



SVEA HOVRÄTT  
Patent- och  
marknadsöverdomstolen  
Rotel 020112

**BESLUT**  
2020-02-28  
Stockholm

Mål nr  
PMÖÄ 1519-19

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens beslut 2019-01-21 i ärende PMÄ 2741-18,  
se bilaga A

## PARTER

### Klagande

Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB, 556665-4090  
Box 17033  
104 62 Stockholm

Ombud: advokaterna E.E., S.A. och K.R.  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

### Motpart

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

Företrätt av processråden S.R. och J.B., konkurrensrådet S.M. och föredraganden  
A.B.E.

## SAKEN

Åläggande enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen

## BESLUT

1. Med ändring av Patent- och marknadsdomstolens beslut under punkten 1 upphäver  
Patent- och marknadsöverdomstolen Konkurrensverkets beslut den 2 februari 2018 i  
ärende dnr 583/2016.

2. Patent- och marknadsöverdomstolen tillerkänner Svenska Förpacknings- och  
Tidningsinsamlingen AB ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader i  
Patent- och marknadsdomstolen med 4 492 740 kr avseende ombudsarvode.

Dok.Id 1545881

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

3. Patent- och marknadsöverdomstolen tillerkänner Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen med 2 164 483 kr, varav 2 144 189 kr avser ombudsarvode.

4. Det som Patent- och marknadsdomstolen beslutat i fråga om sekretess ska, med de justeringar som framgår nedan, bestå. Patent- och marknadsöverdomstolen förordnar vidare med stöd av 43 kap. 5 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) att sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § samma lag ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifterna i Patent- och marknadsdomstolens aktbilagor 30 (utom punkterna 2.1, 2.4 och 2.8.5), 62, 66, 67, 101, 103, 104, 111, 122 och 165 samt på uppgifterna i Patent- och marknadsöverdomstolens aktbilagor 81 (s. 56), 82 (s. 32, översta bilden), 83 (s. 5, översta bilden), 84 (s. 2–11, 23 och 24), vilka har lagts fram vid sammanträde inom stängda dörrar i Patent- och marknadsöverdomstolen.

---

### **YRKANDEN M.M.**

Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB (FTI) har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska bifalla bolagets talan i Patent- och marknadsdomstolen och upphäva Konkurrensverkets beslut den 2 februari 2018 i ärende dnr 583/2016.

Konkurrensverket har motsatt sig att Patent- och marknadsdomstolens beslut ändras.

FTI har begärt ersättning för sina rättegångskostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen.

### **PARTERNAS TALAN**

Parterna har åberopat samma omständigheter som i Patent- och marknadsdomstolen med följande förtydliganden och tillägg.

#### *Konkurrensverket*

Uppsägningen av avtalet med TMResponsability AB (TMR) utgjorde ett missbruk av FTI:s dominerande ställning vid tidpunkten för uppsägningen. Åläggandet att återta uppsägningen ska därför stå fast. Konkurrensverkets talan innefattar inte ett påstående om att en ny uppsägning i dag hade utgjort ett missbruk.

#### *FTI*

FTI förnekar alltjämt Konkurrensverkets påstående att den relevanta produktmarknaden utgörs av marknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar. Enligt FTI utgörs den relevanta uppströmsmarknaden i första hand av de tjänster som utförs av de aktörer som, i enlighet med förordningen (2018:1462) om producentansvar för förpackningar (PAF 2018), driver ett tillståndspliktigt insamlingssystem genom att uppfylla funktionsåtagandet att samla in förpackningsavfall genom (i) fastighetsnära insamling och (ii) allmänna

insamlingsplatser. I andra hand bör marknaden definieras på det sätt som FTI gjort gällande i Patent- och marknadsdomstolen.

## **UTREDNINGEN**

Patent- och marknadsöverdomstolen har tagit del av samma utredning som Patent- och marknadsdomstolen. Därutöver har FTI i Patent- och marknadsöverdomstolen åberopat och lagt fram ny bevisning i form av fotografier på återvinningsstationer, en skriftlig redogörelse av H.N. samt två utdrag från bolagets webbplats. Konkurrensverket har åberopat ny skriftlig bevisning i form av bl.a. fotografier på återvinningsstationer, arrendeavtal och tjänsteanteckningar samt information från FTI:s webbplats.

## **SKÄLEN FÖR BESLUTET**

### **Utgångspunkter för prövningen i Patent- och marknadsöverdomstolen**

#### *Relevant lagstiftning*

Av 2 kap. 7 § konkurrenslagen (2008:579) följer att ett missbruk från ett företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet och att sådant missbruk t.ex. kan bestå i att direkt eller indirekt påtvinga någon oskäliga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäliga affärsvillkor. Bestämmelserna har sin motsvarighet i artikel 102 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Domstolen är skyldig att tillämpa artikel 102 parallellt med de nationella bestämmelserna, om förfarandet i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstater (det s.k. samhandelskriteriet). Oberoende av om det s.k. samhandelskriteriet är uppfyllt eller inte ska emellertid vid tillämpning av de svenska bestämmelserna ledning hämtas från EU-rätten (se t.ex. prop. 1992/93:56 s. 21).

I förevarande fall kan konstateras att de omständigheter som Konkurrensverket har åberopat till stöd för sin talan samt de konsekvenser som det gjorts gällande att missbruket kan föra med sig innebär att förfarandet som sådant, om det bedöms utgöra

missbruk, skulle kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna. Domstolen ska därför tillämpa artikel 102 EUF-fördraget parallellt med de svenska bestämmelserna.

*Ramen för prövningen i Patent- och marknadsöverdomstolen*

Konkurrensverket har gjort gällande att ramen för Patent- och marknadsöverdomstolens prövning utgörs av Konkurrensverkets beslut om åläggande samt att domstolens bedömning bör grundas på förhållandena vid tidpunkten för verkets beslut. Konkurrensverket har förtydligat att verket endast gör gällande att uppsägningen av avtalet med TMR utgjorde ett missbruk av dominerande ställning vid den tidpunkten och att verkets talan alltså inte innefattar ett påstående om att en uppsägning i dag alltså hade utgjort ett missbruk. Konkurrensverket har vidare framfört att verket under alla förhållanden saknar lagliga möjligheter att ompröva sitt beslut.

Särskilda bestämmelser om omprövning fanns i 1982 års konkurrenslag men togs, utan närmare motivering, bort vid tillkomsten av 1993 års konkurrenslag. Några sådana bestämmelser återinfördes inte heller i den nu gällande konkurrenslagen. En konsekvens av att den särskilda möjligheten till omprövning togs bort måste anses vara att allmänna förvaltningsrättsliga bestämmelser och principer om omprövning gäller (jfr Bernitz, Omprövning av konkurrensrättsliga domstolsförbud och ålägganden, Europarättslig tidskrift 2011, s. 204).

Bestämmelser angående omprövning finns t.ex. i 37 § – 39 § förvaltningslagen (2017:900). Enligt 39 § förvaltningslagen får ett beslut inte ändras av beslutsmyndigheten sedan det överklagats och handlingarna överlämnats till den högre instans som ska pröva överklagandet. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening kan det dock inte finnas något som hindrar att Konkurrensverket i en sådan situation, när förhållandena ändrats så att ett missbruk som påståtts föreligga vid en viss tidpunkt inte längre föreligger, medger ett ändringsyrkande.

I detta fall består den påstådda överträdelsen i att FTI sagt upp ett avtal vid en viss tidpunkt. Det åläggande som meddelats av Konkurrensverket och som nu är föremål

för Patent- och marknadsöverdomstolens prövning innebär att FTI, vid äventyr av vite, ska ta tillbaka uppsägningen. Konkurrensverket har, som framgått, förtydligat att verkets talan innebär att det endast var den uppsägningen, vid de förhållanden som rådde då, och ingen annan som var oförenlig med konkurrensreglerna. Konkurrensverkets talan är alltså begränsad till den påstådda överträdelsen och ska därför prövas utifrån omständigheterna som rådde vid tidpunkten för uppsägningen. För det fall domstolen kommer fram till att uppsägningen vid den aktuella tidpunkten utgjorde ett missbruk har domstolen emellertid att pröva om åläggandet mot bakgrund av eventuellt ändrade förhållanden bör stå fast samt om det i sådant fall bör förenas med vite. (Jfr Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 27 december 2018 i mål nr 7004-17.)

*Bevisbörda och beviskrav*

Som framgår av Patent- och marknadsöverdomstolens beslut följer av artikel 2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artikel [101 EUF-fördraget] och [102 EUF-fördraget] bl.a. att bevisbördan ska åvila den part som gör gällande att förbudet i artikel 102 EUF-fördraget har överträtts. Bevisbördan för ett eventuellt objektivet försvar för något som annars utgör missbruk av dominerande ställning åvilar företaget som har en sådan ställning (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-209/10, Post Danmark I, EU:C:2012:172, punkterna 41 och 42, med däri gjorda hänvisningar.)

I övrigt har domstolen att tillämpa nationella bestämmelser om bevisvärdering och beviskrav. Som Patent- och marknadsdomstolen noterat får tillämpningen av de nationella bestämmelserna emellertid inte göra det omöjligt eller orimligt svårt att genomföra unionens konkurrensregler och får inte undergräva en effektiv tillämpning av artikel 102 EUF-fördraget (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-74/14, Eturas UAB m.fl., EU:C:2016:42, punkten 35).

I mål av förevarande slag har Konkurrensverket enligt fast praxis att styrka de omständigheter som påstås utgöra missbruk av dominerande ställning medan FTI har att

styrka förekomsten av objektivt godtagbara skäl för sitt ifrågasatta agerande. Patent- och marknadsöverdomstolen återkommer till hur den åberopade bevisningen bör värderas i samband med bedömningen av respektive fråga.

*Den fortsatta dispositionen av beslutet*

Som Patent- och marknadsdomstolen konstaterat är det nödvändigt att, som ett första led i prövningen av om det föreligger ett missbruk av en dominerande ställning, bestämma en konkurrensrättsligt relevant marknad. Därefter avser Patent- och marknadsöverdomstolen att övergå till att pröva om FTI kan anses ha haft en dominerande ställning på denna marknad. Om Patent- och marknadsöverdomstolen skulle finna att FTI haft en dominerande ställning på den relevanta marknaden, har domstolen att bedöma påståendet om missbruk av dominerande ställning vid tidpunkten för uppsägningen av avtalet med konkurrenten TMR. Därefter har domstolen, om missbruk bedömts föreligga, att pröva om åläggandet mot bakgrund av eventuellt ändrade förhållanden bör stå fast samt om det i sådant fall bör förenas med vite.

**Relevant marknad**

*Utgångspunkter för prövningen*

Patent- och marknadsdomstolen har i sitt beslut utförligt redogjort för syftet med att definiera en marknad vid konkurrensrättsliga bedömningar och redovisat utgångspunkterna för hur en sådan prövning bör göras. Patent- och marknadsöverdomstolen ansluter sig till dessa utgångspunkter. Den relevanta produktmarknaden utgörs alltså, som Patent- och marknadsdomstolen anfört, av de produkter som på grund av sina egenskaper m.m. är utbytbara med varandra (se även t.ex. EU-domstolens dom i mål C-6/72, Continental Can, EU:C:1973:22, punkten 32 f. och NJA 2008 s. 120).

Frågan i detta mål är om FTI, som tillhandahåller producentansvarstjänster för förpackningar, missbrukat sin dominerande ställning genom att säga upp ett avtal om tillgång till återvinningssystemet för vissa förpackningar (ÅVS-systemet) med

konkurrenten TMR. Det är därför, som också Patent- och marknadsdomstolen noterat, relevant att ta utgångspunkt i de tjänster som FTI och TMR erbjuder på producentansvarsområdet.

Producentansvaret för förpackningar regleras i ett antal förordningar. En närmare redogörelse för regelverket återfinns i Patent- och marknadsdomstolens beslut. Eftersom ramen för domstolens prövning utgörs av förhållandena vid tidpunkten för FTI:s uppsägning av avtalet med TMR, är det då gällande regelverk som är av betydelse för bedömningen av vad som följer av producentansvaret och, i nästa led, vad en producentansvarstjänst sålunda behövde omfatta.

Som framgått av Patent- och marknadsdomstolens beslut följer av 25 § förordningen (2006:1273) om producentansvar för förpackningar (PAF 2006) att en producent ska se till att det finns ett lämpligt insamlingssystem för förpackningar som är hänförliga till producenten. Ett insamlingssystem ska anses som lämpligt om det är lättillgängligt, underlättar för den som innehar förpackningsavfall att lämna ifrån sig detta och i övrigt ger god service åt dem som ska lämna förpackningsavfall till systemet.

Av förordningen (2018:1462) om producentförpackningar (PAF 2018) framgår att den som vill driva ett insamlingssystem från och med den 1 januari 2021 behöver ett särskilt tillstånd för att göra detta. Förordningen innehåller också mer detaljerade regler om utformningen av systemet. Vid bedömningen av relevant marknad i detta mål saknar det emellertid betydelse vad PAF 2018 föreskriver, eftersom denna förordning inte gällde vid tidpunkten för det påstådda missbruket.

#### *Domstolens bedömning*

#### Relevant produktmarknad

Konkurrensverket har avgränsat dels en uppströmsmarknad benämnd marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar, dels en nedströmsmarknad



benämnd marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar. Uppströmsmarknaden omfattar, enligt Konkurrensverket, bl.a. ÅVS-systemet och nedströmsmarknaden omfattar de producentansvarstjänster som FTI och TMR tillhandahåller.

FTI har i Patent- och marknadsöverdomstolen vidhållit att det rätteligen är fråga om en enda relevant produktmarknad. I första hand utgörs denna, enligt FTI, av de tjänster som utförs av de aktörer som, i enlighet med PAF 2018, driver ett tillståndspliktigt insamlingssystem genom att uppfylla funktionsåtagandet att samla in förpackningsavfall genom dels fastighetsnära insamling, dels allmänna insamlingsplatser. I andra hand utgörs, enligt FTI, den relevanta produktmarknaden av alla tjänster som en producent har att tillgå för att uppfylla insamlingsdelen av sitt producentansvar.

För att tillhandahålla sin producentansvarstjänst vid den tidpunkt som är aktuell i målet behövde leverantören av en sådan tjänst, enligt vad som föreskrevs i PAF 2006, tillhandahålla ett lämpligt insamlingssystem för hushållsförpackningar, ombesörja återvinning av dessa och sköta viss administration. I den mån leverantören inte disponerade ett eget lämpligt insamlingssystem behövde den på annat sätt få tillgång till ett sådant. TMR fick genom avtalet med FTI (TMR-avtalet) tillgång till insamlingsbehållarna. Avtalet omfattade också tömning, renhållning och transport till balningsanläggning.

Från leverantörer av producentansvarstjänster fanns alltså, i den mån leverantörerna inte hade tillgång till det själva, efterfrågan på ett *lämpligt insamlingssystem*. Den fråga Patent- och marknadsöverdomstolen först har att ta ställning till är vad som avses med ett lämpligt insamlingssystem. Konkurrensverket har gjort gällande och Patent- och marknadsdomstolen har funnit att det som avses med ett lämpligt insamlingssystem är ett rikstäckande och allmänt tillgängligt system. FTI har invänt att det varken finns något krav på rikstäckning eller på att det ska vara allmänt tillgängligt.

För att bedöma utbytbarheten av de aktuella produkterna eller tjänsterna bör man, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, i ett första steg analysera produktens eller

tjänstens egenskaper och dess avsedda användning. Förekomsten av skillnader i produktens egenskaper i förhållande till en alternativ produkt är dock inte i sig tillräckligt för att utesluta utbytbarhet, eftersom denna även är beroende av hur kunderna värderar olika egenskaper (jfr Kommissionens tillkännagivande, punkten 36).

Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar att den bevisning som åberopats inte i huvudsak tar sikte på hur TMR (kunden) eller producenterna av förpackningar (slutkunderna) ställer sig till vad ett insamlingssystem bör omfatta. Bevisningen utgörs i stället av bl.a. uttalanden från Naturvårdverket och Avfallsrådet, som fungerar som stöd och är rådgivande till Naturvårdsverket. Av utredningen har framgått att Naturvårdsverket tillsammans med Avfallsrådet har tagit fram en vägledning men att verket inte använt sig av möjligheten att utfärda verkställighetsföreskrifter.

Det framgår dock inte uttryckligen, vare sig av vägledningen eller av Avfallsrådets kriterier, att ett lämpligt insamlingssystem bör vara allmänt tillgängligt och rikstäckande. Av kriterierna framgår emellertid att det ska vara lättillgängligt med god service och underlätta avlämning av förpackningar och returpapper, att det ska vara miljömässigt uthålligt, att gällande byggregler och arbetsmiljökrav ska tillgodoses, att det ska vara kostnadseffektivt, att det ska ge förutsättningar för en hög kvalitet hos det insamlade materialet samt att systemet ska vara uppföljningsbart.

Det ligger i sakens natur att förpackningsproducenter, som tillhandahåller sina produkter i hela landet, efterfrågar en tjänst som gäller samma område. Detta bekräftas också, som även Patent- och marknadsdomstolen noterat, av en e-postkorrespondens mellan ICA och TMR i september 2015 enligt vilken ICA efterfrågade en producentansvarstjänst som var rikstäckande. Även B.S., verkställande direktör för branschorganisationen Återvinningsindustrierna, har bekräftat att rikstäckning efterfrågades.

Vid dessa förhållanden får rikstäckning anses ha varit en avgörande egenskap utifrån hur producenterna värderade denna. Därmed kan Patent- och marknadsöverdomstolen

även instämma i vad Patent- och marknadsdomstolen anfört om att det fanns en efterfrågan från nästa led, d.v.s. från TMR, på en infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar som var rikstäckande.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen ligger det också i sakens natur att ett lämpligt insamlingssystem måste avse ett system som är placerat på mark som var och en har tillträde till. Patent- och marknadsöverdomstolen kan därmed ansluta sig till Patent- och marknadsdomstolens slutsatser att ett lämpligt insamlingssystem måste vara rikstäckande och allmänt tillgängligt.

Slutkunderna, d.v.s. producenterna av förpackningar, efterfrågade alltså en tjänst som innebar att de uppfyllde det producentansvar som gällde vid tidpunkten. Alla tjänster som innebar att de uppfyllde sitt producentansvar måste bedömas som utbytbara. FTI:s respektive TMR:s tjänster måste därmed anses ha varit utbytbara vid tillfället.

När det gäller frågan om det fanns en uppströmsmarknad och hur denna ska avgränsas konstaterar domstolen att det från leverantörer av producentansvarstjänster alltså fanns efterfrågan på ett insamlingssystem som var allmänt tillgängligt och rikstäckande, i den mån företaget inte hade tillgång till det självt. Det enda allmänt tillgängliga och rikstäckande insamlingssystem som fanns vid tillfället var det som FTI hade tillgång till, d.v.s. ÅVS-systemet.

FTI har fört fram att alternativa insamlingsmetoder kunde utgöra substitut och därmed vara utbytbara mot tillgången till ÅVS-systemet. Utredningen har i denna del gett stöd för att det lokalt fanns olika lösningar samt för att det beträffande vissa typer av förpackningar tillhålls vissa alternativa insamlingsmetoder. Utredningen ger dock inte stöd för att det vid tidpunkten fanns några sådana metoder eller system, som var rikstäckande och allmänt tillgängliga, att tillgå för ett företag som ville tillhandahålla en producentsansvarstjänst. Alternativa insamlingsmetoder kan därmed inte anses ha utgjort något substitut.

Mot bakgrund av det anförda instämmer Patent- och marknadsöverdomstolen i Patent- och marknadsdomstolens bedömning att två separata marknader kan identifieras, dels en nedströmsmarknad avseende producentansvarstjänster på vilken FTI och TMR var verksamma, dels en uppströmsmarknad, där FTI till TMR tillhandahöll tillgång till ÅVS-stationerna med vissa därtill knutna tjänster avseende transport av det insamlade materialet och städning av återvinningsstationerna.

I likhet med Patent- och marknadsdomstolen anser Patent- och marknadsöverdomstolen att det inte finns anledning att utgå från en marknadsdefinition som separerar materialslagen kartong, plast och metall. Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer därmed i bedömningen att den relevanta nedströmsmarknaden utgjordes av marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar av kartong, plast och metall.

När det gäller uppströmsmarknaden instämmer Patent- och marknadsöverdomstolen, som framgått, i att det för ett företag som ville konkurrera på marknaden för producentansvarstjänster var nödvändigt att ha tillgång till ett rikstäckande och allmänt tillgängligt insamlingsssystem samt i att det enda rikstäckande insamlings-system som fanns utgjordes av ÅVS-systemet med insamlingsbehållare i hela landet.

Marknaden uppströms bör därför definieras på det sätt som Patent- och marknadsdomstolen gjort, nämligen som marknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar.

#### Relevant geografisk marknad

Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer i att den relevanta geografiska marknaden utgjordes av Sverige.

## **Dominans**

### *Rättsliga utgångspunkter*

Patent- och marknadsöverdomstolen ansluter sig till de rättsliga utgångspunkter som antecknats i Patent- och marknadsdomslutens beslut.

### *Domstolens bedömning*

Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar, i likhet med Patent- och marknadsdomstolen, att FTI vid tidpunkten för uppsägningen hade monopol på uppströmsmarknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar och instämmer därmed i att det finns en stark presumtion för att FTI hade en dominerande ställning (se de avgöranden som Patent- och marknadsdomstolen hänvisat till).

Konkurrens är emellertid en dynamisk process och en bedömning av konkurrenstrycket kan inte enbart grundas på den rådande situationen på marknaden. Det kan exempelvis vara relevant att bedöma om det finns några potentiella konkurrenter som kan förväntas träda in på marknaden och hindra det dominerande företaget från att utöva sin marknadsakt. (Jfr Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av [artikel 102 i EUF-fördraget] på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, Kommissionens prioriteringsvägledning, punkten 16.)

FTI har fört fram att det vid tillfället fanns, och alltså finns, såväl svenska som utländska företag som skulle kunna träda in på marknaden och etablera ett eget insamlingssystem. Patent- och marknadsöverdomstolen anser emellertid att den utredning som FTI presenterat inte ger stöd för att ett sådant inträde skulle kunna ske tillräckligt snabbt för att avskräcka eller hindra FTI från att utöva den marknadsakt företaget hade på grund av sin monopolställning. Vidare instämmer Patent- och marknadsöverdomstolen i att det är uppenbart att TMR saknade köpakt vid

tillfället. Vid en sammanvägd bedömning av samtliga relevanta faktorer finner Patent- och marknadsöverdomstolen därför att FTI inte motbevisat presumtionen att bolaget hade en dominerande ställning.

### **Missbruk av dominerande ställning**

#### *Utgångspunkter för prövningen*

Som Patent- och marknadsdomstolen noterat är en viktig utgångspunkt såväl i nationell rätt som i EU-rätten att även företag som har en dominerande ställning ska ha rätt att välja sina handelspartners och fritt disponera över sina tillgångar. (Jfr t.ex. generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i mål C-7/97, Bronner, punkt 56.) Om ett dominerande företag är skyldigt att leverera mot sin vilja kan det leda till att det inte investerar lika mycket i den aktuella verksamheten. Konkurrenter kan också frestas att åka snålskjuts på det dominerande företags investeringar i stället för att investera själva (jfr Kommissionens prioriteringsvägledning, punkt 75).

Patent- och marknadsdomstolen har utförligt redovisat den praxis från EU-domstolen som är av betydelse vid bedömningen av frågan om missbruk av dominerande ställning föreligger i en situation där missbruket påstås bestå i en leveransvägran. En fråga som har lyfts av både parterna och Patent- och marknadsdomstolen är huruvida de kriterier som ställdes upp av EU-domstolen i sin dom den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner, EU:C:1998:569, är tillämpliga inte bara när det är fråga om en ny avtalsrelation, som fallet var där, utan också i en befintlig avtalsrelation. Närmare bestämt är frågan om det, för att det ska vara fråga om missbruk av dominerande ställning i en situation som den förevarande, även krävs att den aktuella produkten eller tjänsten i sig är oundgänglig för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet (jfr Bronner, punkt 41).

