



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Peter Edwards

Överprissättning som missbruk av dominerande ställning

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: VT13

Innehåll

ÖVERPRISSÄTTNING SOM MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING.....	1
1 INLEDNING.....	5
1.1 Syfte och problemformulering.....	5
1.2 Disposition och metod.....	5
1.3 Material.....	6
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Forskningsläget idag	7
2 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING.....	8
2.1 Konkurrensrättens bakomliggande syfte.....	8
2.2 Förhållandet mellan svensk rätt och EU-rätt.....	8
2.3 Marknadsbegreppet	9
2.4 Produktmarknad och geografisk marknad	9
2.5 Dominansbedömningen.....	10
2.6 Presumerad dominans och superdominans	11
2.7 Missbruk.....	12
2.8 Objektivt godtagbara skäl	12
3 ÖVERPRISSÄTTNING.....	14
3.1 Ekonomisk teori om konkurrens och monopol	14
3.2 Överprissättningsbegreppets innebörd och ursprung	16
3.3 Identifiering av överprissättning.....	17
3.3.1 Relationen mellan pris och produktionskostnad	18
3.3.2 Kritik mot kostnadsallokering	20
3.3.3 Jämförelser	21
3.3.4 Kritik mot att använda jämförelser	23
3.3.5 Särskilt om ekonomiskt värde	23
3.3.6 Effektivitet	26
3.4 Alternativa metoder för att påvisa överprissättning.....	27
3.4.1 Lönsamhetsanalys.....	28
3.4.2 Dual entitlement	29
3.5 Ren överprissättning.....	31

4	INTERVENTION ELLER NONINTERVENTION?	33
4.1	Inledning	33
4.2	Inträdesbarriärer och felaktiga ingripanden	33
4.3	Nonintervention	35
4.4	Intervention	36
4.5	Omständigheter som krävs för intervention	37
4.6	Krav på en rättsregel för överprissättning	39
4.7	Möjliga rättsregler för överprissättning	40
4.8	Möjliga remedier i fall av överprissättning	42
4.8.1	Direkta sanktioner mot företaget	42
4.8.2	Prisreglering	43
4.8.3	Marknadsanpassning	44
5	ANALYS	45
5.1	Test för överprissättning	45
5.1.1	Ekonomiskt värde och kostnadsallokering	45
5.1.2	Produktionskostnad och orimlig relation	46
5.1.3	Jämförelser	47
5.1.4	Löser några av de alternativa testen de problem som finns idag?	48
5.2	Bör konkurrensrätten ingripa mot överprissättning?	48
5.2.1	Effekten av att tillämpa per se-legalitet	49
5.2.2	Överprissättning som påtryckningsmedel	50
6	SLUTSATS	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	56

Summary

A dominant undertaking has a special responsibility not to distort competition or act in a manner that is unfairly exploitative. Such behaviour that can amount to an abuse of a dominant position can consist in the dominant undertaking charging unfair prices. That an excessive price can amount to an unfair price was decided in 1975 in the case General Motors. Excessive pricing as an abuse of a dominant position has therefore been known for some time. Despite of this excessive pricing has taken up a relatively small portion of the legal debate compared to other forms of abuses. The cause of this is likely to be the uncertainties that are associated with the test that stems from the case United Brands for assessing excessive pricing. The effects of these uncertainties are that the test has rarely been implemented wholly and that the number of cases on excessive pricing is relatively few.

This paper aims to examine these uncertainties. The various difficulties with assessing excessive prices are scrutinized and evaluated.

More recently the legal doctrine has come up with a number of alternate tests for assessing excessive prices. However, these tests exhibit many of the same difficulties as the ones that are associated with assessing excessive prices using today's current test. It follows therefore that the alternate tests may be an improvement on the current test, but they are insufficient to obviate the uncertainties linked with excessive pricing.

Closely linked with *how* excessive prices are assessed is the question whether or not excessive pricing should be a matter for competition law. Within the legal doctrine many voices have been raised that competition law is a blunt tool to curb high prices. By examining the case law on the area the conclusion can be drawn that excessive pricing as an abuse of a dominant position rarely is treated as a standalone abuse, but rather as an aggravating circumstance in connection with other abuses.

Furthermore, by examining what effects would follow by a noninterventionist approach to excessive pricing and which other methods of suppressing high prices are available the conclusion can be drawn that excessive pricing as an abuse of a dominant position rarely is needed and that there are other ways of constraining high prices that would be preferable.

Sammanfattning

Företag i dominerande ställning har en särskild skyldighet att inte missbruka sin marknadsstyrka och därigenom snedvrider konkurrensen eller exploaterar marknaden på ett oskäligt sätt. Ett typexempel på ett sådant agerande som kan utgöra missbruk består i att påtvinga någon ett oskäligt inköps- eller försäljningspris. Att ett oskäligt högt pris, dvs. överprissättning kan utgöra ett sådant oskäligt inköps- eller försäljningspris slogs fast redan 1975 i målet General Motors. Att överprissättning kan utgöra missbruk av dominerande ställning har således stått klart sedan länge. Trots detta har överprissättning fått ett förhållandevis litet utrymme i den rättsliga diskussionen jämfört med andra former av missbruk. Anledningen till detta är sannolikt den osäkerhet som följer av det test som 1978 fastslogs i United Brands för att påvisa överprissättning, vilket fått till följd att testet inte använts konsekvent och att antalet rättsfall på området är relativt få.

I den här uppsatsen lyfts denna osäkerhet upp i ljuset. De problem som associeras med att påvisa överprissättning redogörs för och utvärderas.

På senare tid har flera alternativa test föreslagits som skulle kunna anpassa United Brandstestet och på så sätt göra det mer lätthanterligt och leda till en mer effektiv rättstillämpning. Dessa test uppvisar dock i mångt och mycket samma problem som redan finns idag och trots att de kan vara ett steg i rätt riktning gör de lite för att undanröja den oklarhet som råder på området.

Nära förknippat med *hur* överprissättning ska påvisas är *om* överprissättning alls ska behandlas som ett konkurrensrättsligt problem. Inom doktrinen har från flera håll anförts att konkurrensrätten är ett trubbigt verktyg för att stävja höga priser. Genom att se till praxis på området visas att förbudet mot överprissättning till stor del inte fyller någon större funktion på egen hand, utan snarare ofta behandlas som en försvarande omständighet i samband med andra missbruk.

Genom att se till vilka effekter ett noninterventionistiskt förhållningssätt skulle ha, samt vilka alternativa sätt för att stävja höga priser som skulle kunna vara möjliga kan slutsatsen dras att överprissättning som missbruk av dominerande ställning inte är ett nödvändigt ont, utan att andra sätt för att stävja höga priser är att föredra.

Förord

Det är märkligt att fyra och ett halvt år kan ha flugit förbi och samtidigt kännas som en livstid. När min studietid nu kommit till sitt slut kan jag med glädje säga att mitt val att studera juridik i Lund varit ett av mitt livs hittills bästa. Min förhoppning är att livet som praktiserande jurist blir lika lärorikt och inspirerande!

Med avseende på detta arbete vill jag inledningsvis framföra ett varmt tack till min handledare Katarina Olsson för den vägledning jag fått under arbetets gång. En varmt tack även till Tomas Mäkinen som bistått med värdefulla synpunkter på uppsatsens ekonomiska delar. För inspirerande diskussioner kring ämnet, korrekturläsning och för ett gott studiesällskap förtjänar även Kalle Lindelöw och Marcus Carlbrand ett omnämnande. Slutligen vill jag även rikta ett varmt tack till min familj och min sambo Emelie för det stöd jag fått under såväl studietiden som livet i övrigt.

Förkortningar

Am.Ec.Rev	American Economic Review
ECJ	European Competition Journal
CAT	Competition Appeal Tribunal
CCAT	Competition Commission Appeal Tribunals
CCP	Centre for Competition Policy
DSD	Duales System Deutschland GmbH
EU	Europeiska Unionen
EWCA	England and Wales Court of Appeal
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionsätt
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
GZS	Gesellschaft für Zahlungssysteme
HHAB	Helsingborgs Hamn AB
IELTR	International Energy Law and Taxation Review
ITT	ITT Promedia NV
JT	Juridisk Tidsskrift vid Stockholms universitet
KKV	Konkurrensverket
KL	SFS 2008:579 Konkurrenslag
kommissionen	Europeiska kommissionen
OECD	Organization for Economic and Cooperative Development
OJ	Official Journal of the European Union
OUP	Oxford University Press
Sacem	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SSNIP	Small but Significant Non-transitory Increase in Price
STIM	Svenska Tonsättarens Internationella Musikbyrå
SVT	Sveriges Television

1 Inledning

1.1 Syfte och problemformulering

Missbruk av dominerande ställning är förbjudet enligt KL 2 kap. 7 § samt artikel 102 FEUF. Som exempel anger lagrummen att ett sådant missbruk kan bestå i att påtvinga någon oskäligen försäljningspriser. Enligt praxis inkluderar sådana oskäligen försäljningspriser oskäligen höga priser, dvs. överprissättning. Det är denna form av missbruk som utgör ämnet för denna uppsats.

Hur överprissättning som missbruk av dominerande ställning ska prövas tar sin utgångspunkt i målet United Brands.¹ Sedan målet avgjordes 1978 har relativt lite hänt för att få fram klara riktlinjer som en domstol eller myndighet kan använda sig av för att avgöra huruvida ett företag missbrukar sin dominerande ställning genom överprissättning. Det är i denna oklarhet som uppsatsen tar sin utgångspunkt.

Det bakomliggande syftet är att utreda de olika angreppssätt som finns för att påvisa överprissättning och därmed visa på fördelar och nackdelar med vart och ett av angreppssätten. På senare tid har även ett antal alternativa test föreslagits som kompletterar det test som fastslagits i United Brands. Uppsatsen kommer att behandla två av dessa som synes vara de främst förespråkade inom doktrinen.

En fråga som är aktuell i sammanhanget är huruvida överprissättning är ett problem som bäst löses av konkurrensrätten eller om det finns andra sätt som vore en bättre lösning på de problem som associeras med höga priser. Uppsatsen kommer även att behandla denna fråga.

1.2 Disposition och metod

Uppsatsen är uppdelad i fyra delar. Den första delen behandlar konkurrensrättens syfte och missbruk av dominerande ställning som sådant.

Den andra delen inleds med en översiktlig genomgång av överprissättningsbegreppet för att sedan övergå till en grundläggande genomgång av de ekonomiska teorier som präglar överprissättningsproblematiken. Därefter utreds överprissättning genom att olika metoder för att påvisa överprissättning samt för och nackdelar med respektive metod redogörs för. De metoder som redogörs för inkluderar

¹ 27/76 United Brands mot kommissionen.

såväl dem som har direkt stöd i praxis, och även två alternativa, som föreslagits på senare tid inom doktrinen men ännu inte tillämpats.

I uppsatsens tredje del lämnas de test som finns för att påvisa överprissättning och istället utreds huruvida konkurrensmyndigheter och domstolar överhuvud bör ingripa i överprissättning eller om problemet bäst löses på något annat sätt.

Slutligen följer min analys och slutsats där jag utvärderar de test som finns för att påvisa överprissättning samt väger problemen med dagens ordning mot de effekter som skulle följa av ett noninterventionistiskt förhållningssätt till överprissättning.

I uppsatsen använder jag mig av rättsdogmatisk metod såtillvida att jag strävar efter att kategorisera och belysa gällande rätt.² Vidare innefattar uppsatsen en de lege ferenda-del där jag utreder frågan huruvida konkurrensmyndigheter överhuvud ska ingripa vid överprissättning, samt om så ska ske, hur ett test för ingrepp bör utformas. Uppsatsen riktar sig till en läsare med grundläggande juridisk kunskap men utan särskilda kunskaper inom det konkurrensrättsliga området.

1.3 Material

Jag kommer i denna uppsats främst att använda mig av praxis och doktrin. Skälet till detta är att lagtexten som sådan inte ger någon direkt vägledning till vad överprissättning är, eller hur det ska beivras.

Praxis som förekommer i arbetet härstammar främst från svensk rätt inklusive EU-rätten. Även ärenden från KKV och kommissionen kommer att inkluderas då även de ger viss vägledning. Vissa nationella mål från andra nationer har varit av särskild betydelse för rättsutvecklingen på området och har därför inkluderats i uppsatsen.

Den svenska doktrinen på området är förhållandevis sparsam. Förutom Henrikssons verk har jag därför främst använt mig av utländska källor.

1.4 Avgränsningar

I denna uppsats har jag valt att främst se till överprissättning i ljuset av svensk rätt. Då den svenska rätten präglas till stor del av EU-rätten är även mål från EU-domstolen och kommissionen av intresse och kommer inkluderas. Av tids- och utrymmesskäl har jag dock valt att inte göra en vidare komparation, med undantag för två engelska mål, Napp³ och

² Peczenik, Vad är rätt? s. 312.

³ 1001/1/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading.

Attheraces.⁴ Dessa mål har haft stort inflytande på överprissättningsdiskussionen även på unionsnivå och kommer därför att inkluderas. I uppsatsens fjärde kapitel har även ett amerikanskt rättsfall inkluderats då det visar på en argumentation som kan vara av allmängiltig betydelse för inställningen mot överprissättning.

I uppsatsens andra kapitel, där konkurrensrätten behandlas mer generellt har jag valt att utelämna de missbruksområden som inte är direkt relevanta för överprissättningsdiskussionen. Andra former av missbruk av dominerande ställning samt agerande som faller under artikel 101 FEUF och KL 2 kap. 1 § har därför avgränsats bort.

1.5 Forskningsläget idag

Missbruk av dominerande ställning är ett centralt område av konkurrensrätten och således finns en stor mängd material på området. Däremot har överprissättning som missbruk av dominerande ställning behandlats sparsamt, sannolikt är detta beroende på att sedan United Brands avgjordes 1978 har relativt lite hänt inom rättsutvecklingen med avseende på överprissättning. Inom den svenska doktrinen var länge Henrikssons verk, Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans från 2003 nästintill det enda verk som behandlade området. Detta verk, samt de övriga på området har då främst fokuserat på det test som fastslagits i United Brands och de problem som förknippas med att praktiskt utföra testet.

På senare tid kan dock en förändring skönjas. I kölvattnet av att kommissionen utvecklade United Brandstestet i de båda målen rörande Helsingborgs hamn⁵ har en mängd doktrin följt, såväl svensk som internationell. Härom kan nämnas bland annat KKV:s artikelsamling ”The Pros and Cons of High Prices”, Henrikssons artikel ”Om oskäligen priser” samt Evans & Padillas artikel ”Excessive prices: using economics to define administrable legal rules”. Vad som är tydligt är att den senare tidens doktrin har ändrat infallsvinkel från att utreda det test som finns idag till att de lege ferenda utreda huruvida konkurrensrätten är rätt verktyg för att stävja höga priser. Doktrinen är dock på intet sätt enig om huruvida konkurrensrätten bör ingripa eller inte utan överprissättning som missbruk av dominerande ställning är istället ett fortsatt omtvistat ämne.

⁴ Attheraces Ltd v The British Horse Racing Board Ltd [2007] EWCA Civ 38.

⁵ COMP/A36.570/D3 Sundbusserne v Port of Helsingborg, nedan Sundbusserne; COMP/A36.568/D3 Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, nedan Scandlines.

2 Missbruk av dominerande ställning

2.1 Konkurrensrättens bakomliggande syfte

Det huvudsakliga syftet för konkurrensrätten inom EU är att skydda en effektiv konkurrens på marknaden.⁶ Ett liknande syfte kan utläsas ur KL 1 kap. 1 § där det anges att målet med lagen är att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens. Det bakomliggande syftet med konkurrensrätten kan därför sägas vara detsamma i såväl Sverige som EU.⁷

Förbudet mot missbruk av dominerande ställning har på senare tid utvecklats till att primärt vara till skydd för konsumenter.⁸ Detta kan vid första anblick verka paradoxalt då förbudet används för att utjämna missförhållanden på marknaden, vilket i första hand gynnar konkurrenter som är mindre än det dominerande företaget. Tanken är dock att sådana ingrepp i förlängningen gynnar konkurrensen som sådan, vilket i slutändan gynnar konsumenterna. EU-domstolen har vidare uttalat att ingrepp inte kommer ske om företagen som skulle gynnas av ett ingrepp är mindre effektiva än det dominerande företaget då detta inte skulle gynna konsumenterna.⁹

2.2 Förhållandet mellan svensk rätt och EU-rätt

Genom EU:s tillämpningsförordning 1/2003 gavs nationella domstolar och konkurrensmyndigheter behörighet och skyldighet att tillämpa artikel 102 FEUF parallellt med nationell rätt om det s.k. samhandelskriteriet var uppfyllt.¹⁰ Samhandelskriteriet innebär att gemenskapsrätten ska tillämpas om handeln mellan medlemsstater kan påverkas av missbruket. Kriteriet har hittills getts en vidsträckt betydelse och det räcker med potentiell påverkan för att samhandelskriteriet ska vara uppfyllt. Motsatsvis följer att gemenskapsrätten inte ska tillämpas om samhandelskriteriet inte är uppfyllt.¹¹ Ändringen genom tillämpningsförordningen innebär även att om samhandelskriteriet är uppfyllt ska EU-rätten tillämpas parallellt med KL

⁶ Förordning 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 i fördraget ingressen p. 9.

⁷ Wetter, Karlsson & Östman, Konkurrensrätt: en kommentar s. 9.

⁸ Whish & Bailey, Competition Law s. 19.

⁹ C-280/08 P Deutsche Telekom AG mot kommissionen p. 176 – 177.

¹⁰ Förordning 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 i fördraget art 5 – 6.

