



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Christoffer Önrup

# Rätten för dominerande företag att möta priskonkurrens

Examensarbete  
30 ECTS

Handledare: Katarina Olsson

Ämnesområde: Konkurrensrätt

Höstterminen 2007

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Syfte	5
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition	7
1.5 Källkritik	8
<b>2 KONKURRENSRÄTTENS SYFTEN</b>	<b>9</b>
2.1 Effektiv konkurrens	9
2.2 Skydda konsumenter	9
2.3 Omfördelning av resurser i samhället	9
2.4 Skydda konkurrenter	10
<b>3 RELEVANT MARKNAD</b>	<b>11</b>
3.1 Allmänt	11
3.1.1 Kommissionens riktlinjer	11
3.2 De tre marknadsdefinitionerna	12
3.2.1 Produktmarknad	12
3.2.1.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan	12
3.2.1.2 Utbytbarhet på utbudsidan	13
3.2.1.3 Potentiell konkurrens	13
3.2.2 Relevant geografisk marknad	14
3.2.3 Temporär marknad	14
<b>4 DOMINERANDE STÄLLNING</b>	<b>15</b>
4.1 Bakgrund	15
4.2 Lagstiftningen	15

<b>4.3</b>	<b>Dominanstestet</b>	<b>16</b>
4.3.1	United Brands	17
4.3.2	Marknadsandelar	18
4.3.3	Marknadsstruktur	19
4.3.4	Inträdeshinder	20
4.3.5	Utveckling och köparmakt	21
<b>5</b>	<b>MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING</b>	<b>22</b>
<b>5.1</b>	<b>Allmänt</b>	<b>22</b>
<b>5.2</b>	<b>Rovprissättning</b>	<b>23</b>
5.2.1	Problemet med rovprissättning	23
<b>5.3</b>	<b>Hur bedömer man vad som är rovpriser?</b>	<b>24</b>
5.3.1	Areeda Turner-testet	25
5.3.1.1	Kritik mot Areeda Turner	27
5.3.2	Greers uppsåtstest	27
5.3.3	Williamsons utbudstest	28
5.3.4	Krav på återhämtning?	28
5.3.5	Amerikansk rätt	29
5.3.6	AKZO vs Kommissionen	29
5.3.7	Kritik mot AKZO-testet	31
5.3.8	Deutsche Post	32
5.3.9	Tetra Pak II	32
5.3.10	Eurofix-Bauco/Hilti	32
5.3.11	Kommissionens syn på rovpriser enligt diskussionsunderlaget	33
<b>6</b>	<b>MÖJLIGHETER FÖR DOMINANTER ATT UNDGÅ MISSBRUK AV SIN DOMINERANDE STÄLLNING</b>	<b>34</b>
6.1.1	United Brands	34
6.1.2	Objektivt försvarbara åtgärder	35
6.1.2.1	Nödvändighet	35
6.1.2.2	Meeting Competition Defence	36
6.1.2.3	Effektivisering	38
6.1.3	Amerikansk rätt	38
<b>7</b>	<b>SLUTSATS OCH DISKUSSION</b>	<b>40</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>43</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>45</b>

# Summary

According to article 82 in the EC-treaty, some undertakings are regarded as dominant on their relevant market if they fulfil the criteria laid out in the same article. Being regarded as dominant by the EU involves a certain responsibility towards smaller competitors within the same relevant market and restrictions are triggered involving the behaviour of the dominant undertaking. If these restrictions aren't met, the dominant undertaking may face the risk of being charged of abuse of dominant position with high fines as a possible outcome.

Most companies have as their goal to maximize their profit (or stock value) and become marketleading. This of course also applies for dominant companies, which due to article 82, needs to act with more caution after being categorized as a dominant undertaking. Applying low prices in order to drive smaller competitors out of the market is a way to achieve their goal. If the prices are set at a level which only generates losses for the dominant undertaking, the undertaking may face charges of being abusing its dominant position. The dilemma for the dominant undertakings is that there are no clear rules on how far they may lower their prices until they are considered to be abusing their dominant position.

In article 81(1) and 81(3) of the EU treaty, which covers other aspects of the European competition law, there are clear and definite rules on which exemptions that are accepted, for instance when two undertakings wish to co-operate in a way that may hinder competition. But such rules are, as mentioned, absent regarding article 82. Some theories and tests has been presented over the years, but none has been accepted and implemented as law in the EU.

The thesis main conclusion is that dominant undertakings have a right to meet competition from smaller undertakings by lowering its prices, as long as no predatory intent can be shown. The dominant undertaking bears the burden of proof of this and can for instance provide evidence of losses due to the increased competition. According to the previous rulings from the European Court of Justice<sup>1</sup>, dominant undertakings have a right to take action in order to protect their business interests within reasonable extent.

My further findings also show that there are no definite limit how low the dominant undertaking may lower its prices before abuse is at hand. The closest you get is a *cost-analysis test* which is the most appropriate method to use when abuse is to be determined. Such a test uses the prices set forth by the dominant company and compares them with the average variable costs of producing the product. If the costs exceed the profit, there is a presumption of abuse.

---

<sup>1</sup> The most leading case is *United Brands, 27/76*.

# Sammanfattning

Enligt artikel 82 i EG-fördraget kan vissa företag anses vara dominerande på den relevanta marknaden om de faller under de krav som ställs upp i artikeln. Att hamna under kategorin dominerande företag inom EU innebär ett visst ansvar gentemot mindre konkurrenter på samma relevanta marknad samt att dess agerande på marknaden begränsas. Om dessa begränsningar inte upprätthålls kan det dominerande företaget riskera att missbruka sin dominerande ställning med högt vite som följd.

De flesta företag har som mål att maximera sin vinst (eller aktievärde) och bli marknadsledande. Detta gäller även för dominerande företag. Detta mål kan uppnås på många sätt. Ett är att sänka sina priser under konkurrenternas och på så sätt få dem att lämna marknaden. Om priserna sänks till en nivå som är direkt förlustbringande är det dominerande företaget i farozonen för att ha missbrukat sin dominerande ställning. Dilemmat för dominanterna är att det saknas klara regler för hur lågt priserna får sättas innan det är frågan om missbruk.

I artikel 81(1) och 81(3) i EG-fördraget, vilka behandlar andra områden av konkurrensrätten inom EU, finns tydliga undantagsregler för företag som vill ingå i till exempel konkurrensbegränsande samarbete. Sådana regler saknas som sagt för artikel 82. En del teorier och tester har utvecklats och presenterats under årens lopp, men ingen har kodifierats som lag inom EG-rätten.

Uppsatsens huvudsakliga slutsats är att det finns en rätt för dominanter att möta priskonkurrens från mindre konkurrenter genom att sänka sina priser, under förutsättning att det saknas uppsåt att utestänga dessa konkurrenter från den relevanta marknaden. Bevisbördan för att uppsåt saknas ligger på dominanten och denne kan då till exempel lägga fram bevis i form av kalkyler som visar på minskad försäljning på grund av den ökade konkurrensen. Enligt EG-domstolens praxis finns det även en klar rätt för dominerande företag att få agera när det gäller att skydda sina ekonomiska intressen, så länge det är inom rimlighetens ramar.<sup>2</sup>

Jag har även funnit att det saknas en precis gräns för hur mycket en dominant får sänka sina priser innan det blir frågan om missbruk. Det närmaste man kommer är en *kostnadsanalys* som är den mest lämpliga metoden att använda när man vill utröna var gränsen för missbruk går. Ett sådant test går ut på att jämföra priset och de genomsnittliga rörliga kostnaderna för en produkt. Om kostnaderna överväger vinsten, finns en presumtion för missbruk.

---

<sup>2</sup> Det mest framstående målet är *United Brands*, 27/76.

# Förord

Intresset för konkurrensrätten väcktes under den fjärde terminen när ämnet förelästes av min handledare Katarina Olsson. Inför tentamensläsandet hade jag djärvt nog planerat in en semesterresa till Spanien, med tron att jag skulle klara av att läsa både associationsrätt, skatterätt och konkurrensrätt på stranden med en kall sangria i handen. Naturligtvis blev det lite ”mañana, mañana” med pluggandet (alla som har försökt sig på den naiva tanken att plugga på en semester vet vad jag talar om).

Dock var det ett ämne som fick mig att bortse från paraplydrinkar och solbadande, nämligen konkurrensrätten. Intresset till marknaden, dess aktörer och regler fångade mig och jag ville veta mer.

Tentamen gick över förväntan och när det sen var dags att välja specialkurser under termin sju och åtta, var besvikelsen stor när jag insåg att konkurrensrätt inte fanns som specialkurs i Lund. Besvikelsen vände till ett leende när jag fick nys om att kursen gavs i Köpenhamn med Rune Hamborg som föreläsare. Muntlig tentamen till trots, gick även denna tentamen över förväntan.

Valet av just frågeställningen kring dominerande ställning tror jag föll naturligt genom mitt arbete i SAS, som är en klar dominant på den nordiska flygmarknaden. Nyfikenheten att undersöka hur långt en dominant får tänja på gränserna, samt den begränsade lagstiftningen blev avgörande.

Det är brukligt att i förord tacka personer som författaren fått stöd och råd från under arbetets gång. Det vore oförtjänt att inte tacka min handledare Katarina Olsson för hennes visdom och feedback under arbetets gång. Jag vill även tacka Rune Hamborg, som genom sina entusiastiska föreläsningar fick mig att fatta ännu mer intresse för ämnet.

Ett speciellt tack även till min flickvän Cecilia för att du stod ut med mig under denna process.

Malmö, oktober 2007

Christoffer Önrup

# Förkortningar

ECLR	European Competition Law Review
EG	Europeiska Gemenskapen
EGD	Europeiska Gemenskapens domstol
EU	Europeiska Unionen
DG Comp	Directorate General Competition (EU-Kommissionens avdelning för konkurrensfrågor)
MCD	Meeting Competition Defense

# 1 Inledning

## 1.1 Syfte

Efter avregleringen av den svenska flyg- och telemarknaden stod de gamla monopolisterna SAS och Telia kvar som klara dominanter på sina respektive marknader. I samband med att nya aktörer dök upp ökade också trycket från deras nya aktieägare att presentera vinstresultat. Därtill innebar också Sveriges inträde i den Europeiska Unionen 1994 att nya konkurrensregler kom att träda i kraft.

Problemet för gamla monopolister i avreglerade marknader är att de å ena sidan har höga krav från sina aktieägare att gå med vinst, å andra sidan har de tuffa konkurrensregler som hindrar dem från att styra och prissätta marknaden efter eget tycke, vilket de kunde göra innan avregleringen. Dominerande företag inom en specifik relevant marknad har nämligen ett visst ansvar gentemot dess mindre konkurrenter. Artikel 82 i EG-fördraget ställer upp ett förbud mot missbruk av företagets dominerande ställning. Detta missbruk kan yttra sig på många olika sätt, ett av dem är så kallad rovprissättning eller *predatory pricing*, vilket kan leda till att mindre konkurrenter blir tvingade ut från marknaden. Litteraturen på detta område diskuterar främst själva missbruket och analyserar detta. Endast i begränsad omfattning diskuteras det dominerande företagets möjligheter att få möta priskonkurrensen. Det dominerande företaget har dock rätt att vidta vissa motåtgärder för att möta konkurrens från mindre aktörer på samma marknad, så länge motåtgärderna är objektivt berättigade. Dessa motåtgärder är inte kodifierade i EG-fördraget, utan har uppstått genom EGDs praxis<sup>3</sup>.

Denna uppsats **syfte** är att sammanställa och söka extrahera vilka åtgärder som är accepterade och hur långt dominanten får gå innan det blir frågan om missbruk av dominerande ställning.

Uppsatsen avser huvudsakligen att söka besvara följande frågeställningar:

- *Hur skall dominerande företag förhålla sig till artikel 82 när de vill möta priskonkurrens, samt*
- *Vart går gränsen för dominerande företag när de vill sänka sina priser för att möta priskonkurrens?*

---

<sup>3</sup> Se exempelvis *AKZO-målet*, 62/86.



## 1.2 Avgränsningar

Konkurrensrätten bedöms av många som ett av juridikens mest komplicerade områden. Samspelet med ekonomi och marknadsrätt gör att många olika discipliner måste behärskas. Emellertid är detta ett juridiskt examensarbete, varför ekonomiska bedömningar inte kommer att behandlas mer än då det är nödvändigt för vidare förståelse av frågeställningen. De ekonomiska termer och begrepp som används kommer heller inte att kritiserats eller analyseras i någon vidare utsträckning.

Konkurrensrätten inom EU har två huvudartiklar, 81 och 82. Av utrymmesskäl kommer uppsatsen inte att behandla frågor som rör artikel 81, även om artikeln har stor betydelse. Jag har valt att fokusera enbart på artikel 82, då endast denna artikel har relevans för frågeställningen. Svensk rätt kommer inte att behandlas, då den svenska konkurrenslagstiftningen är en direkt återspeglning av den EG-rättsliga.