I sitt avgörande i Bronner hänvisar EU-domstolen till ett antal tidigare avgöranden som rör förhållanden i en befintlig kundrelation (se Bronner, punkt 38). Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens uppfattning kan EU-domstolens uttalanden i Bronner inte

anses ge uttryck för att olika kriterier skulle ställas upp beroende på om det är fråga om leveranser till en ny eller en befintlig kund.

Det kan tilläggas att även EU-kommissionen har gjort samma tolkning. Av dess prioriteringsvägledning framgår att EU-kommissionen anser att begreppet leveransvägran omfattar vägran att leverera produkter till såväl befintliga som nya kunder (se punkt 78 i vilken det hänvisas till EU-domstolens dom den 6 mars 1974 i förenade målen C-6/73 och C-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents, EU:C:1974:18). Av vägledningen framgår vidare att EU-kommissionen anser att det krävs att tre kriterier är uppfyllda för att en leveransvägran ska anses utgöra ett missbruk, däribland att vägran gäller en produkt eller tjänst som är *objektivt nödvändig* för att kunna konkurrera effektivt i ett senare marknadsled. (Se Kommissionens prioriteringsvägledning, punkt 81).

Kriterierna, däribland kriteriet att insatsvaran ska vara objektivt nödvändig, gäller både vid avbrott i tidigare leveranser och vid vägran att leverera till en ny kund. EU-kommissionen kan dock komma att finna det mer sannolikt att en insatsprodukt är nödvändig i en situation där ett dominerande företag tidigare levererat till ett annat företag och det senare företaget gjort investeringar för att använda de insatsprodukter som det dominerande företaget senare vägrar att leverera. (Se Kommissionens prioriteringsvägledning, punkt 84).

Konkurrensverket har i fråga om missbruk gjort gällande att det saknades faktiska och potentiella alternativ till FTI:s infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar för den som ville tillhandahålla en produktansvarstjänst. Detta kan inte förstås på annat sätt än att det påstås att tillgången till ÅVS-systemet var oundgänglig.

Med utgångspunkt i hur Konkurrensverket sålunda utformat sin talan och då EU-domstolen varken i Bronner eller i senare avgöranden kan anses ha gett uttryck för att kriteriet att det ska vara fråga om en oundgänglig produkt eller tjänst inte ska tillämpas i en befintlig kundrelation, avser Patent- och marknadsöverdomstolen att först ta ställning till påståendet att tillgång till ÅVS-systemet, vid tidpunkten för uppsägningen

av TMR-avtalet, var oundgänglig för den som ville tillhandahålla en producentansvarstjänst. I en prövning av detta slag ligger att bedöma om det vid tidpunkten existerade något faktiskt eller potentiellt alternativ till ÅVS-systemet eller om det förelåg sådana hinder som gjorde det omöjligt eller orimligt svårt att inrätta, själv eller i samarbete med andra, ett eget rikstäckande system. Sådana hinder kan vara av teknisk, laglig eller ekonomisk karaktär (jfr Bronner, punkt 44).

*Var tillgången till ÅVS-systemet oundgänglig?*

TMR-avtalet innebar att TMR betalade för tillgång till ÅVS-systemet. Patent- och marknadsöverdomstolen anser, i likhet med Patent- och marknadsdomstolen, att avtalet synes ha varit ett avtal om en tjänst – avseende tillgång till kapacitet i ÅVS-systemet och tömning och leverans till balning – snarare än ett nyttjanderättsavtal avseende fysisk infrastruktur. Domstolen instämmer i att beteckningen på avtalet saknar betydelse för bedömningen av om insatsvaran eller tjänsten, d.v.s. tillgången till ÅVS-systemet, var oundgänglig.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening bör ett system för insamling och återvinning av hushållsförpackningar i och för sig kunna vara av sådan beskaffenhet att det skulle kunna anses som en oundgänglig nyttinghet för ett företag som önskar tillhandahålla en producentansvarstjänst (jfr t.ex. kommissionens beslut den 20 september 2016 i ärende AT.39759, ARA Foreclosure).

Huruvida ett återvinningssystem är en oundgänglig nyttinghet i det enskilda fallet måste dock, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, anses bero på ett antal faktorer såsom bakomliggande regelverks utformning och tillämpning, inklusive behöriga myndigheters uppfattningar och ageranden, systemets uppbyggnad och infrastruktur samt övriga förhållanden i det aktuella fallet. Den fråga domstolen har att bedöma är om Konkurrensverket styrkt att det saknades faktiska eller potentiella alternativ till ÅVS-systemet, d.v.s. att det var omöjligt eller i vart fall orimligt svårt att inom



överskådlig framtid, själv eller tillsammans med andra, inrätta ett parallellt rikstäckande återvinningssystem. (Jfr Bronner 44 och Kommissionens prioriteringsvägledning, punkt 83).

I likhet med Patent- och marknadsdomstolen anser Patent- och marknadsöverdomstolen att ett parallellt rikstäckande återvinningssystem inte nödvändigtvis måste omfatta lika många återvinningsstationer som FTI:s återvinningssystem men kravet på rikstäckning torde innebära att ett potentiellt parallellt återvinningssystem åtminstone måste finnas i samtliga kommuner i landet. Därtill krävdes, som domstolen redovisat i det föregående, att insamlingsbehållarna skulle vara allmänt tillgängliga.

Konkurrensverket har påstått att det framförallt var bristen på lämplig mark för återvinningsstationer som utgjorde hinder för att etablera ett parallellt återvinningssystem. FTI har bestritt påståendet och gjort gällande att det inte rädde brist på lämplig mark.

Konkurrensverket har till styrkande av att det förelåg brist på lämplig mark åberopat ett stort antal handlingar, bl.a. tjänsteanteckningar avseende samtal med kommunala tjänstemän. Därutöver har verket åberopat förhör med företrädare för kommuner, organisationer och branschorganisationer. Såväl Konkurrensverket som FTI har åberopat fotografier över återvinningsstationer, huvudsakligen från storstadsregionerna men även från andra delar av landet. I likhet med Patent- och marknadsdomstolen anser Patent- och marknadsöverdomstolen att det som framgår av tjänsteanteckningar generellt sett har ett lägre bevisvärde än det som framkommit genom förhör i domstolen.

Genom förhöret med H.N., som sedan 2011 är ansvarig för FTI:s planeringsavdelning och således bl.a. tecknar avtal med kommuner, söker bygglov och ansvarar för fastighetsnära insamling, har framkommit att hälften av FTI:s återvinningsstationer står på kommunal mark, en fjärdedel på privat mark och en fjärdedel på mark där ägarförhållandena är okända. Enligt H.N. betalas oftast ingen avgift till

markägaren men i de fall avgift betalas till privata markägare uppgår kostnaden, enligt honom, till ungefär 5 000 kr per år.

Av den framlagda utredningen framgår vidare att återvinningsstationerna är utformade på många olika sätt och att de i storstadsregionerna, där behållarna oftast är krantömda, tar betydligt mindre plats i anspråk än i områden där frontlastade behållare ofta används. En fråga som parterna uppehållit sig särskilt vid, och har olika uppfattning om, är hur många kvadratmeter som krävs för en återvinningsstation. De uppgifter som lämnats sträcker sig från åtta till 60 kvadratmeter plus lastzon.

Som Patent- och marknadsdomstolen pekat på har de hörda personerna gett uttryck för att det är svårt att hitta lämpliga platser för återvinningsstationer och att det råder stor konkurrens om de allmänna ytorna i kommunerna, särskilt i storstadsregionerna. Antalet kommuner som förekommer i utredningen, utöver de 26 kommunerna i Stockholms län, understiger dock tio, och utgör alltså mindre än fem procent av landets kommuner. Det har också framkommit att vissa kommuner, t.ex. Lunds kommun, har stor andel fastighetsnära insamling och därmed inte så stort behov av återvinningsstationer.

TMR:s företrädare P.M. har, som Patent- och marknadsdomstolen framhållit, uttalat att TMR fått beskedet av kommunerna att de inte tänkte medverka till ett parallellt återvinningsystem. Liksom Patent- och marknadsdomstolen anser Patent- och marknadsöverdomstolen att dessa uppgifter måste värderas med viss försiktighet. Därtill kan noteras att uppgifterna är relativt svepande och att det inte framgått av förhöret vilka ansträngningar som TMR gjort eller vilka kontakter bolaget haft med kommunerna.

Även om den framlagda bevisningen i och för sig rör flera storstadskommuner är det, enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning, svårt att utifrån utredningen dra några generella slutsatser om förhållandena i landet när det gäller möjligheten till placering av återvinningsstationer på kommunal mark. Förhörspersonerna har, som framgått, uttalat att det är svårt att finna lämpliga platser men inte att det skulle vara

omöjligt eller orimligt svårt, inte ens när det gäller storstadskommunerna, att etablera ett alternativt återvinningssystem på kommunal mark.

När det gäller frågan om placering av återvinningsstationer på privat mark kunde utgöra en möjlighet för parallell infrastruktur, t.ex. genom samarbete med bensinstationer eller butiker, har P.M. uppgett att sådana samarbeten inte utgör något alternativ. Enligt honom utgör såväl butikernas öppethållande som deras ovilja att ta emot avfall och upplåta parkeringsytor ett hinder mot att placera återvinningsstationer där. Även i denna del är P.M.s uppgifter emellertid oprecisa i fråga om vilka kontakter som tagits och vilka ansträngningar som gjorts. Uppgifterna motsägs också i viss mån av förhöret med H.N. av vilket det framgått att butikskedjan Lidl varit intresserad av ett samarbete med FTI angående återvinningsstationer på butikernas parkeringar men att FTI inte velat gå vidare med ett sådant samarbete.

Som framgått står ett stort antal av ÅVS-stationerna redan i dag på privat mark. Det har enligt domstolens bedömning inte framkommit några uppgifter i målet som medför att ett alternativt återvinningssystem inte skulle kunna placeras på samma typ av ytor.

Av de fotografier som FTI åberopat här har vidare framgått att det på ett flertal befintliga återvinningsstationer finns utrymme för ytterligare återvinningsbehållare.

Under dessa omständigheter kan Konkurrensverket, trots olika förhörspersoners uttalanden om brist på lämplig mark för återvinningsstationer, inte anses ha styrkt att det vid tidpunkten för uppsägningen av avtalet rådde sådan brist på lämplig mark att det var omöjligt eller orimligt svårt att inrätta ett parallellt återvinningssystem.

När det gäller frågan om det fanns några andra hinder mot att inrätta ett parallellt återvinningssystem, t.ex. i form av att det var tidskrävande och kostsamt att hantera nödvändiga bygglov, ifrågasätter Patent- och marknadsöverdomstolen inte att så kan ha varit fallet. Utredningen ger också stöd för att FTI stött på vissa problem i samband med ansökningar om bygglov, t.ex. att byggloven överklagats i stor utsträckning. Det

har vidare framgått att FTI tvingats ta bort återvinningsstationer till följd av att tidsbegränsade bygglov gått ut.

Som Patent- och marknadsöverdomstolen redan noterat bör bedömningen av om hinder förelåg utgå från vad som vid tidpunkten, eller inom överskådlig framtid, var möjligt. Den omständigheten att bygglovshanteringen kunde förväntas leda till viss tidsutdräkt är därför inte tillräcklig, vare sig som sådan eller tillsammans med andra omständigheter, för att konstatera att det var omöjligt eller orimligt svårt att inrätta ett parallellt återvinningssystem. Vid tillfället fanns inte heller några legala hinder i form av krav på tillstånd för att bedriva ett insamlingssystem. Som framgått anser domstolen inte heller att det som föreskrivs i PAF 2018 är relevant för bedömningen, eftersom den ska ta sikte på förhållandena vid tidpunkten för uppsägningen av TMR-avtalet.

Konkurrensverket har inte gjort gällande att det förelåg några ekonomiska hinder mot att etablera ett parallellt återvinningssystem och har inte heller presenterat någon ekonomisk utredning. Konkurrensverket har däremot gjort gällande att en parallell etablering av ett insamlingssystem varken vore ekonomiskt lönsam eller samhällsnyttig. Den utredning som Konkurrensverket presenterat i denna del består dels av uppgifter från enskilda förhörspersoner, såsom W.W., verkställande direktör för Avfall Sverige och B.S., verkställande direktör för branschorganisationen Återvinningsindustrierna, dels av uppgifter i tjänsteanteckningar. Dessa uppgifter är inte heller tillräckliga för att visa att det förelåg hinder av den karaktär som angetts i praxis mot att etablera ett parallellt system (jfr Bronner, punkt 44).

FTI har därutöver lyft fram att insamling av elektronikavfall sker genom två olika insamlingssystem. Visserligen kan Patent- och marknadsöverdomstolen instämma med underinstansen i att förhållandena när det gäller att samla in elektronikavfall respektive hushållsförpackningar skiljer sig åt, inte minst när det gäller hygieniska aspekter. Förhållandena på marknaden för insamling av elektronikavfall talar ändå i någon mån för att det parallellt kan existera två eller flera olika system för insamling av avfall.

På grund av det anförda finner Patent- och marknadsöverdomstolen att Konkurrensverket inte styrkt att det skulle vara omöjligt eller orimligt svårt för en konkurrent till FTI att inom överskådlig framtid etablera ett parallellt återvinningssystem. ÅVS-systemet kan därför inte anses ha varit oundgängligt för att den som efterfrågade tillgång till det skulle kunna bedriva sin verksamhet. Under dessa förhållanden har Konkurrensverket inte styrkt att FTI, genom att säga upp avtalet med TMR, missbrukat sin dominerande ställning. Det saknas därmed skäl att bedöma om det funnits några objektivt godtagbara skäl för uppsägningen.

### **Sammanfattande bedömning**

Patent- och marknadsöverdomstolen har, i likhet med Patent- och marknadsdomstolen, funnit det styrkt att FTI hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Patent- och marknadsdomstolen har dock, till skillnad från Patent- och marknadsdomstolen, inte funnit det styrkt att det skulle vara omöjligt eller orimligt svårt för en konkurrent att vid tidpunkten för uppsägningen, eller åtminstone inom överskådlig framtid, etablera ett parallellt återvinningssystem på den relevanta marknaden. Det har följaktligen inte visats att tillgången till FTI:s återvinningssystem var oundgänglig för att den som tillhandahöll en producentansvarstjänst vid tillfället skulle kunna bedriva sin verksamhet. Utifrån dessa ställningstaganden har Konkurrensverket inte styrkt att FTI missbrukat sin dominerande ställning på den relevanta marknaden. Det har därmed inte funnits skäl för något åläggande och beslutet om ett sådant ska därför upphävas.

### **Sekretess**

Det som Patent- och marknadsdomstolen beslutat i fråga om sekretess bör fortsätta att gälla. Därutöver bör sekretess fortsätta att gälla för de uppgifter i Patent- och marknadsöverdomstolens aktbilagor som lagts fram inom stängda dörrar här.

### Rättegångskostnader

Utgången i ärendet innebär att FTI har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i såväl Patent- och marknadsdomstolen som Patent- och marknadsöverdomstolen, under förutsättning att kostnaderna kan anses ha varit skäligen påkallade för tillvaratagandet av partens rätt.

FTI har begärt ersättning för rättegångskostnader i Patent- och marknadsdomstolen med 7 767 057 kr, varav 1 218 422 kr avser ombudsarvode till Kastell Advokatbyrå, som företrätt FTI vid handläggningen hos Konkurrensverket, och 6 548 635 kr avser ombudsarvode till Advokatfirman Delphi.

Patent- och marknadsöverdomstolen finner ingen anledning att ifrågasätta kostnaderna för ombudsarvode till Kastell Advokatbyrå. När det gäller kostnaderna för ombudsarvode till Advokatfirman Delphi konstaterar Patent- och marknadsöverdomstolen att vissa poster upptagits som avser en klagan över domvilla. Dessa kan inte anses hänförliga till det här aktuella målet. Därutöver kan detta mål inte anses ha varit av sådan karaktär och komplexitet att det varit motiverat med arbete i den omfattning som det begärts ersättning för. Patent- och marknadsöverdomstolen anser att FTI får anses skäligen tillgodosett med hälften av den begärda kostnaden för ombudsarvode till Advokatfirman Delphi. Det innebär att FTI ska tillerkännas ersättning av allmänna medel för kostnader i Patent- och marknadsdomstolen med 4 492 740 (3 274 318 + 1 218 422) kr, allt avseende ombudsarvode.

FTI har i Patent- och marknadsöverdomstolen begärt ersättning för rättegångskostnader med 4 308 672 kr, varav 4 288 378 kr avser ombudsarvode. Patent- och marknadsöverdomstolen anser att kostnaden för ombudsarvode framstår som alltför hög i förhållande till vad som kan anses skäligt för tillvaratagandet av partens rätt. Ersättning för ombudsarvode bör därför även här bestämmas till hälften av det yrkade beloppet. FTI bör sammantaget tillerkännas ersättning med 2 164 483 kr i Patent- och marknadsöverdomstolen, varav 2 144 189 kr för ombudsarvode.

### **Överklagande**

Det saknas skäl att göra undantag från huvudregeln att Patent- och marknadsöverdomstolens beslut inte får överklagas (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar). Detta beslut får därför inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Per Carlson, hovrättsråden Ulrika Ihrfelt och Annika Malm, referent, samt den ekonomiske experten Anders Stenlund.



## Rättelse/komplettering

Slutligt beslut (ej särskilt uppsatt), 2019-01-21

### Rättelse, 2019-12-12

Beslut av: rådmannen Daniel Severinsson

Rättelse enligt 33 § lagen (1996:242) om domstolsärenden.

I beslutet, punkten 2, har domstolen av misstag hänvisat till aktbil. 165 i stället för aktbil. 166. Punkten 2 ska rätteligen ha följande lydelse.

"2. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska, i den mån uppgifterna inte tagits in i detta beslut, fortsatt vara tillämplig på uppgifterna i aktbil. 30, aktbil. 66, aktbil. 67, aktbil. 101, aktbil. 103, aktbil. 104, aktbil. 111, aktbil. 122, aktbil. 166 utom de uppgifter som framgår av aktbil. 200 s. 29, aktbil. 201 och aktbil. 202 vilka vid sammanträde lagts fram inom stängda dörrar."

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (PMD-13)

Beslutet får överklagas senast den 2 januari 2020. Prövningstillstånd krävs.

### Rättelse, 2020-01-09

Beslut av: rådmannen Daniel Severinsson

Rättelse enligt 33 § lagen (1996:242) om domstolsärenden.

Efter telefonkontakt med parterna och genomgång av handlingarna i ärendet har konstaterats att sekretessförordnandet i beslutet av förbiseende inte har fått en korrekt avfattning. Punkten 2 i beslutet ska rätteligen ha följande lydelse.

"2. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska, i den mån uppgifterna inte tagits in i detta beslut, fortsatt vara tillämplig på uppgifterna i aktbil. 30, aktbil. 66, aktbil. 67, aktbil. 101, aktbil. 103, aktbil. 104, aktbil. 111, aktbil. 122, aktbil. 165, aktbil. 200, aktbil. 201, aktbil. 202, aktbil. 207 och aktbil. 209 vilka vid sammanträde lagts fram inom stängda dörrar."

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (PMD-13)

Beslutet får överklagas senast den 30 januari 2020. Prövningstillstånd krävs.





STOCKHOLMS TINGSRÄTT  
Patent- och marknadsdomstolen

**PROTOKOLL**  
2019-01-21  
Handläggning i  
Stockholm

Aktbilaga 215  
Mål nr  
PMÄ 2741-18

Handläggning i parternas utevaror

### **RÄTTEN**

Rådmännen Ingeborg Simonsson och Daniel Severinsson (referent och protokollförare) samt ekonomiske experten Lennart Göranson

### **PARTER**

#### **Klagande**

Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB, 556665-4090  
Box 17033  
104 62 Stockholm

Ombud: Advokaterna E.E., S.A. och K.R.  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

#### **Motpart**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

Genom processråden M.B. och S.R., konkurrensrådet S.M. samt sakkunnige juristen L.T.

### **SAKEN**

Åläggande enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen

### **ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Konkurrensverkets beslut den 2 februari 2018 i ärende dnr 583/2016, se [bilaga 1](#)

Dok.Id 1951745

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 8307 104 20 Stockholm	Rådhuset, Scheelegatan 7	08- 561 654 70 <b>E-post:</b> stockholms.tingsratt.patentmarknad@dom.se www.stockholmstingsratt.se		måndag – fredag 08:00–16:00

## Innehåll

<b>BAKGRUND</b> .....	<b>4</b>
Producentansvaret och Svenska Förpacknings- och tidningsinsamlingen AB.....	4
Producentansvarsförordningarnas krav på insamlingssystem .....	4
FTI:s insamlingssystem för hushållsförpackningar och TMR-avtalet.....	5
Uppsägningen av TMR-avtalet och det överklagade beslutet .....	7
<b>YRKANDEN</b> .....	<b>7</b>
<b>GRUNDER M.M.</b> .....	<b>7</b>
Konkurrensverket.....	7
FTI.....	10
<b>UTREDNINGEN</b> .....	<b>13</b>
<b>DOMSTOLENS BEDÖMNING</b> .....	<b>14</b>
Bevisbörda och beviskrav m.m.....	14
Relevant marknad .....	16
Inledning.....	16
Relevant produktmarknad .....	17
Relevant geografisk marknad .....	24
Dominerande ställning .....	25
Inledning.....	25
Bedömning.....	25
Missbruk av dominerande ställning .....	26
Inledning.....	26
Bedömning.....	30
Objektivt godtagbara skäl.....	39
Inledning.....	39
Bedömning.....	40
Samhandelseffekt.....	42
Åläggandets utformning m.m. ....	43
Inledning.....	43
Bedömning.....	43
Rättegångskostnad .....	44
Sekreteress.....	44

**BESLUT..... 44**

**HUR MAN ÖVERKLAGAR..... 45**

## BAKGRUND

### **Producentansvaret och Svenska Förpacknings- och tidningsinsamlingen AB**

I Sverige gäller sedan år 1994 producentansvar för förpackningar, vilket innebär att förpackningsproducenter bl.a. ska se till att deras förpackningar samlas in och tas om hand på ett hälso- och miljömässigt godtagbart sätt när de blivit till avfall. Regeringen har meddelat föreskrifter om detta i förordning (2018:1462) om producentansvar för förpackningar (PAF2018), som trädde ikraft den 1 januari 2019. Förordningen har föregåtts av motsvarande förordningar från 2006 (SFS 2006:1273, nedan PAF2006) och 2014 (SFS 2014:1073, nedan PAF2014). Genom övergångsbestämmelserna i PAF2018 är vissa bestämmelser i de två äldre förordningarna alltjämt gällande.

För att fullgöra sitt producentansvar har svenska förpackningsproducenter och branschföreningar för förpackningsproducenter bildat gemensamma s.k. materialbolag. Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB (FTI) ägs av bl.a. materialbolagen för förpackningar av plast (Plastkretsen), papper (RK Returkartong) och metall (Svenska MetallKretsen).

FTI tillhandahåller tjänster till producenter av förpackningar av papper, metall och plast som huvudsakligen består i att uppfylla producenternas skyldighet att samla in och ta om hand förpackningsavfall. I detta beslut benämns sådana tjänster som producentansvarstjänster.

### **Producentansvarsförordningarnas krav på insamlingssystem**

Enligt 25 § PAF2006 ska en producent se till att det finns ett lämpligt insamlingssystem för förpackningar som är hänförliga till producenten. Ett insamlingssystem ska anses som lämpligt om det är lättillgängligt, underlättar för den som innehar förpackningsavfall att lämna ifrån sig detta och i övrigt ger god service åt dem som ska lämna förpackningsavfall till systemet. Vid bedömningen av om insamlingssystemet är att anse som lämpligt ska särskild hänsyn tas till det som vid samråd enligt 26 § framkommit om förhållandena i kommunen.

Bestämmelserna i 25–27 §§ PAF2006 gäller alltså för förpackningar som tillverkas, säljs eller förs in i Sverige före utgången av december 2020 (se p. 10 i övergångsbestämmelserna i PAF2018). Genom PAF2018 införs ett system med tillståndsplikt för den som vill driva insamlingssystem samt mer detaljerade regler om utformningen av sådana. Kraven för att få tillstånd innebär bl.a. att insamlingssystemet ska omfatta förpackningsavfall av alla material samt vara lämpligt och rikstäckande.

