerande ställning på en marknad – i enlighet med artikel 102 FEUF ett missbruk av den dominerande ställningen att binda köpare genom en skyldighet eller ett löfte att göra alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande från detta företag, även om det sker på köparnas begäran och oavsett om förpliktelsen gäller utan vidare eller motsvaras av en rabatt. Så är även fallet om företaget, utan att binda köparna genom en formell förpliktelse, antingen enligt avtal med köparna eller ensidigt tillämpar ett system med trohetsrabatter, det vill säga rabatter som ges på villkor att kunden, oavsett vilka belopp denne köper för, gör alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande hos företaget med dominerande ställning (se dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 89).

138 Det finns emellertid anledning att klargöra denna rättspraxis för det fall att det berörda företaget – under det administrativa förhöret och med åberopande av bevisning – gör gällande att företagets beteende inte haft någon konkurrensbegränsande förmåga och särskilt inte haft de utestängningseffekter som läggs företaget till last.

139 I ett sådant fall åligger det kommissionen att pröva inte bara i vilken omfattning som företaget har en dominerande ställning på den relevanta marknaden samt vilken marknadstäckning som det omstridda förfarandet har, villkoren och sättet för beviljande av de aktuella rabatterna och hur stora rabatterna är och hur länge de har tillämpats; det åligger därvid kommissionen att även pröva om det eventuellt funnits en strategi för att eliminera konkurrenter som är åtminstone lika effektiva (se, analogt, dom av den 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punkt 29).

140 Analysen av utestängningsförmågan är likaledes relevant för bedömningen av om det kan anses finnas sakliga skäl som motiverar ett rabattsystem som i princip omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF. Den utestängningseffekt som ett rabattsystem ger upphov till, vilken är ofördelaktig för konkurrensen, kan uppvägas av eller rent av övervinnas genom fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten (dom av den 15 mars 2007, British Airways/kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166,

punkt 86). En sådan avvägning av det aktuella förfarandets positiva och negativa effekter på konkurrensen kan göras i kommissionsbeslutet endast om det först gjorts en analys av om det aktuella förfarandet i sig kan anses kunna eliminera konkurrenter som är åtminstone lika effektiva.

141 Om kommissionen har gjort en sådan analys i ett beslut där det konstateras att ett rabattsystem är att anse som missbruk, ankommer det på tribunalen att pröva alla de argument som framförts av sökanden till bestridande av kommissionens bedömning av det aktuella rabattsystemets utestängningsförmåga.

142 I det omtvistade beslutet betonade kommissionen visserligen att de aktuella rabatterna till sin natur hade konkurrensbegränsande förmåga, vilket innebar att det saknades skäl att analysera samtliga omständigheter i ärendet – bland annat utifrån lika-effektiv-konkurrent-testet – för att kunna konstatera att missbruk av dominerande ställning var för handen (se, bland annat, punkterna 925 och 1760 i det omtvistade beslutet). I det omtvistade beslutet gjorde kommissionen emellertid en grundlig prövning av dessa omständigheter, varvid kommissionen i punkterna 1002–1576 i nämnda beslut lämnade en mycket detaljerad redogörelse för sin bedömning inom ramen för lika-effektiv-konkurrent-testet. Utifrån denna bedömning angav kommissionen i punkterna 1574 och 1575 i nämnda beslut att en lika effektiv konkurrent borde ha tillämpat priser som inte var hållbara och att det aktuella rabattsystemet var ägnat att eliminera en sådan konkurrent.

143 Lika-effektiv-konkurrent-testet i det omtvistade beslutet hade således en reell betydelse för kommissionens bedömning av om det aktuella rabattsystemet kunde få till följd att lika effektiva konkurrenter eliminerades från marknaden.

144 Mot denna bakgrund var tribunalen skyldig att pröva alla de argument som Intel framfört angående detta test.

145 I punkterna 151 och 166 i den överklagade domen angav tribunalen emellertid att det inte behövde prövas huruvida kommissionen utfört lika-effektiv-konkurrent-testet på ett korrekt sätt och utan att göra fel, samt att det inte heller behövde prövas huruvida de alternativa beräkningar som Intel föreslagit hade genomförts på ett riktigt sätt.

146 Vid den prövning av omständigheterna som tribunalen gjorde för fullständighetens skull ansåg tribunalen således i punkterna 172–175 i den överklagade domen att det lika-effektiv-konkurrent-test som genomförts av kommissionen saknade all relevans. Tribunalen underlät därmed att ta ställning till den kritik som Intel framfört med avseende på detta test.

147 Den överklagade domen ska således upphävas, eftersom tribunalen gjorde fel då den vid sin analys av de omtvistade rabatternas konkurrensbegränsande förmåga underlät att beakta den argumentation som framförts av Intel till bestridande av de fel som kommissionen påstås ha gjort inom ramen för lika-effektiv-konkurrent-testet. Det saknas därvid anledning för domstolen att pröva den andra, den tredje och den sjätte grunden.

Återförvisning av målet till tribunalen

148 Enligt artikel 61 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol kan domstolen, om den upphäver tribunalens avgörande, själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande. Detta är dock inte fallet i förevarande mål.

149 Tribunalens prövning – utifrån de argument som framförts av Intel – av de omtvistade rabatternas konkurrensbegränsande förmåga förutsätter nämligen att det görs en prövning av faktiska och ekonomiska omständigheter, vilket det ankommer på tribunalen att göra.

150 Målet ska därför återförvisas till tribunalen.

Rättegångskostnader

151 Eftersom målet återförvisas till tribunalen ska beslut i frågan om rättegångskostnader avseende detta överklagande anstå.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

1) Den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 12 juni 2014, Intel/kommissionen (T-286/09, EU:T:2014:547), upphävs.

2) Målet återförvisas till Europeiska unionens tribunal.

3) Frågan om rättegångskostnader anstår.

Underskrifter

MD 2012:13

Åläggande enligt 3 kap. 2 § konkurrenslagen (2008:579), KL, att upphöra med överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § KL

MARKNADSDOMSTOLENS

DOM

2012-12-04

2012:13

Mål A 3/11

KÄRANDE

Sveriges Bildelsgrossisters förening

SVARANDE

KIA Motors Sweden AB

SAKEN

Åläggande enligt 3 kap. 2 § konkurrenslagen (2008:579), KL, att upphöra med överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § KL

Domslut

1. Marknadsdomstolen ålägger KIA Motors Sweden AB vid vite av femmiljoner (5 000 000) kr att upphöra med att tillämpa villkoret i sin sjuåriga nybilsgaranti, som innebär krav på att den regelbundna servicen ska utföras av en auktoriserad KIA-verkstad under garantitiden för att nybilsgarantin ska gälla.

2. KIA Motors Sweden AB ska ersätta Sveriges Bildelsgrossisters förening dess rättegångskostnader med sexmiljonertvåhundraåttioniotusentvåhundraåttio (6 289 280) kr, varav 5 000 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens dom till dess betalning sker.

BAKGRUND

1 Sveriges Bildelsgrossisters förening (SBF) är en ideell branschförening för svenska leverantörer av reservdelar till bilar, som har till ändamål att tillvarata medlemsföretagens gemensamma intressen. SBF registrerades 1971 och har för närvarande ca 20 medlemsföretag. De största medlemmarna är Robert Bosch AB, Mekonomen AB (Mekonomen), APE Fordonskomponenter AB, MECA Car Parts AB (Meca) samt KG Knutsson AB.

2 KIA Motor Corporation är en sydkoreansk biltillverkare som etablerade verksamhet i Sverige 1997 och som påbörjade försäljning av personbilar på den svenska marknaden 1998. Den 1 november 2003 bildades dotterbolaget KIA Motors Sweden AB (KIA). KIA har idag avtal med 84 återförsäljare och 104 verkstäder spridda över hela Sverige. Med några få undantag är KIA:s auktoriserade återförsäljare även auktoriserade KIA-verkstäder.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

3 Vid köp av en ny bil följer normalt en nybilsgaranti som gäller för bilen och utrustningen, med undantag för sådan utrustning för vilken särskild garanti gäller. I en nybilsgaranti garanterar biltillverkaren normalt att den nya bilen är felfri beträffande material, komponenter och montering. Om så inte är fallet, kommer bilen att repareras kostnadsfritt av en av biltillverkaren auktoriserad verkstad. Längden på nybilsgarantin varierar mellan olika biltillverkare.

4 År 2007 lanserade KIA en sjuårig nybilsgaranti för en viss bilmodell (KIA cee'd). Sedan 2010 gäller den sjuåriga garantin för samtliga KIA:s bilmodeller. Garantin är villkorad av att kunden använder en auktoriserad KIA-verkstad för den regelbundna servicen under garantitiden. Kostnaden för den regelbundna servicen står kunden för. Om kunden väljer att inte använda auktoriserade verkstäder för den regelbundna servicen gäller i stället en treårig garanti. Sverige är det enda land i Europa där KIA tillämpar det ifrågavarande villkoret.

5 KIA:s system av auktoriserade återförsäljare och verkstäder är ett s.k. kvalitativt selektivt system, där återförsäljare och verkstäder som uppfyller KIA:s kvalitativa krav kan ansöka om att bli auktoriserade återförsäljare och/eller verkstäder.

6 De verkstäder som inte är auktoriserade av KIA eller av andra bilmärken benämns generellt som oberoende, fristående eller icke-auktoriserade verkstäder. En verkstad kan vara auktoriserad av vissa bilmärken men agera som oberoende eller fristående verkstad för andra bilmärken.

7 I augusti 2010 anmälde SBF till Konkurrensverket (KKV) att KIA:s i målet aktuella villkor stred mot tillämpliga konkurrensrättsliga bestämmelser. Den 24 februari 2011 beslutade KKV att det från konkurrenssynpunkt inte fanns tillräckliga skäl att utreda de villkor som var förknippade med den sjuåriga nybilsgarantin. Enligt KKV innebar beslutet inte ett ställningstagande till om förfarandet stred mot konkurrensreglerna.

8 Genom ansökan om stämning, som kom in till Marknadsdomstolen den 9 maj 2011, väckte SBF talan mot KIA i enlighet med 2 kap. 1 § och 3 kap. 2 § KL.

9 Sedan fråga uppkommit om inhämtande av yttrande från Europeiska kommissionen (i fortsättningen benämnd Kommissionen) alternativt begära förhandsavgörande från EU-domstolen, fann Marknadsdomstolen i beslut den 28 februari 2012 att det inte fanns skäl härför.

YRKANDEN

10 SBF har yrkat att Marknadsdomstolen ska ålägga KIA vid vite om 500 000 kr, eller annat belopp som domstolen finner skäligt, att upphöra med att tillämpa villkoret i sin nybilsgaranti, som innebär att regelbunden service ska utföras av en auktoriserad KIA-verkstad under garantitiden för att nybilsgarantin ska gälla.

11 KIA har bestritt yrkandet. Inget vitesbelopp har kunnat vitsordas som skäligt i och för sig.

12 Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER

SBF

13 KIA uppställer som villkor för att lämnad nybilsgaranti ska gälla att regelbunden service av KIA-bilar ska utföras av en verkstad som är auktoriserad av KIA. Det av KIA uppställda villkoret för nybilsgarantins giltighet utgör ett sådant avtal eller samordnat förfarande som verkar konkurrensbegränsande på marknaden. Den relevanta produktmarknaden är märkesspecifik. På grund av KIA:s/KIA:s auktoriserade verkstäders marknadsandelar har det konkurrensbegränsade förfarandet en märkbar påverkan på marknaden.

14 Förfarandet strider således mot förbudet i 2 kap. 1 § KL och i artikel 101.1 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

15 KIA har ensamt eller gemensamt med de auktoriserade KIA-verkstäderna en dominerande ställning på marknaden för service och reparation av KIA-bilar i Sverige. Genom att tilllämpa garantivillkoret missbrukar KIA sin dominerande ställning.

16 KIA:s förfarande strider därmed mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § KL och i artikel 102 EUF-fördraget.

KIA

17 SBF:s talan saknar grund redan på grund av att villkoret om användning av auktoriserade verkstäder inte ingår i något konkurrensrättsligt avtal mellan företag.

18 För det fall villkoren skulle anses ingå i avtal mellan företag faller de utanför förbudet eftersom de inte är konkurrensbegränsade då (i) villkoren endast omfattar den regelbundna underhållsservicen under garantitiden, (ii) villkoren endast berör en liten del av den svenska bilmarknaden och (iii) KIA:s system av auktoriserade verkstäder är ett öppet och rent kvalitativt selektivt system.

19 De aktuella garantivillkoren har varken ett konkurrensbegränsande syfte eller några konkurrensbegränsande effekter.

20 Om villkoren mot förmodan skulle anses vara märkbart konkurrensbegränsande faller de under Gruppundantaget för motorfordonssektorn (Kommissionens förordningar 330/2010 och 461/2010, i fortsättningen Nya GUF), eftersom KIA och de auktoriserade KIA-verkstädernas marknadsandelar på den svenska bilmarknaden respektive eftermarknaden - som inte är märkesspecifik - är långt under 30 %.

21 Skulle Nya GUF inte anses vara tillämplig på de aktuella villkoren visar en individuell bedömning att den generösa förlängda KIA-garantin har positiva effekter på konkurrensen och innebär en fördel för konsumenterna. Villkoren är nödvändiga för att uppnå dessa fördelar och fördelarna uppväger de eventuella konkurrenshämmande effekterna som villkoren kan ha på eftermarknaden. Förutsättningarna för ett individuellt undantag är således uppfyllda.

22 KIA bestrider att KIA ensamt eller gemensamt med de auktoriserade KIA-verkstäderna har en dominerande ställning på marknaden. Om Marknadsdomstolen skulle finna att KIA ensamt eller gemensamt med KIA-verkstäderna har en dominerande ställning bestrider KIA att det skulle vara fråga om något missbruk av denna ställning.

UTVECKLING AV TALAN

SBF

Allmänt

23 Alla biltillverkare på den svenska marknaden erbjuder idag nybilsgarantier av skiftande längd och omfattning. Det normala är att sådana garantier gäller under förutsättning att regelbunden service utförs på ett fackmannamässigt sätt.

24 Flera biltillverkare lämnar allt längre nybilsgarantier. Som exempel lämnar Mitsubishi en åttaårig nybilsgaranti. Renault och Ford lämnar femåriga nybilsgarantier. Hyundai (som ingår i samma koncern som KIA) erbjuder för sina modeller, bl.a. Hyundai i30 som är en syskonbil till Kia Cee'd, en femårig nybilsgaranti. Samtliga dessa garantier gäller under förutsättning att bilen genomgår årlig service, vilken ska utförs på ett fackmannamässigt sätt, dvs. utan krav på att servicen sker hos auktoriserad verkstad.

25 De moment som ska ingå i en service följer av ett serviceprotokoll, grundat i biltillverkarens föreskrifter avseende den specifika modellen och servicetillfället. Serviceprotokollet kan upprättas av biltillverkaren själv eller av någon annan som, i enlighet med gällande regler, har tillgång till den nödvändiga tekniska informationen. Som ett servicemoment ingår idag normalt att bilen ska undersökas med ett diagnosverktyg.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

26 Reparationer är generellt sett mer omfattande och även mer tekniskt komplicerade att utföra jämfört med servicearbeten. KIA kräver inte att reparationer ska ske hos en auktoriserad verkstad för att garantin ska gälla.

27 KIA-bilar är jämfört med andra bilmodeller inte särskilt tekniskt komplicerade, utan är att betrakta som standardbilar. Det finns inget behov av en detaljerad KIA-specifik expertis avseende service eller reparationer. En skicklig och erfaren reparatör som har tillgång till nödvändig teknisk information kan utan svårigheter utföra föreskriven service på en KIA-bil på ett fackmannamässigt sätt.

Den svenska verkstadsmarknaden

28 Marknadsförhållandena på den svenska marknaden för service och reparation av personbilar skiljer sig inte väsentligen från förhållandena i övriga EU-länder. De svenska oberoende verkstäderna har en marknadsposition som är jämförbar med vad som generellt gäller inom EU.

29 SBF uppskattar att det i Sverige idag finns ca 4 500 verkstäder som erbjuder service och reparation av personbilar. Av dessa är ca 900 auktoriserade för ett eller flera märken, vilket innebär att ca 3 600 verkstäder är icke-auktoriserade eller oberoende. Följaktligen går det enligt SBF:s uppskattning idag ungefär fyra oberoende verkstäder på en auktoriserad. Detta förhållande kan, jämfört med förhållandet i andra EU-länder, inte på något sätt anses visa på en sådan stark marknadsställning för de oberoende verkstäderna som KIA hänvisar till.

30 Märkesverkstäderna har generellt ett högre timpris än oberoende verkstäder. Att auktoriserade verkstäder är dyrare än oberoende verkstäder är en realitet, i Sverige liksom i andra EU-länder.

31 Det finns ingen märkbar generell kvalitetsskillnad mellan auktoriserade och oberoende verkstäder i Sverige. Det saknas stöd för att kvaliteten eller kontrollen hos de auktoriserade verkstäder skulle vara märkbart bättre än vad som är fallet inom de oberoende verkstadskedjorna. Olika individuella verkstäder håller olika kvalitet, oavsett om de är auktoriserade eller inte.

32 Kvalitetskontroll av bilverkstäder sker i Sverige generellt genom frivilliga system för kvalitetssäkring, t.ex. genom Kontrollerad Bilverkstad (KBV). Bilverkstäder som deltar i och uppfyller kraven i dessa system har rätt att använda sig av särskild märkning och bilägare garanteras på så sätt att kvaliteten hos verkstaden är kontrollerad.

33 De oberoende verkstadskedjorna är ytterst seriösa aktörer med omfattande och ambitiösa interna program för kvalitetssäkring. Det är centralt för kedjorna att upprätthålla en hög kvalitet hos de anslutna verkstäderna. De oberoende verkstadskedjorna bygger inte huvudsakligen sin affärsidé på låga kostnader, utan på att erbjuda fackmannamässig service och reparationer med hög kvalitet. De verkstäder, auktoriserade såväl som icke-auktoriserade, som inte följer med i den generella kvalitetshöjningen och professionaliseringen försvinner. SBF:s medlemmar har alltså inget att vinna och väldigt mycket att förlora, inte minst i badwill och dålig publicitet, på att utföra tjänster av undermålig kvalitet.

34 Service- och reparationstjänster är, jämfört med många andra typer av tjänster, föremål för en mycket stor mängd granskningar av kvalitet och prisnivåer. Detta hänger naturligtvis samman med att service- och reparationstjänster är förhållandevis kostsamma för konsumenten. En verkstad som missköter sig eller som inte håller tillräckligt hög kvalitet kan räkna med att bli uppmärksammad avseende detta genom exempelvis sociala medier, konsumentorganisationer eller anmälningar till Allmänna reklamationsnämnden, (ARN).

35 SBF:s medlemmar servar, tillsammans med andra oberoende verkstäder, årligen tusentals bilar med gällande nybilsgaranti. SBF uppskattar att ca 15-20 % av de servicearbeten som SBF:s medlemmar utför avser bilar med gällande nybilsgaranti. SBF känner inte till ett enda fall där en bilägare fått se sin nybilsgaranti gå förlorad på grund av att servicen som utförts av en oberoende verkstad inte ansetts fackmannamässig.

36 För det fall den svenska marknaden för service- och reparationstjänster hade präglats av ojämn och bristande kvalitet vore det, utifrån KIA:s argumentation, rimligt att anta att den generella livslängden hos bilar i Sverige var lägre jämfört med bilar som genomgått service i länder där problem med service-

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

kvalitet enligt KIA inte existerar. Enligt de uppgifter som KIA lagt fram framgår i stället att bilar på den svenska marknaden har en genomsnittligt lång livslängd, vilket enligt SBF bl.a. beror på de höga kvalitetsnivåerna på den svenska marknaden för service- och reparationstjänster.

37 Att verkstäder vid enskilda tillfällen av misstag kan komma att frångå vad som gäller för föreskriven service är självklart med hänsyn till den mängd servicearbeten som utförs av svenska verkstäder varje år. Risken för att en verkstad begår misstag kvarstår dock oberoende av om en verkstad är auktoriserad eller inte.

38 Av AutoIndex-undersökningen från 2010 framgår att konsumenter upplever en motsvarande eller bättre korrelation mellan kvalitet och pris inom de oberoende verkstadskedjorna än inom de auktoriserade nätverken. Vidare framgår det av undersökningen att de KIA-ägare som inte har någon sjuårig garanti, och som valt att inte använda sig av en auktoriserad KIA-verkstad, har gjort så huvudsakligen med anledning av brister i såväl tillgängligheten som i omhändertagande och service hos de auktoriserade verkstäderna.

Tillgång till information och serviceprotokoll

39 Oberoende reparatörer har tidigare haft svårt att få tillgång till nödvändig teknisk information från biltillverkarna. Av detta skäl infördes förordning (EG) nr 715/2007 om Euro 5 (för personbilar) och Euro 6 (för tunga fordon) med skyldighet för biltillverkarna att tillhandahålla all teknisk information för nya modeller.

40 Biltillverkarna ska enligt Euro 5/Euro 6 utan dröjsmål ge oberoende aktörer obegränsad och standardiserad tillgång till information om reparation och underhåll av fordon via lätttillgängliga webbplatser och i standardiserat format samt på ett sådant sätt att de inte diskrimineras jämfört med auktoriserade återförsäljare och verkstäder.

41 Biltillverkare är skyldiga att tillhandahålla serviceprotokoll till oberoende aktörer. Som exempel kan nämnas att Mekonomen får sina serviceprotokoll från Autodata, en leverantör av teknisk information för professionella fordonsverkstäder. Autodata erbjuder tillgång till serviceprotokoll och annan teknisk information för över 15 000 bilmodeller. Autodata hämtar denna tekniska information direkt från KIA och andra biltillverkare. Relevant teknisk information för service och reparation av KIA-bilar ska finnas tillgänglig via KIA:s hotline, varifrån leverantörer av teknisk information och verkstäder ska kunna ladda ner och abonnera på KIA:s serviceprotokoll.

42 Oberoende verkstäder saknar anledning att gå in och justera i de serviceprotokoll som Auto-data levererar. Dessa serviceprotokoll är något som de oberoende verkstäderna betalar för, och det är bl.a. med hjälp av denna information som de oberoende verkstäderna kan konkurrera med de auktoriserade verkstäderna genom att erbjuda en kvalitativ och prisvärd tjänst.

43 I den utsträckning som exempelvis Mekonomens serviceprotokoll är avvikande från vad som föreskrivs beror detta mest sannolikt på att den tekniska informationen som KIA tillhandahåller är ofullständig eller inte uppdaterad.

Reservdelar

44 Att reservdelstillverkare inte får hindras att sälja varor till oberoende återförsäljare eller reparatörer följer av Nya GUF. De reservdelar som reservdelstillverkare producerar till eftermarknaden är därför identiska, oavsett om de är avsedda att säljas inom det auktoriserade försäljningsnätet eller inom det oberoende försäljnings- och servicenätet. Det enda som skiljer dessa typer av reservdelar åt är varumärket. Själva utformningen av komponenter som sitter på nyproducerade bilar kan däremot skilja sig från motsvarande komponenter som säljs som reservdelar på eftermarknaden.

45 Reservdelstillverkare tillverkar normalt flera olika produktlinjer av reservdelar inom olika segment, alla med olika kvalitet och prisnivå. Syftet med detta är kunna erbjuda ett spektrum av reservdelar, där en lämplig reservdel ska kunna väljas bl.a. med hänsyn till åldern och andrahandsvärdet på den bil som ska repareras.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

46 Gemensamt för alla reservdelar som erbjuds av oberoende aktörer är att kvaliteten hos produkten motsvarar åtminstone kvaliteten hos originaldelarna. Detta säkerställs genom att reservdelstillverkaren utfärdar ett intyg om att reservdelarnas kvalitet motsvarar kvaliteten hos originaldelarna. SBF:s medlemmar erbjuder ett mycket stort antal komponenter och reservdelar på marknaden, vilka alla håller samma eller högre kvalitet än de som bär biltillverkarnas varumärke.

Diagnosverktyg

47 Det är inte nödvändigt att inhämta diagnosverktyg från KIA för att på ett fullgott sätt utföra föreskriven service på en KIA-bil. Det som är avgörande för att kunna utföra service på ett motorfordon är tillgången till teknisk information och att servicen noggrant följer föreskrifterna från biltillverkaren.

48 Mjukvaran hos de märkesspecifika verktygen är inte märkbart mer detaljerad avseende sådan information som är nödvändig för att utföra service och reparation av dagsaktuella KIA-modeller och komponenter. Mjukvaran hos tillgängliga generiska diagnosverktyg är under alla omständigheter med god marginal tillräcklig för att en mekaniker med hjälp av ett sådant verktyg ska kunna utföra fackmannamässig service.

49 Den tekniska informationen i de generiska diagnosverktygen uppdateras med varierande intervall beroende på leverantör, men minst två till fyra gånger per år. Detta är fullt tillräckligt för att informationen ska vara erforderligt uppdaterad.

50 Som nämnts ovan är KIA skyldigt att tillhandahålla nödvändig teknisk information till oberoende verkstäder. Det är normalt inte verkstäderna som hämtar den tekniska informationen direkt av biltillverkaren. Informationen inhämtas i stället av tillverkarna av de generiska diagnosverktygen och av andra leverantörer. De oberoende verkstäderna saknar emellertid i nuläget skäl att efterfråga sådan information, då de i praktiken inte får in några KIA-bilar att utföra service på.

51 Verkstäder behöver inte heller ett KIA-specifikt diagnosverktyg för att utföra föreskrivna mjukvaruuppdateringar vid regelbunden service. Generiska diagnosverktyg kan utföra relevanta mjukvaruuppdateringar, förutsatt att den relevanta tekniska informationen finns tillgänglig och inhämtas. Verkstäder kan alltså till skillnad från vad KIA anför även utan ett märkesspecifikt diagnosverktyg inhämta mjukvaruuppdateringar och applicera dessa på de relevanta systemen hos en bil.

52 Av KIA:s egen hemsida för teknisk information till oberoende verkstäder kan utläsas att mjukvaruuppdateringar åtminstone kan utföras med vissa listade generiska verktyg. Ett exempel på ett sådant verktyg är CarDAQ Plus.

53 I den utsträckning KIA anser det nödvändigt att utföra mjukvaruuppdateringar som en del av den regelbundna servicen är KIA därmed också skyldigt att tillhandahålla teknisk information som möjliggör för icke-auktoriserade verkstäder att utföra sådana uppdateringar. Att denna skyldighet också följer av konkurrensrättsliga regler tydliggörs i Kommissionens tilläggsriktlinjer för vertikala begränsningar i avtal om försäljning och reparation av motorfordon och om återförsäljning av reservdelar (2010/C 138/05, i fortsättningen benämnd Tilläggsriktlinjerna).

54 Vad gäller andra typer av uppdateringar och kampanjer, som inte avser information som är relevant för att utföra föreskriven service, kan denna information inte heller anses påverka verkstädernas möjligheter att utföra sådan service.

Utbildning

55 Utbildningsnivån hos oberoende verkstäder är tillräcklig för att utföra regelbunden service av KIA-bilar på ett fackmannamässigt sätt. Mekaniker inom oberoende verkstäder har en adekvat kunskapsnivå och deltar regelbundet i nödvändiga kurser och utbildningar.

56 Även om en märkbar skillnad i utbildningsnivå generellt skulle föreligga mellan auktoriserade och oberoende verkstäder, vilket SBF bestrider, innebär inte detta att oberoende verkstäder därmed inte skulle kunna utföra regelbunden service av olika bilmärken på ett fackmannamässigt sätt.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

57 KIA hänvisar till att det i vissa andra EU-länder finns lagstadgade krav på utbildning för bilmekaniker, något som inte finns i Sverige. Inom de oberoende verkstadskedjorna gäller tydliga och höga krav på de verkstäder som ingår i kedjan. Dessa kedjestandarder ligger i SBF:s mening klart över de nivåer som återfinns i statliga regleringar i andra länder.

Avtalskriteriet

58 Det föreligger mellan KIA och dess auktoriserade återförsäljare och verkstäder ett avtal i den mening som avses i 2 kap. 1§ KL och i artikel 101 EUF-fördraget.

59 SBF har tillgång till ett standardavtal benämnt ”KIA Avtal För Auktoriserad verkstad”. Avtalet är ett standardavtal avseende samarbetet mellan KIA och dess auktoriserade verkstäder. Av avtalet framgår bl.a. följande:

i) KIA har av KIA Motor Corporation berättigats att förse auktoriserad verkstad med en garanti för bl.a. personbilar med märket KIA innebärande bl.a. att dessa bilar ska vara fria från fel under den tid som anges av KIA eller i enlighet med den servicebok som medföljer KIA personbilar (artikel 19.1.a).

ii) KIA eller KIA Motor Corporation kan när som helst ändra garantitid och garantiregler. En ändring av garantireglerna ska endast göras i den mån auktoriserad verkstad kan göra densamma gällande mot sina kunder. KIA ska meddela ändringar av garantiregler i god tid och, i de fall ändringar görs, i en anda av samarbete ta hänsyn till auktoriserad verkstads synpunkter (artikel 19.1.b).

iii) Auktoriserade verkstäder ska infria varje garanti som ställs av KIA Motor Corporation och av KIA för bl.a. KIA personbilar. Den auktoriserade verkstaden ska vidare utföra service och reparationer enligt sådan överenskommelse (artikel 19.2.a).

iv) KIA förser slutkonsument med en garanti utställd i KIA Motor Corporations namn och garantin återfinns i KIA Garantihäfte som medföljer varje levererat KIA Motorfordon (artikel 20).

60 KIA har anfört att garantin som ställs ut av KIA gentemot konsumenterna utgör ett s.k. ensidigt förfarande och därför inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i artikel 101 EUF-fördraget och 2 kap. 1 § KL. Detta påstående är dock inte förenligt med gällande praxis. Även utan ett formellt avtal har KIA och dess auktoriserade medlemmar agerat med åtminstone underförstått samtycke.

61 Inom ramen för KIA:s selektiva system uppställs ett garantivillkor för att förlängd nybilsgaranti ska gälla. Det uppställda villkoret uppställs i relationen mellan KIA och dess auktoriserade medlemmar mot konsument, eftersom det uppställda villkoret i praktiken tillämpas av KIA:s auktoriserade verkstäder och återförsäljare.

62 KIA uppställer alltså krav på att dess auktoriserade medlemmar ska agera på visst sätt mot konsument. Det aktuella garantivillkoret gagnar de auktoriserade medlemmarna eftersom det leder till att bilägare utför regelbunden service (och därmed även övrig service och reparationer) hos auktoriserade KIA-verkstäder, dvs. en inlåsning av kunderna. Det saknas exempel på att medlemmar i KIA:s nätverk inte har agerat i enlighet med KIA:s policy. Därmed har de auktoriserade medlemmarna åtminstone underförstått accepterat KIA:s policy avseende garantivillkoret. KIA och dess auktoriserade medlemmar har ingått ett formellt samarbete om garantiförpliktelsen. Att KIA:s återförsäljare och verkstäder står bakom nybilsgarantierna och det aktuella villkoret framgår också av att de i sin egen marknadsföring anger att det är de som erbjuder garantierna.

63 Samarbetet mellan KIA och dess auktoriserade medlemmar återspeglas även i service- och garantiböcker samt i broschyrer. Nu nämnda dokument och standardavtalet gör det absolut otvetydigt att KIA och dess auktoriserade medlemmar har en överenskommelse avseende garantivillkoret.

Relevant marknad

64 SBF gör gällande att den relevanta marknaden utgörs av service och reparation av KIA-bilar i Sverige. Denna marknad omfattar alla auktoriserade KIA-verkstäder samt oberoende verkstäder som erbjuder

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

service och reparation av KIA-bilar. SBF:s utgångspunkt är således att marknaden är märkesspecifik. Som stöd för SBF:s marknadsavgränsning analyseras i det följande efterfråge- och utbudssubstitution.

65 Efterfrågesubstitution innebär att konsumenterna, till följd av en prishöjning, byter ut de efterfrågade tjänsterna mot andra tjänster. I detta fall betyder det att ägare av KIA-bilar till följd av en prishöjning i stället för KIA-service skulle efterfråga en service anpassad för ett annat bilmärke, t.ex. Volvo-service. Det är ett högst osannolikt scenario av tre skäl.

66 För det första skiljer sig serviceprogrammen åt mellan såväl fabrikat som bilmodell. Den service som ska utföras på en viss personbil är normalt märkes- och modellspecifik och även ibland årsmodellspecifik. För det andra förutsätter service och reparation information och vägledning från tillverkaren. Denna skiljer sig inte bara mellan fabrikat utan också mellan bilmodeller. För det tredje används även olika delar, och i viss mån verktyg, för att fullgöra service- och reparationsmomenten.

67 Sammantaget visar detta att en service och reparation av en KIA-bil inte är utbytbar mot service och reparation av en Volvo-bil eller något annat märke. Från konsumentperspektiv är det således fråga om distinkta tjänstemarknader. Den relevanta produktmarknaden för en KIA-ägare är således service och reparation av KIA-bilar.

68 Utbudssubstitution innebär att bilverkstäder som idag inte är aktiva på den relevanta marknaden skulle träda in på den, dvs. att verkstäder som inte erbjuder KIA-service till följd av en liten men varaktig prisökning på KIA-service väljer att göra det. SBF bedömer att sådan utbudssubstitution är högst begränsad. Det föreligger två huvudsakliga skäl till denna bedömning.

69 För det första kan den absoluta majoriteten av de allmänna reparationsverkstäderna redan idag utföra KIA-service. Dessa verkstäder är alltså i vart fall potentiella aktörer på den relevanta marknaden. Det är därför endast en mindre grupp bilverkstäder som har en teoretisk möjlighet att faktiskt träda in på marknaden för service och reparation av KIAbilar.

70 Den grupp allmänna reparationsverkstäder som idag inte erbjuder KIA-service är av allt att döma auktoriserade märkesverkstäder för mer exklusiva bilfabrikat, s.k. premium brands, t.ex. Mercedes, Audi och Jaguar. Det är knappast troligt att denna kategori skulle börja erbjuda KIA-service vid en liten men varaktig prishöjning på 5-10 % av service på ett mindre exklusivt volymmärke såsom KIA.

71 För det andra är det osannolikt att antalet allmänna reparationsverkstäder skulle öka i någon större omfattning till följd av en liten men varaktig prisökning på service och reparation på ett enstaka bilmärke som KIA, vilket endast representerar omkring 1 % av den svenska bilparken. En sådan liten andel kan i sig själv inte motivera investeringen för bl.a. ett diagnosverktyg som uppgår till uppemot 150 000 kr. Incitamenten för företag att bli allmänna reparationsverkstäder påverkas därför mycket lite av en liten men varaktig prisökning på KIA-service. Sammantaget visar dessa två skäl att utbudssubstitutionen är högst begränsad.

KIA:s marknadsandel

72 Marknadsandelen för KIA och dess auktoriserade nätverk på marknaden för service och reparation av KIA-bilar i Sverige är i storleksordningen 86 %. Av AutoIndex-undersökningen från 2010 framgår att marknadsandelen för KIA och dess auktoriserade nätverk på marknaden för service och reparation av KIA-bilar var i storleksordningen 80 %. I undersökningen ställdes frågan om var bilägaren åker för service och reparation. 80 % av KIAägarna svarade att de åker till en auktoriserad KIA-verkstad. Undersökningen genomfördes under tio års tid och omfattade 15 000 bilägare av de 22 vanligaste fabrikaten av årsmodell 2003 - 2009. Undersökningen utgör den enda återkommande på området och har ett mycket stort statistiskt underlag.

73 SBF har vidare låtit K2analys AB utföra en oberoende marknadsundersökning för att fastställa KIA:s och de auktoriserade KIA-verkstädernas marknadsandel på den svenska marknaden för service och reparation av KIA-bilar. Marknadsundersökningen visar att KIAverkstäderna har en marknadsandel avseende service och reparationer av KIA-bilar i Sverige som uppgår till 86 % (räknat i värde) respektive 84 % (räknat i volym).

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Garantivillkorets syfte eller effekt

74 Garantivillkoret är en del av en medveten strategi från KIA:s sida att skaffa sig makt över eftermarknaden. KIA verkar aktivt för att knyta upp kunder i eftermarknadsledet och stänga ute de oberoende verkstäderna.

75 Oavsett syfte har garantivillkoren en konkurrensbegränsande effekt. Icke-auktoriserade verkstäder har ingen möjlighet att konkurrera med KIA-verkstäder avseende tillhandahållande av reparations- och servicearbete på KIA-bilar. Villkoret medför en minskad valfrihet av verkstäder för KIA-ägare och högre priser på reparationstjänster. Garantier kopplade till kravet på att en service måste utföras på en auktoriserad verkstad leder till högre kostnader då konsumenten inte har någon reell valmöjlighet.

76 De oberoende verkstäderna utgör dock inte bara en källa till konkurrens avseende pris, utan även avseende kvalitet. Inom vissa orter och geografiska områden leder garantivillkoren till att konkurrensen helt kommer att upphöra då kunderna kommer att vara hänvisade till en enda aktör. Garantivillkoren stärker även lojaliteten bland ägare till KIA-bilar gentemot auktoriserade KIA-verkstäder.

Undantag?

77 Eftersom KIA/dess auktoriserade verkstäder har en marknadsandel överstigande 30 % på marknaden för tillhandahållande av service och reparationer av KIA-bilar i Sverige, är Nya GUF inte tillämplig på avtalen/det samordnade förfarandet. Avtalen/det samordnade förfarandet måste således bedömas individuellt enligt 2 kap. 2 § KL och artikel 101.3 i EUFfördraget.

78 Ett avtal/samordnat förfarande kan undantas från förbud om det bl.a. bidrar till att förbättra distribution av varor samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppstår. Enligt Tilläggsriktlinjerna är det inte troligt att avtal, som medför att medlemmarna i ett auktoriserat nätverk förbehålls reparationer på fordon, innebär några fördelar för konsumenterna på ett sätt som skulle kunna motivera att dessa avtal undantas enligt artikel 101.3 i EUF-fördraget.

79 De eventuella effektivitetsvinsterna med garantivillkoret kommer inte konsumenterna till godo. Villkoret leder till sämre tillgänglighet och lägre konkurrenstryck. Det av KIA tilllämpade garantivillkoret är inte proportionerligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

80 KIA och dess auktoriserade verkstäder har en marknadsandel på 86 % på marknaden för service och reparation av KIA-bilar. Redan med hänsyn till denna mycket höga marknadsandel är ett individuellt undantag uteslutet.

KIA:s dominerande ställning

81 KIA:s marknadsandel på 86 % utgör en presumtion för att en dominerande ställning föreligger. För det fall KIA inte ensamt ska anses inneha en dominerande ställning har KIA och dess auktoriserade verkstäder i vart fall gemensamt en sådan dominerande ställning.

82 KIA och de auktoriserade verkstäderna uppträder, med hänsyn till avtalsförhållandet parterna emellan och deras agerande i övrigt, som en kollektiv enhet på marknaden. De har antagit samma förhållningssätt avseende tillämpningen av det aktuella garantivillkoret gentemot enskilda bilägare.