¹¹ Wetter, Karlsson & Östman, Konkurrensrätt: en kommentar s. 50.

och att tillämpningen av KL inte får leda till en annan utgång än vad som följer av EU-rätten.¹²

2.3 Marknadsbegreppet

För att ett företag ska betraktas som dominerande på en marknad måste den relevanta marknaden avgränsas. Den relevanta marknaden består dels av den relevanta produktmarknaden, dels den relevanta geografiska marknaden. När dessa marknader är avgränsade ska de kombineras och företagets totala marknadsandel kan då räknas ut. Därigenom kan det fastställas huruvida företaget är i dominerande ställning på marknaden eller ej.¹³

Kommissionen har uttalat att företag utsätts för tre olika sorters konkurrensbegränsningar som är relevanta vid avgränsningen av den relevanta marknaden. Dessa är utbytbarhet på efterfrågandesidan, utbytbarhet på utbudssidan samt potentiell konkurrens. Enligt kommissionen är det utbytbarheten på efterfrågandesidan som är den mest relevanta konkurrensbegränsningen eftersom det blir svårt för ett företag att begränsa konkurrensen om deras kunder lätt kan byta till en annan vara eller till leverantörer på en annan plats.¹⁴

2.4 Produktmarknad och geografisk marknad

Enligt kommissionen omfattar den relevanta produktmarknaden ”alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara”.¹⁵ När den relevanta produktmarknaden ska definieras identifieras därför först vanligtvis de produkter som kan tänkas inkluderas i marknaden. När dessa är identifierade kan produkternas utbytbarhet på efterfrågandesidan bedömas. I de flesta fall blir korspriselasticiteten¹⁶ den avgörande faktorn.¹⁷ Ett sätt att mäta korspriselasticitet är genom det s.k. SSNIP-testet.¹⁸

SSNIP-testet är ett hypotetiskt experiment där kundernas reaktion på en varaktig prishöjning om 5 – 10 % bedöms. Om prishöjningen får kunderna

¹² Wetter, Karlsson & Östman, Konkurrensrätt: en kommentar s. 7.

¹³ Wetter, Karlsson & Östman, Konkurrensrätt: en kommentar s. 105.

¹⁴ 97/C 372/03 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 13.

¹⁵ 97/C 372/03 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 7.

¹⁶ Korspriselasticitet är ett mått som anger hur mycket efterfrågan på en viss vara ökar när priset på en annan vara ökar med en viss procent.

¹⁷ Wetter, Karlsson & Östman, Konkurrensrätt: en kommentar s. 113.

¹⁸ 97/C 372/03 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning p. 15 – 18.

att byta till en annan produkt är det sannolikt att de båda produkterna ingår i samma produktmarknad.¹⁹

Avgörande för definitionen av den geografiska marknaden är att finna vilka konkurrenter som kan verka konkurrensbegränsande för företaget som utreds. Även här blir produktsubstitution viktig för avgränsningen av marknaden, då den relevanta geografiska marknaden till stor del blir beroende av vilka konkurrenter som kan erbjuda alternativa produkter.²⁰

SSNIP-testet kan även vara vägledande när den geografiska marknaden ska fastställas. Om prishöjningen får kunderna att vända sig till en leverantör på ett annat geografiskt område är det troligt att även det andra området ska ingå i den geografiska marknaden.²¹

2.5 Dominansbedömningen

KL 2 kap. 7 § och artikel 102 FEUF är endast tillämplig på företag som befinner sig i dominerande ställning. Därför måste efter att de relevanta marknaderna identifierats en dominansbedömning göras.²²

Definitionen för vad som utgör en dominerande ställning slogs fast i *United Brands*. I målet uttalade EU-domstolen att ett företag ska anses ha en dominerande ställning om det i betydande omfattning kunnat agera oberoende av sina konkurrenter, kunder och konsumenter.²³

Utifrån domstolens uttalande står det klart att dominansbedömningen till stor del blir beroende av hur stor marknadsandel det aktuella företaget har.²⁴ Utöver marknadsandelarnas betydelse har kommissionen även i sina riktlinjer uttalat att bedömningen av huruvida ett företag har en dominerande ställning dessutom ska ske främst med beaktande av tre faktorer. För det första ska företagets faktiska konkurrenters ställning på marknaden beaktas, för det andra ska hänsyn tas till om dessa konkurrenter i framtiden kan tänkas expandera eller om nya konkurrenter kan träda in på marknaden. Slutligen ska även förhandlingsstyrkan hos företagets kunder beaktas.²⁵

Utöver de faktorer som nämnts ovan krävs dessutom att ett företag kan bibehålla sin starka ställning under en längre tid för att företaget ska anses som dominerande. I de fall ett företag har en hög marknadsandel men kan

¹⁹ Whish & Bailey, *Competition Law* s. 31f.

²⁰ Faull & Nikpay, *The EC law of competition* s. 49.

²¹ Wetter, Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt: en kommentar* s. 111.

²² Whish & Bailey, *Competition Law* s. 179.

²³ 27/76 *United Brands mot kommissionen* p. 65.

²⁴ Whish & Bailey, *Competition Law* s. 180.

²⁵ 2009/C 45/02 *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpning av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder* p. 12.

antas tappa denna, exempelvis på grund av att marknaden har låga inträdesbarriärer, ska företaget inte anses vara i dominerande ställning.²⁶

2.6 Presumerad dominans och superdominans

Hur stor marknadsandel som krävs för att ett bolag ska vara i dominerande ställning beror som framgått ovan på hur marknaden ser ut som sådan. Enligt kommissionen är det osannolikt att ett företag ska anses vara i dominerande ställning om de har en marknadsandel som understiger 40 %.²⁷ Det har dock förekommit att företag med en lägre marknadsandel än 40 % bedömts vara dominerande. I målet Virgin/British Airways²⁸ ansågs British Airways ha en dominerande ställning trots att deras marknadsandel i Storbritannien endast uppgick till 39,7 %. Kommissionen, och sedermera förstainstansrätten tog i det fallet hänsyn till att British Airways konkurrenter hade en avsevärt mycket lägre marknadsandel, den närmsta konkurrenten hade en marknadsandel på 5,5 %.²⁹

I målet AKZO³⁰ tog EU-domstolen fram en regel för när en dominerande ställning ska presumeras. Enligt domstolen ska ett företag med en marknadsandel högre än 50 % presumeras vara dominerande. Det åligger sedan företaget att kullkasta presumtionen.

Hur pass dominerande ett företag är kan ha inverkan på missbruksbedömningen. EU-domstolen har i ett antal fall uttalat att ett företag som befinner sig i dominerande ställning får ett mer långtgående ansvar i de fall de har en väldigt hög marknadsandel. Dessutom ska omständigheterna i det enskilda fallet beaktas.³¹ Detta ger vid handen att ett agerande som bedöms som missbruk i ett enskilt fall där ett företag har en hög marknadsandel inte skulle göra det om företaget hade haft en lägre marknadsandel, men fortfarande befann sig i dominerande ställning.³² Företag som har det mest långtgående ansvaret befinner sig i vad som kallas för en superdominant ställning. Enligt praxis krävs minst en marknadsandel omkring 90 % för att ett företag ska anses superdominant.³³

²⁶ Faull & Nikpay, The EC law of competition s. 321; Se även 85/76 Hoffman-La Roche mot kommissionen p. 41.

²⁷ 2009/C 45/02 Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpning av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder p. 14.

²⁸ OJ [2000] L30/1 Virgin/British Airways.

²⁹ T-219/99 British Airways mot kommissionen p. 210 – 224.

³⁰ C-62/86 AKZO Chemie BV mot kommissionen.

³¹ Se härom C-333/94 P Tetra Pak p. 24 och C-395/96 Compagnie Maritime Belge Transports SA mot kommissionen p. 114.

³² Faull & Nikpay, The EC law of competition s. 337.

³³ Se exempelvis C-395/96 Compagnie Maritime Belge Transports SA mot kommissionen p. 119; Se även Whish & Bailey, Competition Law s. 188.

2.7 Missbruk

När det väl fastställts att ett företag har en dominerande ställning krävs dessutom att deras agerande utgör missbruk för att det ska vara förbjudet. En dominerande ställning är således inte förbjuden i sig. Däremot har företag i dominerande ställning ett särskilt ansvar att inte snedvrída eller hindra effektiv konkurrens.³⁴

Bedömningen huruvida ett företag missbrukat sin dominerande ställning ska ske utifrån objektiva måttstockar, något uppsåt från företaget att missbruka sin dominerande ställning krävs således inte.³⁵

Missbruk av dominerande ställning kan delas upp i två olika huvudformer, exkluderande och exploaterande missbruk.³⁶

Exkluderande missbruk är sådant agerande som syftar till att skada eller utestänga konkurrenter från den aktuella marknaden, vilket i slutändan är till skada för konsumenterna. Exkluderande missbruk behöver således inte inledningsvis vara skadligt för företagets kunder eller konsumenter, tvärtom kan agerandet till och med på kort sikt vara till nytta för konsumenter, såsom vid rovprissättning. På längre sikt leder dock exkluderande agerande till att konkurrensen på marknaden blir lidande, vilket i slutändan skadar konsumenterna.³⁷

Exploaterande missbruk syftar istället till att direkt angripa konsumenter eller kunder genom att det dominerande företaget nyttjar sin marknadsstyrka på ett oskäligt vis. Exempel på exploaterande missbruk är överprissättning och diskriminerande avtalsvillkor.³⁸

Det finns ett nära samband mellan exkluderande och exploaterande missbruk. För att möjliggöra exploaterande missbruk måste dominerande företag driva ut konkurrenter från marknaden. Ett exkluderande missbruk kan därför i förlängningen sägas vara orsaken till ett exploaterande. Prioritet har därför getts till exkluderande missbruk eftersom ett ingripande mot ett exkluderande missbruk ofta föregriper möjligheten för ett dominerande företag att direkt angripa konsumenter genom att agera exploaterande.³⁹

2.8 Objektivt godtagbara skäl

För det fall ett företags agerande skulle anses utgöra missbruk av dominerande ställning är det möjligt för företaget att uppvisa att de hade

³⁴ 322/81 Michelin mot kommissionen p. 57.

³⁵ Faull & Nikpay, The EC law of competition s. 349.

³⁶ Whish & Bailey, Competition Law s. 201.

³⁷ Faull & Nikpay, The EC law of competition s. 348.

³⁸ Faull & Nikpay, The EC law of competition s. 397.

³⁹ Kroes, Fordham Int'l L.J. s. 595.

objektivt godtagbara skäl för agerandet. Därmed kan företaget undgå ett fällande.⁴⁰

En form av objektivt godtagbara skäl är att företaget anför att dess agerande varit objektivt nödvändigt. Bedömningen huruvida objektiv nödvändighet ska godtas som skäl görs utifrån externa faktorer såsom hälso- eller säkerhetsskäl. I normala fall åligger en sådan bedömning inte företaget, utan myndigheter och tillsynsorgan, varför företag endast i undantagsfall torde kunna använda objektiv nödvändighet som ett objektivt godtagbart skäl.⁴¹

Ett annat möjligt sätt för företaget att undgå ansvar för missbruk av dominerande ställning är om företaget kan visa att agerandet uppnår effektivitetsvinster som är så stora att konsumenterna i slutändan inte lider skada av agerandet.⁴² Kommissionen har uppställt fyra kumulativa kriterier som måste vara uppfyllda för att företaget ska kunna göra effektivitetsvinster gällande som försvar. För det första måste effektivitetsvinsterna ha uppstått som en direkt följd av agerandet, för det andra måste agerandet varit nödvändigt för effektivitetsvinsterna och inga mindre konkurrenshämmande alternativ varit tillgängliga. För det tredje måste de positiva effekterna av effektivitetsvinsten uppväga de negativa effekterna med avseende på konkurrensen och konsumenternas välfärd på den relevanta marknaden. Slutligen får agerandet inte förstöra den effektiva konkurrensen på marknaden genom att omintetgöra all verklig eller potentiell konkurrens.⁴³

⁴⁰ Whish & Bailey, Competition Law s. 211.

⁴¹ 2009/C 45/02 Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpning av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder p. 28 – 29.

⁴² Att effektivitetshänsyn kan tas i fall rörande missbruk av dominerande ställning fastslogs nyligen av EU-domstolen i mål C-209/10 Post Danmark.

⁴³ 2009/C 45/02 Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpning av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder p. 30.

3 Överprissättning

3.1 Ekonomisk teori om konkurrens och monopol

I den här delen av uppsatsen skiftar fokus från att allmänt redogöra för missbruk av dominerande ställning till att specifikt behandla missbruket överprissättning. För att på ett förtjänstfullt sätt kunna analysera huruvida ett uttaget pris utgör överpris och därigenom kan utgöra missbruk krävs dock inledningsvis en förklaring av den bakomliggande ekonomiska teorin som ligger till grund för ett företags prissättning.

Hur mycket en enskild konsument är beredd att betala för en produkt varierar naturligtvis från konsument till konsument. Vid någon punkt når däremot alla sitt reservationspris, dvs. när de inte längre skulle köpa produkten pga. att priset är för högt. Motsvarande innebär att ju lägre priset är, desto fler kommer vara villiga att köpa produkten eller tjänsten. Utifrån detta synsätt kan det konstateras att ett lägre pris leder till en högre efterfrågan, vilket i sin tur leder till fler produkter på marknaden eftersom producenterna vill tillmötesgå efterfrågan.⁴⁴

För en producent styrs utbudet på marknaden utifrån kostnaden för producenten att leverera ytterligare en enhet. Den intäkt som producenten får genom att sälja ytterligare en enhet kallas för marginalintäkt. På motsvarande sätt kallas den kostnad för producenten att tillverka ytterligare en enhet för marginalkostnad. På en given marknad kommer produktens pris bestämmas utifrån dessa båda faktorer. Strävar producenten efter att maximera sin vinst kommer priset sättas där marginalkostnaden och marginalintäkten möts, då detta motsvarar den punkt där optimalt antal produkter produceras. På en marknad där perfekt konkurrens råder kommer priset i teorin motsvara producentens marginalkostnad.⁴⁵

På en marknad där ett företag är i monopolställning kommer däremot inte priset motsvara marginalkostnaden. Eftersom det inte finns några konkurrenter på marknaden som kan konkurrera prismässigt och därmed tvinga företaget ner mot marginalkostnaden kommer det stå företaget fritt att ta ut högre priser. Företag i monopolställning kommer därför typiskt sett sätta priset så nära konsumenternas reservationspris som möjligt, förutsatt att de fortfarande säljer tillräckligt många produkter för att motivera prisökningen. På så sätt maximerar företaget sin vinst.⁴⁶

En effekt av att ett företag tar ut monopolpriser är typiskt sett att många konsumenter försvinner från marknaden eftersom deras reservationspris

⁴⁴ Niels, Jenkins & Kavanagh, Economics for Competition Lawyers s. 8f.

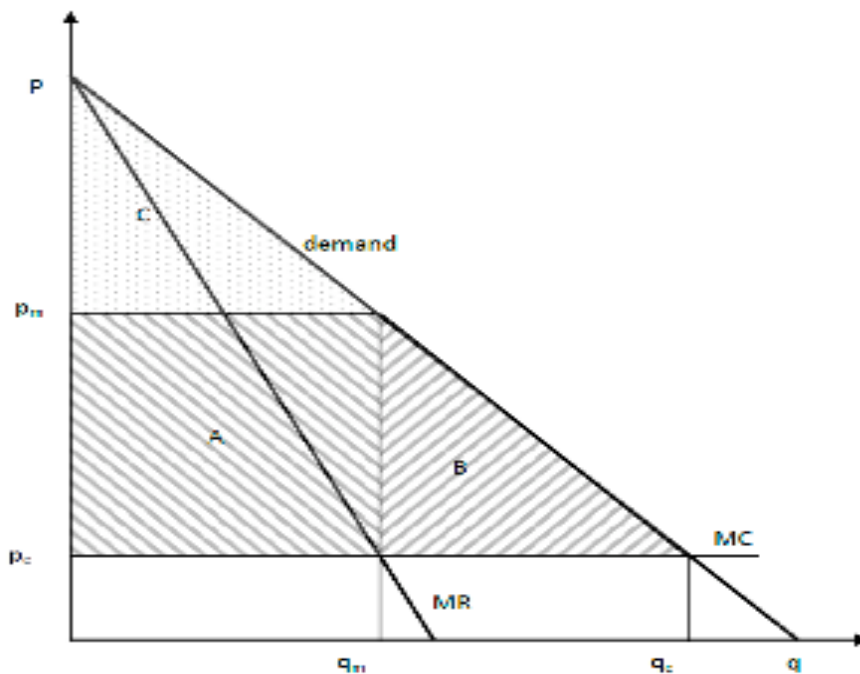
⁴⁵ Niels, Jenkins & Kavanagh, Economics for Competition Lawyers s. 13.

⁴⁶ Niels, Jenkins & Kavanagh, Economics for Competition Lawyers s. 13f.

ligger under monopolpriset. Däremot hade konsumenterna ofta varit villiga att betala det pris som satts på en konkurrensutsatt marknad. Dessa konsumenter, som varit villiga att betala ett pris över marginalkostnaden, men inte fullt så högt pris som företaget satt, utgör en välfärdsförlust för samhället då de stängs ute från marknaden. Denna välfärdsförlust kallas dödviktsförlust. Utöver dödviktsförlusten riskerar monopolpriser att leda till ineffektivitet då monopolprissättning ofta förutsätter en minskad tillgång på marknaden för att driva upp priset. Denna ineffektivitet, sammantaget med dödviktsförlusten gör det mer önskvärt med god konkurrens på marknaden än monopol.⁴⁷

Prissättningen på två marknader där det råder perfekt konkurrens på den ena medan den andra domineras av ett företag i monopolställning kan illustreras i en graf. Grafen visar effekterna av monopolprissättning (P_m) och prissättning på en marknad med perfekt konkurrens (P_c). Som framgår är jämviktspriset, dvs. där tillgång och efterfrågan möts, långt högre vid monopolprissättning än vid optimala konkurrensförhållanden. I grafen utgörs område A av de monopolvinster som det dominerande företaget kan tillgodogöra sig på konsumenternas bekostnad i förhållande till om marknaden varit konkurrensutsatt. Område B påvisar den s.k. dödviktsförlusten som uppstår vid monopolprissättning eftersom de konsumenter som är villiga att handla till monopolpriser (q_m) är färre än de som hade varit villiga att handla till konkurrensutsatt pris (q_c).⁴⁸

Figure 1. Pricing under monopoly and under perfect competition



⁴⁷ Henriksson, Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans s. 410f.