Skyldigheten för producenter att tillhandahålla ett lämpligt insamlingssystem för sina förpackningar gäller oavsett om de blir till avfall hos hushåll eller hos andra förbrukare.

### **FTI:s insamlingssystem för hushållsförpackningar och TMR-avtalet**

För insamling av förpackningsavfall av papper, plast och metall som uppstår hos hushållen har FTI ett insamlingssystem som består av flera delar.

FTI har avtal med entreprenörer som erbjuder fastighetsnära insamling till hushåll, vilket är insamling ordnad specifikt för ett eller flera hushåll, t.ex. genom tillgång till flerfackskärl för villor eller miljörum i flerbostadshus. Avtalen innebär att FTI köper det insamlade materialet från avfallsentreprenören. Omkring 30 procent av Sveriges hushåll har tillgång till fastighetsnära insamling.

FTI har vidare cirka 5 000 - 6 000 återvinningsstationer (ÅVS) fördelade över de flesta av Sveriges kommuner, vilka består av behållare där hushållen kan lämna förpackningar av de olika materialslagen. Själva behållarna ägs inte av FTI utan av respektive materialbolag.

I vissa kommuner har FTI inte några återvinningsstationer. I dessa sköter istället kommunen insamling av förpackningsavfall helt eller delvis i egen regi, på uppdrag av FTI. I några kommuner saknas återvinningsstationer helt och insamling av förpackningar från hushållen sker uteslutande genom fastighetsnära insamling.

FTI samlar också in förpackningsavfall från andra förbrukare än hushållen.

Parterna är överens om att FTI har ett lämpligt insamlingssystem enligt 25 § PAF2006 för förpackningar av plast, papper och metall.

År 2012 träffade FTI ett avtal med TMRresponsibility AB (TMR) benämnt avtal om upplåtelse av nyttjanderätt till FTI:s infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar via ÅVS-systemet (TMR-avtalet).

I TMR-avtalet definieras FTI:s system av återvinningsstationer runt om i Sverige, samt den insamling som vissa kommuner bedriver genom återvinningsstationer på uppdrag av FTI, som ”ÅVS-systemet”. FTI upplåter enligt p. 2.1 i avtalet ÅVS-systemet till TMR med innebörd att även till TMR anslutna producenter äger rätt att använda detta för sin insamling av hushållsförpackningar.

Avtalet omfattar ingen annan form av insamling av hushållsförpackningar som FTI bedriver eller insamling från andra förbrukare än hushållen.

Avtalet innebär att FTI, mot betalning från TMR, sköter insamling av hushållsförpackningar av papper, plast och metall genom ÅVS-systemet och transport av det insamlade materialet till anläggningar där det grovsorteras. FTI anvisar sedan när TMR ska avhämta balat respektive komprimerat material motsvarande den andel av total volym förpackningar som satts på marknaden av producenter som är anslutna till TMR.

TMR-avtalet kom till stånd efter det att Konkurrensverket, på initiativ av TMR, utrett frågan om FTI missbrukade sin dominerande ställning genom att vägra erbjuda TMR tillgång till ÅVS-systemet.

### **Uppsägningen av TMR-avtalet och det överklagade beslutet**

Den 29 juni 2016 sade FTI – utan angivande av skäl – upp TMR-avtalet till upphörande den 31 december 2016, i enlighet med avtalad uppsägningstid om sex månader. TMR begärde i brev den 1 juli 2016 att parterna genast skulle inleda förhandlingar om ett nytt nyttjanderättsavtal. När sådana förhandlingar inte kom till stånd gav TMR i oktober 2016 in ett nytt klagomål till Konkurrensverket. Under Konkurrensverkets utredning medgav FTI i tre omgångar förlängning av avtalet med sex månader åt gången, sist till och med den 30 juni 2018.

Konkurrensverket har bedömt att FTI:s uppsägning av TMR-avtalet utgjorde en överträdelse av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § konkurrenslagen (2008:579) och artikel 102 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och har genom det överklagade beslutet ålagt FTI att återkalla uppsägningen, vid vite om 20 000 000 kr.

Sedan Patent- och marknadsdomstolen den 9 mars 2018 avslagit FTI:s begäran om att det överklagade beslutet tills vidare inte skulle gälla (inhibition), har FTI återkallat uppsägningen av TMR-avtalet. Återkallelsen är villkorad med avseende på prövningen av FTI:s överklagande.

### **YRKANDEN**

FTI har yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska upphäva det överklagade beslutet i sin helhet samt ersättning för sina rättegångskostnader.

Konkurrensverket har motsatt sig ändring av det överklagade beslutet.

### **GRUNDER M.M.**

#### **Konkurrensverket**

Konkurrensverket har vidhållit de skäl som verket angett i det överklagade beslutet och har i Patent- och marknadsdomstolen anfört i huvudsak följande.

Producenter av förpackningar enligt producentansvarsförordningarna efterfrågar en tjänst som löser bl.a. insamling och återvinning av deras förpackningar. FTI och TMR erbjuder liknande sådana producentansvarstjänster, som är utbytbara mot varandra. Det finns inga substitut för dessa tjänster. En relevant produktmarknad kan därför avgränsas för producentansvarstjänster för förpackningar av metall, plast och kartong. Det saknar betydelse för bedömningen i ärendet om denna marknad kan delas upp i en relevant marknad per materialslag.

Köpare av producentansvarstjänster efterfrågar att dessa innefattar tillhandahållande av ett lämpligt insamlingssystem för de egna förpackningarna. Den som tillhandahåller producentansvarstjänster måste därför ha tillgång till en infrastruktur, som uppfyller de nödvändiga egenskaperna hos ett lämpligt insamlingssystem.

För att ett insamlingssystem för hushållsförpackningar av papper, plast och metall ska vara lämpligt i den mening som avses i 25 § PAF2006 krävs att det är rikstäckande, med vilket avses att insamling sker i alla Sveriges kommuner, och publikt, med vilket avses att allmänheten har tillgång till insamlingssystemet.

Den som vill tillhandahålla en producentansvarstjänst för förpackningar av metall, papper och plast behöver alltså tillgång till ett insamlingssystem som är publikt och rikstäckande. Från den som saknar ett eget sådant system uppstår en efterfrågan på en infrastruktur som har de angivna egenskaperna. För att nyttja denna infrastruktur är det nödvändigt att bestämma en avlämningspunkt och transport av insamlat förpackningsavfall till avlämningspunkten ingår i den efterfrågade infrastrukturen. Eftersom innehavaren av infrastrukturen sköter denna ingår även vissa andra kringtjänster, t.ex. städning, i infrastrukturen.

ÅVS-systemet utgör en rikstäckande och publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar av metall, papper och plast och har alltså de nödvändiga egenskaperna hos ett lämpligt insamlingssystem. ÅVS-systemet är inte utbytbart mot någon annan infrastruktur. Fastighetsnära insamling kan inte ersätta utan endast



komplettera ÅVS-systemet, eftersom fastighetsnära insamling saknar egenskaperna publik och rikstäckande.

Det finns därför en uppströmsmarknad som kan definieras som marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar.

Det finns ingen annan infrastruktur än FTI:s insamlingssystem med återvinningsstationer som ingår på denna marknad. FTI har alltså monopol på denna marknad. Det föreligger även höga inträdeshinder. FTI har därmed en dominerande ställning på marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar.

Det saknas faktiska eller potentiella alternativ till FTI:s infrastruktur. Det råder brist på lämplig mark för att etablera en parallell infrastruktur. Fastighetsnära insamling kan av praktiska skäl inte etableras hos samtliga hushåll och den som vill skapa ett insamlingssystem saknar rådighet över sådan etablering, eftersom den förutsätter avtal med varje fastighetsägare. Vidare är fastighetsnära insamling inte allmänt tillgänglig utan endast till för de boende i en viss fastighet. Parallell etablering av ett insamlingssystem vore varken ekonomiskt lönsamt eller samhällsnyttigt.

Det är inte nödvändigt för att missbruk ska anses föreligga att TMR bidrar med en innovativ tjänst, vilket TMR dock gör.

Om TMR-avtalet skulle upphöra skulle det medföra att all konkurrens på marknaden för producentansvarstjänster för förpackningar av metall, plast och kartong skulle elimineras.

Det föreligger inte objektivt godtagbara skäl för uppsägningen från FTI:s sida.

FTI:s uppsägning av TMR-avtalet utgör därför missbruk av dominerande ställning.

## FTI

FTI har som grund för sitt överklagande anfört i huvudsak följande.

FTI tillhandahåller en tjänst som innebär att FTI fullgör producenternas miljörättsliga förpliktelser enligt uppdrag, och är alltså en mellanman. FTI anlitar i stor utsträckning underentreprenörer och företaget fungerar närmast som en speditör.

Ett lämpligt insamlingssystem för hushållsförpackningar bör åtminstone innehålla en metod för att avhämta förpackningsavfall genom att tillhandahålla insamlingspunkter, transport av det avhämtade avfallet samt grovsortering, lagring eller annan hantering av avfallet (jfr 8 § PAF2014). Ett lämpligt insamlingssystem utgör därför en logistklösning och inte en infrastruktur. ÅVS-systemet utgör endast en komponent i FTI:s insamlingssystem.

TMR-avtalet innebär inte en upplåtelse av infrastruktur. TMR får ingen nyttjanderätt till insamlingsbehållarna. Avtalet innebär att FTI tillhandahåller en tjänst, som TMR får rätt att återförsälja. TMR saknar ett eget insamlingssystem för de tre materialslagen. TMR fullgör därmed sina kunders ansvar att samla in förpackningsmaterial genom att återförsälja FTI:s tjänst.

FTI har sagt upp TMR-avtalet i enlighet med p. 6.1 i avtalet. Det har inte förelegat någon skyldighet för FTI att begära omförhandling, vilket inte heller TMR har gjort.

Konkurrensverkets beslut bygger på antagandet att FTI har en leveransskyldighet mot TMR på grund av att FTI besitter en s.k. nödvändig nyttighet. Detta är felaktigt. Leveransskyldighet föreligger inte enligt EU-domstolens kriterier i dom den 26 november 1998 i mål C-7/97, *Bronner*, EU:C:1998:569, vilka är tillämpliga oaktat att TMR är en existerande kund till FTI. Kriterierna är som följer.

- Nyttigheten i sig är oundgänglig (nödvändig) för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte finns något faktiskt

eller potentiellt alternativ till nyttigheten, p.g.a. legala, ekonomiska eller tekniska hinder,

- Vägran är av beskaffenhet att eliminera all konkurrens på nedströmsmarknaden från företaget som efterfrågar nyttigheten, och
- Vägran är inte objektivt berättigad (dvs. det finns objektivt godtagbara skäl).

Det föreligger inga legala hinder mot att TMR etablerar ett eget insamlingssystem. Vad som utgör ett lämpligt insamlingssystem varierar från kommun till kommun. I vissa kommuner har FTI endast en eller ett fåtal insamlingsbehållare men anses ändå ha ett lämpligt insamlingssystem. Det finns inga föreskrifter från Naturvårdsverket avseende vad som utgör ett lämpligt insamlingssystem. Inte heller i Avfallsrådets kriterier finns något som hindrar parallella insamlingssystem. Att det kan krävas bygglov för att anlägga återvinningsstationer är inte ett legalt hinder.

Det föreligger inte ekonomiska hinder mot att TMR etablerar ett eget insamlingssystem. Enligt EU-domstolens avgörande i *Bronner* avses med ekonomiska hinder att det inte skulle vara ekonomiskt lönsamt att inrätta ytterligare ett system för insamling av motsvarande volymer som FTI idag har i sitt system. Sådana hinder föreligger inte. Det finns också ekonomiska incitament för sådan etablering, eftersom mer förpackningsmaterial skulle samlas in om det var lättare för hushållen att lämna dem till återvinning.

Det föreligger inte heller tekniska hinder mot att TMR etablerar ett eget insamlingssystem, eftersom det finns många andra faktiska eller potentiella alternativa metoder för att samla in hushållsförpackningar, såsom olika former av fastighetsnära insamling.

Även om domstolen skulle bedöma att det föreligger hinder mot att skapa ett alternativ till FTI:s insamlingssystem genom att kombinera olika faktiska och potentiella insamlingsmetoder, så saknas tekniska hinder mot att ställa ut insamlingsbehållare motsvarande ÅVS-systemet.

Baserat på TMR:s kvotdel av mängden förpackningar som sätts på marknaden skulle TMR behöva mycket färre återvinningsstationer än vad FTI har idag. Det finns inget krav i PAF2006 på att ett lämpligt insamlingssystem måste vara rikstäckande och publikt. Konkurrensverkets påstående om att det råder platsbrist i Sverige är felaktigt. Återvinningsstationer kan utformas så att endast små ytor behöver tas i anspråk. Det finns goda möjligheter att göra detta på såväl kommunal som privat mark.

Vägran att leverera tjänster i enlighet med TMR-avtalet skulle inte eliminera all konkurrens, eller ens all effektiv konkurrens. Detta p.g.a. att det finns en rad alternativa insamlingsmetoder, att FTI måste förhålla sig till kommunernas agerande och beslut om t.ex. att anordna fastighetsnära insamling samt att det finns både nationella och utländska potentiella konkurrenter som kan träda in på marknaden. FTI kan inte heller agera oberoende av användarna av tjänsterna, dvs. hushållen.

Enligt kommissionens prioriteringspolicy för tillämpning av artikel 102 FEUF finns endast anledning att ålägga ett dominerande företag en leveransskyldighet om det företag som begär leverans skapar en innovativ tjänst, vilket inte är fallet eftersom TMR endast återförsäljer FTI:s insamlingssystem.

Konkurrensverkets marknadsavgränsningar är felaktiga. Den relevanta produktmarknaden i ärendet utgörs av alla tjänster som en producent har att tillgå för att uppfylla insamlingsdelen av sitt producentansvar. Marknaden inkluderar ÅVS-systemet, kommunala och privata stationära eller mobila insamlingsbehållare samt olika varianter av fastighetsnära insamling, pantsystem m.m.

Oavsett hur marknadsavgränsningen görs har FTI inte en dominerande ställning eftersom FTI möter dels konkurrenstryck från både faktiska och potentiella konkurrenter, dels motverkande köparmakt från konsument- och producentleden.

Det föreligger slutligen objektivt godtagbara skäl för uppsägningen. Konsumenternas (hushållens) förtroende för FTI:s insamlingssystem är av stor vikt för att motivera dem

att källsortera, och därmed för mängden insamlad material. FTI behöver därför säkerställa att de aktörer som får tillträde till FTI:s insamlingssystem också lever upp till FTI:s nuvarande och framtida mål avseende materialåtervinning. TMR-avtalet hindrar FTI från att införa en miljöstandard och krav på återvinningsledet avseende det insamlade materialet. FTI har som målsättning att införa en återvinningsgaranti riktad mot konsumenterna, vilket inte är möjligt när en del av det material som samlas in i FTI:s insamlingssystem ska överlämnas till TMR enligt avtalet. FTI saknar enligt avtalet möjlighet att direkt kontrollera TMR:s kunder, t.ex. avseende mängden förpackningar de sätter på marknaden. FTI:s bristande kontroll enligt avtalet över vart det insamlade materialet tar vägen efter att det hämtats av TMR innebär att FTI förlorar kontrollen över det egna varumärket samt får lägre incitament att investera i ÅVS-systemet.

#### **UTREDNINGEN**

Enligt 27 § första stycket lag (1996:242) om domstolsärenden ska domstolens beslut grundas på det som handlingarna innehåller och det som i övrigt förekommit i ärendet. Patent- och marknadsdomstolen har hållit sammanträde i ärendet. Vid detta har parterna lagt fram den skriftliga bevisning som de särskilt önskat att domstolen ska uppmärksamma.

På Konkurrensverkets begäran har det hållits vittnesförhör med följande personer.

- P.M., styrelseordförande i TMR
- M.G., Naturvårdsverket
- E.H., Göteborgs stad
- A.W.G., Lunds kommun
- W.W., VD Avfall Sverige AB, och
- B.S., VD Återvinningsindustrierna

På FTI:s begäran har det hållits partsförhör under sanningsförsäkran med G.H. och K.B. som båda är ledamöter i FTI:s styrelse samt vittnesförhör med följande personer.

- A.L., marknadschef FTI
- K.B., VD Polarbrödsgruppen Aktiebolag
- H.N., planeringschef FTI
- A.B., VD Pressretur Aktiebolag

## DOMSTOLENS BEDÖMNING

### Bevisbörda och beviskrav m.m.

Av artikel 2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget framgår att den part eller den myndighet som gör gällande att en överträdelse har skett har bevisbördan för att det har förekommit en överträdelse av konkurrenslagstiftningen. Motsvarande gäller enligt svensk rätt.

Även om artikel 2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 uttryckligen reglerar fördelningen av bevisbördan, innehåller förordningen inte några bestämmelser om vilka principer för bevisvärdering och beviskrav som ska tillämpas i ett nationellt förfarande. Istället ankommer det på medlemsstaterna, enligt principen om nationell processautonomi, att föreskriva sådana bestämmelser, med tillämpning av likvärdighets- och effektivitetsprinciperna (se EU-domstolens dom den 21 januari 2016 i mål C-74/14 *Eturas*, EU:C:2016:42, p. 30–32). Om alltför låga beviskrav tillämpas i nationella domstolar kan detta anses strida mot den unionsrättsliga oskuldspresumtionen (*Eturas*, p. 38–41). Omvänt kan alltför höga beviskrav strida mot effektivitetsprincipen (*Eturas*, p. 35–37).

Mot denna bakgrund ska alltså svensk processrätt tillämpas i ärendet för bl.a. frågor om bevisning. Enligt vad som anförs nedan under rubriken Samhandelseffekt anser domstolen att det s.k. samhandelskriteriet är uppfyllt och att även artikel 102 FEUF ska tillämpas i ärendet. I enlighet med effektivitetsprincipen ska därför de svenska bevisreglerna tillämpas på ett sätt som medför att bestämmelserna i 2 kap. 7 § och 3 kap. 1 § konkurrenslagen kan få ett genomslag som är i linje med EU-rätten. Om Sverige exempelvis skulle tillämpa ett väsentligt högre beviskrav än EU-domstolen för dessa materiella bestämmelser skulle det kunna innebära att Sverige tillät förfaranden

som skulle förbjudits om de kommit under EU-rättslig prövning. Effekten av den svenska bestämmelsen skulle därmed bli en annan än den som följer av denna bestämmelses motsvarighet i artikel 102 FEUF.

Även om det i grunden råder nationell processautonomi ska alltså bedömningen av frågorna om bevisvärdering och beviskrav i ärendet göras med hänsyn till den praxis som har utvecklats inom EU-rätten. Det avgörande blir att tillämpa och tolka svensk rätt om bevisvärdering och beviskrav på så sätt att effekterna av de svenska materiella bestämmelserna är i linje med EU-rätten (se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i mål nr PMT 7499-16 och prop. 1992/93:56 s. 21).

I mål rörande överträdelser av artikel 102 FEUF krävs enligt unionsrätten att kommissionen lägger fram exakt och överensstämmande bevisning för att överträdelsen har ägt rum. Emellertid krävs inte sådan bevisning för varje del av den påstådda överträdelsen utan det är tillräckligt att en samlad bedömning av alla de indicier som åberopas visar förekomsten av de omständigheter som konstituerar överträdelsen (se Tribunalens dom den 1 juli 2010 i mål T-321/05 *AstraZeneca*, EU:T:2010:266, p. 477 med däri gjorda hänvisningar).

Som tidigare anförts ska domstolens beslut grundas på det som handlingarna innehåller och det som i övrigt förekommit i ärendet. Som utgångspunkt anser dock domstolen att uppgifter som enbart framgår ur tjänsteanteckningar, vittnesintyg eller utskrifter från förhör under Konkurrensverkets utredning har ett lägre bevisvärde än uppgifter som har lämnats i förhör vid sammanträdet och där motparten har fått möjlighet att hålla motförhör (jfr den allmänna processrättsliga principen om användning av det bästa bevismedlet). Enligt domstolen gör sig dessa hänsyn särskilt gällande beträffande Konkurrensverkets bevisning eftersom verket har beslutat om ett vitesföreläggande mot ett enskilt företag (jfr rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna). Domstolen noterar också att många av Konkurrensverkets

tjänsteanteckningar avser kontakter som togs för omkring två år sedan och att förhållandena kan ha ändrats sedan dess.

## **Relevant marknad**

### *Inledning*

Marknadsdefinition är ett verktyg som används för att finna och fastställa gränserna för konkurrensen mellan företag. En relevant marknad består av dels en relevant produktmarknad, dels en relevant geografisk marknad. Syftet med att definiera dessa marknader är att identifiera de faktiska konkurrenterna till de berörda företagen som är i stånd att begränsa deras beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.

Som tidigare anförts kan vid tillämpningen av konkurrenslagen ledning hämtas från EU-rätten (prop. 1992/93:56 s. 21) och därmed från kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad (OT C 372, 09.12.1997 s. 5–13). Av tillkännagivandet (p. 7) framgår att en relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som p.g.a. sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara.

Kommissionen har framhållit att företagen utsätts för tre huvudtyper av konkurrens: utbytbart på efterfrågesidan, utbytbart på utbudssidan och potentiell konkurrens. Ur ekonomisk synvinkel och i samband med definitionen av den relevanta marknaden utgör utbytbart på efterfrågesidan den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning. Ett företag eller en företagsgrupp kan inte ha väsentligt inflytande på de rådande försäljningsvillkoren, såsom priser, om det är lätt för dess kunder att gå över till tillgängliga substitutvaror eller till leverantörer någon annanstans. Att definiera marknaden består huvudsakligen i att identifiera vilka alternativa leverantörer de berörda företagens kunder har i praktiken, både vad gäller produkter eller tjänster och leverantörernas geografiska belägenhet (kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, p. 13).



*Relevant produktmarknad*

Konkurrensverket har i det överklagade beslutet avgränsat dels en uppströmsmarknad benämnd marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar, dels en nedströmsmarknad benämnd marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar. Den förra marknaden omfattar FTI:s ÅVS-system och den senare FTI:s och TMR:s producentansvarstjänster. FTI har gjort gällande att det i ärendet rätteligen är fråga om endast en relevant produktmarknad vilken omfattar alla tjänster som en producent har att tillgå för att uppfylla insamlingsdelen av sitt producentansvar. Den marknaden omfattar ÅVS-systemet, kommunala och privata stationära eller mobila insamlingsbehållare samt olika varianter av fastighetsnära insamling, pantsystem m.m.

Konkurrensverket har som utgångspunkt för marknadsavgränsningen utgått från vad som omfattas av TMR-avtalet. Enligt domstolen kan lämpligheten av denna utgångspunkt ifrågasättas eftersom den typiskt sett leder till en snäv marknad som endast omfattar just den vara eller tjänst som ett företag som vill ha tillgång till en viss insatsvara efterfrågar. En mer lämplig utgångspunkt för marknadsavgränsningen i förevarande fall är i stället de tjänster som FTI och TMR erbjuder (se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, p. 16).

FTI och TMR erbjuder producenter av hushållsförpackningar av materialslagen kartong, plast och metall att mot en avgift uppfylla deras producentansvar. Tjänsten består av tre delar. Den första delen är att tillhandahålla ett lämpligt insamlingssystem för hushållsförpackningar, den andra delen att ombesörja återvinning av dessa hushållsförpackningar och den tredje delen att sköta viss administration, bl.a. återrapportering till tillsynsmyndigheten Naturvårdsverket.

När det gäller frågan om vad som utgör ett lämpligt insamlingssystem så framgår inte uttryckligen i den i relevanta avseenden fortfarande gällande PAF2006 att detta ska vara rikstäckande. Ett sådant krav finns dock i 39 § PAF2014 och 44 § PAF2018 och det har inte framkommit något i ärendet som talar för att någon ändring i sak har varit

avsedd (jfr den promemoria som ligger till grund för PAF2018, Mer fastighetsnära insamling av förpackningsavfall och returpapper, M2018/00852/R, s. 87 f.). Frågan om kravet på rikstäckning har såvitt framkommit i ärendet inte prövats rättsligt.

