



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Cecilia Endresén

Särskilt ansvar att tillämpa pris- och prestationskonkurrens?

Frågan om huruvida dominerande
företag kan och bör själva avgöra om
en viss prissättning utgör missbruk
enligt artikel 102 FEUF

JURM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Hans Henrik Lidgard

Termin för examen: VT2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Metod	10
1.4 Material	10
1.5 Avgränsningar	11
1.6 Disposition	12
2 ALLMÄNT OM DOMINERANDE STÄLLNING	14
2.1 Begreppsdefinition	14
2.2 Avgränsning av relevant marknad	15
2.3 Viktiga bedömningsfaktorer vid dominansprövningen	16
3 ALLMÄNT OM FÖRBUDET MOT MISSBRUK AV EN DOMINERANDE STÄLLNING	19
3.1 Begreppsdefinition	19
3.2 Konkurrensbegränsande syfte	20
3.3 Betydelsen av ekonomisk teori och konkurrensbegränsande effekt	21
3.4 Betydelsen av lika effektiv konkurrent inom missbruksbedömningen	22
3.5 Ekonomiskt motiverat förfarande	23
4 OTILLÅTEN PRISKONKURRENS	26
4.1 Utgångspunkt för otillåten priskonkurrens	26
4.2 Underprissättning	27

4.2.1	Allmänt	27
4.2.2	Förutsättningar för otillåten underpris- sättning	28
4.3	Rabattsystem	30
4.3.1	Allmänt	30
4.3.2	Allmänt om otillåtna lojalitetsrabatter	31
4.4	Marginalpress	32
4.4.1	Inledning och begreppsdefinition	32
4.4.2	Förutsättningar för otillåten marginalpress	33
5	ALLMÄNT OM MONOPOLISERINGSFÖRBUDET I AMERIKANSK KONKURRENSRÄTT	36
5.1	Inledning	36
5.2	Huvuddrag rörande monopoliserings-förbudet	38
6	ANALYS	40
6.1	Utestängningseffekt för lika effektiva konkurrenter som förutsättning för missbruk	40
6.2	Effektivitetsvinster kan neutralisera ett ”dåligt” beteende	44
7	SAMMANFATTNING	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	49
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Summary

A genuine undistorted competition on the market reduces the price or increases the quality of products or services and increases the selection of products or services, which enhances consumer welfare. According to settled case-law, an undertaking which holds a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair, genuine undistorted competition on the market. Thus, Article 102 TFEU, prohibits a dominant undertaking from adopting behavior that has an exclusionary effect on competitors by using methods other than those that are part of competition on the merits. Accordingly, in that light, not all competition by means of price may be regarded as legitimate. However, the phrase competition on the merits is not clearly defined, which means legal uncertainty for a dominant undertaking. This essay examines the dividing line between conduct that falls within the area circumscribed by competition on the merits from conduct that harms competition. The aim is to, with a dominant undertaking's special responsibility as starting point, examine whether a dominant undertaking is able to, and should, assess the lawfulness of its own pricing.

The economic effects based approach of Article 102 FEUF, resulting from the modernization of the EU competition law the last decade, means that the purpose of competition policy is to protect competition and consumer welfare, not competitors. Thus, not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition. 102 TFEU prohibits a dominant undertaking from engaging in conduct that have an actual or potential exclusionary effect on actual or potential competitors considered to be as efficient as it is itself. Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market of competitors that are less efficient and so less attractive to consumers from the point of view of, among other things, price, choice, quality or innovation. In order to assess the lawfulness of the pricing policy applied by a dominant undertaking, reference should be made, as a general rule, to pricing criteria based on the costs incurred by the dominant undertaking itself and on its strategy. Indeed, to the extent that a dominant undertaking sets its prices at a level covering the great bulk of the costs attributable to the supply of the goods or services in question, it will, as a general rule, be possible for an actual or potential competitor as efficient as that undertaking to compete with those prices without suffering losses that are unsustainable in the long term.

In this paper, it is noted that failure to cover average variable cost indicates that the dominant undertaking is sacrificing profits in the short term and that an equally efficient competitor cannot serve the targeted customers without incurring a loss. If, on the contrary, the price charged by the dominant undertaking has coverage of the variable cost an equally efficient competitor can compete effectively with the pricing conduct of the dominant undertaking. In principle, the dominant undertaking's pricing conduct is not

likely to have an adverse impact on effective competition, and thus on consumers. Furthermore, the validity of such an approach is reinforced by the fact that it conforms to the general principle of legal certainty, since taking into account the costs and prices of the dominant undertaking enables that undertaking to assess the lawfulness of its own conduct, which is consistent with its special responsibility under Article 102 TFEU. A dominant undertaking assumed knows its own costs and prices. It is, however, noted that it is desirable that the Commission would communicate a guidance paper on the phrase competition on the merits and thus clarify the underlying principles, which would be helpful for the dominant undertakings.