Missbruk

83 KIA:s tillämpning av det aktuella garantivillkoret utgör ett exkluderande missbruk eftersom det medför att övriga marknadsaktörer utestängs från möjligheten att erbjuda föreskriven service till KIA-ägare, och därmed inte effektivt kan konkurrera utifrån pris eller kvalitet.

84 För det fall KIA och dess auktoriserade verkstäder gemensamt ska anses ha en dominerande ställning påverkar inte detta bedömningen av om KIA:s agerande utgör missbruk. Även om den dominerande ställningen innehas av flera företag gemensamt är det inte nödvändigt att samtliga företag tillsammans har missbrukat denna ställning. Det är tillräckligt att missbruket kan anses som ett uttryck för företagens kollektiva dominerande ställning.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

KIA

Allmänt

85 KIA:s garanti är en fabriksgaranti, dvs. den ställs ut av KIA gentemot konsumenten. Det aktuella villkoret uppställs av KIA ensidigt i relationen med slutkonsumenten, som en förutsättning för att fabriksgarantin ska förlängas till sju år. Konsumenten informeras om villkoret vid köpet och kan sedan fritt välja att följa villkoret eller att nöja sig med den treåriga garantin. Konsumenten kan när som helst under garantitiden välja att sluta tillämpa garantivillkoret. Konsumenten gör således ett aktivt val varje gång bilen ska undergå service. Cirka 7 % av svenska KIA-ägare väljer bort den sjuåriga garantin i nuläget.

86 Syftet med villkoret är att säkerställa hög kvalitet och pålitlighet i det regelbundna underhållet av KIA-bilar. Verkstäder som är auktoriserade av KIA uppfyller KIA:s krav på kunskaper och kvalitet. De följer KIA:s anvisningar och rekommendationer för service och de har den utrustning och den tekniska information som krävs för att utföra service enligt KIA:s föreskrifter. Regelbunden service utförd av KIA-utbildade mekaniker med KIAspecifika verktyg bidrar till bilarnas dokumenterade långa hållbarhet och låga skadenivå. Även om andra verkstäder kan uppfylla samma krav finns det inget sätt för KIA - eller för bilägarna - att kontrollera detta utanför det auktoriserade nätverket. Kvaliteten på verkstadstjänster på den svenska marknaden är mycket varierande.

Avtal mellan företag

87 KIA-verkstäderna och KIA:s återförsäljare tillämpar KIA:s villkor i förhållande till kunderna och informerar kunderna om villkoren och tar emot garantiärenden från konsumenter. Det följer av konsumenträttslig lagstiftning, av KIA:s auktorisationsavtal samt av handelsbruk i återförsäljarleden. Återförsäljarna och verkstäderna representerar KIA på slutmarknaden. KIA:s garantivillkor gentemot konsumenterna ingår dock inte i något avtal mellan KIA och de auktoriserade verkstäderna. KIA förhandlar heller aldrig garantivillkoren med de auktoriserade verkstäderna eller återförsäljarna. Det auktoriserade nätverket informeras endast om de villkor KIA avser att tillämpa.

88 Det är svårt att se garantivillkoren som något tyst samförstånd eller uttryck för en gemensam vilja mellan KIA och verkstäderna.

Garantivillkorets betydelse för konsumenterna

89 De svenska konsumenterna efterfrågar allt oftare inte bara en bil, utan ett paket bestående av produkter och tjänster, där såväl bilens egenskaper som garantier, underhållskostnader, totala ägarkostnader och andrahandsvärde påverkar valet av bil. Bilföretagen, däribland KIA, försöker därför skapa ett konkurrenskraftigt och kvalitativt erbjudande i alla led, inklusive nybilsförsäljning, garantier, service, reparationer och tilläggstjänster.

90 De svenska konsumenternas efterfrågan beror på olika faktorer. Sverige har en av Europas äldsta bilparker. Fyra av tio svenska bilar är äldre än tio år och den nuvarande genomsnittliga livslängden för personbilar i Sverige är ca 17 år. Statistiken visar tydligt att svenska konsumenter vid val av bil generellt planerar ett långvarigt ägande, varvid fordonets livscykelkostnader får en större betydelse redan vid köptillfället. KIA menar att kunderna när de köper en bil är väl medvetna om var de kan utföra service- och reparationstjänster, eftersom alla återförsäljare har en verkstad knuten till sig.

91 Det framgår även av alla de tidningsartiklar, utdrag från sociala forum och andra publikationer, som såväl KIA som SBF har åberopat, att svenska konsumenter har ett stort intresse för bilars livscykelkostnader. Uppdaterad och detaljerad information om dessa kostnader finns lättillgängligt via olika medier. Så länge kunderna informeras om garantivillkoren är de fria att välja garantitid och serviceprogram.

92 Det sagda gäller i särskilt hög grad för KIA. Betydelsen av en bils totala livscykelkostnad och ägarupplevelse är den aspekt som KIA särskilt betonar i sin produktutformning och marknadsföring. KIA:s erbjudande bygger på prisvärda produkter, låga ägarkostnader och ett stabilt andrahandsvärde. De konsumenter som väljer KIA kan därför antas i större utsträckning än andra beakta hela bilens livscykel och ägarkostnader vid köptillfället.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

93 KIA saknar incitament att begränsa konkurrensen på eftermarknaden, eftersom den inte genererar några betydande intäkter för KIA. En konkurrensstörning på eftermarknaden och höjda priser på service av KIA-bilar, skulle med stor sannolikhet skada KIA:s nybilsförsäljning, med stora förluster till följd. Varken KIA eller någon annan tillverkare har därför någon anledning att fördyra servicen för konsumenterna, snarare tvärtom. KIA är dessutom mån om att ge tydlig information om garantierna till konsumenterna.

94 Det bör påpekas att KIA inte bara vinner marknadsandelar på den svenska marknaden, utan dessutom har högst lojalitet bland de befintliga kunderna. 70 % av KIA-ägarna väljer att köpa KIA igen när de byter bil.

95 Det faktum att KIA:s försäljning ökar, den mycket låga nivån av maskinskador och den höga andelen nöjda kunder som väljer att åter igen köpa en KIA, visar att KIA:s strategi är såväl konkurrenskraftig som fördelaktig för kunderna.

96 Även om de flesta fristående verkstadskedjorna marknadsför sig och uppfattas som billigare alternativ till de auktoriserade verkstäderna visar uppgifter från KIA-kunder att de ickeauktoriserade verkstäderna i många fall kan vara dyrare. Prisskillnader mellan olika verkstäder beror dock ofta på andra faktorer, såsom det geografiska läget. Generellt är det en större skillnad mellan storstad och landsbygd. Enligt KIA:s erfarenhet behöver de oberoende verkstäderna ofta mer tid för att genomföra servicen och åtgärda eventuella problem eftersom de saknar specialkompetens avseende just KIA-bilar. Dessa extratimmar ökar servicekostnaden. Dessutom saknar de oberoende verkstäderna kunskap och verktyg för att upptäcka vissa märkesspecifika problem eller tillhandahålla viktiga uppdateringar av den mjukvara som finns i bilarnas elektroniska system. Den typen av brister i servicen kan inte bara bli mycket dyrbara för konsumenten, utan också äventyra bilens säkerhet.

97 Konsumenterna är generellt mer nöjda med yrkeskunnigheten hos auktoriserade verkstäder och anser att dessa verkstäder är bättre på att hantera garantier och reklamationer, att erbjuda goodwill samt att hantera akuta situationer. Samtidigt väljer många konsumenter - om de kan - det billigaste alternativet på eftermarknaden. Det är den överlägset vanligaste anledningen till varför de väljer icke-auktoriserade verkstäder.

Den svenska verkstadsmarknaden

98 De europeiska verkstadsmarknaderna har genomgått betydande förändringar sedan Kommissionen, genom ett antal förordningar antagna under 2000-talet, skapade ett ökat informationsflöde och tydliga regler på eftermarknaden, vilket inneburit ökad konkurrens mellan alla aktörer.

99 Den hårdare konkurrensen har lett till två starka trender på eftermarknaden - en fördjupad konsolidering och ökade marknadsandelar för icke-auktoriserade verkstäder, på bekostnad av de auktoriserade verkstäderna. Det faktum att fyra av fem verkstäder är icke-auktoriserade visar att dessa har en mycket stark ställning på den svenska marknaden och att denna ställning är ovanligt stark jämfört med övriga EU-länder.

100 Den största icke-auktoriserade verkstadskedjan, Mekonomen/Meca, är ca tio gånger större än hela KIA:s auktoriserade nätverk. KIA:s auktoriserade verkstäder utgör dessutom inget samordnat nätverk, eftersom verkstäderna oftast är auktoriserade av ett flertal märken och i ett 20-tal fall även medlemmar i en icke-auktoriserad kedja. Till skillnad från de ickeauktoriserade kedjorna samordnar de auktoriserade verkstäderna sällan sina inköp eller marknadsföring. KIA:s auktoriserade verkstäder utgör således helt fristående och konkurrerande företag.

101 Verkstäderna på den svenska marknaden konkurrerar om att tillhandahålla service och reparationer på alla bilar. Även om vissa verkstäder specialiserar sig på ett eller flera märken är det få verkstäder som nekar till att serva en bil på grund av ”fel” bilmärke. Det gäller särskilt de icke-auktoriserade verkstäderna, som själva säger att de kan serva och reparera alla märken. Verkstäderna konkurrerar således om hela den svenska bilparken och vad som är avgörande är deras tillträde till hela bilparken, inte till bilar av ett specifikt märke.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

102 Verkstäderna använder olika konkurrensmedel och marknadsstrategier, t.ex. låga priser, kvalitet, kombinationserbjudanden och rikstäckande ramavtal. Oavsett val av strategi så kan så gott som alla verkstäder relativt snabbt och enkelt ändra inriktning och bli auktoriserade av ett eller flera märken, eller välja att vara oberoende. Valet av strategi styrs av flera olika faktorer, såsom bilägarnas preferenser och sammansättningen av den befintliga bilparken. De icke-auktoriserade verkstäderna är fria att uppfylla tillverkarnas kvalitetskrav och erhålla auktorisation. Det är ett kommersiellt beslut av de fristående verkstäderna att inte göra detta utan i stället konkurrera med andra medel, främst erbjudanden om lägre priser.

Garantivillkorens betydelse för konkurrensen

103 Statistik från BIL Sweden visar att den svenska personbilparken vid utgången av 2010 uppgick till 4 335 182 bilar. Av dessa 4,3 miljoner bilar var 47 098 av märket KIA. Att förlusten av den regelbundna servicen av dessa 47 000 bilar, eller 1,7 % av bilparken, märkbart skulle påverka affärsmöjligheterna för 4/5 av de svenska verkstäderna, nämligen den ickeauktoriserade sektorn, förefaller orimligt. Affärsmöjligheterna för de fristående verkstäderna kan därför omöjligen märkbart påverkas av KIA:s garantivillkor.

104 SBF har själv angett att KIA:s lilla andel av den svenska bilparken inte motiverar investeringar i KIA-specifika verktyg. Eftersom SBF:s medlemmar enligt egen uppgift inte är intresserade av att investera i specialiserade verktyg och teknisk information för att serva KIA-bilar har KIA svårt att se hur de omstridda garantivillkoren kan anses påverka SBFmedlemmarnas konkurrenssituation på något märkbart sätt.

105 Även KIA:s auktoriserade verkstäder utgör en mycket liten andel av de svenska bilverkstäderna. Om de auktoriserade KIA-verkstäderna skulle försöka snedvrida konkurrensen på verkstadsmarknaden till sin fördel, skulle andra marknadsaktörer snabbt reagera antingen genom att ansöka om KIA-auktorisation eller genom att locka över kunderna med mer attraktiva erbjudanden.

106 KIA:s garantivillkor omfattar endast den föreskrivna, regelbundna servicen. Dessa servicetillfällen blir de facto allt färre, eftersom KIA (och andra biltillverkare) sedan 2010 endast föreskriver service vartannat år för ett flertal modeller.

107 Det stämmer inte att garantivillkoret skulle utestänga icke-auktoriserade verkstäder från att serva KIA-bilar. Ca 7 % av KIA-ägare har i dagsläget valt bort den sjuåriga garantin och servar sina bilar hos icke-auktoriserade verkstäder. Ytterligare ca 35 % av de befintliga KIA-bilarna är äldre än sju år och omfattas alltså inte längre av villkoret. De icke-auktoriserade verkstäderna är således oförhindrade att utföra service på över 40 % av de befintliga KIA-bilarna. Det är dessutom äldre bilar samt bilar vars ägare aktivt valt bort garantin, vilket torde gynna de icke-auktoriserade verkstäderna.

108 Om man bortser från bilar som inte omfattas av garantivillkoret, garantireparationer samt övriga reparations- och underhållstjänster (dvs. inte den regelbundna servicen), uppskattar KIA att omkring en tredjedel av alla verkstadsarbeten på KIA-bilar omfattas av det aktuella garantivillkoret.

109 Det bör också noteras att den verkliga potential som SBF:s verkstäder påstås bli utestängda från inte är den totala marknadspotentialen, eftersom inte alla KIA-ägare skulle serva sina bilar hos icke-auktoriserade verkstäder i avsaknad av garantivillkoret. Jämförelsen måste i stället göras mot ett estimerat kontrafaktiskt scenario. Vid en sådan jämförelse kan t.ex. Hyundai användas som har liknande bilar och kundkrets som KIA, men däremot inget garantivillkor motsvarande KIA:s.

110 Som exempel kan tas AutoIndex-undersökningen, vari anges att 80 % av KIA:s kunder anför att de under det senaste året primärt har använt sig av auktoriserad verkstad. Motsvarande siffra för Hyundai är 78 %. Medelsiffran för alla bilmärken i samma undersökning är 79 %. Ett kontrafaktiskt scenario skulle därför innebära att 1-2 % av verkstadsbesökarna skulle använda icke-auktoriserade verkstäder i stället för KIA:s auktoriserade verkstäder. I antal verkstadsbesök innebär det 360-720 besök per år.

111 Även den sammantagna marknadstäckningen för villkorade garantier på den svenska marknaden - som såvitt KIA förstår tillämpas i någon form också av exempelvis BMW, Peugeot och Subaru - är liten,

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

i vart fall under 10 %. Det betyder att större delen av marknaden är helt öppen för de fristående verkstäderna.

112 Konkurrensverket konstaterade redan 2010 i rapporten Garantivillkor vid nybilsförsäljning (KKV 2010:1) att vissa nybilsgarantier bara gäller om tillverkarnas auktoriserade verkstäder utför service, men att dessa krav inte har en sådan omfattning att de utgör något konkurrensproblem. Konkurrensverkets slutsats av marknadsundersökningen var att garantikrav liknande KIA:s ”förekommer, men att de inte har en sådan omfattning och utbredning att det i nuläget finns anledning att prioritera frågan ytterligare” samt att ”marknaden i allt väsentligt tycks fungera på ett från allmän konkurrenssynpunkt tillfredsställande sätt”.

113 Inte heller det klagomål som SBF lämnade in till Konkurrensverket i augusti 2010 föranledde någon åtgärd från verkets sida. Detta tyder på att de aktuella villkoren inte har någon märkbar effekt på den svenska marknaden för bilverkstäder.

114 Påståendet att förlängda garantier eller garantivillkor skulle påverka kundernas lojalitet mot de auktoriserade verkstäderna saknar stöd i AutoIndex-undersökningen. Vissa bilmärken som erbjuder längre garantier - exempelvis Opel och Renault – uppvisar låg kundlojalitet på eftermarknaden, medan t.ex. Mazda som inte erbjuder förlängda garantier lyckas behålla 90 % av kunderna inom det auktoriserade systemet. KIA:s kundlojalitet ligger nära medelnivån på eftermarknaden enligt undersökningen.

KIA:s auktoriserade nätverk.

115 KIA:s system av auktoriserade verkstäder är ett rent kvalitativt selektivt system som tilllämpas konsekvent och icke-diskriminerande. Det betyder att alla verkstäder som vill vara med och som uppfyller de kvalitativa kraven kan bli auktoriserade verkstäder.

116 En auktorisation kostar ca 178 000 kr, varav den största utgiftsposten är inköp av ett märkesspecifikt diagnosverktyg. Andra kostnader är t.ex. licenskostnad för åtkomst till KIA:s diagnossystem och en mindre anslutningsavgift till det auktoriserade nätverket. Efter den inledande kostnaden betalar verkstäderna bara för åtkomsten till diagnossystemet, vilket uppgår till ca 36 000 kr per år. Auktorisationskostnaden för KIA ligger på medelnivå jämfört med andra bilmärken.

117 Vad gäller KIA-verkstädernas geografiska täckning ligger KIA:s verkstadsnät i medelfåran vad gäller geografisk täckning. KIA noterar att heltäckande geografisk täckning är ett problem som hänför sig till hur Sverige ser ut och hur utspridd befolkningen är. KIA noterar också att detta är ett problem som man delar med många andra bilmärken och man arbetar på att åtgärda detta.

118 Det finns tre övergripande teman för hur KIA arbetar med att åstadkomma ett högkvalitativt nätverk. Dessa är utbildning, utrustning och reservdelar.

Utbildning

119 I början av 2000-talet skedde en lavinartad teknisk utveckling. Bilarna har förändrats från att vara utpräglat mekaniska produkter - en motor under motorhuven - till att bli högteknologiska rullande datorer. Det säger sig självt att denna utveckling ställer helt andra krav på en bilmekanikers kompetens än för 20 år sedan.

120 Självfallet är det så att det fortfarande finns en grundnivå av kunskap som är förhållandevis lika för alla bilmärken. De senaste årens utveckling har dock medfört att en avsevärd del av den kunskap som behövs för att serva en bil är specifik för just det bilmärket.

121 I Sverige finns, till skillnad från många andra länder, inga som helst krav eller certifieringssystem för att en person ska kunna kalla sig bilmekaniker. Vem som helst kan öppna en bilverkstad. Genom kontrollprover och ett gediget utbildningssystem kan KIA försäkra sig om att dess verkstäder har bilmekaniker med tillräcklig kompetens på flera sätt.

122 Det är KIA:s bedömning att nära nog ingen mekaniker hos icke-auktoriserade verkstäder - om de inte tidigare har arbetat på en märkesverkstad - har den generella och märkesspecifika kompetensen som krävs för att serva och reparera KIA-bilar.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Utrustning

123 För att kunna serva och reparera en så högteknologisk produkt som en bil av idag krävs också högkvalitativ utrustning. KIA:s auktoriserade nätverk använder sig av KIA:s diagnossystem GSW och det märkesspecifika diagnosverktyget GDS. Dessutom har de auktoriserade verkstäderna specialverktyg som är anpassade för KIA-bilar.

124 Oberoende verkstäder väljer att inte använda märkesspecifika verktyg, trots att generiska diagnosverktyg är otillräckliga jämfört med ett märkesspecifikt diagnosverktyg, för att utföra service och reparationer. KIA anser att det helt enkelt inte är möjligt att utföra fackmannamässig service på en KIA-bil med ett generiskt diagnosverktyg. Anledningen till detta är bl.a. av följande skäl.

125 För det första är KIA:s märkesspecifika diagnosverktyg kapabla att föra en tvåvägskommunikation med bilen och dess system. De allra flesta generiska instrument kan inte detta. I stor utsträckning är generiska instrument endast s.k. felkodsavläsare. De kan alltså bara läsa av felkoder - i de allra flesta fall kan de bara läsa av generella, standardiserade felkoder och inte märkesspecifika. En bilmekaniker som använder ett generiskt diagnosverktyg kan inte använda det verktyget för att göra något mer än att läsa av vad som är fel. Ett märkesspecifikt verktyg vet exakt hur bilen ser ut inuti samt hur de olika styrenheterna fungerar enskilt och tillsammans. Verktyget kan guida mekanikern genom en reparation eller åtgärd och löser på så sätt problemet.

126 För det andra uppdateras inte informationen i generiska verktyg tillräckligt ofta. KIA:s diagnossystem GSW/GDS uppdateras flera gånger i veckan med aktuell information från fabriken. Det märkesspecifika KIA-verktyget uppdateras med den informationen så snart det kopplas upp online, vilket det gör varje gång det används. Ett generiskt instrument uppdateras endast två till fyra gånger per år.

127 För det tredje innebär tvåvägskommunikationen att ett KIA-verktyg kan kontrollera kampanjer och utföra uppdateringar av en bils mjukvara. En kampanj används för att signalera att förbättringar och uppdateringar av bilens mjukvara ska ske.

128 KIA menar att det är ett nödvändigt element av service att utföra kontroll av kampanjer och uppdateringar. Att kontroll med GDS är ett serviceelement framgår av KIA:s service- och garantibok. Sådana mjukvaruuppdateringar är absolut avgörande för att bilen ska fungera bra och vara driftssäker.

Reservdelar

129 En tredje viktig kvalitetsaspekt av att utföra fackmannamässiga servicetjänster är att använda sig av högkvalitativa reservdelar, som är specifikt anpassade för KIA:s krav och standarder.

130 Originaldelar är kvalitativt överlägsna reservdelar som används av icke-auktoriserade verkstäder. SBF hävdar dock att icke-auktoriserade verkstäder kan uppvisa intyg på att de använder sig av reservdelar av motsvarande kvalitet. När KIA:s representanter varit ute hos de icke-auktoriserade medlemmarna för att bekräfta detta har inte någon lyckats uppvisa ett sådant intyg. De intyg som SBF har presenterat i efterhand är väldigt generella och intetsägande, i flera fall är de upp till sex år gamla.

Serviceprotokoll

131 För varje typ av service har KIA anpassade serviceprotokoll. Vilka kontrollpunkter som anges i ett serviceprotokoll är beroende av bilmodell och serviceintervall. KIA:s serviceprotokoll är noga utformade av tekniker med märkesspecifik kunskap för att bemöda sig om att de innehåller nödvändiga kontrollpunkter och åtgärder.

132 KIA:s uppfattning är att varje enskilt moment i ett serviceprotokoll är viktigt för bilens funktion, säkerhet och livslängd. Om ett serviceprotokoll inte efterföljs eller saknar lämpliga kontrollpunkter så anser KIA att det innebär stora risker för att servicen inte är fackmannamässigt utförd.

133 KIA har jämfört serviceprotokoll som används av en auktoriserad verkstad med sådana som används av Mekonomen och funnit att en hel del punkter saknas i Mekonomens protokoll eller skiljer sig från KIA:s protokoll. Enligt SBF använder sig de icke-auktoriserade nätverken av nedladdade serviceprotokoll via Autodata. KIA kan bara notera att sådana serviceprotokoll inte innehåller uppdaterad information.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

De icke-auktoriserade verkstäderna

134 Den varierande kvaliteten på verkstadstjänster i Sverige är ett välkänt problem. Olika individuella verkstäder håller olika kvalitet och merparten av de icke-auktoriserade verkstäderna omfattas inte av några regelbundna kvalitetskontroller. Det enda allmänt kända frivilliga systemet för kvalitetssäkring av verkstäder i Sverige är KBV. Mindre än en fjärdedel av verkstäderna i Sverige (cirka 900) är anslutna till KBV och många av dem är auktoriserade.

135 Även om de större kedjorna för icke-auktoriserade verkstäder uppställer vissa krav på medlemmarnas kvalitet är de inte tillräckliga och de i målet åberopade exemplen på felaktigheter visar tydligt att kvalitetskraven inte följs upp genom kontroller och fungerande rutiner.

136 Att kunden i de flesta situationer har ett giltigt anspråk på att få felet åtgärdat eller skadan ersatt innebär inte att risken elimineras. Många brister i servicen upptäcks lång tid efter servicetillfället och det kan då bli svårt att kräva ersättning. Vidare är de icke-auktoriserade verkstäderna sämre på att hantera reklamationsanspråk och vissa av dem följer inte ens ARN:s rekommendationer.

137 Även i fall då framgångsrika reklamationer leder till att skadan avhjälps och kunden får ersättning täcker den sällan hela merkostnaden och de olägenheter kunden utsätts för. KIA kan därför inte hålla med om att det faktum att en verkstad åtar sig att följa tillverkarens rekommendationer innebär någon garanti för att dessa rekommendationer faktiskt följs eller att risken för bristfällig service elimineras.

138 Dessa brister, som beror på ett förhållningssätt bland de icke-auktoriserade verkstäderna - kostnadsbesparingar framför noggrannhet och säkerhet - är den främsta orsaken till att KIA tillämpar det aktuella garantivillkoret. Om priset är det enda som styr går kvaliteten och tryggheten förlorad.

Relevant marknad

139 Den svenska marknaden bär särskilt tydliga drag av en systemmarknad av två skäl. För det första har Sverige en av Europas äldsta bilparker. Statistiken visar tydligt att svenska konsumenter vid valet av bil generellt planerar ett långvarigt ägande, varvid fordonets livscykelkostnader får en större betydelse redan vid köptillfället. För det andra framgår det av alla de tidningsartiklar, utdrag från sociala forum och andra publikationer som är åberopade i målet att svenska konsumenter har ett stort intresse för olika bilars underhållskostnader och andra driftskostnader. Uppdaterad och detaljerad information om dessa kostnader finns lättillgängligt via olika medier.

140 Betydelsen av en bils totala livscykelkostnad och ägarupplevelse är den aspekt som KIA särskilt betonar i sin produktutformning och marknadsföring. KIA:s erbjudande bygger på prisvärda produkter, långa garantier, låga ägarkostnader och ett stabilt andrahandsvärde. De konsumenter som väljer KIA kan därför antas i större utsträckning än andra beakta hela bilens livscykel och ägarkostnader vid köptillfället.

141 I de fall där köparnas efterfrågan inte bara omfattar en bil, utan en kombination av fordon, service, reparationer och reservdelar, ingår alla dessa produkter och tjänster i en systemmarknad. På denna marknad ska en biltillverkares marknadsandel beräknas utifrån dess andel av den totala bilparken. KIA:s marknadsandel på en sådan relevant marknad i Sverige är ca 1 %.

142 Om Marknadsdomstolen anser, trots det ovanstående, att den relevanta produktmarknaden ska definieras som marknaden för verkstadstjänster, bör en sådan marknad i vart fall innefatta service och reparation av personbilar samt försäljning av reservdelar. De reservdelar som ingår i denna marknad är sådana delar som används vid service och reparation.

Nya GUF:s tillämplighet

143 För det fall KIA:s garantivillkor vid nybilsförsäljningen anses ha vissa märkbara konkurrensbegränsande effekter på eftermarknaden är de ändå tillåtna eftersom KIA:s eftermarknadsavtal omfattas av gruppundantagsskydd. Den relevanta marknadsandelsgränsen är numera - även för ett rent kvalitativt system - 30 %. KIA:s marknadsandel på den svenska bilmarknaden är som nämnts i storleksordningen 1 % i förhållande till den befintliga bilparken och ca 5 % i förhållande till nybilsförsäljningen. Marknads-

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

andelen på eftermarknaden är svårare att beräkna, men KIA:s marknadsandel på den övergripande svenska bilreservdelsmarknaden är i vart fall lägre än KIA:s andel av bilmarknaden, eftersom KIA möter konkurrens från märkesobundna leverantörer av reservdelar. KIA äger inga verkstäder i Sverige och har därför ingen marknadsandel på reparations- och underhållsmarknaden. Med dessa utgångspunkter ligger alltså KIA långt under 30 %-gränsen.

Individuell bedömning utanför Nya GUF

144 För det fall KIA:s garantivillkor skulle falla utanför Nya GUF är villkoret ändå tillåtet enligt undantaget i artikel 101.3 i EUF-fördraget och i 2 kap. 2 § KL.

145 Som angetts ovan är syftet med garantivillkoren att säkerställa hög kvalitet och pålitlighet i det regelbundna underhållet. För att vara villig att erbjuda den förlängda sjuåriga garantitiden har KIA funnit det nödvändigt att kräva att bilen genomgår den regelbundna underhållsservicen enligt KIA:s rekommendationer hos auktoriserade KIA-verkstäder.

146 KIA:s krav på auktoriserad service har minimerats i sin omfattning till att avse endast den regelbundna servicen, medan i övrigt samtliga reparationer och andra arbeten som inte bekostas av KIA under garantitiden faller utanför kravet. Den sjuåriga garantitiden innebär ett viktigt mervärde för konsumenter och de aktuella garantivillkoren är en nödvändig faktor för att detta mervärde ska kunna erbjudas. Villkoren ger konsumenterna fördelar i form av bättre säkerhet, kvalitet och pålitlighet, högre andrahandsvärde på bilen samt inte minst den förlängda garantitiden i sig.

147 De förlängda nybilsgarantierna har varit ett sätt för KIA att utmärka sig och vinna marknadsandelar som en ny och icke-europeisk aktör. KIA:s och därmed de förlängda garantiernas konkurrensfrämjande karaktär på bilmarknaden är en positiv effekt som måste beaktas vid bedömningen av garantivillkoren och som uppväger en eventuell negativ effekt på konkurrensen på eftermarknaden.

Dominerande ställning och missbruk

148 För att en dominerande ställning ska föreligga krävs att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och i sista hand, konsumenter. KIA svarar, i sin egenskap av biltillverkare, för ca 5 % av nybilsförsäljningen i Sverige och möter hård konkurrens från övriga biltillverkare. Det framgår redan av denna omständighet att KIA saknar möjligheter att agera oberoende i förhållande till såväl sina konkurrenter som till sina kunder.

149 En bedömning av om ett företag är dominerande grundas på en helhetsbedömning. En faktor som beaktas i en sådan helhetsbedömning är det påstått dominerande företagets marknadsandelar. Inte ens med SBF:s egen marknadsavgränsning kan man nå en slutsats om dominerande ställning för KIA. Det är fullkomligt orimligt att hävda att KIA ska tillskrivas summan av samtliga KIA-auktoriserade verkstäders egna marknadsandelar, särskilt i en bedömning av dominans.

150 Det förekommer ingen priskoordinering mellan KIA-auktoriserade verkstäder och de konkurrerar med varandra på samma sätt som de konkurrerar med alla andra verkstäder. Endast den omständigheten att KIA-auktoriserade verkstäder utför service och garantireparationer på KIA-bilar utifrån vissa kvalitetskrav kan inte i sig anses medföra att de uppträder som en kollektiv enhet, i synnerhet med tanke på att verkstäderna i allt väsentligt väljer sina egna strategier på marknaden.

151 Om domstolen ändå mot all förmodan skulle finna att KIA har en dominerande ställning kan följande nämnas. Enligt Kommissionens meddelande om artikel 82 i EG-fördraget (numera artikel 102 EUF-fördraget) består konkurrenshämmande avskärmning, dvs. exkluderande missbruk, i att ”faktiska eller potentiella konkurrenters reella tillgång till leveranser eller marknader är hämmad eller omöjliggjord till följd av det dominerande företagets beteende, som sannolikt har möjlighet att på ett lönsamt sätt höja priserna till skada för konsumenterna.”. KIA anser att inga av dessa förhållanden är för handen.

BEVISNING

152 På SBF:s begäran har förhör hållits med C. L. (SBF:s ordförande), L. F. (tidigare VD på KBV), P. O. (VD Meca Sweden AB), M. L. (vice VD på Mekonomen AB), R. H. a. S. (anställd inom HR & Juridik

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

inom Meca-koncernen), H. B. O. (sakkunnig från Copenhagen Economics) och A. N. (sakkunnig från K2analys AB).

153 På KIA:s begäran har förhör hållits med P. H. (VD KIA), G. P. (teknisk chef KIA), P. D. (service-marknadschef KIA), T. H. (Bil Sweden), R. N. (VD Scandinavian Autoparts AB), J. W. (regionschef KIA), N. J. (teknisk support KIA), B. A. (mekaniker vid och ägare av B. A. Bilservice) och F. R. (sakkunnig från RBB Economics).

154 Båda parter har åberopat omfattande skriftlig bevisning.

Domskäl

Inledning

155 Den grundläggande frågan i målet är huruvida villkoret i KIA:s sjuåriga nybilsgaranti, som föreskriver att all föreskriven regelbunden service under löptiden ska ske hos auktoriserade KIA-verkstäder för att garantin ska gälla, strider mot förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), KL.

156 I 2 kap. 1 § KL anges att avtal mellan företag är förbjudna om de har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvridna konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

Avtalskriteriet

157 En första förutsättning för att ett förfarande ska anses strida mot 2 kap. 1 § KL är att det är fråga om ett avtal mellan företag. I 1 kap. 6 § KL anges att det som sägs om avtal i KL även ska tillämpas på beslut av en sammanslutning av företag och på samordnade förfaranden av företag.

158 Avgörande för tillämpligheten av 2 kap. 1 § KL är att det rör sig om någon form av samordning mellan två eller flera företag. Åtgärder vidtagna av ett företag utan att det föreligger något avtal eller handlande i samförstånd med ett annat företag omfattas inte av förbudet. Begreppet avtal, som enligt EU-rättslig praxis har en vidsträckt innebörd, bygger således på att det föreligger en gemensam vilja mellan minst två parter där uttrycksformen inte har någon betydelse så länge den utgör ett troget uttryck för parternas vilja. Det är följaktligen inte nödvändigt att det föreligger ett tvingande och giltigt avtal enligt nationell rätt (se bl.a. Tribunalens dom i mål T-41/96 Bayer AG mot Kommissionen).

159 Av EU-rättslig praxis följer att parternas vilja kan utläsas såväl av bestämmelserna i ett avtal som ur deras agerande. Under vissa förhållanden har en uppmaning som t.ex. en biltillverkare riktat till sina återförsäljare, med vilka denne har avtal, inte ansetts utgöra en ensidig handling, utan ett avtal när uppmaningen är en del av en helhet av pågående affärsförbindelser som regleras av ett dessförinnan träffat allmänt avtal. Om återförsäljarna i en sådan situation uttryckligen eller underförstått samtycker till biltillverkarens förhållningssätt måste därmed avtalskriteriet anses uppfyllt (se EU-domstolens dom i mål C-74/04 Kommissionen mot Volkswagen).

160 Sammanfattningsvis innebär det ovan sagda att det måste kunna fastställas att det förelegat någon form av gemensam vilja hos företagen att agera på marknaden på ett visst sätt eller, i vart fall, att ett av dem uppmanat de andra att gemensamt förverkliga ett syfte eller en policy, utan att de andra tydligt tagit avstånd från detta, för att det ska kunna vara fråga om ett avtal i konkurrensrättslig mening.

161 Till stöd för att det föreligger ett avtal har SBF bl.a. åberopat ett standardavtal benämnt ”KIA AVTAL FÖR AUKTORISERAD VERKSTAD”. Standardavtalet, som ingås mellan KIA, i egenskap av importör, och en verkstad, i egenskap av auktoriserad verkstad, reglerar villkoren avseende det samarbete som KIA har med den auktoriserade verkstaden avseende bl.a. utförandet av reparations- och underhållstjänster på KIA-bilar.

162 Av artikel 19.1.a i standardavtalet följer att KIA har av KIA Motor Corporation berättigats att förse de auktoriserade verkstäderna med en garanti för bl.a. personbilar innebärande att dessa bilar ska vara fria från fel under den tid som anges av KIA eller i enlighet med den servicebok som medföljer varje levererad personbil.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

163 Det framgår vidare av standardavtalet, artikel 19.1.b, att KIA eller KIA Motor Corporation när som helst har rätt att ändra garantitid och garantiregler under förutsättning att sådana förändringar är nödvändiga på grund av konkurrensskäl, lagändringar eller domslut. En sådan ändring ska enligt villkoren endast göras i den mån den auktoriserade verkstaden kan göra densamma gällande mot sina kunder. KIA ska meddela ändringar av garantiregler i god tid och, i de fall ändringar görs, i en anda av samarbete ta hänsyn till den auktoriserade verkstadens synpunkter.

164 Av artikel 19.2 följer att auktoriserade verkstäder ska infria varje garanti som ställs av KIA för bl.a. personbilar och att de auktoriserade verkstäderna ska utföra service och reparationer enligt sådan överenskommelse.

165 I artikel 20 i standardavtalet anges att KIA förser slutkonsumenten med en garanti utställd av moderbolaget Kia Motor Corporation och att garantin återfinns i KIA:s garantihäfte som medföljer varje levererad KIA-bil.

166 Av SBF åberopade service- och garantiböcker för KIA-bilar och broschyrer för olika KIA bilmodeller framgår att förutsättningen för att den sjuåriga nybilsgarantin ska gälla är att all service ska utföras av auktoriserade KIA-verkstäder. Vidare framgår av åberopat marknadsföringsmaterial, som tillhandahålls direkt av de auktoriserade verkstäderna, att verkstäderna marknadsför KIA:s sjuåriga nybilsgaranti som ”vår” produkt.

Marknadsdomstolens bedömning i fråga om avtalskriteriet

167 Samtliga auktoriserade verkstäder utgör företag i KL:s mening. KIA erbjuder det i målet påtalade garantivillkoret vid försäljning av nya bilar till kunder. Det villkoret återspeglas sedan i nyss redovisade standardavtal som de auktoriserade verkstäderna genom sin auktorisation åtagit sig att följa. Som redan framgått reglerar standardavtalet nämligen bl.a. den auktoriserade verkstadens skyldighet att infria de garantier som ställs av KIA vid försäljning av nya bilar. Annat har inte visats i målet än att de auktoriserade verkstäderna har agerat i enlighet med vad som förväntas av dem i enlighet med det aktuella avtalsvillkoret. Det måste således ha funnits en gemensam vilja hos KIA och de auktoriserade verkstäderna att gentemot kunder agera i enlighet med vad som följer av det i målet påtalade garantivillkoret. En sådan slutsats bekräftas också av de i målet åberopade service- och garantiböckerna samt broschyrerna. Vid nu redovisade förhållanden är avtalskriteriet i 2 kap. 1 § KL uppfyllt.

Relevant marknad

168 En ytterligare förutsättning för att det påtalade garantivillkoret ska anses strida mot KL är att det har haft till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller att det gett ett sådant resultat. Vid denna konkurrensrättsliga bedömning utgör de involverade företagens marknadsandelar på den relevanta marknaden en indikation. En relevant marknad utgörs av ett produktmässigt område (relevant produktmarknad) och ett geografiskt område (relevant geografisk marknad).

169 Vid bedömningen av vad som utgör den relevanta marknaden hämtas vägledning från EU-rätten. Hur den relevanta marknaden ska definieras belyses i Kommissionens tillkännagivande om definition av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 97/C 372/03 (Kommissionens Tillkännagivande).

170 Den relevanta produktmarknaden omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara. Den geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta varorna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framförallt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.

171 Det är i första hand utbytbarheten på efterfrågesidan som bör beaktas, eftersom den normalt utgör den mest omedelbara och effektiva begränsningen i företagens möjlighet att utöva inflytande (se artikel 13 i Kommissionens Tillkännagivande och Tribunalens dom i mål T-177/04 easyJet mot Kommissionen). Det primära vid marknadsavgränsningen är således om och i vilken omfattning konsumenterna kan

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

skydda sig mot en prishöjning genom att inom tillräckligt kort tid välja en annan produkt eller anlita en annan leverantör.