M.G. från tillsynsmyndigheten Naturvårdsverket har uppgett att myndigheten tolkar även PAF2006 som att ett lämpligt insamlingssystem måste vara rikstäckande. W.W. från branschorganisationen Avfall Sverige har också uppgett att han anser rikstäckning vara ett krav. B.S. från branschorganisationen Återvinningsindustrierna har uppgett i förhör att konsumenter i landets samtliga kommuner måste ha möjlighet att återvinna sina förpackningar på ett enkelt sätt. Uppfattningen att ett lämpligt insamlingssystem måste vara rikstäckande har också framförts i förhör av TMR:s styrelseordförande P.M. samt under Konkurrensverkets utredning av företrädare för bl.a. Stena Recycling.

När det gäller tolkningen av kravet i 25 § PAF2006 på att ett lämpligt insamlingssystem ska vara lättillgängligt och ge god service så har Naturvårdsverkets expertstöd för bl.a. avfallsfrågor, Avfallsrådet, utarbetat vissa kriterier för ett lämpligt insamlingssystem. Enligt dessa kriterier bör strävan i tätbebyggda områden vara att en majoritet av hushållen har tillgång till en återvinningsstation inom ett avstånd om högst 400 meter. Vidare bör insamlingssystemet anpassas till lokala förutsättningar och företrädesvis ske genom fastighetsnära insamling där så är lämpligt. Att ett lämpligt insamlingssystem måste vara allmänt tillgängligt – dvs. tillgängligt för alla hushåll som vill återvinna hushållsförpackningar – vinner vidare stöd av uppgifter som har lämnats av bl.a. M.G., A.W.G. och E.H..

Utredningen ger dessutom stöd för att även FTI anser att ett lämpligt insamlingssystem ska vara allmänt tillgängligt och rikstäckande. Enligt FTI:s standardavtal om fastighetsnära insamling har insamlingen av förpackningar m.m. från hushållen ”... sin bas i ett utbyggt system av lättillgängliga insamlingsplatser, benämnda återvinningsstationer (ÅVS) fördelade över flertalet av landets kommuner...”. Det följer vidare av FTI:s samverkansavtal med Stockholms stad att

återvinningsstationerna ska hållas tillgängliga för allmänheten (p. 2.8.5). I FTI:s broschyr Återvinning av förpackningar för ett hållbart samhälle mot producenter anges att ett lämpligt insamlingssystem måste vara rikstäckande med insamlingsplatser i varje kommun och lämpligt med lättillgängliga insamlingsplatser. Därutöver har FTI i sitt remissvar över promemorian Mer fastighetsnära insamling av förpackningsavfall och returpapper anfört att utgångspunkten i ett visst avseende är "... existerande krav på nationellt, avgiftsfritt och allmänt tillgängligt system". Slutligen anges i TMR-avtalet att ÅVS-systemet består av en rikstäckande infrastruktur i form av ett nationellt insamlingssystem av återvinningsstationer (se p. 1.2).

Sammanfattningsvis noterar domstolen att det i och för sig inte finns något uttryckligt krav i PAF2006 på att ett lämpligt insamlingssystem måste vara rikstäckande och allmänt tillgängligt. Både den muntliga och den skriftliga utredningen i ärendet ger dock tydligt stöd för att såväl marknadens offentliga som privata aktörer uppfattar det som att ett sådant krav gäller.

Under alla förhållanden har det framkommit genom förhör med bl.a. P.M., B.S. från branschorganisationen Återvinningsindustrierna och W.W. att producenter av hushållsförpackningar endast efterfrågar rikstäckande producentansvarstjänster. Konkurrensverket har vidare anfört att en producent som vill sälja sina varor i en butik normalt behöver visa för butiken att producenten har anslutit sig till en rikstäckande producentansvarstjänst. Påståendet vinner stöd av e-postkorrespondens mellan ICA och TMR i september 2015. Enligt korrespondensen begär ICA att TMR ska verifiera att bolaget erbjuder en producentansvarstjänst som är rikstäckande. En underliggande logik är att producenten som måste uppfylla sitt producentansvar inte vet var i landet konsumenten väljer att återvinna sina förpackningar.

Det har vidare framkommit genom förhör med P.M. och FTI:s svar på Konkurrensverkets frågor under verkets utredning att producenter endast efterfrågar

samtliga delar av en producentansvarstjänst – dvs. insamling, återvinning och administration – tillsammans.

Domstolens slutsats blir därmed att det inte finns någon efterfrågan på lokala producentansvarstjänster eller på producentansvarstjänster avseende endast någon av tjänstens tre delar.

Konkurrensverkets beslut avser uttryckligen endast hushållsförpackningar av materialslagen plast, metall och kartong. Konkurrensverket har vidare anfört att det saknas skäl att avgränsa separata produktmarknader för olika materialslag, eftersom en sådan uppdelning inte skulle påverka bedömningen i ärendet. FTI har inte argumenterat närmare i dessa frågor.

I ärendet saknas utredning om hur vanligt det är att t.ex. samma producenter tillverkar hushållsförpackningar av olika materialslag. Det är dock ostridigt att FTI och TMR – som är de enda två företagen som erbjuder producentansvarstjänster för hushållsförpackningar – gör det för kartong, plast och metall. Det är också dessa tre materialslag som omfattas av TMR-avtalet.

Enligt domstolen har det inte framkommit något i ärendet som ger anledning att anta att en avgränsning av separata produktmarknader för olika materialslag eller ett ställningstagande i fråga om i vilken utsträckning verksamhetsförpackningar ingår i den relevanta produktmarknaden skulle påverka bedömningen i ärendet. Det är därför inte nödvändigt att göra några sådana marknadsavgränsningar.

Sammanfattningsvis finner domstolen, i likhet med Konkurrensverket, att den relevanta marknad som FTI och TMR är verksamma på ska avgränsas som marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar av kartong, plast och metall (nedan marknaden för producentansvarstjänster).

När det gäller frågan om det finns en uppströmsmarknad för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar gör domstolen följande bedömning. För att kunna konkurrera på marknaden för producentansvarstjänster är det, som tidigare angetts, nödvändigt att ha tillgång till ett rikstäckande och allmänt tillgängligt insamlingssystem. Det enda existerande rikstäckande insamlingssystemet drivs av FTI och omfattar den infrastruktur som utgörs av ÅVS-systemet.

ÅVS-systemet kompletteras av fastighetsnära insamling och det följer av PAF2018 att sådan insamling ska öka i omfattning i framtiden. I FTI:s broschyr ”Svenskar allt duktigare på källsortering” anges att andelen hushåll med fastighetsnära insamling kommer att bli ännu fler de närmaste åren och att målet är att återvinningsstationer och fastighetsnära insamling ska komplettera varandra. Enligt broschyren kommer vidare återvinningsstationerna även i framtiden att vara ”grunden i det nationella insamlingssystemet”. Det framgår även av FTI:s remissvar på den promemoria som utgör underlag till PAF2018 att FTI bedömer att ÅVS-systemet kommer att vara en del av ett lämpligt insamlingssystem även i framtiden.

Fastighetsnära insamling är endast tillgänglig för de som bor eller verkar i en viss fastighet (se t.ex. Avfallsrådets kriterier för ett lämpligt insamlingssystem). E.H. har uppgett att fastighetsnära insamling inte kan ersätta ÅVS-systemet eftersom de som saknar tillgång till fastighetsnära insamling måste kunna besöka en återvinningsstation. A.W.G. har i förhör förklarat att fastighetsnära insamling är frivilligt men att återvinningsstationer måste finnas för de som inte har tillgång till fastighetsnära insamling eller som behöver göra sig av med större mängder avfall. Under Konkurrensverkets utredning har bl.a. företrädare för Stena Recycling framfört att fastighetsnära insamling endast kan komplettera ÅVS-systemet eftersom det måste finnas platser där konsumenter kan kasta sina förpackningar. FTI:s produktchef Ulrika Eliasson har i förhör under Konkurrensverkets utredning berättat att fastighetsnära insamling är ett komplement till FTI:s insamling genom publika återvinningsstationer vilket är grundsystemet. Fastighetsnära insamling uppfyller alltså

inte det av marknads aktörer uppfattade kravet på att ett lämpligt insamlingsystem måste vara allmänt tillgängligt.

FTI har även argumenterat utförligt kring hur andra alternativa insamlingsmetoder som olika pantsystem m.m. kan utgöra lämpliga insamlingsystem. Enligt domstolen står det dock klart att inte heller dessa insamlingsmetoder, var för sig eller tillsammans, kan ersätta fysiska återvinningsstationer som basen i ett allmänt tillgängligt och rikstäckande insamlingsystem för den som vill erbjuda en producentansvarstjänst för hushållsförpackningar. Som framgår ovan har FTI självt i olika sammanhang också anfört att ÅVS-systemet utgör basen i ett lämpligt insamlingsystem (se t.ex. FTI:s standardavtal för fastighetsnära insamling, FTI:s remissvar på den promemoria som utgör underlag till PAF2018 och FTI:s broschyr ”Svenskar allt duktigare på källsortering”).

För att i dagsläget kunna erbjuda en rikstäckande och allmänt tillgänglig producentansvarstjänst är det alltså nödvändigt att ha tillgång till en infrastruktur av återvinningsstationer. Den enda existerande infrastrukturen av återvinningsstationer utgörs av FTI:s ÅVS-system.

FTI upplåter enligt TMR-avtalet kapacitet i ÅVS-systemet till TMR. Avtalet omfattar inte tillgång till den fysiska infrastrukturen utan FTI sköter hela insamlingen av hushållsförpackningar inklusive transport till s.k. balningsanläggningar. Vid dessa balningsanläggningar hämtar TMR insamlade förpackningar motsvarande den kvotdel av avtal med producenter som TMR har avtal med.

FTI har anfört att TMR-avtalet felaktigt har betecknats som ett nyttjanderättsavtal men att det rätteligen är fråga om ett återförsäljaravtal eftersom TMR återförsäljer exakt samma tjänst som FTI erbjuder sina kunder. Enligt FTI följer vidare bl.a. av att företaget inte äger den fysiska infrastrukturen och att TMR inte fått återvinningsstationerna i sin besittning att det inte kan vara fråga om ett nyttjanderättsavtal.

Det saknas i svensk rätt lagstiftning om återförsäljning. Sådan lagstiftning var på tal vid tillkomsten av lagen (1991:351) om handelsagentur. I sammanhanget gjordes vissa uttalanden om vad som ofta ingick i ensamåterförsäljaravtal (SOU 1984:85 s. 72-73). Någon egentlig definition av vad som utgör återförsäljning är svår att finna. Högsta domstolen gjorde i NJA 2009 s. 672 åtskillnad mellan å ena sidan återförsäljning (köp i fast räkning och vidareförsäljning i eget namn) och å andra sidan kommission och handelsagentur. Vidare konstaterades att vid återförsäljning har parterna ett gemensamt intresse av att finna avsättning för leverantörens varor hos tredje man. På senare tid har även prövats vad som utgör skälig uppsägningstid vid uppsägning av återförsäljaravtal (NJA 2018 s. 19).

Frågan om TMR-avtalets närmare civilrättsliga klassificering är emellertid inte avgörande för den konkurrensrättsliga bedömningen i det här fallet. För konkurrensrättsliga bedömningar av avtals förenlighet med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal m.m. i artikel 101 FEUF och 2 kap 1 § konkurrenslagen kan det t.ex. finnas behov av att ta ställning till om ett avtal utgör ett handelsagentavtal eller hör till den bredare kategorin av s.k. vertikala avtal (innefattande bl.a. leveransavtal och distributionsavtal). Anledningen är att en handelsagents uppgifter anses utgöra del av huvudmannens verksamhet och därför falla utanför tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal m.m. (se kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, OT C 130, 19.05.2010, s. 1, p. 18). Någon sådan bedömning är inte aktuell här.

Det domstolen har att pröva är om FTI:s uppsägning av TMR-avtalet utgör missbruk av dominerande ställning. Domstolen kan konstatera att TMR inte enbart återförsäljer FTI:s producentansvarstjänst till andra producenter. Visserligen utgörs insamlingsdelen av TMR:s producentansvarstjänst i praktiken främst av FTI:s insamling, kompletterad av viss egen fastighetsnära insamling, och det har inte framkommit att TMR tillför något för egen del när det gäller insamlingen genom ÅVS-systemet. Övriga delar av TMR:s producentansvarstjänst, dvs. själva

återvinningstjänsten och administrationstjänsten, utförs dock i TMR:s egen regi. Enligt domstolen kan parternas avtal därför inte anses vara ett återförsäljaravtal.

Vidare saknar det betydelse för bedömningen av om det finns en uppströmsmarknad för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar om TMR-avtalet är korrekt betecknat eller hur det rätteligen borde betecknas, även om domstolen återkommer till frågan nedan. Det är i stället tillräckligt att konstatera att den som vill verka på marknaden för producentansvarstjänster måste ha tillgång till en infrastruktur av återvinningsstationer samt att TMR köper kapacitet i ÅVS-systemet från FTI och sedan erbjuder producenter av hushållsförpackningar en egen komplett producentansvarstjänst i konkurrens med FTI. Det finns alltså en efterfrågan avseende tillgång till en allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar.

Mot denna bakgrund delar domstolen Konkurrensverkets bedömning att det finns en uppströmsmarknad för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar. Marknaden bör definieras som marknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar och består i praktiken av tillgång till FTI:s ÅVS-system.

#### *Relevant geografisk marknad*

Konkurrensverket har funnit att de båda relevanta geografiska marknaderna är nationella. FTI har inte framfört några invändningar mot Konkurrensverkets avgränsningar i detta avseende. Patent- och marknadsdomstolen delar bedömningen att de geografiska marknaderna för producentansvarstjänster samt för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar utgörs av Sverige.



### **Dominerande ställning**

#### *Inledning*

Med en dominerande ställning avses i artikel 102 FEUF att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att denna ställning tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och i sista hand konsumenterna (EU-domstolens dom den 19 april 2012 i mål C-549/10 P, *Tomra*, EU:C:2012:221, p. 38 och den 17 februari 2011 i mål C-52/09, *TeliaSonera*, EU:C:2011:83, p. 23 och 79). Motsvarande gäller enligt 2 kap. 7 § konkurrenslagen.

Konkurrensverket har i det överklagade beslutet funnit att FTI har en dominerande ställning på marknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar i Sverige. FTI har bestritt att bolaget har en dominerande ställning och härvid främst argumenterat utifrån den marknadsavgränsning som FTI anser vara korrekt.

#### *Bedömning*

Som tidigare angetts delar domstolen Konkurrensverkets bedömning att det inte finns något befintligt alternativ till FTI:s ÅVS-system för den som vill erbjuda en producentansvarstjänst för hushållsförpackningar av kartong, plast och metall. FTI har anfört att kommuner som bedriver fastighetsnära insamling konkurrerar med FTI. Eftersom det inte finns någon kommun som erbjuder ett rikstäckande insamlingssystem så kan kommuner dock inte vara verksamma på den uppströmsmarknad som domstolen har avgränsat. FTI har alltså monopol på marknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar. Redan på denna grund föreligger det en mycket stark presumtion för att FTI har en dominerande ställning (se EU-domstolens dom den 3 juli 1991 i mål C-62/86, *AKZO*, EU:C:1991:286, p. 60, och den 13 februari 1979 i mål C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, EU:C:1979:36, p. 40–41).

FTI har framhållit att det finns både svenska och utländska företag som skulle kunna träda in på marknaden genom att etablera ett eget lämpligt insamlingssystem. För att ett företag ska anses vara en potentiell konkurrent på en marknad krävs dock att företaget har faktiska och konkreta möjligheter att träda in på den aktuella marknaden (se t.ex. Tribunalens dom den 29 juni 2012 i mål T-360/09, *E.ON*, EU:T:2012:332, p. 85-87 med vidare hänvisningar). Enligt vad som följer nedan under avsnittet Missbruk av dominerande ställning finns det i detta ärende praktiska hinder som gör det omöjligt, eller i vart fall orimligt svårt, att etablera en parallell infrastruktur till ÅVS-systemet och det finns i vart fall för närvarande inte några alternativa insamlingsmetoder som kan ersätta återvinningsstationerna. Det finns alltså höga inträdeshinder på marknaden och konkurrenstrycket från potentiella konkurrenter till FTI är lågt.

Det finns för närvarande endast ett företag, TMR, som efterfrågar den aktuella insatsvaran, dvs. tillgång till ÅVS-systemet. Det är uppenbart att TMR inte har någon motverkande köpmakt. Vidare anser domstolen att det som FTI anfört om att såväl producenter och konsumenter i vart fall indirekt utövar motverkande köpmakt inte påverkar bedömningen av om FTI har en dominerande ställning.

Sammanfattningsvis delar domstolen Konkurrensverkets bedömning att FTI har en dominerande ställning på marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar i Sverige.

### **Missbruk av dominerande ställning**

#### *Inledning*

Begreppet missbruk är ett objektiva begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad, just på grund av det ifrågavarande företags existens, och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande

konkurrensen upprätthålls eller utvecklas (se *Hoffmann-La Roche*, p. 91, och *AKZO*, p. 69). Förbudet mot missbruk av dominerande ställning är bl.a. tillämpligt när ett företag vidtar en åtgärd på vilken företaget har en dominerande ställning även om åtgärdens effekter uppstår på en annan marknad (se EU-domstolens dom 6 mars 1974 i förenade målen 6/73 och 7/73, *Commercial Solvents*, EU:C:1974:18, p. 21–22 och den 3 oktober 1985 mål 311/84, *CBEM*, EU:C:1985:394, p. 23).

Förbuden i artikel 102 FEUF och 2 kap. 7 § konkurrenslagen omfattar inte endast förfaranden som direkt kan skada konsumenterna utan den avser också missbruk som, genom att det undergräver konkurrensen, kan leda till skada för konsumenterna. Dominerande företag har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden. (se *TeliaSonera*, p. 24 med däri gjorda hänvisningar). Syftet med förbuden är dock inte på något sätt är att hindra ett företag från att, av egen förtjänst, skapa sig en dominerande ställning på marknaden. Bestämmelsen 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 EU-domstolens dom den 6 september 2017 i mål C-413/14 P, *Intel*, EU:C:2017:632, p. 133 med däri gjorda hänvisningar). Slutligen kan noteras att de exempel på missbruk som finns i 2 kap. 7 § konkurrenslagen och artikel 102 FEUF inte är uttömmande.

En viktig utgångspunkt är att även företag som har en dominerande ställning ska ha rätt att kunna välja sina handelspartners och fritt disponera över sina tillgångar (se t.ex. *Bronner*). En motsatt ordning skulle riskera att, särskilt på längre sikt, begränsa konkurrensen genom att dominerande företag förlorar incitament att investera och utvecklas (se Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45, 24.2.2009, s. 7–20, p. 75). Samtidigt har, som ovan nämnts, EU-domstolen framhållit att dominerande företag har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke

snedviden konkurrens inom den gemensamma marknaden (se *TeliaSonera*, p. 24, med vidare hänvisningar).

EU-domstolen har i flera fall prövat om företag har missbrukat sin dominerande ställning genom att avbryta leveranser till befintliga kunder (se t.ex. domstolens dom den 14 februari 1978 i mål 27/76, *United Brands*, EU:C:1978:22, samt *Commercial Solvents* och *CBEM*). I dessa fall har EU-domstolen, under vissa förhållanden, funnit att det dominerande företaget har missbrukat sin dominerande ställning genom leveransavstängning när avstängningen har riskerat att eliminera all konkurrens från den aktuella kunden.

När det gäller leveransvägran har EU-domstolen i *Bronner* – efter att ha kommenterat bl.a. sina tidigare domar den 6 april 1995 i förenade målen C241/91 P och C-242/91 P, *Magill*, EU:C:1995:98, *Commercial Solvents* och *CBEM* – uppställt följande tre kriterier för att ålägga ett dominerande företag leveransplikt (nedan Bronnerkriterierna, se *Bronner* p. 41). 1) Vägran är av beskaffenheten att eliminera all konkurrens från den som efterfrågar tjänsten. 2) Vägran är inte objektivt berättigad. 3) Den aktuella tjänsten är i sig oundgänglig för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte existerar något faktiskt eller potentiellt alternativ.

EU-domstolen har inte i *Bronner* uttalat sig i fråga om de ovan nämnda kriterierna ska vara tillämpliga även på situationer som rör leveransavstängning. Enligt Patent- och marknadsdomstolen går det inte att ur EU-domstolens praxis utläsa någon skyldighet att direkt tillämpa Bronnerkriterierna på leveransavstängningar (jfr Tribunalens dom den 23 oktober 2017 i mål T-712/14, *CEAHR*, EU:T:2017:748, p. 88–90, och Competition Appeal Tribunals dom den 6 juli 2005 i mål 1044/2/1/04, *Burgess*, p. 291–313).

Kommissionen har i sin prioriteringsvägledning för utestängande missbruk angett att det kan finnas anledning att göra skillnad på leveransvägran och leveransavstängning (p. 84). Som skäl för att ställa upp lägre krav för att ingripa med stöd av

konkurrensreglerna vid leveransavstängningar än vid leveransvägran kan anföras att i den förra situationen har uppenbarligen det dominerande företaget gjort bedömningen att det är rationellt att erbjuda en viss insatsvara till de som efterfrågar den. Det skulle vidare kunna beaktas om en kund till det dominerande företaget har gjort investeringar som blir onödiga vid en leveransavstängning. Frågan om investeringar skulle dock även kunna hanteras civilrättsligt. Det kan också noteras att EU-domstolen när det gäller missbruk av dominerande ställning genom marginalpress har framhållit att det saknar betydelse om det är fråga om prissättning som tillämpas på en ny eller en befintlig kund (se domen i *TeliaSonera* p. 90–93).

Det bör också beaktas att om det görs alltför stor skillnad mellan situationer som avser leveransavstängning och leveransvägran får dominerande företag incitament att avstå från att över huvud taget erbjuda andra företag insatsvaror som dessa efterfrågar. Det skulle också finnas en risk för att företag som har eller kan komma att få en dominerande ställning avstår från investeringar vilket, särskilt på längre sikt, kan vara negativt för konkurrensen.

Enligt domstolen bör det mot denna bakgrund ställas relativt höga krav för att en leveransavstängning ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning. I avsaknad av bevisning om en konkurrensbegränsande strategi eller något särskilt otillbörligt agerande hos det dominerande företaget kan det som utgångspunkt inte anses tillräckligt att det företag som blivit avstängt från leveranser inte längre kan konkurrera med det dominerande företaget. Det bör istället normalt krävas att leveransavstängningen är av beskaffenheten att eliminera all effektiv konkurrens på marknaden för producentansvarstjänster (jfr Tribunalens domar den 17 september 2007 i mål T-201/04, *Microsoft I*, EU:T:2007:289, p. 563, och den 9 september 2009 i mål T-301/04, *Clearstream*, EU:T:2009:317, p. 147-148). Även om domstolen inte anser att Bronnerkriterierna är direkt tillämpliga vid leveransavstängningar så ligger det i sakens natur att all effektiv konkurrens på en marknad normalt endast kan elimineras om det saknas alternativ till den aktuella insatsprodukten eller -tjänsten och den

dessutom är omöjlig, eller i vart fall orimligt svår, att ersätta p.g.a. tekniska, lagliga eller ekonomiska hinder (jfr *Bronner* p. 41 och 44).

### *Bedömning*

Som tidigare konstaterats innebär TMR-avtalet att TMR betalar för tillgång till FTI:s ÅVS-system. Avtalet omfattar större delen av insamlingsdelen av TMR:s producentansvarstjänst men kan, enligt vad som tidigare anförts, inte ses som ett återförsäljaravtal. Det kan enligt domstolen inte heller anses vara fråga om ett egentligt nyttjanderättsavtal avseende FTI:s fysiska infrastruktur, utan om att TMR köper en tjänst – kapacitet i ÅVS-systemet – av FTI. Beteckningen av avtalet saknar dock självständig betydelse för bedömningen i ärendet eftersom förbudet mot missbruk av dominerande ställning är tillämpligt på leveransavstängningar av såväl tillgång till infrastruktur som andra varor och tjänster (se t.ex. *CBEM*).