Sammanfattning

En effektiv konkurrens på marknaden pressar ned priserna eller förbättrar kvaliteten och ökar utbudet av de varor och tjänster som erbjuds på marknaden, vilket gynnar konsumenterna. Företag som har en dominerande ställning på marknaden anses enligt gällande rätt ha ett särskilt ansvar enligt artikel 102 FEUF för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en effektiv konkurrens. Det är således förbjudet för företag i dominerande ställning att tillämpa sådana förfaranden som faller utanför området för *competition on the merits* (svensk översättning: pris- och prestationskonkurrens) och som därmed leder till en utestängningseffekt för konkurrenter. I detta sammanhang kan emellertid inte all konkurrens med priser anses vara tillåten. Det saknas dock en enhetlig och allmänt vedertagen definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens, vilket skapar en rättsosäkerhet för dominerande företag. Denna uppsats granskar gränsdragningen mellan åtgärder som faller inom pris- och prestationskonkurrens och åtgärder som har en skadlig inverkan på konkurrensen och som därmed är förbjudna enligt artikel 102 FEUF. Syftet är att med utgångspunkt i dominerande företags särskilda ansvar enligt artikel 102 FEUF undersöka huruvida dominerande företag kan själva, och bör själva, avgöra om en viss prissättning som tillämpas av företaget faller inom pris- och prestationskonkurrens eller om den utgör otillåten priskonkurrens.

Artikel 102 FEUF anses enligt gällande rätt syfta primärt till att skydda en effektiv konkurrens och nyttan för konsumenterna, inte konkurrenternas intressen. Detta ligger i linje med den mer ekonomiska tolkning som har utvecklats som en del av moderniseringen av EU:s konkurrensrätt det senaste decenniet. Därmed är det inte alla verkningar av ett utestängande beteende som har en skadlig inverkan på konkurrensen. Det är endast åtgärder som leder till en konkret eller potentiell utestängningseffekt för faktiska eller potentiella konkurrenter som är åtminstone lika effektiva som det dominerande företaget som har en skadlig inverkan på konkurrensen och som därmed faller utanför området för pris- och prestationskonkurrens. Pris- och prestationskonkurrens kan per definition leda till att konkurrenter som är mindre effektiva än det aktuella dominerande företaget, och således är mindre intressanta för konsumenterna vad exempelvis beträffar pris, urval, kvalitet och innovation, utestängs från marknaden. Frågan om en viss prissättning riskerar att utestänga lika effektiva faktiska eller potentiella konkurrenter ska som huvudregel avgöras utifrån huruvida det dominerande företaget har kostnadstäckning. Sådan bedömning ska baseras på företagets egna kostnader och priser, det vill säga i vilken mån dess pris är baserat på dess kostnader. Föreligger kostnadstäckning hos dominanten så har lika effektiva faktiska eller potentiella konkurrenter också kostnadstäckning och riskerar därmed inte att bli utestängda från marknaden eftersom de skulle kunna konkurrera effektivt med dominantens prissättning. Dominantens prissättning har i en sådan situation inte någon negativ inverkan på den effektiva konkurrensen och därmed inte heller på konsumenterna.

I uppsatsen kostateras att en viss prissättning som tillämpas av företag i dominerande ställning anses i regel falla inom pris- och prestationskonkurrens om företaget har täckning för sina genomsnittliga rörliga kostnader. Om företaget inte har sådan kostnadstäckning, visar det att företaget på kort sikt offerar vinster och att en lika effektiv konkurrent inte kan leverera till kunderna utan att göra förlust eller, i vart fall, drabbas av minskad lönsamhet. I en sådan situation faller prissättningen utanför området för pris- och prestationskonkurrens. Den omständigheten att dominantens egna kostnader och priser beaktas gör det möjligt för företaget att, med beaktande av det särskilda ansvar som åligger det enligt artikel 102 FEUF, själv avgöra huruvida dess prissättning faller inom pris- och prestationskonkurrens. Företag förutsätts nämligen ha kännedom om sina egna kostnader och priser. Detta synsätt överensstämmer med den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Det konstateras vidare att en vägledning från Kommissionen vore lämpligt att införa för att uppnå en enhetlig och allmänt vedertagen definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens. En sådan vägledning skulle på så sätt öka rättssäkerheten för företag i dominerande ställning och underlätta för sådana företag att med beaktande av det särskilda ansvar som åligger dem enligt artikel 102 FEUF själva kunna avgöra huruvida en viss prissättning eller ett visst rabattsystem är tillåtet ur konkurrenssynpunkt.

Förord

Lund och studietiden på Juridicum har jag redan lämnat då jag idag jobbar som bolagsjurist på Dometic Groups huvudkontor i Stockholm, en private equity ägd koncern med 6 700 anställda, produkter som säljs i mer än 100 länder och 23 egna fabriker fördelade över Europa, Nordamerika och Asien. Under uppsatsens gång har det stundtals både varit tungt och stressigt att kombinera ett krävande heltidsjobb och uppsatsen. Trots det kan jag nu när jag summerar de timmar jag lagt på uppsatsen känna att jag är så lycklig och stolt över mig själv att jag klarade det! Ser nu fram emot nya utmaningar i min karriär som bolagsjurist.

Jag vill tacka min handledare Hans Henrik Lidgard för hans råd och tålamod.