⁴⁸ OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 29, även grafen är hämtad därifrån.

Prissättning enligt grafen ovan är dock främst en teoretisk skapelse. I själva verket är det väldigt sällsynt med marknader där det råder perfekt konkurrens. En marknad med perfekt konkurrens förutsätter nämligen att företag inte själva kan påverka prissättningen och total avsaknad av inträdesbarriärer, en sådan marknad är sannolikt i själva verket illusorisk.⁴⁹

Utifrån den ekonomiska teorin är överprissättning som mest sannolik att förekomma på marknader som har en sjunkande marginalkostnad, dvs. att det blir billigare för företag att producera en ytterligare enhet för varje enhet som produceras. Anledningen till detta är att sådana marknader, s.k. skalekonomier utgör en inträdesbarriär i sig. Således stängs potentiella konkurrenter ute från marknaden då de vid ett eventuellt inträde får en väldigt hög inledande marginalkostnad.⁵⁰

3.2 Överprissättningsbegreppets innebörd och ursprung

Överprissättning innebär att ett företag i dominerande ställning påtvingar någon ett pris som är oskäligt högt. Missbruket kan utgöra både exploaterande och exkluderande missbruk.⁵¹ I praxis har dock ingen avgörande distinktion gjorts mellan de olika formerna av missbruk, vilket leder till att den praxis och doktrin som finns på området torde vara allmängiltig för båda formerna av överprissättning.⁵²

Definitionen för överprissättning som missbruk av dominerande ställning kommer ursprungligen från General Motors⁵³ där EU-domstolen uttalade att:

“Such an abuse might lie, inter alia, in the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided”⁵⁴

I det aktuella målet hade General Motors ensamrätt på att utfärda besiktningssintyg för nya importerade General Motors-bilar. General Motors höjde priset för sådana intyg från 2500 belgiska franc till 5000 belgiska franc. Det högre priset betalades i fem fall. Senare sänkte General Motors priset och återbetalade mellanskillnaden till de kunder som betalat det högre priset. EU-domstolen fann att genom detta förfaringsätt var det ostridigt att det uttagna priset var oskäligt högt, men fann även att på grund av att General Motors återbetalat kunderna hade General Motors inte missbrukat sin dominerande ställning.

⁴⁹ OECD Policy Roundtables on excessive pricing s. 29.

⁵⁰ OECD Policy Roundtables on excessive pricing s. 30.

⁵¹ Wetter, Karlsson & Östman, Konkurrensrätt: en kommentar s. 586.

⁵² Wahl, Pros and Cons of High Prices s. 62.

⁵³ 26/75 General Motors Continental NV.

⁵⁴ 26/75 General Motors Continental NV p. 12.

En liknande definition för överpris upprepades i United Brands där EU-domstolen poängterade att om det uttagna priset inte stod i relation till produktens ekonomiska värde kunde prissättningen utgöra missbruk.⁵⁵

3.3 Identifiering av överprissättning

Det vägledande fallet för hur överprissättning ska prövas är United Brands. I målet ansåg kommissionen att United Brands hade sålt bananer till överpris och därmed missbrukat sin dominerande ställning. Den aktuella geografiska marknaden utgjordes av Tyskland, Danmark, Belgien och Luxemburg. På marknaden hade United Brands en marknadsandel på omkring 45 %, vilket i det aktuella fallet innebar att de var dominanta. Kommissionen bötfällde United Brands på grund av missbruket vilket föranledde United Brands att överklaga kommissionens beslut till EU-domstolen.

EU-domstolen biföll överklagandet eftersom kommissionen hade underlåtit att utreda United Brands kostnader och därmed inte kunde visa att United Brands satt oskäligt höga priser. Därutöver slog domstolen fast definitionen för överprissättning som missbruk av dominerande ställning och ramarna för hur överprissättning ska prövas.⁵⁶

Domstolen uttalade att ett missbruk av dominerande ställning i målet kunde bestå i om United Brands utkrävde ”[...] a price which is excessive because it has no reasonable relation to the *economic value* of the product supplied”.⁵⁷

För att pröva huruvida priset stod i relation till transaktionens ekonomiska värde tog domstolen fram ett test i två steg. Inledningsvis skulle en jämförelse ske för att ta reda på ”[...] whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive”.⁵⁸ Om skillnaden påvisade att prissättningen var ”excessive” skulle det andra steget aktualiseras där det skulle undersökas ”[...] whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products”.⁵⁹

I det första steget i testet måste således relationen mellan pris och produktionskostnad utredas för att få fram en vinstmarginal på den relevanta produkten. Vinstmarginalen indikerar sedan huruvida prissättningen utgör överpris. Om så är fallet ska det undersökas huruvida priset utgör missbruk, endera i sig självt eller jämfört med konkurrerande produkter. Avgörande för huruvida ett pris utgör överprissättning eller ej är således inte priset i sig, utan snarare vinstmarginalens storlek.⁶⁰

⁵⁵ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 250.

⁵⁶ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 250, 251, 256, 261.

⁵⁷ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 250, min kursiv.

⁵⁸ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 252.

⁵⁹ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 252.

⁶⁰ Henriksson, Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans s. 425.

EU-domstolen uttalade även i United Brands att andra tänkbara metoder fanns som skulle kunna uppställa kriterier för huruvida ett pris var oskäligt högt.⁶¹

Även om den rådande uppfattningen synes vara att domstolen i United Brands slog fast ett kumulativt tvåstegstest har bland andra Motta och de Streel anfört att stegen egentligen är alternativa. Enligt Motta och de Streel syftar de båda stegen till att visa att prissättningen ligger över den nivå som prissättningen hade varit på en konkurrensutsatt marknad, huruvida detta sker genom att granska relationen mellan pris och produktionskostnad eller genom någon form av jämförelse är således irrelevant.⁶²

3.3.1 Relationen mellan pris och produktionskostnad

Det första steget i United Brands tvåstegstest kräver att en produkts självkostnadspris och försäljningspris identifieras, vilket kräver att tre olika steg utförs. Det första steget är en kostnadsanalys där företagets samtliga kostnadsställen och kostnadsslag identifieras. Därefter ska de olika kostnadsslagen fördelas för att få fram självkostnaden på varan. Slutligen ska varans självkostnad jämföras med försäljningspriset för att kunna avgöra vinstmarginalen. Vinstmarginalen indikerar sedan om försäljningspriset är ett överpris. Hur produktionskostnaden beräknas, och sedermera dess relation till priset blir således avgörande för huruvida överprissättning är för handen.⁶³

Att prissättningen måste kunna relateras till produktionskostnad har visats genom ärendet ITT.⁶⁴ ITT var en utgivare av telefonkataloger som i Belgien fick betala avgifter till det belgiska telefonbolaget Belgacom. Avgifterna Belgacom tog ut baserades på utgivarens omsättning samt en ytterligare avgift som baserades på antalet uppgifter som infördes i telefonkatalogerna. ITT anmälde sedermera Belgacom till kommissionen och efter förhandlingar övergick Belgacom till att basera sina priser på egna kostnader, vilket gav dem kostnadstäckning och en viss vinstmarginal. Belgacom's förändrade prissättning innebar en reduktion med omkring 90 % av deras tidigare uttagna pris. Kommissionen beslutade efter prissänkningen att inte driva ärendet vidare.⁶⁵

Ett annat fall i vilket relationen mellan produktionskostnad och prissättning tydliggjorts är fallet GZS.⁶⁶ Målet rörde påförande av porto på internationella postförsändelser. Bakgrunden till fallet var att GZS skickade post från Danmark till Tyskland. Vid sådana försändelser erlägger den

⁶¹ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 252.

⁶² Motta & de Streel, Pros and Cons of High Prices s. 39f.

⁶³ Henriksson, Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans s. 426.

⁶⁴ Se kommissionens pressrelase IP/97/292.

⁶⁵ Kommissionens pressrelase IP/97/292.

⁶⁶ Förenade målen C- 147/97 och C-148/97.

danska postförvaltningen en s.k. terminalavgift till den tyska för behandling och utdelning av posten. Deutsche Post krävde sedermera porto från GZS efter full inhemsk taxa, vilket var högre än den danska taxan. GZS vägrade betala den högre taxan, vilket föranledde Deutsche Post att föra talan i Tyskland och sedermera domstolen att begära förhandsbesked från EU-domstolen. EU-domstolen uttalade att Deutsche Post hade rätt att utkräva porto enligt den inhemska taxan, däremot utgjorde det missbruk av dominerande ställning att inte göra avdrag för den terminalavgift som danska posten betalt till den tyska, då dessa utgjorde täckning för Deutsche Posts kostnader.⁶⁷

Även i fallet DSD⁶⁸ synliggjordes betydelsen av kostnadernas relation till prissättningen. Bakgrunden till målet var att DSD, som står bakom det tyska återvinningsvarumärket ”Der Grüne punkt”, krävde en avgift för insamling av förpackningar med varumärket från sina avtalsparter. Enligt avtalet skulle alla DSD:s avtalsparter märka ”Der Grüne punkt” symbolen på alla sina förpackningar. Avgiften som DSD sedan tog ut baserades på antalet förpackningar som avtalsparten hade, oavsett om DSD:s återvinningstjänst användes eller inte. Kommissionen uttalade att om ett företag är avtalspart till DSD men väljer att inte använda sig av DSD:s återvinningstjänst saknade de priser som DSD satt relation till DSD:s kostnader. Därmed medförde prissättningen missbruk av dominerande ställning.⁶⁹ Beslutet överklagades till förstainstansrätten och sedan till EU-domstolen, båda instanserna delade dock kommissionens inställning.⁷⁰

För det fall produktionskostnaden kan beräknas på ett tillfredsställande sätt och det finns ett klart samband mellan produkten och företagets kostnader uppstår frågan hur stor en vinstmarginal får vara för att inte vara oskäligen.⁷¹

Viss vägledning härom finns att finna i målet British Leyland.⁷² British Leyland utfärdade intyg som behövdes för återimport av bilar till Storbritannien. Före 1981 tog British Leyland ut ett pris om 25£ per bil för både höger- och vänsterstyrda bilar. 1981 höjde British Leyland priset för vänsterstyrda bilar till 100£ per bil för privatpersoner och 150£ för återförsäljare. Däremot höjdes inte priset för högerstyrda bilar. EU-domstolen fann att prishöjningen på vänsterstyrda bilar, som i vissa fall gjorde att vänsterstyrda bilar hade en avgift som var sex gånger högre än högerstyrda, inte kunde vara motiverad med beaktande av den lilla skillnad som förelåg mellan vänsterstyrda och högerstyrda bilar. Prishöjningen var därför att anse som missbruk.⁷³

⁶⁷ Förenade målen C- 147/97 och C-148/97 p. 58.

⁶⁸ C-385/07 P Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen.

⁶⁹ Kommissionens beslut 2001/463/EG p. 111.

⁷⁰ T-151/01 p. 164; C-385/07 P Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen.

⁷¹ Henriksson, Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans s. 437.

⁷² 226/84 British Leyland.

⁷³ 226/84 British Leyland p. 28.

En omfattande utredning om relationen mellan produktionskostnad och pris företogs i det brittiska målet Napp.⁷⁴ I målet uttalade sig CCAT,⁷⁵ den brittiska motsvarigheten till Marknadsdomstolen, hur en bedömning skulle göras för att påvisa oskäligt höga priser. Napp hade tagit fram ett läkemedel som de sålde till patienter som erhållit recept samt direkt till sjukhus. Napp var dominerande på båda marknaderna med en marknadsandel som översteg 90 % i båda fallen. Läkemedlen som såldes direkt till sjukhusen var rabatterade med omkring 90 %, vilket CCAT slog fast utgjorde rovprissättning. Därefter utredde CCAT huruvida prissättningen på läkemedlen som såldes till patienter med recept utgjorde överprissättning. CCAT uttalade att två förutsättningar krävdes för att priset skulle utgöra överprissättning. Dels krävdes att priserna var högre än vad som kunde förväntas på en konkurrensutsatt marknad. Dels krävdes att reell eller potentiell konkurrens som kunde driva ner priset till en konkurrensutsatt nivå saknades och inte kunde förväntas uppkomma inom en överskådlig framtid.⁷⁶

Av utredningen i målet framgick att Napps prissättning på marknaden där läkemedlet såldes direkt till patienter med recept översteg prissättningen vid försäljning till sjukhus med över 1 000 %, samt att priset var mellan 33 och 67 % högre än jämfört med den närmsta konkurrenten. Vidare fann CCAT att Napp inte utsatts för någon reell konkurrens på marknaden då de hållit samma prisnivå i över tjugo år, vilket innebar att Napp hade missbrukat sin dominerande ställning.⁷⁷

Utifrån praxis blir det svårt att finna någon definitiv gräns eller procentsats för när en vinstmarginal ska anses vara oskäligt hög. Trots att det synes klart att prissättningen måste relateras till produktionskostnad och att vinstmarginalen inte får vara extremt hög går det inte med hänsyn till praxis att med säkerhet fastställa exakt hur hög vinstmarginalen får vara för att inte innebära missbruk.⁷⁸

3.3.2 Kritik mot kostnadsallokering

Relationen mellan pris och produktionskostnad blir till stor del beroende av hur produktionskostnad beräknas och vilka kostnader som ska ingå i beräkningen, dvs. kostnadsallokering.

Motta & de Streel framhåller att kostnadsallokering ur konkurrenssynpunkt är problematisk av flera skäl. För det första skiljer sig ofta företags

⁷⁴ 1001/1/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading.

⁷⁵ Numera CAT.

⁷⁶ 1001/1/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading p. 391.

⁷⁷ 1001/1/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading p. 397 – 398.

⁷⁸ Henriksson, Rätten till pris konkurrens – i marknadsdominans s. 439.

bokföringsmässiga kostnad mot den verkliga ekonomiska kostnaden eftersom företag ofta bokför kostnader på ett sådant sätt som är skattemässigt gynnsamt. För det andra måste företagens risktagande med hänsyn till forskning och utveckling beaktas på så sätt att ett lyckat risktagande måste belönas med att företaget får ta ut ett högt pris. För det tredje finns problem med kostnadsallokering för företag som producerar ett flertal produkter då produkterna ofta har gemensamma kostnader. Slutligen blir det problematiskt att allokera kostnader om företaget är aktivt på ett flertal marknader eftersom de olika marknaderna och i vissa fall de olika produkterna subventionerar varandra, vilket kan ge en felaktig indikation på att företaget överprissätter på den mest subventionerade marknaden.⁷⁹

3.3.3 Jämförelser

EU-domstolen har ibland använt sig av olika former av jämförelser för att påvisa överprissättning, endera i samband med att utreda relationen mellan pris- och produktionskostnad eller i isolation. Henriksson har sammanfattat olika jämförelser och klassificerat dessa som företagsinterna jämförelser, branschinterna jämförelser, jämförelser med liknande marknader samt marknader utan konkurrens och reglerade marknader.⁸⁰

Den första formen av jämförelser, dvs. företagsinterna jämförelser, är när prissättningen på de olika marknader där det dominerande företaget agerar jämförs.⁸¹ En sådan jämförelse skedde i målen *Tournier*⁸² och *Lucazeau*,⁸³ som rörde royalties. Sacem, som var en fransk upphovsrättslig intresseorganisation hade tagit ut högre royalties av vissa diskotek i Frankrike än vad som togs ut i andra medlemsstater. EU-domstolen uttalade i målet att det kunde utgöra missbruk av dominerande ställning att ta ut avgifter som var väsentligt högre än i andra medlemsstater om inte det dominerande företaget objektivt kunde motivera varför de tagit ut högre avgifter.⁸⁴

Den andra formen av jämförelse, branschintern jämförelse, består i att jämföra det dominerande företaget med sina konkurrenter på samma marknad.⁸⁵

Branschintern jämförelse användes till viss del i *United Brands*. Där kom EU-domstolen fram till att en prisskillnad på 7 % mellan *United Brands* och dess konkurrenter inte per automatik ansågs oskäligen.⁸⁶

⁷⁹ Motta & de Stree, *Pros and Cons of High Prices* s. 34.

⁸⁰ Henriksson, *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans* s. 442ff.

⁸¹ Henriksson, *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans* s. 443.

⁸² 395/87 *Tournier*.

⁸³ De förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88 *Francois Lucazeau and others v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Sacem)*.

⁸⁴ 395/87 *Tournier* p. 38.

⁸⁵ Henriksson, *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans* s. 447.

⁸⁶ 27/76 *United Brands mot kommissionen* p. 266.