Det har inte framkommit något i ärendet som talar för att FTI har sagt upp TMR-avtalet som ett led i en konkurrensbegränsande strategi eller att FTI genom att säga upp nyttjanderättsavtalet på något annat sätt har agerat otillbörligt. Situationen är inte direkt jämförbar med den som förelåg i t.ex. *United Brands, Clearstream, CBEM* eller *Commercial Solvents*. Samtidigt noterar domstolen att FTI inte har påstått att TMR på något sätt har misskött sina förpliktelser enligt TMR-avtalet eller på annat sätt agerat illojalt eller otillbörligt. Det kan alltså inte heller anses vara fråga om att FTI har sagt upp nyttjanderättsavtalet för att skydda sina affärsintressen i den mening som avses i t.ex. EU-domstolens dom den 16 september 2008 i mål C-468-478/06, *Sot. Lélos kai Sia*, EU:C:2008:504, p. 76.

Ärendet rör leveransavstängning av en befintlig kund. FTI har alltså redan beslutat att erbjuda TMR tillgång till ÅVS-systemet vilket enligt TMR-avtalet har skett mot bakgrund av bl.a. ”de krav som konkurrenslagstiftningen i vissa fall ställer på fri tillgång till etablerad infrastruktur...” (p. 1.7). Vid bedömningen av leveransavstängningens konkurrensbegränsande effekter bör det vidare beaktas att FTI har en monopolställning på uppströmsmarknaden och dessutom en mycket stark

ställning även på nedströmsmarknaden (jfr *TeliaSonera*, p. 81, med däri gjord hänvisning). FTI har framhållit att företaget inte drivs i vinstsyfte och därmed saknar intresse av att vinstmaximera genom att ta ut monopolpriser på marknaden för producentansvarstjänster. Domstolen vill dock understryka att effektiv konkurrens handlar om fler parametrar än pris, t.ex. innovation och kvalitet.

För att FTI:s leveransvägran ska utgöra missbruk av dominerande ställning bör, som tidigare anförts, krävas att leveransavstängningen är av beskaffenheten att eliminera all effektiv konkurrens på marknaden för producentansvarstjänster. Enligt domstolen förutsätter detta att Konkurrensverket visar att det saknas alternativ till FTI:s aktuella tjänst – dvs. kapacitet i ÅVS-systemet – samt att tillgång till tjänsten är omöjlig eller i vart fall orimligt svår att ersätta för den som vill konkurrera effektivt på marknaden för producentansvarstjänster.

Konkurrensverket har anført att det inte finns något alternativ till ÅVS-systemet och att en parallell infrastruktur är omöjlig eller i vart fall orimligt svår att inrätta eftersom det bl.a. saknas tillgång till lämplig mark samt att inrättandet av en sådan infrastruktur inte skulle vara ekonomiskt lönsamt eller samhällsnyttigt. FTI har anført att det finns många olika insamlingsmetoder som utgör alternativ till ÅVS-systemet och att det under alla förhållanden är tekniskt, ekonomiskt och juridiskt fullt möjligt att upprätta ett parallellt ÅVS-system.

Domstolen har ovan konstaterat att fastighetsnära insamling är ett komplement till ÅVS-systemet men att det inte kan ersätta detta. Vidare har domstolen funnit att inte heller de övriga alternativa insamlingsmetoder i form av olika pantsystem m.m. som FTI har argumenterat kring, var för sig eller tillsammans, kan ersätta fysiska återvinningsstationer som basen i ett allmänt tillgängligt och rikstäckande insamlingssystem. Inte heller dessa insamlingsmetoder kan alltså ersätta ÅVS-systemet utan endast komplettera detta.

Mot denna bakgrund anser domstolen att en sådan allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur av återvinningsstationer som ÅVS-systemet är, och under överskådlig tid kommer att fortsätta vara, en nödvändig beståndsdel i ett lämpligt insamlingsystem.

Den fråga domstolen då har att pröva om det till följd av tekniska, lagliga eller ekonomiska hinder skulle vara omöjligt, eller i vart fall orimligt svårt, att bygga upp en parallell rikstäckande och allmänt tillgänglig infrastruktur av återvinningsstationer. Hänsyn ska härvid tas till att en sådan parallell infrastruktur inte nödvändigtvis skulle behöva omfatta lika många återvinningsstationer som FTI:s ÅVS-system, dvs. 5 000–6 000.

Inledningsvis konstaterar domstolen att det är en brist i ärendet att Konkurrensverket inte har lagt fram någon egen utredning om kostnader för att etablera en parallell infrastruktur och om en sådan investering skulle kunna vara lönsam för ett företag som hanterar producentansvarstjänster i en omfattning som är jämförbar med FTI:s. FTI:s planeringschef H.N. har dock uppgett att kostnaden för en återvinningsbehållare uppgår till ca 15 000 kr vilket skrivs av på cirka sju år. Enligt H.N. är kostnaderna för att driva stationer med städning m.m. och framför allt tömningar väsentligt högre än kostnaden för själva behållarna. H.N. har också uppgett att ÅVS-systemet uppskattningsvis står till hälften på kommunal mark, till en fjärdedel på privat mark och att det för en fjärdedel är oklara markförhållanden.

FTI:s styrelseledamot G.H. har anfört att TMR skulle kunna konkurrera om lämplig mark genom att betala högre markhyror än vad FTI gör. Enligt H.N. betalar FTI normalt ingen hyra på kommunal mark men i vissa kommuner t.ex. 2 500 kr per år. FTI betalar ofta inte heller någon hyra till privata fastighetsägare men särskilt till mindre fastighetsägare cirka 5 000 kr per år. H.N. har vidare uppgett att det för stationer med front- eller baklastade behållare krävs cirka 500 kvm mark men att det för krantömda behållare kan räcka med 8–10 kvm. Den senare typen av behållare används bl.a. i Stockholm. Enligt E.H. från Göteborgs stad,



där krantömda behållare också används, krävs dock cirka 60 kvm för en återvinningsstation, plus en lastzon på 15 meter.

Konkurrensverket har, som nämnts ovan, anfört att det inte är möjligt att etablera en parallell infrastruktur p.g.a. platsbrist. FTI har inväntat att krantömda återvinningsstationer endast kräver liten plats och att det inte finns någon utredning om att t.ex. TMR har kontaktat privata markägare för att få hyra mark. När det gäller TMR:s kontakt med Örebro kommun i oktober 2016 där bolaget fått beskedet att det inte finns fysisk plats för ett parallellt återvinningssystem har FTI ifrågasatt om TMR verkligen har haft ett genuint intresse av att få tillgång till mark.

A.L. och H.N. har redogjort för ett antal svenska och utländska aktörer som de anser vara potentiella konkurrenter till FTI. De har dock inte närmare berört frågan hur dessa skulle kunna etablera ett parallellt ÅVS-system. Domstolen noterar också att det i TMR-avtalet uttryckligen anges att "... en parallell etablering av ett rikstäckande insamlingssystem via stationer svårligen kan genomföras eller kostnadsmotiveras..." (p. 1.4).

P.M. har berättat att TMR har försökt men inte lyckats få tillgång till mark för ett parallellt ÅVS-system. Även om P.M. i egenskap av styrelseordförande i TMR har ett eget intresse i ärendet och hans uppgifter därför får värderas med viss försiktighet, så stöds påståendet om platsbrist för återvinningsstationer av de uppgifter som lämnats i ärendet av bl.a. E.H., A.W.G., W.W. och B.S.

Enligt E.H. är det t.ex. svårt att hitta plats för återvinningsstationer i Göteborg trots att stationerna i staden är krantömda och kräver mindre utrymme än traditionella frontlastade. Kommunen har inte heller personella resurser att leta efter lämpliga platser. A.W.G. har uppgett att antalet återvinningsstationer i Lunds kommun har minskat eftersom kommunen, som bedriver insamlingen själv, inte hittar tillräckligt med lämpliga platser. W.W. har berättat att det är svårt

att hitta lämpliga platser för återvinningsstationer i tätbebyggda områden och att FTI inte har kunnat möta behovet av återvinningsstationer på strategiska platser under den tid som bolaget har varit aktivt. Enligt B.S. skulle det vara svårt att hitta plats för ett parallellt system med återvinningsstationer.

Påståendet om att det råder platsbrist för återvinningsstationer i tätorter vinner också visst stöd av Konkurrensverkets kontakter med företrädare för t.ex. Strömsunds och Gotlands kommuner under verkets utredning. I Strömsunds kommun är det brist på centrala och lämpliga platser att etablera återvinningsstationer på. På Gotland är det svårt att hitta lämpliga platser i tätorter som Visby och Hemse, medan det är lättare på landsbygden. FTI:s regionchef A.A. har vidare anfört i förhör under Konkurrensverkets utredning att det skulle behövas fler återvinningsstationer i Stockholm men att det är svårt att få tag på platser och att hon "... tar allt jag får". Dessutom har FTI i ett pressmeddelande den 4 november 2016 angett att både Stockholms stad och FTI har problem med att hitta platser för att sätta upp nya återvinningsstationer.

FTI har understrukt att ÅVS-systemet ser olika ut i olika kommuner och att det i vissa fall bara finns enstaka, eller inte några, insamlingsbehållare. Enligt domstolen ger utredningen i ärendet ändå tydligt stöd för att platsbrist i vart fall i vissa tätorter är ett beaktansvärt problem när det gäller att etablera nya återvinningsstationer. Detta gäller trots det som framkommit i ärendet om att det för vissa typer av återvinningsstationer, t.ex. sådana med krantömda insamlingsbehållare, endast krävs en begränsad markyta jämfört med traditionella front- eller baklastade återvinningsstationer.

Konkurrensverket har inte lagt fram någon utredning om att TMR har kontaktat privata markägare för att få etablera en parallellinfrastruktur med återvinningsstationer. A.W.G. och E.H. har dock uppgett att det är svårt att hitta plats för återvinningsstationer även på privat mark i Lund och Göteborg. Som tidigare nämnts har bl.a. W.W. uppgett att FTI har svårt att hitta tillräckligt med lämpliga platser för sina återvinningsstationer och A.A. har berättat att FTI

har svårt att få tag på platser för återvinningsstationer i Stockholm. Enligt domstolen saknas anledning att anta att det skulle vara lättare för den som vill etablera ett parallellt system att hitta lämpliga platser. Detta gäller särskilt eftersom volymerna av hushållsförpackningar i vissa tätorter kan vara stora och att det då krävs många insamlingsbehållare. A.W.G., W.W. och B.S. har dessutom anfört att återvinningsstationer helst inte ska etableras i nära anslutning till bostäder mot bakgrund av de störningar som avfallshantering medför.

Det har vidare framkommit att såväl flera kommuner som andra aktörer ifrågasätter nyttan med att etablera en parallell infrastruktur med återvinningsstationer. Enligt PAF2018 följer vidare att andelen förpackningsavfall som insamlas genom fastighetsnära insamling kommer att öka i framtiden. Dessutom har det framkommit i ärendet att förhållandena på de i målet relevanta marknaderna är under förändring. Dessa förhållanden medför att incitamenten blir lägre för såväl konkurrerande företag som markägare att investera tid och pengar i ett parallellt ÅVS-system. E.H., B.S. och W.W. har uppgett att etableringen av ett parallellt system inte skulle vara samhällsnyttigt, vara resursslöseri eller inte vara rationellt. Även FTI:s planeringschef H.N. har bekräftat att investeringsviljan i nya återvinningsstationer är relativt låg p.g.a. den osäkerhet som råder om vilken roll fastighetsnära insamling kommer att ha i framtiden. Under Konkurrensverkets utredning har företrädare för Stena Recycling uppgett att det inte skulle vara praktiskt möjligt att etablera ett parallellt rikstäckande system.

Domstolen noterar också att den som vill upprätta en parallell infrastruktur av återvinningsstationer skulle behöva träffa avtal om upplåtelse av mark med ett mycket stort antal privata och offentliga aktörer. Det skulle vidare vara nödvändigt att hantera relativt omfattande administration i samband med ansökningar om bygglov m.m. Detta skulle vara både tidskrävande och kostsamt.

I ärendet har vidare framkommit att ÅVS-systemet etablerades i mitten av 1990-talet i samband med att regler om producentansvar infördes i Sverige. Enligt uppgift från

bl.a. E.H., P.M., H.N. och W.W. samt företrädare för Strömsunds kommun bidrog många kommuner själva med att leta upp lämpliga platser för återvinningsstationer m.m. I Göteborg fick FTI t.ex. – enligt E.H. – ta över omkring 350 återvinningsstationer i samband med att producentansvaret infördes. Det är alltså inte FTI självt, eller något annat företag, som helt av egen kraft har etablerat ÅVS-systemet. Även detta förhållande har viss relevans för bedömningen av om en konkurrent skulle kunna bygga upp en parallell infrastruktur.

FTI har gjort en jämförelse med förhållandena avseende returpapper där Pressretur har vägrat att ge TMR tillträde till sin infrastruktur och där TMR ändå är verksamt. Enligt A.B. från Pressretur utgör platsbrist inget hinder för att etablera ett parallellt system för returpapper. Samtidigt noterar domstolen att A.B. i sitt förhör har uppgett att han inte ser TMR som en fullvärdig konkurrent utan att TMR fungerar som en mäklare av returpapper. Uppgifterna ger närmast stöd för att tillgång till FTI:s ÅVS-system är nödvändigt för att kunna erbjuda en konkurrerande producentansvarstjänst. Det har dessutom framkommit genom förhör med H.N. att återvinning av returpapper sker under andra ekonomiska förutsättningar än återvinningar av förpackningar.

FTI har vidare påtalat att det i Sverige finns två godkända insamlingssystem för elektronikavfall. Domstolen delar dock Konkurrensverkets uppfattning att det är skillnad mellan att samla in elektronikavfall som uppstår sällan och hushållsförpackningar som uppstår ofta. Det har också framkommit att det ena systemet för elektronikavfall samarbetar med det andra, rikstäckande, systemet. Enligt domstolen ger därför inte heller det förhållandet att det finns två godkända insamlingssystem för elektronikavfall stöd för att det saknas hinder mot att inrätta ett parallellt ÅVS-system.

Enligt vad som anförts ovan finns det alltså flera omständigheter som gör det svårt att etablera en parallell infrastruktur. Det allvarligaste hindret utgörs av att det är brist på

lämplig mark för återvinningsstationer i åtminstone vissa tätorter. Platsbrist råder t.ex. i Stockholm och Göteborg trots att det i båda städerna är vanligt med krantömda återvinningsstationer som är mindre utrymmeskrävande. Bristen på lämplig mark för nya återvinningsstationer är enligt domstolen i sig tillräckligt för att det ska anses vara orimligt svårt att etablera ett nytt rikstäckande ÅVS-system. Därtill kommer att det, även om det skulle finnas tillgång till lämplig mark, skulle vara tidskrävande och kostsamt att hantera nödvändig administration kring bl.a. bygglov. Det har samtidigt framkommit att det bland såväl offentliga som privata aktörer är en vanlig uppfattning att det inte finns någon samhällsnytta med att etablera ett parallellt system av återvinningsstationer. När ÅVS-systemet etablerades i mitten av 1990-talet var däremot flera kommuner behjälpliga med att leta upp lämplig mark för återvinningsstationer m.m. Det kan alltså antas vara väsentligt svårare att etablera ett nytt ÅVS-system i dag när många kommuner i stället saknar intresse av att upplåta mark och avsätta resurser för att inrätta ett sådant system. Slutligen ska, enligt PAF2018, fastighetsnära insamling bli den vanligaste insamlingsmetoden i framtiden vilket gör att såväl FTI som dess konkurrenter får ett lägre incitament att investera i återvinningsstationer.

Mot denna bakgrund delar domstolen Konkurrensverkets bedömning att det inte finns några alternativa insamlingsmetoder som kan ersätta ÅVS-systemet och att det skulle vara omöjligt, eller i vart fall orimligt svårt, för en konkurrent till FTI att etablera en parallell infrastruktur (för liknande bedömningar se Tribunalens dom den 24 maj 2007 i mål T-289/01, *Duales System Deutschland*, EU:T: 2007:155, p. 108 ff. och kommissionens beslut den 20 september 2016 i ärende nr AT.39759 – ARA Foreclosure p. 77 ff.). Det saknas alltså faktiska eller potentiella alternativ till ÅVS-systemet och tillgång till systemet är nödvändigt för att TMR, eller något annat företag, ska kunna erbjuda en producentansvarstjänst. FTI:s uppsägning av TMR-avtalet skulle alltså medföra att TMR tvingas lämna marknaden för producentansvarstjänster.

Som tidigare anförts är det dessutom höga inträdeshinder på marknaden för producentansvarstjänster och konkurrenstrycket från potentiella konkurrenter är lågt. Om FTI inte erbjuder tillgång till ÅVS-systemet skulle således FTI under en överskådlig framtid vara den enda aktören på marknaden för producentansvarstjänster. Kriteriet att all effektiv konkurrens på marknaden för producentansvarstjänster skulle elimineras är alltså uppfyllt och FTI:s leveransavstängning kan därmed utgöra missbruk av dominerande ställning.

FTI har anført att företagets leveransavstängning inte under några förhållanden bör anses utgöra missbruk eftersom TMR inte erbjuder en innovativ tjänst (jfr EU-domstolens dom den 29 april 2004 i mål C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257, p. 49, *Magill*, p. 54, och *Microsoft I*, p. 658, samt kommissionens prioriteringsvägledning om utestängande missbruk, p. 87). Enligt Patent- och marknadsdomstolen följer av EU-domstolens nämnda praxis att frågan om en konkurrent hindras från att föra ut innovativa varor eller tjänster i och för sig kan ha relevans för missbruksbedömningen men att det inte är en nödvändig förutsättning för att FTI ska ha missbrukat sin dominerande ställning att TMR erbjuder en ny eller bättre producentansvarstjänst än FTI. I det förevarande ärendet är det tillräckligt att konstatera att TMR är FTI:s enda befintliga konkurrent på marknaden för producentansvarstjänster, att det saknas potentiella konkurrenter och att konkurrens typiskt sett stimulerar innovation m.m. Det som FTI anført i denna del påverkar därför inte domstolens bedömning. Det kan ändå noteras att det har framkommit i ärendet att TMR har bidragit till att utveckla en kompositslipers för järnväg där plastförpackningar används som råvara.

Slutligen noterar domstolen att FTI med hänvisning till bl.a. EU-domstolens avgörande i *Intel*, har berört förhållandet att konkurrensreglerna inte har som mål att skydda mindre effektiva konkurrenter (se p. 133 f.). FTI har dock inte uttryckligen påstått att TMR skulle vara mindre effektivt än FTI på marknaden för producentansvarstjänster. Under alla förhållanden finns inte någon utredning som ger stöd för att TMR skulle vara mindre effektivt än FTI på den marknaden. Tvärtom framgår av utredningen att TMR lyckats ta en marknadsandel om 5–10 procent under den period företaget fått

tillgång till ÅVS-systemet. Vidare har TMR enligt FTI:s egna uppgifter till Konkurrensverket under verkets utredning vunnit ett antal kunder från FTI. Domstolen noterar dessutom att det anges i FTI:s varumärkesplattform att TMR har lägre pris än FTI. Inte heller FTI:s argumentation i denna del påverkar alltså domstolens bedömning.

Sammanfattningsvis finner domstolen, i likhet med Konkurrensverket, att FTI genom att säga upp TMR-avtalet har missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för allmänt tillgänglig och rikstäckande infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar i Sverige.

### **Objektivt godtagbara skäl**

#### *Inledning*

Om det förekommer konkurrensbegränsande verkningar som ska tillskrivas ett dominerande företag, kan företaget ändå rättfärdiga sådana ageranden. Det dominerande företaget kan särskilt visa antingen att dess beteende är objektivt nödvändigt eller att den utestängningseffekt som beteendet ger upphov till kan motvägas eller rentav uppvägas av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten. Det ankommer då på det dominerande företaget 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 (se EU-domstolens dom den 27 mars 2012 i mål C-209/10, *Post Danmark*, EU:C:2012:172, p. 41 med däri gjorda hänvisningar).

Det är alltså FTI som har att visa att företaget har haft objektivt godtagbara skäl för att säga upp nyttjanderättsavtalet. Eftersom utgångspunkten är att även ett dominerande företag fritt ska kunna välja sina handelspartners bör kraven i ett ärende som rör

leveransavstängning inte ställas alltför högt (jfr kommissionens prioriteringsvägledning om utestängande missbruk, p. 90).

### *Bedömning*

FTI har i huvudsak åberopat skäl hänförliga till företagets kontroll över de förpackningar som återvinns genom TMR:s försorg. Enligt FTI är denna bristande kontroll bl.a. negativt för FTI:s möjligheter att bygga upp ett högt förtroende hos konsumenterna och producenter genom att t.ex. införa en hög miljöstandard och en återvinningsgaranti samt i förlängningen för FTI:s varumärke och incitament att utveckla ÅVS-systemet. FTI har också påtalat att företaget har en högre ambitionsnivå när det gäller återvinningsmål m.m. än vad lagstiftningen kräver och att företaget inte drivs med vinstsyfte.

Det som FTI anfört om att företaget får lägre incitament att utveckla ÅVS-systemet om de måste upplåta kapacitet till konkurrenter har bekräftats av bl.a. G.H. Enligt domstolen torde det ofta ligga i sakens natur att ett dominerande företag som tvingas leverera t.ex. tillgång till en infrastruktur får lägre incitament att investera i den. Som tidigare nämnts medför detta förhållande att det bör ställas höga krav för att ge konkurrensreglerna företräde framför avtalsfriheten. Domstolen har dock i det föregående avsnittet funnit att det är orimligt svårt att ersätta ÅVS-systemet och att tillgång till ÅVS-systemet är en förutsättning för att ett företag ska kunna konkurrera på marknaden för producentansvarstjänster i Sverige. FTI har inte på något sätt konkretiserat att t.ex. några särskilda investeringar inte har kommit till stånd till följd av TMR-avtalet. Som tidigare anförts har också FTI:s planeringschef H.N. berättat att investeringsviljan i nya återvinningsstationer är relativt låg p.g.a. den osäkerhet som råder om vilken roll fastighetsnära insamling kommer att ha i framtiden. I sammanhanget noterar domstolen att FTI enligt TMR-avtalet har tillåtelse att kontinuerligt anpassa ÅVS-systemet. Domstolen anser därmed inte att det som FTI har anfört om bristande incitament att investera i ÅVS-systemet kan anses utgöra objektiva godtagbara skäl för att säga upp TMR-avtalet.



När det gäller FTI:s påståenden om intresset av att kunna införa en miljöstandard eller en återvinningsgaranti m.m. så har dessa visst stöd i utredningen. Av FTI:s underlag till det styrelsesammanträde vid vilket FTI tog beslut om att säga upp TMR-avtalet framgår att en fördel med att säga upp avtalet är att FTI får kontroll över sitt varumärke och får bättre möjligheter att kontrollera kvaliteten på materialåtervinnningen. I protokollet från det aktuella styrelsesammanträdet anges också att exempel på kommunikation utåt om skälen för uppsägningen av TMR-avtalet kan vara att FTI vill ha bättre koll på sina avtalsparter.

Flera av de förhörspersoner som har anknytning till FTI har också uppgett att de anser att TMR har lägre ambitioner än FTI i fråga om t.ex. återvinningsmål och konsumentupplysning. Dessa uppgifter vinner visst stöd av de jämförelser som FTI gjort av bl.a. utdrag ur FTI:s och TMR:s årsredovisningar och skärmdumpar från företagets hemsidor. K.B. från Polarbröd har vidare uppgett att hon anser det vara problematiskt att FTI p.g.a. samarbetet med TMR inte kan garantera vad som händer med samtliga de förpackningar som samlas in. Domstolen noterar dock att K.B., som är styrelseledamot i FTI, inte förefaller ha känt till att FTI vill införa någon form av återvinningsgaranti.

Enligt domstolen kan det inte anses vara upp till det dominerande företaget FTI att styra vilka standarder som ska gälla i fråga om konsumentupplysning och återvinningsmål m.m. Som tidigare nämnts har det inte heller framkommit något i ärendet som ger stöd för att TMR har brutit mot några regler på området eller mot villkoren i TMR-avtalet eller att TMR på annat sätt har agerat illojalt eller otillbörligt. P.M. har vidare uppgett att FTI inte har utnyttjat möjligheten till granskning av de uppgifter som TMR rapporterar till FTI som FTI har rätt till enligt TMR-avtalet. Enligt FTI saknar dock företaget möjligheter att granska TMR:s underleverantörer. Slutligen noterar domstolen att det anges i FTI:s varumärkesplattform att TMR enligt egen uppgift når högre materialåtervinningsgrader än FTI.