Tack till mina underbara föräldrar som i alla lägen och på alla tänkbara sätt alltid finns där för mig och hjälper, stöttar och uppmuntrar mig.

Jag vill tacka Charlotta Grähs, tidigare chefsjurist hos Dometic Group och min närmsta chef, för det stöd och värdefulla råd hon gett mig under arbetets gång. Tack Charlotta för att du trodde på mig och tack för den stora utveckling jag har gjort genom vårt nära samarbete och för allt jag har lärt mig av dig om att förhandla, tolka och skriva kommersiella avtal.

Slutligen vill jag tacka min sambo Johan. Med dig vid min sida har jag lyckats få ihop detta examensarbete. Tack för all din feedback och för att du har motiverat mig för att nå denna resas mål. Du tror alltid på mig, även när jag själv har tvivlat. Tack för att du är min bästa vän och för att jag får gå vid din sida genom livet.

Stockholm, den 12 juni 2015

Cecilia Endresén

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
KL	Konkurrenslag (2008:579)
Kommissionen	Europeiska Kommissionen
Kommissionens meddelande (2009/C 45/02) om tillämpning av artikel 102 FEUF	Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
Produkter	Med begreppet produkter i uppsatsen avses gemensamt varor eller tjänster.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Konkurrensverket (KKV) framhåller i en rapport från 2014 att Sveriges målsättning är en stabil och hållbar ekonomisk tillväxt¹. Teknisk utveckling och produktivitetsökningar är de viktigaste drivkrafterna för ekonomisk tillväxt. KKV uttalar att konkurrenspolitiken spelar en central roll genom att effektiv konkurrens är den viktigaste drivkraften till produktivitetsökningar i ekonomin. Effektiv konkurrens tvingar företagen att bli mer effektiva, genom att på en konkurrensutsatt marknad måste företagen kontrollera sina kostnader och använda sina resurser på ett effektivt sätt. Företagen måste ständigt sträva efter att sänka sina produktionskostnader så att de kan hålla konkurrenskraftiga priser samtidigt som de erbjuder bra produkter. KKV framhåller att effektiv konkurrens också fungerar som en drivkraft för innovation. Företagen måste ständigt förbättra sina varor och tjänster så att de motsvarar konsumenternas efterfrågan. Det kan handla om utveckling av nya produkter och tjänster eller förbättring av kvaliteten och funktionen på redan existerande produkter och tjänster (s.k. produktinnovation). Det kan även handla om utveckling av nya och förbättrade processer som effektiviserar produktionen och sänker produktionskostnaderna (s.k. processinnovation). KKV uttalar att en effektiv konkurrens därmed gynnar konsumenterna. Den mest omedelbara positiva effekten för konsumenterna av en effektiv konkurrens på marknaden är högre kvalitet eller lägre priser och ökat utbud av de varor och tjänster som erbjuds på marknaden.²

I ovan nämnda rapport uttalar KKV vidare att vinstmaximerande företag dock alltid strävar efter marknadsinflytande och att vinna marknadsandelar och kan därmed ha incitament att försöka snedvrیدا konkurrensen.³ Av EU:s konkurrenspolitik framgår att alla företag i EU ska konkurrera på lika och rättvisa villkor och av egen kraft. EU, och därmed Sverige, har därför konkurrensregler som ska se till att marknaden fungerar väl.⁴ Konkurrensreglerna syftar till att skydda en effektiv konkurrens mot en snedvridning genom att fastställa gränser inom vilka företagen tillåts agera.⁵ De grundläggande materiella bestämmelserna utgörs av två generella förbud mot konkurrensbegränsande beteende hos företag, varav ett är förbud mot

¹ Ekonomisk tillväxt definieras allmänt som en ökning av antalet varor och tjänster som produceras inom ett land under en viss tidsperiod och mäts i allmänhet som förändringar i BNP (bruttonationalprodukt) per capita, se t.ex. Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 21.

² Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 21 och 23-29.

³ Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s.19.

⁴ Se t.ex. http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_sv.htm.

⁵ Se t.ex. 1kap. 1 § KL; Förordning nr. 1/2003, p. 1 och 9 ingressen; Prop. 2007/08:135, s. 66-67.

missbruk av en dominerande ställning (artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL).⁶

Karlsson framhåller att företag vidtar åtskilliga åtgärder som syftar till att öka företagets konkurrenskraft på marknaden och att priset normalt är det främsta och mest betydelsefulla konkurrensmedlet som företagen har till sitt förfogande. När det gäller åtgärder som vidtas av företag som har en dominerande ställning på marknaden, uttalar Karlsson att det ofta är svårt att dra en gräns mellan lagenliga åtgärder och åtgärder som har en skadlig inverkan på en effektiv konkurrens och som därmed är förbjudna enligt artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL. Karlsson anser att frågan framför allt uppkommer när ett dominerande företag tillämpar en viss pris-sättning eller ett visst rabattsystem.⁷ Av EU-rättslig praxis framgår att företag som har en dominerande ställning på marknaden har rätt att skydda sina kommersiella intressen genom att konkurrera utifrån vad deras effektivitet tillåter och efter vad som är normalt branschbeteende.⁸ Företag i dominerande ställning har dock ett särskilt ansvar (s.k. special responsibility) för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en effektiv konkurrens på marknaden.⁹ EU-domstolen har i detta sammanhang slagit fast att det enligt artikel 102 FEUF är förbjudet för dominerande företag att tillämpa ett förfarande som leder till en utestängningseffekt för konkurrenter och därmed stärka sin dominerande ställning på andra sätt än genom pris- och prestationskonkurrens (s.k. competition on the merits). Dock kan inte all priskonkurrens anses vara tillåten.¹⁰