Branschintern jämförelse användes även i ärendet Deutsche Telekom.⁸⁷ Ärendet rörde anslutningskostnader för nya operatörer till det tyska telenätet, vilket blivit aktuellt sedan marknaden avreglerats. Kommissionen genomförde en jämförande studie mellan olika aktörer inom branschen och kom fram till att Deutsche Telekom hade alltför höga avgifter.⁸⁸ Deutsche Telekom sänkte sedermera sina avgifter, vilket föranledde kommissionen att återkalla sin talan.⁸⁹

Om någon av de två ovan nämnda formerna av jämförelser inte är möjliga kan det istället bli aktuellt att jämföra det misstänkt höga priset med priset på jämförbara marknader. En sådan jämförelse användes i målet Bodson.⁹⁰

Målet rörde en fransk begravningsbyrå som tillhandahöll begravnings tjänster till ett misstänkt överpris. Begravningsbyrån hade exklusiv rätt att tillhandahålla sådana tjänster inom ett specifikt område i Frankrike. EU-domstolen uttalade i ett förhandsavgörande att det skulle vara möjligt att genomföra en jämförelse mellan priserna i de områden i Frankrike där det inte rådde exklusivitet och de områden där det rådde exklusivitetsreglering. Jämförelsen skulle enligt EU-domstolen kunna vara indikativ för om Bodsons pris var oskäligt högt.⁹¹

Ett annat fall där liknande marknader jämförts är Deutsche Post II.⁹² Målet rörde i likhet med GZS terminalavgifter som den tyska posten tog ut i samband med internationell post. Eftersom Deutsche Post hade monopol på marknaden kunde inte en jämförelse ske med Deutsche Posts konkurrenter. I det aktuella målet tog Deutsche Post ut samma avgifter för internationell post som för nationell post, i de fall de bedömde posten som s.k. A-B-A remailing.⁹³ Enligt kommissionen innebar prissättningen en prishöjning med 25 % i relation till kostnaderna för internationell post jämfört med nationell, vilket enligt kommissionen utgjorde överprissättning.⁹⁴

Henriksson anför att en vinstmarginal såsom i fallet ovan inte kan ges en allmängiltig innebörd av överprissättning då fallet rörde sig om ett monopol samt vinstnivåerna i andra medlemsstater var låga. Henriksson påpekar vidare att i andra branscher skulle andra vinstmarginaler krävas för att säkerställa överprissättning, då andra branscher ställer andra krav på bolagens utveckling.⁹⁵

⁸⁷ Kommissionens pressrelease IP/98/430.

⁸⁸ Haag & Klotz, Commission Policy Newsletter 1998/2 s. 37f.

⁸⁹ Kommissionens pressrelease IP/98/430.

⁹⁰ 30/87 Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées.

⁹¹ 30/87 Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées, domskälen i målet, styckenumrering saknas.

⁹² 2001/892/EG Deutsche Post II.

⁹³ A-B-A remail är post som sänds från ett land till ett annat för att sedan sändas tillbaka.

Remailing kan vara lönsamt om terminalavgifterna i ett land understiger inrikestarifferna i det andra landet, se härom kommissionens beslut 2001/892/EG p. 11 – 12.

⁹⁴ 2001/892/EG Deutsche Post II p. 162, 167. Beslutet ger även stöd för att vinstmarginalen skulle kunna vara på endast 22 % men att även detta skulle innebära överprissättning.

⁹⁵ Henriksson, Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans s. 453.

På marknader som saknar konkurrens och reglerade marknader blir det av naturliga skäl svårt att hitta godtagbara jämförelser. Enligt kommissionen kan jämförelser i sådana fall göras mellan ett misstänkt överpris och ett hypotetiskt pris som gällt om marknaden varit konkurrensutsatt.⁹⁶

3.3.4 Kritik mot att använda jämförelser

Akman menar att en företagsintern jämförelse inte borde ske inom ramen för överprissättning utan snarare behandlas som prisdiskriminering eftersom en jämförelse mellan två olika marknader inte nödvändigtvis säger något om prissättningen utan endast att olika villkor har använts för likvärdiga transaktioner. Dessutom ser hon ett svåröverstigligt problem i att jämföra olika marknader och göra en bedömning om överprissättning då marknader ofta skiljer sig åt och därmed försvårar jämförelser.⁹⁷

Enligt Akman finns det vidare problem med att genomföra branschinterna jämförelser och jämförelser på liknande marknader. Anledningen till detta är att vid en branschintern jämförelse sker jämförelsen med en marknad där konkurrensen redan är snedvriden, därmed är det troligt att konkurrenterna har anpassats sig till den snedvridna konkurrensen, vilket innebär att ett konkurrenskraftigt pris inte går att få fram. Sker jämförelsen istället med konkurrenter på andra marknader finns risken att domstolen skönsmässigt måste uppskatta hur stor del av prisskillnaden som är på grund av marknadsskillnader, vilket innebär en risk för att icke likvärdiga produkter jämförs. Akman menar vidare att det finns en osäkerhet i att förutsätta att priset för en vara på en annan marknad skulle innebära att varan sålts till ett skäligt pris.⁹⁸

O'Donoghue & Padilla instämmer i Akmans kritik och menar att det finns ett problem i direkta prisjämförelser mellan olika marknader eftersom den marknad med det lägsta priset per automatik anses vara referenspunkten för konkurrensmässig prissättning.⁹⁹

3.3.5 Särskilt om ekonomiskt värde

När produktionskostnaden relaterats till pris och någon form av jämförelse ägt rum måste detta ställas mot en varas eller tjänsts ekonomiska värde. Det blir därmed helt avgörande hur begreppet ekonomiskt värde ska uppfattas och vad som ska beräknas ingå i det ekonomiska värdet.¹⁰⁰

⁹⁶ 98/C 265/02 kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesval inom telesektorn p. 109.

⁹⁷ Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law s. 195.

⁹⁸ Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law s. 196.

⁹⁹ O'Donoghue & Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC s. 618.

¹⁰⁰ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 250.

Vad ekonomiskt värde innebär är inte helt klarlagt eftersom EU-domstolen vid ett flertal fall har likställt definitionen för ekonomiskt värde med ”kostnad” utan att för den delen definiera vilka kostnader som inkluderas.¹⁰¹ På senare tid har dock kommissionen i två mål rörande Helsingborgs hamn frångått denna definition och utvecklat vad som ska ingå i beräkningen av ekonomiskt värde.¹⁰²

I de båda målen följde kommissionen tvåstegstestet som EU-domstolen tagit fram i *United Brands*. I det första steget begärde kommissionen in en kostnadsanalys från HHAB. Den kostnadsberäkning som HHAB lämnade in visade emellertid att bolaget gick med förlust.¹⁰³ Kommissionen kom därefter fram till att den kostnadsanalys som HHAB lämnat inte var tillförlitlig, varpå kommissionen utförde en egen kostnadsberäkning och kom fram till att HHAB hade inkomster som översteg HHAB:s kostnader. Kommissionen uttalade dock aldrig explicit huruvida den aktuella prissättningen var ”excessive” utan gick istället vidare till att jämföra prissättningen med andra hamnar, för att utröna om prissättningen var oskäligen, dvs. det andra steget i *United Brands* tvåstegstest.¹⁰⁴

Kommissionen genomförde först en jämförelse med konkurrerande produkter. Kommissionen fastställde inledningsvis att det var svårt att finna jämförbara hamnar men utförde ändå en jämförelse med de tariffer som andra hamnar med liknande storlek i Öresundsområdet tog ut. Kommissionen kom vid jämförelsen fram till att det inte fanns något stöd för att HHAB:s prissättning var oskäligen.¹⁰⁵

Vid bedömningen om prissättningen var oskäligen i sig uttalade kommissionen att det saknades stöd för att priserna skulle vara oskäligen då det inte fanns tillräcklig bevisning för att stödja att det uttagna priset saknade rimlig relation till det ekonomiska värdet av tjänsterna som HHAB tillhandahöll och fann därför att HHAB inte hade missbrukat sin dominerande ställning genom överprissättning.¹⁰⁶

Enligt kommissionen skulle ett pris kunna identifieras såsom oskäligen i sig genom att jämföra produktionskostnad med pris eller vinstmarginal samt det ekonomiska värdet av produkten eller tjänsten.¹⁰⁷ I målet kunde enligt kommissionen en sådan jämförelse inte ske dels då kostnaderna inte kunde fastställas med säkerhet, dels så tog ett sådant angreppssätt endast hänsyn till produktens eller tjänstens egenskaper på tillgångssidan vid fastställandet av det ekonomiska värdet. Kommissionen anförde att en sådan beräkning var ofullständig och att även egenskaper på efterfrågandesidan skulle tas i

¹⁰¹ Se exempelvis 2001/892/EG *Deutsche Post II* p. 162, 226/84 *British Leyland* p. 28 – 30 samt 26/75 *General Motors* p. 12, 22.

¹⁰² *Sundbusserne*; *Scandlines*.

¹⁰³ *Sundbusserne* p. 89; *Scandlines* p. 105.

¹⁰⁴ *Sundbusserne* p. 139; *Scandlines* p. 161.

¹⁰⁵ *Sundbusserne* p. 183; *Scandlines* p. 207.

¹⁰⁶ *Sundbusserne* p. 220 – 222; *Scandlines* p. 246 – 248.

¹⁰⁷ *Sundbusserne* p. 199; *Scandlines* p. 221.

beaktning vid beräkningen av det ekonomiska värdet.¹⁰⁸ Kommissionen slog därmed fast att en beräkning av det ekonomiska värdet som endast tog hänsyn till kostnader och försäljningsmarginal inte var tillräcklig för att fastställa en produkts eller tjänsts ekonomiska värde.

Furse anför att kommissionens uttalande i målen rörande Helsingborgs hamn avseende det ekonomiska värdet är ofullständigt. Furse tolkar uttalandet så att kommissionen synes mena att det betalda priset motsvarar produkten eller tjänstens ekonomiska värde. Om så är fallet innebär kommissionens uttalande att det ekonomiska värdet alltid ska fastställas till där tillgång möter efterfrågan, vilket innebär att ett pris, oavsett hur högt det än är, aldrig kan innebära överprissättning.¹⁰⁹

Akman & Garrod menar att kommissionen blandade ihop definitionen för missbruk genom överprissättning, dvs. att priset inte stod i proportion med varans ekonomiska värde, med ”oskäligen i sig” delen av det andra steget av United Brands tvåstegstest. Då ekonomiskt värde historiskt sett har likställts med kostnad menar Akman & Garrod att en jämförelse mellan företagets kostnader och pris istället skulle skett i det första steget, där utredningen rörande förhållandet mellan pris och produktionskostnad vanligtvis äger rum. Den del av testet som utreder huruvida priset är ”oskäligen i sig” ska således inte ta sin utgångspunkt i varans ekonomiska värde, utan snarare utifrån en jämförelse med företagets tidigare prissättning.¹¹⁰

Vad som utgör ekonomiskt värde har även behandlats i det engelska målet *Attheraces*.¹¹¹ Målet rörde information som British Horse Racing Board sålde till *Attheraces* rörande tävlingshästar. *Attheraces* sålde sedermera informationen vidare till utländska bookmakers. Frågan uppkom huruvida British Horse Racing Boards prissättning gentemot *Attheraces* utgjorde överprissättning. I första instans vann *Attheraces*, då domstolen fann att British Horse Racing Boards vinstmarginal om 300 % var oskäligen hög. Efter att British Horse Racing Board överklagat uttalade dock Court of Appeal att underinstansen hade tillämpat United Brands definition av ekonomiskt värde alltför snävt då de inte tagit hänsyn till vad *Attheraces* skulle stå att tjäna på att sälja informationen vidare. Court of Appeal beaktade dessutom att *Attheraces* var en monopolistköpare och att det därför skulle vara ekonomiskt irrationellt för British Horse Racing Board att kräva ett alltför högt pris, då de var beroende av att *Attheraces* kunde sälja informationen vidare. Court of Appeal beaktade dessutom att den höga prissättningen inte visats vara till skada för slutkonsumenterna, dvs. de som spelade på hästar. Court of Appeal biföll överklagandet och följde således den definition av ekonomiskt värde som framkommit i Helsingborgs hamnmålen.¹¹²

¹⁰⁸ Sundbusserne p. 204; Scandlines p. 226.

¹⁰⁹ Furse, ECJ June 2008 s. 72f.

¹¹⁰ Akman & Garrod, CCP Working Paper 10-4 s. 19.

¹¹¹ *Attheraces Ltd v The British Horse Racing Board Ltd* [2007] EWCA Civ 38.

¹¹² *Attheraces Ltd v The British Horse Racing Board Ltd* [2007] EWCA Civ 38 p. 215 – 218.

Motta och de Streel menar med vägledning från kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar att en produkts ekonomiska värde istället bör uppfattas såsom det pris som gällt på en normalt konkurrensutsatt marknad, vilket enligt riktlinjerna utgörs av den genomsnittliga totala minimikostnaden på marknaden.¹¹³ Henriksson anför i sammanhanget att eftersom monopol typiskt sett kommer vara mer ineffektiva än konkurrensutsatta företag måste i sådant fall normalpriset på en marknad med dominanta aktörer anpassas och höjas för att inte en alltför stor diskrepans ska råda mellan normalpriset och det verkliga priset. Skulle en sådan anpassning inte ske skulle oskälighetsanalysen innebära ett förbud mot dominerande ställning i sig.¹¹⁴

Även Pozdnakova pekar på att det finns ett problem i kommissionens uttalande om ekonomiskt värde. Enligt henne är sådana faktorer på efterfrågandesidan som kan öka det ekonomiska värdet svåra att mäta, då de vanligtvis är immateriella. Vidare är faktorer på efterfrågandesidan subjektiva, och det vore i stort sett omöjligt att få klarhet i huruvida kunderna efterfrågade varan på grund av att det ekonomiska värdet höjts av faktorer på efterfrågandesidan och därför hade förankring i priset, och inte endast som en effekt av att det inte finns några konkurrerande produkter att välja bland.¹¹⁵

Begreppet ekonomiskt värde har även behandlats i det svenska målet Kanal5 och Tv 4 mot STIM.¹¹⁶ Målet rörde de ersättningsmodeller som STIM tillämpade gentemot Kanal5 och Tv 4 respektive SVT. För Kanal5 och Tv 4 beräknades ersättningen utifrån tv bolagens intäkter samt hur mycket musik som sänts. Av SVT erhöll däremot STIM en klumpsumma som bestämdes i förväg.¹¹⁷ Frågan blev huruvida STIMs ersättningsmodeller hade ett samband med varans ekonomiska värde. EU-domstolen valde i sitt förhandsavgörande att inte utveckla innebörden av ekonomiskt värde utan slog endast fast att då ersättningen beräknades utifrån tv bolagens intäkter stod ersättningsmodellen i rimligt förhållande till transaktionens ekonomiska värde.¹¹⁸

3.3.6 Effektivitet

Ibland anförs att ett företag i dominerande ställning medvetet kan driva upp sina kostnader för att på så sätt undvika att få en alltför hög vinstmarginal och därmed finnas skyldig till överprissättning.¹¹⁹

¹¹³ Motta & de Streel. European Competition Law Annual 2003 s. 94; Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2000/C /291/01 p. 126.

¹¹⁴ Henriksson, JT 2006/07 s. 583.

¹¹⁵ Pozdnakova, Kluwer law international 2010 vol 33 issue 1 s. 131.

¹¹⁶ C-52/07 Kanal5 och Tv 4 mot STIM.

¹¹⁷ C-52/07 Kanal5 och Tv 4 mot STIM p. 10 – 12.

¹¹⁸ C-52/07 Kanal5 och Tv 4 mot STIM p. 36 – 37.

¹¹⁹ Henriksson, JT 2006/07 s. 580.

I Tournier och Lucazeau gick EU-domstolen in på huruvida bristande effektivitet kunde innebära missbruk. I de båda målen berodde Sacems högre priser på att Sacem hade högre kostnader än andra upphovsrättsorganisationer. Särskilt Sacems administrationskostnader var synnerligen höga, vilket enligt EU-domstolen inte kunde uteslutas bero på ineffektivitet.¹²⁰

Kauper menar att EU-domstolen genom de båda förhandsavgörandena har fastslagit att ett företag i dominerande ställning måste kunna visa att de i vart fall inte är mer ineffektiva än jämförbara företag.¹²¹ Hordjik däremot menar mot bakgrund av att administrationskostnaderna i Tournier och Lucazeau var synnerligt höga ska effektivitetshänsyn endast beaktas i särskilda fall.¹²²

Enligt Henriksson har Kauper och Hordjik tolkat Tournier alltför extensivt respektive restriktivt. Henriksson menar istället att inte alltför stora växlar ska dras på Tournier och Lucazeau eftersom det är förenat med stora svårigheter att uppskatta produktionskostnader för immateriella varor samt att EU-domstolens uttalande endast hänförde sig till administrativa kostnader.¹²³ Vidare menar Henriksson att problemet med effektivitet är överdrivet och att det vore irrationellt ur företagsekonomisk synpunkt för ett dominerande företag att driva upp kostnaderna för att få en lägre vinstmarginal.¹²⁴ Det synes i dagsläget därför osäkert om det finns något effektivitetskrav för dominerande företag.

3.4 Alternativa metoder för att påvisa överprissättning

EU-domstolen uttalade i United Brands att det finns andra sätt att påvisa överprissättning.¹²⁵ I doktrinen har på senare år ett flertal möjliga metoder tagits fram, dock har ingen av dessa metoder ännu vunnit stöd i rättspraxis. Två av de metoder som föreslagits och som skulle kunna implementeras i United Brandstestet redogörs för nedan.

¹²⁰ 395/87 Tournier, p. 42; Lucazeau p. 29.

¹²¹ Kauper, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1990 s. 662.

¹²² Hordjik, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2002 s. 471f.

¹²³ Henriksson JT 2006/07 s. 581.

¹²⁴ Henriksson JT 2006/07 s. 580.

¹²⁵ 27/76 United Brands mot kommissionen p. 253.