Vid den avvägning som ska göras måste dessutom beaktas att en uppsägning av TMR-avtalet skulle medföra att all effektiv konkurrens på marknaden för producentansvarstjänster elimineras under överskådlig tid. Även om FTI i viss utsträckning har haft ett berättigat intresse av att kunna få bättre kontroll över hur återvinning sker av de hushållsförpackningar som samlas in i ÅVS-systemet så har FTI inte visat att det inte fanns någon mindre ingripande åtgärd, t.ex. omförhandling av TMR-avtalet, som företaget kunde ha vidtagit. Här noterar domstolen särskilt att FTI:s ledningsgrupp rekommenderade en omförhandling av TMR-avtalet i stället för en uppsägning. Inte heller det som FTI anfört i denna del kan därför anses utgöra objektiva godtagbara skäl för uppsägningen av TMR-avtalet.

Sammanfattningsvis finner domstolen, i likhet med Konkurrensverket, att FTI inte har visat att företaget har haft objektiva godtagbara skäl för att säga upp TMR-avtalet. FTI:s överklagande ska därför avslås.

### **Samhandelseffekt**

Artikel 102 FEUF har motsvarande innehåll som 2 kap. 7 § konkurrenslagen. För att förbudet i artikel 102 FEUF ska vara tillämpligt tillkommer ett krav på att missbruket av den dominerande ställningen omfattar den inre marknaden eller en väsentlig del av denna, samt att det kan påverka handeln mellan medlemsstater.

Samhandelskriteriet i artikel 102 FEUF är uppfyllt om missbruket kan påverka handeln mellan medlemsstater. Med uttrycket handel täcks all gränsöverskridande ekonomisk verksamhet. Kravet på att det ska finnas en effekt på handeln mellan medlemsstater innebär att flödet av varor och tjänster mellan minst två medlemsstater påverkas.

Ett missbruk av dominerande ställning på en marknad som omfattar en hel medlemsstat anses normalt sett påverka handeln mellan medlemsstaterna (se t.ex. EU-domstolens dom den 9 november 1983 i mål 322/81, *Michelin*, EU:C:1983:313, p. 103).

Vid en samlad bedömning finner domstolen, i likhet med Konkurrensverket, att FTI:s missbruksagerande skulle kunna påverka handeln mellan medlemsstater och att det alltså föreligger samhandelseffekt. Enligt domstolen är FTI:s agerande förbjudet även enligt artikel 102 FEUF.

### **Åläggandets utformning m.m.**

#### *Inledning*

Enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen får Konkurrensverket ålägga ett företag att upphöra med en överträdelse av bl.a. förbudet i 2 kap. 7 § samma lag. Hur ett åläggande bör utformas får avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Ett åläggande kan t.ex. utformas som en skyldighet att upphöra med att tillämpa ett förbud för farande eller som ett rättelseåläggande (se MD 2012:16 och prop. 1992/93:56 s. 90).

Ett vitesåläggande måste vara tillräckligt tydligt för att adressaten ska veta vad som krävs för att inte riskera att behöva betala vitet (se RH 2016:25 med vidare hänvisningar). På konkurrensrättens område är det dock vanligt förekommande att ett företag förbjuds att tillämpa ett visst förfarande som strider mot konkurrensreglerna utan att det uttryckligen anges vilket förfarande som i stället är önskvärt. Ett skäl till detta är att det inte är lämpligt att myndigheter eller domstolar i detalj reglerar vilket pris eller andra villkor företag ska tillämpa i sina affärsrelationer.

#### *Bedömning*

Konkurrensverket har i det överklagade beslutet ålagt FTI att återkalla uppsägningen av nyttjanderättsavtalet. FTI har anfört att om överklagandet avslås så innebär det i praktiken en evig kontraheringsplikt, vilket skulle vara orimligt.

Det domstolen har prövat i ärendet är dock enbart om FTI har missbrukat sin dominerande ställning genom att under rådande förutsättningar säga upp hela TMR-avtalet. Domstolen har funnit att så är fallet. Detta innebär däremot inte att domstolen har tagit ställning till om FTI är skyldigt att fortsätta erbjuda TMR tillgång till samtliga

delar som omfattas av TMR-avtalet. Domstolen har t.ex. inte prövat om FTI måste fortsätta erbjuda TMR tillgång till ÅVS-systemet avseende samtliga materialslag i hela Sverige, tillgång till samtliga tjänster som omfattas av TMR-avtalet eller vilka närmare villkor i fråga om t.ex. pris och kontrollmöjligheter som ska gälla i fortsättningen. Det är upp till det dominerande företaget FTI att självt göra nödvändiga överväganden avseende framtida förhållanden.

Domstolen anser att det av Konkurrensverket förelagda vitesbeloppet om 20 000 000 kr är skäligt.

### **Rättegångskostnad**

Eftersom FTI är förlorande part ska företaget stå sin egen rättegångskostnad.

### **Sekretess**

Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) bör fortsätta att vara tillämplig i enlighet med vad som anges i beslutet.

### **BESLUT**

1. Patent- och marknadsdomstolen avslår Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB:s överklagande. Konkurrensverkets beslut står därmed fast.
2. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska, i den mån uppgifterna inte tagits in i detta beslut, fortsatt vara tillämplig på uppgifterna i aktbil. 30, aktbil. 66, aktbil. 67, aktbil. 101, aktbil. 103, aktbil. 104, aktbil. 111, aktbil. 122, aktbil. 165 utom de uppgifter som framgår av aktbil. 200 s. 29, aktbil. 201 och aktbil. 202 vilka vid sammanträde lagts fram inom stängda dörrar.
3. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen ska, i den mån uppgifterna inte har tagits in i detta beslut, fortsatt vara tillämplig på de uppgifter

som framkommit i förhör inom stängda dörrar med G.H., P.M. och A.L.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 2 (PMD-13)

Överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 11 februari 2019. Prövningstillstånd krävs.

Daniel Severinsson  
Protokollet uppvisat/



**KONKURRENSVERKET**  
Swedish Competition Authority

BESLUT  
2018-02-02

STOCKHOLMS TINGSRÄTT  
Dnr 583/2018  
Aktbil. 3006  
2019-01-18  
HEMLIG  
jämlik köp 1 §  
Offentlighets- och sekretesslagen  
512 2018  
KONKURRENSVERKET

STOCKHOLMS TINGSRÄTT  
Awd. 5  
2018-02-27  
Ad. PMA 27418  
Aktbil. 26

**SVEA HOVRÄTT**  
Ink 2018-02-26  
Månr  
Aktbilaga

## Part

Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB, org. nr 556665-4090  
Box 17033, 104 62 Stockholm

Ombud: Advokaten [REDACTED] Advokatfirman Delphi  
Box 1432, 111 84 Stockholm

## Saken

Missbruk av dominerande ställning enligt 2 kap. 7 § konkurrenslagen (2008:579)  
och artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

## Beslut

Med stöd av 3 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) meddelar Konkurrensverket  
följande åläggande.

1. Svenska Förpackning- och Tidningsinsamlingen AB ska återkalla uppsägningen av det avtal om upplåtelse av nyttjanderätt till FTI:s infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar via ÅVS-systemet som tecknades i februari 2012 mellan Svenska Förpackning- och Tidningsinsamlingen AB och TMResponsibility AB.
2. Punkt 1 ska ha genomförts senast den 15 mars 2018.
3. Svenska Förpackning- och Tidningsinsamlingen AB ska skriftligen informera Konkurrensverket när bolaget vidtagit åtgärder enligt p. 1–2.
4. Åläggandet förenas med vite om tjugo miljoner (20 000 000) kronor.

Beslutet gäller omedelbart.

Adress 103 85 Stockholm  
Besöksadress Torsgatan 11  
Telefon 08-700 16 00  
Fax 08-24 55 43  
konkurrensverket@kkv.se

## Innehåll

<b>Part</b> .....	<b>1</b>
<b>Saken</b> .....	<b>1</b>
<b>Beslut</b> .....	<b>1</b>
<b>Sammanfattning</b> .....	<b>4</b>
<b>Bakgrund</b> .....	<b>5</b>
Producentansvar för insamling och återvinning av förpackningsavfall .....	5
Inledning .....	5
Insamling.....	6
Återvinning.....	6
Marknadsförhållanden.....	6
Inledning .....	6
Det landsomfattande ÅVS-systemet .....	7
Fastighetsnära insamling .....	7
Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB .....	8
FTI:s verksamhet .....	8
FTI:s verksamhet avseende fastighetsnära insamling .....	9
FTI:s upplåtelse av nyttjanderätt till infrastrukturen av återvinningsstationer .....	9
TMResponsibility AB .....	10
TMR:s verksamhet .....	10
Ärendet.....	10
<b>Skälen för Konkurrensverkets beslut</b> .....	<b>11</b>
Inledning .....	11
Företag.....	11
Relevant marknad.....	11
Utgångspunkter för bedömningen.....	11
Relevanta produktmarknader.....	13
Inledning .....	13
Marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar.....	13
Marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar .....	17
Relevanta geografiska marknader.....	17
Dominerande ställning.....	18
Missbruk av en dominerande ställning.....	18
Utgångspunkter för bedömningen.....	18
Tillgång till ÅVS-systemet är nödvändigt för att den som efterfrågar tjänsten ska kunna bedriva sin verksamhet .....	20



Vägran att upplåta ÅVS-systemet eliminerar all konkurrens på marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar.....	24
Objektivt godtagbara skäl.....	25
Tillämpning av artikel 102 FEUF.....	26
Sammanfattande slutsats avseende frågan om missbruk av en dominerande ställning.....	26
<b>Sanktion mot överträdelsen.....</b>	<b>26</b>
Åläggande att upphöra med överträdelsen.....	26
Vite.....	27
Hur man överklagar.....	27



## Sammanfattning

Sedan år 1994 åligger det den som säljer en vara vilken omsluts av en förpackning att samla in och återvinna förpackningen när den blir till avfall ("producentansvar"). I Sverige finns det uppskattningsvis ca 10 000 förpackningsproducenter som träffas av denna skyldighet. För att lösa detta ansvar i praktiken bildades vid producentansvarets införande Svenska Förpackning- och Tidningsinsamlingen AB ("FTI").

FTI driver Sveriges enda rikstäckande och publika infrastruktur för insamling av förpackningsavfall från hushåll ("ÅVS-systemet"). Avseende de materialslag som omfattas av detta beslut består infrastrukturen av ca 5 100 publika återvinningsstationer som utgör basen för FTI:s producentansvarstjänst. Denna typ av tjänst innebär att FTI åtar sig gentemot enskilda förpackningsproducenter att mot ersättning samla in och återvinna förpackningsavfall i den utsträckning som krävs för att producenten ska leva upp till producentansvaret.

Sedan år 2012 har FTI upplåtit kapacitet i ÅVS-systemet till TMRResponsibility AB ("TMR") som konkurrerar med FTI på marknaden för producentansvarstjänster. År 2016 beslutade FTI att säga upp det nyttjanderättsavtal som låg till grund för upplåtelsen. Efter att någon förhandling kring uppsägningen inte kommit till stånd lämnade TMR in ett klagomål till Konkurrensverket i vilket bolaget gör gällande att uppsägningen av nyttjanderättsavtalet utgör en överträdelse av konkurrenslagen.

Konkurrensverket har utrett om uppsägningen står i strid med konkurrenslagens förbud mot missbruk av en dominerande ställning.

Utgångspunkten vid bedömningen av en leveransvägran är att företag har rätt att fritt välja handelspartner och fritt disponera över sina tillgångar. Under vissa förutsättningar kan emellertid ett dominerande företags vägran att leverera till kunder utgöra ett förfarande som strider mot konkurrenslagen.

Konkurrensverket har funnit att FTI:s infrastruktur utgör en sådan nyttighet som bolaget är skyldigt att upplåta eftersom det idag saknas alternativ till infrastrukturen som insatsvara på marknaden för producentansvarstjänster. Om uppsägningen av nyttjanderättsavtalet tillåts träda i kraft elimineras all konkurrens på denna marknad. Uppsägningen är inte heller objektivt berättigad.

Konkurrensverket ålägger därför FTI att återkalla uppsägningen av det aktuella nyttjanderättsavtalet.

## Bakgrund

### Producentansvar för insamling och återvinning av förpackningsavfall

#### Inledning

- 1 Varje kommun ansvarar för att hushållsavfall inom kommunen återvinns eller bortskaffas.<sup>1</sup> År 1994 bröts emellertid ansvaret för förpackningsavfall ut från den kommunala avfallshanteringen och flyttades till den som producerat förpackningen.<sup>2</sup> Detta gjordes utifrån principen att "förorenaren betalar" i syfte att ge producenterna incitament att medverka till att mängden avfall minskade och att återvinningen ökade.<sup>3</sup>
- 2 Producentansvaret innebär att den som producerar förpackningar har både det ekonomiska och fysiska ansvaret för att samla in och hantera sina förpackningar när de blir till avfall.<sup>4</sup> För varje materialslag anges i förordningen ett mål för materialutnyttjandegrad.<sup>5</sup>
- 3 Ifråga om regelverkets utformning uttalades vid producentansvarets införande bl.a. att "*[s]tatens roll är att ange mål och riktlinjer samt att skapa det regelsystem inom vilket de olika aktörerna skall verka. Från statsmakternas synpunkt är en sådan ordning att föredra som innebär att marknaden självmant utformar och tillämpar system som leder till de uppsatta målen. Statlig detaljreglering skall helst inte behöva tillgripas.*"<sup>6</sup> Det uttalades även att "*[i] den mån de miljöpolitiska målen kan uppnås utan tvångsåtgärder bör frivilliga lösningar eftersträvas.*"<sup>7</sup>
- 4 I dag regleras producentansvaret för förpackningar huvudsakligen i den äldre förordningen (2006:1273) om producentansvar för förpackningar ("ÅPAF") och den nya förordningen (2014:1073) om producentansvar för förpackningar ("PAF").<sup>8</sup> Förordningarna har meddelats med stöd av bestämmelser i 15 kap. miljöbalken. Regelverket befinner sig i en övergångsperiod eftersom ÅPAF visserligen är upphävd, men fortfarande gäller i centrala delar i enlighet med övergångsbestämmelser i PAF.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Se 15 kap. 20 § miljöbalken, MB.

<sup>2</sup> Prop. 1992/93:180 s. 70, prop. 2002/03:117 s. 50 samt 15 kap. 21 § MB.

<sup>3</sup> Prop. 1992/93:180 s. 56.

<sup>4</sup> För definition av "producent", se 6 § förordningen (2014:1073) om producentansvar för förpackningar, PAF, samt 15 kap. 9 § MB. För definition av "förpackning", se 5 § PAF.

<sup>5</sup> Se 1 § 4 och 14–23 §§ PAF.

<sup>6</sup> Prop. 1992/93:180 s. 2.

<sup>7</sup> Prop. 1992/93:180 s. 52.

<sup>8</sup> Som samlingsnamn till nu gällande bestämmelser avseende producentansvar för förpackningar anges i detta beslut "producentansvarsförordningen".

<sup>9</sup> Genom förordningen (2017:167) föreskrivs vissa förändringar i dessa övergångsbestämmelser.

#### Insamling

- 5 När det gäller att *samla in* förpackningsavfall framgår av 25 § första stycket ÄPAF att en producent ska se till att det finns ett *lämpligt insamlingssystem* för förpackningar som är hänförliga till producenten.<sup>10</sup>
- 6 Ett insamlingssystem anses lämpligt om det är lättillgängligt, underlättar för den som innehar förpackningsavfall att lämna det ifrån sig och i övrigt ger god service åt dem som ska lämna förpackningsavfall till systemet, 25 § andra stycket ÄPAF. Vid bedömningen av om insamlingssystemet är att anse som lämpligt ska särskild hänsyn tas till det som vid samråd enligt 26 § framkommit om förhållandena i kommunen, 25 § tredje stycket ÄPAF.
- 7 Utöver vad som redan framgår av producentansvarsförordningen har Naturvårdsverket inte meddelat några verkställighetsföreskrifter för tillämpningen av förordningen, till exempel vad gäller frågan om vad som kan anses utgöra ett lämpligt insamlingssystem.<sup>11</sup>
- 8 Hushållen har ålagts en skyldighet att sortera ut förpackningsavfall från annat avfall och lämna detta i de insamlingssystem som producenten eller kommunen tillhandahåller.<sup>12</sup>

#### Återvinning

- 9 När det gäller att *hantera* de förpackningar som samlats in ska producenten se till att förpackningarna transporteras bort samt återanvänds, återvinns eller tas om hand på annat miljömässigt godtagbart sätt, 29 § ÄPAF. Denna verksamhet benämns i detta beslut för "återvinning".

#### Marknadsförhållanden

##### Inledning

- 10 Så som producentansvaret är reglerat faller ansvaret för att samla in och återvinna förpackningar på varje enskild förpackningsproducent. Uppskattningsvis finns ca 10 000 berörda förpackningsproducenter i Sverige. För att kunna leva upp till producentansvaret i praktiken bildade ett flertal företag och organisationer år 1994 Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB ("FTI") som fick i uppdrag att organisera insamling och återvinning i enlighet med förordningen.<sup>13</sup> En producent som ansluter sig till FTI och erlägger en avgift får tillgång till FTI:s insamling och återvinning så att producenten kan leva upp till sina skyldigheter enligt förordningen. Denna typ av tjänst benämns i detta beslut "producentansvarstjänst".

<sup>10</sup> Jfr även prop. 2002/03:117 s. 53.

<sup>11</sup> Naturvårdsverkets möjlighet att meddela sådana föreskrifter följer av 34 § ÄPAF och 63 § PAF.

<sup>12</sup> 4 § PAF med hänvisning till 24 a och 24 b §§ avfallsförordningen (2011:927).

<sup>13</sup> Jfr FTI:s anvisningar den 17 juni 2015, ab 44, s. 6.

- 11 Av praktiska skäl skiljer sig hanteringen av förpackningar åt beroende på var de slutligen hamnar. Förpackningar som slutligen når eller hamnar hos konsument eller hushåll benämns "hushållsförpackningar" medan förpackningar som slutligen når eller hamnar hos företag, industri eller annan verksamhet benämns "verksamhetsförpackningar".<sup>14</sup>
- 12 Detta beslut avser endast hushållsförpackningar av materialslagen plast, metall och kartong.

#### Det landsomfattande ÅVS-systemet

- 13 För att samla in *hushållsförpackningar* har FTI sedan starten 1994 drivit och utvecklat en landsomfattande infrastruktur av publika och obemannade återvinningsstationer till vilka hushåll vederlagsfritt kan lämna sitt förpackningsavfall.
- 14 Avseende de materialslag som omfattas av detta beslut består infrastrukturen av ca 5 100 återvinningsstationer. För att tömma och underhålla stationerna anlitar FTI olika underentreprenörer. Dessa återvinningsstationer, i kombination med de kringtjänster som behövs för att driva insamlingsverksamheten, benämns i detta beslut "ÅVS-systemet".<sup>15</sup>
- 15 ÅVS-systemet är ett s.k. "bring-system" vilket innebär att hushållen själva måste ta sig till platsen för återvinningsstationen för att kunna lämna sitt avfall till återvinning.

#### Fastighetsnära insamling

- 16 Utöver ÅVS-systemet samlas det i Sverige in hushållsförpackningar genom så kallad fastighetsnära insamling ("FNI").
- 17 I motsats till ÅVS-systemet, vars publika återvinningsstationer är tillgängliga för alla hushåll, inrättas fastighetsnära insamling i, eller i nära anslutning till, en fastighet för de som bor eller verkar inom fastigheten.<sup>16</sup> I den bemärkelsen utgör FNI en ökad service för de boende inom fastigheten. För flerbostadshus är fastighetsnära insamling oftast detsamma som tillgång till ett miljörum eller miljöhus medan det för villor ofta rör sig om så kallade flerfackskårl i vilka de olika materialslagen sorteras separat.<sup>17</sup>
- 18 Fastighetsnära insamling etableras genom att den fastighetsägare som efterfrågar någon form av sådan insamling på frivillig väg anlitar och bekostar en avfallsentreprenör eller sin kommun (i den mån FNI alls erbjuds) som hämtar

<sup>14</sup> Ab 44, s. 9 f. Jfr Nyttjanderättsavtalet, ab 7, p. 1.3–1.5 och p. 1.8.

<sup>15</sup> Se l.ex. bilaga 1 till Nyttjanderättsavtalet, ab 7.

<sup>16</sup> Se Avfallsrådets definition av fastighetsnära insamling, ab 131, s. 92. Jfr FTI:s guide till fastighetsägare, ab 157, s. 2 samt Allmänna villkor för FNI, ab 206, p. 5.

<sup>17</sup> Ab 157, s. 2.

avfallet från fastigheten. Vilka materialslag som ska hämtas och i vilken omfattning bestäms av fastighetsägaren.

- 19 FNI beskrivs ofta som en konkurrensutsatt insamlingsmarknad<sup>18</sup> där olika avfallsentreprenörer kan konkurrera om att sälja FNI-tjänster till enskilda fastighetsägare. Till skillnad från att erbjuda FNI-tjänster till flerbostadshus kan dessa avfallsentreprenörer ha svårt att nå lönsamhet avseende FNI för villahushåll. För att få till stånd FNI för villor krävs ofta att kommunen engagerar sig i en sådan tjänst.
- 20 År 2015 hade ca 30 procent av hushållen tillgång till någon form av fastighetsnära insamling.<sup>19</sup> Ungefär en tredjedel av alla hushållsförpackningar i Sverige samlas in fastighetsnära.<sup>20</sup>

### Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB

#### FTI:s verksamhet

- 21 FTI erbjuder förpackningsproducenter att mot ersättning fullgöra producentens skyldigheter enligt producentansvarsförordningen att organisera ett lämpligt insamlingssystem och återvinna det insamlade avfallet.<sup>21</sup>
- 22 Basen för FTI:s *insamlingsverksamhet* utgörs av det egna ÅVS-systemet. I ett fåtal kommuner organiserar FTI ingen egen insamlingsverksamhet, utan har istället träffat avtal med dessa kommuner om att kommunerna bedriver förpackningsinsamling åt FTI.<sup>22</sup>
- 23 För att *återvinna* det insamlade materialet anlitar FTI olika återvinningsföretag.<sup>23</sup>
- 24 FTI:s verksamhet finansieras huvudsakligen genom att anslutna producenter betalar en s.k. förpackningsavgift som baseras på den mängd förpackningar producenten sätter på den svenska marknaden.<sup>24</sup> Till viss del finansieras FTI:s verksamhet även genom de intäkter som försäljningen av insamlat och återvunnet avfall genererar.<sup>25</sup>

<sup>18</sup> Se t.ex. FTI:s avtal med Lunds kommun, ab 80, p. 1.5.

<sup>19</sup> FTI:s guide till avfallsentreprenörer, ab 159, s. 5.

<sup>20</sup> Ab 44, s. 6.

<sup>21</sup> Se bl.a. Samverkansavtal mellan Stockholms stad och FTI, ab 67, p. 1.4, samt utdrag från FTI:s hemsida ab 152.

<sup>22</sup> T.ex. Lund, Osby och Östra Göinge (Ögrab).

<sup>23</sup> Se avtal mellan FTI och Fiskeby board, ab 190, avtal mellan FTI och Stena aluminium, ab 191, avtal mellan FTI och Sweroc, ab 238.

<sup>24</sup> Se t.ex. FTI:s årsberättelse 2015, ab 250, s. 19.

<sup>25</sup> Ab 44, s. 7.