172 Det s.k. SSNIP-testet (en förkortning av engelskans ”small but significant and nontransitory increase in price”) har utvecklats som ett stöd för att bedöma utbytbarhet. Detta innebär att man bedömer konsumenternas troliga reaktion på en antagen liten och varaktig prisförändring på 5-10 % på produkterna i fråga (se artiklarna 15-19 i Kommissionens Tillkännagivande). Om konsumenterna kan ersätta den prishöjda produkten med en annan produkt i en sådan omfattning att prishöjningen blir olönsam på grund av minskad försäljning, innebär det att ytterligare produkter ingår i den relevanta marknaden.

173 I de situationer då utbytbarheten på utbudssidan kan jämföras med utbytbarheten på efterfrågesidan vad gäller effektivitet och omedelbarhet kan även denna beaktas (se artikel 20 i Kommissionens Tillkännagivande). För detta krävs att företag, som svar på små och varaktiga förändringar av de relativa priserna, kan ställa om sin produktion till utbytbara produkter utan väsentliga tilläggskostnader eller kommersiella risker. Om utbytbarhet på utbudssidan kräver en väsentlig anpassning av befintliga fasta och immateriella tillgångar, nyinvesteringar, strategiska beslut eller om den tar tid, kommer den inte att beaktas i det skede då marknaden definieras (se artikel 23 i Kommissionens Tillkännagivande).

174 SBF har i målet anfört att den relevanta marknaden utgörs av service och underhåll av KIAbilar i Sverige, dvs. en märkesspecifik eftermarknad. KIA har å andra sidan gjort gällande att marknaden är en systemmarknad, dvs. en kombination av marknaden för försäljning av bilar och en eftermarknad bestående av service, reparationer och reservdelar i Sverige. För det fall domstolen inte finner att det är fråga om en systemmarknad ska marknaden enligt KIA definieras som marknaden för verkstadstjänster bestående av service, reparation och reservdelar i Sverige. KIA:s ståndpunkt är således att marknaden ska definieras som ickemärkesspecifik.

Copenhagen Economics

175 Till stöd för att det i målet är fråga om en märkesspecifik eftermarknad har SBF bl.a. åberopat ett sakkunnigutlåtande från Copenhagen Economics. Förhör har hållits med H. B. O. Av utlåtandet och förhöret har i huvudsak följande framkommit.

176 Utgångspunkten för Copenhagen Economics är att den efterfrågade produkten är service och reparation av KIA-bilar. Med andra ord är den relevanta marknaden skild från försäljning av nya motorfordon. Denna slutsats bygger på köparnas beteenden vid en höjning av priset på service. I en sådan situation skulle nämligen inte köparna av nya bilar reagera snabbt och direkt. Det finns inte heller underlag för att påstå att en betydande andel av nybilsköparna lägger livscykelkostnaderna till grund för sina inköpsbeslut och slutligen har inte köparna goda förutsättningar att inför ett bilköp bedöma dessa kostnader.

177 Marknaden ska således avgränsas till eftermarknaden och bristen på efterfrågesubstitution gör att den är märkesspecifik. SSNIP-testet visar nämligen att KIA-ägarna inte skulle vända sig till en annan verkstad som tillhandahåller service för ett annat bilmärke vid en höjning på priset för KIA-service med 5-10 %. Det finns tre skäl för detta: att service-programmen skiljer sig från bilmärke till bilmärke, att information och vägledning skiljer sig och slutligen att reservdelar och verktyg skiljer sig. Slutsatsen blir därmed att det inte finns någon efterfrågesubstitution.

178 Såvitt avser utbudssubstitution gör Copenhagen Economics den bedömningen att den inte är relevant för marknadsavgränsningen. För det första krävs betydande nyinvesteringar och årliga tilläggskostnader för att kunna serva KIA-bilar. Vidare måste strategiska beslut fattas och utifrån ett marknadsföringsperspektiv är det inte heller oproblematiskt. Mot bakgrund av att det är fråga om ett bilmärke som endast representerar ca 1 % av den svenska bilparken, kan en sådan liten andel i sig själv inte motivera investeringen i bl.a. ett märkesspecifikt diagnosverktyg. Det är således osannolikt att det till följd av en prisökning på KIAservice skulle uppkomma ett större utbud av KIA-verkstäder.

179 Copenhagen Economics slutsats är att marknaden för KIA-service är märkesspecifik och att den omfattar alla verkstäder som kan utföra KIA-service, dvs. såväl KIA-auktoriserade verkstäder som oberoende verkstäder som erbjuder KIA-service.

RBB Economics

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

180 Till stöd för att marknaden ska definieras som en systemmarknad alternativt en eftermarknad för verkstadstjänster, har KIA bl.a. åberopat ett sakkunnigutlåtande från RBB Economics. Förhör har hållits med F. R. Av utlåtandet och förhöret har i huvudsak följande framkommit.

181 Genom förlängda garantier är det biltillverkaren - inte bilägaren - som står för livscykelkostnaderna (dvs. kostnaderna för reparationer under garantitiden). Detta leder till större öppenhet och ökad konkurrens mellan biltillverkare beträffande bilars livscykelkostnader. Förhållandet visar att potentiella kunder beaktar en bils livscykelkostnad inför ett bilköp, varför det föreligger konkurrens mellan olika system som består av bilar och service. Förutom att kunderna är mer medvetna och informerade visar också det teoretiska exemplet att om KIA kunde höja priset på KIA-service med 5-10 %, skulle detta sannolikt få betydande negativa effekter på KIA:s nybilsförsäljning. Potentiella KIA-kunder skulle i en sådan situation välja ett alternativt bilmärke som svar på denna höjning. Exemplet visar att underhållskostnader på eftermarknaden har en direkt effekt på aktuella och framtida nybilsförsäljningar.

182 För det fall det är fråga om en separat eftermarknad anser RBB Economics, genom att beakta utbytbarheten på utbudssidan, att marknaden ska omfatta alla verkstäder. Anledningen till detta är inträdeskostnaderna för verkstäder, som inte tillhandahåller KIA-service, att börja tillhandahålla sådan service är relativt låga. Verkstäderna kan här välja mellan att investera i generiska diagnosverktyg eller att bli auktoriserade KIA-verkstäder. Även om man skulle välja auktorisation, som är det dyraste alternativet, skulle kostnaderna endast bestå av en startkostnad för själva auktorisationen på ca 180 000 kr och därefter en årlig kostnad på ca 36 000 kr. Detta ska jämföras med en snittkostnad för den regelbundna servicen på mellan 2 500 kr och 2 700 kr enligt KIA:s beräkningar. Genom att det idag finns ca 50 000 KIA-bilar med garanti och ca 100 KIA-auktoriserade verkstäder ger den regelbundna servicen en genomsnittlig årsomsättning på ca 1 miljon kr per verkstad. Kostnaderna för auktorisation utgör därmed ett litet hinder för inträde.

183 Trots att service på KIA-bilar endast representerar en liten andel av verkstädernas totala arbete på bilar är inträdeskostnaderna tillräckligt låga för verkstäder som skulle vilja gå över till att erbjuda KIA-service vid en liten höjning av priset på KIA-service. Av den anledningen anser RBB Economics att om domstolen avgränsar marknaden till eftermarknaden bör den omfatta samtliga bilverkstäder i Sverige.

Marknadsdomstolens bedömning i fråga om relevant marknad

184 I målet är ostridigt mellan parterna och klarlagt att den relevanta geografiska marknaden är Sverige.

185 I fråga om vad som utgör den relevanta produktmarknaden måste Marknadsdomstolen först ta ställning till hur marknaden ska definieras utifrån hur en betydande andel av konsumenterna väljer sina produkter.

186 KIA har, som redovisats ovan, anfört att eftersom konsumenter beaktar en bils livscykelkostnader inför ett bilköp finns det stöd för att definiera marknaden som en systemmarknad, dvs. en kombination av en primär produkt (köp av bilar) och en sekundär produkt (köp av service, reparationer och reservdelar). SBF:s inställning är att det bara kan vara fråga om att avgränsa marknaden till eftermarknaden med hänsyn till att konsumenter inte beaktar en bils livscykelkostnader inför ett bilköp på ett sådant sätt att de vid en prishöjning på service på ett bilmärke väljer ett annat bilmärke.

187 I kapitel 2 i Kommissionens tilläggsriktlinjer för vertikala begränsningar i avtal om försäljning och reparation av motorfordon och om återförsäljning av reservdelar (2010/C 138/05, Tilläggsriktlinjerna) anges i anslutning till punkt 57 följande. Under vissa omständigheter kan en systemmarknad som inbegriper motorfordon och reservdelar tillsammans definieras, med hänsyn tagen till bl.a. motorfordonets livslängd samt användarnas preferenser och köpvanor. En viktig faktor är om en betydande andel av köparna gör sina val med hänsyn tagen till fordonets livscykelkostnader eller inte. Exempelvis kan köpvanorna skilja sig kraftigt åt mellan köpare av lastbilar som driver en lastbilsflotta och som beaktar underhållskostnaderna vid tidpunkten för köpet av fordonet respektive köpare av enskilda fordon. I de flesta fall finns sannolikt en separat märkesspecifik eftermarknad, främst eftersom de flesta köpare är privatpersoner eller små och medelstora företag som köper fordon och eftermarknadstjänster separat och inte har systematisk tillgång till uppgifter som sätter dem i stånd att i förväg bedöma de totala kostnaderna för att äga fordonet.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

188 En bils livscykelkostnader består av många utgiftposter där bränslekostnader, försäkringskostnader samt service- och reparationskostnader är några exempel. Vad domstolen måste bedöma är huruvida en betydande andel av konsumenterna lägger just service- och reparationskostnader till grund för sina bilköp, och om det vid en liten men varaktig höjning på KIA-service skulle ge en tillräckligt stor nedgång i efterfrågan på KIA-bilar så att prisökningen blir olönsam för de verkstäder som utför KIA-service.

189 För att marknaden ska kunna definieras som en systemmarknad måste det visas i målet att förhållandena är sådana att konsumenter faktiskt uppfattar köpet av bil och efterföljande service- och reparationskostnader som ett system eller som delar av en enhet.

190 Det måste således visas att konsumenterna dels har en möjlighet att i förväg kunna göra kostnadskalkyler avseende framtida service- och reparationskostnader, dels beräknar och beaktar dessa kostnader inför sina bilköp på ett sådant sätt att de får stor betydelse för val av bil. Ett sådant köpbeteende ska vidare resultera i att en höjning av priset på KIA-service blir olönsam på grund av att nybilsförsäljningen av KIA-bilar minskar i takt med att potentiella KIA-köpare väljer ett annat bilmärke. En sådan anpassning hos konsumenter ska också ske relativt snabbt efter en prishöjning.

191 Utöver vad RBB Economics resonemangsvis redovisat i sitt utlåtande och vad F. R. uppgett i sitt förhör har KIA inte förebringat någon utredning om vilka överväganden konsumenter faktiskt gör inför sina bilköp. Det finns inte heller någon annan utredning som visar på att en tillräckligt stor andel av konsumenter inför ett bilköp beaktar och lägger sådan vikt vid bilars livscykelkostnader, såvitt avser service- och reparationskostnader, att dessa kostnader faktiskt återverkar på valet av bil. Marknadsdomstolen finner sålunda att det inte är visat att förhållandena i det aktuella fallet är sådana att marknaden kan definieras som en systemmarknad.

192 Mot denna bakgrund anser domstolen att marknaden ska avgränsas till eftermarknaden, vilken därmed är skild från marknaden för nybilsförsäljning.

193 Nästa fråga som domstolen har att ta ställning till är om eftermarknaden ska bedömas som märkesspecifik för KIA eller om marknaden ska avgränsas till verkstadstjänster för bilar oavsett märke. SBF har gjort gällande att det är främst efterfrågesubstitutionen som ska beaktas vid denna bedömning, medan KIA har anfört att det är utbytbarheten på utbudssidan som ska ligga till grund för marknadsavgränsningen.

194 Av punkten 57 i Tilläggsriktlinjerna följer att Kommissionen menar att i den mån det finns en marknad för reparations- och underhållstjänster som är skild från marknaden för försäljning av nya motorfordon, ska denna anses vara märkesspecifik.

195 Det är ostridigt och utrett att det inte finns någon efterfrågesubstitution för KIA-ägare avseende utbyte av KIA-service till service av ett annat bilmärke. En KIA-ägare vänder sig således inte till en BMW- eller Volvo-verkstad även om det skulle ske en prishöjning på KIA-service med 5-10 %. Från ett konsumentperspektiv är det helt enkelt fråga om skilda tjänster som inte är utbytbara med varandra.

196 KIA har emellertid gjort gällande att eftermarknaden ska vidgas till att omfatta samtliga verkstäder som tillhandahåller service- och reparationer oberoende av bilmärke. Anledningen till detta är enligt KIA att verkstäder som inte tillhandahåller KIA-service utan större svårigheter kan ställa om sin verksamhet till att även omfatta sådan service.

197 För att utbytbarheten på utbudssidan ska beaktas vid definitionen av marknaden måste, som nämnts ovan, verkstäder som inte tillhandahåller KIA-service, som svar på små och varaktiga prisförändringar på KIA-service, ställa om till att tillhandahålla sådan service, och marknadsföra denna på kort sikt utan att väsentliga tilläggskostnader eller risker uppstår. Det finns därmed ett krav på omedelbarhet och frånvaro av väsentligt ökade kostnader.

198 I det aktuella fallet är det självklart möjligt för en verkstad som inte tillhandahåller KIA-service att investera i relevant teknisk utrustning och tillgodogöra sig relevant information för att kunna börja tillhandahålla sådan service. Det kan dock hållas för visst att tillräckligt många verkstäder, som svar på en liten men varaktig höjning på priset för KIA-service, inte skulle ställa om sin verksamhet relativt snabbt, effektivt och utan väsentliga kostnader till att även omfatta KIA-service. Vid dessa förhållanden saknas

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

förutsättningar för domstolen att beakta utbytbarheten på utbudssidan vid definitionen av den relevanta produktmarknaden (se artikel 23 i Kommissionens Tillkännagivande).

199 Av det anförda följer att det är fråga om en märkesspecifik eftermarknad på det sätt SBF gjort gällande. En sådan marknadsdefinition ligger även i linje med vad Kommissionens anfört i sina Tilläggsriktlinjer. På denna marknad är dels KIA, som bestämmer villkor och tillhandahåller föreskrifter för sådan service, dels auktoriserade och oberoende verkstäder, som utför service och reparationer på KIA-bilar, verksamma.

200 Enligt vad utredningen visar finns inte här anledning att närmare dela upp verkstadstjänster i reparations- respektive servicetjänster, eftersom dessa tjänster i praktiken går in i varandra.

201 Den relevanta marknaden i målet ska därmed definieras som marknaden för service och reparation av KIA-bilar i Sverige.

KIA:s marknadsandelar på den relevanta marknaden

202 I fråga om KIA:s marknadsandelar på den relevanta marknaden har SBF åberopat dels en AutoIndex-undersökning från 2010, dels en marknadsundersökning från våren 2012 utförd av datainsamlingsföretaget K2analys AB. SBF har vidare åberopat förhör med A. N., K2analys AB. I AutoIndex-undersökningen fick bilägare med bilar av års-modellerna 2003-2009 svara på frågan om de primärt använt sig av märkesverkstaden under de senaste tolv månaderna för service och reparationer. Resultatet för KIA:s del var 80 %. Ett likartat resultat återfinns i marknadsundersökningen från K2analys AB. I undersökningen gjordes 1 100 telefonintervjuer med ägare/hyresmän eller de som normalt har hand om service och reparationer av KIA-bilar. Resultatet visar att marknadsandelen för auktoriserade verkstäder för service och reparationer av KIA-bilar var 86 % i värde och 84 % i volym, dvs. andel verkstadsbesök.

203 Utredningen ger således vid handen att det selektiva nätverket bestående av KIA och de auktoriserade verkstäderna har en mycket hög marknadsandel, vilken kan uppgå till så mycket som 80 % på den relevanta marknaden.

Konkurrensbegränsningskriteriet

204 Marknadsdomstolen övergår nu till att pröva om KIA:s och det auktoriserade nätverkets tillämpning av garantivillkoret har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

205 I fråga om vad som är en konkurrensbegränsning anges i förarbetena till 1993 års KL följande. Ett avtal kan sägas hämma konkurrensen om det på något sätt inskränker ett eller flera företags möjligheter att agera oberoende av andra företag. Det kan vara fråga om företag som är faktiska eller potentiella konkurrenter med varandra, oavsett om det är fråga om parterna i avtalsförhållandet eller företag som står utanför avtalsförhållandet. Om ett företag som står utanför ett avtalsförhållande hindras att få tillgång till varor eller teknologi, eller om företaget diskrimineras beträffande affärsvillkor eller om det på något annat sätt undandras möjligheter att konkurrera, är avtalet konkurrenshämmande (se prop. 1992/93:56 s. 69).

206 Bedömningen av ett avtals syfte ska inte göras med hänsyn till någon parts subjektiva syfte utan den ska göras utifrån avtalets objektiva syfte med hänsyn till det sammanhang som det ingår i (se MD 2009:11). Det är således det syfte som framträder vid en objektiv bedömning av avtalet ifråga, avtalets faktiska och ekonomiska sammanhang samt parternas agerande som är av betydelse för denna bedömning. Ett avtal kan anses ha ett begränsande syfte även om avtalet inte har som enda syfte att begränsa konkurrensen utan även eftersträvar andra, legitima syften (se bl.a. EG-domstolens dom i mål C-551/03 General Motors mot Kommissionen). Om ett syfte kan visas är det inte nödvändigt att konstatera ett resultat.

207 Genom garantivillkoret hindras de verkstäder, som åtar sig att serva KIA-bilar men som inte är auktoriserade, från att erbjuda regelbunden service på dessa bilar i enlighet med den sjuåriga garantin. Som en följd av att de oberoende verkstäderna utestängs från den regelbundna servicen går de också miste om att kunna konkurrera om reparationsarbeten i anslutning till servicen. Ett garantivillkor av det

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

slag som nu är för handen måste, genom denna ofrånkomliga utestängning, objektivt sett, anses ha som ett av sina syften att begränsa konkurrensen på den regelbundna servicen av KIA-bilar.

Märkbarhetskriteriet

208 Marknadsdomstolen har härnäst att pröva om konkurrensen på den relevanta marknaden begränsas på ett märkbart sätt genom tillämpningen av garantivillkoret. Därvid ska såväl omfattningen av det konkurrensbegränsande samarbetet (den kvantitativa aspekten) som samarbetets art (den kvalitativa aspekten) beaktas.

209 Bedömningen av om konkurrensbegränsningen är kvantitativt märkbar utgår från storleken på de samarbetande företagen och deras marknadsandel. Beträffande samarbetets art krävs att konkurrensbegränsningen anses ha en sådan negativ påverkan på konkurrensen att den blir märkbar.

210 Som konstaterats ovan har KIA och dess auktoriserade nätverk en mycket hög marknadsandel på den relevanta marknaden. Storleken på företagens sammanlagda marknadsandel är därmed från kvantitativ synpunkt sådan att deras samarbete måste anses märkbart konkurrensbegränsande. Även om begränsningen endast avser den sjuåriga garantin och inte den tre-åriga samt övrig service och reparationer, är den enligt domstolens bedömning ändå ett tillräckligt konkurrenshinder för att det ska föreligga märkbar effekt utifrån en kvalitativ bedömning.

Fråga om undantag

211 Marknadsdomstolen har ovan funnit att samtliga rekvisit i 2 kap. 1 § KL är uppfyllda. Med hänsyn till att KIA gjort gällande dels att garantivillkoret omfattas av Gruppundantaget för motorfordonssektorn (Kommissionens förordningar 330/2010 och 461/2010, Nya GUF), dels att villkoren för ett individuellt undantag i 2 kap. 2 § KL är uppfyllda, övergår nu Marknadsdomstolen till att pröva huruvida det föreligger förutsättningar för undantag.

212 Nya GUF innehåller en marknadsandelsspärr på 30 %, dvs. om KIA:s och de auktoriserade verkstädernas andel av den relevanta marknaden överstiger tröskelvärdet på 30 % omfattas inte KIA:s avtal med de auktoriserade verkstäderna av Nya GUF.

213 Som Marknadsdomstolen funnit ovan är KIA och dess auktoriserade nätverk verksamma på samma relevanta marknad och deras sammanlagda marknadsandel på denna marknad uppgår till så mycket som 80 %. Marknadsdomstolen finner härigenom att förutsättningarna inte är sådana att KIA:s avtal med de auktoriserade verkstäderna, som garantivillkoret är en del av, kan omfattas av Nya GUF.

214 Marknadsdomstolen går därför vidare och prövar huruvida ett individuellt undantag enligt 2 kap. 2 § KL kan komma i fråga.

215 I 2 kap. 2 § KL uppställs fyra villkor som måste vara uppfyllda för att förbudet i 2 kap. 1 § KL inte ska gälla. Om ett av dessa villkor inte är uppfyllt kan således inte ett undantag bli aktuellt. Det åligger KIA att visa att de i 2 kap. 2 § KL angivna förutsättningarna är uppfyllda.

216 Undantag gäller för avtal som:

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande,

2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås,

3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet och

4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

217 Enligt KIA är servicen hos de icke auktoriserade KIA-verkstäderna undermålig och, som en följd härav, utgör de ökade garantikostnaderna som bärs av KIA ett marknadsmisslyckande. Genom garantivillkoret elimineras detta marknadsmisslyckande enligt KIA. Vidare har KIA anfört att den långa garantin

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

ger fördelar i form av bättre säkerhet, kvalitet och pålitlighet, högre andrahandsvärde samt inte minst den förlängda garantin i sig till ett rimligt pris. Villkoret ger enligt KIA konsumenterna en viktig trygghet genom förutsägbara kostnader och risker. För att säkerställa hög kvalitet och pålitlighet i det regelbundna underhållet, och för att vara villig att erbjuda den förlängda garantin har KIA ansett det nödvändigt att kräva att KIA-bilar genomgår den regelbundna underhållsservicen enligt KIA:s rekommendationer. Villkoret skapar enligt KIA effektivitetsvinster och motsvarande fördelar för konsumenterna.

218 KIA har åberopat omfattande muntlig och skriftlig bevisning till stöd för sina påståenden om att de icke auktoriserade KIA-verkstäderna i Sverige inte uppfyller kraven på kvalitet och pålitlighet. KIA har t.ex. visat på fall där serviceprotokoll har varit gamla och inte följt KIA:s föreskrifter, fall där reservdelar av dålig kvalitet blivit installerade och situationer där oberoende verkstäder inte kunnat uppdatera en bils mjukvara på grund av att de saknat relevanta diagnosverktyg.

219 Enligt Marknadsdomstolen utgör dessa enstaka fall dock inte tillräckligt underlag för att konstatera att oberoende verkstäder generellt brister i kvalitet och pålitlighet på ett sådant sätt att, om möjligheten fanns, de inte skulle kunna serva KIA-bilar på ett fackmannamässigt sätt. Det har för övrigt heller inte visats att de problem som KIA pekat på hos de oberoende verkstäderna är större än hos de auktoriserade.

220 På grund av det anförda måste det enligt Marknadsdomstolens mening anses tillräckligt att den regelbundna servicen enligt den sjuåriga garantin, precis som för andra nybilsgarantier, underkastas kravet på fackmannamässigt utförande. Marknadsdomstolen anser därmed att KIA:s garantivillkor är för långtgående för att det ska anses nödvändigt utifrån de överväganden som måste göras enligt KL och EU-rätten.

221 Redan härav följer att det saknas förutsättningar för undantag enligt 2 kap. 2 § KL.

Sammanfattning

222 I enlighet med det ovan anförda finner Marknadsdomstolen att KIA:s och dess auktoriserade nätverks tillämpning av det ifrågavarande garantivillkoret utgör en sådan konkurrensbegränsning som ska förbjudas enligt 2 kap. 1 § KL. Ett åläggande enligt 3 kap. 2 § KL ska därmed meddelas KIA på sätt som framgår av domslutet.

223 Vid denna utgång saknas anledning att pröva om KIA:s förfarande skulle strida mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § KL.

Tillämpning av artikel 101 i EUF-fördraget

224 I artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 har förhållandet mellan artikel 101 EUFfördraget (tidigare artikel 81) och den nationella konkurrensrätten reglerats. Där anges att om de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på ett sådant avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande som är förbjudet enligt artikel 101 EUF-fördraget och som kan påverka handeln mellan medlemsstater, ska de även tillämpa artikel 101.

225 Utgångspunkten vid bedömningen av om ett avtal eller samordnat förfarande kan antas ha samhandelseffekt är att det måste vara möjligt att med en tillräcklig grad av sannolikhet på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, förutse att agerandet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstater.

226 I förevarande fall har det varit fråga om ett agerande som ägt rum inom hela Sverige. KIA och dess auktoriserade nätverk har haft ett betydande inflytande på den relevanta marknaden och samarbetet har omfattat varor som är föremål för relativt omfattande handel över gränserna. Redan dessa omständigheter medför enligt Marknadsdomstolens mening att samhandelskriteriet är uppfyllt.

227 Marknadsdomstolen finner således att omständigheterna i målet är sådana att även artikel 101 EUF-fördraget ska tillämpas på nu aktuellt förfarande. Enligt Marknadsdomstolen är den tillämpning domstolen i det föregående gjort av KL förenlig med artikel 101 EUFfördraget. En tillämpning av artikel 101 EUF-fördraget leder således till samma resultat som en tillämpning av 2 kap. 1 § KL.

Vitets storlek

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

228 Ett åläggande enligt 3 kap. 2 § KL får enligt 6 kap. 1 § 1 p KL förenas med vite.

229 Enligt 3 § lagen (1985:206) om viten ska ett vite fastställas till ett belopp som med hänsyn till vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden och till omständigheterna i övrigt kan antas förmå denne att följa det föreläggande som är förenat med vitet.

230 Marknadsdomstolen finner att vitet i det aktuella fallet bör sättas till 5 000 000 kr.

Rättegångskostnader

231 Vid ovan angiven utgång ska KIA som tappande part ersätta SBF dess rättegångskostnader. SBF har yrkat ersättning med sammanlagt 7 279 900 kr, varav 5 990 620 kr avser ombudsarvode. KIA har vitsordat ett belopp motsvarande KIA:s eget kostnadsyrkande för ombudsarvode, vilket uppgår till 4 328 726 kr.

232 Marknadsdomstolen konstaterar att SBF:s kostnadsräkning upptar en förteckning över åtgärder som vidtagits men saknar uppgift om nedlagt antal timmar. Målet har varit relativt omfattande med en huvudförhandling som sträckt sig över flera dagar. Även med beaktande härav får SBF dock anses skäligen tillgodosett med 5 000 000 kr avseende ombudsarvode. I övrigt får yrkad ersättning anses skälig. KIA ska därmed ersätta SBF för dess rättegångskostnader med sammanlagt 6 289 280 kr.
På Marknadsdomstolens vägnar

Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Karin Lindell, Johan Rosén, Astri Muren, Lennart Göranson och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Louise Petrelius

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

APPLICATION for a declaration that Commission Decision No 78/823/EEC of 21 September 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.824 — breeders' rights — maize seed) (Official Journal 1978, L 286, p. 23) is void,

THE COURT

composed of: J. Mertens de Wilmars, President, G. Bosco, A. Touffait and O. Due (Presidents of Chambers), Lord Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, T. Koopmans, U. Everling and A. Chloros, Judges,

Advocate General: S. Rozès
Registrar: H. A. Rühl, Principal Administrator

gives the following

JUDGMENT

Facts and Issues

The facts of the case, the course of the procedure and the conclusions, submissions and arguments of the parties may be summarized as follows:

I — Facts and procedure

A — The facts

1. The *Institut National de la Recherche Agronomique* [National Institute for Agricultural Research, hereinafter referred to as the "INRA"] is a French public body whose task is, *inter alia*, to carry out research with a view to improving and developing plant production. It has been successful in developing varieties of maize seed capable of being cultivated under temperate climatic conditions which hitherto had been considered unsuitable for the cultivation of maize. Thus it developed varieties known as INRA 190, 200 and 258 which are the subject of these proceedings. These are hybrid maize varieties, the seeds of which must each time be developed afresh from basic lines.

2. *Kurt Eisele* is a supplier of seeds in Darmstadt. He is the sole active partner and majority shareholder of the firm L. C. Nungesser KG (hereinafter referred to as "Nungesser"), which specializes in the production of, and trade in, seeds.

3. On 14 and 16 December 1960 INRA and Mr Eisele entered into a contract

As to the principle of legal certainty, that cannot be construed as meaning that the parties may obtain, after a lapse of time, the right to an exemption even if essential parts of their agreement do not satisfy the conditions laid down for that purpose.

V — Oral procedure

At the sitting on 28 October 1981 the parties presented oral argument.

The Advocate General delivered her opinion at the sitting on 3 February 1982.

Decision

1 By an application lodged at the Court Registry on 27 November 1978, the limited partnership L. C. Nungesser KG [hereinafter referred to as "Nungesser"] and Kurt Eisele, sole active partner and majority shareholder of that firm, both carrying on business in Darmstadt, brought an action under the second paragraph of Article 173 of the EEC Treaty for a declaration that the Commission's Decision of 21 September 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.824 — breeders' rights — maize seed), notified to the applicants on 27 September 1978 and published in the Official Journal 1978, L 286, p. 23, is void.

2 Under Article 5 of the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants of 2 December 1961 (United Nations Treaty Series, Vol. 815 p. 89), upon which the legislation of Member States is based, breeders' rights are those rights conferred on the breeder of a new plant variety or his successor in title pursuant to which the production, for purposes of commercial marketing, of the reproductive or vegetative propagating material, as such, of the new variety and the offering for sale or marketing of such material are subject to the prior authorization of the breeder.

3 The contested decision found that Article 85 (1) of the EEC Treaty had been infringed as a result of the content and application of certain provisions of two contracts entered into between Mr Eisele and the Institut National de la Recherche Agronomique [National Institute for Agricultural Research, hereinafter referred to as "INRA"], Paris, in 1960 and 1965 concerning respectively the assignment, in respect of the territory of the Federal Republic of Germany, of plant breeders' rights over certain varieties of hybrid maize seeds developed by INRA and the granting of exclusive propa-

gating and selling rights over those seeds for that territory. In addition, it found that the content and application of the settlement reached in 1973 between Mr Eisele and Louis David KG, of Meisenheim (Germany), to prevent that undertaking from importing and selling INRA seeds in the Federal Republic of Germany also constituted an infringement of Article 85 (1) of the EEC Treaty (Article 1 of the decision).

4 The decision also rejected Mr Eisele's application for the exemption of the agreements under Article 85 (3) (Article 2 of the decision).

5 In support of their application the applicants make the following five submissions:

First submission: The contested decision is nugatory to the extent to which it refers to the 1960 contract, that contract having been superseded by other contracts entered into by the same parties in 1961.

Second submission: The contested decision is in breach of Regulation No 26/62 of the Council of 4 April 1962 applying certain rules of competition to production of and trade in agricultural products (Official Journal, English Special Edition, 1959 to 1962, p. 129), the provisions of which preclude the application of Article 85 of the Treaty to the contracts at issue.

Third submission: The contested decision is in breach of Articles 85 (1) and (2), 30 and 36 of the Treaty inasmuch as:

A. The Commission failed to take into account the particular nature of plant breeders' rights, the exercise of which demands strict observance of territorial protection; and

B. The Commission was wrong to consider that every exclusive licence of breeders' rights by definition falls within the terms of Article 85 (1) of the Treaty.

Fourth Submission: The contested decision is in breach of Article 85 (3) of the Treaty, since the conditions for the grant of an exemption under the terms of that provision are satisfied in the present case and, in any event, the reasons given for refusing such an exemption are vitiated by errors of fact and law.

Fifth submission: The contested decision is unlawful for misuse of powers in so far as it relates to the settlement reached between Louis David KG and Mr Eisele, since, under German law, that settlement must be treated as an order of the court.

6 The action does not relate to those parts of Article 1 (b) of the decision which concern the obligations arising out of Clauses 2 and 3 of the contract of 1965 or Clause 1 of that contract to the extent to which it imposes the obligation on the licensee to refrain from producing or selling maize seed of varieties other than INRA varieties.

7 The interventions by the Governments of the United Kingdom, the Federal Republic of Germany and France and by the Caisse de Gestion des Licences Végétales [Office for the management of plant breeders' rights] principally relate to the third and fourth submissions. The French Government also stated that INRA is a public body to which are assigned tasks of general interest and that the applicants were therefore right to have relied upon Article 90 (2) of the EEC Treaty in the course of the administrative proceedings before the Commission.

8 In that connection it must be remembered that under Article 90 (2) of the Treaty undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest are subject to the rules on competition contained in the Treaty, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance of the particular tasks assigned to them.

9 The contested decision states — and this is not disputed by the French Government — that the particular task which, under French law, is assigned to INRA is that of organizing, performing and disseminating all forms of agricultural research, with particular reference to the improvement and development of crop production and the preservation and processing of agricultural products. The performance of that task is not obstructed by the application of the Treaty's competition rules to a series of contracts whose main subject-matter is not plant breeding, that is to say the creation or development of new varieties, but the marketing of maize seed which orig-

inates from basic lines previously bred and developed by INRA following research activity and which is intended for sale to farmers. Reliance on Article 90 (2) of the Treaty is therefore not relevant to the present case.

First submission: The contracts covered by the contested decision

10 The contract of 1960 marked the beginning of cooperation between INRA and Mr Eisele. Under the terms of that contract, Mr Eisele undertook to represent INRA before the Bundessortenamt, the German authority responsible for breeders' rights, for the purpose of registering the varieties of maize seed developed by INRA which were already protected by the registration of breeders' rights under French legislation. Mr Eisele also undertook to keep INRA informed of all matters relating to the marketing of those varieties in the Federal Republic of Germany.

11 The parties to the contract discovered that under the German legislation in force at the time an owner of breeders' rights established outside German territory was not able to have those rights registered with the Bundessortenamt. In order to overcome that difficulty INRA assigned to Mr Eisele its breeders' rights over four varieties of INRA maize seed in respect of German territory by four declarations made in January and February 1961, but effective from the date of signature of the contract of 1960.

12 Article 1 (a) of the contested decision describes the content and application of certain provisions of the contract of 1960 as being in breach of Article 85 (1) of the Treaty, without referring to the contracts of 1961. The applicants' first submission is that the decision is nugatory to the extent to which it refers to the 1960 contract, that contract having been "substantially superseded" by the assignments.

13 It is apparent, however, from the papers before the Court that the declarations of assignment all included the following clause:

"To the extent to which the contents of this declaration amend the agreement entered into, that agreement is hereby amended by common accord."

14 It is thus clear that the contract of 1960 was amended and not abrogated by the declarations of assignment. Moreover, the Commission also interpreted the contract in that way by stating in the preamble to the decision (I, D, No 1.1) that "on the basis of this contract" Mr Eisele had INRA's maize varieties registered in his name at the Bundessortenamt, thereby acquiring breeders' rights for those varieties in Germany", and by referring in the operative part of the decision (Article 1 (a)) to the contract of 1960 by which "INRA assigned to Mr Kurt Eisele the breeders' rights in Germany".

15 Such an interpretation is all the more justified since the contract of 1960 and the declarations of assignment amending it marked only the beginning of the cooperation between INRA and the applicants, a cooperation which was to increase as time went by, in particular as a result of the contract of 1965 which conferred on Mr Eisele the exclusive right to organize sales of INRA maize seed in Germany. The assignments thus formed part of a series of operations intended to organize the distribution of INRA maize seed in Germany.

16 Therefore the first submission must be rejected.

Second submission: The applicability of Regulation No 26/82

17 Under the terms of Article 2 of Regulation No 26/82, adopted pursuant to Article 42 of the Treaty, Article 85 (1) of the Treaty does not apply to agreements, decisions or practices relating to the production or sale of agricultural products, if they form an integral part of a national market organization or are necessary for the attainment of the objectives of the common agricultural policy set out in Article 39 of the Treaty.

18 In that connection the decision contains the following observations: the agreements between INRA and Mr Eisele do not form an integral part of, or an extension of, a national market organization for maize seed (II, No 5, first indent); as from 1973 INRA entrusted the commercial exploitation of its

maize seed in France and elsewhere to Frasema, a French private company the shareholders of which are the main suppliers of certified seed of every variety used by French agriculture; INRA maize seed is not of such a special nature as to permit the organization of that market to be distinguished from the organization of the market for maize seed in general; as a result the agreements between INRA and Frasema cannot be regarded as constituting a national organization of the market in maize seed; moreover, the market for maize seed is governed by the provisions of Regulation No 2358/71 of the Council of 26 October 1971 on the common organization of the market in seeds (Official Journal, English Special Edition, 1971 (III) p. 894).

19 The decision then finds that the agreements at issue are not necessary for the attainment of the objectives set out in Article 39 of the Treaty (II, No 5, second indent); the means of attaining those objectives are defined in Regulation No 2358/71 and the agreements cannot in any way be considered to fall within the terms of that regulation; moreover, the agreements allowed the applicants to eliminate all competition in INRA maize seed on the German market, with the result that the prices charged for such seed in Germany were much higher than the prices charged in France; that result conflicts with two of the objectives of Article 39 of the Treaty, namely to ensure a fair standard of living for the agricultural community, in particular by increasing the individual earnings of persons engaged in agriculture, and to ensure that supplies reach consumers at reasonable prices; finally, by restricting production of INRA maize seed in Germany, the agreements were likely to jeopardize the objective laid down in Article 39 of the Treaty concerning the availability of supplies, since they restricted significantly the geographical distribution of that production in those parts of the Community where production was practicable.

20 The second submission contests the validity of the second part of the arguments set forth above. The applicants maintain first that the prices of INRA seeds in Germany were not markedly higher than those prevailing in France. They then maintain that an exclusive territorial licence to exploit breeders' rights is the best means of attaining the objectives of Article 39 of the Treaty; on the one hand, exclusive licences enable the knowledge acquired by the producer of seeds to be disseminated and agricultural

productivity to be increased by promoting technical progress, which leads to an increase in the individual earnings of persons engaged in agriculture (Article 39 (1) (a) and (b)); on the other hand, only an exclusive licensee is able, in concert with the licensor, to operate a long-term policy aimed at satisfying the demand for seed within the territory reserved to him and thus to ensure market stability and the availability of supplies (Article 39 (1) (c) and (d)).

21 It appears therefore that the second submission is based on the argument that the contracts at issue, by granting an exclusive licence over breeders' rights for INRA maize seeds in respect of Germany, constitute the most appropriate means of attaining the objectives of the common agricultural policy, having regard to the particular requirements inherent in the production and marketing of those seeds. That argument will be examined in the context of the third submission.

22 It is therefore not necessary to examine separately the second submission.

Third submission

A — The particular nature of plant breeders' rights

23 The applicants explain first that Mr Eisele was the owner of breeders' rights which had been assigned to him by INRA in respect of Germany. Under the relevant German legislation the owner is granted the exclusive right to produce seed for sale and to market seed of the protected variety and to prevent the importation of such seed without his consent (Article 15 (1) of the Sortenschutzgesetz [Law on the protection of plant varieties]).