Konkurrens kan uppstå på olika sätt. Typiska konkurrensfaktorer är pris, kvalitet, utbud och image. För att uppsatsen inte skall bli alltför bred har jag valt att fokusera på den faktor som jag anser vara mest utslagsgivande, nämligen priset.<sup>4</sup>

## 1.3 Metod och material

Uppsatsen söker i huvudsak att klargöra rättsläget, sett ur det dominerande företags perspektiv. För detta ändamål lämpar sig traditionell rättsdogmatisk metod bäst. Detta innebär sedvanlig analys av litteratur, artiklar och rättsfall på området. Analysen sker i vissa avsnitt löpande i texten men återfinns oftast sist i varje avsnitt. En mer omfattande slutsats och diskussion avslutar uppsatsen.

Bland litteraturen bör nämnas Lars Henrikssons doktorsavhandling *Rätten till priskonkurrens*, samt Richard Whish, *Competition Law*. Kommissionens hemsida för konkurrensfrågor har varit mycket nyttig då den innehåller uppdaterade rättsfall och uttalande från Kommissionen. EGDs praxis fyller naturligtvis en stor funktion, då praxis de facto styr hela rättsläget. Dock är många av rättsfallen ålderstigna vilket man bör ha i åtanke. Med detta menar jag marknaden förändras i takt med tiden och de rättsfall som härstammar från förra seklet bygger på hur marknaden och aktörerna såg ut på dåvarande tidpunkt, en tolkning som kanske hade sett annorlunda ut i dagens läge.

---

<sup>4</sup> Bekräftas också av: *Wetter, Karlsson, Rislund & Östman, "Konkurrenslagen – en handbok"* s. 483.

I december 2005 gav Kommissionens direktorat för konkurrensfrågor, DG Comp, ut ett diskussionsunderlag med titeln: *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the treaty to exclusionary abuses*. Syftet med detta var att skapa en debatt och få in kommentarer från alla intresserade, på hur Kommission skall tillämpa artikel 82 rörande exkluderande missbruk. Det är min åsikt att detta diskussionsunderlag är ett steg i rätt riktning då det sammanställer gällande praxis och klargör rättsläget kring acceptabla motåtgärder för dominerande företag. Kommentarer från intresserade parter har presenterats på DG comps hemsida. Inte helt oväntat var kritiken och kommentarerna många, men den allmänna uppfattningen var att diskussionsunderlaget behövdes för att få igång dialogen, samt ett välkommet förslag från Kommission. Bland dem som kommenterat diskussionsunderlaget återfinns den svenska advokatfirman Vinge.<sup>5</sup>

Jag har använt litteraturen tillsammans med praxis för att få en så klar bild av de begrepp som omfattar priskonkurrens, samt vilka motåtgärder som i dagens läge har accepterats och förkastats av EGD. Diskussionsunderlaget är relevant för uppsatsens syfte då det återspeglar Kommissionens syn på problemet med artikel 82 och dess undantag. Diskussionsunderlaget fyller även den funktionen att det är fönstret mot framtiden och visar hur ett eventuellt dokument om ämnet från Kommissionen kan komma att se ut.<sup>6</sup>

## 1.4 Disposition

För att ge läsaren en inblick i hur ämnet konkurrensrätt fungerar och är strukturerat i EG-rätten ges utrymme för detta i **kapitel 2** och **3**, där konkurrensrättens syften belyses och förklaras.

I **kapitel 4** beskrivs begreppet dominerande ställning och dess bakomliggande lagstiftning.

Missbruk av dominerande ställning samt hur man definierar och upptäcker rovpriser upptar **kapitel 5**, där även rättsfall från EGD tas upp och analyseras. Likaså presenteras olika teorier kring ämnet och kritik mot detsamma. Definitionen och diskussionen kring fastställande av rovpriser är av stor vikt, då den sätter ramarna för vad som räknas som missbruk eller ej.

**Kapitel 6** innehåller en sammanställning av möjliga försvarsåtgärder som domineranter kan använda sig av för att undvika missbruk av dess ställning.

Det avslutande **kapitlet 7**, innehåller en slutsats som besvarar frågeställningarna och diskuterar dessa, samt egna reflektioner kring ämnet.

---

<sup>5</sup> Samtliga kommentarer återfinns på DG comps hemsida:  
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>.

<sup>6</sup> Denna åsikt delas även av författarna i *RoschierRaidla*, "Competition Law Handbook for the EU and Nordic-Baltic area" s. 41.

## 1.5 Källkritik

Den konkurrensrättsliga litteraturen inom EU återfinns i dagens läge främst på engelska, med brittiska författare som huvudgrupp. Jag har dock försökt få in andra nationaliteter bland den litteraturen som jag använt, däribland Doris Hildebrandt som är holländska, Jens Fejø som är dansk, Massimo Motta med italiensk nationalitet samt en handbok i konkurrensrätt utgiven av finska, svenska, estländska, lettiska och litauiska advokatbyråer. Anledningen till att jag har valt en del dansk litteratur grundar sig i att jag läste konkurrensrätt vid universitet i Köpenhamn och har därmed relativt lätt att ta till mig danska juridiska texter. För att få ett komparativt perspektiv återfinns även en del amerikansk litteratur bland mina källor.

Att enbart använda brittisk litteratur kan ge en alltför speglad bild av hur britten uppfattar EG-rätten. Jag hade gärna använt litteratur från andra tunga EU-länder, som till exempel Tyskland och Frankrike. Dessvärre har mina språkkunskaper begränsat mig i detta. Även om EG-rätten skall vara uniform och tolkas likadant i samtliga medlemsstater, har jag en uppfattning att enskilda författares nationella bakgrund och hemmahörande jurisdiktion kan färga författarens text och tolkningar på ett icke önskvärt sätt.

Mina slutsatser är dock att vid en jämförelse mellan den utländska och svenska litteraturen finns inga märkbara skillnader. Detta kanske för att de svenska författarna baserar sina teorier på äldre utländsk doktrin, Henriksson har som exempel hämtat mycket från Areeda/Turner som båda är amerikanare.

Internetkällor bör alltid tolkas med viss försiktighet, då man inte kan garantera dess ursprung och riktighet. Jag har dock endast använt konkurrensverkets hemsida och EU:s officiella hemsida, vilka båda får anses vara tillförlitliga källor.

## 2 Konkurrensrättens syften

### 2.1 Effektiv konkurrens

Konkurrensreglerna inom EU (och i de flesta övriga jurisdiktioner i världen) är konstruerade för att bibehålla en ”effektiv konkurrens”. Med detta menas att på varje marknad måste det finnas tillräcklig konkurrens för att syftena skall uppfyllas.<sup>7</sup>

### 2.2 Skydda konsumenter

Konsumentskyddet är tveklöst det viktigaste syftet för hela konkurrensrätten. Det framgår bland annat indirekt av artikel 81(3), där undantag från konkurrensbegränsande avtal endast är tillåtet om konsumenterna får ta del av en skälig andel av vinsten som uppkommer av samarbetet.

Konsumenterna skyddas genom att vissa åtgärder från företag bedöms som otillåtna. Framst rör det sig om avtal om pris med konkurrenter, oskäliga prisnivåer samt marknads- eller produktionsbegränsning.

### 2.3 Omfördelning av resurser i samhället

Detta är en stark politisk fråga som sätter ekonomisk rättvisa framför ekonomisk effektivitet.<sup>8</sup> Ett högst kontroversiellt ämne, som har sin grund från USA på 30-talet, där det fanns en misstro mot stora företag. Dåvarande president Roosevelt uttryckte en oro att demokratin skulle undertryckas av den privata sektorns storföretag. Detta är ett intressant uttalande, då USA på många sätt har ansetts vara ett föregångsland för fria marknader och minimal inblandning av staten. Nutidens konkurrensrätt inom EU visar ett svagt inslag av detta synsätt i artikel 81(3) genom att konsumenter skall tillförsäkras en skälig andel av vinsten från konkurrensbegränsande avtal.

---

<sup>7</sup> Ritter/Braun. & Rawlinson, ”European Competition Law: A practitioner’s guide” s. 15.

<sup>8</sup> Whish, ”Competition Law” s. 18.

## 2.4 Skyddade konkurrenter

Det tredje syftet, som kanske är det mest kontroversiella och faller inom ramen av frågeställningen i denna uppsats, är huruvida konkurrensrätten har till syfte att skydda andra konkurrenter. Ett argument som talar *för* detta synsätt är att det går hand i hand med omfördelningen av resurser i samhället, det vill säga: även mindre aktörer på marknaden skall ges en chans att få sälja sina produkter.

Den största kritiken på detta område förs av Chicago School of Economics, som hävdar att gynna konkurrenter på detta sätt står stick i stäv med konsumentskyddet.<sup>9</sup> De ifrågasätter varför ett mindre effektivt företag skall få fördelar från lagstiftaren, när ett större, mer effektivt företag inte får åtnjuta samma fördelar.

Inom EU är den så kallade Freiburgskolan den största förespråkaren *för* ett konkurrentskydd. Den grundar sig från Tyskland på 1930-talet, där Weimarrepublikens sviter satte djupa spår i den tyska ekonomin och ett behov av omfördelning av resurser ansågs nödvändig.<sup>10</sup>

Man kan fråga sig om detta synsätt är lämpligt i dagens samhälle, där resursfördelningen sker mer autonomt än vad det gjorde på 30-talet. Jag tänker då främst på att gemene man har mer inflytande på sin ekonomi idag, än för 80 år sedan. Möjligheterna att bedriva handel är också helt förändrade, Internet har gjort hela världen till en marknadsplats och i många branscher, till exempel bokhandeln, kan man nå ut till kunder över hela världen.

Om man applicerar ovanstående tanke på min frågeställning ter det sig som en självklarhet för effektiva, dock dominerande, företag att de skall få lov att möta eventuell konkurrens från mindre konkurrenter, om konkurrensen sker på lika villkor. Men denna självklarhet existerar endast som domstolspraxis i dagens läge.

I sammanhanget kan man även gå tillbaka till konkurrensrättens grundteorier. Enligt dessa skall man genom regler säkerställa ”effektiv konkurrens”, underförstått: konkurrens på lika villkor. Illojal konkurrens skall dock motarbetas, då denna inte uppfyller syftet med konkurrensen. För att effektiv konkurrens skall uppstå kan det inträffa att mindre, ineffektiva företag de facto slås ut från marknaden. Detta är tillåtet, då dessa företag uppenbarligen inte bedriver sin verksamhet lika effektivt som sina konkurrenter. Detta skall då inte ses som något negativt, eftersom detta bidrar till att sporra konkurrenterna till att bli ännu mer effektiva och därmed förbättras också produkterna.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> *Whish*, ”Competition Law” s. 19.

<sup>10</sup> A.a. s. 20.

<sup>11</sup> *Westin*, ”Europeisk konkurrensrätt” s. 15.

# 3 Relevant marknad

## 3.1 Allmänt

En av de mest grundläggande frågorna som måste utredas i varje konkurrensrättsligt problem är avgränsandet av den relevanta marknaden och däri utredandet av företagens andelar på densamma. Det är först i samband med att företag erhåller en viss marknadsandel som de måste ta hänsyn till konkurrensregler på marknaden. Därför är också avgränsandet av den relevanta marknaden av yttersta vikt. Disciplinen att utröna den relevanta marknaden är en ren ekonomisk sådan, varför jag inte skall gå in alltför djupt på själva proceduren. Den kan dock inte helt ignoreras, då den spelar en avgörande roll för bedömningen om ett eller flera företags uppträdande står i strid med konkurrensreglerna och därmed också för frågeställningarna i uppsatsen.

Utredandet av den relevanta marknaden är av yttersta vikt för dominerande företag, då det kan komma att avgöra om företaget är dominant eller ej. Därför är också detta kapitel nödvändigt för förståelsen av uppsatsen, även om det inte är direkt kopplat till frågeställningen.

### 3.1.1 Kommissionens riktlinjer

Instrumentet för att kunna göra bedömningen av relevant marknad är *Kommissionens riktlinjer om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning*.<sup>12</sup> Trots att detta dokument inte är rättsligt bindande för domstolarna är det ändå det viktigaste hjälpmedlet när den relevanta marknaden skall avgränsas.

2 § i riktlinjerna ger en klar bild av dess betydelse:

Marknadsdefinitionen är ett verktyg som används för att finna och fastställa gränserna för konkurrensen mellan företag. Den gör det möjligt att fastställa ramen för Kommissionens tillämpning av konkurrenslagstiftningen. Det huvudsakliga syftet med att definiera en marknad är att på ett systematiskt sätt fastställa vilka konkurrensmässiga begränsningar de berörda företagen utsätts för (...)

Kommissionen tydliggör vidare att deras riktlinjer enbart skall ses som ett verktyg för att nå fram till en korrekt bedömning av den relevanta marknaden. Det är sedan upp till domstolarna att tolka faktan som marknaden tillhandhåller med riktlinjerna som bakgrund.

---

<sup>12</sup> 97/C 372/03.

## 3.2 De tre marknadsdefinitionerna

I riktlinjernas 2 § framgår det vidare att tre separata marknader måste definieras, nämligen:

- Produkt
- Geografisk
- Temporär

### 3.2.1 Produktmarknad

Behovet av att definiera den relevanta produktmarknaden uppstod först genom målet *Continental Can*<sup>13</sup>, där EGD gick emot Kommissionens bedömning av den relevanta marknaden. Enligt domen är det nödvändigt att avgränsa den relevanta produktmarknaden innan man bedömer ett företags dominerande ställning.