FTI:s verksamhet avseende fastighetsnära insamling

- 25 FTI verkar även för att den fastighetsnära insamlingen i Sverige ska byggas ut. Det görs bland annat genom att FTI erbjuder en förmedlingstjänst genom vilken fastighetsägare som önskar inrätta FNI kan lämna en offertförfrågan som vidarebefordras till de konkurrerande avfallsentreprenörer som finns upptagna i FTI:s register.<sup>26</sup>
- 26 I de fall fastighetsägaren väljer att anlita den förmedlade entreprenören är det fastighetsägaren som betalar entreprenören för denna insamlingstjänst. FTI har alltså ingen avtalsrelation med fastighetsägaren.
- 27 I förhållande till FTI åtar sig den förmedlade entreprenören att överlämna det insamlade avfallet till FTI som i gengäld betalar en viktbaserad ersättning till entreprenören.<sup>27</sup>

FTI:s upplåtelse av nyttjanderätt till infrastrukturen av återvinningsstationer

- 28 Sedan 2012 har FTI mot ersättning upplåtit kapacitet i ÅVS-systemet till TMRresponsibility AB ("TMR") som i konkurrens med FTI erbjuder producentansvarstjänster för förpackningar av plast, metall och kartong. TMR fick tillträde till ÅVS-systemet år 2012 efter att parterna slutit ett avtal om nyttjanderätt till ÅVS-systemet ("Nyttjanderättsavtalet").<sup>28</sup>
- 29 Genom denna tjänst tillhandahåller FTI sin rikstäckande infrastruktur av publika och obemannade återvinningsstationer avsedda att ta emot hushållsförpackningar i syfte att leva upp till kraven i producentansvarsförordningen (denna tjänst benämns här efter "Infrastrukturupplåtelsen"). I upplåtelsen ingår även insamling i de kommuner som FTI slutit avtal med (se p. 22 ovan). Däremot ingår inte FTI:s verksamhet avseende fastighetsnära insamling i upplåtelsen.
- 30 Rent praktiskt innebär Nyttjanderättsavtalet att TMR, från vissa anvisade upphämningsplatser, hämtar en andel av det avfall som samlats in i ÅVS-systemet som motsvarar den andel förpackningar som TMR:s producenter sätter på marknaden. Efter att TMR hämtat sin andel förpackningsavfall ansvarar TMR för att avfallet återvinns.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Se ab 277.

<sup>27</sup> Se Avtal om insamling av förpackningar i plast, metall kartong och glas samt tidningar från hushåll genom fastighetsnära insamling (FNI), ab 205.

<sup>28</sup> Ab 7.

<sup>29</sup> Ab 7, p. 1.9. Jfr också 29 § ÄPAF.

## TMRresponsibility AB

### TMR:s verksamhet

- 31 TMR erbjuder förpackningsproducenter att mot ersättning fullgöra producentens skyldigheter enligt producentansvarsförordningen att organisera ett lämpligt insamlingsystem och återvinna det insamlade avfallet.<sup>30</sup>
- 32 Basen för TMR:s *insamlingsverksamhet* utgörs av ÅVS-systemet genom Infrastrukturupplåtelsen. För att *återvinna* materialet som TMR hämtat anlitar bolaget olika återvinningsföretag.<sup>31</sup>
- 33 TMR:s verksamhet finansieras huvudsakligen genom att anslutna producenter betalar en förpackningsavgift. TMR:s verksamhet finansieras även genom de intäkter som försäljningen av insamlat och återvunnet avfall genererar.
- 34 Även TMR tar emot förpackningsavfall som samlats in fastighetsnära av avfallsentreprenörer och kommuner.<sup>32</sup>

### Ärendet

- 35 Den 29 juni 2016 sade FTI upp Nyttjanderättsavtalet att upphöra den 31 december 2016. TMR begärde att parterna skulle förhandla om uppsägningen, men FTI valde att inte gå TMR:s begäran till mötes.<sup>33</sup>
- 36 Detta ledde till att TMR lämnade in ett klagomål till Konkurrensverket i vilket bolaget gör gällande att uppsägning av Nyttjanderättsavtalet utgör ett missbruk av en dominerande ställning som får till resultat att TMR utestängs från marknaden för producentansvarstjänster avseende materialslagen plast, metall och kartong.<sup>34</sup> TMR yrkar att Konkurrensverket ska ålägga FTI att ge konkurrerande företag tillträde till ÅVS-systemet på kostnadsbaserade och konkurrensneutrala villkor.
- 37 Sedan klagomålet inkom har Konkurrensverket utrett huruvida uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet utgör ett förfarande som står i strid med förbudet mot missbruk av en dominerande ställning i 2 kap. 7 § konkurrenslagen (2008:579) och i artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

<sup>30</sup> Avtal mellan TMR och en av bolagets kunder, ab 162, s. 2.

<sup>31</sup> Tjänsteanteckning från möte med TMR, ab 51.

<sup>32</sup> Tjänsteanteckning från möte med TMR, ab 242.

<sup>33</sup> Brevväxling mellan FTI och TMR, ab 11, s. 2 samt FTI:s yttrande, ab 75, s. 8 f.

<sup>34</sup> TMR:s klagomål, ab 9.

- 38 Med anledning av Konkurrensverkets utredning har FTI vid tre tillfällen flyttat fram tiden för när uppsägningen träder i kraft. Enligt FTI:s senaste beslut träder uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet i kraft den 30 juni 2018.

## Skälen för Konkurrensverkets beslut

### Inledning

- 39 Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet, 2 kap. 7 § konkurrenslagen (2008:579), KL. Enligt andra stycket i samma bestämmelse kan ett sådant missbruk särskilt bestå i att begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna.
- 40 Om förfarandet kan påverka handeln mellan Europeiska unionens medlemsstater ska även artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("FEUF") tillämpas.<sup>35</sup>
- 41 Frågan om ett agerande utgör ett missbruk ska bedömas utifrån förhållandena vid den tidpunkt då agerandet ägde rum.<sup>36</sup>
- 42 Frågan som Konkurrensverket har att ta ställning till är om FTI:s uppsägning av Nyttjanderättsavtalet utgör ett förfarande som står i strid med 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF.

### Företag

- 43 FTI är ett aktiebolag som bedriver verksamhet av ekonomisk natur. FTI utgör därmed ett företag i konkurrenslagens mening.

### Relevant marknad

#### Utgångspunkter för bedömningen

- 44 Företagen utsätts för tre huvudtyper av konkurrensbegränsningar: utbytbarhet på efterfrågesidan, utbytbarhet på utbudssidan och potentiell konkurrens. Ur ekonomisk synvinkel och i samband med definieringen av den relevanta marknaden utgör utbytbarheten på efterfrågesidan den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning. Ett företag eller en företagsgrupp kan inte ha väsentligt inflytande på de rådande försäljningsvillkoren, såsom priser, om det är lätt för dess kunder att gå över till tillgängliga substitutvaror eller till leverantörer någon annanstans. Själva arbetet med att definiera marknaden består huvudsakligen i att identifiera vilka alternativa försörjningskällor de

<sup>35</sup> Artikel 3 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

<sup>36</sup> Mål C-457/10 *AstirZeneca* EU:C:2012:770, p. 110.



berörda företagens kunder har i praktiken, både vad gäller produkter eller tjänster och leverantörernas geografiska belägenhet.<sup>37</sup>

- 45 Det framgår av fast rättspraxis att vid prövningen av ett företags eventuellt dominerande ställning på en viss branschmarknad ska konkurrensmöjligheterna på marknaden för alla produkter eller tjänster som på grund av sina egenskaper är särskilt lämpade för att tillgodose konstanta behov och endast i begränsad omfattning är utbytbara mot andra produkter eller tjänster bedömas. Eftersom avgränsningen av den relevanta marknaden ska ligga till grund för bedömningen av om det berörda företaget har möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens och i betydande omfattning uppträda oberoende i förhållande till sina konkurrenter och sina kunder, räcker det inte att endast undersöka de ifrågavarande tjänsternas objektiva egenskaper, utan man måste även beakta konkurrensvillkoren samt efterfråge- och utbudsmönstret på marknaden.<sup>38</sup>
- 46 Begreppet relevant marknad innebär att produkterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla produkter eller tjänster som tillhör en och samma marknad i tillräcklig grad är utbytbara inom samma användningsområde.<sup>39</sup>
- 47 För att bedöma om en vägran att ge tillgång till en produkt eller en tjänst som behövs för att utöva en viss verksamhet utgör missbruk, måste man identifiera två marknader, dels en marknad bestående av nämnda vara eller tjänst på vilken det vägrande företaget innehar en dominerande ställning, dels en angränsande marknad på vilken ifrågavarande vara eller tjänst används för framställning av en annan produkt eller tillhandahållande av en annan tjänst. Den omständigheten att produkten eller tjänsten inte saluförs separat innebär inte automatiskt att det är omöjligt att särskilja en särskild marknad.<sup>40</sup> I målet *IMS Health* konstaterade EU-domstolen att det är tillräckligt att en potentiell marknad, eller till och med en hypotetisk marknad, kan identifieras, och att så är fallet så snart som varor och tjänster är nödvändiga för utövandet av en viss verksamhet och det föreligger faktisk efterfrågan från företag som avser att utöva verksamheten. Domstolen slog fast att det avgörande är att två olika produktionsled kan identifieras och att det föreligger ett samband dem emellan på så sätt att varan i det tidigare ledet är nödvändig för att varan i det senare ledet ska kunna tillhandahållas.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT C 372, 1997, p. 13.

<sup>38</sup> Mål T-301/04 *Clearstream* EU:T:2009:317, p. 48 med hänvisningar samt mål C-7/97 *Brommer* EU:C:1998:569, p. 33. Jfr också kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT C 372, 1997, p. 7.

<sup>39</sup> Mål T-301/04 *Clearstream* EU:T:2009:317, p. 49 med hänvisningar.

<sup>40</sup> Mål T-201/04 *Microsoft* EU:T:2007:289, p. 335.

<sup>41</sup> Mål C-418/01 *IMS Health* EU:C:2004:257, p. 44–45.

## Relevanta produktmarknader

### Inledning

- 48 Konkurrensverket har avgränsat två marknader, dels en uppströmsmarknad som omfattar FTI:s publika infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar av plast, metall och kartong, dels en nedströmsmarknad där infrastrukturen utgör insatsvara för att tillhandahålla producentansvarstjänster för dessa materialslag.
- 49 Inom ramen för detta ärende saknas skäl att avgränsa separata produktmarknader utifrån vart och ett av de aktuella materialslagen, eftersom en sådan uppdelning inte påverkar bedömningen av om det finns substitut till de aktuella tjänsterna, bedömningen av FTI:s ställning på marknaden eller bedömningen av den utestängning som uppsägningen leder till.
- 50 Marknadens aktörer gör skillnad på den *verksamhet* inom vilken avfallet uppstår och skiljer på förpackningsavfall från hushåll respektive avfall från andra typer av verksamheter. Infrastrukturupplåtelsen avser endast den infrastruktur som FTI driver för insamling av förpackningar som slutligen når eller hamnar hos konsument eller hushåll, s.k. hushållsförpackningar (se p. 11 ovan). Hantering av förpackningar från andra än hushåll faller därför utanför det område inom vilket det ska undersökas om det finns substituttjänster.
- 51 I det följande avgränsas uppströms- och nedströmsmarknaderna var för sig.

### Marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar

#### *Infrastrukturupplåtelsens egenskaper och avsedda användning*

- 52 Utgångspunkten för bedömningen av utbytbarhet på efterfrågesidan är de produkter som de berörda företagen säljer och det område i vilket de säljer dem.<sup>42</sup>
- 53 Utgångspunkten för bedömningen i detta ärende är således Infrastrukturupplåtelsen (se p. 28–30 ovan). Genom denna tjänst upplåter FTI sin rikstäckande infrastruktur av publika och obemannade återvinningsstationer avsedda att ta emot hushållsförpackningar. Uppströmsmarknaden omfattar de tjänster som kan tillgodose behovet hos den som erbjuder producentansvarstjänster på nedströmsmarknaden. De produkttegenskaper som krävs för att kunna tillgodose detta behov analyseras närmare i p. 54–70 nedan.

<sup>42</sup> Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT C 372, 1997, p. 16.

Infrastrukturen är publik

- 54 Enligt avfallsförordningen ska hushållen sortera ut förpackningsavfall och lämna i de insamlingssystem som producenten eller kommunen tillhandahåller.<sup>43</sup>
- 55 De hushåll som innehar förpackningsavfall måste erbjudas ett *lättillgängligt* insamlingssystem som *ger god service* och *underlättar* för hushållen att kunna lämna ifrån sig avfallet.<sup>44</sup> Insamlingssystemets infrastruktur måste därför hållas tillgängligt för allmänheten,<sup>45</sup> såvida inte hushåll inom ett visst geografiskt område har tillgång till en annan insamlingsmetod för samtliga aktuella materialslag.
- 56 Ett insamlingssystem som *inte* är tillgängligt för allmänheten, t.ex. genom att tillträdet är begränsat, saknar en avgörande egenskap för att tillgodose det behov som finns vid utformningen av en infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar som syftar till att leva upp till kraven i producentansvarsförordningen.

Infrastrukturen är rikstäckande

- 57 En avgörande egenskap för en producentansvarstjänst för hushållsförpackningar är att insamlingen av förpackningsavfall sker *i hela landet* på så sätt att det bedrivs insamling *i varje kommun*. Att så är fallet framgår av följande omständigheter.
- 58 För att förpackningsinsamlingen ska fungera och nå uppsatta miljömål måste samverkan ske mellan flera aktörer, däribland hushåll, producenter (och deras representanter FTI eller TMR), kommuner, avfallsentreprenörer och återvinnare.
- 59 När det gäller hushållen har dessa ålagts att sortera ut förpackningsavfall och lämna i de insamlingssystem som producenten eller kommunen tillhandahåller.<sup>46</sup> Förpackningsproducenten måste, å sin sida, se till att det finns ett lämpligt insamlingssystem för förpackningar hänförliga till producenten.<sup>47</sup>
- 60 Eftersom producenter inte kan veta var i landet deras hushållsförpackningar blir till avfall<sup>48</sup> måste infrastrukturen finnas på de platser i landet där det finns hushåll.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> 4 § PAF som hänvisar till 24 a och 24 b §§ avfallsförordningen (2011:927). Jfr även 28 § ÄPAF och FTI:s varumärkesplattform, ab 100, s. 25.

<sup>44</sup> 25 § ÄPAF och jfr 39 § andra stycket 1 a PAF.

<sup>45</sup> Jfr ab 67, p. 2.8.5.

<sup>46</sup> 4 § PAF som hänvisar till 24 a och 24 b §§ avfallsförordningen (2011:927). Jfr även 28 § ÄPAF och ab 100, s. 25.

<sup>47</sup> 25 § ÄPAF.

<sup>48</sup> Se t.ex. ab 75, s. 7 och ab 51.

<sup>49</sup> Jfr Naturvårdsverkets rapport 5648, december 2006, ab 131, s. 36 f.

- 61 I fråga om rikstäckning har Naturvårdsverket uttalat att det i princip finns ett krav på ett *nationellt* insamlingssystem eftersom producenterna ska kunna samla in allt förpackningsmaterial som uppkommer och är hänförligt till producenterna. Insamlingssystemet måste således vara anpassat till spridningen och när det gäller förpackningsavfall till konsumenter så sprids dessa nästan över hela landet eftersom producenterna inte kan kontrollera vart konsumenten transporterar förpackningen. Om en producent inte har ett insamlingssystem som täcker alla kommuner åligger det derne att visa att avfall från producentens förpackningsmaterial inte uppstår i de kommuner som inte täcks av insamlingssystemet.<sup>50</sup>
- 62 Det finns ingen bestämmelse som exakt anger hur långt ett hushåll ska ha till närmaste återvinningsstation, men vägledning kan hämtas från Avfallsrådets kriterier för ett lämpligt insamlingssystem som anger att *"[i] tätbebyggda områden utan fastighetsnära insamling bör strävan vara att en majoritet av hushållen har tillgång till en återvinningsstation inom ett avstånd om högst ca 400 m (avser återvinningsstationer) medan insamlingen "[i] glesbebyggda områden [...] av praktiska skäl [kan] behöva placeras i tätort eller på en plats där många människor samlas eller passerar, t.ex. köpcentra, resecentra eller dylikt (avser återvinningsstationer)."*<sup>51</sup>
- 63 Det sagda innebär att infrastrukturens lokalisering måste spegla hushållens antal och lokalisering. Således måste infrastrukturen finnas där det finns hushåll som har avfall att lämna ifrån sig.
- 64 Behovet av producenternas infrastruktur kan visserligen påverkas lokalt av olika faktorer, exempelvis om kommunen valt att själv anordna förpackningsinsamling eller om hushållen har tillgång till andra heltäckande insamlingsmetoder, t.ex. fastighetsnära insamling, men oavsett att de lokala förhållandena kan variera innebär det sagda att producenternas infrastruktur som utgångspunkt måste finnas över hela landet.
- 65 Utöver hushållen har kommunen en viktig roll att spela för förpackningsinsamlingen.
- 66 När producentansvaret infördes och bröts ut från den kommunala hanteringen var avsikten att öka insamlingen och återvinningen, inte att den skulle upphöra inom någon viss kommun. Även om ansvaret för förpackningar fördes över till producenterna spelar kommunerna en central roll för hur producenternas infrastruktur utformas. Detta kommer bl.a. till uttryck genom

<sup>50</sup> Se tjänsteanteckning från möte med Naturvårdsverket och e-postkorrespondens mellan TMR och Naturvårdsverket, ab 58.

<sup>51</sup> Ab 131, s. 92, p. 1.6–1.7. Jfr också FTI:s hemsida, ab 150.

producentansvarsförordningens krav på att den producent som ska tillhandahålla ett insamlingssystem måste samråda med kommunen,<sup>52</sup> och att det som framkommer vid samrådet har betydelse för om utformningen av insamlingssystemet är att anse som lämpligt.<sup>53</sup> Det framgår även av FTI:s interna dokument att FTI betraktar kommunerna som "... prioriterade intressenter som ska godkänna FTI:s system för producentansvar på kommunal nivå."<sup>54</sup>

- 67 Det förhållandet att insamlingen, som utgångspunkt, ska ske i varje kommun återspeglas även av de bestämmelser som träder i kraft vid utgången av mars 2020, där det uttryckligen anges att ett insamlingssystem ska vara "... lämpligt och rikstäckande"<sup>55</sup> och att ett insamlingssystem ska anses rikstäckande om "... det i systemet finns insamlingsplatser i varje kommun med en geografisk spridning inom kommunen som är skälig med hänsyn till befolkningstäthet, verksamhetens lokalisering och övriga omständigheter."<sup>56</sup> Naturvårdsverket menar att den nya bestämmelsen förtydligar vad som redan anses gälla idag, dvs. att insamlingssystemet som utgångspunkt måste vara rikstäckande, antingen genom egen infrastruktur eller genom samarbete med andra.<sup>57</sup>
- 68 Vidare uppger flera aktörer inom avfallsbranschen, bl.a. avfallsentreprenören Stena Recycling samt intresseorganisationerna Avfall Sverige och Återvinningsindustrierna, att det i praktiken krävs en rikstäckande insamling av förpackningsavfall för att kunna erbjuda en producentansvarstjänst.<sup>58</sup>
- 69 Slutligen uppger både FTI och TMR att de som köper aktuella producentansvarstjänster efterfrågar att insamling sker i hela landet.<sup>59</sup> Enligt bolagen finns inte någon efterfrågan på en geografiskt avgränsad tjänst.<sup>60</sup>
- 70 Dessa omständigheter visar att rikstäckning är en avgörande egenskap för att tillgodose det behov som finns vid utformningen av en infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar som syftar till att leva upp till kraven i producentansvarsförordningen.

#### *Utbytbarhet på efterfrågesidan*

- 71 Konkurrensverket har inte funnit någon annan tjänst än Infrastrukturupp-låtelsen som skulle kunna tillgodose det behov som finns av en rikstäckande

---

<sup>52</sup> Se 26 § ÄPAF.

<sup>53</sup> Se 25 § ÄPAF.

<sup>54</sup> Se ab 100, s. 23.

<sup>55</sup> Se 39 § PAF.

<sup>56</sup> Se 39 § PAF.

<sup>57</sup> Tjänsteanteckning från möte med Naturvårdsverket, ab 113.

<sup>58</sup> Tjänsteanteckningar från samtal med Stena Recycling, ab 118, med Avfall Sverige, ab 120 samt med Återvinningsindustrierna, ab 134.

<sup>59</sup> Se ab 75, och ab 51.

<sup>60</sup> Se ab 75, s. 7.

och publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar som insatsvara för den som erbjuder producentansvarstjänster (se p. 92–114 nedan). Det saknas därför andra tjänster inom samma användningsområde som på grund av sina egenskaper i tillräcklig utsträckning är utbytbara med Infrastrukturupplåtelsen.

#### *Utbytbarhet på utbudssidan*

- 72 Utredningen har inte funnit någon leverantör som på kort sikt skulle kunna ställa om sin produktion för att erbjuda en tjänst motsvarande den efterfrågade vilket innebär att det även saknas utbytbarhet på utbudssidan (se p. 92–114 nedan).

#### *Slutsats*

- 73 Eftersom det saknas tjänster som i tillräcklig grad skulle kunna tillgodose det efterfrågade behovet består den relevanta produktmarknaden uppströms endast av Infrastrukturupplåtelsen, dvs. upplåtelse av FTI:s ÅVS-system.

#### **Marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar**

- 74 På nedströmsmarknaden erbjuder FTI och TMR producentansvarstjänster, dvs. att fullgöra producentens skyldigheter enligt producentansvarsförordningen att organisera ett lämpligt insamlingssystem och återvinna det insamlade avfallet av materialslagen plast, metall och kartong.
- 75 Både FTI och TMR använder ÅVS-systemet som insatsvara för att kunna erbjuda sina tjänster. Av utredningen framgår att kunder har gått över från FTI till TMR<sup>61</sup> och att FTI betraktar TMR som sin konkurrent.<sup>62</sup> I Nyttjanderättsavtalet anges också att FTI och TMR är verksamma på samma marknad.<sup>63</sup> FTI:s och TMR:s producentansvarstjänster utgör därför substitut. Det finns inte några andra tjänster som i tillräcklig grad är utbytbara med de aktuella för att kunna ingå på denna marknad.<sup>64</sup>
- 76 Den relevanta produktmarknaden nedströms avgränsas till producentansvarstjänster för hushållsförpackningar av plast, metall och kartong. På denna marknad ingår FTI:s och TMR:s substituerbara producentansvarstjänster.

#### **Relevanta geografiska marknader**

- 77 Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas

<sup>61</sup> Se ab 75, s. 5.

<sup>62</sup> Se ab 100, s. 22 och s. 38–42.

<sup>63</sup> Ab 7, p. 1.4.

<sup>64</sup> Jfr ab 75, s. 6.

från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.<sup>65</sup>

- 78 Såväl den tjänst som FTI erbjuder uppströms som de tjänster som FTI och TMR erbjuder nedströms avser hela landet. Det producentansvar som uppställs i producentansvarsförordningen gäller för alla förpackningar som förs ut i Sverige. Förordningen kräver att insamlingen sker inom landets gränser. Under utredningen har det inte framkommit något som tyder på att det finns väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren i olika delar av landet. De båda relevanta produktmarknaderna är därför nationella.

#### **Dominerande ställning**

- 79 Begreppet dominerande ställning avser den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på de relevanta marknaderna genom att företagets ställning tillåter det att i betydande grad agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter. En dominerande ställning grundar sig i allmänhet på flera faktorer som var för sig inte nödvändigtvis är avgörande.<sup>66</sup>
- 80 På marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar finns inga substitut till Infrastrukturupplåtelsen. FTI har på denna marknad ett faktiskt monopol och således en dominerande ställning. Det är denna marknad som är relevant för missbruksbedömningen.
- 81 Det har inte framkommit några omständigheter som talar emot att FTI har en dominerande ställning på den relevanta marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar.

#### **Missbruk av en dominerande ställning**

##### **Utgångspunkter för bedömningen**

- 82 Missbruk är ett objektivt begrepp som särskilt omfattar sådant beteende av ett dominerande företag som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det dominerande företagets existens och som, genom att företaget använder andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, hindrar att den konkurrens som föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT nr C 372, 1997, p. 8.

<sup>66</sup> Mål C-27/76 *United Brands mot kommissionen* EU:C:1978:22, p. 65–66.

<sup>67</sup> Se t.ex. mål C-85/76 *Hoffman-La Roche mot kommissionen* EU:C:1979:36, p. 91.