24 They then argue that the principle of the territoriality of the protection conferred by breeders' rights pursuant to that legislation is justified by the particular nature of the plant species which are the subject of it. In the first place, cultivation of the seeds depends on climatic conditions and on the nature of the soil; the seeds must be adapted to the particular conditions of the country where they are to be used. Secondly, hybrid seeds, once developed, must be constantly reproduced by a biological process in order that they may be maintained; the risk of destabilization of the variety is s:

that marketing which is not controlled by a breeder or his licensee is likely to cause considerable damage to agriculture within the territory in question.

25 Those arguments are supported by the French Government and by the Caisse de Gestion des Licences Végétales, which state *inter alia* that the promotion of technical innovation in the field of plant species depends upon the possibility of benefiting from absolute territorial protection. Very long periods of time are necessary to develop the basic lines which generate the certified seeds covered by breeders' rights and the considerable financial commitment which that entails is only acceptable if the breeder and his licensee are assured of the undisturbed enjoyment of their rights.

26 The applicants and the two interveners infer from those arguments that the contested decision is unlawful in so far as it considers that the contracts at issue are intended to bring about a partitioning of the markets, whereas the territorial protection enjoyed by Mr Eisele is merely the result of the legitimate exercise of the breeders' rights which he owns in Germany.

27 It should first be noted that the contested decision expressly condemns the content and application of the contract of 1960 to the extent to which it enabled Mr Eisele "to invoke his own breeders' rights to prevent all imports into Germany or exports to other Member States of maize seed of INRA varieties" (Article 1 (a)).

28 It should then be remembered that, as the Court held in the judgment of 15 June 1976 in Case 51/75 *(EMI Records* v *CBS United Kingdom* [1976] ECR 811), an industrial or commercial property right, as a legal entity, does not possess those elements of contract or concerted practice referred to in Article 85 (1) of the Treaty, but the exercise of that right might fall within the ambit of the prohibitions contained in the Treaty if it were to manifest itself as the subject, the means or the consequence of an agreement.

29 As the Court emphasized in its judgment of 20 June 1978 in Case 28/77 *(Tepea* v *Commission* [1978] ECR 139), there is such an exercise of an

industrial or commercial property right prohibited by the provisions of the Treaty, in particular by Article 85 (1), where an agreement granting exclusive rights to utilize an industrial or commercial property right in a certain territory, in conjunction with an agreement appointing the licensee sole distributor for that territory, has the effect of ensuring absolute territorial protection for the licensee by preventing parallel imports.

30 Underlying the arguments advanced in support of Part A of the third submission is the claim that those principles, which were developed by the Court in relation to trade mark and patent law, cannot apply to breeders' rights on account of the specific characteristics of those rights and the products which form the subject-matter thereof.

31 In this connection it should be noted that the contested decision is concerned with INRA maize seeds covered by breeders' rights of which INRA was the owner in France and of which, following the assignments, Mr Eisele was the owner in Germany; those seeds were officially certified and capable of being imported, sold and produced in Germany with a view to being made available to agricultural users.

32 It is true that under Clause 3 of the 1965 contract Mr Eisele also received from INRA basic lines so that he himself might cultivate certified seeds on condition that he should not produce more than one third of the certified seed required by German users and that he should import the balance from France. The decision finds that the obligation imposed upon Mr Eisele not to produce more than one third of the seed sold is contrary to Article 85 (1) of the Treaty (see Article 1 (b) of the decision, with regard to Clause 3 of the 1965 contract). The applicants have not, however, challenged that part of the decision. The other parts of the decision do not concern the development or importation of basic lines, but rather the marketing and production of certified seeds.

33 That finding enables the arguments based on the promotion of technical innovation in the agricultural field to be better appreciated. Although the development of new seeds may involve considerable financial sacrifices, that risk is encountered at the time of production of the basic seeds. On the other hand, when the newly-developed variety has found its definitive form, in the sense that it may be used for the production of seeds capable of being officially certified and marketed, the rules relating to trade in products, including competition law, must in principle be applied to the marketing of those seeds.

34 The certified seeds which form the subject-matter of the contracts at issue are hybrid maize seeds, a seed variety whose stability can only be guaranteed if the seeds are cultivated again every time from basic lines. According to the applicants, the reproduction of those seeds poses a special problem in comparison with the reproduction of products protected by trade mark or patent rights, in particular because the procedure to achieve it is more complicated and reproduction depends to a very marked degree on the hazards of climate and soil.

35 That line of argument fails to take into account, however, that many products capable of forming the subject-matter of a trade mark or a patent, in particular certain food or pharmaceutical products, are in a similar situation. Although the reasons put forward by the applicants are based on correct findings of fact, they are not sufficient to justify a special system for breeders' rights in relation to other industrial or commercial property rights.

36 The main argument which the applicants put forward in support of their contention is that the owner of breeders' rights in Germany is the guarantor, as regards the Bundessortenamt, of the stability of the protected variety. It is argued that the responsibility thus imposed on that owner demands that he exercise an absolute control over all marketing of seeds of the protected variety in Germany. According to the applicants, it is precisely for that reason that the very nature of breeders' rights under the German legislation relevant to the present case prevents parallel imports from being carried out outside the control of the owner.

37 In that connection it should be observed that Articles 12 and 15 of the Sortenschutzgesetz (codified version, Bundesgesetzblatt 1977, I, p. 105) provide that breeders' rights belong to the original breeder or discoverer of a variety or to his successors in title and that the effect of those rights is that only the owner thereof is entitled to produce or sell for commercial purposes the reproductive material of the protected variety. As regards the conservation of the variety, Article 16 of that Law provides that the owner of breeders' rights is required to supply all information needed for the testing of the variety by the Bundessortenamt, to allow that authority to verify the measures taken to ensure the conservation of the variety and to send that authority all the material which it might need for that purpose.

38 As was explained by the Government of the Federal Republic of Germany in its replies to the questions put by the Court, that Law does not govern the approval of the seeds for marketing or the associated tests, those being matters which are governed by the Saatgutverkehrsgesetz [Law on the marketing of seeds] (codified version, Bundesgesetzblatt 1975, I, p. 1453). Under Article 4 (1) of that Law, seed may only be marketed after having been approved as basic seed or certified seed. Such approval presupposes, in particular, that the variety in question has been entered on the list of varieties (Article 7 (1) of the Saatgutverkehrsgesetz) pursuant to an application by the breeder of the variety or, if it is a protected variety, by the owner of the breeders' rights. Neither entry on the list of varieties nor approval of the seed confers exclusive production or marketing rights over the reproductive material.

39 By virtue of Article 38 (1) of the Saatgutverkehrsgesetz a variety may only be included in the list of varieties if it is distinct, sufficiently homogeneous and stable, and if it is of agricultural value and is designated by a variety name which is capable of registration. It is the duty of the Bundessortenamt to examine whether the requirements laid down for the registration of the variety have been met (Article 57 (1)). The entry of a variety may be struck off by the Bundessortenamt if one of the five conditions mentioned above is not or is no longer being fulfilled (Article 62 (2)).

40 The Saatgutverkehrsgesetz also provides that the breeder who has registered the variety on the list of varieties is required to conserve that variety as it was when he registered it, and that the Bundessortenamt is to supervise the conservation of registered varieties (Articles 67 and 68).

41 That synopsis of the German legislation shows that seeds certified and approved for marketing are subject to quality control on the part of the public authorities and that that control extends to the stability of the variety. However, breeders' rights are not intended to substitute for controls carried out by the competent authorities, controls carried out by the owner of those rights, but to confer on the owner a kind of protection, the nature and effects of which all derive from private law. From that point of view the legal position of a breeder of seeds is not different from that of the owner of patent or trade mark rights over a product subject to strict control by the public authorities, as is the case with pharmaceutical products.

42 Moreover, it should be observed that maize seeds imported from France which have already been approved in that Member State may be marketed in Germany without undergoing a further acceptance procedure. The Government of the Federal Republic of Germany explained that it has adopted regulations to that effect on the basis of Articles 23 and 24 of the Saatgutverkehrsgesetz and Community directives concerning the marketing of cereal seeds.

43 It is therefore not correct to consider that breeders' rights are a species of commercial or industrial property right with characteristics of so special a nature as to require, in relation to the competition rules, a different treatment from other commercial or industrial property rights. That conclusion does not affect the need to take into consideration, for the purposes of the rules on competition, the specific nature of the products which form the subject-matter of breeders' rights.

B — The application of Article 85 of the EEC Treaty to exclusive licences

44 By this submission the applicants criticize the Commission for wrongly taking the view that an exclusive licence of breeders' rights must by its very nature be treated as an agreement prohibited by Article 85 (1) of the Treaty. They submit that the Commission's opinion in that respect is unfounded in so far as the exclusive licence constitutes the sole means, as regards seeds which have been recently developed in a Member State and which have not yet penetrated the market of another Member State, of promoting

competition between the new product and comparable products in that other Member State; indeed, no grower or trader would take the risk of launching the new product on a new market if he were not protected against direct competition from the holder of the breeders' rights and from his other licensees.

45 This contention is supported by the German and British Governments and by the Caisse de Gestion des Licences Végétales. In particular, the two governments claim that the general character of the reasons given for the contested decision is incompatible with the terms of Article 85 of the Treaty and conflicts with a sensible competition policy. The reasons given for the decision are said to be based on the ill-conceived premise that every exclusive licence of an industrial or commercial property right, whatever its nature, must be regarded as an agreement prohibited by Article 85 (1) and that it is therefore for the Commission to judge whether, in a given case, the conditions for the grant of an exemption under Article 85 (3) are satisfied.

46 During the course of the proceedings objection was made to the use of the expression "exclusive licence" on the ground that, in the present case, the applicants' exclusive right to market the seeds at issue in Germany derived from breeders' rights of which Mr Eisele was the owner in that Member State. Therefore, it was argued, that exclusive right was founded neither on the grant by INRA of an exclusive right to use, within German territory, industrial or commercial property rights vesting in INRA, nor on the contract of 1965 which appointed Mr Eisele sole distributor of the seeds in question for that territory.

47 However, that argument disregards the fact that, from the point of view of Community law, the contract of 1960 initiating the cooperation between INRA and Mr Eisele, the "assignments" of breeders' rights in 1961 and the contract of 1965 organizing the distribution of INRA seeds in Germany make up an indivisible whole. In economic terms, Mr Eisele's position on the German market was that of an exclusive licensee, since the authorization given by INRA to Mr Eisele to have registered in his name in Germany breeders' rights of which INRA was the owner in France was due to the fact

that that body was not able at that time to have its own breeders' rights registered with the Bundessortenamt and since that operation is to be seen within the context of the grant to Mr Eisele of the exclusive right to organize the sale of INRA seeds in Germany.

48 The statement of reasons on which the decision is based refers to two sets of circumstances in order to justify the application of Article 85 (1) to the exclusive licence in question (II, No 3). The accuracy of the facts thus stated has not been challenged.

49 The first set of circumstances is described as follows: [1]

"By licensing a single undertaking to exploit his breeders' rights in a given territory, the licensor deprives himself for the entire duration of the contract of the ability to issue licences to other undertakings in the same territory . . ."

"By undertaking not to produce or market the product himself in the territory covered by the contract the licensor likewise eliminates himself, as well as Frasema and its members, as suppliers in that territory."

50 Corresponding to that part of the statement of reasons is Article 1 (b) of the decision, which in its first and second indents declares the exclusive nature of the licence granted by the 1965 contract to be contrary to Article 85 (1) of the Treaty in so far as it imposes:

An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to refrain from having the relevant seeds produced or sold by other licensees in Germany, and

An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to refrain from producing or selling the relevant seeds in Germany themselves.

51 The second set of circumstances referred to in the decision is described as follows:

"The fact that third parties may not import the same seed [namely the seed under licence] from other Community countries into Germany, or export

1 — Translator's note The English translation of the decision published in the Official Journal is not authentic and has not been followed in all respects.

from Germany to other Community countries, leads to market sharing and deprives German farmers of any real room for negotiation since seed is supplied by one supplier and one supplier only."

52 That part of the statement of reasons is also reflected in Article 1 (b) of the decision, which in its third and fourth indents declares the exclusive nature of the licence granted by the 1965 contract to be contrary to Article 85 (1) of the Treaty in so far as it imposes:

An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to prevent third parties from exporting the relevant seeds to Germany without the licensee's authorization for use or sale there, and

Mr Eisele's concurrent use of his exclusive contractual rights and his own breeder's rights to prevent all imports into Germany or exports to other Member States of the relevant seeds.

53 It should be observed that those two sets of considerations relate to two legal situations which are not necessarily identical. The first case concerns a so-called open exclusive licence or assignment and the exclusivitiy of the licence relates solely to the contractual relationship between the owner of the right and the licensee, whereby the owner merely undertakes not to grant other licences in respect of the same territory and not to compete himself with the licensee on that territory. On the other hand, the second case involves an exclusive licence or assignment with absolute territorial protection, under which the parties to the contract propose, as regards the products and the territory in question, to eliminate all competition from third parties, such as parallel importers or licensees for other territories.

54 That point having been clarified, it is necessary to examine whether, in the present case, the exclusive nature of the licence, in so far as it is an open licence, has the effect of preventing or distorting competition within the meaning of Article 85 (1) of the Treaty.

55 In that respect the Government of the Federal Republic of Germany emphasized that the protection of agricultural innovations by means of breeders' rights constitutes a means of encouraging such innovations and the grant of exlusive rights for a limited period, is capable of providing a further incentive to innovative efforts.

From that it infers that a total prohibition of every exclusive licence, even an open one, would cause the interest of undertakings in licences to fall away, which would be prejudicial to the dissemination of knowledge and techniques in the Community.

56 The exclusive licence which forms the subject-matter of the contested decision concerns the cultivation and marketing of hybrid maize seeds which were developed by INRA after years of research and experimentation and were unknown to German farmers at the time when the cooperation between INRA and the applicants was taking shape. For that reason the concern shown by the interveners as regards the protection of new technology is justified.

57 In fact, in the case of a licence of breeders' rights over hybrid maize seeds newly developed in one Member State, an undertaking established in another Member State which was not certain that it would not encounter competition from other licensees for the territory granted to it, or from the owner of the right himself, might be deterred from accepting the risk of cultivating and marketing that product; such a result would be damaging to the dissemination of a new technology and would prejudice competition in the Community between the new product and similar existing products.

58 Having regard to the specific nature of the products in question, the Court concludes that, in a case such as the present, the grant of an open exclusive licence, that is to say a licence which does not affect the position of third parties such as parallel importers and licensees for other territories, is not in itself incompatible with Article 85 (1) of the Treaty.

59 Part B of the third submission is thus justified to the extent to which it concerns that aspect of the exclusive nature of the licence.

60 As regard to the position of third parties, the Commission in essence criticizes the parties to the contract for having extended the definition of exclusivity to importers who are not bound to the contract, in particular parallel importers. Parallel importers or exporters, such as Louis David KG in Germany and Robert Bomberault in France who offered INRA seed for sale to German buyers, had found themselves subjected to pressure and legal proceedings by INRA, Frasema and the applicants, the purpose of which was to maintain the exclusive position of the applicants on the German market.

61 The Court has consistently held (cf. Joined Cases 56 and 58/64 *Consten and Grundig* v *Commission* [1966] ECR 299) that absolute territorial protection granted to a licensee in order to enable parallel imports to be controlled and prevented results in the artificial maintenance of separate national markets, contrary to the Treaty.

62 The Government of the United Kingdom advanced the view that a contract between two undertakings could not impede the freedom of importers to buy seeds in the country of the owner of the breeder's rights with a view to exporting them to the country of the licensee since, according to previous decisions of the Court, a commercial or industrial property right cannot be invoked against the marketing of a product which has been lawfully placed in circulation on the market of another Member State by the owner of that right or with his consent. Therefore such a contract cannot be regarded as an agreement prohibited by Article 85 (1) of the Treaty.

63 However, that view fails to take into account the fact that one of the powers of the Commission is to ensure, pursuant to Article 85 of the Treaty and the regulations adopted in implementation thereof, that agreements and concerted practices between undertakings do not have the object or the effect of restricting or distorting competition, and that that power of the Commission is not affected by the fact that persons or undertakings subject to such restrictions are in a position to rely upon the provisions of the Treaty relating to the free movement of goods in order to escape such restrictions.

64 It is clear from the documents in the case that the contracts in question were indeed intended to restrict competition from third parties on the German market. In fact under Clause 5 of the 1965 contract INRA promises that it and those deriving rights through it will do "everything in their power to prevent the export" of the varieties of seeds in question to Germany.

65 In the contested decision that clause is interpreted as seeking to prevent third parties who purchase INRA seeds in France from exporting them to Germany (II, No. 3 (b)). It may be inferred from the obstructions which the parties to the contracts have placed in the way of the efforts of Louis David KG and Robert Bomberault to sell INRA seeds in Germany that that interpretation is correct.

66 Article 1 (b) of the decision expressly refers to Clause 5 of the 1965 contract and to the exercise of breeders' rights by Mr Eisele so as to prevent the marketing of INRA seeds in Germany by third parties. Therefore, to that extent Part B of the third submission is unfounded.

67 An examination of Part B of the third submission therefore leads to the conclusion that that submission is well-founded in part and that Article 1 (b) of the decision must be declared void to the extent to which it relates to Clause 1 of the 1965 contract and in so far as that contract imposes:

An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to refrain from having the relevant seeds produced or sold by other licensees in Germany, and

An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to refrain from producing or selling the relevant seeds in Germany themselves.

Fourth submission: The grant of an exemption under Article 85 (3) of the EEC Treaty

68 In support of their fourth submission, the applicants observe that the contested decision refused an exemption under Article 85 (3) of the Treaty because there was no question of a new market being penetrated or a new

product being launched and because Mr Eisele enjoyed absolute territorial protection in Germany. According to the applicants, those two reasons are incorrect: on the one hand, the very purpose of the 1965 contract, at the time of its notification to the Commission, was to open up a new market and to introduce a new pruduct; secondly, the exclusivity established by that contract did not go beyond what was necessary for the distribution of the varieties which could be grown outside their country of origin and thus for the improvement of the production and distribution of goods.

69 In support of that submission, the Government of the United Kingdom observed that only the benefit of the protection afforded by an exclusive licence is capable of encouraging the licensee to exploit the breeders' rights in question and that that protection thus serves to improve the production and distribution of goods and promote technical and economic progress within the meaning of Article 85 (3). It was therefore submitted that the criteria applied by the contested decision were excessively severe.

70 The Caisse de Gestion des Licences Végétales argues that these proceedings concern a fragile and technically advanced product and that in such a case availability of supplies can only be achieved by the establishment of a selective system for planning and stabilizing the market. In refusing to grant an exemption the Commission disregarded the specific nature of the contracts in question.

71 It should first be stated that the contested decision left open the assessment under Article 85 (3) of the exclusive production and propagation rights granted to Mr Eisele und that it confined itself to stating that the conditions for the exemption of the exclusive selling rights and the accompanying export prohibitions were not satisfied (III, No 1 (b)).

72 It follows that, since Part B of the third submission was partially successful, the Court's appraisal of the refusal to grant an exemption may be confined to an examination of the Commission's arguments relating to the exclusive selling rights in so far as they confer absolute territorial protection.

73 On that point the decision states that Mr Eisele enjoyed absolute territorial protection in respect of the distribution in Germany of the seeds for which he had exclusive rights, and that by its absolute nature the sole and direct consequence of such protection was to prevent all imports through other channels of the original products, namely INRA seeds originating in France, despite a persistent demand for such imports in Germany, which in itself is not capable of contributing to an improvement in the production or distribution of goods within the meaning of Article 85 (3) (III, No 1 (b), second indent).

74 The Caisse de Gestion des Licences Végétales disputed that reasoning. In its view, the territorial protection enjoyed by the licensee in the present case was rather a relative protection on account of the presence on the market of numerous varieties of maize seed which could be substituted for INRA varieties and which could thus enter into direct competition with those varieties.

75 However, the Commission rightly stated in reply that that view put forward by the Caisse de Gestion des Licences Végétales concerns the problem of the demarcation of the market; that is a problem which arises when the Commission has to examine whether an agreement affords "the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question" (Article 85 (3) (b)) but which is not relevant to the question whether an agreement is capable of improving the production or distribution of goods.

76 It must be remembered that under the terms of Article 85 (3) of the Treaty an exemption from the prohibition contained in Article 85 (1) may be granted in the case of any agreement between undertakings which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical progress, and which does not impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of those objectives.

77 As it is a question of seeds intended to be used by a large number of farmers for the production of maize, which is an important product for human and animal foodstuffs, absolute territorial protection manifestly goes beyond what is indispensable for the improvement of production or distribution or

the promotion of technical progress, as is demonstrated in particular in the present case by the prohibition, agreed to by both parties to the agreement, of any parallel imports of INRA maize seeds into Germany even if those seeds were bred by INRA itself and marketed in France.

78 It follows that the absolute territorial protection conferred on the licensee, as established to exist by the contested decision, constituted a sufficient reason for refusing to grant an exemption unter Article 85 (3) of the Treaty. It is therefore no longer necessary to examine the other grounds set out in the decision for refusing to grant such an exemption.

79 Therefore the fourth submission must be rejected.

Fifth submission: The settlement concluded between Louis David KG and Mr Eisele

80 The fifth submission relates to Article 1 (c) of the decision, whereby the Commission declared Clause 1 of the settlement concluded on 14 November 1973 between Louis David KG and Mr Eisele to be contrary to Article 85 (1) of the Treaty in so far as it obliged Louis David KG not to sell or place in circulation in Germany seeds of INRA varieties without the authorization of the German licensee.

81 It appears from the documents before the Court that that settlement was reached in the framework of legal proceedings brought by Mr Eisele before the Landgericht [Regional Court] Bad Kreuznach for infringement of his exclusive rights after Louis David KG had imported from France and resold in Germany, without Mr Eisele's authorization, a quantity of certified seeds of INRA varieties.

82 The applicants claim that that settlement was a judicial settlement within the meaning of Article 794 I (1) of the German Code of Civil Procedure concluded between the parties in order to dispose definitively of a dispute before a German court. They submit that such a settlement, which is legally

enforceable under the terms of the aforementioned provision, is not an ordinary private contract but amounts to an order of the court.

83 From that the applicants infer that the Commission was not able to declare such a settlement void without encroaching upon the jurisdiction of the German courts; but in view of the automatic nullity decreed by Article 85 (2) of the Treaty the Commission did declare the settlement void when it held that a part of it was contrary to Article 85 (1).

84 The Commission replies that under German law a settlement concluded for the purpose of disposing of a legal dispute must comply with the requirements of substantive law applicable to every civil contract, and in particular with those deriving from competition law. A judicial settlement is a contract of civil law as well as an act of the court and the nullity of the contract nullifies the whole settlement.

85 The Commission adds that decisions of the German courts, in particular the Bundesgerichtshof [Federal Supreme Court], have confirmed that view. According to those decisions, a party to a judicial settlement may not validly invoke clauses of that settlement which conflict with the German law on monopolies. There is no reason why a settlement which offends against Community rules on competition should be viewed differently.

86 The settlement at issue was submitted to the Court, which was able to find that it was indeed a judicial settlement within the meaning of Article 974 I (1) of the German Code of Civil Procedure, namely a settlement concluded before a German court in order to dispose of a legal dispute pending before it.

87 Whilst it is true, as the applicants maintain, that the judicial settlement is enforceable, it does not have the authority of *res judicata* under German law and is therfore not effective against other courts, public authorities or third parties. Furthermore, as the Commission emphasized, the decisions of the German courts are based on the premise that a judicial settlement, to be

valid, must comply with the requirements of public policy and *bonos mores* and therefore cannot infringe mandatory rules of competition law.

88 In adjudging the applicants' submissions it is not however necessary to consider the question whether, and if so to what extent, a judicial settlement reached before a German court may be declared void for infringing Community rules of competition law. The contested decision in fact merely states that the obligation on Louis David KG, arising out of the settlement, no longer to sell or to place in circulation in Germany INRA seeds without Mr Eisele's authorization conflicts with Article 85 (1) of the Treaty.

89 Therefore, the effect of the decision is confined, in this respect, to a prohibition restraining Mr Eisele from relying on Clause 1 of the settlement to prevent the sale or the placing in circulation of INRA seeds in Germany by Louis David KG. Such a prohibition is in conformity with the principle, recognized in German law, according to which a judicial settlement, within the meaning of Article 794 I (1) of the Code of Civil Procedure, constitutes both an act of the court terminating a legal dispute and a contract of private law which does not allow the parties to disregard mandatory rules of law.

90 The fifth submission must therefore be rejected.

91 It follows from the foregoing that the application must be allowed to the extent to which it challenges Article 1 (b), relating to Clause 1 of the 1965 contract, first and second indents, and that the rest of the application must be dismissed.

Costs

92 Under Article 69 (3) of the Rules of Procedure the Court may order that the parties bear their own costs in whole or in part where each party succeeds on some and fails on other heads. In the present case the parties and the interveners must bear their own costs.

On those grounds,

THE COURT

hereby:

1. Declares Article 1 (b) of the Commission's Decision of 21 September 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.824 — breeders' rights — maize seed; Official Journal 1978, L 286, p. 23) to be void to the extent to which it relates to Clause 1 of the contract of 5 October 1965 and in so far as that contract imposes:

   An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to refrain from having the relevant seeds produced or sold by other licensees in Germany, and

   An obligation upon INRA or those deriving rights through INRA to refrain from producing or selling the relevant seeds in Germany themselves;

2. Dismisses the rest of the application;

3. Orders the parties and the interveners to bear their own costs.

Mertens de Wilmars Bosco Touffait Due

Mackenzie Stuart O'Keeffe Koopmans Everling Chloros

Delivered in open court in Luxembourg on 8 June 1982.

P. Heim
Registrar

J. Mertens de Wilmars
President

MD 2008:12

Återförsäljare av personbilar i södra Sverige har sinsemellan fastställt försäljningspriser och rabatter på nya personbilar, delat upp marknaden avseende försäljning av nya personbilar samt fastställt inköps- och försäljningspriser på begagnade personbilar. Förfarandet har ansetts utgöra ett sådant konkurrensbegränsande samarbete som är förbjudet enligt 6 § konkurrenslagen och artikel 81 i EG-fördraget. Det berörda bolagen har förpliktats att betala konkurrensskadeavgift. Även fråga om preskription och rättegångskostnader.

6 §, 26 §, 27 § och 28 § konkurrenslagen (1993:20); Artikel 81 i EG-fördraget

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2008-09-10

2008:12

Dnr A 3/06

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Stockholms tingsrätts, avd. 4, dom 2006-06-07 i mål nr T 4231-04, *se bilaga* (ej bilagd här)

KLAGANDE OCH MOTPART

Konkurrensverket

KLAGANDE OCH MOTPART

1. Aktiebolaget Bil-B

2. Bil-M. i Skåne Aktiebolag

3. Göinge Bil Aktiebolag

4. J. A. Bil AB

5. Kristianstads Automobil Aktiebolag

6. Skånebil Personbilar AB

7. Bilia Personbilar AB

MOTPART

8. Bildeve Aktiebolag

SAKEN

Konkurrensskadeavgift

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Domslut

1. Med upphävande av tingsrättens dom under punkterna 1-9 förordnar Marknadsdomstolen att bolagen till staten ska betala konkurrensskadeavgift enligt följande:
   Aktiebolaget Bil-B. med tvåmiljonersexhundratusen (2 600 000) kr,

   Bil-M. i Skåne Aktiebolag med tvåmiljoneretthundratusen (2 100 000) kr,

   Göinge Bil Aktiebolag med tvåmiljonertrehundratusen (2 300 000) kr,

   J. A. Bil AB med femhundratusen (500 000) kr,

   Kristianstads Automobil Aktiebolag med enmiljonåttahundratusen (1 800 000) kr,

   Skånebil Personbilar AB med tvåmiljoneretthundratusen (2 100 000) kr,

   Bilia Personbilar AB med sexmiljoner (6 000 000) kr och

   Bildeve Aktiebolag med tremiljoneråttahundratusen (3 800 000) kr.
2. Bolagens yrkanden om ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader vid tingsrätten och i Marknadsdomstolen lämnas utan bifall.
3. Vad tingsrätten förordnat om sekretess ska inte längre gälla.
4. Sekretess enligt 8 kap. 17 § sekretesslagen (1980:100) ska bestå för uppgifterna i Marknadsdomstolens aktbilagor 105-107.

YRKANDEN I MARKNADSDOMSTOLEN

Konkurrensverket (KKV) har yrkat bifall till sin vid tingsrätten förda talan samt att Marknadsdomstolen ska befria det allmänna från ansvar för bolagens rättegångskostnader vid tingsrätten.

Bilia Personbilar AB (Bilia) samt Aktiebolaget Bil-B., Bil-M. i Skåne Aktiebolag, Göinge Bil Aktiebolag, J. A. Bil AB, Kristianstads Automobil Aktiebolag och Skånebil Personbilar AB (Volvohandlarna) har yrkat fullt bifall till sina vid tingsrätten framställda ersättningsanspråk.

Part har bestritt respektive motparts ändringsyrkande.

Bolagen har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Marknadsdomstolen.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Parterna har i Marknadsdomstolen åberopat samma grunder som vid tingsrätten med följande justeringar. Bilia har angett att bolaget accepterar tingsrättens bedömning att den relevanta geografiska marknaden omfattar en väsentligt större del av Sverige än Skåne och Blekinge, dock inte hela Sverige eller en övervägande del av Sverige. Bildeve Aktiebolag (Bildeve) har angett att bolaget, liksom Volvohandlarna, gör gällande att det som läggs bolaget till last inte är möjligt att genomföra i praktiken varför det är att betrakta som ett otjänligt försök.

Parterna har utvecklat sin talan på väsentligen samma sätt som vid tingsrätten med följande justeringar och tillägg.

KKV

Vertikal styrning och inommärkeskonkurrens

Det förekommer en omfattande vertikal styrning på bilmarknaden som har sin grund i att återförsäljarnas och tillverkarens/generalagentens intressen inte helt sammanfaller. I den mån nämnda intressen inte sammanfaller kan tillverkarens/generalagentens styrning öka effektiviteten på marknaden. Detta är ett av skälen till att det inom EU finns ett gruppundantag för motorfordon. Den vertikala styrning som VPS (Volvo Personbilar Sverige Aktiebolag) har utövat inom ramen för det tidigare gällande gruppundantaget har dock vare sig eliminerat incitamenten eller möjligheterna till en kartell mellan återförsäljare. Att det finns en vertikal struktur förändrar inte det faktum att de i målet aktuella återförsäljarna har kommit överens om priser och delat upp marknaden. Det faller på sin egen orimlighet att blotta existensen av ett distributionssystem som är förenligt med gruppundantaget skulle betyda att horisontell prissam-

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

verkan mellan återförsäljare är utesluten eller inte märkbar. En sådan slutsats skulle innebära att alla återförsäljare oavsett märke kan prissamverka och dela upp marknaden med hänvisning till det av generalagenten valda distributionssystemet med fristående återförsäljare.

Det finns ett flertal omständigheter som i sig utgör starka indikationer på att inommärkeskonkurrensen är betydande på den svenska nybilsmarknaden. För det första är märkeslojaliteten hög. Volvo hade 2002 en märkeslojalitet om drygt 50 procent. För Renault uppgick märkeslojaliteten till knappt 58 procent. För köpare av dessa bilmärken är det således inommärkeskonkurrensen som är viktig för att göra en bra affär. För det andra visar återförsäljarnas egna uppgifter att det rådde en betydande konkurrens mellan återförsäljarna i Skåne under den i målet aktuella perioden. Detta kom till uttryck genom att det var vanligt att privatpersoner besökte flera återförsäljare för att försöka pressa priserbjudanden på nya bilar. För det tredje är kunderna i allmänhet inte beredda att åka alltför långt för att jämföra priser och bilmodeller. De inbördes avstånden mellan de konkurrerande återförsäljarna är därför av stor betydelse för inommärkeskonkurrensens styrka. I Skåne ligger Volvo- och Renaultåterförsäljarna mycket tätt. För det fjärde är Volvo ett premiummärke. Det framgår att bakgrunden till de stora investeringar som biltillverkare världen över gör i själva varumärket är att skapa en högre lojalitet och därmed betalningsvilja för det enskilda märket. Drivkraften är främst den högre lönsamhet som präglar starka varumärken. Ett varumärkes styrka i detta sammanhang betecknas ofta i litteraturen som "premium", eller "premiumfaktor". Bilmärken med hög premiumfaktor är i allmänhet väsentligt dyrare än utpräglade volymmärken. Mellanmärkeskonkurrensen bland dessa premiummärken är lägre än för volymmärken, för vilka priset spelar en större roll för kunden jämfört med andra attribut. Dessutom gäller att ju högre premiumfaktor desto svagare blir mellanmärkeskonkurrensen. Internationellt sett tillhör Volvo en kategori bilar med en relativt hög premiumfaktor. I Sverige kan Volvo betecknas som ett premiummärke som dessutom har den egenheten att det jämväl har störst marknadsandel. För det femte måste kundernas köpbeteende beaktas.

De flesta privatpersoner bestämmer sig först för bilmodell och därefter för inköpsställe. Själva förhandlingen sker således inte förrän i andra steget i köpprocessen då kunden redan valt bilmärke. Köparens möjligheter att kunna pressa priset är därmed framförallt en funktion av i vilken utsträckning köparen kan spela ut olika återförsäljare av samma märke mot varandra. För det sjätte visar ekonometriska studier att inommärkeskonkurrensen är av betydelse. Korspriselasticiteten mellan olika bilmärken/bilmodeller i olika segment är betydligt lägre än mellan olika bilmärken/bilmodeller inom ett och samma segment. Konsumenter föredrar inhemska bilmärken. Mellanmärkeskonkurrensen mellan ett inhemskt märke och ett utländskt märke är alltså dämpad. Volvo är ett svenskt bilmärke så inommärkeskonkurrensen är av särskild betydelse för Volvoköpare. Mellanmärkeskonkurrensen är dessutom svagare i segmenten med större bilar. Då Volvo mest säljer stora bilar är inommärkeskonkurrensen således av särskild vikt för Volvoköpare. För det sjunde kan konstateras att VPS har valt en distributionslösning med fria återförsäljare istället för att ha försäljningen i egen regi. För att de oberoende återförsäljarna ska bevara och utveckla sina komparativa fördelar måste emellertid konkurrensen mellan återförsäljarna av samma bilmärke fungera väl. I frånvaro av sådant konkurrenstryck kan effektiviteten bli lidande på sikt. Konkurrens mellan återförsäljare av samma märke är av stor vikt för att säkerställa ett effektivt återförsäljarnät. Denna effektivitet upprätthålls bäst genom en kombination av mellan- och inommärkeskonkurrens.

Sammantaget är bolagens påståenden att VPS vertikala styrning omöjliggjort en kartell och att en stark mellanmärkeskonkurrens gör en eventuell kartell omärkbar inte riktiga.

Relevant marknad

KKV gör numera, med hänsyn till nytillkommen utredning, gällande att den relevanta geografiska marknaden omfattar Skåne, Blekinge och Kronobergs län. Vid denna bedömning har särskilt beaktats hur försäljning sker mellan olika distrikt, det faktiska avståndet mellan köpare och säljare och de prisskillnader som föreligger.

En mycket stor andel av återförsäljarnas försäljning av nya bilar (87 procent) sker till kunder i Skåne, Blekinge och Kronobergs län, varav den största delen sker till kunder i det egna distriktet. Mindre än 1 procent av försäljningen sker till kunder i angränsande län (Kalmar, Hallands och Jönköpings län). Av de bilar som säljs till kunder utanför Skåne, Blekinge och Kronobergs län säljs en stor andel till kunder i Stockholmsområdet, medan försäljningen till övriga landet är liten. Detta beror till stor del på att vid försäljningen av tjänstebilar registreras arbetsgivaren som köpare. Är företaget registrerat i Stockholm

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

registreras personbilen således som såld till Stockholm. De allra flesta kunderna i Skåne, Blekinge och Kronobergs län (94 procent) köper sin bil från en handlare i något av dessa län. De flesta (76,2 procent) köper från handlare i det egna distriktet medan 17,8 procent köper från handlare i något av de andra distrikten. Det kan noteras att 1,7 procent av försäljningen till kunder i Skåne, Blekinge och Kronobergs län sker från återförsäljare i de angränsande länen Kalmar, Hallands och Jönköpings län, 0,8 procent från återförsäljare i Stockholmsområdet och 3,5 procent från återförsäljare i övriga Sverige. En mycket stor andel av återförsäljarnas försäljning av begagnade bilar (91 procent) sker till kunder i Skåne och Blekinge, varav den största delen sker till kunder i det egna distriktet.

Nio av tio privatpersoner som köper ny bil har mindre än 6-7 mil till bilhandlaren. För privatpersoner som köpte en ny Volvo/Renault var avståndet till bilhandlaren i genomsnitt 3,8 mil. Motsvarande avstånd för övriga märken var 3,9 mil. Nio av tio som köpt en ny Volvo/Renault hade högst 6 mil till bilhandlaren. Motsvarande avstånd för övriga märken var 7 mil. Nio av tio privatpersoner som köpt en begagnad bil av bilhandlare har mindre än 10-11 mil till köpstället. Privatpersoner som köpt en begagnad bil av bilhandlare har i väsentligt större utsträckning funnit bilen genom besök hos bilhandlaren än genom annons på Internet. Av privatpersoner som 2005 köpt en begagnad bil av årsmodell 1998-2001 hade 61 procent hittat bilen genom besök hos bilhandlaren. Endast 25 procent fann bilen genom annons på Internet. Av de privatpersoner som 2005 köpt en begagnad bil av årsmodell 2002-2004 hade 58 procent hittat bilen genom besök hos bilhandlaren. Endast 23 procent fann bilen genom annons på Internet. Det är viktigt att understryka att denna uppgift avser de förhållanden som rådde 2005. Internets betydelse under perioden för överträdelsen (1998-2002) torde av allt att döma ha varit avsevärt mindre. Bilhandlarnas egna försäljningslokaler var därför ännu viktigare som marknadsföringskanal vid tiden för överträdelsen och således väsentligen viktigare som marknadsföringskanal än annonsering på Internet.

De flesta köpare i södra Sverige finns i Skåne. Eftersom de angränsande länen är glest befolkade är den exakta geografiska gränsen av mindre betydelse vid fastställandet av relevant geografisk marknad. Oavsett om man betraktar Skåne för sig eller tillsammans med något eller några av angränsande län påverkar det inte bolagens möjlighet att begränsa konkurrensen. Efterfrågan och utbudet i dessa angränsande områden är så begränsade att marknaden inte påverkas i nämnvärd utsträckning. Emellertid visar KKV:s utredningar att de län där bolagen är verksamma, Skåne, Blekinge och Kronobergs län, också utgör en rimlig uppskattning av det största område där det är tänkbart att de kan begränsa konkurrensen. KKV gör gällande att handelsflödena mellan regionen som utgörs av Skåne, Blekinge och Kronobergs län och övriga Sverige är av begränsad omfattning. På grund av dessa omständigheter kan den relevanta geografiska marknaden avgränsas till Skåne, Blekinge och Kronobergs län.