För att kunna placera olika produkter i samma marknad måste de anses vara *utbytbara* med varandra. I riktlinjernas 13 § nämns tre olika konkurrensbegränsningar som företag kan utsättas för:

- Utbytbarhet på efterfrågesidan
- Utbytbarhet på utbudsidan
- Potentiell konkurrens

#### 3.2.1.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Utbytbarhet på efterfrågesidan är tveklöst det viktigaste, då det tar sikte på hur *konsumenterna* uppfattar produktmarknaden. Konsumenterna är, som nämndes i avsnitt 2.2, det huvudsakliga skyddsobjektet i konkurrensrätten.

För att kunna urskilja vilka produkter som tillhör samma marknad, har Kommissionen utvecklat ett test som beskrivs i 15 § i riktlinjerna. Testet, som på engelska benämns ”SSNIP”, går ut på att om man hypotetiskt höjer priset på en vara eller tjänst med 5-10% och om detta resulterar att konsumenterna går över och köper en annan vara istället, då tillhör med största sannolikhet dessa två olika varor samma produktmarknad. SSNIP står för: **S**mall but **S**ignificant **I**ncrease in **P**rice, som på svenska då fritt kan översättas till: Liten men Markant Prishöjning.

---

<sup>13</sup> Målnr: 6/72.

I detta sammanhang bör det också nämnas att SSNIP-testet har en klar svaghet. Whish beskriver detta fenomen som ”det egna prisets elasticitet”<sup>14</sup>. Tillståndet uppstår när en produkts pris redan är så högt att konsumenterna, vid en liten prishöjning, går över och köper en helt *annorlunda* produkt. Ett hypotetiskt exempel på detta är att anta att priset på kaffe har rusat i höjden till en nivå som nästan är på gränsen på vad konsumenterna vill betala. Om man nu applicerar ett SSNIP-test på kaffe, kanske detta resulterar i att kaffedrickande konsumenter köper bananer istället för kaffe. Detta överdriver marknaden för kaffe och ger SSNIP-testet ett besynnerligt och högst oanvändbart resultat.<sup>15</sup> Kommissionen ger dock inget förslag på hur man kommer till rätta med denna eventuella missvisning. Tydligt är det dock att viss försiktighet måste vidtas när man skall applicera SSNIP-testet.

### 3.2.1.2 Utbytbarhet på utbudsidan

Denna parameter är av mindre betydelse än utbytbarhet på efterfrågesidan, men förtjänar ändå att kommenteras. Här tar man sikte på *företagens* möjligheter att relativt snabbt och utan större kostnader, ändra sin produktion till att producera en annan vara. Kommissionen ger i 22 §, exemplet med papperstillverkning. Man kan föreställa sig en fabrik som tillverkar toalettpapper och en annan fabrik som tillverkar papper som konstnärer använder i sin konstutövning. Sett ur konsumentens synvinkel är dessa helt skilda produkter. Den ena lämpar sig knappast för den andres ändamål. Men sett ur tillverkarnas perspektiv, så krävs det enbart mindre justeringar för att maskinerna skall producera den andra produkten. Därför bör de två tillverkande företagen också tillhöra samma produktmarknad.

### 3.2.1.3 Potentiell konkurrens

Den sista parametern har endast betydelse i fall där dominant ställning skall utrönas, och företagets marknadsandelar är i fokus. Hänsyn måste tas till möjligheter att få inträde på en marknad, såväl som möjligheter att kunna hålla sig kvar på den relevanta marknaden. Detta innebär att man först måste ta hänsyn till de berörda företagens ställning på marknaden innan man kan bedöma hur det står till med den potentiella konkurrensen.

Speciellt inträdet på marknaden måste utredas särskilt då det kan råda särskilda förutsättningar på den relevanta marknaden som man måste ta hänsyn till. Typfallet är produkten *bitumen*, en produkt som används vid vägbeläggning. Bitumen kräver speciella lagrings- och transportförutsättningar och det innebär att det kan vara särskilt svårt för nya aktörer att ge sig in på denna marknad. Dels på grund av geografiska begränsningar, men också på grund av höga initiala kostnader i samband med införskaffandet av de maskiner som är nödvändiga för lagring och transport.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Whish, ”Competition Law” s. 30.

<sup>15</sup> Fenomenet kallas också ”The Cellophany fallacy” efter ett amerikanskt rättsfall *El pont de Nemour and Co*, 351 US 377 (1956).

<sup>16</sup> Gustafsson, Westin, Wrangel, Bökwall, ”Svensk konkurrensrätt” s. 107.



### 3.2.2 Relevant geografisk marknad

Den andra marknaden att fastställa är den geografiska. Med tanke på varor och tjänsters olika karaktär, har de olika förutsättningar att kunna förse en geografisk marknad. Faktorer som transport- och juridiska hinder måste uppmärksammas. Skolexemplet i det här sammanhanget brukar förklaras med produkten *cement*. Cement kan bara transporteras under en viss tid från en fabrik till en slutlig gjutningsplats innan det stelnar. Detta ger cementtillverkare ett begränsat område som de kan leverera till. Detta område blir då automatiskt den relevanta geografiska marknaden.

Ett annat exempel med motsatt effekt är läkemedel. Läkemedel kan (i de flesta fall) transporteras obehindrat över hela världen och användas av alla människor. Därmed anses också ofta läkemedel ha en bred geografisk marknad.

Målet *United Brands*<sup>17</sup> måste nämnas i sammanhanget, då EGD för första gången klargjorde den geografiska marknadens betydelse.

### 3.2.3 Temporär marknad

Vissa varor är eller kan vara känsliga för säsongsväxlingar. Författarens svaghet för glass märks tydligt under det varma halvåret. Denna passion är dock inte lika utmärkande under de kalla vintermånaderna. Detta gör att glasstillverkarnas relevanta marknad fluktuerar under året. Återigen är *United Brands*-målet<sup>18</sup> av relevans, då fallet handlar om bananer, som har fler konkurrerande exotiska frukter under sommarhalvåret, vilket då också leder till att den relevanta marknaden blir större.

---

<sup>17</sup> Målnr: 27/76.

<sup>18</sup> Ibid.

# 4 Dominerande ställning

## 4.1 Bakgrund

De flesta företag och näringsidkare har som ambition och mål att expandera sin verksamhet och försöka vinna nya kunder och marknader. Detta är ur ett samhällsperspektiv naturligtvis också en önskvärd företeelse, då det oftast skapar arbetstillfällen och gynnar konsumenterna med bredare utbud och kanske också fler kanaler där man kan genomföra sina inköp.

På alla marknader kommer det oundvikligen också finnas en aktör som är störst. På vissa marknader är aktören även så stor att den helt enkelt dominerar marknaden. Att vara marknadsdominerande är helt klart en behaglig situation för ett företag, då det innebär att uppenbarligen har man lyckats med att sälja sina varor eller tjänster. Genom att dominera marknaden har man också möjlighet att påverka utvecklingen av marknaden, kanske genom att presentera nya innovativa produkter eller våga ta steget att expandera till en ny geografisk marknad.

Det bör redan nu poängteras att det inte är förbjudet att vara dominant, men det är förbjudet att *missbruka* sin ställning som marknadsdominant. Anledningen till att det är förbjudet att missbruka sin dominerande ställning är att om ett företag inte utsätts för konkurrenstryck, utan kan agera obehindrat på marknaden, kommer det att leda till ineffektivitet, sämre utbud och kvalitet samt högre priser än vad som hade varit fallet i en konkurrerande miljö, med andra ord samma effekter som vid ett monopol.<sup>19</sup>

## 4.2 Lagstiftningen

Inom EG-rätten är det artikel 82 i EG-fördraget som reglerar förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Artikeln förbjuder inte dominans i sig, utan enbart ett *missbruk* av sådan ställning. Detta är även klargjort av EGD.<sup>20</sup> De uppräknade exemplen på missbruk i artikeln är ej heller uttömmande, vilket kan utläsas ur *kan bestå av* (...).

Notera att artikel 82 är en förbudsbestämmelse och det behövs därmed inte heller något tidigare konstaterande från Kommissionen eller EGD för att missbruket av den dominerande ställningen skall anses som olagligt. Vidare är artikel 82, direkt applicerbar i nationella domstolar som då kan avgöra med stöd av artikeln om missbruk föreligger.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Korah, "An introductory guide to EC competition law and practice" s. 91.

<sup>20</sup> Målnr: 322/81.

<sup>21</sup> Fejøl, "EU-konkurrenseret" s. 110.

Till skillnad från artikel 81, vilken har krav på att konkurrensbegränsande syfte eller oönskad effekt uppstår, har artikel 82 inget motsvarande krav. Missbruket skall ses objektivt och det är alltså enligt bestämmelsen inte nödvändigt att visa att konkurrensen de facto har påverkats i en negativ riktning.<sup>22</sup>

## 4.3 Dominanstestet

När skall då ett företag anses ha en dominerande ställning? Ingen definition är att finna vare sig från EG-fördraget eller från Kommissionen. Dominanstestet är alltså helt baserat på EGDs praxis.

Enligt EGD i målet *Continental Can*<sup>23</sup> kräver fastställandet av dominans **två steg**. Det första steget är att fastställa vilken som är den relevanta marknaden.<sup>24</sup> Detta understryker återigen att fastställandet av den relevanta marknaden spelar en central och avgörande roll i konkurrensrätten. Det andra steget kommer när den relevanta marknaden är fastställd och avgränsad, nämligen själva dominanstestet i sig.

Till skillnad från avgränsandet av den relevanta marknaden, finns inget dokument eller hjälpmedel från Kommissionen som kan ge oss klara regler om vad som gäller när man skall fastställa marknadsinflytande. Det enda officiella dokument som vi kan dra nytta av är *Kommissionens riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande i enlighet med gemenskapens regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster*.<sup>25</sup> Detta dokument är dock endast inriktat på elektroniska kommunikationsnät och tjänster och även om definitionerna är någorlunda synonyma, anser jag är det är alltför osäkert att tillämpa dem generellt. Anledningen till detta är att många marknader har en helt annan struktur än den elektroniska kommunikationsmarknaden och därför bör detta dokument användas med viss försiktighet.

I *Michelin*-målet menar EGD att dominans uppstår när ett företag innehar en ställning av ekonomisk styrka som gör det möjligt för det att förhindra den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden.<sup>26</sup> Denna definition är dock alltför oklar för att kunna användas som en ensam bedömning av dominansfrågan.

Ur ett rent ekonomiskt perspektiv kan det svårt att avgöra om ett företag skall anses vara dominant. Detta är en av anledningarna till varför praxis är så oklart formulerad i denna fråga. Enligt *Bishop/Walker* saknas en klar ekonomisk definition av dominansbegreppet i EU-lagstiftningen och i deras litteratur framförs stark kritik mot detta.

---

<sup>22</sup> Wetter, Karlsson, Rislund & Östman, "Konkurrenslagen – en handbok" s. 476.

<sup>23</sup> Målnr: 6/72.

<sup>24</sup> Se avsnitt 3.

<sup>25</sup> Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 16, 11/07/2002 s. 0006 – 0031.

<sup>26</sup> Målnr: 322/81.

Kritiken försvaras dock med att en alltför strikt och formalistisk reglering av dominansfrågan hade lett till många felbedömningar, vilket i slutändan också hade lett till att den effektiva konkurrensen hade skadats och därmed också konsumenterna.<sup>27</sup> En ad hoc-bedömning måste alltså göras från fall till fall.

Det bör också i sammanhanget nämnas att begreppet dominans är *faktiskt*, det vill säga att det spelar ingen roll *hur* dominansen har uppstått. En dominans kan till exempel ha uppstått genom legalt monopol eller patent. Detta bekräftas bland annat i det så kallade *Telémarketing*-målet, där domstolen uttalade att dominansen kan ha uppstått även om företagets egna aktiviteter inte har varit bidragande till den dominerande ställningen.<sup>28</sup>

### 4.3.1 United Brands

I brist på riktlinjer från Kommissionen ger EGDs praxis viss vägledning i hur man kan utvärdera om ett företag är dominerande på en marknad. Ur *United Brands*-målet<sup>29</sup> kan man utläsa **två faktorer** som kan indikera på att ett företag är dominerande:<sup>30</sup>

- Förmågan att motverka konkurrens, till följd av företagets ekonomiskt starka ställning på marknaden.
- Förmågan att agera självständigt på marknaden.

Svagheter med detta rättsfall är inte dess ålder (avgörandet kom 1976), utan hur det skall tolkas. Ingen ledning ges om de båda faktorerna skall ses som kumulativa eller fakultativa. *Whish* har dock en teori att det är förmågan agera självständigt som har starkast bäring.<sup>31</sup> Han grundar sin teori på att det stämmer bäst överens med ekonomernas teorier om marknadsinflytande.

I den första punkten kan man utläsa att dominansen måste vara i relation till *marknaden*, en dominans kan alltså inte existera in abstracto.<sup>32</sup> Detta är ett viktigt påstående, eftersom det kan vara frestande att pröva dominans utifrån hypotetiska förhållanden, men det är som sagt inte tillåtet.