3.4.1 Lönsamhetsanalys

Lönsamhetsanalys¹²⁶ utgår ifrån en beräkning som görs utifrån bolagets kapitalkostnad och beräknade kapitalavkastning. Genom denna beräkning kan företagets lönsamhet fås fram. Företagets lönsamhet kan sedan ligga till grund för olika jämförelser som i sin tur kan påvisa överprissättning. Fördelen med att använda lönsamhetsanalys för att påvisa överprissättning är att metoden har en inbyggd standard för vad som utgör ”normal” avkastning.¹²⁷

Lönsamhetsanalys kan ske utifrån två olika metoder, endera genom en bokföringsmässig analys, eller genom den s.k. internräntemetoden.¹²⁸

Den bokföringsmässiga analysen utgår ifrån den beräknade avkastningen vid en given investering. Analysen utgår vanligen från företagets viktade kapitalkostnad, som utgör ett mått för den minsta avkastningen för att investeringen ska vara ekonomiskt godtagbar för företaget. Den viktade kapitalkostnaden används sedan som en vägledning för vilket pris företaget får ta ut och därmed vilken kapitalavkastning som är tillåten. Bokföringsmässig analys används vanligtvis vid marknadsregleringar när det är önskvärt att reglera avkastning men analysen kan således även användas för att indikera överprissättning.¹²⁹

Internräntemetoden utgår istället från företagets internränta, som anger en given investerings avkastning. Vid en jämförelse mellan internräntan och investeringens uppsatta avkastningskrav kan investeringens lönsamhet beräknas. Internräntemetoden är idag det vanligaste sättet att mäta lönsamhet i företag.¹³⁰

Genom att använda någon av de båda metoderna blir det möjligt att påvisa vilken lönsamhet en viss investering har haft, om lönsamheten är alltför hög kan det indikera överprissättning.¹³¹

Det finns flera problem som associeras med lönsamhetsanalys. Bland annat har OECD pekat på att analysen har svagheter eftersom bokförda vinster ofta skiljer sig beroende på vilken metod som använts, samt att det finns problem med kostnads- och intäktsallokering hos större företag.¹³²

Gregory instämmer och menar att det finns svagheter med lönsamhetsanalys eftersom de olika metoderna ofta ger olika resultat. Enligt Gregory ger de båda metoderna endast samma resultat om det är möjligt att mäta företagets

¹²⁶ Benämns på engelska ”profitability analysis”.

¹²⁷ OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 63.

¹²⁸ OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 64.

¹²⁹ OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 64f.

¹³⁰ OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 64f.

¹³¹ Gregory, Excessive prices and the role of profitability analysis, bifogad till OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 389.

¹³² OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 64.

lönsamhet från dess start till dess företaget avslutas. Då det inte är önskvärt att vänta till företaget inte längre finns för att kunna visa överprissättning används istället en mätning över en kortare tidsperiod, vilket ger olika resultat beroende på vilken metod som används.¹³³

OECD har vidare framhållit att det finns problem med att använda bokföringsmässig analys i konkurrensrättsliga sammanhang eftersom metoden vanligtvis används till prisregleringar. Prisregleringar sker oftast gentemot företag som är statligt ägda och som agerar på en skyddad marknad, medan företag på en mer konkurrensutsatt marknad riskerar att misslyckas. Risker som företag på en konkurrensutsatt marknad tar måste enligt OECD istället belönas i efterhand om de är lyckade, användandet av bokföringsmässig analys medför därmed en risk för att företagen inte ska kunna tillgodogöra sig befogade vinster som är resultatet av ett lyckat risktagande.¹³⁴

Grout och Zalewska anför att för att lönsamhetsanalys ska kunna användas framgångsrikt inom konkurrensrätten behövs först en tydlig distinktion göras. Lönsamhetsanalys används först och främst för att mäta lönsamheten i ett företag, ska analysen däremot ligga till grund för att indikera överprissättning torde avkastningen vida överstiga kapitalkostnaden för att missbruk ska komma i fråga. Analysen ger således ingen direkt vägledning för om ett företag överprissätter, utan endast om företaget är lönsamt. Lönsamhetsanalys bör därför enligt Grout och Zalewska användas med stor försiktighet inom konkurrensrätten.¹³⁵

3.4.2 Dual entitlement

Dual entitlement-metoden har lagts fram som ett alternativ till det andra steget i United Brands tvåstegstest. Metoden syftar således till att avgöra huruvida ett pris ska bedömas såsom skäligt eller ej.¹³⁶

Teorin om dual entitlement utgår från en hypotetisk transaktion som kallas för referenstransaktion. Referenstransaktionen är en transaktion som uppfattas som ”normal” av båda parter och därmed ger upphov till ett ömsesidigt berättigande. Båda parter i en given transaktion har rätt till villkoren som uppställts i referenstransaktionen, men om den verkliga transaktionen går utanför vad som uppställts i referenstransaktionen, exempelvis genom att ett företag tar ut ett för högt pris och på så sätt inkräktar på den andra partens berättigande, utgör detta en oskälig

¹³³ Gregory, Excessive prices and the role of profitability analysis, bifogad till OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011 s. 392.

¹³⁴ OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011s. 65f.

¹³⁵ Grout & Zalewska, Centre for Market and Public Organisation Working Paper 06/144 s. 17f.

¹³⁶ Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law s. 202.

prissättning förutsatt att företaget inte kan uppge objektiva godtagbara skäl.¹³⁷

Den springande punkten i dual entitlement-metoden blir av naturliga skäl vad som ska ligga till grund för referenstransaktionen. Kahneman, Knetsch & Thaler påstår att referenstransaktionen ska bestämmas utifrån företagets tidigare priser, alternativt konkurrenters priser på jämförbara marknader.¹³⁸ För att bevisa påståendet använder sig Kahneman, Knetsch & Thaler av en undersökning de företagit där personer ombads svara på om de uppfattade ett pris som oskäligt i en situation rörande en livsmedelskedja. I undersökningen höll livsmedelskedjan i en kommun där det saknades konkurrens ett högre pris än i andra kommuner där livsmedelskedjan var konkurrensutsatt. Detta trots att livsmedelskedjan inte hade några ökade kostnader i kommunen utan konkurrens. Resultatet av undersökningen var att en prisökning på 5 % ledde till att 76 % av de tillfrågade ansåg att priset var oskäligt och omkring lika många av de svarande tyckte att prissättningen var oskälig även om priset höjdes med 10 % eller 15 %.¹³⁹

Undersökningen som Kahneman, Knetsch & Thaler utförde visade även på att dual entitlement-metoden inte påvisade att ett pris uppfattades som oskäligt om priset ökade pga. ökade kostnader för företaget.¹⁴⁰ Inte heller uppfattade en majoritet av respondenterna att ett pris var oskäligt om ett företag fick lägre kostnader men inte ändrade priset.¹⁴¹

Enligt Akman & Garrod skulle dual entitlement-metoden kunna anpassas för att kunna påvisa överprissättning. Det nya testet skulle inledningsvis se till huruvida den aktuella prissättningen var tillräckligt lik referenstransaktionen. Om svaret var nekande, skulle frågan i nästa steg bli huruvida företagets vinst var större än referenstransaktionen. Företagets vinst utgår från, om företagets tidigare pris används som indikator, huruvida det nya priset är tillräckligt mycket större än skillnaden i företagets genomsnittskostnader. Om svaret är jakande har priset inkräktat på den andra partens berättigande och är oskäligt enligt teorin om dual entitlement.¹⁴²

Det sista steget i Dual entitlement-metoden, efter att det har fastställts att ett pris är oskäligt enligt teorin, blir att se till vad som orsakade företagets vinst. Om vinsten orsakades på grund av att det saknades konkurrens på marknaden är prissättningen oskälig och kan angripas med

¹³⁷ Akman & Garrod, CCP Working Paper 10-4 s. 6.

¹³⁸ Kahneman, Knetsch & Thaler, Am.Ec.Rev september 1986 s. 730.

¹³⁹ Kahneman, Knetsch & Thaler, Am.Ec.Rev september 1986 s. 735. Undersökningen ägde rum i Toronto och Vancouver och har senare upprepats med liknande resultat i Berlin och Zürich, se härom Frey & Pommerehne, Journal of Economic Behaviour and Organization nr 20 1993.

¹⁴⁰ Kahneman, Knetsch & Thaler, Am.Ec.Rev september 1986 s. 733.

¹⁴¹ Kahneman, Knetsch & Thaler, Am.Ec.Rev september 1986 s. 734.

¹⁴² Akman & Garrod, CCP Working Paper s. 11f.

konkurrensrättsliga medel. Orsakade däremot inte avsaknad av konkurrens vinsten skulle prissättningen inte vara en fråga för konkurrensrätten.¹⁴³

Akman & Garrod framhåller att dual entitlement-metoden har klara fördelar jämfört med dagens test för överprissättning. De menar att testet till skillnad från det andra steget i United Brands-testet bidrar med en tydlig definition för när och varför priser är oskäligen. Vidare bidrar testet till stärkt rättssäkerhet eftersom företag vet att den främsta jämförelsen kommer ske utifrån företagets tidigare prissättning, vilket ger en ökad förutsebarhet. Slutligen är testet enligt Akman & Garrod fördelaktigt eftersom det till skillnad från United Brands tvåstegstest är relativt enkelt att använda och torde leda till att fler fall av överprissättning upptäcks.¹⁴⁴

3.5 Ren överprissättning

Trots att överprissättning har konstaterats i ett antal mål är det väldigt sällan målen uteslutande handlat om överprissättning som missbruk. Detta ligger i linje med kommissionens uttalande att:

”the commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather it examines the behaviour of the dominant company designed to preserve its dominance”¹⁴⁵

Det är således agerande som är ägnat att hämma konkurrensen, dvs. primärt exkluderande missbruk som främst är av betydelse för kommissionens ingripande.¹⁴⁶

Motta och de Streel anför i sammanhanget att samtliga mål på unionsnivå rörande överpriser, med undantag av Helsingborgs hamn-målen, Tourner och Lucazeau, hade kunnat motiveras genom exkluderande missbruk. General Motors och British Leyland rörde främst hinder mot parallellimport. United Brands rörde främst prisdiskriminering medan Deutsche Posts missbruk främst bestod i att exkludera företag som tillhandahöll tjänster för remailing från marknaden. Vidare påpekar Motta och de Streel att samtliga mål rörande ren överprissättning har riktat sig mot företag som har ett legalt monopol eller en särskild exklusivitetsrätt, vilket ger vid handen att förbudet mot överprissättning främst kommer till användning på marknader med legala monopol och reglerade marknader.¹⁴⁷

På nationell nivå har KKV i ett ärende utrett potentiell ren överprissättning. I ärendet granskade KKV Fortum AB:s prissättning av fjärrvärme i Stockholm.¹⁴⁸

¹⁴³ Akman & Garrod, CCP Working Paper s. 13.

¹⁴⁴ Akman & Garrod, CCP Working Paper s. 14f.

¹⁴⁵ XXIV report on competition policy, utgiven av kommissionen 1994 s. 120.

¹⁴⁶ Motta & de Streel, Pros and Cons of High Prices s. 30.

¹⁴⁷ Motta & de Streel, Pros and Cons of High Prices s. 31.

¹⁴⁸ Dnr 521/2007.

KKV kom inledningsvis fram till att fjärrvärmemarknaden utgjorde ett naturligt monopol där Fortum var i dominerande ställning. KKV företog en omfattande utredning som spände mellan 2004 och 2009 där Fortums prissättning och kostnader granskades. KKV beaktade i sin utredning att fjärrvärmeindustrin kräver höga investeringar, vilket validerar en hög lönsamhet. Efter att KKV inlett sin utredning åtog sig Fortum att tillse att öka transparensen på deras prissättningspolicy, och därmed göra det enklare för konsumenter att förstå hur prissättningsmodellerna fungerar. Vidare åtog sig Fortum att deras intäkter inte skulle överstiga en viss på förhand fastställd intäktsram, och dessutom redovisa sina intäkter till KKV. Fortums åtaganden föranledde sedermera KKV att avbryta utredningen.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Dnr 521/2007 s. 5f.

4 Intervention eller nonintervention?

4.1 Inledning

Som framgått ovan finns det stora problem och oklarheter som förknippas med överprissättning som missbruk av dominerande ställning. I den här delen av uppsatsen skiftar fokus från de olika sätten att påvisa överprissättning till att utreda huruvida överprissättning är ett problem som överhuvud bör angripas med konkurrensrättsliga medel eller om det finns bättre vägar att gå.

4.2 Inträdesbarriärer och felaktiga ingripanden

Marknader som saknar effektiv konkurrens präglas ofta av höga inträdesbarriärer som förhindrar nya konkurrenter att ta sig in på marknaden. Inträdesbarriärer kan vara endera strukturella, såsom vid naturliga monopol, eller legala, dvs. att det dominerande företaget någon gång har fått sin ställning genom exklusiva rättigheter. Höga inträdesbarriärer leder till att det dominerande företaget kan agera fritt och därmed ta ut överpriser. Saknas inträdesbarriärer på marknaden finns det inget behov för konkurrensrätten att ingripa eftersom marknaden då kommer att åtgärda hög prissättning på egen hand. Ingripande blir således endast aktuellt på marknader med höga inträdesbarriärer.¹⁵⁰

Som tidigare framgått är en marknad som mest effektiv när den är konkurrensutsatt. På en mindre konkurrensutsatt marknad kan de dominerande företagen maximera sina vinster, vilket leder till välfärd förluster. Av den anledningen är det önskvärt att bibehålla konkurrens på en marknad då detta leder till välfärdsvinster för samhället. Problemet med ingrepp för att bibehålla eller stärka konkurrensen på en marknad ligger i svårigheten att hitta en bra referensram för när det är lämpligt att ingripa och hur ingrepp ska ske.¹⁵¹

För att avgöra huruvida konkurrensrätten bör ingripa eller inte i fall av överprissättning blir det avgörande att utreda vilken effekt felaktiga ingripanden har. Den stora farhågan med ingripande ligger i risken för felaktiga fällanden, s.k. typ I-fel och felaktiga frianden, s.k. typ II-fel. Vid

¹⁵⁰ Hou, ECJ april 2011 s. 53f.

¹⁵¹ Evans & Padilla, Journal of Competition Law and Economics nr 1 2005 s. 99.

felaktiga frianden hålls priserna högre än de annars hade gjort utan ingrepp, vilket resulterar i att konsumenter tvingas ut från marknaden. Vid felaktiga fällanden hålls istället det aktuella företagens vinster nere, vilket leder till att incitamentet för investeringar försvinner vilket även det i förlängningen är till nackdel för konsumenterna då nya varor inte introduceras på marknaden.¹⁵²

Samhällskostnaderna för typ I och typ II-fel kan illustreras i en graf. I grafen utgör område A samhällskostnaden för typ I-fel, dvs. förlusten av att en vara inte introduceras på en marknad trots att det finns en potentiell efterfrågan. Samhällskostnaden för ett typ II-fel utgörs av område B och C i grafen, där B utgörs av de konsumenter som tvingas betala ett högre pris än de annars hade behövt på en konkurrensutsatt marknad och C utgörs av de konsumenter som på grund av överprissättningen tvingas ut från marknaden.¹⁵³

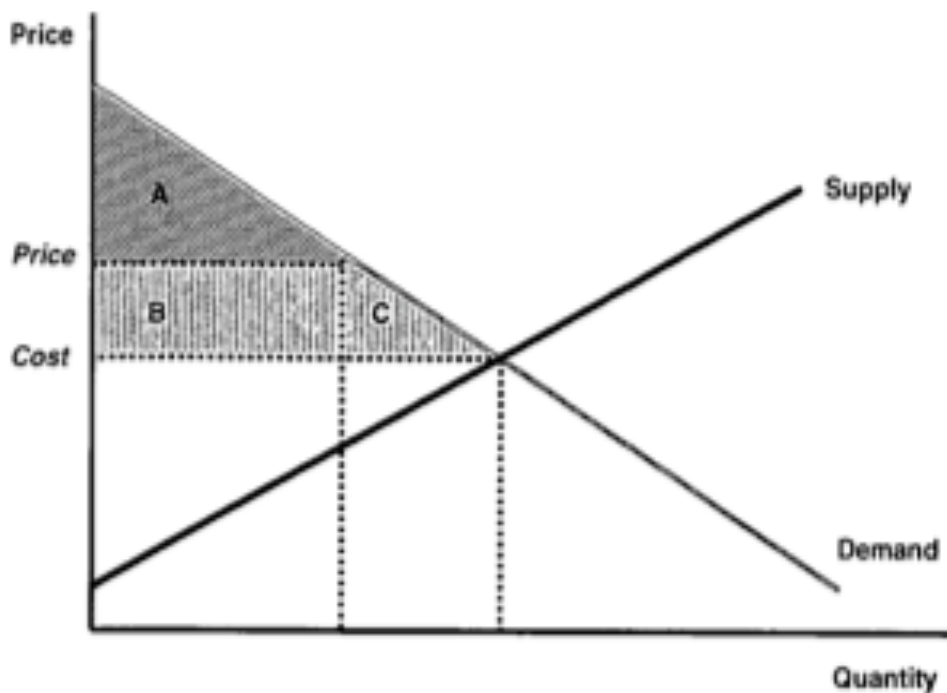


Figure 2. The cost of type I and type II errors in excessive pricing cases.

Typ I-fel är särskilt kostsamma på marknader som präglas av innovation och nya produkter då företag lägger stora summor på forskning och utveckling. Dessa företag förlitar sig då ofta på att ett lyckat forskningsprojekt ska bekosta ett stort antal olönsamma projekt. Ett felaktigt fällande får då till följd att skadan för icke lansering av nya produkter (område A) blir särskilt stort. Motsatsvis innebär detta att på marknader där innovation och

¹⁵² Evans & Padilla, Journal of Competition Law and Economics nr 1 2005 s. 114.