Konkurrensskadeavgift

KKV anser numera att konkurrensskadeavgiften ska beräknas med utgångspunkt från bolagens omsättning på den relevanta marknaden. KKV har därför efterfrågat uppgifter om bolagens omsättning i Skåne, Blekinge och Kronobergs län för 2002. Några sådana uppgifter har dock inte lämnats. Bildeve har lämnat en uppskattning för 2002. Bilia har lämnat en uppskattning för 2003. Bilia har dock inte lämnat uppgifter för Bilia Syd avseende hela den relevanta marknaden. Volvohandlarna har inte lämnat några uppgifter alls. Med anledning härav har KKV valt att inte justera sina yrkanden. Det ska dock framhållas att verkets yrkanden avser vissa belopp och inte en viss beräkningsmodell. Syftet är att avgiften ska vara avhållande och avskräckande.

Volvohandlarna, Bilia och Bildeve

Inom Volvoorganisationen sker fortlöpande samordning och kommunikation dels genom olika datasystem, dels genom e-postmeddelanden och sammanträden. Den kommunikation som sker inom organisationen har två huvudsyften. För det första marginalfrågan, dvs. hur vinsten av försäljningen av en bil ska delas upp mellan VPS och den enskilde bilhandlaren. För det andra mellanmärkesfrågan, dvs. hur organisationen ska uppträda utåt för att på bästa sätt konkurrera med andra bilmärken. Samordningen mellan återförsäljarna har endast till syfte att åstadkomma en bättre marginal gentemot VPS och se till att man säljer så många bilar som möjligt. Det finns inte något syfte att hämma konkurrensen. Tvärtom är detta en samordning som ökar konkurrensen mellan olika bilmärken och därigenom är till gagn för konsumenterna.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

De dokument som KKV har grundat sin talan på kan inte läsas isolerade. Sätter man in dokumenten i sitt sammanhang finner man att handlingarna har upprättats för att tillvarata återförsäljarnas intressen gentemot Volvo eller för att tillsammans med Volvo hitta lösningar för att sälja fler bilar. Det finns ett gemensamt intresse hos generalagenten och återförsäljarna att maximera konsumentnyttan och därmed få en hög volymandel på bilmarknaden. Generalagenten har ett intresse av och en möjlighet att kontrollera återförsäljarna och deras marginal genom en kombination av fakturapris, rekommenderat pris och bonus m.m. En samordning mellan återförsäljarna är bara acceptabel för generalagenten om den är till förmån för både generalagenten och återförsäljarna samtidigt som den inte skadar konsumenten och därmed ställningen på marknaden. En samordning av återförsäljarna är nödvändig för att den gemensamma investeringen i bl.a. datasystem ska fungera. Det går inte att presumera att den aktuella typen av prisdiskussioner och avstämningar m.m. är konkurrensbegränsande och till skada för konsumenterna vilket de normalt är i en mellanmärkeskonkurrens då andra skäl saknas.

Volvohandlarna

Relevant marknad

KKV:s definition av den geografiska marknaden för nya bilar är konstlad och går tvärt emot den kommersiella bedömning som Volvoorganisationen har gjort. Volvohandlarnas försäljning av nya bilar utanför det egna distriktet för 2002 var omfattande. Aktiebolaget Bil-B. (Bil-B.) sålde 39 procent av de nya bilarna utanför det egna distriktet, Bil-M. i Skåne Aktiebolag (Bil-M.) 53 procent, Göinge Bil Aktiebolag (Göinge Bil) 24 procent, J. A. Bil AB (A. Bil) 24 procent, Kristianstads Automobil Aktiebolag (Kristianstads Automobil) 40 procent och Skånebil Personbilar AB (Skånebil) 35 procent. Den geografiska marknaden för nya bilar är väsentligt mycket större än vad verket gör gällande.

Den relevanta geografiska marknaden för begagnade bilar är hela Sverige eller i vart fall mycket större än vad KKV har angett. Internets betydelse som marknadsföringskanal för försäljning av begagnade bilar och informationskälla för intressenterna var vid tiden för den påstådda överträdelsen och är alltjämt av enorm betydelse. Man bör notera att Volvohandlarnas in- och utförsäljning över distriktsgränserna är stor och många av handlarna har kunder över hela landet. År 2002 sålde Bil-B. 47 procent av de begagnade bilarna utanför eget distrikt. Motsvarande siffror för övriga bolag var 51 procent för Bil-M., 41 procent för Göinge Bil, 46 procent för A. Bil, 50 procent för Kristianstads Automobil och 50 procent för Skånebil.

Konkurrensskadeavgift

Volvohandlarna angav redan i tingsrätten omsättningen på den relevanta marknaden för respektive bolag. Även den totala omsättningen angavs. Det har inte varit möjligt för bolagen att i efterhand gå in i datasystemen och få fram exakta siffror för 2002.

Bilia

Konkurrensskadeavgift

Marknadsdomstolen har i sin praxis entydigt slagit fast att omsättningen på den relevanta marknaden är utgångspunkten vid beräkningen av konkurrensskadeavgiften. Bilia redovisade redan i tingsrätten den omsättning som Bilia hade 2002 på den relevanta geografiska marknaden såsom KKV då hävdade. Bilias omsättning uppgick då till 736 miljoner kr (inklusive företagsförsäljning) varav 492 miljoner kr avsåg nybilsförsäljning och 244 miljoner kr avsåg begagnatförsäljning. Försäljning till företagskunder i Stockholm ska dock borträknas. Efter detta har Kronobergs län tillförts. I anledning härav har Bilia försökt att uppskatta försäljningen även i detta län. Det rör sig om en ganska liten försäljning. Några uppgifter för 2002 finns inte. Bilia har dock manuellt tagit fram uppgifter för 2003 och kommit fram till att dessa uppgifter är jämförbara med uppgifterna för 2002. Omsättningen uppgick 2003 till 650 miljoner kr varav 420 miljoner kr avsåg nybilsförsäljning och 230 miljoner kr avsåg begagnatförsäljning för den aktuella marknaden.

Bildeve

Relevant marknad

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Den relevanta geografiska marknaden avser, som tingsrätten angivit, en väsentligt större del av Sverige än Skåne och Blekinge. Den bör i vart fall anses omfatta södra Sverige upp t.o.m. Karlstad, Örebro, Mälardalen och Stockholm. Redan det faktum att bilköpare lätt kan undersöka och få klart för sig vilka affärer som kan göras på olika platser i Sverige och med olika återförsäljare innebär att den relevanta geografiska marknaden är mycket större än vad det faktiska avståndet mellan köpare och säljare i den redan genomförda affären ger sken av. Genom att peka på den affär som kan göras på annan plats som är någorlunda nåbar uppnås naturligt nog ofta samma eller bättre villkor lokalt.

Konkurrensskadeavgift

Bildeve har efter en noggrann bedömning kommit fram till att omsättningen 2002 på den relevanta marknaden uppgick till 310 miljoner kr, varav en tredjedel avsåg begagnatförsäljning och två tredjedelar nybilsförsäljning.

BEVISNING

Förnyade förhör har hållits med F. A. och M. G.

Förhören vid tingsrätten med T. A., O. O., P. J., T. J., S. N., O. O., S. H., J. A., G. L., G. K., G. G. och P. G. har spelats upp.

På KKV:s begäran har sakkunnigförhör hållits med P. R., T. S. G. och A. P.

På bolagens begäran har sakkunnigförhör hållits med H. L Z. och F. S.

Parterna har åberopat samma skriftliga bevisning som vid tingsrätten. Parterna har vidare som ny bevisning i Marknadsdomstolen åberopat omfattande ekonomisk utredning, bl.a. ett flertal sakkunnigutlåtanden av ovan angivna förhörspersoner.

Marknadsdomstolens skäl

KKV har gjort gällande att samtliga bolag med undantag för A. Bil i strid mot 6 § KL och artikel 81 i EG-fördraget dels direkt eller indirekt fastställt försäljningspriser och rabatter på nya Volvo och Renault personbilar, dels delat upp marknaden avseende försäljning av nya Volvo och Renault personbilar. KKV har vidare gjort gällande att samtliga bolag i strid mot ovan nämnda stadganden direkt eller indirekt fastställt inköps- och försäljningspriser på begagnade personbilar.

Enligt 6 § KL är, med vissa undantag, avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. Bestämmelsen bygger på artikel 81 i EG-fördraget och EG-rätten ska vara vägledande vid tillämpningen av den (jfr prop. 2003/04:80 s. 50). I nämnda artikel anges att alla avtal, med vissa undantag, mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden är oförenliga med nämnda marknad och förbjudna. I artikel 3 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 har förhållandet mellan artikel 81 och den nationella konkurrensrätten reglerats. Där anges att om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som avses i artikel 81 i fördraget och som kan påverka handeln mellan medlemsstater enligt den bestämmelsen ska de också tillämpa artikel 81 i fördraget på sådana avtal, beslut eller samordnade förfaranden (parallell tillämpning). Av skäl som närmare kommer att beskrivas nedan anser Marknadsdomstolen att samhandelskriteriet är uppfyllt i detta fall varför även artikel 81 i EG-fördraget ska tillämpas på det aktuella förfarandet.

Marknadsdomstolen har i tidigare avgöranden konstaterat att konkurrensskadeavgift är att anse som en offentligrättslig ekonomisk sanktion. När KKV för talan om utdömande av en sådan avgift ankommer det därför på verket att lägga fram en utredning som tydligt visar att KL har överträtts på det sätt som verket gör gällande. Bevisbördan för att förutsättningarna för att döma ut konkurrensskadeavgift är för handen ligger sålunda på KKV och beviskravet, såvitt avser själva överträdelsen, är förhållandevis högt. Det ankommer också på KKV att så långt det är rimligt lägga fram utredning rörande de förhållanden som i det enskilda fallet bör inverka på avgiftens storlek (se bl.a. MD 2003:2).

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Marknadsdomstolen gör följande bedömning.

Avtalskriteriet

En första förutsättning för att ett förfarande ska strida mot såväl artikel 81 i EG-fördraget som 6 § KL är att det är fråga om ett avtal mellan företag, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande mellan företag.

Begreppet avtal har en vidsträckt innebörd. För att ett avtal ska föreligga är det således enligt EG-rättslig praxis tillräckligt att de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt. Det är följaktligen inte nödvändigt att det föreligger ett tvingande och giltigt avtal enligt nationell rätt (se Förstainstansrättens beslut av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96 Bayer AG mot Europeiska kommissionen, REG 2000 s. II-3383, p. 66-69).

Allmänt innebär ett samordnat förfarande att företag agerar i samförstånd på marknaden som ett resultat av direkta eller indirekta kontakter som förevarit dem emellan, utan att det för den skull uppkommit något egentligt avtal. Utmärkande för otillåten samordning är att den normala konkurrensen sätts ut spel genom att den osäkerhet som annars finns kring företagens agerande reduceras (se bl.a. EG-domstolens dom den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P Europeiska kommissionen mot Anic Partecipazioni SpA, REG 1999 s. I-4125, p. 115 ff).

Sammanfattningsvis kan sägas att begreppen avtal och samordnat förfarande ska vara uttryck för någon form av gemensam vilja hos företagen att agera på marknaden på ett visst sätt och att avtalet eller det samordnade förfarandet avser olika former av samförstånd som är av samma art men som skiljer sig åt vad avser intensitet och de former som de kommer till uttryck i. Ett konkurrensbegränsande samarbete mellan företag kan således ta sig olika uttryck. Det torde dock sakna avgörande betydelse vilken form samarbetet har. Även underlåtenhet att tydligt ta avstånd från en uttrycklig eller underförstådd uppmaning att gemensamt delta i något som förverkligar ett konkurrensbegränsande syfte kan innebära ett konkurrensbegränsande samarbete.

När det gäller de nu aktuella bolagens agerande har KKV till stöd för sin talan åberopat viss dokumentation, bl.a. protokoll från möten inom den s.k. Skånegruppen, handanteckningar från nämnda möten, e-postkorrespondens och interna dokument. Beträffande de handlingar som upprättats med anledning av möten inom Skånegruppen har det inte framkommit några omständigheter som pekar på att innehållet inte korrekt återger vad som ägt rum vid respektive möte. Marknadsdomstolen finner därför, liksom tingsrätten, att innehållet i nämnda handlingar får anses återspegla vad som faktiskt har förevarit vid mötena. Handlingarna kan därför läggas till grund för bedömningen. Tingsrätten har i sin dom gjort en utförlig genomgång av det närmare innehållet i handlingarna.

Vad gäller KKV:s påståenden om hur priser och rabatter fastställs delar Marknadsdomstolen tingsrättens bedömning. Vad som förevarit kan inte förklaras som förberedelser inför olika möten relaterade till den vertikala strukturen, t.ex. inom PV-rådet (PV = personvagnar), Begagnatrådet eller VHF (VHF = Volvohandlarföreningen ekonomisk förening) eller förhandlingar med VPS (Volvo Personbilar Sverige Aktiebolag). Bl.a. tidsföljden talar emot detta. I likhet med tingsrätten anser Marknadsdomstolen sålunda att det genom innehållet i handlingarna är styrkt dels att bolagen, med undantag för A. Bil, har träffat avtal om att fastställa försäljningspriser och rabatter på nya Volvo och Renault personbilar, dels att samtliga bolag har träffat avtal om att fastställa inköps- och försäljningspriser på begagnade personbilar.

Vad sedan gäller KKV:s påstående om marknadsuppdelning framgår av utredningen att bolagen har kommit överens om att olika rabatter ska gälla inom och utom distrikt. Som framgår av vad som anförs i det följande innebär detta förhållande att bolagen begränsat den passiva försäljningen utom distrikt och därigenom indirekt förstärkt den uppdelning av marknaden som det vid tiden för överträdelsen gällande gruppundantaget medgav. Marknadsdomstolen anser därmed, till skillnad från tingsrätten, att det även är styrkt att bolagen har träffat avtal om att dela upp marknaden avseende försäljning av nya Volvo och Renault personbilar. Med stöd av det anförda är således avtalskriteriet uppfyllt.

KKV har gjort gällande att bolagens agerande ska betraktas som ett fortlöpande förfarande. Bolagen har med hänvisning till den bristfälliga dokumentationen hävdat att så inte ska anses vara fallet.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Som framgår av handlingarna rör det sig i förevarande fall om ett flertal överenskommelser mellan de aktuella bolagen. För att dessa överenskommelser ska anses utgöra ett enda fortlöpande förfarande krävs att de kan anses sammanhållna och ha ett gemensamt syfte (jfr t.ex. EG-domstolens dom av den 7 januari 2004 i 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 m.fl. mot Europeiska kommissionen, REG 2004 s. I-123, p. 258).

Varje företag är bara ansvarigt under den period som KKV visat att det företaget var part i avtalet. Passivitet befriar dock inte ett företag från ansvar. I förevarande fall har Bilia visserligen inte deltagit i samtliga möten. Bolaget har emellertid fortlöpande mottagit sådan information som utgjort led i förfarandet. Att denna information inte föranlett någon åtgärd från Bilias sida är inte tillräckligt skäl för att bolaget ska anses ha deltagit i förfarandet endast under en begränsad tid. Marknadsdomstolen finner - i likhet med tingsrätten - att bolagen ska anses ha deltagit i samarbetet vilket, med hänsyn till den regelbundenhet och det samband som samarbetet haft, måste bedömas som ett fortlöpande förfarande under den period som KKV har påstått, nämligen 1998-2002. Som tingsrätten också konstaterat har även A. Bil deltagit, dock endast under en kortare period. Vid sådant förhållande är inte eventuella överträdelser preskriberade.

Konkurrensbegränsningskriteriet, märkbarhetskriteriet och samhandelskriteriet

En ytterligare förutsättning för att det påtalade förfarandet ska anses strida mot artikel 81 i EG-fördraget och 6 § KL är att det har haft till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller att det gett ett sådant resultat. Någon effekt behöver således inte påvisas. KKV har inte gjort gällande att det aktuella samarbetet har gett något resultat, endast att förfarandet har haft ett konkurrensbegränsande syfte. Bedömningen av syftet ska ske utifrån objektiva kriterier. Parternas subjektiva syfte saknar betydelse. Såvitt gäller horisontella överenskommelser skiljer man normalt på sådant agerande som till sin natur är konkurrensbegränsande och andra typer av agerande. Som exempel på avtal som till sin natur är konkurrensbegränsande kan särskilt nämnas överenskommelser som innebär att priser fastställs eller att marknader delas upp. Även om det, som tingsrätten konstaterat, inte finns några förbud per se föreligger det således en stark presumtion för att förfaranden av den typ som är aktuell i målet är konkurrensbegränsande.

KKV har gjort gällande att de aktuella förfarandena innefattar ett sådant agerande som typiskt sett är att anse som konkurrensbegränsande. KKV har särskilt betonat att den vertikala relationen mellan VPS och återförsäljarna inte i sig kan medföra någon avvikande bedömning eftersom ett konkurrensbegränsande samarbete är förbjudet såväl mellan märken som inom märken. Bolagen har mot detta hävdat att den vertikala styrningen har varit av sådant slag att det samarbete som förekommit mellan återförsäljarna endast haft till syfte att stärka återförsäljarna gentemot VPS och att samordningen i praktiken har ökat konkurrensen mellan olika bilmärken och därigenom varit till gagn för konsumenterna.

Den ekonomiska utredning som bolagen har åberopat i nu aktuella delar är av både teoretisk och empirisk natur. Bevisningen presenteras i en rad utlåtanden, i huvudsak författade av F. A. och M. G. De teoretiska argumenten går ut på att visa att samordningens syfte inte kan ha varit att snedvrida konkurrensen på ett för konsumenterna märkbart sätt, eller i vart fall att det kan ha funnits fullt legitima skäl för samordning och att denna inte behöver ha haft någon snedvridande verkan. Tre huvudargument förs fram. För det första kan samordning vara nödvändig för att öka bolagens förhandlingsstyrka gentemot VPS. Detta behöver emellertid inte leda till välfärdsförluster för konsumenterna. Den vertikala strukturen, dvs. bolagen och VPS tillsammans, har nämligen starka incitament att maximera de totala vinsterna vilket i sin tur gör att konsumentpriserna i många fall är oberoende av graden av samordning bland bolagen. För det andra kan samordning vara ett sätt att minska snålskjutsproblem i tillhandahållandet av s.k. kollektiva nyttigheter. För det tredje kan samordning vara ett sätt att sänka konsumentpriserna i förhållande till den nivå som skulle ha rått i avsaknad av samordning. T. S. G., åberopad av KKV, har i sin tur framfört en rad invändningar mot dessa argument vilka senare bemötts av bolagen. Argumentationen har varit mycket omfattande från båda sidor.

Marknadsdomstolen gör följande bedömning.

Domstolen delar A:s och G:s uppfattning att det kan finnas legitima skäl för bolagen att agera gemensamt i förhållande till VPS inom ramen för den hårt styrda vertikala strukturen. Det som läggs bolagen till last är dock inte en samordning i förhållande till VPS utan överenskommelser om priser och rabatter

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

gentemot slutkonsumenter. I detta sammanhang vill Marknadsdomstolen betona att varken vertikal styrning, om än hård, eller för den delen pressade marginaler eller mellanmärkeskonkurrens medger att fristående återförsäljare får avtala sinsemellan om fasta priser. Enligt domstolens mening har bolagen inte förmått visa varför sådana överenskommelser eller gemensamt agerande - inte minst i fråga om begagnatförsäljning - skulle vara nödvändiga eller att de skulle vara harmlösa ur konsumenternas synvinkel.

Snålskjutsproblem uppkommer då resultatet av en investering helt eller delvis tillfaller någon annan än den som bekostar investeringen. Investeringen är då att se som en s.k. kollektiv nyttighet. Exempel som framförts i målet är tillhandahållandet av information om nya bilmodeller och tillhandahållande av demonstrationsbilar och service etc. Marknadsdomstolen delar A:s och G:s uppfattning att det finns ett potentiellt problem i så måtto att de totala investeringarna kan komma att bli alltför låga ur konsumenternas synvinkel i situationer med snålskjutsproblem och att höjda vinstmarginaler i återförsäljarledet kan minska detta problem. I målet är det enligt Marknadsdomstolen dock inte klarlagt att sådana snålskjutsproblem förekommer som inte kan lösas på andra sätt än via samordnade konsumentpriser och rabatter. Varumärkesbyggande marknadsföring och information om nya bilmärken torde sålunda i stor utsträckning initieras centralt av Volvo vilket eliminerar eventuella snålskjutsproblem mellan återförsäljarna. Vidare torde resultatet av s.k. informativ marknadsföring avseende priser och försäljningsställen i hög grad tillfalla den lokala annonsören vilket gör snålskjutsproblemet mindre bekymmersamt. Bindande avtal mellan VPS och återförsäljarna kan ingås vad gäller exempelvis service och demonstrationsbilar. Inget har framkommit som ger vid handen att sådana avtal inte skulle kunna användas. VPS insyn i återförsäljarnas verksamhet framstår ju i upprepade vittnesmål som mycket påtaglig. Också här torde argumentet främst ha bäring på nybilsförsäljningen. Det har i vart fall inte presenterats tillräcklig utredning om vilka eventuella snålskjutsproblem som skulle kunna lösas av en samordning på begagnatsidan.

A:s och G:s argument att samordningen kan komma att sänka konsumentpriserna har sin grund i att den s.k. eftermarknaden, dvs. marknaden för service och reparationer, av allt att döma är mycket lönsam i motsats till vad som gäller vid försäljning av nya och begagnade bilar. Enligt A. och G. genererar en enskild återförsäljare som sänker sitt pris visserligen ett ökat antal sålda bilar i regionen. De framtida vinsterna av detta i form av intäkter från service på och reparation av dessa bilar skulle emellertid till stor del komma andra återförsäljare till del. Med andra ord finns också här ett snålskjutsproblem. Incitamenten att sänka priset för att på så sätt öka antalet bilar som i framtiden kräver service och reparationer kan enligt A. och G. därmed vara alltför svaga i avsaknad av samordning.

Enligt Marknadsdomstolens mening ger den skriftliga bevisningen snarast intrycket att samordningen syftat till att höja konsumentpriserna och begränsa rabatterna. I vittnesmål har framkommit att bortemot 70 procent av bilköparna väljer att anlita samma återförsäljare vid service och reparationer som vid bilköp. T. S. G. har framhållit att detta leder till att incitamenten till prissänkningar tvärtom kan vara mycket starka och att detta riskerar att erodera en stor del av vinsterna från eftermarknaden. Marknadsdomstolen kan dela detta synsätt. Det finns många exempel från andra områden där förekomsten av lönsamma eftermarknader leder till extremt hård konkurrens och mycket låga priser på en primär marknad, t.o.m. priser under marginalkostnadsnivå. De s.k. gratistidningarna, exempelvis, är gratis just därför att en större läsekrets genererar intäkter på marknaden för annonser. Mobiltelefoner delas ut gratis eller till en låg kostnad i syfte att öka lönsamheten på marknaden för försäljningen av samtalsminuter. På motsvarande sätt framstår det enligt Marknadsdomstolens mening inte som ett onaturligt antagande att förekomsten av en lönsam eftermarknad i bilbranschen - i avsaknad av samordning - kan leda till en knivskarp priskonkurrens och att ett syfte med samordningen kan ha varit att mildra denna konkurrens.

Vad gäller frågan om marknadsuppdelning bör framhållas att bolagens agerande måste ses mot bakgrund av det vid tiden gällande gruppundantaget för motorfordon. Enligt detta tilläts, som tingsrätten konstaterat, förbud mot aktiv försäljning utanför återförsäljarens exklusiva område. Något förbud mot passiv försäljning tilläts dock inte. Tvärtom betonades i nämnda undantag vikten av att efterfrågan på aktuella varor skulle förbli flexibel och inte begränsas regionalt. En försäljare skulle inte endast ha möjlighet att tillgodose efterfrågan på de varor som omfattas av avtalet inom sina avtalade områden utan skulle också kunna tillgodose efterfrågan från personer och företag inom andra delar av den gemensamma marknaden. Principen om en enhetlig marknad innebär således att konsumenten ska kunna köpa motorfordon var som helst inom gemenskapen där priserna eller villkoren är mest förmånliga. I förevarande fall har dock bolagen genom att komma överens om olika rabatter inom och utom distrikt begränsat försäljningen utom distrikt och därigenom indirekt förstärkt den uppdelning av marknaden som gruppundantaget

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

medgav. Marknadsdomstolen anser mot bakgrund av vad som anförts om undantagets syfte att en sådan indirekt marknadsuppdelning är konkurrensbegränsande.

Marknadsdomstolen vill i detta sammanhang i fråga om de s.k. begagnat-prislistorna och datasystemet SIMBA anföra följande.

Bolagen har påpekat att de begagnat-prislistor som bl.a. cirkulerats med e-post varit i Excelformat och därför enkelt kunnat ändras genom att den enskilde handlaren lagt in egna värden på vissa faktorer, vilket lett till automatisk omräkning av listpriser i berörda delar. Därmed skulle en sådan lista betraktas som ett tillåtet hjälpmedel för den individuella prissättningen. Enligt Marknadsdomstolens mening kan samverkan om bl.a. priskalkylering vara tillåten, exempelvis i form av en gemensam "mall" som anger delmomenten i en företagsekonomiskt korrekt kalkyl. En sådan modell är neutral och icke konkurrensbegränsande om den saknar bestämda värden utöver vad företagen inte kan påverka (såsom moms). Omvänt gäller att om konkurrenter använder ett hjälpmedel vilket innehåller specifika värden på för företagen påverkbara poster anses detta normalt som en konkurrensbegränsande prisrekommendation. Instrument av detta slag får således inte ha en prisstyrande funktion. Marknadsdomstolen menar mot denna bakgrund att en lista ifylld med fullständiga priser inte kan betraktas som ett neutralt hjälpmedel, även om den mer eller mindre enkelt kan justeras individuellt. Tvärtom är risken överhängande för att den blir starkt prisstyrande. Härtill kommer, i detta fall, att olika versioner sänts runt för kommentarer och kontroll, vilket förstärker intrycket av att ändamålet varit att fastställa priser eller att åtminstone etablera en viss prisnivå.

Vidare har det av återförsäljarna använda datasystemet SIMBA bl.a. möjliggjort snabb insyn i konkurrenternas försäljningsvolymer. Även om detta inte varit avgörande för bedömningen bör noteras att systemet gjort det möjligt för deltagarna att få indikationer på avsteg från en överenskommen prissamordning.

Den empiriska bevisning som bolagen presenterat ger i och för sig visst stöd för att effekten av samordningen inte varit märkbar på nybilssidan genom att prisnivåerna vid Bilias anläggningar inte framstår som högre i Skåneregionen än i övriga delar av landet. Då KKV med sin talan endast påtalat syftet, påverkar nämnda förhållande inte domstolens bedömning. Marknadsdomstolen vill tillägga att företag - av olika skäl - inte alltid utnyttjar alla möjligheter till konkurrens och manöverutrymmet kan dessutom vara tämligen litet. Det väsentliga är emellertid att dessa möjligheter, stora eller små, kvarstår och inte elimineras av överenskommelser företagen emellan.

I fråga om avgränsning av den geografiska marknaden, slutligen, har KKV i Marknadsdomstolen numera hävdat att denna - vad avser både försäljning av nya bilar och försäljning av begagnade bilar - bör bestämmas till Skåne, Blekinge och Kronobergs län. Verket har därvid, med stöd av såväl en ingående redovisning av bl.a. försäljningsandelar i egna distrikt som uppgifter om vilka sträckor privatpersoner i allmänhet är villiga att färdas för att få ett bra pris, funnit att dessa tre län utgör en rimlig uppskattning av det största område inom vilket är tänkbart att bolagen kan begränsa konkurrensen. KKV har vidare påvisat att handelsflödena mellan denna region och övriga Sverige är av begränsad omfattning.

Enligt Marknadsdomstolens mening framstår KKV:s bedömning som rimlig, även om vissa omständigheter, t.ex. förekomsten av försäljning på Internet, talar i riktning mot att avgränsa marknaden för i vart fall begagnade bilar i ett något vidare perspektiv, dock inte till landet i dess helhet. Tingsrätten konstaterade i sin dom att svarandebolagens sammanlagda marknadsandel 2002 vid en avgränsning av den geografiska marknaden till endast Skåne och Blekinge uppgick till 23 procent för nya personbilar och 19 procent för begagnade personbilar. Inräknas även Kronobergs län och eventuellt ytterligare något område i den geografiska marknaden blir bolagens sammanlagda marknadsandel givetvis något lägre. Oavsett var den exakta gränsen dras är det dock uppenbart att marknadsandelarna för såväl nya som begagnade personbilar vida överskrider den nivå där det kan ifrågasättas om horisontellt prissamarbete och marknadsdelning märkbart begränsar konkurrensen.

Sammanfattningsvis anser Marknadsdomstolen att det har förekommit horisontella överenskommelser avseende fastställande av priser och uppdelning av marknader som med hänsyn till samarbetets innehåll till sin natur varit sådana att de får anses vara konkurrensbegränsande. Bolagens inflytande på den relevanta marknaden har därtill varit betydande vilket, i förening med den allvarliga karaktären av vad som över-

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

enskommits mellan återförsäljarna, innebär att samarbetet utgjort en märkbar överträdelse av konkurrensreglerna.

Som angivits inledningsvis anser Marknadsdomstolen att det aktuella förfarandet har kunnat påverka handeln mellan medlemsstater. För att så ska vara fallet krävs att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att agerandet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsutbytet mellan medlemsstater, så att det kan befaras att agerandet kan hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna (se EG-domstolens dom den 30 juni 1966 i mål 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), REG 1966 s. 235). I förevarande fall har det varit fråga om ett horisontellt samarbete mellan företag och samarbetet har ägt rum inom en väsentlig del av en medlemsstat. De berörda företagen har haft ett betydande inflytande på den relevanta marknaden och samarbetet har omfattat produkter som är föremål för relativt omfattande handel över gränserna. Redan dessa omständigheter medför enligt Marknadsdomstolens mening att samhandelskriteriet är uppfyllt.

På grund av det anförda finner Marknadsdomstolen att de berörda bolagen genom sitt agerande har överträtt såväl artikel 81 i EG-fördraget som 6 § KL på sätt som KKV påstått.

Konkurrensskadeavgift

Enligt 26 § KL får ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 6 § KL eller artikel 81 i EG-fördraget åläggas att betala en konkurrensskadeavgift. Avgiften ska enligt 27 § KL fastställas till lägst fem tusen kronor och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp dock inte överstigande tio procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår. Riktas talan mot flera företag ska avgiften fastställas särskilt för vart och ett av dem. När avgiften fastställs ska, enligt 28 § KL, hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är, hur länge den pågått och andra försvårande eller förmildrande omständigheter av betydelse för att bedöma överträdelsen. Någon avgift ska inte påföras i ringa fall. I 28 a och 28 b §§ KL finns bestämmelser om nedsättning och eftergift av konkurrensskadeavgift.

När det gäller kravet på uppsåt eller oaktsamhet konstaterar Marknadsdomstolen att det med hänsyn till överträdelsens karaktär måste ha stått klart för samtliga berörda bolag att det påtalade förfarandet syftade till att begränsa konkurrensen. Samtliga bolag har således uppsåtligen överträtt 6 § KL och artikel 81 i EG-fördraget.

Bolagen har gjort gällande att överträdelsen - om en sådan konstateras föreligga - ska anses som ringa och att någon avgift därför inte ska påföras. För att en överträdelse ska betraktas som ringa torde krävas att den med hänsyn till lagstiftningens allmänna syfte att främja en fri konkurrens framstår som bagatellartad eller försumbar (jfr prop. 1992/93:56 s. 93).

Överträdelser av konkurrensreglerna som innebär fastställande av priser och rabatter samt uppdelning av marknader är generellt sett av sådan art att de allvarligt inverkar på konkurrensen och är till skada för konsumenter i allmänhet. Vid sådana typer av förbjudet samarbete ska konkurrensskadeavgifter fastställas till så höga belopp att de verkar avhållande och har en avskräckande effekt. Samtidigt måste varje fall bedömas för sig med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. I förevarande fall gäller överträdelserna ett samarbete som inneburit fastställande av priser och rabatter på en marknad hänförlig till södra Sverige samt en uppdelning av denna marknad. Överträdelserna har avsett ett par större bilmärken och ägt rum i huvudsak under perioden 1998-2002. Även med beaktande av denna avgränsning har överträdelserna enligt Marknadsdomstolens mening varit allvarliga. Att betrakta dessa som ringa kan således inte komma i fråga. Allvaret i överträdelserna motiverar att påföljden ges en utformning som verkar avhållande och har en avskräckande effekt. Bestämmelsen i 17 kap. 3 § rättegångsbalken anger dock gränsen för vad Marknadsdomstolen kan fastställa i fråga om konkurrensskadeavgift. Med hänsyn härtill bör avgifterna för Bil-B., Bil-M., Göinge Bil, Kristianstads Automobil, Skånebil och Bildeve bestämmas till av KKV yrkade belopp. Vad gäller A. Bil och Bilia bör dock viss justering ske. A. Bils medverkan i förhållande till övriga bolag får anses motivera en avgift om 500 000 kr, dvs. en lägre avgift än vad KKV har yrkat. Såvitt gäller Bilia ska, liksom för övriga bolag, utgångspunkten tas i omsättningen på den relevanta marknaden. En uppskattning av Bilias omsättning på nämnda marknad kan göras med utgångspunkt från de uppgifter bolaget har lämnat. Vid en sådan uppskattning och med beaktande av den fastställda konkurrensskadeavgiftens storlek för de övriga inblandade bolagen bör avgiften för Bilia bestämmas till sex miljoner kr.

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Rättegångskostnader

Volvohandlarna och Bilia har yrkat fullt bifall till sina vid tingsrätten framställda ersättningsanspråk. Volvohandlarna har gjort gällande att bolagen bör tillerkännas ersättning även för kostnader som uppkommit i tiden före talans väckande. Bilia har gjort gällande att den av bolaget yrkade ersättningen i tingsrätten har varit skälig. Samtliga bolag har vidare gjort gällande att de ska tillerkännas ersättning för rättegångskostnader oavsett utgången i målet. De har därvid anfört att KKV:s processföring medfört ökade kostnader och särskilt påtalat att KKV i ett sent skede av handläggningen i tingsrätten justerat yrkanden och grunder samt att verket i Marknadsdomstolen åberopat omfattande ny bevisning.

I mål om konkurrensskadeavgift tillämpas reglerna i 31 kap. rättegångsbalken om rättegångskostnader i brottmål. Av detta följer att rätten, för det fall KKV helt eller delvis förlorar målet, kan besluta att motparten ska få ersättning av allmänna medel för sina rättegångskostnader om dessa skäligen varit motiverade för att motparten skulle kunna ta tillvara sin rätt. Vidare följer att en motpart som förlorar målet kan få ersättning för kostnader som vållats genom fel eller försummelse av KKV.

När det gäller ersättning för kostnader som uppkommit innan talan har väckts har Marknadsdomstolen i tidigare praxis konstaterat att sådana kostnader inte är ersättningsgilla (se bl.a. MD 1999:17). Något skäl att göra en annan bedömning i detta mål har inte framkommit.

Såvitt gäller KKV:s processföring framgår av utredningen att verket relativt kort tid innan huvudförhandlingen i tingsrätten justerat yrkanden och grunder. En sådan justering av talan är tillåten enligt processuella regler och kan inte i sig anses försumlig. Med hänsyn till att justeringen inte har föranlett parterna att ändra sin argumentation eller bevisning i någon högre grad kan inte heller några större merkostnader ha uppkommit. När det gäller bevisningen får KKV anses ha haft fog för att anta att den bevisning som åberopades i tingsrätten var tillräcklig. Att omfattande ny bevisning åberopats i Marknadsdomstolen kan därför inte heller anses försumligt i nu angivet hänseende. Sammantaget kan således någon försumlig processföring inte läggas verket till last.

Med hänsyn till det anförda ska frågan om ersättning för rättegångskostnader avgöras enligt huvudregeln. KKV:s talan mot Bil-Bengtsson, Bil-Månsson, Göinge Bil, Kristianstads Automobil, Skånebil och Bildeve har till fullo bifallits. Någon ersättning till nämnda bolag kan därför inte utgå. KKV:s talan mot Ahlberg Bil och Bilia har bifallits endast till en del. Tyngdpunkten i processen har dock legat på frågan om en överträdelse av konkurrensreglerna har skett och inte på eventuella avgifters storlek. Att verkets talan endast bifallits till viss del mot nu berörda bolag kan därför inte föranleda att ersättning för rättegångskostnader ska utgå. Sammantaget ska således bolagens yrkanden om ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader lämnas utan bifall.

Sekretess

Bolagen har förklarat att de inte längre påkallar att tingsrättens förordnande om sekretess ska bestå. Tingsrättens förordnanden om sekretess ska därför inte längre gälla. Sekretess ska dock bestå för uppgifterna i vissa av de aktbilagor som givits in i Marknadsdomstolen och som förebringats inom stängda dörrar.
På Marknadsdomstolens vägnar

C H Fallenius

Ledamöter: Christer Fallenius, ordförande, Jörgen Holgersson, Per Eklund, Jonas Häckner, Lennart Göranson och Anders Stenlund. Enhälligt

Sekreterare: Mathias Wastesson

Materialet kan vara skyddat av upphovsrätt.

Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 23 januari 2018*

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Artikel 101 FEUF – Konkurrensbegränsande samverkan – Läkemedel – Direktiv 2001/83/EG – Förordning (EG) nr 726/2004 – Påståenden om risker i samband med användning av ett läkemedel för behandling som inte omfattas av läkemedlets godkännande för försäljning (*off-label*) – Definition av den relevanta marknaden – Accessorisk begränsning – Konkurrensbegränsning genom syfte – Undantag”

I mål C-179/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 3 december 2015, som inkom till domstolen den 25 mars 2016, i målet

F. Hoffmann-La Roche Ltd,

Roche SpA,

Novartis AG,

Novartis Farma SpA

mot

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

ytterligare deltagare i rättegången:

Associazione Italiana delle Unità Dedicate Autonome Private di Day Surgery e dei Centri di Chirurgia Ambulatoriale (Aiudapds),

Società Oftalmologica Italiana (SOI) – Associazione Medici Oculisti Italiani (AMOI),

Regione Emilia-Romagna,

Altroconsumo,

Regione Lombardia,

Coordinamento delle associazioni per la tutela dell’ambiente e dei diritti degli utenti e consumatori (Codacons),

Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA),

* Rättegångsspråk: italienska.