Förmågan att agera självständigt kan också vara nog så svår att definiera. Ur ett ekonomiskt perspektiv är förmågan att agera självständigt ett otillräckligt mått för att urskilja om ett företag är dominant eller ej. Detta menar *Bishop/Walker*, som bygger sitt resonemang på att alla företag måste ta hänsyn till den neråtgående utbudskurvan.

---

<sup>27</sup> *Bishop/Walker*, "The economics of EC Competition law" s. 185-186.

<sup>28</sup> Målnr: 311/84.

<sup>29</sup> Målnr: 27/76.

<sup>30</sup> Målnr: 27/76 65 §.

<sup>31</sup> *Whish*, "Competition Law", s. 179.

<sup>32</sup> Framgår också i Målnr: 62/98 *Volkswagen AG*.

Enligt mikroekonomiska regler kan ett företag endast ta ut ett högre pris om de är villiga att sälja färre produkter.<sup>33</sup> Detta gäller för såväl för dominanta som icke-dominanta företag. Förmågan att agera självständigt i förhållande till sina konkurrenter begränsas alltså av konkurrenternas blotta närvaro på marknaden, då utbudskurvan bestäms efter konkurrensen (undantaget absoluta monopol). Slutsatsen är att företag endast i mycket begränsad utsträckning kan agera självständigt, vare sig de är dominanta eller icke.<sup>34</sup>

### 4.3.2 Marknadsandelar

För att kunna avgöra om dominans föreligger måste man även undersöka hur stora marknadsandelar ett företag har. Beroende på hur stort företaget är och på vilken marknad det agerar, kan detta vara en diger uppgift, ofta inte utan hjälp av ekonomer och revisorer. I Kommissionens *riktlinjer om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning*,<sup>35</sup> 53 till 55 §§, ges viss vägledning i lämplig metod att fastställa marknadsandelar. Källor som statistik från industrin och handelsorganisationer kan användas som underlag för bedömningen. Naturligtvis säger försäljningssiffror och omsättning en hel del, men räcker oftast inte för att ge en rättvis bedömning av dominansfaktorn.

I *AKZO-målet*<sup>36</sup> slår EGD fast att en marknadsandel på 50 % ger en presumtion om dominans, men hänvisar också till *Hoffmann-La Roche-målet*<sup>37</sup>, där domstolen uttalade att för att marknadsandelar ensamt skall ses som ett bevis för dominans, måste marknadsandelarna existerat under en *längre tid* och att i exceptionella fall behöver nödvändigtvis inte stora marknadsandelar innebära dominans. Vilket tidsperspektiv som EGD åsyftar när de talar om *längre tid* framgår dock inte av rättsfallet.

50%-gränsen är dock enbart en presumtion för dominans. Det finns ett flertal exempel i praxis där EGD funnit dominans vid lägre marknadsandelar. I *United Brands-målet*<sup>38</sup>, ansågs företaget vara dominant med en marknadsandel på 40-45%. Extremfallet är målet *Virgin/British Airways*<sup>39</sup>, där domstolen ansåg att British Airways var dominant med sina 39,7% marknadsandelar. Den uppmärksamme läsaren inser nu att det behövs ytterligare faktorer än marknadsandelar för att avgöra om dominans föreligger.

---

<sup>33</sup> Cooter/Ulen, "Law & Economics" s. 33.

<sup>34</sup> Bishop/Walker, "The economics of EC competition law" s. 183.

<sup>35</sup> 97/C 372/03.

<sup>36</sup> Målnr: 62/86.

<sup>37</sup> Målnr: 85/76.

<sup>38</sup> Målnr: 27/76.

<sup>39</sup> Målnr: 219/99.

### 4.3.3 Marknadsstruktur

Som nämnts i ovanstående avsnitt är det sällan tillräckligt att bedöma dominans grundat på enbart marknadsandelar. En fullständig analys av hur marknaden är strukturerad är oftast nödvändig för att kunna utröna dominansfrågan. Anledningen till detta är bland annat för att marknadsandelar inte kan mäta den potentiella konkurrensen. Med det menas att en dominants beslut på den relevanta marknaden kan komma att ändras om en ny konkurrent går in på marknaden. Marknadsandelarna förblir detsamma, men strukturen på marknaden förändras om den nye konkurrentem har kraft nog att påverka marknaden. Detta gör att dominansen kan sjunka en aning.<sup>40</sup>

Andra faktorer som kan påverka ett företags styrka på marknaden är till exempel:

- Företagets totala storlek
- Teknologiska fördelar
- Tillgång till kapitalmarknader och finansiella resurser
- Vertikala samband
- Avsaknaden från potentiell konkurrens

Någon av dessa faktorer i kombination kan leda till att dominans uppstår. Ett viktigt argument i detta sammanhang som man bör ha i åtanke är att dominansen är beroende av förhållandet mellan marknadsandelar och rörligheten av utbudet. Detta grundar sig i att konsumenterna sällan begrundar marknadsandelar när han/hon byter leverantör. Som *Hildebrandt* uttrycker det: marknadsandelar i sig indikerar inte dominans, utan snarare *ändringen* av marknadsandelar i det fallet att dominanten minskar sitt utbud.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> *Hildebrandt*, ”The role of economic analysis in the EC competition rules/Doris Hildebrand” s. 309.

<sup>41</sup> A.a. s. 310.

### 4.3.4 Inträdeshinder

Marknadsandelar och marknadsstruktur är viktiga faktorer för att bedöma ett företags dominans, men hänsyn måste även tas till andra faktorer. En sådan är inträdeshinder till den relevanta marknaden. Här har EGD en hel uppsjö av vägledande praxis med stor betydelse för bedömningen. De vanligaste hindren som brukar nämnas är:

- **Juridiska**, t.ex. immaterialrätter och licenser. Som exempel kan nämnas läkemedel och medicinsk utrustning. Även lagliga monopol som till exempel det svenska Systembolaget kan hänföras till denna kategori.
- **Teknologi**, tydligt i målen *United Brands*<sup>42</sup> och *Hoffmann-La Roche*<sup>43</sup>, dock mycket kontroversiellt, då det dominanta företaget själv fått investera mycket för att få det teknologiska försprånget som det har idag.
- **Uppträdande**, här är *AKZO*-målet<sup>44</sup> vägledande då EGD slog fast att ett företags möjligheter att försvaga eller eliminera besvärande konkurrenter var en klar dominansfaktor.<sup>45</sup>

Det ligger i sakens natur att inträdeshinder klart påverkar konkurrensen, då det stärker dominantens ställning på marknaden och motverkar potentiella konkurrenter att komma in på den. Inträdeshinder påverkar konkurrensen negativt, då hindret gör att företagen inte konkurrerar på lika villkor, vilket är ineffektivt. Anledningen till varför inträdeshinder har så stor betydelse i utredandet av dominansfrågan bygger på det faktum att dominansen kan snabbt förändras om nya potentiella konkurrenter träder in på marknaden och sätter press på dominanten. Redan befintliga konkurrenter på marknaden har ju redan tagits i beräkningen vid definierandet av marknadsandelarna.<sup>46</sup> Övriga inträdeshinder som nämns i doktrinen är exempelvis är: reklam, krav på minimumkapital samt vertikal integration.<sup>47</sup>

Man kan även hävda att för att det skall vara frågan om egentliga, eller absoluta inträdeshinder, måste exempelvis investeringar som görs vid etableringen på den nya marknaden utgöra en kostnad som inte kan återfås vid utträde av marknaden. På engelska benämns dessa kostnader som ”sunk costs”. Exempel på sådana kostnader kan vara omfattande reklamkampanjer och upprättandet av kommersiella nätverk.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> Målnr: 27/76.

<sup>43</sup> Målnr: 85/76.

<sup>44</sup> Målnr: 62/86.

<sup>45</sup> Målnr: 62/86 punkt 56.

<sup>46</sup> *Middleton/Rodger & MacCulloch*, ”Cases & materials on UK & EC Competition Law” s. 320.

<sup>47</sup> *Hildebrandt*, ”The role of economic analysis in the EC competition rules/Doris Hildebrandt” s. 313.

<sup>48</sup> *Wetter, Karlsson, Rislund & Östman*, ”Konkurrenslagen – en handbok” s. 470.

### 4.3.5 Utveckling och köparmakt

En del marknader, exempelvis teknikbaserade, har snabb utveckling av utbud och/eller efterfrågan. Det säger sig självt att på sådana marknader hinner inte konkurrensen med i utvecklingen, därför kan det också vara svårt för företag att bli dominerande jämfört med mer etablerade marknader.<sup>49</sup>

Om köparna på en marknad är så väletablerade och innehar en stark förhandlingsmakt, kan dominerande företags ställning ändras till följd av detta. Detta bör inte missförstås med att konkurrensen är svag, utan det innebär endast att köparna har möjligt att införskaffa sina varor från andra marknader än den relevanta, typiskt en annan geografisk marknad om dominanten inte agerar i köparnas intressen.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> *Wetter, Karlsson, Rislund & Östman, "Konkurrenslagen – en handbok" s. 470.*

<sup>50</sup> *Ibid.*



# 5 Missbruk av dominerande ställning

## 5.1 Allmänt

I EG-fördraget artikel 82 har lagstiftaren räknat upp ett antal exempel på missbruk. Som nämnts ovan i avsnitt 4.2 är artikeln inte uttömmande. EGD:s syn på vad som skall anses vara missbruk är tydligt presenterat i *Hoffmann-La Roche*-målet<sup>51</sup>. I domskälens 91 § förklaras att begreppet missbruk skall ses som något *objektivt* och omfattar sådana beteenden av företag med dominerande ställning som kan påverka konkurrensen på en redan försvagad marknad till följd av dominantens existens.

I litteraturen har man valt att dela upp missbruk i tre huvudformer:<sup>52</sup>

- **Exploaterande**, där dominanten utnyttjar sin egen storlek genom att tillämpa oskäligen priser eller begränsa produktionen, vilket oftast drabbar konsumenterna i första hand.
- **Exkluderande**, vilket främst påverkar mindre aktörer (konkurrenter), genom kopplingförbehåll eller prisdiskriminering.
- **Strukturella**, där dominanten eliminerar en konkurrent genom sammanslagning eller förvärv. Denna typ av missbruk kan ses som en undergrupp till exkluderande missbruk.

Fortsättningsvis kommer uppsatsen endast att behandla **exkluderande** missbruk, då det är den formen som är knuten till frågeställningarna.

För att det skall vara frågan om missbruk måste följande rekvisit vara uppfyllda:<sup>53</sup>

- En eller flera *företag*,
- som innehar en *dominant ställning* vilken ger det marknadsstyrka,
- inom en *relevant produkt- och geografisk marknad*,
- på den *gemensamma marknaden* eller inom en *betydande del* av densamma,
- vilken *missbrukar* sin dominerande ställning,
- på ett sätt som *påverkar handeln* mellan medlemsstater.

---

<sup>51</sup> Målnr: 85/76.

<sup>52</sup> *Bernitz*, "Svensk och europeisk marknadsrätt" s. 157 samt *Ritter/Braun. & Rawlinson*, "European Competition Law: A practitioner's guide" s. 328.

<sup>53</sup> *Ritter/Braun. & Rawlinson*, "European Competition Law: A practitioner's guide" s. 328.

## 5.2 Rovprissättning

Det första exemplet på missbruk som räknas upp i artikel 82 är att direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen höga inköps- eller försäljningspriser. Detta kan ske antingen genom att en dominant tar ut oskäligt höga priser för en vara eller tjänst, eller raka motsatsen, att ett företag tar ut priser som ligger under kostnaden för tillverkningen (underpris) i syfte att slå ut konkurrenter eller försvåra för dem att komma in på marknaden.<sup>54</sup> Rovprissättning kan även yttra sig i att dominanten tar ut särskilda priser till olika konkurrenter.<sup>55</sup> Det förstnämnda, med överpriser, är dock inget större problem, då marknaden reglerar detta autonomt. Det ligger i sakens natur att om ett företag tar ut för höga priser, går kunderna till konkurrenterna, eller om det inte finns några konkurrenter, är chansen stor att det snart dyker upp en ny aktör som vinner kunder på sina mer rimliga priser.

Underprissättning, eller rovprissättning som det också benämns, kommer från engelskan ”predatory pricing”, där predator syftar på rovdjuret, som slår ut sina offer (på marknaden) för egen vinning.<sup>56</sup>

På alla marknader där det finns en fungerande konkurrens kommer det att förekomma priskrig. Detta kommer nästan alltid konsumenten tillgodo, då konkurrensen tvingar företagen till att utveckla sina produkter och höja kvalitén på dem, samtidigt som priserna faller.<sup>57</sup> I vissa fall leder detta till att den svaga konkurrenten slås ut från marknaden och den starke överlever. Detta behöver dock inte ha skett på grund av missbruk från det starka företaget, utan konkurrensen kan ha bedrivits på lika villkor.

### 5.2.1 Problemet med rovprissättning

Problemet med underprissättning *som sådant* uppstår när dominanten under en längre tid sänker sina priser till den graden att eventuella konkurrenter slås ut från marknaden och presumtiva konkurrenter avskräcks från att ta sig in på marknaden. När detta väl har skett, har dominanten fritt spelrum och kan höja priserna igen för att ta igen sina förluster. Denna cykel kan sedan fortsätta om och om igen. Detta är uppenbart att i slutändan är detta beteendet skadligt för konsumenterna, med sämre utbud och höga priser som följd. Förvisso sjunker ju priserna när själva priskriget är igång, men sett ur ett längre perspektiv missgynnas konsumenten, då dominanten måste ta igen sina förluster genom att höja priserna igen.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Konkurrensverkets hemsida: [http://www.kkv.se/t/Page\\_\\_\\_362.aspx](http://www.kkv.se/t/Page___362.aspx).