¹⁵³ Evans & Padilla, Journal of Competition Law and Economics nr 1 2005 s. 114f, även grafen är hämtad därifrån.

utveckling spelar en relativt liten roll kommer skadan från ett typ I-fel att vara låg.¹⁵⁴

Typ II-fel får en hög samhällskostnad på marknader där skillnaden mellan marginalkostnad och marginalintäkt är mycket hög förutsatt att konsumenterna inte kan reagera på det höga priset och byta till en annan produkt. Har marknaden låga inträdesbarriärer kommer det höga priset dock att attrahera konkurrenter som kommer tvinga ner priserna till en nivå av effektiv konkurrens.¹⁵⁵

4.3 Nonintervention

Det finns ett antal skäl som talar för att konkurrensmyndigheter inte ska ingripa vid fall av överprissättning. Ett starkt skäl för nonintervention är som framgått ovan att överprissättning är väldigt svår att påvisa. Även om en jämförelse mellan pris och kostnader kan ske finns fortfarande problem med hur kostnaderna ska allokeras, huruvida misslyckade forskningsprojekt ska beräknas ingå i kostnaderna för den misstänkt överprissatta produkten samt hur en produkts ekonomiska värde ska beräknas. Ett liknande problem finns om prissättningen ska motsvara den prissättning som hade satts på en konkurrensutsatt marknad, eftersom det då ofta saknas goda jämförelseobjekt. Även i de fall en sådan jämförelse kan ske kvarstår likväl problemet med hur stor diskrepans som kan tillåtas mellan det satta priset och prissättningen på den konkurrensutsatta marknaden innan prissättningen på den förra utgör missbruk.¹⁵⁶

Ett annat skäl för nonintervention är att höga priser typiskt sett attraherar konkurrenter till marknaden. Om det saknas höga inträdesbarriärer kommer därför en dominant aktörs höga priser att resultera i att marknaden blir mer konkurrensutsatt med lägre priser som följd. Ett ingrepp av en konkurrensmyndighet skulle i sådana fall till och med leda till att det dominanta företaget bibehåller sin dominerande ställning längre än om konkurrensmyndigheten inte hade ingripit eftersom ingreppet sänker det dominerande företags pris, vilket leder till att marknaden inte blir lika attraktiv för företagets potentiella konkurrenter.¹⁵⁷

Vidare framförs ofta att ett ingripande av konkurrensrätten skulle innebära att EU-domstolen och de nationella konkurrensmyndigheterna fick en prisreglerande funktion med negativa effekter som följd. Effekten av prisreglering blir att marknaden blir mindre attraktiv för konkurrenter eftersom det dominanta företaget tvingas hålla lägre priser och konkurrenterna därför inte kan göra lika stor vinst på marknaden. Vidare löper särskilt effektiva företag en risk för att bli föremål för ingrepp

¹⁵⁴ Evans & Padilla, *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005 s. 114f.

¹⁵⁵ Henriksson, *JT* 2006/07 s. 575.

¹⁵⁶ Fletcher & Jardine, *European Competition Law Annual* 2007 s. 536.

¹⁵⁷ Fletcher & Jardine, *European Competition Law Annual* 2007 s. 534.

eftersom effektivitet leder till lägre kostnader. Risken för ingrepp leder därmed till att företag fräntas det incitament som finns för att effektivisera produktionen. Detsamma gäller incitamentet för forskning och utveckling eftersom sådana investeringar ofta är beroende av framtida vinster. Om dessa vinster pressas genom prisreglering minskar anledningarna för företag att investera i riskabla projekt. Slutligen finns även en risk att prisreglering kan leda till att företag som är aktiva på flera marknader kan använda prisregleringen för att sänka priset på en konkurrensutsatt marknad och samtidigt öka priset på den marknad där de är dominanta. Genom ett sådant förfarande ändras inte företagets vinstmarginal, vilket leder till att prisregleringen inte överträds samtidigt som företaget utestänger konkurrenter på den mer konkurrensutsatta marknaden.¹⁵⁸

Ett ytterligare argument för nonintervention bottnar i den amerikanska inställningen beträffande överprissättning. I fallet *Trinko*¹⁵⁹ uttalade sig Supreme Court rörande överprissättning och anförde att:

”The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ”business acumen” in the first place”¹⁶⁰

Amerikansk rätt angriper således inte överprissättning genom konkurrensrättsliga medel utan förlitar sig istället på prisreglering på sådana marknader där det saknas konkurrens och det finns ett behov av att kontrollera prissättningen. Sådan prisreglering finns exempelvis inom post, el och järnvägssektorerna.¹⁶¹

4.4 Intervention

Till stöd för att konkurrensrätten ska ingripa vid fall av överprissättning brukar fyra centrala skäl uppges.

För det första brukar anges att ingripande med hjälp av konkurrensrätten mot överprissättning är i linje med konkurrensrättens syfte. Enligt Akman var det bakomliggande syftet med förbudet mot missbruk av dominerande ställning att hindra exploaterande missbruk och därmed gynna konsumenter. Förbud mot exkluderande missbruk tillkom däremot senare. Det bakomliggande syftet med missbruksförbudet stämmer därmed väl överens med ett förbud mot överprissättning.¹⁶²

¹⁵⁸ Fletcher & Jardine, *European Competition Law Annual* 2007 s. 536f.

¹⁵⁹ *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis V. Trinko*.

¹⁶⁰ *Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis V. Trinko* p. 407.

¹⁶¹ Niels, Jenkins & Kavanagh, *Economics for competition lawyers* s. 269.

¹⁶² Akman, *Oxford Journal of Legal Studies* 2009 s. 310ff.

För det andra menar de som stödjer intervention mot överprissättning att marknaden på egen hand inte klarar av att stävja höga priser. Teorin att höga priser attraherar konkurrenter och därmed motverkar höga priser ifrågasätts av Ezrachi & Gilo. De menar att konkurrenter inte skulle vara intresserade av att träda in på en marknad med höga priser om det fanns en risk att det dominerande företaget därefter sänkte priserna. Finns en sådan risk omintetgjorts incitamentet för de potentiella konkurrenterna att träda in på marknaden och det dominerande företaget tillåts fortsätta sätta höga priser. I sådana fall då marknaden inte klarar av att reglera sig självt krävs rättsliga ingrepp för att åtgärda överprissättningen.¹⁶³

För det tredje menar de som stödjer intervention att problemen med att påvisa överprissättning är överdrivna. Trots att det i vissa fall kan vara förenat med vissa problem att identifiera överprissättning kan det i andra fall vara tämligen enkelt att fastställa missbruk.¹⁶⁴

Det sista skälet för intervention är sammankopplat med argumentet att domstolar och konkurrensmyndigheter får en prisreglerande funktion för det fall de ingriper mot överprissättning. Till stöd för intervention anförs i sammanhanget att även om prisreglering är ingripande så kan i de flesta fall de negativa effekterna av ingripandet stävjas om konkurrensmyndigheter tar de negativa effekterna i beaktning innan de ingriper.¹⁶⁵

4.5 Omständigheter som krävs för intervention

Trots att det råder oenighet huruvida intervention bör ske eller inte råder det konsensus inom doktrinen att om intervention ska ske, bör det endast tillåtas när särskilda omständigheter är för handen. Vilka omständigheter som krävs är däremot föremål för debatt.

Enligt Motta & de Streel bör tre omständigheter föreligga för att intervention ska få äga rum. För det första måste höga inträdesbarriärer ha lett till superdominans som omöjliggör effektiv konkurrens. För det andra ska den dominanta ställningen uppkommit på grund av särskilda exklusivitetsrättigheter alternativt tidigare missbruk som inte beivrats. Syftet med det andra kravet är att inte bestraffa företag som nått sin marknadsställning genom lyckade investeringar. Det första och andra kravet kompletterar enligt Motta & de Streel varandra på så sätt att företag som nått sin dominerande ställning genom att vara mer konkurrenskraftiga skyddas medan företag som nått sin ställning genom att skyddas mot konkurrens, exempelvis genom legala monopol kan angripas.¹⁶⁶

¹⁶³ Ezrachi & Gilo, *Journal of Competition Law and Economics* nr 2 2009 s. 268.

¹⁶⁴ Fletcher & Jardine, *European Competition Law Annual* 2007 s. 541.

¹⁶⁵ Fletcher & Jardine, *European Competition Law Annual* 2007 s. 541f.

¹⁶⁶ Motta & de Streel, *Pros and Cons of High Prices* s. 22ff.

Slutligen krävs enligt Motta & de Streel att om de två första kraven är uppfyllda så bör en domstol eller konkurrensmyndighet endast ingripa om det saknas ett prisreglerande organ med jurisdiktion. Anledningen till detta är att företag i dominerande ställning inte ska utsättas för angrepp från flera håll samt att om det finns ett organ med en prisreglerande uppgift är det sannolikt bättre rustat för att avgöra om överprissättning äger rum på den aktuella marknaden.¹⁶⁷

Enligt Evans och Padilla räcker inte de krav som Motta & de Streel uppställt. Evans & Padilla menar att en ytterligare omständighet krävs, nämligen att prissättningen riskerar att hindra nya produkter på en närliggande marknad. Utan det fjärde kriteriet finns det enligt Evans & Padilla en risk att det dominerande företaget på grund av påbörjade eller planerade investeringar lider stor skada vid ett felaktigt fällande. Syftet med det tredje kriteriet blir därför att höja skadan vid ett felaktigt fällande så den skadan blir långt högre än skadan för ett felaktigt fällande.¹⁶⁸

Henriksson motsätter sig behovet av det tredje kriteriet och menar istället att ett sådant kriterium gör om testet från att behandla relationen mellan priset och produktens ekonomiska värde till att bli ett test för exkluderande missbruk. Det tredje kriteriet innebär således enligt Henriksson att rent exploaterande missbruk i vissa fall inte kan beivras.¹⁶⁹

Enligt Röller bör konkurrensrätten främst ingripa i s.k. ”gap cases”, vilka är fall där exploaterande missbruk kan påvisas och ett exkluderande missbruk har lett till den dominerande ställningen samt om någon myndighet eller domstol felaktigt underlåtit att ingripa. Röller fokuserar därmed på ett exkluderande missbruk som givit upphov till det exploaterande.¹⁷⁰ Emot Röllers ståndpunkt står att CCAT i målet Napp explicit uttalade att exkluderande missbruk inte var förkrav till ett ingrepp för överprissättning.¹⁷¹

Paulis anför att det enda som krävs för att intervention ska få äga rum är att det finns långsiktiga och höga inträdes- och expansionsbarriärer. Paulis förkastar därmed de övriga kriterierna och menar att konkurrensmyndigheter eller domstolar måste kunna ha möjlighet att ingripa även om det finns en särskild marknadsreglering och även om det dominerande företaget nått sin ställning genom framgångsrika investeringar.¹⁷²

Enligt Hou kan det vara relevant att beakta det dominerande företags konkurrenter på marknader där det finns höga inträdes- och expansionsbarriärer. Hou menar att ett företag som inte är nära

¹⁶⁷ Motta & de Streel, Pros and Cons of High Prices s. 26ff.

¹⁶⁸ Evans & Padilla, Journal of Competition Law and Economics nr 1 2005 s. 119.

¹⁶⁹ Henriksson, JT 2006/07 s. 588f.

¹⁷⁰ Röller, European Competition Law Annual 2007 528ff.

¹⁷¹ 1001/1/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading p. 434.

¹⁷² Paulis, European Competition Law Annual 2007 s. 520ff.

monopolställning ändå kan överprissätta om marknads expansionsbarriärer är höga och företagets konkurrenter därmed förhindras att utnyttja de höga priserna för att öka sina marknadsandelar. Hou instämmer med Paulis på så sätt att det faktum att ett företag nått sin ställning genom lyckade investeringar inte torde förhindra ingrepp med konkurrensrättsliga medel. Detta då den skada konsumenter lider av överprissättning är oberoende av hur det dominerande företaget nått sin ställning. Hou pekar vidare på att kommissionen ofta i praktiken har klivit åt sidan då det finns ett prisreglerande organ och att det därmed står klart att om ett sådant organ finns får konkurrensmyndigheter och domstolar ingripa endast i undantagsfall.¹⁷³

Van der Woude anför att produkten som sådan måste spela roll för huruvida intervention ska ske. Enligt van der Woude torde det för att intervention ska kunna ske krävas att produkten är oumbärlig, såsom exempelvis livsmedel eller läkemedel. Däremot borde enligt van der Woude konkurrensrätten ha ett noninterventionistiskt synsätt i fråga om varor som inte är oumbärliga och prestigevaror.¹⁷⁴

4.6 Krav på en rättsregel för överprissättning

I doktrinen har talats om vilka krav som bör uppställas för en rättsregel gällande överprissättning. Den rådande uppfattningen är att en sådan rättsregel måste vara både objektiv och effektiv för att vara rättssäker.¹⁷⁵

I objektivitetskravet ligger att vid en jämförelse måste det stå klart hur pris och vinst ska mätas. Vidare måste ett godtagbart jämförelseobjekt identifieras och slutligen måste även ett tröskelvärde fastställas för när pris och vinst ska anses utgöra överprissättning.¹⁷⁶

Evans & Padilla framhåller i sammanhanget att en rättsregel för överprissättning kan uppställa olika måttstockar som kan vara tillämpliga i olika fall, men för att rättsregeln ska uppfylla kravet på objektivitet så måste dessa måttstockar uppställas i förväg. Fördelen med en sådan rättsregel är att den bidrar till rättssäkerhet då företag i förväg med säkerhet kan veta om deras prissättning innebär missbruk eller inte.¹⁷⁷

Utöver objektivitetskravet krävs dessutom att rättsregeln uppvisar ett mått av effektivitet. Rättsregeln kan anses vara effektiv om den ökar nyttan för

¹⁷³ Hou ECJ april 2011 s. 54f; Hou påpekar att kommissionen inlett talan mot företag med hög prissättning inom mobiltelefoni och sedermera överlämnat ärendet till nationella myndigheter med jurisdiktion, se exempelvis kommissionens pressrelease IP/99/298.

¹⁷⁴ Van der Woude, European Competition Law Annual 2007 s. 619f.

¹⁷⁵ Henriksson, JT 2006/07 s. 572; Evans & Padilla, Journal of Competition Law and Economics nr 1 2005 s. 18.

¹⁷⁶ Henriksson, JT 2006/07 s. 572.

¹⁷⁷ Evans & Padilla, Journal of Competition Law and Economics nr 1 2005 s. 110f.

konsumenterna genom att föregripa oskäligen prissättningar samtidigt som skäligen prissättningar inte felaktigt blir föremål för ingripande. Vidare krävs för effektivitetskravet att regeln tar hänsyn till marknadsstruktur och endast ingriper då det är lämpligt och marknaden inte kan komma till rätta med obalansen på egen hand.¹⁷⁸

Enligt Evans & Padilla är det omöjligt att formulera en praktiskt användbar rättsregel som uppfyller kraven på både objektivitet och effektivitet. Evans & Padilla menar att de faktorer som skulle bedömas och därmed måste uppställas i förväg, såsom pris, vinst, kostnad samt tröskelvärde sällan går att förutse, och även om så var möjligt så skulle likväl ett mått av subjektivitet infinna sig då dessa faktorer skulle vägas mot varandra.¹⁷⁹

Stöd för Evans & Padillas ståndpunkt finns inom såväl praxis som doktrin. I *United Brands* uttalade domstolen att en skönsmässig fördelning av kostnader ibland skulle komma att bli nödvändig för att beräkna självkostnadspris.¹⁸⁰ Whish & Bailey instämmer och menar att problemet ligger i att ta fram ett test som är tillräckligt förutsebart för att företag ska veta om deras prissättning är laglig eller inte.¹⁸¹

4.7 Möjliga rättsregler för överprissättning

På senare tid har inom doktrinen utkristalliserats ett antal möjliga rättsregler som skulle kunna användas för att angripa eller inte angripa överprissättning. Ingen av dessa är dock utan problem.¹⁸²

Det första angreppssättet är per se-legalitet, vilket utgör ett noninterventionistiskt förhållningssätt till överprissättning. Enligt per se-legalitetsregeln kan ett pris aldrig vara missbruk av dominerande ställning oavsett hur högt det är. Regeln bottnar i att det torde vara omöjligt för domstolar och konkurrensmyndigheter att på ett adekvat sätt identifiera fall där prissättningen utgör missbruk.¹⁸³

Den direkta motsatsen till per se-legalitet är per se-illegalitet. Enligt denna rättsregel utgör alla priser som överstiger marginalkostnaden missbruk. Per se-illegalitetsregeln tvingar således företag i dominerande ställning att agera som om det rådde perfekt konkurrens på marknaden. Skälen för en per se-illegalitetsregel är detsamma för en per se-legalitetsregel, dvs. att domstolar och konkurrensmyndigheter är oförmögna att identifiera överprissättning.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Henriksson, JT 2006/07 s. 573.

¹⁷⁹ Evans & Padilla, *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005 s. 110.

¹⁸⁰ 27/76 *United Brands* mot kommissionen p 254, observera att kostnadsfördelning i det aktuella fallet enligt domstolen inte utgjorde ett överstigit problem.

¹⁸¹ Whish & Bailey, *Competition law*, 634f.

¹⁸² Evans & Padilla, *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005 s. 116f.

¹⁸³ Henriksson, JT 2006/07 s. 577.

¹⁸⁴ Henriksson, JT 2006/07 s. 577.