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice-ordföranden A. Tizzano, avdelningsordförandena R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J. Malenovský, C.G. Fernlund (referent) och C. Vajda samt domarna A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, F. Biltgen, K. Jürimäe och C. Lycourgos,

generaladvokat: H. Saugmandsgaard Øe,

justitiesekreterare: handläggaren R. Schiano,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 3 maj 2017,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– F. Hoffmann-La Roche Ltd, genom M. Siragusa, P. Merlino och G. Faella, avvocati,

– Roche SpA, genom E. Raffaelli, P. Todaro, A. Raffaelli och E. Teti, avvocati,

– Novartis AG och Novartis Farma SpA, genom G.B. Origoni della Croce, A. Lirosi, P. Fattori, L. D'Amario och S. Di Stefano, avvocati,

– Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, genom P. Gentili, avvocato dello Stato,

– Associazione Italiana delle Unità Dedicate Autonome Private di Day Surgery e dei Centri di Chirurgia Ambulatoriale (Aiudapds), genom G. Muccio och G. Zaccanti, avvocati,

– Società Oftalmologica Italiana (SOI) – Associazione Medici Oculisti Italiani (AMOI), genom R. La Placa och V. Vulpetti, avvocati,

– Altroconsumo, genom F. Paoletti, A. Mozzati och L. Schiano di Pepe, avvocati,

– Coordinamento delle associazioni per la tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e consumatori (Codacons), genom C. Rienzi, G. Giuliano och S. D'Ercole, avvocati,

– Regione Emilia-Romagna, genom M. R. Russo Valentini och R. Bonatti, avvocati,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

– Irland, genom E. Creedon, L. Williams och A. Joyce, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av M. Gray, barrister,

– Frankrikes regering, genom D. Colas, D. Segoin och J. Bousin, samtliga i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom T. Vecchi, F. Castilla Contreras, G. Conte och C. Vollrath, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 21 september 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 101 FEUF.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan F. Hoffman-La Roche Ltd (nedan kallat Roche), Roche SpA (nedan kallat Roche Italia) samt Novartis AG och Novartis Farma SpA (nedan kallade Novartis Italia), å ena sidan, och Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Konkurrensmyndigheten, Italien) (nedan kallad AGCM), å andra sidan, angående de åtgärder som AGCM vidtagit och de ekonomiska påföljder den ålagt på grund av en konkurrensbegränsande samverkan i strid med artikel 101 FEUF.

Tillämpliga bestämmelser

3 AGCM har vidtagit åtgärder mot de företag som är parter i det nationella målet på grund av att de överträtt unionens konkurrenslagstiftning under perioden den 1 juni 2011–27 februari 2014.

Direktiv 2001/83/EG

4 Med hänsyn till den tidsperiod då den aktuella överträdelsen ägde rum är bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel (EGT L 311, 2001, s. 67) i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1394/2007 av den 13 november 2007 (EUT L 324, 2007, s. 121) (nedan kallat direktiv 2001/83), och, från den 21 juli 2012, bestämmelserna i direktiv 2001/83 i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/84/EU av den 15 december 2010 (EUT L 348, 2010, s. 74) (nedan kallat direktiv 2001/83 i dess ändrade lydelse) tillämpliga i det nationella målet.

5 Artikel 5.1 i direktiv 2001/83 har följande lydelse:

”I enlighet med gällande lagstiftning och för att tillgodose speciella behov, får en medlemsstat från bestämmelserna i detta direktiv undanta läkemedel som tillhandahålls mot en spontan och i god tro avgiven beställning i enlighet med föreskrifter som lämnats av en behörig person inom hälso- och sjukvården under denna persons direkta personliga ansvar för att användas av en enskild patient.”

6 I artikel 6.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Ett läkemedel får saluföras i en medlemsstat endast om den behöriga myndigheten i medlemsstaten har meddelat godkännande för försäljning enligt detta direktiv, eller om godkännande har meddelats enligt förordning (EG) nr 726/2004, jämförd med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1901/2006 av den 12 december 2006 om läkemedel för pediatrisk användning [(EUT L 378, 2006, s. 1)] och förordning (EG) nr 1394/2007.

När ett läkemedel har beviljats ett ursprungligt godkännande för försäljning i enlighet med första stycket skall eventuella ytterligare styrkor, läkemedelsformer, administreringsvägar och förpackningsformer, liksom varje ändring och utvidgning, också godkännas i enlighet med första stycket eller inkluderas i det ursprungliga godkännandet för försäljning. Alla dessa godkännanden för försäljning skall anses tillhöra samma övergripande godkännande för försäljning …”

7 I artikel 40.1 och 40.2 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att läkemedelstillverkning inom deras territorier sker endast med särskilt tillstånd. Sådant tillstånd till tillverkning skall krävas även i de fall läkemedlen är avsedda för export.

2. Det tillstånd som åsyftas i punkt 1 krävs oavsett om tillverkningen avser hela eller delar av läkemedlet, vissa steg i tillverkningsprocessen eller olika procedurer för uppdelning, förpackning eller emballering.

Sådant tillstånd skall dock inte krävas för beredning, uppdelning och ändring av förpackning eller emballage när dessa procedurer utförs uteslutande i samband med utlämnande till enskilda genom farmaceuter på apotek eller av dem som enligt gällande lagstiftning inom medlemsstaterna är behöriga att ombesörja detta.”

8 I artikel 101.1 i direktiv 2001/83 i dess ändrade lydelse föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska ha ett system för säkerhetsövervakning för att fullgöra sin säkerhetsövervakning och för sitt deltagande i unionens säkerhetsövervakning.

Systemet för säkerhetsövervakning ska användas för att samla in information om riskerna med läkemedel med avseende på användarnas hälsa eller folkhälsan. Information ska särskilt gälla biverkningar hos människor vid användning av ett läkemedel på de villkor som anges i godkännandet för försäljning men också vid användning som inte omfattas av de villkor som anges i godkännandet för försäljning, samt de biverkningar som har samband med exponering i arbetet.”

9 I artikel 106a i direktiv 2001/83 i dess ändrade lydelse föreskrivs följande:

”1. Så snart innehavaren av godkännandet för försäljning har för avsikt att offentliggöra ett meddelande om eventuella farhågor framkomna vid säkerhetsövervakning och som avser användningen av ett läkemedel, och i alla händelser samtidigt som eller innan meddelandet offentliggörs, ska han eller hon vara skyldig att informera de nationella behöriga myndigheterna, [Europeiska läkemedelsmyndigheten (EMA)] och kommissionen.

Innehavaren av ett godkännande för försäljning ska vara skyldig att se till att information till allmänheten presenteras objektivt och inte är vilseledande.

2. Om inte meddelandena skyndsamt måste offentliggöras för att skydda folkhälsan, ska medlemsstaterna, [EMA] och kommissionen informera varandra senast 24 timmar före offentliggörandet av ett meddelande om farhågor framkomna vid säkerhetsövervakning av ett läkemedel.

3. I fråga om aktiva substanser i läkemedel som är godkända i mer än en medlemsstat ska [EMA] ansvara för samordningen av de nationella behöriga myndigheternas säkerhetsmeddelanden och tillhandahålla tidtabeller för när informationen ska offentliggöras.

Under [EMA:s] samordning ska medlemsstaterna vidta alla rimliga åtgärder för att enas om ett gemensamt meddelande med anledningen av säkerheten för det berörda läkemedlet och tidtabeller för spridning av dem. Kommittén för säkerhetsövervakning och riskbedömning av läkemedel ska på [EMA:s] begäran bistå med råd om dessa säkerhetsmeddelanden.

…”

Förordning (EG) nr 726/2004

10 Med hänsyn till den tidsperiod då den aktuella överträdelsen ägde rum är bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 726/2004 av den 31 mars 2004 om inrättande av gemenskapsförfaranden för godkännande av och tillsyn över humanläkemedel och veterinärmedicinska läkemedel samt om inrättande av en europeisk läkemedelsmyndighet (EUT L 136, 2004, s. 1) i dess

lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 219/2009 av den 11 mars 2009 (EUT L 87, 2009, s. 109) (nedan kallad förordning nr 726/2004) och, från den 2 juli 2012, bestämmelserna i förordning nr 726/2004 i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1235/2010 av den 15 december 2010 (EUT L 348, 2010, s. 1 och rättelser i EUT L 201, 2012, s. 138, och i EUT L 240, 2014, s. 39) (nedan kallad förordning nr 726/2004 i dess ändrade lydelse) tillämpliga i det nationella målet.

11 Artikel 16 i förordning nr 726/2004 har följande lydelse:

”1. Sedan ett godkännande har beviljats enligt denna förordning, skall innehavaren av godkännandet för försäljning av humanläkemedlet med avseende på de tillverknings- och kontrollmetoder som föreskrivs i artikel 8.3 d och 8.3 h i direktiv 2001/83/EG ta hänsyn till den tekniska och vetenskapliga utvecklingen och införa alla de ändringar som visar sig nödvändiga för att läkemedlet skall kunna tillverkas och kontrolleras enligt allmänt vedertagna vetenskapliga metoder. Innehavaren av godkännandet skall ansöka om godkännande av dessa ändringar i enlighet med denna förordning.

2. Innehavaren av godkännandet för försäljning skall skyndsamt till [EMA], kommissionen och medlemsstaterna överlämna nya uppgifter som kan medföra ändring i de uppgifter och handlingar som avses i artikel 8.3, artiklarna 10, 10a, 10b och 11 i direktiv 2001/83/EG eller i bilaga I till detta och i artikel 9.4 i denna förordning.

Särskilt skall innehavaren skyndsamt underrätta [EMA], kommissionen och medlemsstaterna om förbud eller begränsningar som införs av de behöriga myndigheterna i något av de länder där humanläkemedlet saluförs och om eventuella andra nya uppgifter som skulle kunna påverka bedömningen av nyttan och riskerna med humanläkemedlet i fråga.

För att nytta/riskförhållandet kontinuerligt skall kunna bedömas, får [EMA] när som helst begära att innehavaren av godkännandet för försäljning överlämnar uppgifter som visar att nytta/riskförhållandet fortfarande är gynnsamt.

3. Om innehavaren av godkännandet för försäljning av ett humanläkemedel avser att införa någon ändring i de uppgifter och handlingar som avses i punkt 2, skall denne inge en ansökan om detta till [EMA]

4. Kommissionen ska efter samråd med [EMA] anta lämpliga bestämmelser för granskning av ändringar i godkännandena för försäljning genom en förordning. Dessa åtgärder, som avser att ändra icke väsentliga delar i denna förordning genom att komplettera den, ska antas i enlighet med det föreskrivande förfarande med kontroll som avses i artikel 87.2a.”

12 I artikel 16 i förordning nr 726/2004 i dess ändrade lydelse, föreskrivs följande:

”1. Efter det att ett godkännande för försäljning har beviljats enligt denna förordning ska innehavaren av godkännandet för försäljning, med avseende på de tillverknings- och kontrollmetoder som föreskrivs i artikel 8.3 d och h i direktiv 2001/83/EG, ta hänsyn till den vetenskapliga och tekniska utvecklingen och göra de ändringar som kan krävas för att läkemedlet ska kunna tillverkas och kontrolleras enligt allmänt vedertagna vetenskapliga metoder. Innehavaren av godkännandet ska ansöka om godkännande av motsvarande ändringar i enlighet med denna förordning.

2. Innehavaren av godkännandet för försäljning ska snarast möjligt till [EMA], kommissionen och medlemsstaterna lämna nya uppgifter som kan medföra ändringar av de uppgifter och handlingar som avses i artiklarna 8.3, 10, 10a, 10b och 11, eller artikel 32.5 i direktiv 2001/83/EG, i bilaga I till det direktivet eller i artikel 9.4 i den här förordningen.

Särskilt ska innehavaren av godkännandet för försäljning skyndsamt underrätta [EMA] och kommissionen om förbud eller begränsningar som införts av de behöriga myndigheterna i något av de länder där läkemedlet saluförs och om annan ny information som skulle kunna påverka bedömningen av nyttan och riskerna med läkemedlet i fråga. Informationen ska innehålla både positiva och negativa resultat av kliniska prövningar eller andra studier vid alla indikationer och i alla populationer, oberoende av om detta är infört i godkännandet för försäljning, samt uppgifter om läkemedlets användning om denna användning inte omfattas av de villkor som anges i godkännandet för försäljning.

3. Innehavaren av godkännandet för försäljning ska se till att produktinformationen är vetenskapligt uppdaterad, inbegripet de slutsatser av bedömningen och de rekommendationer som offentliggjorts i den europeiska webbportal för läkemedel som skapats i enlighet med artikel 26.

3a. För att fortlöpande kunna bedöma risk/nyttaförhållandet, får [EMA] när som helst begära att innehavaren av godkännandet för försäljning överlämnar uppgifter som visar att risk/nyttaförhållandet fortfarande är gynnsamt. Innehavaren av godkännandet för försäljning ska fullt ut och utan dröjsmål besvara en sådan begäran.

[EMA] får när som helst begära att innehavaren av godkännandet för försäljning lämnar en kopia av master file för systemet för säkerhetsövervakning. Innehavaren av godkännandet för försäljning ska översända kopian senast sju dagar efter det att begäran har mottagits.

4. Kommissionen ska efter samråd med [EMA] anta lämpliga bestämmelser för granskning av ändringar i godkännandena för försäljning genom en förordning. Dessa åtgärder, som avser att ändra icke väsentliga delar i denna förordning genom att komplettera den, ska antas i enlighet med det föreskrivande förfarande med kontroll som avses i artikel 87.2a.”

13 I artikel 17 i förordning nr 726/2004 föreskrivs följande:

”Sökanden eller innehavaren av ett godkännande för försäljning skall ansvara för att de handlingar och uppgifter som lämnats in är riktiga.”

14 Artikel 22 i denna förordning hade följande lydelse:

”[EMA] skall, i nära samarbete med de nationella system för säkerhetsövervakning som upprättats enligt artikel 102 i direktiv 2001/83/EG, erhålla alla upplysningar om misstänkta biverkningar av humanläkemedel som har godkänts av gemenskapen i enlighet med denna förordning. Om det är nödvändigt skall Kommittén för humanläkemedel i enlighet med artikel 5 i denna förordning utarbeta yttranden om de åtgärder som krävs. Yttrandena skall göras tillgängliga för allmänheten.

…

Innehavaren av godkännandet för försäljning och medlemsstaternas behöriga myndigheter skall se till att all relevant information om misstänkta biverkningar av läkemedel som har godkänts i enlighet med denna förordning kommer till [EMA:s] kännedom i enlighet med bestämmelserna i denna förordning. Patienter skall uppmanas att informera hälso- och sjukvårdspersonal om alla eventuella biverkningar.”

15 I artikel 24.5 i förordning nr 726/2004 föreskrevs följande:

”Innehavaren av ett godkännande för försäljning får inte, utan att först eller vid samma tillfälle underrättat [EMA], ge allmänheten information som rör säkerhetsövervakningen i fråga om dess godkända läkemedel.

Innehavaren av godkännandet för försäljning skall dock ansvara för att informationen presenteras objektivt och inte är vilseledande.

Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att se till att innehavare av godkännande för försäljning som åsidosätter sina skyldigheter kan bli föremål för effektiva, proportionella och avskräckande påföljder.”

16 Enligt förordning nr 1235/2010 ersattes kapitel 3 i avdelning II i förordning nr 726/2004, med rubriken ”Säkerhetsövervakning”, vilket innehåller artiklarna 21–29, med nya bestämmelser. I artikel 28.4 i förordning nr 726/2004 i dess ändrade lydelse föreskrivs följande:

”Om det i utredningsrapporten rekommenderas en åtgärd som gäller godkännandet för försäljning ska kommittén för humanläkemedel inom 30 dagar efter mottagandet av rapporten från kommittén för säkerhetsövervakning och riskbedömning av läkemedel behandla rapporten och anta ett yttrande om bibehållande, ändring, tillfälligt återkallande eller upphävande av det berörda godkännandet för försäljning, inklusive en tidtabell för att genomföra yttrandet. Om yttrandet från kommittén för humanläkemedel skiljer sig från rekommendationen från kommittén för säkerhetsövervakning och riskbedömning av läkemedel, ska kommittén för humanläkemedel till sitt yttrande bifoga en detaljerad redogörelse för de vetenskapliga grunderna till skillnaderna, tillsammans med rekommendationen.

Om det enligt yttrandet behövs lagstiftningsåtgärder avseende godkännandet för försäljning ska kommissionen anta ett beslut om ändring, tillfälligt återkallande eller upphävande av godkännandet för försäljning. Artikel 10 i denna förordning ska tillämpas för antagandet av det beslutet. Om kommissionen antar ett sådant beslut får den också anta ett beslut som riktas till medlemsstaterna, i enlighet med artikel 127a i direktiv 2001/83/EG.”

17 Artikel 84 i denna förordning har följande lydelse:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av protokollet om Europeiska gemenskapernas privilegier och immunitet skall medlemsstaterna föreskriva påföljder för överträdelser av bestämmelserna i denna förordning eller de föreskrifter som antagits med stöd av denna och skall vidta alla åtgärder som krävs för genomförandet av dessa. Påföljderna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande.

…

2. Medlemsstaterna skall omedelbart underrätta kommissionen om alla processer som inleds rörande överträdelser av denna förordning.

3. På [EMA:s] begäran kan kommissionen vidta ekonomiska sanktioner mot innehavare av sådana godkännanden för försäljning som meddelats i enlighet med denna förordning om vissa åligganden som fastställts i samband med dessa godkännanden inte fullgjorts. Maximibeloppen samt villkoren och formerna för indrivning ska fastställas av kommissionen. Dessa åtgärder, som avser att ändra icke väsentliga delar i denna förordning genom att komplettera den, ska antas i enlighet med det föreskrivande förfarande med kontroll som avses i artikel 87.2a.

Kommissionen skall offentliggöra namnen på innehavarna av godkännanden för försäljning och de belopp som vidtagna ekonomiska sanktioner uppgår till samt skälen till dessa sanktioner.”

Förordning (EG) nr 658/2007

18 Med hänsyn till den tidsperiod då den aktuella överträdelsen ägde rum är bestämmelserna i kommissionens förordning (EG) nr 658/2007 av den 14 juni 2007 om ekonomiska sanktioner vid åsidosättande av vissa åligganden som fastställts i samband med godkännanden för försäljning som

beviljats i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 726/2004 (EUT L 155, 2007, s. 10) och, från den 2 juli 2012, bestämmelserna i den förordningen i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 488/2012 av den 8 juni 2012 (EUT L 150, 2012, s. 68) (nedan kallad förordning nr 658/2007 i dess ändrade lydelse) tillämpliga i det nationella målet.

19 I artikel 1.1 i förordning nr 658/2007 föreskrevs följande:

”I denna förordning fastställs bestämmelser om att ålägga innehavare av godkännanden för försäljning som beviljats enligt förordning (EG) nr 726/2004 ekonomiska sanktioner vid åsidosättande av följande åligganden, i de fall då det berörda åsidosättandet kan få betydande konsekvenser för folkhälsan i gemenskapen eller då det har en gemenskapsdimension genom att det inträffar eller har verkningar i mer än en medlemsstat samt då gemenskapsintressen är inblandade:

1) Fullständighet och korrekthet när det gäller de upplysningar och handlingar som ingår i en ansökan om godkännande för försäljning enligt förordning (EG) nr 726/2004 och när det gäller alla andra handlingar och uppgifter som lämnas till [EMA], för att fullgöra skyldigheter som föreskrivs i den förordningen.”

20 I artikel 1.1 i förordning nr 658/2007 i dess ändrade lydelse föreskrivs följande:

”Åliggande att lämna in fullständiga och korrekta upplysningar och handlingar i en ansökan om godkännande för försäljning enligt förordning (EG) nr 726/2004 som lämnats in till [EMA], eller för att fullgöra skyldigheter som föreskrivs i den förordningen och förordning (EG) nr 1901/2006, om åsidosättandet gäller en viktig punkt.”

21 I artikel 16.1 i förordning nr 658/2007 föreskrivs följande:

”Om kommissionen efter det förfarande som anges i underavsnitt 1 finner att innehavaren av godkännandet för försäljning avsiktligt eller av oaktsamhet har åsidosatt ett åliggande i enlighet med artikel 1, får den besluta att förelägga böter på högst 5 % av innehavarens omsättning i gemenskapen under föregående räkenskapsår.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

22 AGCM påförde genom beslut av den 27 februari 2014 (nedan kallat AGCM:s beslut) böter i två fall. Roche och dess dotterbolag Roche Italia påfördes böter med ett belopp på ungefär 90,6 miljoner euro och Novartis och dess dotterbolag Novartis Italia påfördes böter med ett belopp på ungefär 92 miljoner euro. Skälet till att företagen påfördes böter var att de hade ingått en konkurrensbegränsande överenskommelse i strid med artikel 101 FEUF i syfte att uppnå en konstlad differentiering mellan läkemedlen Avastin och Lucentis, genom att manipulera uppfattningen om riskerna vid användning av Avastin inom oftalmologi.

23 De båda läkemedlen har utvecklats av bolaget Genentech som är etablerat i Förenta staterna och endast har verksamhet där. Genentech uppdrog åt moderbolaget Roche att sköta kommersialiseringen av Avastin utanför Förenta staterna. Eftersom Roche inte bedrev verksamhet inom oftalmologi ingick Genentech i juni 2003 även ett licensavtal med Novartiskoncernen för att den skulle sköta försäljningen av Lucentis utanför Förenta staternas territorium.

24 Dessa läkemedel är resultatet av biotekniska processer och omfattas därför inom Europeiska unionen av det centraliserade förfarandet för godkännande av försäljning enligt förordning nr 726/2004.

25 Den 12 januari 2005 beviljade kommissionen ett godkännande för försäljning av Avastin för behandling av vissa tumörsjukdomar. Den 26 september 2005 beslutade Agenzia italiana del farmaco (den italienska läkemedelsmyndigheten) (nedan kallad AIFA) att Avastin var ett läkemedel som helt skulle bekostas av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet.

26 Den 22 januari 2007 beviljade kommissionen även ett godkännande för försäljning av Avastin för behandling av vissa ögonsjukdomar. Den 31 maj 2007 tog AIFA upp Lucentis i förteckningen över icke subventionerade läkemedel.

27 Innan Lucentis släpptes ut på marknaden hade vissa läkare börjat förskriva Avastin till patienter med vissa ögonsjukdomar. Användningen av Avastin för indikationer som inte motsvarade dem som angavs i godkännandet för försäljning av läkemedlet (nedan kallad *off-label*-användning), för behandling av nämnda sjukdomar, började breda ut sig globalt. På grund av det lägre priset per dos Avastin fortsatte användningen av det läkemedlet vid behandling av vissa ögonsjukdomar även efter det att Lucentis släpptes ut på marknaden.

28 I enlighet med den italienska lagstiftningen, som medgav ersättning för *off-label*-användning av ett läkemedel om det saknades ett lämpligt och godkänt alternativt läkemedel för behandling av den aktuella sjukdomen, tog AIFA, i maj 2007, upp användningen av Avastin för exsudativa makulopatier i förteckningen över subventionerade läkemedel.

29 Efter det att Lucentis och andra läkemedel som godkänts för de aktuella ögonsjukdomarna den 4 december 2008 tagits upp i förteckningen över läkemedel som subventioneras i Italien beslutade läkemedelsmyndigheten att gradvis avskaffa subventioneringen av *off-label*-användningen av Avastin för dessa sjukdomar.

30 Efter tillstyrkande från EMA beslutade kommissionen den 30 augusti 2012 att ändra produktresumén för Avastin i syfte att ange vissa biverkningar i samband med användningen av läkemedlet för behandling av ögonsjukdomar som inte omfattas av godkännandet för försäljning.

31 Efter denna ändring av produktresumén för Avastin strök AIFA, den 18 oktober 2012, läkemedlet från förteckningen över subventionerade läkemedel när det används för indikationer som inte omfattas av godkännandet för försäljning.

32 Enligt AGCM:s beslut har Roche- och Novartiskoncernerna träffat en överenskommelse om uppdelning av marknaden som utgör en konkurrensbegränsning genom syfte. Enligt bland annat punkt 177 i det beslutet är Avastin och Lucentis likvärdiga i alla avseenden vad gäller behandlingen av ögonsjukdomar. Det samordnade förfarandet gick ut på att upprätta och offentliggöra meddelanden som kunde ge upphov till oro hos allmänheten vad gäller Avastins säkerhet vid oftalmologisk användning samt att förminska värdet av vetenskapliga utlåtanden av motsatt innebörd. Enligt AGCM hade det samordnade förfarandet även avsett det vid EMA pågående förfarandet för ändring av produktresumén för Avastin och det därpå följande formella meddelandet till all hälso- och sjukvårdspersonal, som initierats av Roche.

33 Enligt nämnda beslut, och särskilt punkt 88 däri, blev Avastin, till följd av den i Italien utbredda *off-label*-användningen av läkemedlet inom oftalmologi, huvudkonkurrent till Lucentis. AGCM konstaterade, i punkterna 82–88 i samma beslut, att det samordnade förfarandet hade lett till en minskad försäljning av Avastin och en förskjutning av efterfrågan mot Lucentis. Enligt punkt 229 i AGCM:s beslut hade detta medfört merkostnader för det nationella hälso- och sjukvårdssystemet i en omfattning som enbart för år 2012 uppgick till cirka 45 miljoner euro.

34 Roche och Novartis och deras italienska dotterbolag överklagade detta beslut till Tribunale amministrativa regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) som dock ogillade överklagandena. Bolagen överklagade det avgörandet till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien).

35 Klagandebolagen i det nationella målet anser att det hade varit omöjligt för Novartis att snabbt ta sig in på den relevanta marknaden om inte licensavtalet mellan Genentech och Novartis hade funnits. Under dessa omständigheter kan det inte anses att företagen Roche och Novartis är ens potentiella konkurrenter. Klagandebolagen anser att parterna i licensavtalet på ett lagenligt sätt kunde avtala om att Roche inte skulle konkurrera med licenstagaren Novartis på den relevanta marknaden. Enligt bolagen omfattas en sådan begränsning över huvud taget inte av förbudet enligt artikel 101.1 FEUF.

36 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen.

”1) Medger en korrekt tolkning av artikel 101 FEUF att parterna i ett licensavtal kan betraktas som konkurrenter för det fall att licenstagaren är verksam på den relevanta marknaden endast med stöd av ifrågavarande avtal? Ska i en sådan situation eventuella konkurrensbegränsningar som licensgivaren tillämpar gentemot licenstagaren, även om begränsningarna inte uttryckligen är fastställda i licensavtalet, anses falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF, eller omfattas de av tillämpningsområdet för det lagstadgade undantaget i artikel 101.3 FEUF och i så fall inom vilka gränser?

2) Är det tillåtet enligt artikel 101 FEUF att den nationella konkurrensmyndigheten definierar den relevanta marknaden på ett självständigt sätt i förhållande till innehållet i godkännanden för försäljning av läkemedel beviljade av de behöriga läkemedelsmyndigheterna (AIFA och EMA), eller ska den rättsligt relevanta marknaden enligt artikel 101 FEUF vad gäller godkända läkemedel primärt definieras och fastställas av den behöriga läkemedelsmyndigheten på ett sätt som är bindande även för den nationella konkurrensmyndigheten?

3) Medger artikel 101 FEUF – även mot bakgrund av bestämmelserna i direktiv [2001/83], och i synnerhet artikel 5 om godkännande för försäljning av läkemedel – att ett läkemedel för *off-label* -användning och ett läkemedel med godkännande för försäljning för samma terapeutiska indikationer [och som används i enlighet med godkännandet] anses vara utbytbara och att båda två därmed ska anses tillhöra samma relevanta marknad?

4) Är det, enligt artikel 101 FEUF, vid avgränsningen av den relevanta marknaden av betydelse att fastställa, utöver läkemedlens utbytbarhet på efterfrågesidan, huruvida saluföringen av dessa på marknaden har skett i överensstämmelse med lagstiftningen om försäljning av läkemedel eller ej?

5) Kan ett samordnat förfarande i syfte att framhäva ett läkemedels lägre säkerhets- eller verkningsgrad under alla omständigheter anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, för det fall nämnda lägre säkerhets- eller verkningsgrad, även om den inte stöds av säkra vetenskapliga bevis, emellertid mot bakgrund av de vetenskapliga rön som var tillgängliga vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna inte heller obestridligen kan uteslutas?”

Begäran om återupptagande av det muntliga förfarandet

37 Roche Italia begärde i skrivelse av den 14 november 2017 att den muntliga delen av förfarandet skulle återupptas.

38 Till stöd för denna begäran anförde bolaget att generaladvokaten i punkterna 68 och 82 i förslaget till avgörande har angett att saluföring av ett nytt läkemedel som har framställts med utgångspunkt i Avastin innebär saluföring av ett ompackat läkemedel trots att det enligt Roche Italia rör sig om ett betydligt mer komplicerat förfaringssätt. Roche Italia anser dessutom att domen av den 7 februari 2013, Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), till vilken det hänvisas i punkterna 89 och 166 i förslaget till avgörande, inte är relevant för utgången i förevarande mål.

39 Det följer av fast rättspraxis att EU-domstolen på eget initiativ eller på förslag från generaladvokaten, eller på parternas begäran, får besluta att den muntliga delen av förfarandet ska återupptas i enlighet med artikel 83 i rättegångsreglerna, om den anser att den inte har tillräcklig kännedom om omständigheterna i målet eller om målet ska avgöras på grundval av ett argument som inte har avhandlats mellan parterna (dom av den 15 september 2011, Accor, C-310/09, EU:C:2011:581, punkt 19 och där angiven rättspraxis). Stadgan för Europeiska unionens domstol och rättegångsreglerna ger däremot inte parterna möjlighet att inkomma med yttranden över generaladvokatens förslag till avgörande (dom av den 16 december 2010, Stichting Natuur en Milieu m.fl., C-266/09, EU:C:2010:779, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

40 Roche Italias yttrande är avsett att bemöta vissa aspekter av generaladvokatens förslag till avgörande. Det följer dock av den rättspraxis som det hänvisats till i föregående punkt att det i domstolens rättegångsregler inte föreskrivs någon möjlighet att inkomma med sådana yttranden.

41 Domstolen anser dessutom, efter att ha hört generaladvokaten, att den har tillräcklig kännedom om omständigheterna i målet för att besvara den hänskjutande domstolens frågor och att samtliga argument som är relevanta för målets utgång har avhandlats mellan parterna.

42 Begäran om att det muntliga förfarandet ska återupptas ska följaktligen avslås.

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

43 AGCM, Associazione Italiana delle Unità Dedicate Autonome Private di Day Surgery e dei Centri di Chirurgia Ambulatoriale (Aiudapds) Regione Emilia-Romagna (regionen Emilia-Romagna, Italien) har gjort gällande att begäran om förhandsavgörande ska avvisas, eftersom den inte innehåller en adekvat redogörelse för de faktiska omständigheterna i det nationella målet och parternas argument.

44 EU-domstolen erinrar om att det inom ramen för det samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna som har införts genom artikel 267 FEUF uteslutande ankommer på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten (dom av den 6 september 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

45 Nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten presumeras följaktligen vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 26 juli 2017, Persidera, C-112/16, EU:C:2017:597, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

46 I förevarande fall innehåller begäran om förhandsavgörande en redogörelse för de faktiska och rättsliga omständigheterna i det nationella målet som gör det möjligt för EU-domstolen att ge ett användbart svar på de frågor som ställts. Dessa frågor, som rör tolkningen av artikel 101 FEUF, har uppkommit i ett mål rörande giltigheten av ett beslut i vilket AGCM har tillämpat nämnda bestämmelse. De har följaktligen ett direkt samband med saken i det nationella målet och är inte hypotetiska. Såväl AGCM som regionen Emilia-Romagna och samtliga rättegångsdeltagare har för övrigt haft möjlighet att yttra sig över de hänskjutna frågorna.

47 Av detta följer att tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning.

Prövning av tolkningsfrågorna

Den andra, den tredje och den fjärde frågan

48 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra, den tredje och den fjärde frågan, vilka ska prövas gemensamt, för att få klarhet i huruvida artikel 101 FEUF ska tolkas så, att en nationell konkurrensmyndighet vid tillämpningen av den bestämmelsen kan anse att den relevanta marknaden, utöver de läkemedel som godkänts för behandling av de aktuella sjukdomarna, även omfattar ett annat läkemedel vars godkännande för försäljning inte täcker sådan behandling men som likväl används för det syftet. För det fall svaret är jakande önskar den hänskjutande domstolen dessutom få svar på frågan huruvida nämnda myndighet måste beakta huruvida denna *off-label*-användning är i överensstämmelse med unionens läkemedelslagstiftning.

49 För att besvara dessa frågor ska det erinras om att definitionen av den relevanta marknaden i samband med tillämpningen av artikel 101.1 FEUF endast har till syfte att fastställa huruvida det ifrågavarande avtalet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden (dom av den 11 juli 2013, Gosselin Group/kommissionen, C-429/11 P, ej publicerad, EU:C:2013:463, punkt 75 och där angiven rättspraxis).

50 Den relevanta marknaden omfattar alla varor och/eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och sin avsedda användning betraktas som utbytbara av konsumenterna (se dom av den 28 februari 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, punkt 77).

51 Begreppet relevant marknad innebär att varorna och tjänsterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla varor eller tjänster som tillhör en och samma marknad i tillräcklig grad är utbytbara inom samma användningsområde (domstolens dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, punkt 28). Utbytbarheten ska inte bedömas endast med beaktande av varornas eller tjänsternas objektiva egenskaper. Även konkurrensvillkoren samt efterfråge- och utbudsmönstret på marknaden ska beaktas (se, med avseende på artikel 102 FEUF, dom av den 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 37).

52 EU-domstolen betonar i detta avseende att den omständigheten att läkemedel tillverkas eller saluförs olagligt i princip utgör hinder för att sådana läkemedel ska anses utbytbara såväl på utbudssidan – på grund av de juridiska, ekonomiska och tekniska riskerna eller risken för att tillverkarnas och distributörernas anseende skadas – som på efterfrågesidan, med hänsyn till bland annat de risker för folkhälsan som de medför hos hälso- och sjukvårdspersonal och patienter.

53 Det framgår nämligen av artikel 6 i direktiv 2001/83 att ett läkemedel endast får saluföras i en medlemsstat om den behöriga myndigheten i medlemsstaten har meddelat godkännande för försäljning enligt detta direktiv, eller om godkännande har meddelats enligt förordning nr 726/2004.

54 I förevarande fall har det emellertid inte bestritts att det under den påstådda överträdelseperioden fanns ett godkännande för försäljning av Avastin för behandling av tumörsjukdomar, vilket kommissionen beviljat i vederbörlig ordning på grundval av nämnda förordning.

55 Det nationella målet rör användningen av Avastin för behandling av ögonsjukdomar som inte omfattades av detta godkännande för försäljning. Den hänskjutande domstolen önskar således få klarhet i huruvida AGCM kunde inkludera denna *off-label*-användning av Avastin i den relevanta marknaden för det fall den inte uppfyllde kraven i unionens läkemedelslagstiftning. Med avseende på den frågan har nämligen Roche gjort gällande att en stor andel, rent av merparten, av det Avastin som var avsett för *off-label*-användning i Italien massompackades och salufördes till vårdgivare i förväg innan det fanns individuella förskrivningar.

56 Det ska understrykas att det inte enligt direktiv 2001/83 är förbjudet att använda läkemedel för terapeutiska indikationer som inte omfattas av läkemedlens godkännande för försäljning. Enligt artikel 5.1 i direktiv 2001/83 får nämligen en medlemsstat, för att tillgodose speciella behov, från tillämpningsområdet för det direktivet undanta läkemedel som tillhandahålls mot en spontan och i god tro avgiven beställning i enlighet med föreskrifter som lämnats av en behörig person inom hälso- och sjukvården under denna persons direkta personliga ansvar för att användas av en enskild patient.

57 Domstolen har härvidlag funnit att det följer av rekvisiten i den bestämmelsen – mot bakgrund av detta direktivs huvudsyften och framför allt syftet att värna om folkhälsan – att det undantag som föreskrivs i bestämmelsen endast kan avse sådana situationer då läkaren anser att hälsotillståndet hos enskilda patienter kräver användning av ett läkemedel till vilket inget likvärdigt godkänt alternativ existerar på den inhemska marknaden eller finns tillgängligt på denna marknad (se, för ett liknande resonemang, dom kommissionen/Polen, C-185/10, EU:C:2012:181, punkt 36, och dom av den 16 juli 2015, Abcur, C-544/13 och C-545/13, EU:C:2015:481, punkt 56).

58 Vidare reglerar unionens läkemedelslagstiftning på vilka villkor ett sådant läkemedel som Avastin får ompackas för att det ska kunna användas för intravitreal injektionsbehandling. Enligt artikel 40 i direktiv 2001/83 omfattas således tillverkning av ett läkemedel av ett tillståndskrav, utom för ompackning som utförs i samband med utlämnande till enskilda av hälso- och sjukvårdspersonal (dom av den 28 juni 2012, Caronna, C-7/11, EU:C:2012:396, punkt 35). Ompackning av Avastin i syfte att använda läkemedlet inom oftalmologi omfattas således, i princip, av ett tillståndskrav utom när den proceduren utförs uteslutande i samband med utlämnande till enskilda genom farmaceuter på apotek (dom av den 11 april 2013, Novartis Pharma, C-535/11, EU:C:2013:226, punkt 52).

59 Av dessa omständigheter följer att unionens läkemedelslagstiftning inte förbjuder förskrivning av ett läkemedel *off-label* och inte heller ompackning av läkemedlet i syfte att använda det *off-label* men att dessa procedurer måste utföras med iakttagande av kraven i nämnda lagstiftning.

60 Såsom generaladvokaten har framhållit i punkt 88 i sitt förslag till avgörande ankommer det inte på de nationella konkurrensmyndigheterna att kontrollera huruvida de förhållanden under vilka ett sådant läkemedel som Avastin – på efterfrågesidan – förskrivs av läkare och – på utbudssidan – ompackas i syfte att användas *off-label* är i överensstämmelse med unionsrätten. En sådan kontroll kan nämligen bara utföras av de myndigheter som är behöriga att kontrollera efterlevnaden av läkemedelslagstiftningen eller av de nationella domstolarna.

61 I syfte att avgöra i vilken mån ett läkemedel vars godkännande för försäljning inte omfattar vissa sjukdomar är utbytbart mot ett annat läkemedel vilket har godkänts för nämnda sjukdomar, och huruvida dessa läkemedel således hör till samma relevanta marknad såsom angetts i punkterna 50 och 51 ovan, ska den nationella konkurrensmyndigheten följaktligen – under förutsättning att behöriga myndigheter eller domstolar har undersökt huruvida läkemedlet är i överensstämmelse med bestämmelserna om tillverkning eller saluföring av läkemedlet – beakta resultatet av denna undersökning genom att bedöma den eventuella inverkan på efterfråge- och utbudsmönstret.

62 I förevarande fall finns det emellertid inga uppgifter i handlingarna i målet som tyder på att några myndigheter som är behöriga att kontrollera efterlevnaden av läkemedelslagstiftningen eller nationella domstolar hade konstaterat, då AGCM tillämpade artikel 101 FEUF, att ompackningen och förskrivningen av Avastin i syfte att använda läkemedlet *off-label* var olagliga, såsom Roche hävdat.

63 Tvärtom framgår det – med förbehåll för den kontroll som det i förekommande fall ankommer på den hänskjutande domstolen att göra – bland annat av punkterna 70 och 208 i AGCM:s beslut att EMA och kommissionen, vid den tidpunkt då detta beslut fattades, inte hade bifallit Roches begäran om att vissa oönskade verkningar som var möjliga vid intravitreal användning av Avastin skulle tas upp i förteckningen över ”biverkningar” i produktresumén avseende det läkemedlet. EMA och kommissionen hade ansett att dessa verkningar endast behövde nämnas under rubriken ”vissa särskilda varningar och försiktighetsåtgärder”.