1.2 Syfte och frågeställningar

Karlsson framhåller att uttrycket pris- och prestationskonkurrens är centralt för missbruksbedömningen.¹¹ EU-domstolen har, som beskrivits ovan, uttalat att artikel 102 FEUF förbjuder ett företag i dominerande ställning att inverka skadligt på en effektiv konkurrens genom att använda sig av metoder som faller utanför området för pris- och prestationskonkurrens. Domstolen har dock vidare uttalat att inte all konkurrens med priser kan anses falla inom pris- och prestationskonkurrens.¹² Gränsen mellan åtgärder

⁶ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 12.

⁷ Karlsson & Östman (2014), s. 681.

⁸ Se t.ex. mål 27/76 *United Brands*, p. 189-194; mål T-83/91 *Tetra Pak*, p. 147; mål C-457/10 *AstraZeneca*, p. 129; mål T-340/03 *France Télécom*, p. 185; mål T-228/97 *Irish Sugar*, p. 189; Karlsson & Östman (2014), s. 681-682.

⁹ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 24; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 21 och 23; mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 105; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 83; mål C-322/81 *Michelin I*, p. 57; mål C-457/10 P *AstraZeneca*, p. 188.

¹⁰ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 27; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 25; mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 106; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 176-177; mål C-62/86 *AKZO*, p. 70; mål C-457/10 P *AstraZeneca*, p. 75.

¹¹ Karlsson & Östman (2014), s. 664 not 102.

¹² Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 27; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 25; mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 106; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 176-177; mål C-62/86 *AKZO*, p. 70; mål C-457/10 P *AstraZeneca*, p. 75.

som håller sig inom pris- och prestationskonkurrens och beteenden som faller utanför detta område och som därmed är förbjudna enligt artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL är, som nämnts ovan, emellertid inte tydlig.¹³ Detta hänger samman med att det saknas en enhetlig och allmänt vedertagen definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens, vilket skapar en rättsosäkerhet för dominerande företag.¹⁴ Artikel 102 respektive 2 kap. 7 § KL ger utöver en förteckning över ett antal, icke uttömmande exempel på beteenden som kan utgöra missbruk ingen närmare vägledning om hur man skiljer förbjudna förfaranden från tillåtna förfaranden.¹⁵ Kommissionen uttalar i Kommissionens meddelande (2009/C 45/02) om tillämpning av artikel 102 FEUF som vägledning att tonvikten ligger på att trygga konkurrensen på den inre marknaden och se till att företag som har en dominerande ställning inte utestänger sina konkurrenter på andra sätt än genom en konkurrens med de produkter som de tillhandahåller. Kommissionen uttalar att detta kan mycket väl innebära att konkurrenter som erbjuder konsumenterna sämre pris, urval, kvalitet och innovation lämnar marknaden.¹⁶ Allmänt kan uttrycket pris- och prestationskonkurrens beskrivas som att om ett företag i dominerande ställning vidtar en åtgärd som kan ses som normal pris- och prestationskonkurrens är det i regel tillåtet ur konkurrenssynpunkt, oavsett om beteendet riskerar att utestänga konkurrenter.¹⁷

Denna uppsats granskar därför gränsdragningen mellan normal pris- och prestationskonkurrens och åtgärder som har en skadlig inverkan på en effektiv konkurrens och som därmed utgör missbruk enligt artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL. Uppsatsens syfte är att med utgångspunkt i dominerande företags särskilda ansvar enligt artikel 102 FEUF undersöka huruvida dominerande företag kan själva, och bör själva, avgöra om en viss prissättning som tillämpas av företaget faller inom pris- och prestationskonkurrens eller om den utgör otillåten priskonkurrens.

Uppsatsen besvarar följande mer preciserade frågeställningar:

- Vilka underliggande principer definierar området för pris- och prestationskonkurrens?
- Kan och bör företag i dominerande ställning själva avgöra huruvida företagets beslut att tillämpa en viss prissättning eller ett visst rabattsystem kan medföra en utestängningseffekt för konkurrenter och att företagets åtgärd därmed kan bli föremål för förbudet i artikel 102 FEUF?
- Kan man mot bakgrund av dagens utformning av artikel 102 FEUF och av Kommissionens meddelande (2009/C 45/02) om tillämpning

¹³ Se t.ex. SOU 2004:131, s. 163; Karlsson & Östman (2014), s. 681.

¹⁴ Se publikation från OECD (juni 2006), s. 1.