<sup>55</sup> Hildebrand, ”The role of economic analysis in the EC competition rules/Doris Hildebrand” s. 78.

<sup>56</sup> Henriksson, ”Rätten till priskonkurrens” s. 57.

<sup>57</sup> A.a. s. 56.

<sup>58</sup> Sullivan. & Grimes., ”The law of antitrust: An integrated handbook” s. 142

Problemet för *dominanten* uppstår när denne vill sänka sina priser för att möta eventuella konkurrenters angrepp mot dominantens marknad. Avsaknaden av relevant lagstiftning samt en tämligen mager rättspraxis har skapat en osäkerhet för dominerande företag när de vill möta priskonkurrens. Naturligtvis har domanter rätt till att sänka priser i syfte att locka kunder i form av kampanjer, jubileum eller rent av för att matcha konkurrenters prissänkningar. Men frågan kvarstår, hur mycket kan dominanten sänka innan denne bryter mot artikel 82 och under hur lång tid?

Att detta är ett verkligt och tangibelt problem har också belysts av Generaldirektören för EU-Kommissionens konkurrensgrupp, Philip Lowe. I ett tal till amerikanska federala handelskommission och anti-trustdivisionen i Washington DC i september 2006<sup>59</sup>, tar han upp en del intressanta aspekter. Lowe erkänner att det finns brister i utformningen av artikel 82 och att den är för fragmenterad och saknar klara vägledningsprinciper hur den skall tillämpas. Enligt Lowe finns det ett behov av att ta fram ”safe harbours” och presumtioner, för att säkerställa en effektiv marknad och dessa presumtioner skall grundas på *sunda ekonomiska principer*. Vilka principer som Lowe avser ger han inget svar på i artikeln.

### 5.3 Hur bedömer man vad som är rovpriser?

Innan jag går in på själva bedömningen, måste det framhållas att man kan förespråka att att rovpriser inte är ett reellt problem. *Henriksson* skriver till exempel att marknadskrafterna reglerar (oftast) dessa ”rubbningar” i maktbalansen autonomt.<sup>60</sup> Vad som talar *för* detta synsätt är att det är svårt att försöka utforma ett test som tar hänsyn till alla avgörande faktorer. Om man nu skulle välja ett test som passar den juridiska bedömningen, men inte den ekonomiska, uppstår en beklaglig situation, som kan försätta hela syftet med artikel 82.

I tidig amerikansk praxis ansåg domstolarna att rovprissättning var ett alltför dyrt medel för domanter att använda sig för att uppnå syftet med att få bort besvärande konkurrenter och därmed antog domstolarna att rovprissättning inte skulle komma att förekomma i någon större utsträckning. Det fanns till och med de rättsvetenskapsmän som hävdade att rovprissättning var irrationellt och reellt sett aldrig skulle inträffa. Framtiden bevisade motsatsen.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> *Lowe*, ”Speech on Remarks on unilateral conduct, Session on International Enforcement Perspectives Federal Trade Commission and Antitrust Division Hearings on Section 2 of the Sherman Act”, Washington DC, 11 September 2006.

<sup>60</sup> *Henriksson*, ”Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans” s. 143.

<sup>61</sup> *Hovenkamp*, ”Federal Antitrust policy, the law of competition and its practice” s. 340.

Det som talar *mot* att låta rovpriser agera fritt, är problemet som sådant. Det har visat sig i praxis att rovpriser faktiskt har en konkurrensbegränsande effekt och stänger marknader för mindre konkurrenter.<sup>62</sup> Att inte reglera rovprissättning genom lagstiftning är dömt att misslyckas redan från början. Om marknadskrafterna nu skulle kunna reda ut de problem som uppstår till följd av rovpriser och lösningen alltid var till konsumentens bästa, då hade en konkurrenslagstiftning varit helt överflödig i vårt samhälle.<sup>63</sup> Dock fyller ändå motståndarna till en lagreglering av rovpriser ett visst syfte i debatten. För om lagstiftningen och testerna görs alltför tuffa och strikta, då kommer vågskålen att tippa över på andra hållet och det blir konkurrenterna, inte konsumenterna, som blir det huvudsakliga skyddsobjektet. Ett moment 22 är skapat.

### 5.3.1 Areeda Turner-testet

De båda Harvardprofessorerna Philip Areeda och Donald F Turner utvecklade ett test för att bedöma rovpriser under mitten av 70-talet och presenterades i Harvard Law Review nummer 88:1975.

Testet bygger enkelt uttryckt på en *kostnadsanalys* av företaget. För att öka förståelsen av testet kommer nu en del basala ekonomiska begrepp att presenteras.

Alla verksamma företag har kostnader i sin produktion. Dessa kostnader brukar traditionellt delas in i två stora huvudgrupper: *fasta* och *rörliga*. Till de fasta kostnaderna brukar hänföras: fastigheter, byggnader samt försäkringar. Rörliga kostnader är exempelvis: produktionsmaterial, personal samt bränsle. Tillsammans utgör båda kostnaderna de *totala kostnaderna* för företaget.<sup>64</sup>

Om man sedan dividerar de totala rörliga kostnaderna med produktionsvolymen, får man fram begreppet: *genomsnittlig rörlig kostnad*. Den *genomsnittliga totala kostnaden* erhålls genom att dividera totala kostnader med produktionsvolymen. *Marginalkostnad* är den kostnad som uppstår när företaget vill producera ytterligare en enhet.<sup>65</sup>

För att tydliggöra ställer jag här upp ett mycket enkelt exempel:

Produktionsvolym: 100 enheter  
Rörliga kostnader: 200 kr  
Fasta kostnader: 300 kr

*Totala kostnader:* 500 kr (200+300)  
*Genomsnittlig rörlig kostnad:* 1 kr (200/100)  
*Genomsnittlig total kostnad:* 5 kr (500/100)

---

<sup>62</sup> Se till exempel AKZO-målet i avsnitt 5.4.6.

<sup>63</sup> Henriksson, ”Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans” s. 143.

<sup>64</sup> A.a. s. 145.

<sup>65</sup> Ibid.

Med dessa parametrar som utgångspunkt konstaterar Areeda Turner följande:

- Priser som ligger **högre** eller i samma nivå som de *totala* genomsnittliga kostnaderna är tillåtna. Typfallet när detta inträffar är när en monopolist dominerar på en marknad med höga inträdeshinder, typiskt olje- eller telekommärknader. Genom sin storlek och investering kan monopolisten utnyttja resurserna mer kostnadseffektivt och på sätt ta ut ett lägre pris. Konkurrenterna kan välja om de vill investera för att kunna komma på marknaden, men måste då antingen gå med förlust för att kunna konkurrera med monopolisten, eller ta ut ett högre pris. Denna situation är alltså inte att beteckna som ett missbruk av dominerande ställning, då monopolisten och övriga aktörer konkurrerar på *lika villkor* (eng. "on the merits")  
Även om inträdeshindren på den relevanta marknaden är låga, accepteras ändå tillfälliga prissänkningar av en dominant. Visserligen har prissänkningarna en skrämseffekt gentemot mindre konkurrenter, men dessa effekter drabbar endast de konkurrenter som inte är lika effektiva som monopolisten. Sammantaget bidrar detta till en effektiv och sund konkurrens med lägre prisnivåer som följd. Man kan även argumentera att processen med att analysera samtliga konkurrenters kostnader är tämligen tidskrävande och kostsam och skulle på intet sätt uppväga de positiva effekterna som de eventuellt bidrar med.<sup>66</sup>
- Priser som läggs **mellan** *marginalkostnaden* och *totala genomsnittliga kostnader* är klart konkurrenshämmande, eftersom det här inte blir frågan om någon sund konkurrens på lika villkor, utan snarare en tävling om finansiell uthållighet, där det företaget som har mest kapital kommer att segra trots att den svagare konkurrenten kanske bedriver sin verksamhet mer effektivt. Areeda/Turner menar dock att det saknas en lämplig metod att kunna undersöka att fastställa detta, varför de anser att dessa prislägen bör vara tillåtna.<sup>67</sup>
- Priser **under** *marginalkostnaden* är helt otillåtna, då det tränger ut effektiva konkurrenter och leder till att monopolisten går med förlust, vilket är ett ineffektivt utnyttjande av företagets resurser. Undantagsvis kan priser godkännas om de ingår i en kampanj för att lansera produkten på marknaden, men denna rätt är endast förbehållen en ny aktör på den relevanta marknaden eftersom en monopolist knappast behöver lansera nya produkter till ett lägre pris på en marknad som han (eller hon) redan dominerar.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Henriksson, "Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans" s. 148.

<sup>67</sup> A.a. s. 149.

<sup>68</sup> A.a s. 150.

### 5.3.1.1 Kritik mot Areeda Turner

Tanken bakom Areeda/Turners kostnadsanalys är god. Den erbjuder ett enkelt och tangibelt verktyg med klara svar. Dess problem är dock mer komplicerade. Eftersom marginalkostnaden kan vara svår att beräkna, speciellt om företaget är stort, och så är oftast också fallet när man har att göra med en dominant, gör att testet lätt kan missberäknas och tappar således också sitt syfte.<sup>69</sup>

Areeda/Turner besvarar denna kritik med att man kan använda de genomsnittliga rörliga kostnaderna istället för marginalkostnaden. Dessa är visserligen inte lika exakta som marginalkostnaden, men mindre komplicerade att beräkna. Dock kan det innebära en del svårigheter att identifiera vilka kostnader som är rörliga och dessa kostnader kan variera beroende på vilken bransch företaget arbetar i. Återigen kan felmarginalen vara för stor för att testet skall kunna vara tillförlitligt.<sup>70</sup>

Enligt *Whish* finns det också de som anser att testet borde vara mindre strikt utformat, och att rovprissättning endast är aktuellt om dominanten återhämtar sina förluster som skapats genom rovprissättningen.<sup>71</sup> Enligt amerikansk praxis är återhämtningen det viktigaste beviset för att kunna påvisa att rovprissättning föreligger.<sup>72</sup>

### 5.3.2 Greers uppsåtstest

En av kritikerna bakom Areeda/Turners kostnadsrelaterade test är ekonomedoktorn Douglas F Greer vid universitetet i San José, USA. Greer menar att en *uppsåtsbedömning* måste tillföras innan man kan tala om en otillåten rovprissättning. Greer lägger till ett krav på uppsåt som måste kunna bevisas för att det skall kunna vara tal om rovprissättning. Därtill måste man kunna påvisa att den relativa konkurrensen *faktiskt har minskat* till följd av rovprissättningen.<sup>73</sup>

Jag ser en viss svårighet att kunna bevisa Greers uppsåt. Majoriteten av alla företag har som mål att vara vinstmaximerande och detta kan bland annat uppnås genom att tillförsäkra sig en stor andel kunder på marknaden. Det vore fel att påstå annat än att samtliga företag *vill* vara marknadsledande och dominera sin marknad. I detta fall skulle samtliga företag kunna dömas för sina uppsåtliga avsikter. Avgränsningen kräver, som *Henriksson* också antyder, att det måste finnas faktiska bevis på att dominanten verkligen har ett uppsåt att undanröja sina konkurrenter.<sup>74</sup> Jag ser en stor svårighet att kunna skaffa fram sådant bevismedel.

---

<sup>69</sup> *Henriksson*, "Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans" s. 151.

<sup>70</sup> A.a. s. 153.

<sup>71</sup> *Whish*, "Competition Law" s. 704.

<sup>72</sup> Se exempelvis det amerikanska rättfallet, *Matsushita v Zenith Radio*.

<sup>73</sup> *Henriksson*, "Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans" s. 162.

<sup>74</sup> A.a. s. 164.

### 5.3.3 Williamsons utbudstest

Oliver Williamson väljer en annan väg. Han menar att man bör se över ett mer långsiktigt perspektiv och inte stirra sig blind på ekonomiska kalkyler. Intressant i detta sammanhang är att inte bara studera dominantens agerande, utan också konkurrenternas reaktioner. Genom att öka produktionen, och då också utbudet, kan dominanten sänka priset på en vara. Därigenom visar dominanten att han kontrollerar marknaden. Denna King Kong-taktik (min egen term) där dominanten slår sig på bröstet för att varna sina konkurrenter är enligt Williamson en bättre metod än den rent ekonomiska modellen.<sup>75</sup> Enligt Areeda/Turner är det ju möjligt för en dominant att öka sin produktion, så länge priset inte överstiger marginalkostnaden.

Williamsons metod är enklare på så sätt att man slipper den besvärliga ekonomiska beräkningen, som dessutom kan ge felmarginaler. Kort uttryckt så innebär Williamsons metod att dominanten inte får höja sin produktion mer än den nivå som rådde före en ny konkurrent etablerade sig på samma marknad. Denna produktionsrestriktion skall råda under 1-1½ år, i syfte att ge den nye mindre konkurrenten andrum att kunna etablera sig på marknaden. En kortare period är inte effektiv då dominanten kan gå på sparlåga för att sedan släppa loss hela artilleriet så fort restriktionen släpps. En längre period är enligt Williamson svår att administrera och skulle dessutom innebära att konkurrenterna inte är tillräckligt effektiva.