Per se-illegalitetsregeln kan även modifieras på så sätt att alla priser som ligger en viss procent över marginalkostnad skapar en presumtion för missbruk medan alla priser under är lagliga. Det dominerande företaget får i fall av presumerat missbruk en möjlighet att kullkasta presumtionen genom att visa på att deras prissättning leder till effektivitetsvinster.¹⁸⁵

Ett tredje möjligt förhållningssätt är att tillämpa en s.k. strukturerad rimlighetsbedömning.¹⁸⁶ Denna regel är ett test i flera steg där inledningsvis marknaden ska bedömas. Endast marknader med höga inträdesbarriärer och låg innovationsgrad kan bli aktuella för ingrepp. I det andra steget ska en jämförelse mellan pris och marginalkostnad utföras såsom i den modifierade per se-illegalitetsregeln för att få fram huruvida priset utgör missbruk. Slutligen måste även en bedömning göras med beaktande av den störning som ingreppet skulle komma att ha på marknaden. Om störningen är för stor eller om det dominerande företaget kan visa på särskilt stora effektivitetsvinster kommer ingripande inte att ske trots att prissättningen är oskäligt hög.¹⁸⁷

Den rättsregel som bör ges företräde är enligt Henriksson den regel som bäst stämmer överens med två faktorer. För det första måste regeln möjliggöra för konkurrensmyndigheter och domstolar att identifiera huruvida den ekonomiska välfärden lider skada av prissättningen. För det andra blir det avgörande för val av rättsregel vilket synsätt som ska gälla rörande huruvida en prissättning över marginalkostnad innebär ineffektivitet eller ej.¹⁸⁸

Evans & Padilla samt Henriksson menar att per se-illegalitetsregeln, och även den modifierade illegalitetsregeln är underlägsen den strukturerade rimlighetsbedömningen eftersom den senare regelns första steg leder till att ingripande endast kan ske på marknader där kostnaden och risken för typ I-fel är låg. Frågan blir därmed huruvida per se-legalitet eller strukturerad rimlighetsbedömning utgör det bästa förhållningssättet.¹⁸⁹

Avgörande för om per se-legalitetsregeln eller den strukturerade rimlighetsbedömningen ska ges företräde blir vilken regel som medför lägst välfärdskostnader vid ett felaktigt tillämpande.¹⁹⁰ Till fördel för per se-legalitet talar att regeln aldrig kan medföra några typ I-fel. Däremot blir antalet typ II-fel höga jämfört med den strukturerade rimlighetsbedömningen, särskilt om sådana marknader som skulle bedömts ha en stor risk för typ II-fel redan vid det första steget av den strukturerade rimlighetsbedömningen tas i beaktning.¹⁹¹

¹⁸⁵ Evans & Padilla, *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005 s. 117.

¹⁸⁶ Termen är hämtad från Henriksson, *JT* 2006/07 s. 588.

¹⁸⁷ Evans & Padilla, *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005 s. 117.

¹⁸⁸ Henriksson, *JT* 2006/07 s. 577.

¹⁸⁹ Evans & Padilla, *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005 s. 118; Henriksson, *JT* 2006/07 s. 589.

¹⁹⁰ Henriksson, *JT* 2006/07 s. 589

¹⁹¹ Henriksson, *JT* 2006/07 s. 590.

Nackdelen med att utforma en rättsregel baserad på en strukturerad rimlighetsbedömning är att en sådan rättsregel måste ta hänsyn till kostnadsallokering, intäktsberäkning samt när en vinstnivå ska vara oskäligt hög. Med dessa hänsyn blir det återigen problematiskt att utforma en materiell regel som är både objektiv och effektiv.¹⁹²

Per se-legalitet är vidare att föredra framför en strukturerad rimlighetsbedömning om det kan antas att priser som överstiger kostnader är välfärdshöjande samt att domstolar och myndigheter inte kan identifiera skadlig prissättning på ett effektivt sätt. Om så är fallet torde det vara bättre ur välfärdssynpunkt att tillåta ett antal typ II-fel framför en rättsordning som medför ett högt antal typ I-fel.¹⁹³

Henriksson anför att per se-legalitet är att föredra framför den otydliga hållning som är gällande rätt i dagsläget. Enligt Henriksson är det nästintill en omöjlighet för domstolar och myndigheter att på ett adekvat sätt identifiera oskäliga priser, vilket, i samband med att priser överstigande kostnader i allmänhet torde vara effektivt, talar för att per se-legalitet är att föredra.¹⁹⁴

4.8 Möjliga remedium i fall av överprissättning

Det finns flera olika sätt för domstolar och myndigheter att ingripa mot höga priser. Det kan röra sig om direkta ingrepp riktade mot företaget, men det kan även tänkas bli aktuellt att på olika sätt försöka påverka marknaden för att på så sätt öka konkurrensen med lägre priser som följd.

4.8.1 Direkta sanktioner mot företaget

Det primära remediet mot överprissättning är i dagsläget att utföra en direkt sanktion mot det överprissättande företaget. Enligt KL kan företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot KL 2 kap. 7 § eller artikel 102 FEUF bestraffas med konkurrensskadeavgift. Avgiften kan uppgå till maximalt tio procent av företagets årsomsättning.¹⁹⁵

Enligt Lyons är konkurrensskadeavgift ingen bra primärsanktion i fall av överprissättning eftersom det finns en risk att företag skulle bli tvungna att företa en konkurrensrättslig utredning varje gång de ville höja sina priser, vilket skulle innebära en alltför hög belastning för företagen.¹⁹⁶

¹⁹² Henriksson, JT 2006/07 s. 590.

¹⁹³ Henriksson, JT 2006/07 s. 590.

¹⁹⁴ Henriksson, JT 2006/07 s. 590f; Evans & Padilla kommer till samma slutsats, Evans & Padilla, *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005 s. 118.

¹⁹⁵ KL 3 kap. 5 §.

¹⁹⁶ Lyons, *Pros and Cons of High Prices* s. 79.

Alternativt skulle det i vissa extremfall kunna tänkas bli aktuellt med omstrukturering av det dominerande företaget om det inte går att lösa problemet på ett mindre ingripande sätt.¹⁹⁷ Kommissionen har dock ännu inte utnyttjat möjligheten till att ingripa med strukturella åtgärder.¹⁹⁸

Lyons anför att det i extrema fall av överprissättning skulle kunna vara ett alternativ att genomföra vertikal omstrukturering i företag som är vertikalt integrerade, och därmed bryta upp olika delar av produktionen. Vid en sådan omstrukturering kan delar av produktionen utsättas för prisreglering samtidigt som de lägre leden i produktionen blir mer konkurrensutsatta. Lyons varnar dock även för att en sådan omstrukturering kan leda till effektivitetsförluster.¹⁹⁹

4.8.2 Prisreglering

Ett alternativ mot att ingripa mot det överprissättande företaget specifikt kan vara att införa en allmängiltig prisreglering på den aktuella marknaden.

Henriksson är skeptisk mot prisreglering som ett remedium mot överprissättning och menar att det prisreglerande organet i sådant fall ställs inför samma problem som domstolarna när de ska bedöma överpriser.²⁰⁰

Till skillnad från Henriksson anser Markert att prisreglering kan vara ett bättre alternativ än ingripande via konkurrensrätten, om än endast inom vissa sektorer. Enligt Markert kan inte sektorspecifik reglering leva i harmoni med konkurrensrätten då varje konkurrensrättsligt ingripande mot överprissättning skulle vara ett de facto angrepp på prisregleraren. Vidare pekar Markert på el- och gasmarknaderna som exempel på lämpliga marknader för prisreglering. Dessa marknader utgör naturliga monopol, med höga inträdesbarriärer som omöjliggör inträde för nya konkurrenter. Detta gör marknaderna särskilt lämpliga för prisreglering då ett ingripande mot överprissättning via konkurrensrätten likväl inte kan medföra effektiv marknadskonkurrens.²⁰¹

Ett område där prisreglering synes ha använts lyckat som alternativ till konkurrensrätten rör internationell mobiltrafik inom EU. Internationell mobiltrafik har under 2000-talet varit föremål för ett antal prisregleringar på unionsnivå. 2009 uppmärksammade kommissionen att prissättningen på internationell mobiltrafik fortfarande präglades av väldigt höga vinstmarginaler, i vissa fall så höga som 95 %. Vidare fann kommissionen att den internationella mobilmarknaden saknade effektiv konkurrens då det i

¹⁹⁷ Förordning 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artikel 81 och 82 i fördraget art 7(1).

¹⁹⁸ Whish & Bailey, Competition Law s. 214.

¹⁹⁹ Lyons, Pros and Cons of High Prices s. 77f.

²⁰⁰ Henriksson, JT 2006/07 s. 591.

²⁰¹ Markert, IELTR 2002 s. 23f.

praktiken fanns väldigt få substitut, vilket krävde reglering.²⁰² Det slutliga resultatet av utredningen blev att takpriser för internationell mobiltrafik infördes genom en ny förordning.²⁰³

4.8.3 Marknadsanpassning

Ett alternativ till att stävja överprissättning genom direkta ingrepp mot ett företag eller genom reglering av marknaden är att istället försöka få marknads kunder att aktivt söka sig till den som erbjuder de lägsta priserna. Detta är naturligtvis inte möjligt på monopolmarknader, men på vissa marknader där det finns stora aktörer torde ett överprissättande dominerande företag tvingas till lägre priser om kunderna uppmärksammades på möjligheten att byta till konkurrenter. Lyons pekar på att en sådan möjlighet har utnyttjats i Storbritannien där affärer som gav ut kreditkort med en särskilt hög procentsats tvingades redovisa sina konkurrenters priser med en uppmaning om att konsumenten skulle spara pengar vid ett byte.²⁰⁴

Fletcher & Jardine håller med Lyons och anför att överprissättning kan motverkas på ett förtjänstfullt sätt om fokus flyttas från tillgångssidan till efterfrågesidan. Enligt Fletcher & Jardine utgörs de högsta inträdesbarriärerna ofta av faktorer som är relaterade till konsumenterna. Dessa faktorer inkluderar höga kostnader för konsumenter att byta från en leverantör till en annan, ovilja från konsumenter att sondera marknaden efter bättre erbjudanden, bristande information företag emellan som resulterar i att konsumenter inte kan genomföra ordentliga jämförelser samt bristande information om en produkts egenskaper och kvalitet. På marknader där sådana faktorer är närvarande kan konkurrensmyndigheter stimulera marknaden genom att angripa efterfrågefaktorerna, exempelvis genom att göra jämförelser mellan företag lättillgängliga för konsumenterna eller införa minimigränser för kvalitet. Sådana ingrepp leder till att konsumenterna själva ökar konkurrensen på marknaden, vilket i sin tur motverkar överprissättning.²⁰⁵

²⁰² Impact assessment of policy options in relation to the commissions review of the functioning of regulation (EC) 544/2009 of the european parliament and of the council of 18 june 2009 on roaming on public mobile telephone networks within the community s. 17f.

²⁰³ Förordning 531/2012 om roaming i allmänna mobilnät i unionen.

²⁰⁴ Lyons, Pros and Cons of High Prices s. 78f; Competition Commission store cards market investigation 7 mars 2006 s. 179f.

²⁰⁵ Fletcher & Jardine, European Competition Law Annual 2007 s. 543.

5 Analys

5.1 Test för överprissättning

Huruvida det föreligger ett eller flera test för överprissättning framgår inte fullständigt av varken praxis eller doktrin. Även om testet som slogs fast i United Brands visar på vad som ska fastställas för att blottlägga överprissättning har metodiken i testet sällan använts fullt ut. Generellt sett har endera en undersökning av ett företags kostnader och dess relation till pris företagits, eller någon form av jämförelse utförts. Endast i de båda målen rörande Helsingborgs hamn har kommissionen sökt strikt följa de steg som EU-domstolen uppställt. Dock förekom även i de fallen avvikelser då det första steget förvisso utredde HHAB:s kostnader, men kommissionen uttalade därefter inte huruvida priset var ”excessive” eller inte utan gick direkt på det andra steget.

Det mesta pekar därför på att den metodik som slogs fast i United Brands inte behöver tillämpas strikt vid en bedömning av överprissättning. För detta talar även domstolens uttalande att andra möjligheter för påvisandet av överprissättning var möjliga.

5.1.1 Ekonomiskt värde och kostnadsallokering

Centralt för överprissättningsproblematiken blir begreppet ekonomiskt värde. United Brandsfallet ger ingen ytterligare vägledning än att ekonomiskt värdet *kan* innebära produktionskostnad. De båda målen rörande Helsingborgs hamn och målet Attheraces pekar på att ytterligare faktorer, bland annat sådana på efterfrågandesidan, måste tas i beaktning när ekonomiskt värde ska fastställas. Enligt min mening finns det anledning att vara kritisk mot ett sådant ställningstagande.

Det förefaller nästintill naturligt att företag i dominerande ställning, särskilt de i superdominant ställning, erbjuder varor eller tjänster som det finns särskild efterfrågan för. Att då dessa företags varor eller tjänster skulle erkännas ett högre ekonomiskt värde på den grund att deras tjänster har ett mervärde utöver det ekonomiska för kunden innebär en risk för att det ekonomiska värdet blir alltför subjektivt och högt. I förlängningen innebär en sådan ordning skada för konsumenterna då priserna tillåts vara höga. Ett förbud mot överprissättning som inte tar hänsyn till faktorer på efterfrågandesidan ligger istället mer i linje med att företag i dominerande ställning har ett särskilt ansvar att inte missbruka sin marknadsposition än om det motsatta ska gälla.

Det kan enligt min mening dock finnas skäl för att i vissa fall ta faktorer på efterfrågandesidan i beaktning vid beräkningen av ekonomiskt värde. Så

torde vara fallet då överprissättningen inte per automatik drabbar konsumenterna. I fall där det överprissättande företaget säljer en vara eller tjänst till ett oskäligt högt pris till ett företag som sedan säljer vidare på en mer konkurrensutsatt marknad, och den del som sålts till överpris utgör en liten del av den slutliga produkten, torde det andra företaget kunna agera som ett filter som omintetgör den skada konsumenterna annars skulle lidit av överprissättningen. Skulle konkurrensrätten ingripa i sådana fall är det konkurrenterna som skyddas, och inte konsumenterna, vilket ligger mindre bra i linje med konkurrensrättens huvudsakliga syfte. Ett mål där ett företag kunnat agera som ett sådant filter är Attheraces, där British Horse Racing Board sålde informationen till ett högt pris till Attheraces och Attheraces sedan sålde informationen vidare på en mer konkurrensutsatt marknad. Den huvudsakliga anledningen till att Attheraces inte ledde till en fällande dom syntes vara att det inte visades att British Horse Racing Boards höga vinstmarginal medförde skada för konsumenterna.

Då begreppet ekonomiskt värde oftast har kopplats samman med produktionskostnad infinner sig problem rörande kostnadsallokering. Trots att domstolen i United Brands uttalade att kostnadsallokering i det fallet inte skulle vara ett oöverstigligt problem har i senare mål just kostnadsallokering blivit föremål för kritik. Exempelvis underkändes i Helsingborgs hamnmålen den kostnadsberäkning som HHAB lämnade in till kommissionen då den visade att HHAB gick med förlust, vilket med största sannolikhet var felaktigt. Kan kostnader inte allokeras på ett enhetligt sätt riskerar produktionskostnaden att ställas alltför högt eller lågt, vilket ger en felaktig relation mellan kostnaden och det ekonomiska värdet. Resultatet av detta blir att myndigheter och domstolar får ett otillräckligt underlag och riskerar att fatta ett felaktigt beslut.

5.1.2 Produktionskostnad och orimlig relation

Även om kostnadsallokeringsproblemen kunnat lösas och en tydlig vinstmarginal därmed kunnat fås fram kvarstår likväl problem med hur stor vinstmarginalen får vara för att inte utgöra överprissättning. Här torde rimligtvis olika marginaler gälla för olika branscher då vissa branscher präglas av högre risk än andra och dessa risker måste belönas med högre avkastning för att inte omintetgöra incitamentet för innovation. En allmängiltig definition av vilken nivå över produktionskostnad som är tillåten torde därför inte kunna fastställas. Effekten av att en säker nivå för överprissättning inte kan fastställas blir att överprissättningsmetodiken alltid kommer präglas av ett mått av subjektivitet och även om de mest grava fallen av överprissättning, såsom i Napp och British Leyland kan identifieras kommer det i de flesta fallen bli svårt att visa att ett högt pris är oskäligt.

Hur stor vinstmarginal som ska tillåtas blir än svårare att avgöra rörande s.k. prestigevaror, då dessa typiskt sett har en hög vinstmarginal redan från

början. Van der Woudes kritik mot intervention av prestigevaror är här särskilt relevant. Prestigevaror är sannolikt ofta prestigevaror just på grund av sitt höga pris, vilket inte sällan torde ge en hög vinstmarginal. Om intervention skulle ske även i dessa fall uppstår en risk för att prestigevaror skulle komma att försvinna från marknaden.

Ett problem som uppstår i sammanhanget blir naturligtvis vilka varor som ska räknas som prestigevaror, vilka varor som ska räknas som oundgängliga, och vilka som ska ligga däremellan. Kan detta problem övervinnas kan det dock leda till en ökad klarhet rörande hur missbruksbestämmelsen ska tillämpas då vissa marknader kan gallras ut redan då de relevanta produkterna ska identifieras.

Problemet med att identifiera en orimlig relation mellan produktionskostnad och pris torde enligt min mening inte i sig vara oöverstigligt. I vissa fall torde det stå klart att en vinstmarginal är oskälig och att förfarandet därmed utgör missbruk, medan det i andra fall blir svårare att avgöra. Enligt min mening är detta en bedömning som Marknadsdomstolen och EU-domstolen klarar av. Ett visst mått av subjektivitet ska tillåtas inom rättstillämpningen då den ger domstolen ökad flexibilitet att lösa ärenden på ett ändamålsenligt sätt. Genom att endast ingripa i mål där vinstmarginalen vida överstiger produktens eller tjänstens ekonomiska värde torde förbudet mot överprissättning kunna användas någorlunda effektivt. Enda gången problem uppstår blir i så fall när vinstmarginalen befinner sig i gränslandet för vad domstolen anser vara orimligt eller inte. I sådana fall torde det vara mer påkallat med försiktighet från domstolens sida och ingrepp torde därmed endast ske i uppenbara fall.