¹⁵ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 26; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 173; mål C-95/04 P *British Airways*, p. 57; Karlsson & Östman (2014), s. 665.

¹⁶ Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 1 och 6.

¹⁷ Se t.ex. publikation från OECD (juni 2006), s. 1; Karlsson & Östman (2014), s. 684; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 21-25; mål C-457/10 P *AstraZeneca*, p. 129.

av artikel 102 FEUF ställa krav på en ny vägledning från Kommissionen i syfte att uppnå en enhetlig och allmänt vedertagen definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens?

1.3 Metod

Jag har valt att tillämpa en rättsdogmatisk metod. Således är materialet till uppsatsen huvudsakligen hämtat från de allmänt accepterade rättskällorna enligt den svenska rättskällehierarkin, det vill säga lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin på området. Möjligheten till användning av förarbeten i uppsatsen har med anledning av de frågeställningar som uppsatsen utgår från varit mycket begränsad. I fråga om rättspraxis är avgöranden från EU-domstolen (inklusive Tribunalen) direkt vägledande för tillämpningen av artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL, varför det materiella innehållet i artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL tolkas mot bakgrund av den omfattande rättspraxis som utvecklats av EU:s domstolar.¹⁸ Tillkännagivanden från Kommissionen har stor betydelse för förståelsen av EU:s konkurrensrätt genom att de fastställer de prioriteringar som kommer att vara vägledande för Kommissionens analys vid tillämpningen av artikel 102 FEUF.¹⁹

Jag har även valt att tillämpa en komparativ metod. Moderniseringen av EU:s konkurrenspolitik har bidragit till större internationell överensstämmelse, särskilt med amerikansk konkurrenspolitik.²⁰ Ett mindre nerslag i amerikansk konkurrensrätt görs därför i uppsatsens femte del. Materialet i denna del består framför allt av rättspraxis från United States Supreme Court (Högsta domstolen i USA) samt juridisk litteratur på området.

1.4 Material

Materialet i uppsatsens beskrivande avsnitt består framför allt av befintlig rättspraxis från EU:s domstolar, av Kommissionens meddelande (2009/C 45/02) om tillämpning av artikel 102 FEUF och av Johan Karlssons & Marie Östmans handbok *Konkurrensrätt – en kommentar*, 5:e upplagan, 2014. Karlsson framhåller att man bör iaktta viss försiktighet när det gäller Kommissionens beslutspraxis, i synnerhet vad gäller äldre beslut som inte sällan skulle bedömas annorlunda idag till följd av att inriktningen på EU:s konkurrenspolitik har ändrats under det senaste decenniet, varför denna beslutspraxis bortses från i uppsatsen.²¹

¹⁸ Se t.ex. Prop. 2007/08:135, s. 70; Karlsson & Östman (2014), s. 19.

¹⁹ Se t.ex. Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 2 och 3.

²⁰ Se t.ex. Ganslandt, s. 5.

²¹ Karlsson & Östman (2014), s. 19.

Ekonomisk teori och analys har en stor betydelse för tillämpningen av artikel 102 FEUF, vilket ligger i linje med den mer ekonomiska tolkning som har utvecklats som en del av moderniseringen av EU:s konkurrensrätt det senaste decenniet.²² En översiktlig redogörelse för de ekonomiska överväganden som Kommissionen och EU:s domstolar har att göra i samband med en misstänkt överträdelse av förbudsbestämmelsen i artikel 102 FEUF kommer främst till uttryck i uppsatsens beskrivande tredje och fjärde del, där missbruk av en dominerande ställning respektive otillåten priskonkurrens presenteras. Uppsatsen utgår emellertid från en juridisk synvinkel, inte en national- eller företagsekonomisk, varför ekonomisk litteratur inte har studerats och inte heller ekonomiska teorier eller modeller presenteras.

1.5 Avgränsningar

Konkurrensrätten i Sverige innefattar EU:s konkurrensregler och konkurrenslagen (2008:579). Som beskrivits ovan syftar konkurrensreglerna till att skydda en effektiv konkurrens genom att fastställa gränser inom vilka företagen tillåts agera och bestämmelser om förbud mot missbruk av dominerande ställning finns i artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL. Förbudsbestämmelsen i 2 kap. 7 § KL har utformats med artikel 102 FEUF som förebild och är därmed i materiellt avseende, med undantag för det så kallade samhandelskriteriet²³, identisk med förbudsbestämmelsen i artikel 102 FEUF. Samhandelskriteriet har emellertid tolkats vidsträckt – det räcker att påverkan på handeln mellan EU:s medlemsländer är potentiell – vilket innebär att samhandelskriteriet inte begränsar EU-rättens tillämpning särskilt påtagligt.²⁴ Som nämnts ovan är avgöranden från EU-domstolen (inklusive Tribunalen) direkt vägledande för tillämpningen både av artikel 102 FEUF och av 2 kap. 7 § KL, vilket innebär att såväl det materiella innehållet i artikel 102 FEUF som i 2 kap. 7 § KL tolkas mot bakgrund av den omfattande rättspraxis som utvecklats av EU:s domstolar.²⁵ I uppsatsen behandlas därför endast artikel 102 FEUF.