*Henriksson* menar dock att det finns luckor i Williamsons resonemang. En restriktion av produktionen minskar därmed utbudet, vilket då enligt ekonomiska grundprinciper också innebär att priserna bibehålls på samma nivå som tidigare. Problemet med att fastställa en exakt begränsning i utbudet, gör också att metoden kan komma att få negativa effekter.<sup>76</sup>

### 5.3.4 Krav på återhämtning?

Efter det att dominanten har "lyckats" med driva ut sina konkurrenter från den relevanta marknaden kan denne försöka återhämta de förluster han/hon ådragit sig under den period av underprissättning som förekommit. Man kan fråga sig om det är ett nödvändigt krav för att missbruk av dominerande ställning skall föreligga? Inom EU är svaret på detta klart nej, då rovprissättning som sådan faller under de exemplifierade missbruken i artikel 82. I USA är svaret tydligt jakande. Enligt deras praxis kan mindre företag, som till och med inte räknas som dominanta, dömas för rovprissättning om det kan bevisas att företagen återhämtat sig efter det att rovprissättningen upphört.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> A.a. s. 166.

<sup>76</sup> A.a s. 172.

<sup>77</sup> *Motta*, "Competititon Policy – Theory & practice" s. 443.

### 5.3.5 Amerikansk rätt

Enligt gällande rätt i USA är priser som ligger *över* de genomsnittliga **totala** kostnaderna tillåtna, medan priser som ligger *under* de genomsnittliga **rörliga** kostnaderna är mer i farozonen. Priser som ligger mellan dessa två kan vara olagliga beroende på andra faktorer. Dock är praxis fortfarande något oklar liksom i EU, men det finns en klar tendens att de genomsnittliga **rörliga** kostnaderna börjar bli ett tydligt gränsvärde för bedömningen.<sup>78</sup>

### 5.3.6 AKZO vs Kommissionen

Det mest vägledande målet kring rovprissättning från EGD är *AKZO* ./ *Kommissionen*, där det så kallade *AKZO-testet* presenterades.

Bakgrundsfaktan i målet är som följer: AKZO tillverkade i slutet av 1970-talet en kemikalieprodukt (Benzoyl peroxider), vilken hade två användningsområden, mjöltillsats och blekmedel till plastindustrin. AKZO sålde sin produkt både till mjölindustrin och till plasttillverkare. Inom mjölindustrin hade AKZO en marknadsandel på cirka 52 procent och inom plastindustrin cirka 50 procent.

En av AKZOs mindre konkurrenter på mjölmarknaden, ECS Ltd, beslöt sig för att expandera till att även sälja benzoyl peroxider till plastindustrin och främst då till AKZOs nuvarande kunder. ECS erbjöd upp till 20 procent lägre priser än AKZO. Inte helt oväntat upprörde detta AKZO och skulle enligt ECS, ha hotat med att dumpa priserna i syfte att driva ut ECS från den brittiska marknaden. Hotet blev till verklighet och AKZO började selektivt dumpa sina priser till samma kunder som ECS sålde till. ECS anmälde AKZO hos Kommissionen för missbruk av dominerande ställning.

Kommissionen gick på ECS linje och fann att AKZO genom sina prisdumpningar hade missbrukat sin dominerande ställning enligt artikel 86 (numera 82). AKZO motsatte sig Kommissionens beslut och hänvisade till *Areeda Turner-testet*. AKZOs försvar gick helt på denna linje och AKZO menade att endast mindre effektiva företag skulle drabbas av deras nya prissättning och att domen i slutändan endast skulle leda till sämre utbud och högre priser för konsumenterna.<sup>79</sup>

Kommissionen menade i sin tur att *Areeda/Turners* kostnadstest var för snävt och alltför kortsiktigt och att det inte tog hänsyn till de allmänna målsättningarna i konkurrenslagstiftningen.<sup>80</sup> Det framgår tydligt att Kommissionen ansåg att ett kostnadsbaserat test inte var tillräckligt för att göra en utförlig bedömning, vilket är olyckligt eftersom det skulle ha gett mer tydliga ramar för företag att förhålla sig till och varit positivt ur

<sup>78</sup> *Motta*, "Competition Policy – Theory & practice" s. 447-448.

<sup>79</sup> Kommissionens beslut 85/609/EEC.

<sup>80</sup> *Ibid.*



rättssäkerhetssynpunkt. Kommissionen konstaterade att det var helt enkelt för osäkert och svårt att bedöma hur kostnader uppkommer och skall redovisas, varför en helhetsbedömning måste kompletteras till kostnadsanalysen.<sup>81</sup> AKZO dömdes till 10 miljoner € i vite för missbruk av sin dominerande ställning.

AKZO överklagade Kommissionens beslut hos EGD och hävdade återigen att en kostnadsanalys var det mest lämpliga instrumentet för att utröna om missbruk förelåg. AKZO menade också att för att kunna klara sig under längre tidsperioder och kunna planera långsiktigt, måste man acceptera förluster som en del av sin normala affärsverksamhet.

EGD gick på Kommissionens linje och hänvisade också till målet *Hoffman-La Roche*<sup>82</sup>, där domstolen klargör att missbruket skall ses ur en objektiv synvinkel och det egna företagets subjektiva avsikter inte är relevant för bedömningen.<sup>83</sup>

Även om Kommissionen ser kostnadsanalysen som ett komplement till helhetsbedömningen är den dock av stor relevans, vilket också EGD anser. EGD följer Areeda/Turner-testet och slår fast att priser under den *genomsnittliga rörliga kostnaden* måste anses vara ett missbruk av dominerande ställning, om inte företaget kan visa att det finns en objektiv grund till att de säljer under marginalerna.

Det bör i sammanhanget noteras att domstolen endast intresserade sig för det dominerande företagets kostnader och inte samtliga inblandade företag. Generaladvokat Lenz, var av en annan åsikt och menade i sitt förslag till avgörande att om man objektivt skulle kunna fastställa om priserna var av missbrukande karaktär, var det nödvändigt att undersöka kostnaderna i *alla* företag som var verksamma på den relevanta marknaden.<sup>84</sup>

Generaladvokatens yttrande är i min mening lite underligt, då han menar att det inte bara är det dominerande företaget som måste granskas, utan även de mindre konkurrenterna. En relevant marknad har redan fastställts och genom den också dominantens marknadsandelar. Man kan då fråga sig varför man bör undersöka de mindre konkurrenternas kostnader. Detta är i mitt tycke irrelevant för sammanhanget. Huruvida ett företag lyckas (eller misslyckas) med att hålla sina kostnader nere är utan intresse för bedömningen av om missbruk föreligger. Det är dominantens självständiga agerande som skall undersökas, varför jag är benägen att hålla med EGD i sin bedömning.

EGD lägger till att om dominanten sätter priset *över* genomsnittliga **rörliga** kostnader, men *under* genomsnittliga **totala** kostnader, föreligger missbruk, endast om det framgår att dominanten har haft för avsikt att eliminera sina konkurrenter.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Målnr: 85/76.

<sup>83</sup> A.a. punkt 91.

<sup>84</sup> Förslag till avgörande, 62/86, punkt 31.

<sup>85</sup> Målnr: 62/86 punkt 72.

Sammanfattningsvis kan man utläsa följande ur AKZO-domen:

- Det är en presumtion att missbruk föreligger om priserna ligger *under* genomsnittlig rörlig kostnad, om inte dominanten kan visa att det finns **objektivt goda grunder** till varför man säljer sina produkter med förlust.
- Missbruk föreligger också om priserna är *över* genomsnittlig rörlig kostnad, men *under* genomsnittlig totalkostnad, om dominanten har för avsikt att undanröja konkurrenter.

Anledningen till att det inte behöver visas att det föreligger ett elimineringsyfte i den första punkten är att EGD ansåg att det inte fanns något annat tänkbart ekonomiskt syfte än att eliminera konkurrenter, då dominanten de facto går med förlust för varje enhet som den säljer.

AKZO-målet är på många sätt vägledande och sätter vissa ramar för dominanters spelrum. I brist på annan klarare praxis är AKZO-testet på nuvarande tidpunkt utgångspunkten när man skall avgöra om rovprissättning föreligger.<sup>86</sup> Men man kan fråga sig vad som avses med *objektivt goda grunder*, eller som svenska Marknadsdomstolen valt att kalla det: *legitimt affärsmässigt intresse*.<sup>87</sup> *Whish* menar att det är orimligt att säga att det är olagligt per se att sälja under genomsnittlig rörlig kostnad. Det vore enligt honom fullt legitimt att få göra så om även konkurrenterna gör det. Även möjligheten att få sälja till underpris i marknadsföringsyfte och för att få slut på ett restlager borde inte anses vara missbruk i hans mening.<sup>88</sup>

### 5.3.7 Kritik mot AKZO-testet

*Whish* menar vidare att AKZO-testet inte bör tillämpas i vissa branscher där de fasta kostnaderna är väldigt höga och de rörliga nästan obefintliga. Typfallet är telebranschen, där de fasta kostnaderna för att anlägga kablar och bygga ut stationer oftast är höga, men när väl allting är på plats är de rörliga kostnaderna för att använda telenätet minimala.<sup>89</sup> Ett annat bra exempel som *Whish* också tar upp är olje- och gasledning, där de rörliga kostnaderna är avsevärt mindre än de fasta. Detta gör att AKZO-testet inte bör användas i dessa branscher, utan enligt *Whish* bör man i dessa branscher titta på de långsiktiga tilläggskostnaderna och jämföra dem med de kostnaderna som uppstår om verksamheten står still.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> Detta bekräftas bland annat av *Koktvedgaard*, "Lærebog i konkurrenseret" s. 324.

<sup>87</sup> MD 2000:2.

<sup>88</sup> *Whish*, "Competition Law" s. 706.

<sup>89</sup> A.a. s. 708.

<sup>90</sup> *Ibid.*

### 5.3.8 Deutsche Post

I *Deutsche Post*-målet<sup>91</sup> kom Kommissionen fram till att det tyska postväsendet (Deutsche Post) använde intäkter från sin monopolbaserade brevmarknad för att kunna finansiera sina paketleveranser, vilka var utsatta för stark konkurrens bland annat från UPS. Kommissionen beslutade dock att inte utdöma något vite för missbruket, utan krävde istället att Deutsche Post bildade ett nytt separat företag för sina paketleveranser, vilket i mitt tycke var en mycket effektiv sanktion, då den inte bara hindrade Deutsche Post från att fortsätta missbruket, utan stärkte också konkurrensen på paketmarknaden.

### 5.3.9 Tetra Pak II

AKZO-regeln har tillämpats och utvecklats fler gånger i praxis. I *Tetra Pak II*-målet<sup>92</sup> anklagades och dömdes dominanten Tetra Pak för att missbrukat sin dominerande ställning genom rovprissättning. Kommissionens beslut, som också stod fast efter EGD prövat målet, grundade sig i att Tetra Pak sålde sina icke-aseptiska förpackningar till priser understigande den genomsnittliga rörliga kostnaden på den italienska marknaden och tog igen förlusterna genom sina vinster från sin marknad av aseptiska förpackningar, där Tetra Pak i stort sett hade monopol. Kommissionens beslut grundade sig inte uteslutande på AKZO-testet, men det fanns tillräckligt med bevis för att kunna fastställa att det fanns en avsikt hos Tetra Pak att undanröja sina konkurrenter.<sup>93</sup>

### 5.3.10 Eurofix-Bauco/Hilti

Kommissionens beslut i *Hilti*-målet<sup>94</sup> ledde till att företaget Hilti fick utdelat vite på 6 miljoner € för att ha missbrukat sin dominerande ställning. Missbruket grundade sig i att de hade tagit bort volymrabatter från trogna kunder, som börjat köpa motsvarande produkter från konkurrenter. Kunder som även handlade av Hiltis konkurrenter fick bättre priser än redan etablerade kunder hos Hilti. I vissa fall gavs till och med vissa varor bort gratis till nya kunder. Vad som gör fallet intressant är att Kommissionen enbart koncentrerade sig på Hiltis selektiva prissättning och lämnade underprissättningen därhän. Visserligen bötfälldes Hilti för sitt missbruk genom selektiv prissättning, men deras strategi att möta konkurrenternas priser med underpriser, godtogs av Kommissionen. Slutsatsen av fallet är att det finns viss rätt för dominanter att möta konkurrenters prissänkningar.

---

<sup>91</sup> OJ [2001] L 125/27, [2001] 5 CMLR 99.

<sup>92</sup> Målnr: 333/94.

<sup>93</sup> OJ [1992] L 72/1, [1992] 4 CMLR 551, punkt 147.

<sup>94</sup> OJ [1988] L 65/19, [1989] 4 CLMR.