64 Den osäkerhet som rådde angående huruvida villkoren för ompackning och förskrivning av Avastin för behandling av ögonsjukdomar var lagliga medförde, under förevarande omständigheter, att det inte fanns något hinder för att AGCM i samband med tillämpningen av artikel 101.1 FEUF fann att nämnda läkemedel hörde till samma marknad som ett annat läkemedel vars godkännande för försäljning uttryckligen omfattade dessa terapeutiska indikationer.

65 Det ska dessutom framhållas att de specifika konkurrensförhållandena inom läkemedelssektorn medför att den relevanta marknaden, i samband med tillämpningen av artikel 101.1 FEUF, i princip kan omfatta läkemedel som kan användas för samma terapeutiska indikationer eftersom läkarna främst styrs av läkemedlens terapeutiska lämplighet och effektivitet.

66 Det är ostridigt mellan parterna i det nationella målet att Avastin, under den överträdelseperiod som anges i AGCM:s beslut, ofta användes för behandling av ögonsjukdomar trots att godkännandet för försäljning inte omfattade sådana indikationer. Denna omständighet visar följaktligen att det förelåg en konkret utbytbarhet mellan Avastin och läkemedel som godkänts för behandling av sådana ögonsjukdomar, däribland Lucentis. Detta stöds av att efterfrågan på Avastin för behandling av ögonsjukdomar som inte omfattades av läkemedlets godkännande för försäljning kunde bedömas exakt, eftersom läkemedlet var receptbelagt.

67 Mot bakgrund av dessa omständigheter ska den andra, den tredje och den fjärde frågan besvaras på följande sätt. Artikel 101 FEUF ska tolkas så, att en nationell konkurrensmyndighet, vid tillämpningen av den bestämmelsen, kan anse att den relevanta marknaden omfattar, utöver de läkemedel som godkänts för behandling av de aktuella sjukdomarna, även ett annat läkemedel vars godkännande för försäljning inte täcker sådan behandling men som likväl används för det syftet varvid det följaktligen finns en konkret utbytbarhet mellan läkemedlen. I syfte att avgöra huruvida det föreligger en sådan utbytbarhet ska den nationella konkurrensmyndigheten – under förutsättning att behöriga myndigheter eller domstolar har undersökt huruvida läkemedlet är i överensstämmelse med bestämmelserna om tillverkning eller saluföring av läkemedlet – beakta resultatet av denna undersökning genom att bedöma den eventuella inverkan på efterfråge- och utbudsmönstret.

Den första frågans första del

68 Den hänskjutande domstolen önskar med den första frågans första del få klarhet i huruvida artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att den bestämmelsen inte ska tillämpas på konkurrensbegränsningar som eventuellt överenskommits mellan parterna i ett licensavtal, även om dessa inte har fastställts i avtalet, på grund av att begränsningarna är accessoriska till avtalet.

69 Det framgår av domstolens praxis att om en viss transaktion eller en viss verksamhet inte omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av dess neutrala karaktär eller positiva effekt på konkurrensen, omfattas en begränsning av det affärsmässiga oberoendet för en eller flera av deltagarna

i denna transaktion eller verksamhet inte heller av det principiella förbudet när begränsningen är objektivt nödvändig för genomförandet av transaktionen eller verksamheten och står i proportion till transaktionens eller verksamhetens syfte (dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 89 och där angiven rättspraxis).

70 När det inte är möjligt att skilja en sådan begränsning från huvudtransaktionen eller huvudverksamheten utan att äventyra transaktionens eller verksamhetens existens eller syften ska bedömningen av huruvida begränsningen är förenlig med artikel 101.1 FEUF nämligen ske tillsammans med bedömningen av huruvida den huvudtransaktion eller den huvudverksamhet som begränsningen hör samman med är förenlig med artikel 101.1 FEUF, och detta även om det vid första påseendet kan förefalla som om en sådan begränsning, betraktad separat, omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF (dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 90 och där angiven rättspraxis).

71 När det gäller att fastställa huruvida en begränsning kan undgå förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av att den är accessorisk i förhållande till en icke konkurrensbegränsande huvudtransaktion, ska det undersökas huruvida det skulle vara omöjligt att genomföra transaktionen utan denna begränsning. Det faktum att transaktionen i fråga helt enkelt blir svårare att genomföra, eller till och med bara mindre lönsam, kan inte anses medföra att begränsningen uppfyller det krav på att vara objektivt nödvändig som gäller för att den ska kunna anses vara accessorisk. En sådan tolkning skulle nämligen innebära att detta begrepp utvidgades till att omfatta begränsningar som inte är strikt nödvändiga för genomförandet av huvudtransaktionen. Ett sådant resultat skulle skada den ändamålsenliga verkan av förbudet i artikel 101.1 FEUF (dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkt 91).

72 I förevarande fall var det beteende som beskrivits i AGCM:s beslut och som bestod i spridning av påstått oriktiga uppgifter om biverkningar vid användning av Avastin för behandling av ögonsjukdomar, inte ägnat att begränsa det affärsmässiga oberoendet för parterna i licensavtalet rörande Lucentis utan att påverka tredje mans beteende, särskilt hälso- och sjukvårdspersonal, i syfte att uppnå att användningen av Avastin för detta slags behandling upphörde att inkräkta på användningen av Lucentis för samma slags behandling.

73 Det finns visserligen inga uppgifter i handlingarna i målet som ger upphov till tvivel angående den gynnsamma effekten på konkurrensen av licensavtalet mellan Genentech och Novartis – eller i vart fall avtalets neutrala karaktär i konkurrenshänseende – men det kan dock inte anses att det beteende som beskrivits i föregående punkt var objektivt nödvändigt för avtalets genomförande. Parterna i avtalet träffade nämligen inte någon överenskommelse om detta beteende i själva licensavtalet och inte heller i samband med dess ingående, utan flera år senare, och detta i syfte att hejda den utbytbarhet som uppstått mellan Avastin och Lucentis för användning vid behandling av ögonsjukdomar, bland annat genom läkarnas praxis vid läkemedelsförskrivning.

74 Den omständigheten att det beteende för vilket påföljder ålagts i AGCM:s beslut syftade till att minska användningen av Avastin och öka användningen av Lucentis så att Novartis kunde göra utnyttjandet av de teknikrättigheter som Genentech upplåtit avseende Lucentis lönsammare kan inte, mot bakgrund av den rättspraxis som nämnts i punkt 71 ovan, leda till slutsatsen att beteendet var objektivt nödvändigt för att genomföra licensavtalet.

75 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågans första del besvaras enligt följande. Artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att ett samordnat förfarande som överenskommits mellan parterna i ett licensavtal rörande utnyttjande av ett läkemedel och som, i syfte att minska konkurrenstrycket på användningen av detta läkemedel för behandling av vissa sjukdomar, är ägnat att påverka tredje mans beteende för att främja användningen av ett annat läkemedel vid behandling av samma sjukdomar, inte kan undgå tillämpning av nämnda bestämmelse av det skälet att samverkan är accessorisk till nämnda avtal.

Den femte frågan

76 Det framgår av den hänskjutande domstolens förklaringar och av de yttranden som inkommit till EU-domstolen att den överträdelse av artikel 101 FEUF som lagts de aktuella bolagen till last endast rör spridning av uppgifter om biverkningar vid *off-label*-användning av Avastin.

77 Även om den femte frågan också avser uppgifter om ett läkemedels effektivitet ska det anses att den hänskjutande domstolen med denna fråga önskar få klarhet i huruvida artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att det ska anses utgöra en konkurrensbegränsning ”genom syfte” i den mening som avses i den bestämmelsen när två företag som saluför två konkurrerande läkemedel har kommit överens om ett samordnat förfarande avseende spridning – i en kontext som kännetecknas av vetenskaplig osäkerhet – av uppgifter om biverkningar vid användning av ett av dessa läkemedel för indikationer som inte omfattas av läkemedlets godkännande för försäljning, i syfte att minska det konkurrenstryck som till följd av denna *off-label*-användning uppkommer på ett annat läkemedel vars godkännande för försäljning omfattar dessa indikationer.

78 Begreppet konkurrensbegränsning ”genom syfte” ska ges en restriktiv tolkning och kan endast tillämpas på vissa typer av samordning mellan företag som är så pass skadliga för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av deras verkningar inte behövs. Vissa former av samordning mellan företag kan nämligen redan till sin art anses vara skadliga för den normala konkurrensen (dom av den 20 november 2008, Beef Industry Development Society och Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 17, och dom av den 27 april 2017, FSL m.fl./kommissionen, C-649/15 P, EU:C:2017:308, punkt 103).

79 Vid bedömningen av huruvida ett avtal om ett samordnat förfarande kan anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte ska ledning sökas i innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som eftersträvas och det ekonomiska och juridiska sammanhang förfarandet ingår i (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 november 1983, IAZ International Belgium m.fl/kommissionen, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, EU:C:1983:310, punkt 25, och dom av den 11 september 2014, CB/kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 53).

80 Vid bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den relevanta marknaden eller de relevanta marknaderna (dom av den 23 november 2006, Asnef-Equifax och Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, punkt 49 och där angiven rättspraxis). När det gäller att avgöra huruvida det föreligger en samverkan inom läkemedelssektorn ska följaktligen inverkan av unionslagstiftningen rörande sådana produkter beaktas (se, analogt, dom av den 16 september 2008, Sot. Lélos kai Sia, m.fl., C-468/06–C-478/06, EU:C:2008:504, punkt 58).

81 Enligt denna lagstiftning omfattas ett sådant läkemedel som Avastin av ett system för säkerhetsövervakning under EMA:s kontroll, i samordning med behöriga nationella läkemedelsmyndigheter. Enligt artikel 101.1 andra stycket i direktiv 2001/83 i ändrad lydelse ska ”[detta system] användas för att samla in information om riskerna med läkemedel med avseende på användarnas hälsa eller folkhälsan. Information ska särskilt gälla biverkningar hos människor vid användning av ett läkemedel på de villkor som anges i godkännandet för försäljning men också vid användning som inte omfattas av de villkor som anges i godkännandet för försäljning, samt de biverkningar som har samband med exponering i arbetet”.

82 Vad gäller läkemedel som ska godkännas enligt det centraliserade förfarandet åläggs innehavaren av godkännandet för försäljning i artikel 16.2 i förordning nr 726/2004 att skyndsamt till EMA, kommissionen och medlemsstaterna överlämna nya uppgifter som kan medföra ändring i de uppgifter som krävs för att godkännande för försäljning ska beviljas, inbegripet uppgifter som återfinns i produktresumén.

83 Dessa skyldigheter skärptes den 2 juli 2012 då ändringen av artikel 16.2 i förordning nr 726/2004 genom förordning nr 1235/2010 trädde i kraft. I artikel 16.2 i förordning nr 726/2004 i dess ändrade lydelse föreskrivs således att innehavaren av godkännandet för försäljning ”skyndsamt [ska] underrätta [EMA] och kommissionen … om annan ny information som skulle kunna påverka bedömningen av nyttan och riskerna med läkemedlet i fråga”. Informationen ska innehålla ”både positiva och negativa resultat av kliniska prövningar eller andra studier vid alla indikationer och i alla populationer, oberoende av om detta är infört i godkännandet för försäljning, samt uppgifter om läkemedlets användning om denna användning inte omfattas av de villkor som anges i godkännandet för försäljning”.

84 Enligt artikel 17 i förordning nr 726/2004 ska innehavaren av ett godkännande för försäljning dessutom ansvara för att de handlingar och uppgifter som lämnats in är riktiga.

85 Villkoren för att sprida uppgifter om läkemedel till hälso- och sjukvårdspersonal och till allmänheten regleras bland annat av artikel 106a i direktiv 2001/83 i dess ändrade lydelse, som gäller för den som innehar ett godkännande för försäljning som beviljats enligt det centraliserade förfarandet i enlighet med artikel 22 i förordning nr 726/2004 i dess ändrade lydelse. Enligt nämnda artikel 106a är innehavaren av ett godkännande för försäljning skyldig att se till att ”information till allmänheten presenteras objektivt och inte är vilseledande”. Artikel 24.5 i förordning nr 726/2004, som även den var tillämplig på omständigheterna i det nationella målet men som upphävdes med verkan från den 2 juli 2012 genom förordning nr 1235/2010, var formulerad i liknande ordalag som artikel 106a.

86 Läkemedelslagstiftningen innehåller för övrigt ett påföljdssystem i syfte att säkerställa att lagstiftningen genomförs effektivt. Vad gäller det centraliserade förfarandet anges i artikel 84 i förordning nr 726/2004 att medlemsstaterna ska föreskriva påföljder som ska vara ”effektiva, proportionella och avskräckande”. Enligt denna artikel har även kommissionen möjlighet att ålägga innehavare av ett godkännande för försäljning påföljder om det villkor som fastställts i godkännandet inte iakttas.

87 Närmare bestämmelser om förfarandet för detta och de ekonomiska påföljderna har därefter antagits i förordning nr 658/2007. I artikel 16.1 i den förordningen föreskrivs att kommissionen får besluta om påföljder i form av böter som kan uppgå till 5 procent av innehavarens årliga omsättning i unionen. Bland de åsidosättanden som räknas upp i artikel 1.1 i nämnda förordning, för vilka kommissionen kan ålägga påföljder när det berörda åsidosättandet kan få betydande konsekvenser för folkhälsan i unionen eller då det har en unionsdimension genom att det inträffar eller har verkningar i mer än en medlemsstat eller då unionsintressen är inblandade, anges åsidosättandet av skyldigheten att lämna in fullständiga och korrekta upplysningar och handlingar i en ansökan om godkännande för försäljning enligt förordning nr 726/2004 och när det gäller alla andra handlingar och uppgifter som lämnas till EMA för att fullgöra skyldigheter som föreskrivs i den förordningen.

88 I enlighet med artikel 28.4 i förordning nr 726/2004 i dess ändrade lydelse har dessutom EMA och kommissionen exklusiv befogenhet att dels pröva ansökningar om ändring av ett godkännande av försäljning som sammanhänger med en ändring av produktresumén till följd av nya uppgifter rörande säkerhetsövervakningen, dels, i förekommande fall, fatta ett beslut om ändring, tillfälligt återkallande eller upphävande av det aktuella godkännandet för försäljning.

89 Vad gäller omständigheterna i det nationella målet, vilka endast ska kontrolleras av den hänskjutande domstolen, framgår det av punkterna 177, 189, 193–202 och 209 i AGCM:s beslut att denna funnit att de berörda företagen, genom att anta en gemensam strategi för att motverka konkurrenstrycket på försäljningen av Lucentis till följd av användningen av Avastin för behandling av ögonsjukdomar som inte omfattas av godkännandet för försäljning avseende det läkemedlet, har begått en överträdelse av artikel 101 FEUF. Enligt nämnda beslut syftade samverkan mellan Roche och Novartis till att skapa en konstlad differentiering mellan läkemedlen Avastin och Lucentis, genom att manipulera uppfattningen om riskerna vid användning av Avastin för behandling av sådana sjukdomar genom framtagande och spridning av yttranden som byggde på en ”pessimistisk” tolkning av tillgängliga uppgifter för att

därigenom skapa oro hos allmänheten vad gäller säkerheten vid viss användning av Avastin och att påverka läkarnas val av behandling, och genom att förminska värdet av vetenskapliga rön av motsatt innebörd.

90 Enligt punkt 177 i AGCM:s beslut syftade samverkan även till att lämna sådana uppgifter till EMA som förstärkte uppfattningen om riskerna vid sådan användning för att uppnå en ändring av produktresumén för Avastin och få tillåtelse att sända ett brev till hälso- och sjukvårdspersonal för att fästa deras uppmärksamhet på dessa biverkningar. Att det hade skett en sådan konstlad förstärkning av riskerna vid *off-label*-användning av Avastin stöds, enligt punkterna 208, 209 och 215 i AGCM:s beslut, bland annat av den omständigheten, som nämnts i punkt 63 ovan, att EMA och kommissionen inte hade bifallit Roches begäran om att vissa oönskade verkningar som var möjliga vid intravitreal användning av Avastin skulle tas upp i förteckningen över ”biverkningar” i produktresumén avseende det läkemedlet. EMA och kommissionen hade ansett att dessa verkningar endast behövde nämnas under rubriken ”vissa särskilda varningar och försiktighetsåtgärder”.

91 Innan EU-domstolen tar ställning till om frågan huruvida de uppgifter som lämnades till EMA och till allmänheten var vilseledande är relevant vid bedömningen av om det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, ska det inledningsvis påpekas att kraven rörande säkerhetsövervakning av läkemedel, vilka kan innebära att det ska vidtas sådana åtgärder som information till hälso- och sjukvårdspersonal och till allmänheten om risker i samband med *off-label*-användning av ett läkemedel, liksom inledande av ett förfarande vid EMA i syfte att ta in sådan information i läkemedlets produktresumé – enligt vad som framgår av de bestämmelser som nämnts i punkterna 82–87 ovan – endast åligger innehavaren av godkännandet för försäljning avseende nämnda läkemedel och inte ett annat företag som saluför ett konkurrerande läkemedel som omfattas av ett separat godkännande för försäljning. Den omständigheten att två företag som saluför konkurrerande läkemedel samråder med varandra inför spridning av uppgifter som specifikt rör det läkemedel som endast det ena företaget saluför kan således utgöra ett indicium på att denna spridning har ett annat syfte än säkerhetsövervakning av läkemedel.

92 Vad vidare gäller frågan huruvida den aktuella informationen är vilseledande bör det anses att den information, som enligt AGCM:s beslut har lämnats till EMA och allmänheten i samband med ett samordnat förfarande mellan Roche och Novartis, är vilseledande om den inte uppfyller kraven på fullständighet och exakthet i artikel 1.1 i förordning nr 658/2007, för det fall – vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera – informationen syftade dels till att vilseleda EMA och kommissionen och lägga till biverkningar i läkemedlets produktresumé så att innehavaren av godkännandet för försäljning skulle kunna inleda en informationskampanj gentemot hälso- och sjukvårdspersonal, patienter och andra berörda personer i syfte att på ett konstlat sätt förstärka denna uppfattning, dels till att i en kontext som kännetecknas av vetenskaplig osäkerhet förstärka allmänhetens uppfattning av riskerna vid *off-label*-användning av Avastin, mot bakgrund av bland annat den omständigheten att EMA och kommissionen inte har ändrat produktresumén för detta läkemedel vad gäller dess ”biverkningar” utan endast har utfärdat ”vissa särskilda varningar och försiktighetsåtgärder”.

93 Mot bakgrund av villkoren på marknaden för det aktuella läkemedlet kan det i ett sådant fall antas att spridningen av sådan information får till följd att läkarna upphör att förskriva läkemedlet, vilket i sin tur leder till den förväntade minskningen av efterfrågan för denna typ av användning. Spridningen av vilseledande information till EMA, hälso- och sjukvårdspersonal och till allmänheten utgör dessutom, såsom framgår av punkterna 84–87 ovan, en överträdelse av unionens läkemedelslagstiftning för vilken påföljder kan åläggas.

94 Under dessa omständigheter ska det anses att ett samordnat förfarande som har sådana syften som de som beskrivs i punkt 92 ovan är så pass skadligt för konkurrensen att någon bedömning av dess verkningar inte behövs.

95 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den femte frågan besvaras enligt följande. Artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att det ska anses utgöra en konkurrensbegränsning ”genom syfte”, i den mening som avses i denna bestämmelse, när två företag som saluför två konkurrerande läkemedel har kommit överens om ett samordnat förfarande som – i en kontext som kännetecknas av vetenskaplig osäkerhet – avser spridning av vilseledande information till EMA, hälso- och sjukvårdspersonal och allmänheten om biverkningar vid användning av ett av dessa läkemedel för behandling av sjukdomar som inte omfattas av läkemedlets godkännande för försäljning, i syfte att minska det konkurrenstryck som till följd av denna användning uppkommer på användningen av det andra läkemedlet.

Den första frågans andra del

96 Den hänskjutande domstolen önskar med den första frågans andra del även få klarhet i huruvida artikel 101 FEUF ska tolkas så, att ett sådant samordnat förfarande som det som beskrivits i föregående punkt kan omfattas av undantaget i artikel 101.3 FEUF.

97 För att undantaget i artikel 101.3 FEUF ska bli tillämpligt måste de fyra kumulativa villkoren i denna bestämmelse vara uppfyllda. Dessa villkor är, för det första, att det aktuella samordnade förfarandet ska bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varorna i fråga eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. För det andra måste konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. För det tredje får det samordnade förfarandet inte ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga och för det fjärde får det inte ge dessa företag en möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna eller tjänsterna i fråga.

98 I förevarande fall räcker det att konstatera att spridning av vilseledande information avseende ett läkemedel inte kan anses vara ”nödvändig” i den mening som avses i det tredje villkoret, på så sätt att undantaget i artikel 101.3 FEUF kan bli tillämpligt.

99 Det förefaller som om den hänskjutande domstolen, genom att vid flera tillfällen hänvisa till begreppet licensavtal och till förekomsten av ett konkurrensförhållande mellan parterna i licensavtalet, har haft för avsikt att referera till de villkor som uppställs i kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring (EUT L 123, 2004, s. 11).

100 Det ska emellertid framhållas att mot bakgrund av vad som angetts i punkterna 97 och 98 ovan kan ett sådant samordnat förfarande som det som är aktuellt i det nationella målet inte under några omständigheter, i enlighet med artikel 101.3 FEUF, omfattas av det undantag som föreskrivs i artikel 2 i nämnda förordning.

101 Den första frågans andra del ska således besvaras enligt följande. Artikel 101 FEUF ska tolkas så, att ett sådant samordnat förfarande som det som beskrivits i punkt 95 inte kan omfattas av undantaget i artikel 101.3 FEUF.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

1) **Artikel 101 FEUF ska tolkas så, att en nationell konkurrensmyndighet, vid tillämpningen av den bestämmelsen, kan anse att den relevanta marknaden omfattar, utöver de läkemedel som godkänts för behandling av de aktuella sjukdomarna, även ett annat läkemedel vars godkännande för försäljning inte täcker sådan behandling men som likväl används för det syftet varvid det följaktligen finns en konkret utbytbarhet mellan läkemedlen. I syfte att avgöra huruvida det föreligger en sådan utbytbarhet ska den nationella konkurrensmyndigheten – under förutsättning att behöriga myndigheter eller domstolar har undersökt huruvida läkemedlet är i överensstämmelse med bestämmelserna om tillverkning eller saluföring av läkemedlet – beakta resultatet av denna undersökning genom att bedöma den eventuella inverkan på efterfråge- och utbudsmönstret.**

2) **Artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att ett samordnat förfarande som överenskommits mellan parterna i ett licensavtal rörande utnyttjande av ett läkemedel och som, i syfte att minska konkurrenstrycket på användningen av detta läkemedel för behandling av vissa sjukdomar, är ägnat att påverka tredje mans beteende för att främja användningen av ett annat läkemedel vid behandling av samma sjukdomar, inte kan undgå tillämpning av nämnda bestämmelse av det skälet att samverkan är accessorisk till nämnda avtal.**

3) **Artikel 101.1 FEUF ska tolkas så, att det ska anses utgöra en konkurrensbegränsning ”genom syfte”, i den mening som avses i denna bestämmelse, när två företag som saluför två konkurrerande läkemedel har kommit överens om ett samordnat förfarande som – i en kontext som kännetecknas av vetenskaplig osäkerhet – avser spridning av vilseledande information till Europeiska läkemedelsmyndigheten, hälso- och sjukvårdspersonal och allmänheten om biverkningar vid användning av ett av dessa läkemedel för behandling av sjukdomar som inte omfattas av läkemedlets godkännande för försäljning, i syfte att minska det konkurrenstryck som till följd av denna användning uppkommer på användningen av det andra läkemedlet.**

4) **Artikel 101 FEUF ska tolkas så, att ett sådant samordnat förfarande inte kan omfattas av undantaget i artikel 101.3 FEUF.**

Underskrifter

SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020109

DOM
2019-05-09
Stockholm

Mål nr
PMT 7779-18

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Patent- och marknadsdomstolens dom 2018-07-20 i mål PMT 13013-16, se bilaga A

PARTER

Klagande
1. Booking.com B.V.
Herengracht 597
Nl-1017 Ce Amsterdam
Nederländerna

2. Bookingdotcom Sverige AB, 556733-1706
Magnus Ladulåsgatan 65
118 27 Stockholm

Ombud för 1 och 2: Advokaterna M.E. och C.M.
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

Motpart
Visita, 802000-1841
Sveavägen 25
111 34 Stockholm

Ombud: Advokaten E.E.
Advokat Eric Ericsson AB
Box 108
134 22 Gustavsberg

Ombud: Advokaten L.S.
Skarp Stockholm Advokatbyrå AB
Box 5216
102 45 Stockholm

SAKEN
Åläggande enligt konkurrenslagen

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00	08-21 93 27	måndag – fredag 09:00–16:30

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.patentochmarknadsoverdomstolen.se

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen ändrar Patent- och marknadsdomstolens dom och

   a. ogillar käromålet,
   b. befriar Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB från skyldigheten att utge ersättning för Visitas rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen, och
   c. förpliktar Visita att ersätta Booking.com B.V. för rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen med 5 200 000 kr, 1 084 EUR och 156 478 GBP, varav 5 200 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta på de tre förstnämnda beloppen enligt 6 § räntelagen från den 20 juli 2018 till dess betalning sker.

2. Visita ska ersätta Booking.com B.V. för rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 198 200 kr, varav 1 162 500 kr avser ombudsarvode, jämte ränta på det förstnämnda beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom till dess betalning sker.

3. Visita ska ersätta Bookingdotcom Sverige AB för rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen med 1 198 200 kr, varav 1 162 500 kr avser ombudsarvode, jämte ränta på det förstnämnda beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom till dess betalning sker.

YRKANDEN

Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB (fortsättningsvis gemensamt benämnda Booking) har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ogilla käromålet, befria Booking från skyldigheten att utge ersättning för Visitas rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen och istället förpliktiga Visita att ersätta Booking för deras rättegångskostnader där.

Visita har motsatt sig att Patent- och marknadsdomstolens dom ändras, dock med den justeringen att de av Patent- och marknadsdomstolen beslutade åläggandena ska fullgöras senast tre månader från dagen för Patent- och marknadsöverdomstolens dom.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

PARTERNAS TALAN

Parterna har åberopat samma omständigheter och utvecklat sin talan på i huvudsak samma sätt som i Patent- och marknadsdomstolen.

Visita har dock förtydligat sin talan i Patent- och marknadsöverdomstolen vad gäller yrkandet som motsvaras av punkten 2. b) i Patent- och marknadsdomstolens domslut på följande sätt. Vissa hotell, nämligen hotellkedjorna Nordic Choice och Scandic, är inte avtalsrättsligt bundna av de omtvistade avtalsvillkoren, förutom med avseende på tilläggstjänsten ”Preferred”. Yrkandet som motsvaras av punkten 2. b) i domslutet tar sikte på de åtgärder som Booking vidtar och de påtryckningar som Booking utövar mot hotell som inte är avtalsrättsligt bundna av de omtvistade villkoren i syfte att förmå hotellen att i stället frivilligt åta sig att iaktta pris- och villkorsparitet. Eftersom Nordic Choices och Scandics marknadsandel baserat på antalet rum uppgår till cirka 25 % innebär detta att cirka 75 % av marknaden för hotellövernattningar omfattas av de omtvistade avtalsvillkoren som yrkandet som motsvaras av punkten 2. a) i domslutet tar sikte på.

Booking har till följd av Visitas förtydligande anfört följande. De hotell som ingått avtal med Booking är bundna av paritetsvillkoren. En annan sak är att hotellkedjorna Nordic Choice och Scandic inte följer paritetsvillkoren. Oavsett hur det förhåller sig med den saken, har Booking inte vidtagit de av Visita påstådda åtgärderna i syfte att förmå hotell att i stället frivilligt åta sig att iaktta paritetsvillkoren. Eftersom det yrkande som motsvaras av punkten 2. b) i Patent- och marknadsdomstolens domslut tar sikte på en situation som inte har inträffat, kan yrkandet redan av det skälet inte bifallas. Booking kan inte vitsorda att marknaden för hotellövernattningar till cirka 75 % täcks av paritetsvillkoren.

UTREDNING

Parterna har lagt fram samma utredning i Patent- och marknadsöverdomstolen som i Patent- och marknadsdomstolen.

Visita har tydliggjort att de i Patent- och marknadsöverdomstolen aktuella villkoren är Bookings standardavtalsvillkor i den version som var gällande mellan Booking och hotellen vid tidpunkten för huvudförhandlingen i Patent- och marknadsöverdomstolen. Visita har dock påpekat att den aktuella versionen inte innehåller några förändringar av betydelse för prövningen, vilket Booking har bekräftat.

DOMSKÄL

Ramen för prövningen av Visitas talan

Visita har i målet framställt två huvudyrkanden. Det första är ett yrkande om att Booking ska upphöra med tillämpningen av klausuler om s.k. pris- och villkorsparitet i avtal med hotell i Sverige. Det andra är ett yrkande om att Booking ska upphöra med att erbjuda hotell lägre provisionssatser eller andra incitament som är villkorade av att hotellen iakttar pris- och villkorsparitet. Som Visita har förtydligat sin talan i Patent- och marknadsöverdomstolen avser det sistnämnda yrkandet att träffa Bookings erbjudanden i förhållande till hotell som visserligen har ingått avtal med Booking, men

som enligt Visita kommit överens med Booking om att inte tillämpa pris- och villkorsparitet.

Visitas talan vilar på den grunden att de avtalsvillkor om vertikal pris- och villkorsparitet som finns i punkterna 2.2.1 och 5.1 (iii) i de standardavtal som Booking ingått med hotell (de snäva paritetsvillkoren) har till syfte och resultat att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen dels på marknaden för online-bokningstjänster för hotell i Sverige, dels på marknaden för hotellövernattningar i Sverige. Visita har gjort gällande att avtalsvillkoren därför är förbjudna enligt bestämmelserna i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) och artikel 101.1 FEUF. Visita har vidare gjort gällande att vissa andra avtalsvillkor och ageranden, bl.a. villkor om viss rumstillgång och ranking, förstärker de snäva paritetsvillkorens konkurrensbegränsande syfte och resultat.

Det som således utgör ramen för Visitas talan och som därmed är föremål för Patent- och marknadsöverdomstolens prövning är alltså frågan om de snäva paritetsvillkoren *i sig* är konkurrensbegränsande och därmed förbjudna enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller 101.1 FEUF. Detta innebär att övriga avtalsvillkor och ageranden som Visita gjort gällande är ägnade att förstärka den konkurrensbegränsande effekten av de snäva paritetsvillkoren inte ska prövas som självständiga grunder för Visitas talan.

Dispositionen av domskälen

Patent- och marknadsöverdomstolen kommer att inleda sin prövning med att ta ställning till frågan om de relevanta marknadernas avgränsning och till frågan om avtalsvillkoren kan påverka handeln mellan EU:s medlemsstater.

Booking har i målet gjort gällande att de snäva paritetsvillkoren är nödvändiga för att hotellen inte ska kunna åka snålskjuts på Bookings investeringar. Booking har härvid fört fram att om villkoren förbjöds skulle det på sikt undergräva bolagets möjligheter att erbjuda sina tjänster med samma kvalitet och på sikt även hota verksamhetens existens. Patent- och marknadsdomstolen har, före prövningen av om de snäva paritetsvillkoren i sig har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, valt att ta ställning

till om villkoren är objektivt nödvändiga för genomförandet av Bookings verksamhet och därmed till frågan om villkoren redan av detta skäl inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 FEUF i enlighet med principen om accessoriska begränsningar. Som lagstiftningen är uppbyggd är det Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning att frågorna bör prövas i en annan ordning.

Den första frågan Patent- och marknadsöverdomstolen tar ställning till – efter bedömningen av marknadsavgränsningarna och samhandelseffekten – är därför om de snäva paritetsvillkoren över huvud taget utgör en konkurrensbegränsning enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 FEUF. Beroende på utfallet av denna bedömning, prövar Patent- och marknadsöverdomstolen först därefter om en eventuell konkurrensbegränsning kan undgå att träffas av konkurrensreglernas förbud till följd av principen om accessoriska begränsningar.

Patent- och marknadsöverdomstolen kommer således, efter det att domstolen har tagit ställning till frågorna om relevanta marknader och samhandelseffekt, gå över till att bedöma om avtalsvillkoren har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen på de relevanta marknaderna. Eftersom kriterierna om konkurrensbegränsande syfte eller resultat är alternativa och eftersom det inte är nödvändigt att undersöka vad ett avtal har för resultat, om det redan framgår att det har ett konkurrensbegränsande syfte (se t.ex. EU-domstolens dom den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands, C-8/08, EU:C:2009:343, punkterna 28 och 30) prövar Patent- och marknadsöverdomstolen först frågan om avtalsvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen. Om så inte bedöms vara fallet kommer domstolen i det efterföljande avsnittet att, i den mer fördjupade prövning som då ska göras, ta ställning till frågan om avtalets villkor har ett konkurrensbegränsande resultat på de relevanta marknaderna. Om Patent- och marknadsöverdomstolen finner att de snäva paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning, kommer domstolen att gå vidare i sin prövning. Först i detta led blir det aktuellt att ta ställning till frågan om den konstaterade konkurrensbegränsningen bedöms vara accessorisk till parternas huvudavtal på ett sådant sätt att förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF inte är tillämpliga. Beroende på utfallet i denna

bedömning kan det därefter bli aktuellt att pröva de skäl för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och 101.3 FEUF som Booking har fört fram i målet.

Relevanta marknader och samhandelseffekt

Parterna har – på ett i huvudsak samstämmigt sätt – beskrivit hur Bookings tjänst fungerar och hur avtalsrelationen mellan Booking och hotellen ser ut. Parterna har även beskrivit marknaden för online-resebyråer och vilka huvudsakliga aktörer som finns på denna marknad. Patent- och marknadsdomstolen har också utförligt redogjort för dessa förhållanden i sin dom (se under rubriken Bookings tjänst och parternas avtalsrelation m.m., sidorna 25–27 i domen). Patent- och marknadsöverdomstolen utgår från denna redogörelse i sin fortsatta prövning med det tillägget att Booking enligt villkoren har möjlighet att ge vissa rabatter på de priser som hotellen har bestämt.

Visita har som grund för sin talan gjort gällande att de omtvistade avtalsvillkoren begränsar konkurrensen på två olika marknader, dels den marknad på vilken Booking och andra aktörer som erbjuder liknande tjänster som Booking är verksamma, dels den marknad på vilken hotell som erbjuder övernattningar är verksamma. För att kunna ta ställning till Visitas talan är det således nödvändigt för prövningen att avgränsa dessa två marknader.

Vad gäller den första marknaden fann Patent- och marknadsdomstolen att avgränsningen kunde göras i linje med parternas uppfattning och i enlighet med den preliminära bedömning som Konkurrensverket hade gjort i sitt beslut att godta Bookings åtagande (se Konkurrensverkets beslut 2015-04-15, Dnr 596/2013, punkterna 15–16). Konkurrensverkets bedömningen innebar bl.a. dels att bara sådana tjänster som möjliggör bokning direkt på webbplatsen omfattas av marknadsdefinitionen och dels att hotellen och online-resebyråerna inte är verksamma på samma relevanta marknad. Ingen av parterna har haft någon invändning mot Patent- och marknadsdomstolens marknadsavgränsning i denna del. Patent- och marknadsdomstolen har benämnt denna marknad för marknaden för tillhandahållande av online-resebyråtjänster avseende

hotell i Sverige (förkortat benämnd marknaden för online-resebyråtjänster). Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i de överväganden som Patent- och marknadsdomstolens har gjort i denna del och ansluter sig till domstolens bedömning av hur denna marknad bör avgränsas och benämnas.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen innebär denna avgränsning att även s.k. metasöksidor med bokningsfunktion ingår i den relevanta marknaden, något som parterna också är ense om (jfr dock Patent- och marknadsdomstolens motsatta bedömning i frågan om metasöksidor ingår i den relevanta marknaden på sidan 43 i Patent- och marknadsdomstolens dom). Patent- och marknadsöverdomstolen återkommer till betydelsen av denna avgränsning i anslutning till domstolens överväganden under rubriken Frågan om de snäva paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom syfte.

Vad gäller den marknad som hotellen är verksamma på, nämligen den marknad som Patent- och marknadsdomstolen har benämnt och avgränsat som marknaden för hotellövernattningar i Sverige, delar Patent- och marknadsöverdomstolen bedömningen att en sådan marknadsavgränsning är tillräcklig för den prövning som ska göras i målet och att den ska benämnas på det sätt Patent- och marknadsdomstolen har gjort.

När det gäller frågan om de omtvistade avtalsvillkoren skulle kunna ha samhandelseffekt konstaterar Patent- och marknadsöverdomstolen – i likhet med Patent- och marknadsdomstolen – att eftersom aktörerna på marknaden för online-resebyråer är verksamma inom EU (och EES för den delen också) och eftersom hotellens kunder kan komma från andra stater inom EU än Sverige, kan villkoren om paritet i Bookings standardavtal även påverka handeln mellan medlemsstaterna. Detta innebär att inte bara konkurrenslagens bestämmelser, utan även artikel 101 FEUF ska tillämpas i målet (liksom artikel 53 i EES-avtalet).

Konkurrensbegränsning genom syfte

Utgångspunkter för prövningen

Frågan om en s.k. syftesöverträdelse föreligger, dvs. om ett avtal eller en samordning mellan företag redan till sin art är skadlig för konkurrensen, ska bedömas med beaktande av alla relevanta omständigheter, inbegripet de aktuella tjänsternas beskaffenhet, de faktiska villkoren på marknaderna och deras struktur, samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller samordningen ingår i. Det saknar betydelse om dessa omständigheter är hänförliga till den relevanta marknaden. (Se t.ex. EU-domstolens dom den 11 september 2014, Cartes bancaires (CB), C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 78 och PMÖD 2017:2)

För att avgöra om ett avtal eller samordnat förfarande har till syfte att begränsa konkurrensen i det avseende som avses i de aktuella bestämmelserna ska ledning sökas främst i innehållet i avtalets bestämmelser och i de objektiva mål som dessa bestämmelser strävar efter att uppnå (se t.ex. EU-domstolens dom den 20 november 2008, Beef Industry, C-209/07, EU:C:2008:643, punkterna 16 och 21).

Även om det kan visas att parterna i ett avtal inte har haft någon subjektiv avsikt att begränsa konkurrensen utan att syftet har varit ett annat, kan avtalet ändå strida mot förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF. Ett avtal kan nämligen anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det har andra fullt legitima syften. Sådana legitima syften kan dock endast beaktas specifikt inom ramen för bestämmelserna om undantag från förbudet i 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 70 och EU-domstolens dom i Beef Industry, C-209/07, EU:C:2008:643, punkten 21). Det ska också tilläggas att även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för att fastställa ett avtals konkurrensbegränsande syfte, så föreligger det i och för sig inte något hinder för att beakta densamma (se EU-domstolens dom den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKlein, i de förenade målen C-501/06 P m.fl., EU:C:2009:610 punkten 58 och EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 54).