- 83 Genom att säga upp Nyttjanderättsavtalet har FTI avslutat upplåtelsen av sin infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar till TMR. Förfarandet utgör alltså en leveransvägran i ett etablerat avtalsförhållande (leveransavstängning).
- 84 Utgångspunkten vid bedömningen av leveransvägran är att företag har rätt att fritt välja handelspartner och fritt disponera över sina tillgångar. Under vissa förutsättningar kan emellertid ett dominerande företags vägran att träffa avtal med, eller vägran att leverera till kunder utgöra ett förfarande som strider mot 2 kap. 7 § KL.
- 85 När det gäller leveransvägran i nya kontraktsförhållanden fann EU-domstolen i målet *Bronner*,<sup>68</sup> efter att ha kommenterat sina tidigare i sammanhanget viktiga avgöranden,<sup>69</sup> att leveransvägran utgör ett missbruk om följande villkor är uppfyllda:
- a Vägran är av beskaffenhet att eliminera all konkurrens på nedströmsmarknaden från företaget som efterfrågar nyttigheten,
  - b vägran inte är objektivt berättigad, och att
  - c nyttigheten i sig är oundgänglig (nödvändig) för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte finns något faktiskt eller potentiellt alternativ till nyttigheten.
- 86 Enligt senare praxis måste inte vägran eliminera *all* konkurrens på nedströmsmarknaden. Det är tillräckligt att vägran riskerar att eliminera *all effektiv* konkurrens på marknaden.<sup>70</sup>
- 87 Av rättspraxis följer att det kan finnas anledning att göra en viss skillnad i bedömningen med hänsyn till om det är fråga om en vägran som avser en ny kund eller om det är fråga om en vägran att leverera till en etablerad kund. Marknadsdomstolen har t.ex. funnit att det i regel utgör missbruk när ett dominerande företag, utan objektivt godtagbara skäl, vägrar att fortsätta leverera nödvändiga produkter till en etablerad kund.<sup>71</sup> Även Patent- och marknadsdomstolen har uttalat sig om när leveransvägran kan utgöra missbruk och synes, i likhet med Marknadsdomstolen, ha gjort viss skillnad

<sup>68</sup> Mål C-7/97 *Bronner* EU:C:1998:569.

<sup>69</sup> De förenade målen 6/73 och 7/73 *Commercial Solvents mot kommissionen* EU:C:1974:18, mål 311/84 *CBEM mot CLT och IPB* EU:C:1985:394 (*Télémarketing*) och de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P *RTE och ITP mot kommissionen* EU:C:1995:98 (*Magill*).

<sup>70</sup> Mål T-301/04 *Clearstream mot kommissionen* EU:T:2009:317, p. 148 samt mål T-201/04 *Microsoft mot kommissionen* EU:T:2007:289, p. 563–564.

<sup>71</sup> MID 2002:11 *Saint-Gobain Isover AB/Nordvästra Skåne Södra Halland Energi AB*, s. 10.



mellan avbrott i leverans till en etablerad kund och en vägran att leverera till nya kunder.<sup>72</sup>

- 88 Kommissionen har i sin vägledning på området angett att det är mer sannolikt att det anses oskäligt att säga upp ett befintligt leveransavtal än att vägra ingå ett nytt.<sup>73</sup>
- 89 Vidare framgår av EU-domstolens praxis att en vägran av ett dominerande företag att efterkomma beställningar från en tidigare kund utgör missbruk av en dominerande ställning när detta beteende kan eliminera konkurrensen från en handelspartner och inte är objektivt rättfärdigat.<sup>74</sup>
- 90 Samma resonemang återfinns i en dom från brittiska Competition Appeal Tribunal, i ett mål där en vägran att leverera till en befintlig kund ansågs utgöra ett missbruk av dominerande ställning.<sup>75</sup>

Tillgång till ÅVS-systemet är nödvändigt för att den som efterfrågar tjänsten ska kunna bedriva sin verksamhet

- 91 För att bedöma om FTI:s leveransavstängning utgör ett missbruk i konkurrenslagens mening har Konkurrensverket utrett om den som efterfrågar nyttigheten kan inrätta en egen infrastruktur som motsvarar den efterfrågade samt huruvida det finns något annat alternativ till ÅVS-systemet som insatsvara för aktuell producentansvarstjänst.

*Det är orimligt svårt för FTI:s konkurrenter att inrätta en egen rikstäckande och publik infrastruktur*

- 92 Konkurrensverkets utredning visar att det är orimligt svårt att inrätta en parallell rikstäckande och publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar. Detta beror framförallt på att det råder brist på lämpliga platser på vilka återvinningsstationer kan placeras.<sup>76</sup>
- 93 Det finns ingen exakt bestämmelse för vad som utgör en lämplig plats för en återvinningsstation, men som redogjorts för i p. 62 ovan innebär kravet på lättillgänglighet och god service att återvinningsstationer placeras på platser där människor normalt rör sig, ofta i kommunens tätorter. På sådana platser konkurrerar återvinningsstationerna med många andra intressen och verksamheter, t.ex. vägtrafiken, cykelbanor, busshållplatser och uteserveringar.

<sup>72</sup> PMT 7000-15 KKV./Nasdaq, s. 108.

<sup>73</sup> Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45, 24.2.2009, p. 84.

<sup>74</sup> Se de förenade målen C-468/06 till C-478/06 *Sot. Lélos kai Sia EE m.fl. mot GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïontou* EU:C:2008:504, p. 34 och där angiven praxis.

<sup>75</sup> CAT, 1044/2/1/04 *Burgess v OFT*, p. 322–323.

<sup>76</sup> Jfr resonemanget i kommissionens beslut 2016-09-20 i ärende C(2016) 5586 *Allstoff Recycling Austria*, särskilt p. 28–31, 36 och p. 81–91, där begränsat utrymme (*spatial constraints*) bedömdes bidra till att omöjliggöra en parallell etablering av infrastruktur för insamling av avfall.

Återvinningsstationerna måste också vara placerade så att de lastbilar som ska tömma stationerna kan nå dessa och arbeta på ett trafiksäkert sätt.<sup>77</sup>

- 94 När det gäller frågan om vad som är en lämplig plats för en återvinningsstation har kommunen ett starkt inflytande. En producent som ska tillhandahålla ett insamlingssystem är skyldig att samråda med berörd kommun. För att ställa ut en återvinningsstation krävs också bygglov från kommunens byggnadsnämnd. Som nämnts ovan framgår det även från intern dokumentation att FTI betraktar kommunerna som "... *prioriterade intressenter som ska godkänna FTI:s system för producentansvar på kommunal nivå.*"<sup>78</sup> Detta innebär att kommunen har en central roll för den lokala utformningen och etableringen av ett insamlingssystem.
- 95 I syfte att utreda huruvida det är möjligt för en konkurrent till FTI att etablera en egen rikstäckande och publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar har Konkurrensverket kontaktat ett urval av landets 290 kommuner i såväl glesbygd som storstad. Konkurrensverket har även hört den regionchef hos FTI som ansvarar för ÅVS-systemets återvinningsstationer i de 26 kommuner som är belägna i Stockholms län samt Häbo kommun. Den sammanlagda folkmängden i de kommuner som Konkurrensverket har kontaktat och de kommuner som FTI:s regionchef uttalat sig om motsvarar ca 30 procent av Sveriges befolkning. Konkurrensverket har också varit i kontakt med större marknadsaktörer och branschorganisationer.
- 96 Majoriteten av de kommuner som Konkurrensverket kontaktat uppger att det råder sådan brist på lämpliga platser för återvinningsstationer att en parallell etablering anses mycket svår.<sup>79</sup>
- 97 En mindre kommun uppger att det visserligen finns plats för fler behållare, men att det inte är önskvärt med dubbla system.<sup>80</sup> En annan mindre kommun i Norrland uppger att det visserligen inte råder brist på lämplig mark, men att det saknas incitament att etablera ytterligare återvinningsstationer eftersom insamlingsmålen redan uppnås med befintliga stationer. Samma företrädare uppger också att insamlingen i Norrland är dyrare än i andra delar av landet på grund av långa avstånd och en relativt liten mängd förpackningsavfall.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Se förhör med regionchef vid FTI, ab 234.

<sup>78</sup> Se ab 100, s. 23.

<sup>79</sup> Tjänsteanteckningar från samtal med Stockholms stad, ab 68, med Stockholm vatten och avfall, ab 225, med Göteborgs stad, ab 69, med Lunds kommun, ab 87, med Strömsunds kommun, ab 62 samt med Region Gotland, ab 56.

<sup>80</sup> Tjänsteanteckning från samtal med Hallstahammars kommun, ab 55.

<sup>81</sup> Tjänsteanteckning från samtal med Åre kommun, ab 60.

- 98 Utöver dessa kommuner uppger flera företag och organisationer att det skulle vara förknippat med stora svårigheter för en utmanare till FTI att etablera en parallell infrastruktur.<sup>82</sup>
- 99 När det gäller de 26 kommuner som är belägna i Stockholms län samt Håbo kommun uppger FTI:s regionchef att det är svårt att hitta lämpliga platser för återvinningsstationer till FTI:s befintliga ÅVS-system.<sup>83</sup>
- 100 Enligt Avfallsrådets kriterier för ett lämpligt insamlingssystem ska ett insamlingssystem vara kostnadseffektivt på så sätt att det långsiktigt är ekonomiskt försvarbart.<sup>84</sup> Flera aktörer som Konkurrensverket varit i kontakt med framhåller att även om det skulle vara teoretiskt möjligt att etablera en parallell infrastruktur skulle det inte vara ekonomiskt försvarbart att genomföra en sådan satsning.<sup>85</sup>
- 101 Därutöver menar flera aktörer att parallella infrastrukturer inte skulle medföra någon ökad samhällsnytta med hänsyn till de höga kostnader som en etablering av en parallell infrastruktur skulle innebära och det osäkra värdet för konsumenterna.<sup>86</sup>
- 102 Med anledning av uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet har TMR lämnat in dokumentation till Konkurrensverket över kommuner som TMR kontaktat i frågan om paralleletablering. Av denna dokumentation framgår att de kontaktade kommunerna anser att en parallell etablering skulle vara mycket svår eller omöjlig att genomföra.<sup>87</sup>
- 103 Sammantaget utgör ovanstående omständigheter sådana hinder att det är orimligt svårt för en konkurrent till FTI att inrätta en egen rikstäckande och publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar.

*Det saknas alternativa insamlingsmetoder för den som erbjuder producentansvarstjänster för hushållsförpackningar*

- 104 Konkurrensverket har inte funnit någon faktisk eller potentiell insamlingsmetod som är rikstäckande och publik och som därmed ensam eller i kombination med någon annan metod skulle kunna utgöra ett realistiskt alternativ till ÅVS-systemet som insatsvara för den som erbjuder aktuella producentansvarstjänster.

<sup>82</sup> Ab 51, ab 118, ab 120, samt ab 134.

<sup>83</sup> Se ab 234, samt pressmeddelande från FTI, ab 149.

<sup>84</sup> Ab 131, s. 91 och 97.

<sup>85</sup> Tjänsteanteckningar från samtal med Stena Recycling, ab 118, med Suez Recycling, ab 119, samt med Axfood, ab 140.

<sup>86</sup> Ab 55, ab 69, ab 120, samt ab 140.

<sup>87</sup> Ab 14, 37 och 38.

- 105 FTI har invänt att ÅVS-systemet inte utgör det enda alternativet för att kunna tillhandahålla ett lämpligt insamlingssystem. Som grund för denna uppfattning har FTI bl.a. hänvisat till de krav, eller brist på krav, som ställs i producentansvarsförordningen.
- 106 Som exempel på alternativ har FTI angett att fastighetsnära insamling, ensam eller i kombination med någon annan insamlingsmetod, kan utgöra ett alternativ till ÅVS-systemet som TMR kan lägga till grund för sin producentansvarstjänst istället för Infrastrukturupplåtelsen.<sup>88</sup> Därutöver har FTI inte närmare preciserat hur ett realistiskt alternativ skulle kunna se ut.<sup>89</sup>
- 107 Avseende FTI:s invändningar gör Konkurrensverket följande bedömning.

Fastighetsnära insamling är inte ett realistiskt alternativ till Infrastrukturupplåtelsen

- 108 Att fastighetsnära insamling av förpackningsavfall inte kan ersätta insamling via ÅVS-systemet framgår av följande omständigheter.
- 109 För det första är den fastighetsnära insamlingen inte publik, utan inrättad endast för dem som bor inom en viss fastighet. Det uppskattas att endast ca 30 procent av de svenska hushållen har tillgång till någon form av fastighetsnära insamling<sup>90</sup> och att endast en tredjedel av förpackningarna samlas in fastighetsnära, medan återstoden samlas in via ÅVS-systemet.<sup>91</sup>
- 110 Den stora andel av hushållen som inte har tillgång till egen FNI kan inte lämna sitt förpackningsavfall till någon annans FNI utan måste istället förlita sig på de publika återvinningsstationerna. Detta innebär att fastighetsnära insamling inte kan tillgodose det behov som finns av en publik infrastruktur.
- 111 För det andra saknar producenterna, FTI och TMR möjlighet att besluta om huruvida fastighetsnära insamling ska etableras. Detta till skillnad från beslutet att etablera en publik återvinningsstation som sker på initiativ av den som organiserar insamlingssystemet efter att kommunen lämnat bygglov.
- 112 För det tredje är andelen hushåll som har tillgång till någon form av fastighetsnära insamling (ca 30 procent av hushållen) så låg att denna insamlingsmetod saknar den rikstäckning som behövs enligt vad som redogjorts för i p. 57–70 ovan. FNI betraktas istället som ett komplement till ÅVS-systemet<sup>92</sup> och den takt med vilken FNI byggs ut är så låg att

<sup>88</sup> Se t.ex. ab 23, s. 1 f. och ab 75, s. 1–3.

<sup>89</sup> Se t.ex. ab 181, s. 2.

<sup>90</sup> Ab 159, s. 5.

<sup>91</sup> Ab 44, s. 6.

<sup>92</sup> Se förhör med produktchef vid FTI, ab 235 och Rapport från projektet "Mer FNI åt göteborgarna 2015", ab 203, s. 5.

återvinningsstationerna inte förväntas försvinna inom överskådlig framtid.<sup>93</sup> Istället för att avveckla ÅVS-systemets återvinningsstationer satsar istället FTI på att etablera nya stationer och rusta upp befintliga.<sup>94</sup>

- 113 Mot bakgrund av det sagda utgör fastighetsnära insamling inte ett realistiskt alternativ till insamling via ÅVS-systemet för den som erbjuder producentansvarstjänster.

Det saknas andra realistiska alternativ till Infrastrukturupplåtelsen

- 114 Under utredningen har Konkurrensverket inte heller funnit någon annan insamlingsmetod som, ensam eller i kombination med någon annan metod, potentiellt skulle kunna utgöra ett alternativ till ÅVS-systemet. Vid den bedömningen har Konkurrensverket utgått från att de insamlingsmetoder som ska ingå i ett sådant alternativ tillsammans måste uppnå rikstäckning.

*Slutsats*

- 115 Utredningen visar att tillgång till ÅVS-systemet är nödvändigt för att TMR ska kunna tillhandahålla producentansvarstjänster för förpackningar av plast, metall och kartong. Det finns således inte något faktiskt eller potentiellt alternativ till ÅVS-systemet.

Vägran att upplåta ÅVS-systemet eliminerar all konkurrens på marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar

- 116 När det gäller företagets ställning på marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar framgår av FTI:s insamlingsstatistik att TMR:s andel av de förpackningar som samlas in via ÅVS-systemet uppgår till 6 procent i genomsnitt för år 2016.
- 117 Uppdelat per materialslag utgör TMR:s andel av de förpackningar som samlas in via ÅVS-systemet ■ procent för kartong, ■ procent för metall och ■ procent för plast.<sup>95</sup> Av utredningen framgår även att kunder har gått över från FTI till TMR<sup>96</sup> och att FTI betraktar TMR som en konkurrent.<sup>97</sup>
- 118 Genom att FTI säger upp Nyttjanderättsavtalet utestängs TMR från marknaden för producentansvarstjänster för hushållsförpackningar. Det medför att FTI blir ensamt kvar och att all konkurrens på denna marknad elimineras.

<sup>93</sup> Se t.ex. FTI:s remissvar på Naturvårdsverkets rapport Genomförande av system med producentansvar för förpackningar, returpapper, elutrustning och batterier – Delredovisning av regeringsuppdrag M2014/1900/Ke, 2015-09-25.

<sup>94</sup> Se t.ex. FTI:s remissvar 121221 på Avfallsutredningens betänkande Mot det hållbara samhället – resurseffektiv avfallshantering (SOU 2012:56), ab 278.

<sup>95</sup> Ab 213 och 245.

<sup>96</sup> Se ab 75, s. 5, och ab 77.

<sup>97</sup> Se t.ex. ab 100, s. 22 med hänvisning till FTI:s affärsplan.

Objektivt godtagbara skäl

- 119 FTI har inte visat att uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet är objektivt berättigad eller uppvägs av fördelar i effektivitetshänseende.
- 120 Ett agerande som normalt skulle utgöra ett missbruk av en dominerande ställning kan ändå vara tillåtet om det kan anses vara objektivt nödvändigt eller att den utestängningseffekt som agerandet ger upphov till kan motvägas eller rentav uppvägas av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten.<sup>98</sup> Bevisbördan för sådana invändningar ligger på det dominerande företaget.
- 121 Som skäl för uppsägningen har FTI huvudsakligen anfört följande. Samarbetet med TMR hindrar FTI:s möjligheter att skapa det förtroende hos konsumenterna och producenter som krävs för att nå återvinningsmålen. En skyldighet att upplåta ÅVS-systemet till TMR skulle kraftigt begränsa FTI:s möjligheter att utveckla och anpassa sitt system för att kunna möta framtida krav. En leveransplikt skulle förhindra utvecklingen av nya och effektiva insamlingslösningar och bristande incitament till innovation på marknaden medför en försämrad konsumentnytta på sikt.
- 122 När det gäller de anförda skälen gör Konkurrensverket följande bedömning.
- 123 Konkurrensverket konstaterar att FTI inte har visat några konkreta omständigheter eller sådana missförhållanden i avtalsförhållandet med TMR som gör att FTI till följd av Nyttjanderättsavtalet hindras i sitt arbete med förtroendeskapande åtgärder gentemot konsumenterna och producenter.
- 124 Vidare konstaterar Konkurrensverket att Nyttjanderättsavtalet uttryckligen tar hänsyn till att ÅVS-systemet inte är statiskt utan under kontinuerlig anpassning, vilket innebär att FTI utan hinder av avtalet kan utveckla ÅVS-systemet för att möta aktuella behov. FTI har heller inte visat på några konkreta omständigheter som stödjer påståendet att Nyttjanderättsavtalet hindrar innovationen av nya insamlingslösningar på marknaden.
- 125 FTI har dessutom enligt Nyttjanderättsavtalet möjlighet att vidta mindre ingripande åtgärder såsom att, under vissa omständigheter, påkalla omförhandling av villkoren för upplåtelsen.<sup>99</sup>
- 126 Uppsägning av Nyttjanderättsavtalet får till följd att den enda konkurrenten på marknaden för producentansvarstjänster av hushållsförpackningar elimineras. Under alla förhållanden står de av FTI anförda skälen inte i

<sup>98</sup> Mål C-209/10 *Post Danmark* EU:C:2012:172, p. 40–41 med hänvisningar.

<sup>99</sup> Se ab 7, p. 7.2.

proportion till uppsägningens effekter. Sammantaget har FTI inte visat objektivt godtagbara skäl för uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet.

#### **Tillämpning av artikel 102 FEUF**

127 FTI har en dominerande ställning på den identifierade marknaden för publik infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar som geografiskt omfattar hela Sverige. Förpackningsavfallet är också föremål för handel mellan medlemsstaterna.

128 Konkurrensverket bedömer därför att det med tillräcklig grad av sannolikhet kan förutses att leveransavstängningen faktiskt eller potentiellt kan påverka handelsflödet mellan medlemsstaterna på ett sådant sätt att även artikel 102 FEUF ska tillämpas på förfarandet.

#### **Sammanfattande slutsats avseende frågan om missbruk av en dominerande ställning**

129 Konkurrensverkets utredning visar att tillgång till FTI:s infrastruktur för insamling av hushållsförpackningar är nödvändig för den som erbjuder producentansvarstjänster eftersom det saknas faktiska eller potentiella alternativ till denna infrastruktur. Uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet leder till att all konkurrens från det företag som efterfrågar tillgång till infrastrukturen elimineras. Vägran att ge tillgång till infrastrukturen är inte heller objektivt berättigad. FTI:s uppsägning av Nyttjanderättsavtalet utgör därför ett missbruk av en dominerande ställning i strid med 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF.

#### **Sanktion mot överträdelsen**

##### **Åläggande att upphöra med överträdelsen**

130 Som framgår ovan bedömer Konkurrensverket att FTI:s uppsägning av Nyttjanderättsavtalet utgör en överträdelse av förbudet i 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF.

131 Enligt 3 kap. 1 § KL får Konkurrensverket ålägga företag att upphöra med överträdelser av förbudet i 2 kap. 7 § KL. Konkurrenslagen ger Konkurrensverket möjlighet att i det enskilda fallet utforma det lämpligaste åläggandet för att uppnå detta syfte.<sup>100</sup> Innehållet i ett beslut om åläggande är således beroende av vilken typ av överträdelse det är fråga om och vilken form av åläggande som krävs för att få överträdelsen att upphöra.

132 Uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet medför att FTI:s enda konkurrent på marknaden för producentansvarstjänster elimineras. Detta är att betrakta

<sup>100</sup> Prop. 1992/93:56 s. 90.

som en allvarlig överträdelse. I syfte att få överträdelsen att upphöra ska FTI åläggas att återkalla uppsägningen av Nyttjanderättsavtalet.

#### Vite

- 133 Det är angeläget att åläggandet efterlevs. Åläggandet ska därför förenas med vite enligt 6 kap. 1 § KL.
- 134 Enligt 3 § lagen (1985:206) om viten ska 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 beslut som är förenat med vitet.
- 135 Av förarbetena till viteslagen framgår vidare att vitet bör bestämmas så högt att det inte blir ekonomiskt fördelaktigt för adressaten att underlåta att iaktta det.<sup>101</sup> Även andra omständigheter kan beaktas vid vitesbeloppets fastställande, däribland angelägenhetsgraden av de påbud eller förbud som beslutet avser.<sup>102</sup>
- 136 Den nu aktuella överträdelsen är av allvarlig art och det är angeläget att åläggandet efterlevs. Konkurrensverket bedömer att vitesbeloppet ska bestämmas till 20 miljoner (20 000 000) kronor.

#### Hur man överklagar

Vill du överklaga detta beslut ska det göras skriftligen. Skrivelsen ska ställas till Patent- och marknadsdomstolen men ges in till Konkurrensverket, 103 85 Stockholm, inom tre veckor från den dag du fick del av beslutet.

I skrivelsen ska du ange vilket beslut du överklagar och den ändring i beslutet som du begär.

---

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit konkurrenssakkunniga Liana Thorkildsen.



Rikard Jernsten

LT  
Liana Thorkildsen

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Kopia till: TMR

---

<sup>101</sup> Prop. 1984/85:96 med förslag om viten m.m. s. 27.

<sup>102</sup> Prop. 1984/85:96 s. 27.





## Hur man överklagar

Beslut i ärenden, Patent- och marknadsdomstolen

PMD-13

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från beslutets datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i beslutet.

### Så här gör du

1. Skriv Patent- och marknadsdomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).  
  
Om du tar upp nya omständigheter ska du förklara varför du inte fört fram detta tidigare.
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.  
  
Det är inte säkert att du kan lägga fram nya bevis. Vill du göra det ska du förklara varför du inte lagt fram bevisen tidigare.  
  
Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att motparten ska komma personligen vid ett sammanträde.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.

5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till Patent- och marknadsdomstolen. Du hittar adressen i beslutet.

### Vad händer sedan?

Patent- och marknadsdomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar Patent- och marknadsdomstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Patent- och marknadsöverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även Patent- och marknadsöverdomstolen skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i Patent- och marknadsöverdomstolen

När överklagandet kommer in till Patent- och marknadsöverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Patent- och marknadsöverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att Patent- och marknadsdomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om Patent- och marknadsdomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

### Vill du veta mer?

Ta kontakt med Patent- och marknadsdomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).