### 5.3.11 Kommissionens syn på rovpriser enligt diskussionsunderlaget

Enligt Kommissionens diskussionsunderlag är *marginalkostnaden* inte den bästa utgångspunkten när man skall undersöka om rovprissättning föreligger. Anledningen till detta är att det kan vara besvärligt att få fram rätt uppgifter för att beräkna marginalkostnaden i ett företag.<sup>95</sup>

En bättre utgångspunkt är istället den *genomsnittliga särkostnaden*. Denna definieras som den genomsnittliga kostnaden som kunde ha undvikits om företaget inte hade producerat åtskilliga enheter, vilket oftast i det här fallet är de enheter som företaget rovprissätter.

Om företaget sätter ett pris som understiger den genomsnittliga särkostnaden, innebär det att det pris som företaget tar för de (extra) enheter, inte täcker de kostnader som kunde ha undvikits om företaget inte hade producerat de enheterna i första taget.<sup>96</sup>

Man kan dock inte stirra sig blind på enbart de genomsnittliga särkostnaderna. Det kan uppstå en situation där priserna sätts över de genomsnittliga särkostnaderna, men *under* de totala kostnaderna. I en sådan situation menar Kommissionen att det krävs även att avsikten med prissättningen är för att eliminera konkurrenter.<sup>97</sup> Det behöver knappast nämnas att hitta sådana bevis kan vara nog så problematiska. Jag anser att det måste krävas fysiska bevis i form av strategiska planer som tydligt anger att avsikten med planen är att eliminera konkurrenter. Här spelar naturligtvis effektiviteten i gryningsräderna en stor roll i sammanhanget.

---

<sup>95</sup> Underlaget s. 31.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Detta framgår tydligt i AKZO-målet, 62/86.

## 6 Möjligheter för dominanter att undgå missbruk av sin dominerande ställning

Eftersom det saknas legala undantagsregler för artikel 82 på motsvarande sätt som det finns undantag för artikel 81(1) i artikel 81(3), har undantagsregler utvecklats genom EGDs praxis. Det är dock felaktig terminologi att använda ”undantagsregler” i samband med artikel 82, då missbruk av dominerande ställning, eller maktmissbruk av alla dess former, aldrig kan tillåtas inom EU. Av samma anledning saknas även gruppundantag (eng. block exemptions) för artikel 82. Vidare kan det nämnas att de undantagsregler som ställs upp i artikel 81(3) med konsumenters andel av vinsten från samarbete, effektiviseringsförbättringar med mera, knappast kan uppfyllas av ett företag som missbrukar sin dominans.<sup>98</sup>

### 6.1.1 United Brands

Som nämnts ett flertal gånger tidigare ovan, finns istället accepterade motåtgärder kodifierade genom EGDs praxis. I *United Brands*-målet<sup>99</sup> lägger EGD fram en övergripande princip vilken ger dominerande företag rätt att skydda sina affärsintressen med rimliga motåtgärder om de skulle bli attackerade. Principen är som följer:

Det är visserligen riktigt, såsom sökanden har anmärkt, att förekomsten av en dominerande ställning inte kan frånta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när dessa angrips och att företaget *i rimlig omfattning måste få möjlighet att vidta de åtgärderna som det anser vara lämpliga för att skydda företagets affärsintressen*. Ett sådant beteende kan dock inte tillåtas när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning. (författarens kursivering)

Den *rimliga* omfattningen av motåtgärderna förklaras inte vidare av domstolen, men i nästa punkt kommer följande tillägg:

Även om det kan tillåtas att företaget skall ha en möjlighet att vidta motåtgärder måste dessa stå *i rimlig proportion till hotet* med hänsyn till den ekonomiska styrkan hos de berörda företagen.<sup>100</sup>

Här kommer en annan parameter med i bilden, proportionalitet. Av domslutet kan man då dra slutsatsen att ekonomiskt starka företag har mindre spelrum än sina svagare konkurrenter.

<sup>98</sup> Fejøl, ”EU-konkurrenseret” s. 111.

<sup>99</sup> Målnr: 76/27, punkt 189.

<sup>100</sup> A.a. punkt 190.

Tyvärr ger EGD ingen klar bild av *vilka* motåtgärder som avses i målet utan endast att de skall vara ”lämpliga”. Jag tolkar detta som att vid en situation rörande priskonkurrens, borde detta innebära att det är tillåtet för dominanten att sänka sina priser till samma nivå som sin konkurrent. Det skall dock visa sig att detta inte räcker för att undgå missbruk. Fler faktorer har betydelse.

## 6.1.2 Objektivt försvarbara åtgärder

I Kommissionens diskussionsunderlag diskuteras vilka möjligheter som dominanter har för att möta priskonkurrens. I underlaget tar Kommissionen fasta på begreppet *objektivt försvarbara åtgärder*, ett begrepp som även förekommer i praxis.<sup>101</sup> Det krävs dock att dessa åtgärder överväger de negativa effekterna som det har på konkurrensen. Bevisbördan ligger hos dominanten enligt *Michelin*-målet.<sup>102</sup>

Generellt sätt finns det tre sätt för en dominant att hävda att agerandet är objektivt försvarbart:

- Agerandet måste vara **nödvändigt** objektivt sett.
- Agerandet är ett led i att minska förluster som en reaktion på konkurrensen från andra, även kallad **Meeting Competition Defense**.
- Agerandet skapar sådan **effektivitet** att det överväger de negativa effekterna på konkurrensen.

Jag kommer nu att beskriva dessa sätt mer i detalj.

### 6.1.2.1 Nödvändighet

Exempel på **nödvändighet** kan bero på säkerhet eller hälsa på grund av produktens farliga karaktär. Typfallet är när dominanten vill hindra en konkurrent som producerar en sidoprodukt att använda denna tillsammans med huvudprodukten. Återigen skall bedömningen ske på objektiva grunder och det måste anses vara oumbärligt att inte använda dominantens egna produkter framför konkurrentens.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Se till exempel målnr: 27/76 §182-184.

<sup>102</sup> Målnr: 203/01 §107-109.

<sup>103</sup> Målnr: 30/89 är vägledande, där Hilti hävdade att det innebar livsfara att inte använda deras spikar tillsammans med Hilti spikpistoler. Domstolen ogillade talan.

### 6.1.2.2 Meeting Competition Defence

**Meeting Competition Defence** (MCD), innebär att domanter har rätt att försvara sina egna kommersiella och ekonomiska intressen.<sup>104</sup> Det kräver dock att ett viss mått av proportionalitet kan påvisas av dominanten. Med andra ord accepteras endast försvarsåtgärder, exempelvis lägre priser, under en kortare tid och endast om syftet är att försvara ovannämnda syften. Typfallet är förändringar i marknadsförhållanden. Om Kommissionen även kan påvisa att syftet med försvarsåtgärderna, till exempel genom beslagtagna dokument från dominanten, är att utestänga konkurrenter från den relevanta marknaden, accepteras inte försvarsåtgärderna.

Begreppet MCD har analyserats och diskuterats väl i en artikel av *Gravengaard* i *European Competition Law review*. *Gravengaard* har, med bakgrund av EGDs praxis, valt att utveckla MCD med följande:

'En dominant skall ha rätt att företa (1) *prisjusteringar i försvarssyfte*, så länge dominanten i (2) *god tro* (3) *möter* (4) *en konkurrents* lägre pris i syfte att behålla dominantens (5) *ordinarie kunder*.'<sup>105</sup>

Jag kommer nu att beskriva dessa kriterier mer ingående.

#### (1) *Prisjusteringar i försvarssyfte*

Inom EU är prisjusteringar enligt praxis endast tillåtna om syftet är att försvara sin egen kundkrets. Aggressiva prisjusteringar med syfte att vinna konkurrenters kunder är alltså inte tillåtna, då det ses som missbruk av dominerande ställning. Situationen är annorlunda i USA, där även dessa aggressiva prisjusteringar är tillåtna.<sup>106</sup>

Prisjusteringarna måste även vara reaktiva, det vill säga de måste vara en respons på en tidigare prisjustering gjord av en konkurrent riktad mot dominantens befintliga kunder. Detta är också klart formulerat i *United Brands*-målet<sup>107</sup>, där dominanten hade rätt att möta konkurrensen ”om företaget blev attackerat”.<sup>108</sup>

#### (2) *God tro*

För att god tro-kriteriet skall vara uppfyllt måste dominanten kunna lägga fram dokumentation som visar att det finns ett reellt underpris från dess konkurrent, eller att det finns anledning att tro att dominantens ordinarie kundkrets är attackerad.<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Se målnr: 27/76.

<sup>105</sup> *Gravengaard*, ”The meeting competition defense principle – a defense for price discrimination and predatory pricing?” (ECLR 2006) s. 660.

<sup>106</sup> *Ibid*.

<sup>107</sup> Målnr: 26/76.

<sup>108</sup> *Gravengaard*, ”The meeting competition defense principle – a defense for price discrimination and predatory pricing?” (ECLR 2006) s. 660.

<sup>109</sup> A.a. s. 661.

Här finns ett klart problem, då dokumentation av detta slag oftast är relativt otillgängligt och konfidentiellt. En lättnad är dock att absolut dokumentation av en konkurrents bud inte är nödvändig utan endast god tro att det föreligger ett bud överhuvudtaget.<sup>110</sup>

### (3) *Möter*

Med detta avses att dominanten endast får *möta* konkurrentens bud. Detta beskrivs bäst med den engelska termen: "meet but not beat competition".<sup>111</sup>

Problemet med detta kriterium är att konkurrentens produkter kanske inte helt överrensstämmer med dominantens. Det kan röra sig om skillnader i både kvalité och kvantitet. I en sådan situation bör man kunna förutsätta att dominanten de facto kan leverera likartade produkter, såvida inte det är avsevärda skillnader i pris mellan dessa och konkurrentens.<sup>112</sup>

### (4) *Konkurrent*

Här spelar avgränsningen av den relevanta marknaden en avgörande roll. Konkurrenten måste finnas inom samma relevanta produktmarknad och därmed också vara en verklig (och inte hypotetisk) konkurrent.<sup>113</sup>

### (5) *Ordinarie kunder*

Detta säger sig självt vad det innebär. Dock kan det vara svårt att göra en klar bestämning vad som faktiskt avses med ett företags ordinarie kunder. Gravengård ger dessvärre inga klara avgränsningar, ej heller återfinns någon gräns i annan litteratur.<sup>114</sup>

Avgränsningsfrågan måste enligt mig vara beroende av följande faktorer: relevant marknad, produktens eller tjänstens karaktär samt tidsaspekten.

---

<sup>110</sup> A.a. s. 662.

<sup>111</sup> A.a. s. 661.

<sup>112</sup> A.a. s. 667.

<sup>113</sup> A.a. s. 661.

<sup>114</sup> Ibid.



### 6.1.2.3 Effektivisering

För att **effektiviseringskriteriet** skall kunna accepteras måste dominanten kunna visa följande:<sup>115</sup>

- i) Effektiviseringen måste inträffa, eller troligen kunna inträffa, till följd av agerandet – exempelvis genom tekniska förbättringar som ökar produktens kvalitet.
- ii) Agerandet är oundgängligt för att uppnå effektiviseringsfördelarna – med andra ord: det saknas bättre alternativ för att uppnå det önskade resultatet. Alternativen måste dock existera, hypotetiska och teoretiska alternativ behöver inte beaktas.
- iii) Konsumenterna kan dra nytta av fördelarna av effektiviseringen.
- iv) Konkurrensen får inte försvagas till följd av agerandet.

När samtliga av dessa fyra krav är uppfyllda menar Kommissionen att detta kommer att leda till bättre priser och produkter, och därigenom kommer också företaget i fråga att få fler konsumenter att köpa deras produkt. Effektiviseringskriteriet kan dock i de flesta fall inte uppfyllas när det är frågan om rovprissättning. Detta då varken tekniska förbättringar, konsumentandelen eller konkurrensförsvagningen är resultatet av rovpriser.

### 6.1.3 Amerikansk rätt

I amerikansk lagstiftning är rätten för dominanter att försvara sig mot priskonkurrens reglerad genom *the Clayton Act* från 1914. I dess artikel 2(b) framgår det att dominanter ges rätt att i god tro (good faith) får lov att möta konkurrenters lägre priser. Det är även tillåtet att sänka priserna om man kan visa att det rättfärdigar kostnaderna. Clayton Act inkorporerades 1936 i *the Robinson-Patman Act* och den är nu gällande rätt i USA.<sup>116</sup> Denna ”rule of reason-regel” är ett typiskt exempel på hur lagregler utvecklas i common law-länder. Lagstiftaren sätter upp ramarna för hur en regel skall tolkas, sen är det upp till domstolarna att utveckla den och skapa en hållbar praxis. Enligt *Robinson-Patman Act*, artikel 2(b) och 2(a) finns det två möjliga försvarsåtgärder som dominanter kan använda sig av när de vill möta priskonkurrens:

- Rätten att möta konkurrens (Meeting competition)
- Kostnadsrättfärdigande (Cost justification)

---

<sup>115</sup> Underlaget s. 26.

<sup>116</sup> *Gellhorn/Kovacic* ”Antitrust Law & Economics in a nutshell” s. 432-433.

Jag kommer nu att gå in lite djupare på hur dessa är utformade.