En dominerande ställning kan innehas av ett företag (s.k. ensam dominans) eller av två eller flera företag (s.k. kollektiv dominans). Kommissionens meddelande (2009/C 45/02) om tillämpning av artikel 102 FEUF handlar endast om företag som har ensam dominans och som missbrukar sin ställning, varför kollektiv dominans bortses från i uppsatsen.²⁶

²² Se t.ex. Ganslandt, s. 4-6; Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 43; Prop. 2007/08:135, s. 70.

²³ Tillämpningen av artikel 102 FEUF förutsätter att missbruket kan påverka handeln mellan medlemsstater, där begreppet handel omfattar alla tänkbara former av gränsöverskridande kommersiell aktivitet, inklusive etablering, och där inverkan kan vara direkt eller indirekt, faktisk eller potentiell, se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 49-52.

²⁴ Se t.ex. Prop. 2007/08:135, s. 66 och 68-69; Karlsson & Östman (2014), s. 49-52 och 635; Förordning nr. 1/2003, art. 3.

²⁵ Se t.ex. Prop. 2007/08:135, s. 70; Karlsson & Östman (2014), s. 19.

²⁶ Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 4.

EU-domstolen har uttalat att artikel 102 FEUF avser förfaranden som direkt kan skada konsumenterna, exempelvis genom att gentemot sina kunder ta ut ett alltför högt pris eller genom att förena en försäljning med oskäliga villkor (s.k. exploaterande missbruk) och, kanske framför allt, förfaranden som kan leda till skada för konsumenterna genom att beteendet har en skadlig inverkan på konkurrensen (s.k. exkluderande eller utestängande missbruk).²⁷ Näringsdepartementet uttalar i sitt slutbetänkande av utredningen om en modernisering av konkurrensreglerna, att det i praktiken är ovanligt att konkurrensrättsliga regelverk tillämpas för att angripa exploaterande missbruk, till exempel överprissättning. Departementet framhåller vidare att förbudet mot missbruk inte har till ändamål att tillämpas som ett prisregleringsinstrument. Vidare uttalar Näringsdepartementet att det övervägande antalet fall, när det gäller tillämpningen av artikel 102 FEUF respektive 2 kap. 7 § KL, handlar om förfaranden som syftar till att sätta konkurrensen ur spel och således är riktade mot konkurrenter på marknaden.²⁸ Kommissionen uttalar i sin tur att Kommissionens meddelande (2009/C 45/02) om tillämpning av artikel 102 FEUF endast omfattar utestängande missbruk.²⁹ Uppsatsen kommer därför endast att undersöka huruvida en viss åtgärd utgör ett utestängande missbruk, medan exploaterande missbruk kommer att lämnas därhän.

Lagstiftning, rättspraxis och diskussion inom doktrin kring sanktioner kommer på grund av de frågeställningar som uppsatsen utgår från inte att presenteras.

1.6 Disposition

Uppsatsen undersöker området för pris- och prestationskonkurrens, med fokus på gränsdragningen mellan tillåten och förbjuden priskonkurrens. Framställningen består av totalt sju kapitel. I *kapitel 2* presenteras, som bakgrund för den fortsatta framställningen, begreppet dominerande ställning. Här ges en översiktlig beskrivning av begreppsdefinition, avgränsning av relevant marknad, där presentation av det s.k. SSNIP³⁰-testet utelämnas, och av Kommissionens och EU:s domstolars dominansprövning. I det andra kapitlet kommer dock inte att ges en mer ingående presentation än för att ge läsaren en förståelse för när ett företag kan anses ha en dominerande ställning på marknaden och därmed kan bli föremål för förbudet i artikel 102 FEUF.

²⁷ Se t.ex. mål C-52/09, *TeliaSonera*, p. 24; mål C-209/10 *Post Danmark A/S*, p. 20; mål C-280/08 *Deutsche Telekom*, p. 176; mål C-202/07 *France Télécom*, p. 105. Se även Karlsson & Östman (2014), s. 663; SOU 2004:131, s. 164.

²⁸ SOU 2004:131, s. 164-165.

²⁹ Se Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 2.

³⁰ Small but significant and non-transitory increase in [relative] prices.

Kapitel 3 ägnas åt förbudet mot missbruk av en dominerande ställning. Här ges en översiktlig beskrivning av definitionen av missbruksbegreppet och av betydelsen av dominantens syfte, av ekonomisk teori och konkurrensbegränsande effekt och av uttrycket lika effektiv konkurrent inom missbruksbedömningen. Det finns inte något uttryckligt undantag i FEUF från förbudet i artikel 102 FEUF. Av EU-rättslig praxis framgår emellertid att förbudsbestämmelsen i artikel 102 FEUF inte är tillämplig på förfaranden som är ekonomiskt motiverade.³¹ Det tredje kapitlet avslutas med en översiktlig presentation av kriterierna för att en ifrågasatt åtgärd ska anses vara objektivet försvarbar och därmed undantagen från förbudet i artikel 102 FEUF.