Det viktigaste kriteriet för att avgöra huruvida ett avtal eller en samordning mellan företag innebär en konkurrensbegränsning genom syfte är om det kan fastställas att ett sådant avtal eller en sådan samordning i sig själv uppvisar tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 57). Begreppet konkurrensbegränsning genom syfte kan endast tillämpas på vissa typer av avtal eller samordningar mellan företag som är så skadliga för konkurrensen att någon bedömning av avtalets eller samordningens effekter inte behöver göras (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 58).

Vid bedömningen är det väsentligt att en sammanblandning inte sker med den analys som ska göras då eventuella konkurrensbegränsande effekter av ett avtal eller förfarande ska konstateras. Den analys som ska göras för att kunna fastställa om ett avtal eller samordnat förfarande utgör en s.k. syftesöverträdelse får följaktligen inte bli så omfattande och djupgående att den rätteligen ska göras vid en analys av ett eventuellt konkurrensbegränsande resultat. Att det inte kan uteslutas att ett visst avtal eller förfarande kan vara konkurrensbegränsande är således inte tillräckligt för att konstatera en syftesöverträdelse. Den mer omfattande och djupgående prövningen ska istället göras vid bedömningen av avtalets eller förfarandets verkan och alltså inte vid bedömningen av dess syfte (se EU-domstolens dom i målet CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 81, med hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande i målet, punkten 131).

Av de nu redovisade rättsliga utgångspunkterna följer att begreppet att avtalet eller förfarandet ”har till syfte” att begränsa konkurrensen ska tolkas restriktivt och endast tillämpas för vissa typer av samordning mellan företag som är så pass skadliga för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av resultatet inte behöver göras (se EU-domstolens dom den 26 november 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punkten 18 med där gjord hänvisning till tidigare avgöranden). Utrymmet är således snävt för att fastställa att ett avtal eller ett förfarande innebär en konkurrensbegränsning genom syfte (se PMÖD 2017:2).

I ljuset av dessa rättsliga utgångspunkter går Patent- och marknadsöverdomstolen över till att pröva om de omtvistade snäva paritetsvillkoren innebär en konkurrensbegränsning genom syfte.

Frågan om de snäva paritetsvillkoren utgör en konkurrensbegränsning genom syfte

Visita har gjort gällande att villkoren hämmar konkurrensen mellan online-resebyråer och tillkomsten av ny konkurrens eftersom villkoren får till följd att online-resebyråer får svårare att använda pris som konkurrensmedel för att träda in på marknaden. Eftersom de i målet omtvistade snäva paritetsvillkoren hindrar hotellen från att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida än de pris som hotellen har valt att sätta på Bookings hemsida, medför detta dessutom enligt Visita ett inneboende tryck uppåt för priser på hotellövernattningar. Visitas uppfattning är därför att de snäva paritetsvillkoren objektivt sett har till syfte att begränsa konkurrensen såväl på marknaden för online-resebyråtjänster som på marknaden för hotellövernattningar.

Booking å sin sida har anfört att de snäva paritetsvillkoren inte har något konkurrensbegränsande syfte. Booking har gjort gällande att villkorens syfte är att säkerställa dels att den jämförelsetjänst som Booking erbjuder konsumenter ska bli ett trovärdigt och tillförlitligt verktyg för bl.a. prisjämförelse, dels att Booking ska kunna tillämpa den valda betalningsmodellen för Bookings tjänster i förhållande till hotellen och att hotellen inte ska ha möjlighet att åka snålskjuts på Bookings investeringar. Enligt Booking är det en förutsättning för att kunna uppnå dessa mål att hotellen inte erbjuder lägre priser till allmänheten på sin egen hemsida än vad hotellen erbjuder allmänheten via Bookings hemsida samt att de snäva paritetsvillkoren syftar till att säkerställa detta.

Som framgår av den praxis från EU-domstolen som Patent- och marknadsöverdomstolen redogjort för ovan kräver en prövning av om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, utöver en analys av avtalet i sig, att en bedömning görs med utgångspunkt i det juridiska och ekonomiska sammanhang som avtalet tillämpas i.

De omtvistade avtalsvillkoren ska således sättas in, inte bara i sitt avtalsrättsliga sammanhang, utan även i den större juridiska och ekonomiska kontext som avtalen tillämpas i, dock utan att analysen blir så djupgående att den övergår i en bedömning av avtalens effekter på konkurrensen.

Patent- och marknadsöverdomstolen kan först konstatera att digitala plattformar för bokning av hotell skapar vad som inom ekonomisk teori brukar benämnas tvåsidiga marknader. Genom plattformen förs hotellen och potentiella hotellgäster samman på ett enkelt sätt. Plattformar av denna typ ger också fördelar för brukarna genom de nätverkseffekter som skapas av att plattformen lyckas attrahera tillräckligt många aktörer på båda sidor (se t.ex. Katz, M. L., & Shapiro, C. (1985), Network Externalities, Competition, and Compatibility, The American Economic Review, 75(3), sidorna 424–440, samt Jean-Charles Rochet och Jean Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association, vol. 1, n. 4, juni 2003, sidorna 990–1029).

Av utredningen i målet framgår följande. Digitala bokningsplattformar är idag en viktig marknadsföringskanal för hotellen och ett ofta enkelt och tidseffektivt verktyg för konsumenter att hitta och jämföra ett stort antal hotell med varandra. Den betalningsmodell som Booking använder för sina tjänster – vilken också tillämpas av den andra stora aktören på marknaden – är den att hotellen betalar för bokningsplattformens tjänster enbart då ett hotellrum hyrs ut via plattformen medan konsumenten inte betalar något för att använda själva söktjänsten. Betalning utgår i form av en provision som hotellet betalar till online-resebyrån på det via plattformen uthyrda rummet. En digital bokningsplattform som tillämpar den nu beskrivna betalningsmodellen gör det lättare inte minst för små och medelstora hotell att nå ut till potentiella hotellgäster över i princip hela världen och på så sätt konkurrera även med större hotell på ett sätt som annars inte vore möjligt. Online-resebyråernas sökverktyg medför att konsumenterna snabbt och enkelt kan jämföra många olika hotellerbjudanden. Den transparens som sökverktyget möjliggör innebär typiskt sett att konkurrensen mellan hotellen främjas.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening står det således klart att digitala bokningsplattformar och de nätverkseffekter som de skapar ger såväl konsumenter som hotell fördelar. Denna slutsats får också tydligt stöd av de uppgifter som de representanter från hotellbranschen som hörts på Visitas begäran lämnat.

Av utredningen i målet framgår att det på marknaden för online-resebyråtjänster råder i det närmaste en oligopolsituation och att Booking är en av de största aktörerna på marknaden. Visita har gjort gällande att Bookings marknadsandel uppgår till närmare 60 %. Booking har å sin sida vitsordat att dess marknadsandel uppgår till i vart fall 30 %.

När det gäller att bestämma Bookings marknadsandel på marknaden för online-resebyråtjänster och vilka aktörer som i övrigt finns på denna marknad är parterna i och för sig ense om att metasöksidor med bokningsfunktion bör ingå i den relevanta marknaden. Som framgår ovan delar Patent- och marknadsöverdomstolen parternas bedömning. Någon mer konkret utredning om vilka dessa aktörer är och hur stora de idag är på marknaden har dock inte presenterats i målet. Även om det alltså råder viss osäkerhet i denna fråga, har det inte framkommit något i målet som ger anledning att anta att styrkeförhållandena på marknaden har förändrats i någon betydande omfattning under senare tid. I likhet med Patent- och marknadsdomstolen finner Patent- och marknadsöverdomstolen att den utredning som Visita har åberopat ger ett klart stöd för att Bookings marknadsandel är hög och att den i vart fall uppgår till cirka hälften av marknaden. Av utredningen framgår vidare att Expedia, som är omkring hälften så stor som Booking, är marknadens näst största aktör och att marknaden i övrigt är fragmenterad.

När det gäller marknaden för hotellövernattningar finns det ett mycket stort antal aktörer och konkurrensen mellan aktörerna kan sägas vara hög. Av utredningen framgår att de två största hotellkedjorna i Sverige, Scandic och Nordic Choice, tillsammans har en marknadsandel på omkring 25 %. Som redogjorts för ovan är Scandic och Nordic Choice enligt Visita inte bundna av de snäva paritetsvillkoren

(med undantag för tilläggstjänsten ”Preferred”), medan Booking menar att hotellkedjorna ensidigt väljer att inte tillämpa villkoren.

Frågan är om den begränsning av hotellens affärsmässiga frihet som de omtvistade villkoren utgör typiskt sett skadar konkurrensen. Hotellen är som framgått förhindrade att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida än på Bookings hemsida, men fria att sätta vilket pris de vill på sina hotellrum på Bookings hemsida. Det antal rum som hotellen genom avtalet åtar sig att marknadsföra via Bookings hemsida är dessutom begränsat till ett minimum. Hotellen har således en relativt stor frihet vad gäller prissättning och antal rum som tillgängliggörs via Bookings hemsida. I någon mån kan Bookings förhållande till hotellen sägas utgöras av en sorts mellanmansavtal. Frågan är därför om den relativa begränsningen i prissättningen mellan Bookings hemsida och hotellens egna hemsidor under dessa förhållanden skadar konkurrensen på någon av de relevanta marknaderna.

Det kan alltså redan här konstateras att det inte är fråga om sådan vertikal prisstyrning som i praxis ansetts ha till syfte att begränsa konkurrensen, såsom exempelvis överenskommelser som påbjuder fasta eller lägsta återförsäljarpris. Svårigheterna att bedöma de nu omtvistade avtalsvillkoren kan i stor utsträckning hänföras till det faktum att det ofta krävs komplexa analyser för att kunna ta ställning till och bedöma om en viss enskild faktor medför en konkurrensbegränsning på den typ av tvåsidig marknad med stora nätverkseffekter som det här är fråga om. De prissättningsmekanismer som råder på denna typ av marknad bidrar också till komplexiteten och kräver särskild och fördjupad analys.

Dessa omständigheter talar starkt för att det inte är möjligt att på denna typ av komplexa tvåsidiga marknad bedöma om de snäva paritetsvillkoren har en skadlig inverkan på konkurrensen utan en fördjupad analys av de konkreta förhållandena på de relevanta marknaderna, och då särskilt hur marknaden för online-resebyråtjänster och marknaden för hotellövernattningar interagerar i fråga om prissättningen.

De paritetsvillkor som online-resebyråer tillämpar har dessutom, efter gemensam samordning på EU-nivå, utretts och bedömts av ett flertal europeiska konkurrensmyndigheter. Särskilt att notera är att Konkurrensverket efter genomförd utredning av den svenska marknaden kom till den slutsatsen att Bookings åtagande att avstå från att tillämpa s.k. vida paritetsvillkor var tillräckligt för att undanröja de konkurrensproblem som enligt Konkurrensverkets utredning orsakas av paritetsvillkoren i Bookings avtal med svenska hotell (se Konkurrensverkets beslut 2015-04-15, Dnr 596/2013, punkten 50). Det kan också konstateras att det sätt på vilket frågan bedömts och hanterats av myndigheter och domstolar varierar mellan EU:s medlemsstater (för en kort redogörelse av detta se Leslie, W., Online booking platforms, MFNs and the Vertical Block Exemption: the need for certainty, (2018) 39 European Competition Law Review, Issue 7).

Även i den juridiska och ekonomiska litteraturen är frågan om paritetsvillkorens skadliga inverkan på konkurrensen och dess förenlighet med konkurrensrätten föremål för diskussion och olika uppfattningar (se t.ex. Colangelo, M., Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking, (2017) 8(1) Journal of European Competition Law & Practice, sidorna 3–14). Någon tydlig och enhetlig ledning från tidigare erfarenhet och ekonomisk teori finns således inte att hämta till stöd för att de nu omtvistade avtalsvillkoren redan till sin art är så skadliga att de utgör en syftesöverträdelse.

Detta leder Patent- och marknadsöverdomstolen till slutsatsen att det i och för sig inte kan uteslutas att de snäva paritetsvillkoren hämmar konkurrensen på de relevanta marknaderna. Sammantaget går det dock inte med utgångspunkt i den ekonomiska och juridiska kontext som villkoren tillämpas i att dra några säkra slutsatser om dess skadlighet på konkurrensen. Enligt domstolens bedömning finns det därför – med den restriktiva tillämpning som ska ske – inte tillräckligt stöd för att de snäva paritetsvillkoren redan till sin art kan anses vara så skadliga för konkurrensen på någon av de i målet relevanta marknaderna att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras.

Patent- och marknadsöverdomstolen går därför över till att pröva om Visita har visat att de snäva paritetsvillkoren har ett konkurrensbegränsande resultat.

Konkurrensbegränsning genom resultat

Utgångspunkter för prövningen

Som Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterat vid prövningen av om villkoren utgör en begränsning genom syfte kan det alltså i och för sig inte uteslutas att villkoren skulle kunna ha en konkurrensbegränsande effekt. Ett sådant antagande är dock som redan framkommit inte i sig tillräckligt för att Visita ska anses ha uppfyllt sin bevisbörda. För att de omtvistade avtalsvillkoren ska träffas av förbudet krävs att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits (se EU-domstolens dom i CB, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkten 52). Utredningen måste således ge stöd för att avtalet kan medföra en märkbar negativ inverkan på konkurrensparametrar som exempelvis priser samt varors och tjänsters kvantitet och kvalitet (se EU-domstolens dom den 11 september 2014, MasterCard, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkten 93). Förbudet är dock inte avsett att enbart skydda konkurrenters eller konsumenters direkta intressen, utan förbudet ska skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan (se EU-domstolens dom den 19 mars 2015, Dole Food Company, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkten 125).

Förbudets tillämpningsområde får inte utsträckas på ett sådant sätt att det på ett teoretiskt och otydligt sätt utvidgas till att omfatta alla avtal som begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna (se EU-domstolens dom den 19 februari 2002, Wouters, C-309/99, EU:C:2002:98, punkten 97 och Förstainstansrättens dom den 18 september 2001, Métropole télévision (M6), T-112/99, EU:T:2001:215, punkten 77).

Vid prövningen av ett avtals konkurrensbegränsande effekter och resultat krävs därför att hänsyn tas till det konkreta sammanhang i vilket avtalet ingår, det vill säga bland

annat det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de aktuella tjänsternas beskaffenhet samt strukturen och de faktiska villkoren på den marknad eller de marknader som är i fråga. Att avtalet vid prövningen sätts i den kontext som det ska tillämpas i innebär dock inte att domstolen redan i detta skede av prövningen ska göra en avvägning mellan avtalets konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande effekter (se EU-domstolens dom i MasterCard, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkterna 180–181 och Förstainstansrättens dom i Métropole télévision (M6), T-112/99, EU:T:2001:215, punkten 77).

Vid prövningen av huruvida ett avtal ska anses förbjudet på grund av sin inverkan på konkurrensen, ska företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om det omtvistade avtalet inte fanns, det s.k. kontrafaktiska scenariot. Det scenario som ska tas i beaktande när man föreställer sig en situation utan det aktuella avtalet måste vara realistiskt. Det är således tillåtet att, i förekommande fall, beakta den händelseutveckling som troligen skulle ha ägt rum på marknaden om avtalet eller samordningen inte hade funnits. (Se EU-domstolens dom i MasterCard, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punkterna 161 och 165–166.)

Att ett avtal eller en samordning företag emellan har en konkurrensbegränsande effekt kan slås fast genom utredning som visar faktiska effekter som redan har inträffat på marknaden eller potentiella effekter, dvs. effekter som sannolikt kommer att inträffa i framtiden (se EU-domstolens dom den 28 maj 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, punkten 77 och Whish & Bailey, Competition Law, 9:e uppl., 2018, s. 133). Det följer av EU-domstolens fasta praxis att den bedömning som ska göras enligt artikel 101.1 FEUF inte ska begränsas till endast de faktiska resultaten som redan visat sig på marknaden, utan den ska även ta hänsyn till ett avtals eller en samverkans potentiella inverkan på konkurrensen (se EU-domstolens dom i Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punkten 30).

Det är Visita som ska visa att de snäva paritetsvillkoren faktiskt eller potentiellt begränsar konkurrensen på de relevanta marknaderna. Som Patent- och marknadsöverdomstolen redan konstaterat saknas en allmänt accepterad ekonomisk teori som ger

stöd för att det i regel finns anledning att dra slutsatsen att den typ av avtalsvillkor som är föremål för prövning i detta mål till sin art kan anses skadliga för konkurrensen. Under sådana förhållanden är det inte tillräckligt att Visita presenterar en eller flera ekonomiska teorier som stöder Visitas sak för att Visita ska anses ha uppfyllt beviskravet. För att få framgång med sin talan ankommer det på Visita att visa att de antaganden som förs fram till stöd för talan följer av de faktiska omständigheterna i målet. Att det finns möjlighet att föra bevisning om förekomsten av faktiska effekter på marknaden, exempelvis för att det omtvistade avtalet eller förfarandet redan tillämpats på marknaden under så lång tid när saken prövas att det är rimligt att anta att eventuella konkurrensbegränsande effekter uppstått, talar också enligt principen om bästa tillgängliga bevisning starkt för att sådan utredning bör läggas fram av käranden för att beviskravet ska anses vara uppfyllt. Det är dock inte uteslutet att käranden kan föra fram annan tillräckligt robust bevisning om villkorens faktiska eller potentiella effekter som skulle kunna uppfylla beviskravet.

Med dessa utgångspunkter går Patent- och marknadsöverdomstolen över till att pröva om den utredning som Visita åberopat i målet visar att de omtvistade snäva paritetsvillkoren innebär en konkurrensbegränsning genom resultat på marknaden för online-resebyråtjänster respektive marknaden för hotellövernattningar.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för online-resebyråtjänster

Visitas talan vilar på den grunden att de snäva paritetsvillkoren hämmar förutsättningarna till priskonkurrens mellan de online-resebyråer som är verksamma på marknaden. Visita har gjort gällande att de snäva paritetsvillkoren motverkar drivkraften hos online-resebyråerna att konkurrera med varandra genom att sänka sina provisionsnivåer. Om en online-resebyrå skulle försöka konkurrera med pris, dvs. genom att i utbyte mot lägre provision förmå hotellen att sätta lägre priser till slutkund i online-resebyråns kanal i syfte att attrahera kunden att också genomföra bokningen i den kanalen, skulle hotellen enligt Visita ha ett starkt incitament att sänka priset på sina egna hemsidor i motsvarande mån. Detta eftersom hotellen helst vill att bokningar sker via deras egna hemsidor som inte belastas av någon provisionskostnad. Om hotellen

enligt Visitas antagande också skulle sänka priset för hotellrum på den egna hemsidan skulle hotellen till följd av de snäva paritetsvillkoren vara tvungna att sänka priset för motsvarande hotellrum även hos Booking, trots att Booking inte har behövt sänka sin egen provisionsnivå. Enligt Visita medför detta att hotellen inte har något incitament att prisdifferentiera mellan online-resebyråerna, vilket i sig medför att online-resebyråerna saknar incitament att konkurrera med provisionsnivåerna.

Visita stöder sig på Copenhagen Economics beräkningar enligt vilka det inte är lönsamt för hotell som är bundna av snäva paritetsvillkor att prisdifferentiera mellan online-resebyråerna (se Copenhagen Economics Utlåtande 2: Vertikal prisparitet och effekterna på konkurrensen, sidan 21, Figur 5, Hotellens genomsnittliga provisions-/distributionskostnader samt andel bokningar i onlinebokningskanalerna, 2015). Enligt Visita ger denna beräkning stöd åt antagandet att hotellen som utgångspunkt inte skulle välja att sätta ett lägre pris på en online-resebyrås hemsida än på sin egen hemsida och att detta på grund av paritetsvillkoren leder till att hotellen sätter samma pris hos alla online-resebyråer.

Copenhagen Economics har stött sina beräkningar på Visitas hotellenkät, vilken endast täcker in 16 % av alla hotell i Sverige. Av de 318 hotell som medverkade i enkäten tillhör vidare 235, dvs. 74 %, någon av de större hotellkedjor som finns i Sverige. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen ger enkätsvaren därför varken ett tillräckligt eller tillförlitligt underlag för slutsatser kring hur hotellen skulle sätta sina priser och i övrigt agera på marknaden paritetsvillkoren förutan.

Även om de företrädare för hotellen som hörts på Visitas begäran har gett tydligt uttryck för att hotellen önskar sätta ett lägre pris på den egna hemsidan än på Bookings hemsida kan bevekelsegrunderna för hotellens prissättning enligt Patent- och marknadsöverdomstolen dock ha flera förklaringar än de snäva paritetsvillkoren.

Dessutom framgår det av den av Booking åberopade hotellenkäten från 2016 att hotell i viss om än begränsad utsträckning faktiskt prisdifferentierar mellan online-resebyråer. Det faktum att hotell inte i större utsträckning sätter olika priser på

hotellrum hos de olika online-resebyråerna kan enligt Patent- och marknadsöverdomstolen ha flera förklaringar. Genom vittnesförhören med hotellföreträdare har framkommit att hotellen som utgångspunkt gärna vill ha samma pris hos olika online-resebyråer. Att det finns en sådan strävan hos hotellen kan ha sin förklaring i de förhållanden och mekanismer som styr prissättningen på den digitala plattformsmarknaden som online-resebyråmarknaden är. Den höga pristransparensen på marknaden kan också antas vara en sådan faktor som bidrar till att hotellen i dagsläget inte prisdifferentierar mellan de stora online-resebyråerna i större utsträckning.

Enligt RBB Economics genomförda analys prisdifferentierar hotell som inte är bundna av paritetsvillkor dessutom inte mellan online-resebyråer i större utsträckning än hotell som är bundna av sådana villkor. Detta förhållande synes även gälla hotell verksamma i Tyskland och Frankrike där snäva paritetsvillkor huvudsakligen är förbjudna genom lagstiftning och domstolsbeslut. Med hänsyn till att konkurrensen på hotellmarknaden är relativt hög och att priserna på denna marknad justeras frekvent torde effekterna på hotellpriserna av att de snäva paritetsvillkoren inte längre är tillåtna på de tyska och franska marknaderna ha fått genomslag relativt kort tid efter besluten. Ett sådant genomslag borde även ha visat sig på marknaderna i dessa länder när det gäller provisionsnivåer och möjligheter för nya online-resebyråer att träda in på marknaden. Någon utredning om detta har dock inte presenterats av Visita.

Vidare har vid vittnesförhöret med N.H. framkommit att det hotell där han är marknads- och försäljningschef, Memory Hotel, i stor utsträckning är styrd i sin prissättning av det digitala prissättningsverktyg, Channel Manager, som används inom branschen och där priset sätts enhetligt i samtliga de kanaler som verktyget hanterar. Enligt vad som kommit fram i målet togs verktyget fram under den period då även de vida paritetsvillkoren tillämpades. Några uppgifter om hur utbredd användningen av detta IT-verktyg för prissättning är inom hotellbranschen har inte lagts fram i målet, men uppgiften att ett sådant verktyg finns och används är en faktor som domstolen inte heller kan bortse från vid bedömningen av orsakerna till att prisdifferentieringen på hotellrum mellan olika online-resebyråer inte är större än den är.

Visitas talan bygger på antagandet att de snäva paritetsvillkoren undergräver de reella möjligheterna för online-resebyråer att konkurrera sinsemellan genom priset på den tjänst som de erbjuder hotellen. Detta antagande vinner enligt Visita stöd dels i de provisionsnivåer som tillämpas på marknaden, vilka enligt Visitas uppfattning är höga, dels i de hinder som råder för nya aktörer som vill träda in på marknaden.

Av utredningen i målet har framkommit att standardprovisionsnivåerna på marknaden för online-resebyråtjänster ligger på cirka 15–18 %. Det är vidare utrett att Bookings standardprovision ligger på 15 %. Som Patent- och marknadsöverdomstolen uppfattat Visita är denna nivå att bedöma som hög eftersom traditionella resebyråer erbjuder sina tjänster till en lägre provisionsnivå som ligger på cirka 10 %.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening kan enbart det förhållandet att provisionsnivåerna hos traditionella resebyråer är lägre än hos online-resebyråer inte tas till intäkt för att de provisionsnivåer som online-resebyråer tillämpar är höga eller t.o.m. för höga till följd av bristande konkurrens. Någon utredning om exempelvis de kostnader som online-resebyråerna och de traditionella resebyråerna har för att kunna erbjuda sina tjänster har inte presenterats i målet. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen möjliggör således inte utredningen att jämföra de ekonomiska förhållandena för dessa aktörer. Det är därmed inte heller möjligt att slå fast att provisionsnivåerna hos online-resebyråerna är för höga.

När det gäller frågan om inträdeshinder på den aktuella marknaden har Patent- och marknadsöverdomstolen redan tidigare konstaterat att det råder närmast vad som kan betecknas som en oligopolsituation på marknaden för online-resebyråtjänster. Detta förhållande ger stöd för att det är förenat med betydande ansträngningar för en ny aktör att träda in på marknaden.

Utredningen ger dock inte stöd för att detta förhållande har skapats eller vidmakthålls av de snäva paritetsvillkoren. Mycket talar för att förhållandena på marknaden till stora delar är resultatet av de aktuella tjänsternas uppbyggnad utifrån digitala plattformar.

För att kunna skapa de nätverkseffekter som bl.a. bidrar till attraktiviteten i de tjänster som online-resebyråerna kan erbjuda, krävs att tjänsten lyckas attrahera en viss kritisk massa av hotell som ansluter sig till tjänsten och att tjänsten når ett så stort antal potentiella kunder som möjligt som önskar boka hotellövernattningar. Detta medför i sig att de aktörer som var först att etablera sig på marknaden och som lyckats knyta ett stort antal hotell till sin bokningsplattform har ett avsevärt försteg i förhållande till nya aktör som vill träda in på marknaden. Inte heller marknadens struktur i sig ger enligt Patent- och marknadsöverdomstolen därför tillräckligt stöd för att inträdessvårigheterna skulle skapas av de snäva paritetsvillkoren.

Utöver de antaganden som Copenhagen Economics gjort i sina beräkningar har inte Visita lagt fram någon utredning som på ett mer konkret sätt – med utgångspunkt i de faktiska förhållandena på marknaden – ger stöd för att de snäva paritetsvillkoren faktiskt eller potentiellt begränsar konkurrensen. Patent- och marknadsöverdomstolen kan härvid konstatera att det gått ett antal år sedan Konkurrensverket beslutade att godta Bookings åtagande och att det har funnits goda möjligheter att faktiskt analysera hur prissättningen fungerar och hur förutsättningarna för nyetablering ser ut på den svenska marknaden för online-resebyråtjänster exempelvis i jämförelse med hur förhållandena ser ut och hur utvecklingen har varit på de franska och tyska marknaderna där de omtvistade villkoren i princip förbjudits. Någon sådan utredning har dock inte Visita presenterat i målet.

Sammantaget finner Patent- och marknadsöverdomstolen därför att den utredning som Visita presenterat i målet inte är tillräckligt robust för att domstolen av den ska kunna dra slutsatsen att de snäva paritetsvillkoren, faktiskt eller potentiellt, begränsar konkurrensen på marknaden för online-resebyråtjänster.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för hotellövernattningar

Visitas talan vilar i denna del på den grunden att de snäva paritetsvillkoren indirekt begränsar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar. Eftersom de snäva paritetsvillkoren förbjuder hotellen att sätta lägre priser på den egna hemsidan än de

priser som hotellen sätter på Bookings hemsida kan hotellen enligt Visita inte föra vidare till konsumenter de fördelar som uppkommer av sådana mer kostnadseffektiva bokningar på hotellens egna hemsidor. Enligt Visita skulle alltså hotellens priser för hotellövernattningar bli lägre om pris- och paritetsvillkoren förbjöds.

Visita stöder sig bl.a. på sin hotellenkät. Som Patent- och marknadsöverdomstolen funnit ger dock enkätsvaren med hänsyn till det underlag som de baseras på varken ett tillräckligt eller tillförlitligt underlag för slutsatser kring hur hotellen skulle sätta sina priser och i övrigt agera på marknaden paritetsvillkoren förutan. Det kan också konstateras att utredningen i målet inte heller i övrigt är entydig och som Patent- och marknadsöverdomstolen redogjort för ovan har det framkommit uppgifter i målet som tydligt ger stöd för att hotellen önskar sätta eller de facto sätter samma pris för ett hotellrum i samtliga kanaler av skäl som saknar koppling till de snäva paritetsvillkoren. Att så är fallet stöds även av RBB Economics analys av hur prisdifferentieringen ser ut på marknader där snäva paritetsvillkor har tillåtits respektive förbjudits. Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar också att Visita inte har lagt fram utredning om hur priserna på hotellövernattningar har påverkats av snäva paritetsvillkor med utgångspunkt från erfarenheterna i Tyskland och Frankrike trots att detta måste ha varit möjligt.

Även om man skulle anta att många hotell skulle sätta lägre priser på sina egna hemsidor än på Bookings hemsida i ett kontrafaktiskt scenario utan pris- och paritetsvillkoren kan det antagandet enligt Patent- och marknadsöverdomstolen inte heller ensamt leda till slutsatsen att priskonkurrensen mellan hotellen försämras av de aktuella villkoren. Hotellen är fria att själva bestämma vilket pris de önskar sätta på de hotellrum som marknadsförs på Bookings hemsida. Redan i utgångsläget kan de alltså i viss mån beakta de olika kostnaderna de har i Bookings kanal jämfört med sin egen genom att anpassa det gemensamma priset. I avsaknad av snäva paritetsvillkor skulle hotellen förvisso med större frihet och i större utsträckning kunna beakta de olika kostnaderna för bokning och marknadsföring som följer i de olika kanalerna. Visita har dock inte fört fram någon utredning som ger stöd för att ett förbud mot snäva paritetsvillkor skulle leda till generellt lägre priser för hotellövernattningar. Att hotellen önskar hålla

ett lägre pris på den egna hemsidan än på Bookings hemsida utesluter ju inte en höjning av priset på Bookings hemsida, för det fall hotellen inte var bundna av de aktuella paritetsvillkoren.

Vertikala avtal kan begränsa konkurrensen såväl mellan distributörer av en produkt från en och samma leverantör, den s.k. inom-märkeskonkurrensen, som mellan leverantören av en produkt och leverantörer av konkurrerande produkter, den s.k. mellan-märkeskonkurrensen. Om mellan-märkeskonkurrensen är hög, vilket den torde vara på marknaden för hotellövernattningar till följd av den höga pristransparensen, brukar en generell utgångspunkt erfarenhetsmässigt vara att det är mindre sannolikt att begränsningar i inom-märkeskonkurrensen leder till skadliga effekter på konkurrensen i stort (se Bellamy & Child, European Union Law of Competition, 8:e upplagan, 2018, s. 156).

Mot denna bakgrund är det svårt att dra slutsatsen att just det förhållandet att hotellen är förhindrade att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida i förhållande till det pris som marknadsförs på Bookings hemsida skulle leda till konkurrensbegränsningar hotellen emellan med bl.a. högre priser för hotellövernattningar som följd. Detta inte minst när den begränsning som följer av de snäva paritetsvillkoren bedöms i ljuset av det konkurrenstryck som råder på marknaden för hotellövernattningar, vilken rymmer ett stort antal aktörer av olika storlek. Vissa av hotellkedjorna på marknaden framstår dessutom som starka aktörer även i förhållande till Booking eftersom de redan i nuläget inte tillämpar de omtvistade avtalsvillkoren. Därtill kommer att marknaden för hotellövernattningar även innefattar hotellbokningar som sker via andra kanaler än online-resebyråerna.

Patent- och marknadsöverdomstolens slutsats är därför även i denna del att den utredning som Visita har åberopat i målet inte är tillräckligt robust för att visa att de snäva paritetsvillkoren, faktiskt eller potentiellt begränsar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar.

Sammanfattning

Patent- och marknadsöverdomstolen har funnit att Visita inte har visat att de snäva paritetsvillkoren har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen varken på marknaden för online-resebyråtjänster eller på marknaden för hotellövernattningar. De omtvistade villkoren utgör därmed inte en förbjuden konkurrensbegränsning enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 FEUF.

Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning innebär att Visitas talan inte kan vinna bifall. Patent- och marknadsdomstolens dom ska därför ändras.

Rättegångskostnader

I mål som avses i 3 kap. 2 § konkurrenslagen tillämpas 18 kap. rättegångsbalken i frågan om rättegångskostnader (8 kap. 15 § andra stycket konkurrenslagen). Vid nu angiven utgång är Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB således berättigade till ersättning för sina rättegångskostnader, såväl i Patent- och marknadsdomstolen som i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Booking.com B.V., vilket bolag enligt den ingivna kostnadsräkningen i Patent- och marknadsdomstolen belastats med samtliga svarandesidans rättegångskostnader där, yrkade i Patent- och marknadsdomstolen ersättning med 5 200 000 kr för ombudsarvode, 1 084 EUR för parts eget arbete och 156 478 GBP för utlägg.

Visita överlämnade i Patent- och marknadsdomstolen till rätten att bedöma skäligheten av yrkade belopp och anmärkte särskilt att Bookings ombudsarvode var väsentligt högre än Visitas. I övrigt hade Visita inte några konkreta invändningar mot de yrkade beloppen.

I Patent- och marknadsöverdomstolen har Booking.com B.V. och Bookingdotcom Sverige AB, yrkat ersättning med sammanlagt 2 396 400 kr, varav 2 325 000 kr avser ombudsarvode och 71 400 kr avser utlägg. Eftersom Booking här inte har angett något

annat får kostnadsanspråket i Patent- och marknadsöverdomstolen anses fördela sig lika mellan de två bolagen.

Visita har vitsordat kostnaderna för utlägg, men överlämnat åt Patent- och marknadsöverdomstolen att bedöma skäligheten av kostnaden för ombudsarvode.

Med hänsyn till målets karaktär och komplexitet samt till den betydelse som utgången i tvisten har för parterna bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att de kostnader som Booking begärde ersättning för i Patent- och marknadsdomstolen och kostnaderna för ombudsarvode i Patent- och marknadsöverdomstolen har varit skäligen motiverade för tillvaratagande av Bookings rätt. Om kostnaden för utlägg i Patent- och marknadsöverdomstolen råder inte tvist. Booking ska således tillerkännas begärd ersättning för sina kostnader både i Patent- och marknadsdomstolen och i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Överklagande

Det saknas skäl att göra undantag från huvudregeln att Patent- och marknadsöverdomstolens domar inte får överklagas (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar). Denna dom får därför inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Christine Lager, hovrättsrådet Kerstin Norman, referent, och tf. hovrättsassessorn Carl Johan Sundqvist (skiljaktig) samt de ekonomiska experterna Jonas Häckner och Frans Prenkert.

Skiljaktig mening, se nästa sida.

Skiljaktig mening

Tf. hovrättsassessorn Carl Johan Sundqvist är skiljaktig i fråga om de snäva paritetsvillkoren indirekt begränsar konkurrensen på marknaden för hotellövernattningar och anför följande.

Frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för hotellövernattningar
Mot bakgrund av att hotellen har en lägre genomsnittskostnad för bokningar i sin egen kanal än den provision som Booking tar vid bokningar på sin hemsida anser jag att det är sannolikt att hotellen, om de aktuella avtalsvillkoren inte fanns, skulle ha incitament att sätta ett lägre pris på sin egen hemsida än på Bookings hemsida. Denna slutsats vinner stöd i RBB Economics rapport ”Vertical price parity and the impact on competition”, de uppgifter som hotellföreträdarna har lämnat i förhör samt i viss mån resultatet i Visitas hotellenkät.

Av RBB Economics rapport framgår även att en stor del av konsumenterna, om hotellen sänkte priset på sin hemsida, skulle välja att göra bokningar på hotellens hemsida i stället för på Bookings hemsida. Detta är även sannolikt mot bakgrund av den pristransparens som finns på marknaden. Enligt RBB Economics kan dock dessa effekter inte separeras från den snålskjutsproblematik som Booking gör gällande.

När det gäller frågan om hotellen skulle åstadkomma denna prisskillnad mellan kanalerna genom att i huvudsak höja priset hos Booking anser jag att Booking skulle vara en viktig försäljningskanal för hotellen även i frånvaro av de aktuella avtalsvillkoren, bl.a. mot bakgrund av de fördelar tjänsten innebär, de nätverkseffekter som finns på marknaden samt den omständigheten att nästan alla hotell är anslutna till Booking och Expedia. Även om avtalsvillkoren inte fanns skulle således hotellen riskera att förlora försäljning till andra hotell i samma och andra kanaler om de enbart höjde priserna i en kanal, t.ex. hos Booking, vilket begränsar deras förmåga att höja priset i samma kanal.

Vidare gör jag bedömningen att utredningen, i synnerhet Copenhagen Economics Utlåtande 1: Konkurrens om hotellkunder online och RBB Economics ovan nämnda

rapport, ger stöd för att hotellen genom att sätta lägre priser på sina egna hemsidor i förhållande till Booking kan få Booking att sänka sina provisioner. Dessa lägre provisioner skulle innebära lägre marginalkostnader för hotellen och således beaktas av hotellen i form av lägre priser för hotellövernattningar.

Sammanfattningsvis delar jag mot denna bakgrund Patent- och marknadsdomstolens slutsats att de snäva paritetsvillkoren innebär ett i vart fall potentiellt konkurrensbegränsande resultat på marknaden för hotellövernattningar genom att de hindrar hotellen från att sätta lägre priser på sina hemsidor än på Bookings hemsida och att de fördelar detta innebär inte förs över till konsumenten. Jag anser även av de skäl som Patent- och marknadsdomstolen anfört, samt den omständigheten att Expedia tillämpar liknande villkor i förhållande till en stor del av hotellen på marknaden, att konkurrensbegränsningen är märkbar.

Övriga frågor

Med ovanstående utgångspunkter delar jag Patent- och marknadsdomstolens bedömningar i fråga om de snäva paritetsvillkoren utgör en accessorisk begränsning, att en sammanvägning av de eventuella fördelar och nackdelar som villkoren medför – i synnerhet snålskjutsproblematiken – endast kan göras först inom ramen för undantagsprövningen enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF, samt att förutsättningar för undantag saknas, särskilt eftersom Booking inte har visat att den aktuella begränsningen är nödvändig för att åstadkomma de eventuella effektivitetsvinsterna. Förutsättningar för att meddela ett åläggande är därmed uppfyllda.

När det gäller åläggandets utformning ska åläggandet svara mot den överträdelse som har konstaterats i det enskilda fallet. Ett åläggande kan bl.a. omfatta att upphöra med överträdelsen och att vidta viss rättelse. Möjligheterna att besluta om ett åläggande som omfattar även väsentligen samma förfaranden som det förbjudna är begränsade. (Se prop. 1992/93:56, s. 90 f. och Carlsson m.fl., Konkurrenslagen, 2:a upplagan, publicerad i Zeteo, 2018-05-29, kommentaren till 3 kap. 1 §.)

Av dessa skäl anser jag att åläggandet endast bör omfatta de åtgärder som anges i punkterna 2. a) och 2. c) i Patent- och marknadsdomstolens domslut. Yrkat vitesbelopp är väl avvägt. Åläggandet bör utformas så att det ska fullgöras senast inom tre månader från denna dom.

Överröstad i frågan om konkurrensen begränsas på marknaden för hotellövernattningar är jag i övrigt ense med majoriteten.