5.1.3 Jämförelser

Olika former av jämförelser har som ovan framgått använts för att påvisa överprissättning. Bristen med att använda sig av jämförelser torde ligga i själva jämförelseobjektet. Av de olika former av jämförelser som använts finns det problem med samtliga. Branschinterna jämförelser har sin utgångspunkt på en marknad där ett företag är dominerande och dessutom är misstänkt för överprissättning. Konkurrensen på en sådan marknad är således redan snedvriden, vilket gör den olämplig som jämförelseobjekt.

Att använda andra marknader som jämförelseobjekt är förenat med vissa svårigheter. Dels kan det vara svårt att hitta marknader som uppvisar tillräckligt stora likheter och därmed kan användas som jämförelseobjekt. Dels finns det, för det fall jämförbara marknader kan identifieras, risker förenat med att förutsätta att prissättningen på dessa marknader skulle vara skälig. Jämförbara marknader torde dock ändå enligt min mening vara det lämpligaste jämförelseobjektet. Kan en sådan jämförelse ske blir det relativt enkelt att se huruvida det dominerande företaget överprissätter på en viss marknad. En stor skillnad mellan olika marknader torde påvisa att den ena

marknaden är överprissatt förutsatt att företaget inte kan uppge godtagbara skäl för prisskillnaderna. Det är dock värt att poängtera att sådan prissättning, precis som Akman anför, kanske snarare borde angripas genom förbudet mot prisdiskriminering.

5.1.4 Löser några av de alternativa testen de problem som finns idag?

De alternativa test som tagits fram i doktrinen uppvisar i mångt och mycket samma brister som dagens test för överprissättning.

Dual entitlement-metoden har fördelar i att den primärt ser till ett företags historiska prissättning, vilket innebär att den är enklare att tillämpa. Vidare torde metoden genom sitt sista steg utesluta höga priser som inte beror på bristande konkurrens, vilket gör att risken för typ I-fel minskar. Problemet med Dual entitlement-metoden är att den endast ersätter det andra steget i United Brands tvåstegstest. För att metoden ska ha framgång krävs således både att begreppet ekonomiskt värde får en tydlig definition, och att en utredning om relationen mellan pris och produktionskostnad kan företas framgångsrikt. Metoden kan således vara en förbättring av den metod som finns idag, men den löser på intet sätt alla de problem som associeras med påvisandet av överprissättning.

Inte heller lönsamhetsanalys kan användas på ett framgångsrikt sätt för att påvisa överprissättning. Inledningsvis finns ett problem i att ett företags vinstmarginal skiljer sig beroende på vilken form av lönsamhetsanalys som används, vilket ger ett inkonsekvent resultat. Detta problem är dock inte oöverstigligt då båda metoderna skulle kunna användas parallellt och det för företaget mest lindriga resultatet skulle kunna tillämpas.

Grout och Zalewskas kritik mot lönsamhetsanalys då de anför att metoden endast kan användas för att påvisa lönsamhet är dock särskilt träffande. För att metoden ska kunna användas på ett ändamålsenligt sätt krävs att en relation mellan företagets lönsamhet och prissättning kan identifieras som oskäligen. Metoden möter därmed samma problem som dagens metoder i och med att en orimlig relation måste identifieras.

5.2 Bör konkurrensrätten ingripa mot överprissättning?

Det avgörande för om konkurrensrätten bör ingripa i fall av överprissättning blir huruvida en effektiv och praktiskt användbar rättsregel kan formuleras. Inom doktrinen har främst två möjliga inställningar till överprissättning utkristalliserats, per se-legalitet samt strukturerad rimlighetsbedömning.

Enligt min mening uppvisar den strukturerade rimlighetsbedömning samma brister som dagens tvåstegstest då en jämförelse mellan kostnad och pris måste göras. Här uppstår samma kostnadsallokeringsproblem som redogjorts för ovan vilket gör att rättsregeln inte bidrar till någon ökad klarhet. Problemen den strukturerade rimlighetsbedömningen medför således en fortsatt stor risk för felaktiga frianden och fällanden.

Det finns vidare ytterligare ett problem med att tillämpa en rättsregel som är otydlig. Även om såväl kommissionen som KKV idag ofta väljer att inte ingripa mot fall av misstänkt överprissättning har företag möjlighet att utnyttja sin subsidiära talerätt. Därmed uppstår en risk för ett ökat antal processer rörande överprissättning där Marknadsdomstolen tvingas tillämpa en oklar och subjektiv rättsregel med osäkra resultat som följd.

5.2.1 Effekten av att tillämpa per se-legalitet

En sak som talar för att tillämpa per se-legalitet är att ingripande sällan har skett i fall av ren överprissättning. Oftast har andra grunder för missbruk av dominerande ställning även aktualiserats. Exempelvis så hade ingripandet i såväl British Leyland som General Motors kunnat motiveras genom att förfarandet uppställde hinder mot parallellimport, och målen hade således sannolikt fått samma utgång även utan ett förbud mot överprissättning. Överprissättning har således ofta setts som en försvårande omständighet, snarare än ett regelrätt missbruk.

Det mest övertygande argumentet för per se-legalitet är enligt min mening att ett sådant synsätt skulle komma ifrån den ordning som är gällande idag. I dagsläget uppfyller inga test för överprissättning kravet på objektivitet och effektivitet, vilket gör att en eventuell talan blir såväl tungrodd som svår att förtuse utgången av. Skulle per se-legalitet istället tillämpas försvinner risken för felaktiga fällanden samtidigt som det bidrar till ökad rättssäkerhet för företagen och tydlighet för konkurrensmyndigheter och domstolar.

Det kan dock naturligtvis finnas skäl att ibland ingripa mot fall av höga priser. På marknader som är outhärliga för människor och där konkurrensen är satt ur spel, samt marknaden är oförmögen att rätta till bristerna kan det enligt min mening vara befogat att ingripa mot höga priser. Ett exempel där så har skett är genom de takpriser som EU har infört rörande roamingavgifter. Sådan prisreglering skyddar konsumenterna mot de negativa effekterna av höga priser samtidigt som sådana test som finns inom konkurrensrätten blir överflödiga. En sådan ordning, där prisreglering används som verktyg för att avhjälpa icke fungerande marknader är enligt min mening att föredra framför konkurrensrättens svårhanterliga test mot överprissättning.

Henriksson har i sammanhanget anfört att ett prisreglerande organ ställs inför samma problem som en domstol då de ska besluta hur marknaden ska prisregleras. Det finns dock enligt min mening betydande skillnader mellan

att ingripa mot ett enskilt företags prissättning och att söka fastställa en allmängiltig skälig prisnivå på en marknad. Prisreglering torde främst bli aktuellt på sådana marknader som tidigare varit reglerade. Detta då dessa marknader, vilket praxis har visat, uppvisar de största problemen med överprissättning. På sådana marknader torde det redan finnas expertis om hur en skälig prissättning ska utformas. Vidare finns det redan idag ekonomiska system för hur prisreglering ska ske. Lönsamhetsanalys används som ovan framgått primärt vid reglering av olika marknader och torde därför kunna användas förtjänstfullt.

Slutligen synes prisreglering som alternativ till ett förbud mot överprissättning fungera väl i USA. Detta talar för att prisreglering skulle vara framgångsrik även på unionsnivå, men närmare studier om vilka effekter en sådan ordning har haft och vilken effekt det skulle ha inom EU är påkallat för att få ett säkert svar. En sådan studie ligger dock inte inom ramen för denna uppsats.

5.2.2 Överprissättning som påtryckningsmedel

Som Fortumärendet och Deutsche Telekom visat har förbudet mot överprissättning stundtals använts som påtryckningsmedel. Genom att påtala att ett företag har ett pris som är misstänkt högt kan en konkurrensmyndighet få företaget att sänka priset utan att behöva föra en fullskalig process. Även om en sådan ordning torde vara till fördel för konsumenterna då den driver ner priser finns det enligt min mening en rad problem med att använda förbudet mot överprissättning på ett sådant sätt. Inledningsvis bidrar inte ett sådant förfarandesätt till att rättspraxis utvecklas på så sätt att begreppen ekonomiskt värde och orimlig relation blir tydligare. Vidare talar rättssäkerhetsskäl emot en sådan ordning då företag omöjligen utan tydlig vägledning kan veta var gränsen går för huruvida deras prissättning är oskäligt hög eller inte.

6 Slutsats

De test som i dagsläget finns för att fastställa huruvida ett företag tar ut ett oskäligt högt pris eller ej uppvisar stora svagheter. För att dessa test ska kunna användas på förtjänstfullt sätt måste de utvecklas på så sätt att begreppet ekonomiskt värde ges en allmängiltig innebörd. Dessutom måste tydligare riktlinjer tas fram för vad som utgör en orimlig relation mellan ett uttaget pris och det ekonomiska värdet på en vara eller tjänst. Vidare måste även de problem som förknippas med kostnadsallokering lösas. Kan denna utveckling inte ske kommer testen för överprissättning aldrig att uppnå de krav på effektivitet och objektivitet som rimligen kan ställas på en rättsregel.

De alternativa test som föreslagits inom doktrinen uppvisar i mångt och mycket samma brister som dagens test, vilket föranleder frågan huruvida det i själva verket är förhållningssättet till överprissättning som missbruk som borde ändras. Det främsta alternativet synes vara att tillämpa ett per se-legalitetsförhållningssätt där konkurrensrätten inte ingriper mot höga priser. Mot bakgrund av hur rättsutvecklingen har sett ut och att överprissättning snarare behandlats som en försvårande omständighet vid andra former av missbruk talar mycket lite för att negativa effekter skulle uppstå till följd av ett sådant förhållningssätt.

Även rättssäkerhetsargument talar för per se-legalitet framför ett svårhanterligt test. Ett förbud mot överprissättning får inte bli ett damoklessvärd för företagen och därmed hindra innovation och utveckling. Istället måste en klar gräns dras för huruvida viss prissättning utgör missbruk eller inte. Då mycket lite talar för att ett test som uppfyller kraven på objektivitet och effektivitet ska kunna tas fram är det istället en bättre lösning att låta överprissättning angripas på andra sätt än genom konkurrensrätten.

Att konkurrensrätten låter bli att ingripa mot höga priser behöver dock inte betyda att höga priser aldrig kan korrigeras. På marknader med höga inträdes- och expansionsbarriärer där effektiv konkurrens saknas kan det ibland bli nödvändigt med någon form av intervention. Ingripandet bör på sådana marknader dock hellre ske genom prisreglering, såsom skett rörande internationell mobiltrafik. En sådan ordning uppställer allmängiltiga regler på marknaden och bidrar därmed till en ökad rättssäkerhet för företagen samtidigt som konsumenterna skyddas mot oskäligt höga priser.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Akman, Pinar, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Hart publishing, Oxford 2012

Akman, Pinar & Garrod, Luke, "When Are Excessive Prices Unfair?" i CCP Working Paper nr 10-4 2010, tillgänglig 2013-05-21 på <http://competitionpolicy.ac.uk/>

Akman, Pinar, "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC" i *Oxford Journal of Legal Studies* 2009

Evans, David S & Padilla, Jorge A, "Excessive prices: using economics to define administrable legal rules" i *Journal of Competition Law and Economics* nr 1 2005

Ezrachi, Ariel & Gilo, David, "Are Excessive Prices Really Self-Correcting?" i *Journal of Competition Law and Economics* nr 2 2009

Faull, Jonathan & Nikpay, Ali, *The EC law of competition*, OUP, Oxford 2007, upplaga 2

Fletcher, Amelia & Jardine, Alina, "Towards an appropriate policy for excessive pricing" i *European Competition Law Annual* 2007

Frey, Bruno & Pommerehne, Werner W, "On the fairness of pricing – An empirical survey among the general population" i *Journal of Economic Behaviour and Organisation* nr 20 1993

Furse, Mark, "Excessive Prices, Unfair prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition" i *European Competition Journal* juni 2008

Gregory, Alan, "Excessive Prices and the Role of Profitability Analysis" bifogad till OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011

Grout, Paul A & Zalewska, Anna, "Profitability Measures and Competition Law" i *Centre for Market and Public Organisation Working Paper* 06/144, tillgänglig 2013-05-21 på http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893522

Henriksson, Lars, "Om oskäliga priser" i *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 06/07

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

Hordjik, Pijnacker, "Excessive pricing under EC Competition Law: an update in light of the ["Dutch Developments"]" i Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2002

Hou, Liyang, "Excessive Prices Within EU Competition Law" i European Competition Journal april 2011

Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack L & Thaler, Richard H, "Fairness as a constraint on profit seeking: Entitlements in the market" i American Economic Review, september 1986

Kauper, Thomas E, "Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal" i Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1990

Kroes, Neelie, "Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82" i Fordham International Law Journal vol 29 issue 4, 2005

Lyons, Bruce, "The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse" i Pros and Cons of High Prices, utgiven av Konkurrensverket, Kalmar 2007

Markert, Kurt, "Criteria for the determination of abuse of dominant positions in network distribution of gas and electricity" i International Energy Law and Taxation Review 2002

Motta, Massimo & de Streel, Alexander, "Excessive pricing in competition law: never say never?" i Pros and Cons of High Prices, utgiven av Konkurrensverket, Kalmar 2007

Motta, Massimo & de Streel, Alexander, "Excessive Pricing and Price Squeeze Under EU Law" i European Competition Law Annual 2003

Niels, Gunnar, Jenkins, Helen & Kavanagh, James, Economics for Competition Lawyers, OUP, Oxford 2011

OECD Policy Roundtables on excessive pricing 2011
DAF/COMP(2011)18, tillgänglig 2013-05-21 på
<http://www.oecd.org/competition>

O'Donoghue, Robert & Padilla, Jorge A, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart publishing, Oxford 2006

Paulis, Emil, "Article 82 EC and Exploitative conduct" i European Competition Law Annual 2007

Peczenik, Aleksander, Vad är rätt? Nordstedts juridik, Göteborg 1995, upplaga 1

Pozdnakova, Alla, "Excessive pricing and the prohibition of the abuse of a dominant position" i World Competition Law and Economic Review, Kluwer law international 2010 vol 33 issue 1

Röller, Lars Hendrik, "Exploitative Abuses" i European Competition Law Annual 2007

Van der Woude, Marc, "Unfair and Excessive Prices in the Energy Sector" i European Competition Law Annual 2007

Wahl, Nils, "Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection" i Pros and Cons of High Prices, utgiven av Konkurrensverket, Kalmar 2007

Wetter, Carl, Karlsson, Johan & Östman, Marie, Konkurrensrätt: en kommentar, Thomson Reuters, Stockholm 2009, upplaga 4

Whish, Richard & Bailey, David, Competition Law, OUP, Oxford 2012, upplaga 7

Material från kommissionen

Haag, Marcel & Klotz, Robert, Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications, Commission Policy Newsletter 1998 / 2, tillgänglig 2013-05-21 på <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn19982.pdf>

SEC (2011) 870 final, Impact assessment of policy options in relation to the commissions' review of the functioning of regulation (EC) 544/2009 of the european parliament and of the council of 18 june 2009 on roaming on public mobile telephone networks within the community

2009/C 45/02 Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpning av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder

2000/C /291/01 kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar

Kommissionens pressrelease IP/99/298

98/C 265/02 kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesval inom telesektorn

Kommissionens pressrelease IP/98/430

97/C 372/03 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning

Kommissionens pressrelase IP/97/292

XXIV report on competition policy, utgiven av kommissionen 1994

Övrigt material

Competition Commission store cards market investigation 7 mars 2006,
Tillgänglig 2013-05-21 på www.competition-commission.org.uk

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen och förstainstansrätten

C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrenserådet [2012] ECR I-0000

C-280/08 P Deutsche Telekom AG mot kommissionen [2010] 5 CMLR 1495

C-52/07 Kanal5 och Tv 4 mot STIM

C-385/07 P Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen [2009] ECR I-6155

T-151/01 p Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen

T-219/99 British Airways mot kommissionen [2003] ECR II-5917

C- 147/97 och C-148/97 Deutsche Post AG v GZS [2000] ECR I-825

C-395/96 Compagnie Maritime Belge Transports SA mot kommissionen [2000] ECR I-1365

C-333/94 P Tetra Pak International SA mot kommissionen [1996] ECR I-5951

110/88, 241/88 och 242/88 Francois Lucazeau and others v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Sacem) [1989] ECR 2811

395/87 Ministère Public v Tournier [1989] ECR 2521

30/87 Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées [1988] ECR 2479

C-62/86 AKZO Chemie BV mot kommissionen [1991] ECR I-3359

226/84 British Leyland mot kommissionen [1986] ECR 3263

322/81 Michelin mot kommissionen [1983] ECR 3461

85/76 Hoffman-La Roche mot kommissionen [1979] ECR 461

27/76 United Brands mot kommissionen [1978] ECR 207

26/75 General Motors Continental NV [1975] ECR 1367

Kommissionen

COMP/A36.570/D3 Sundbusserne v Port of Helsingborg

COMP/A36.568/D3 Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg

2001/892/EG Deutsche Post II

2001/463/EG Kommissionens beslut av den 20 april 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget

OJ [2000] L30/1 Virgin/British Airways

Konkurrensverket

Dnr 521/2007 Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – överprissättning avseende fjärrvärme

Storbritannien

Attheraces Ltd v The British Horse Racing Board Ltd [2007] EWCA Civ 38.

1001/1/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading [2002] CAT 1

USA

Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398