I *kapitel 4* presenteras priskonkurrens som faller utanför området för normal pris- och prestationskonkurrens. Här ges en översiktlig beskrivning av Kommissionens och EU:s domstolars utgångspunkt för deras bedömning av frågan om huruvida en ifrågasatt prissättning utgör missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Kommissionens och EU:s domstolars analys av en viss ifrågasatt konkurrens med priser exemplifieras i kapitel fyra med en översiktlig beskrivning av utvalda former av prissättningar som, när de vidtas av företag i dominerande ställning, ofta aktualiserar frågan om missbruk. De former av prissättning som behandlas är: underprissättning, rabattsystem, varav lojalitetsrabatter närmare presenteras, och marginalpress.³² Dessa former av prissättningar bedöms av Kommissionen vara bland de vanligaste missbruksformerna samt de mest skadliga för konsumenterna.³³

I *kapitel 5* görs ett mindre nerslag i amerikansk konkurrensrätt. Moderniseringen av EU:s konkurrenspolitik har, som nämnts ovan, bidragit till större internationell överensstämmelse, bland annat med amerikansk konkurrenspolitik.³⁴ Det finns dock materiella skillnader i konkurrenslagstiftningen mellan EU och USA, vilket gör att rättspraxis och doktrin endast kan användas som sakargument.³⁵ I det femte kapitlet ges en översiktlig beskrivning av det så kallade monopoliseringsförbudet i amerikansk konkurrensrätt, med syftet endast att ge läsaren en bättre förståelse för när en viss åtgärd kan anses utgöra missbruk i amerikansk konkurrensrätt.

Det andra till fjärde kapitlet är deskriptiva med syfte att ligga till grund för det *sjätte* kapitlet där författarens analys av uppsatsens undersökningsområde som helhet presenteras. I det *sjunde*, avslutande kapitlet besvaras uppsatsens frågeställningar sammanfattat.

³¹ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 75; mål C209/10 *Post Danmark*, p. 40-41; mål C-95/04 P *British Airways*, p. 69. Se även Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p 28.

³² Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 685.

³³ Se Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 5.

³⁴ Se t.ex. Ganslandt, s. 4-6; Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 43.

³⁵ Se t.ex. Henriksson (2003), s. 40.

2 Allmänt om dominerande ställning

2.1 Begreppsdefinition

I konkurrensrätten är begreppet dominerande ställning ett kriterium för att vissa förfaranden ska kunna angripas med stöd av artikel 102 FEUF.³⁶ EU-domstolen har slagit fast att med dominerande ställning avses en situation då ett företag har en sådan ekonomisk styrka att det kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att denna ställning tillåter företaget att i betydande omfattning agera oberoende, i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och, i sista hand, konsumenterna. Företagets maktställning möjliggör för företaget att bestämma, eller åtminstone att ha ett avsevärt inflytande på, de villkor under vilka konkurrensen kan utveckla sig.³⁷ Det finns vare sig någon distinktion eller gradering av begreppet dominerande ställning. Så snart ett företag har den ekonomiska styrka som krävs enligt artikel 102 FEUF för att det ska anses ha en dominerande ställning på marknaden, ska dess beteende bedömas utifrån förbudsbestämmelsen i artikel 102 FEUF. I princip påverkar graden av marknadsstyrka effekterna av det aktuella företagens beteende snarare än förekomsten av missbruket som sådant.³⁸

Förekomsten av en dominerande ställning utesluter inte förekomsten av viss, faktisk eller potentiell konkurrens på marknaden, utan innebär att det konkurrensstryck som det berörda företaget utsätts för inte är tillräckligt effektivt.³⁹ Kommissionen framhåller att i regel anses ett inte tillräckligt effektivt konkurrensstryck föreligga om det berörda företaget har en betydande marknadsstyrka under en längre tidsperiod (\geq två år). Betydande marknadsstyrka anses föreligga om företaget på ett lönsamt sätt kan höja priserna över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden. Uttrycket höja priserna innefattar de olika sätt som konkurrensparametrar, till exempel priser, produktion, innovation, utbud och kvalitet på produkter, kan påverkas till det berörda företagens fördel och till konsumenternas nackdel.⁴⁰

³⁶ Se t.ex. SOU 2004:131, s. 162.

³⁷ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 23 och 79; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 170; mål 85/76 *Hoffmann-La Roche*, p. 38-39; mål C-27/76 *United Brands*, p. 65; mål C-549/10 *Tomra*, p. 38.

³⁸ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 80-81; mål C-549/10 *Tomra*, p. 39.

³⁹ Se t.ex. Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 10; mål 85/76 *Hoffmann-La Roche*, p. 39 och 70; mål T-321/05 *AstraZeneca*, p. 175, 261 och 265.

⁴⁰ Se Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 11.