**Rätten att möta konkurrens**, gör att dominantens prissänkningar är accepterade om dominanten kan visa att sänkningarna sker i god tro. För att kunna avgöra om god tro föreligger skall man jämföra om beteendet står i linje med vad en *bonus pater familias* skulle gjort (*Gellhorn/Kovacic* kallar det för "a reasonable and prudent person...").<sup>117</sup> Enligt några amerikanska rättsfall i underrätterna har en dominant lyckats få sina prissänkningar tillåtna då dominanten kunnat presentera bevis på minskad försäljning till följd av en ökad konkurrens.<sup>118</sup>

**Kostnadsrättfärdigande**, har mer med prisdiskriminering att göra, då det tar sikte på situationen när en dominant sätter olika priser till olika kunder. Kortfattat är detta tillåtet om dominanten kan visa att han/hon har högre kostnader i samband med leverans till en av flera kunder.<sup>119</sup>

Om man jämför denna rule of reason-regel med hur EU har löst problemet, så finner vi att det inte egentligen är någon större skillnad. Det är Kommissionen som har satt ramarna genom artikel 82 och motåtgärderna har utvecklats genom EGDs praxis. Fördelarna med detta system är att man slipper strikta och formalistiska regler vilket erbjuder ett mer flexibelt och smidigare system. Nackdelarna är rättsosäkerhet och oklara regler till följd av domstolarnas skönsmässiga bedömningar från fall till fall.

---

<sup>117</sup> A.a. s. 444.

<sup>118</sup> A.a. s. 446.

<sup>119</sup> A.a. s. 447.

## 7 Slutsats och diskussion

Problemet med att hitta en lämplig lösning på konkurrensrättsliga problem ligger ofta dess förhållande med ekonomin. I ena vågskålen ligger kravet från ägarna om vinstmaximering och höjda aktievärden, i den andra ligger konkurrenslagstiftningen och dess sanktioner.

Denna uppsats söker att besvara frågeställningarna: *Hur skall dominerande företag förhålla sig till artikel 82 när de vill möta priskonkurrens, samt vart gränsen går för dominerande företag när de vill sänka sina priser för att möta priskonkurrens?*

Uppsatsens huvudsakliga slutsats är att så länge det saknas *uppsåt* att utestänga dessa konkurrenter från den relevanta marknaden, finns det en rätt för dominanter att möta priskonkurrens från mindre konkurrenter, genom att sänka sina priser. Bevisbördan för detta ligger på dominanten som kan då till exempel lägga fram bevis i form av kalkyler som visar på minskad försäljning på grund av den ökade konkurrensen.

Den starkaste försvarsåtgärden enligt mina konklusioner är rätten att få möta konkurrens, *meeting competitor defense*, som bland annat uttryckts i *United Brands*-målet<sup>120</sup> och ger dominanten rätt att försvara sina egna kommersiella och ekonomiska intressen. Dock endast under en kortare tid, maximalt ett par månader och endast om försvarsåtgärderna står i proportion till ”attacken”. Det måste även framgå att avsikten med försvarsåtgärderna inte är att utestänga de mindre konkurrenterna från den relevanta marknaden.

Problemen med MCD är att det saknas tydliga ramar på exakt hur mycket spelrum dominanten har att göra med. Dels är tidsperioden då de lägre priserna får existera inte helt bestämd, dels kan det vara problematiskt att få fram tangibla uppgifter som bevisar att dominanten verkligen har en avsikt att utestänga konkurrenter från sin marknad. EU har, med tanke på det sistnämnda problemet, givit Kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna utökade befogenheter vid gryningsråder så att bevismaterial kan säkerställas och användas i domstolar. Detta har exempelvis lett till att om det finns misstankar får till och med myndigheterna undersöka bostäder till verkställande direktörer och styrelsemedlemmar. Personligen anser jag att vi kanske är ute på för djupt vatten när myndigheterna ges rätt att vända upp och ner på dessa personers hem och personliga tillhörigheter. Det är gränsfall vad som ställs upp i Europakonventionen för mänskliga rättigheter och dess rätt till ett skyddat familjeliv. Om detta skall accepteras eller ej, ligger utanför ramen av denna uppsats, men kan vara ett lämpligt område för fortsatta studier, dock inom ramen av mänskliga rättigheter och Europakonventionen.

---

<sup>120</sup> Målnr: 27/76.

Möjligheten att hävda att underpriser sätts på grund av *nödvändighet* finns också, men det kan som synes i *Hilti*<sup>121</sup> komma att krävas goda grunder för att hävda detta. Skydd för liv och hälsa tycks vara det enda som accepteras.

Rätten för dominanter att möta priskonkurrens ur ett *effektiviseringsperspektiv* är i de flesta fall obefintlig, då kraven för att effektiviseringen skall inträffa, sällan kan infrias när det är frågan om rovprissättning.

Amerikansk rätt använder sig av god tro-institutet. Där det är upp till rättskipningen att bedöma om dominantens åtgärder är att anse som missbruk eller inte. I mitt tycke är detta en enkel lösning på ett svårt problem. Det skapar rättsosäkerhet och skönsmässiga bedömningar som varierar från fall till fall. Dock är styrkan i denna lösning är att den kan appliceras på i stort sett alla fall och företag och med tanke på hur mycket olika företags verksamheter kan skilja sig från varandra är detta en klar fördel.

Vidare kan nämnas att de regler som ställs upp i artikel 81(3), vilka bland annat ger undantag för konkurrenshämmande avtal som normalt inte är tillåtna enligt artikel 81(1), kan nog med viss försiktighet komma att ligga till grund för framtida ändring av artikel 82. Detta dels för att liknande kraven räknas upp i Kommissionens diskussionsunderlag, dels för att det i dagens läge inte finns tydligare krav att förhålla sig till. Detta bekräftas även av *Westin*.<sup>122</sup>

Frågan hur lågt dominanten får sätta sina priser i förhållande till konkurrenten, borde kunna besvaras med Kommissions kostnadstest som presenterades i diskussionsunderlaget. Den kostnadspost som uppenbarligen kommer att spela störst roll i framtiden är den *genomsnittliga särkostnaden*, det vill säga den kostnaden som kunde ha undvikts om dominanten inte hade producerat de ytterligare enheterna som han (eller hon) har möjlighet att rovprissätta. Det är alltså denna kostnad som dominanter skall hålla ett extra öga på i framtiden. Det räcker dock inte att enbart hålla sig över den genomsnittliga särkostnaden, då även avsikten med prissättningen kommer att undersökas. Om det går att visa att hela syftet med dominantens prissättning grundar sig i att undanröja besvärande mindre konkurrenter, då föreligger missbruk enligt artikel 82. Förvisso kommer detta att vara tämligen svårt att bevisa, men eftersom konkurrensmyndigheterna i EU:s medlemsstater nu för tiden har utvidgade befogenheterna vid gryningsräder, kan det vara en väl så avgörande faktor att ta med i beräkningarna.

Även om AKZO-testet nu har ett par år nacken, kommer det enligt mig fortfarande att spela en stor betydelse när EGD skall besluta i framtida liknande fall. Jag grundar detta i det faktum att det saknas fortfarande bra riktlinjer som kan ersätta AKZO-testet. Detta innebär att den genomsnittliga rörliga kostnaden kan understigas om dominanten kan visa objektiva goda

<sup>121</sup> OJ [1988] L 65/19, [1989] 4 CLMR.

<sup>122</sup> *Westin*, "Europeisk konkurrensrätt" s. 161.

grunder på varför priserna sätts på den låga nivån. Här kan till exempel jubileum, kampanjer och nylanseringar komma i fråga. Dock accepteras de låga priserna endast under en kortare tidsperiod, maximalt ett par månader.

Sammantagen praxis och diskussion har visat att det finns klara öppningar för dominanter att möta priskonkurrens. Essensen ur praxis och doktrinen är följande:

- De lägre priserna bör endast existera under en kortare tidsperiod.
- Priserna bör sättas i rimlig proportion till konkurrentens priser.
- Det måste tydligt framgå att de lägre priserna inte har till syfte att slå ut de mindre konkurrenterna.
- En kostnadsanalys av Areeda/Turner-karaktär kommer oundvikligen att genomföras, men testet bör inte utformas alltför strikt, utan mer fokus skall riktas på själva avsikten med agerandet.
- Priser som sätts under de genomsnittliga **totala** kostnaderna, men över de genomsnittliga **rörliga** kostnaderna kan riskera att anses vara missbruk av dominerande ställning om det kan bevisas att dominanten har för avsikt att slå ut sina konkurrenter genom prissänkningarna.
- Priser som sätts under de genomsnittliga **rörliga** kostnaderna är oftast otillåtna då det saknas affärsmässigt intresse för ett företag att gå med förlust. Undantag kan ges vid lagerrensningar av förbrukningsvaror, samt omfattande reklamkampanjer.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

*Kommissionens diskussionsunderlag om tillämpningen av artikel 82 på exkluderande missbruk -*  
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

*Kommissionens riktlinjer om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning – 97/C 372/03.*

*Kommissionens riktlinjer för marknadsanalyser och bedömning av betydande marknadsinflytande i enlighet med gemenskapens regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster – C165, 11/07/2002.*

## Litteratur

*Bishop, Simon & Walker, Mike* "The Economics of EC competition law", Sweet & Maxwell Ltd., London, 2002.

*Bernitz, Ulf* "Svensk och europeisk marknadsrätt" Norstedts juridik, Stockholm, 2005.

*Cooter, Robert & Ulen, Thomas* "Law & Economics" Pearson Addison Wesley, 2004.

*Fejøl, Jens* "EU Konkurrenseret – Almindelig del" 3 udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, Gentofte, 2003.

*Gellhorn, Ernest & Kovacic, William E.* "Antitrust Law and Economics in a nutshell" 4th edition, West publishing Co, 1994.

*Gustafsson, Leif/Westin, Jacob/Wrangel, Clara & Bökwall, Carl* "Svensk konkurrenserätt" Andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004.

*Henriksson, Lars* "Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans" Mercurius, Stockholm, 2003.

*Hildebrand, Doris* "The role of Economic analysis in the EC competition rules/Doris Hildebrand" 2nd edition, Kluwer, The Hague, 2002.

*Hovenkamp, Herbert* "Federal Antitrust policy, the law of competition and its practice" 3rd edition, Thomson/West, USA, 2005.

*Koktvedgaard, Mogens* "Lærebog i konkurrenseret" 6 udgave, Jurist og økonomforbundets forlag, Gylling, 2005.

*Korah, Valentine* "An introductory guide to EC competition law and practice" Hart, Oxford, 2004.

*Middleton, Kirsty/Rodger, Barry J. & MacCulloch, Angus* "Cases & materials on UK & EC Competition Law", Oxford University Press, 2003.

*Motta, Massimo* "Competition Policy – Theory & practice" Cambridge University Press, USA, 2004.

*Ritter, Lennart/ Braun, David B. & Rawlinson, Francis* "European Competition Law: A practitioner's guide" Kluwer Law International, The Hague, 2000.

*RoschierRaidla* "Competition Law Handbook for the EU and Nordic-Baltic area" WS Bookwell Oy, Porvoo, 2007.

*Sullivan, Lawrence A. & Grimes, Warren S.* "The law of antitrust: An integrated handbook" West Group, USA, 2000.

*Westin, Jacob* "Europeisk konkurrensrätt" Studentlitteratur, Pozkal, 2007.

*Wetter, Carl/Karlsson, Johan/Rislund, Olle & Östman, Marie* "Konkurrenslagen – en handbok" Thomson Fakta AB, Angered, 2002.

*Whish, Richard* "Competition Law" Butterworth, London, 2003.

### **Artiklar**

*Gravengaard, Martin Andreas* "The meeting competition defense principle – a defense for price discrimination and predatory pricing?" ECLR, issue 12, december 2006 s. 658-677.

### **Internet**

*Konkurrensverkets hemsida:* [http://www.kkv.se/t/Page\\_\\_\\_\\_362.aspx](http://www.kkv.se/t/Page____362.aspx).

*Lowe, Philip* "Speech on remarks on unilateral conduct", Washington DC, 11 September 2006.

[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006\\_017\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_017_en.pdf)

*Kommentarer från diskussionsunderlaget*

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>

# Rättsfallsförteckning

## Rättsfall från EGD

*Continental Can v. Kommissionen*, 6/72

*United Brands v. Kommissionen*, 27/76

*Hoffmann La Roche v. Kommissionen*, 85/76

*Michelin v. Kommissionen*, 322/81

*CBEM-Telemarketing v. CLT-IPB*, 311/84

*AKZO v. Kommissionen*, 62/86

*Hilti v. Kommissionen*, 30/89

*Tetra Pak II v. Kommissionen*, 333/94

*Volkswagen Ag v. Kommissionen*, 62/98

*Virgin/British Airways v. Kommissionen*, 219/99

*Michelin v. Kommissionen*, 203/01

## Beslut från Kommissionen

OJ L 374, 31.12.[1985] (*AKZO*)

OJ [1988] L 65/19, [1989] 4 CLMR (*Hilti*)

OJ [1992] L 72/1, [1992] 4 CMLR 551 (*Deutsche Post*)

OJ [2001] L 125/27, [2001] 5 CMLR 99 (*Tetra Pak II*)

## Svenska rättsfall

MD 2000:2

## Amerikanska rättsfall

*Matsushita v. Zenith Radio*, 475 US 574 (1986)

*El pont de Nemour & Co*, 351 US 377 (1956)