2.2 Avgränsning av relevant marknad

Marknadsavgränsning är ett verktyg för att bedöma det berörda företags marknadsinflytande. En relevant marknad utgörs av ett produktmässigt område (s.k. relevant produktmarknad, RPM) och ett geografiskt område (s.k. relevant geografisk marknad, RGM). Syftet med att definiera både en produktmarknad och en geografisk marknad är att identifiera företagets konkurrenter.⁴¹

Den relevanta produktmarknaden omfattar alla produkter som på grund av sina egenskaper (exempelvis innehåll, uppbyggnad, sammansättning, kvalitet, ursprung), sitt pris och den tilltänkta användningen, av konsumenterna betraktas som utbytbara.⁴² Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de relevanta produkterna tillhandahålls och där de objektiva konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och kan särskiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.⁴³ Syftet med att avgränsa RGM är att bedöma om och i vilken utsträckning företag inom olika geografiska områden utgör reella alternativa försörjningskällor för kunderna. Avgränsningen av RGM tar därför i första hand sikte på att söka identifiera eventuella hinder som kan försvåra för kunderna att anlita dessa alternativa försörjningskällor. Karlsson uttalar att det är endast ekonomiska faktorer som är avgörande för avgränsningen.⁴⁴ Icke uttömmande exempel på faktorer som kan vara av stor betydelse vid avgränsningen av RGM är förekomsten av rättsliga handels- eller etableringshinder (exempelvis tullar, licenser, kvoter, tillstånd, tekniska standarder, miljökrav), faktiska handels- eller etableringshinder (exempelvis transportkostnader, transportavstånd, transportkänslighet) och produktens värde och olika särdrag i efterfrågan (exempelvis preferenser för inhemska varor eller varumärken, betydelse av lokal närvaro).⁴⁵

Kommissionen uttalar att vid avgränsning av den relevanta marknaden beaktas främst utbyttbarheten från efterfrågesidan, eftersom den utgör, ur ekonomisk synvinkel, den mest omedelbara och effektiva begränsningen i företagets möjlighet att utöva marknadsinflytande, särskilt i fråga om prissättning. Ett företag kan inte anses ha väsentligt inflytande på exempelvis de rådande försäljningsvillkoren, såsom priser och leveransvillkor, om företagets kunder utan svårighet, inom tillräckligt kort tid (maximalt ett år) och till försumbara kostnader, kan välja att gå över till tillgängliga substitutvaror (påverkar omfattningen av RPM) eller till leverantörer inom ett annat geografiskt område (påverkar omfattningen av

⁴¹ Se t.ex. Tillkännagivande från kommissionen (97/C 372/03), p. 2 och 9.

⁴² Se t.ex. Tillkännagivande från kommissionen (97/C 372/03), p. 7; mål C-27/76 *United Brands*, p. 19-22 och 30-35.

⁴³ Se t.ex. Tillkännagivande från kommissionen (97/C 372/03), p. 8.

⁴⁴ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 153-154.

⁴⁵ Se t.ex. Tillkännagivande från kommissionen (97/C 372/03), p. 30-31; Karlsson & Östman (2014), s. 154-156.

RGM) som svar på en liten (5-10 %) och varaktig prisökning. Således är det primära vid marknadsavgränsningen om och i vilken omfattning kunderna kan skydda sig mot en prishöjning genom att inom tillräckligt kort tid välja en annan produkt eller anlita en leverantör inom ett annat geografiskt område.⁴⁶

2.3 Viktiga bedömningsfaktorer vid dominansprövningen

EU-domstolen har uttalat att tillämpningen av förbudsbestämmelsen i artikel 102 FEUF förutsätter att det berörda företaget har en dominerande ställning på marknaden vid tiden för vidtagandet av en viss åtgärd.⁴⁷ En dominerande ställning grundar sig i regel på en kombination av flera faktorer som var för sig inte nödvändigtvis är avgörande. Kommissionen och EU:s domstolar måste således göra en helhetsbedömning av de relevanta omständigheterna i det enskilda fallet.⁴⁸ Viktiga bedömningsfaktorer vid dominansprövningen är exempelvis:

- a) företagets absoluta och relativa⁴⁹ marknadsandel över tiden,
- b) förekomsten och omfattningen av inträdeshinder,
- c) företagets finansiella styrka i förhållande till dess konkurrenter och kunder,
- d) företagets teknologiska eller kunskapsmässiga övertag (till exempel innehav av något immaterialrättsligt skydd som ger företaget ett betydande försprång i förhållande till dess konkurrenter, resurser för forskning och utveckling, förmåga att lansera nya produkter i förhållande till konkurrenterna),
- e) huruvida företaget är vertikalt integrerat (exempelvis om och i vilken omfattning företaget, till skillnad från sina konkurrenter, har ett omfattande försäljnings- eller distributionsnät),
- f) huruvida företaget är verksamt på näraliggande marknader,
- g) huruvida företaget kontrollerar tillgången till infrastruktur (det vill säga sådan infrastruktur som även konkurrenterna är beroende av för att kunna bedriva verksamheten),
- h) huruvida marknaden varit föremål för omreglering (det vill säga när marknader genom omreglering öppnas för konkurrens har den tidigare monopolisten i allmänhet en stark ställning på marknaden jämfört med de nya företag som etablerar sig),

⁴⁶ Se t.ex. Tillkännagivande från kommissionen (97/C 372/03), p. 13 och 15-19; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 113.

⁴⁷ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 86.

⁴⁸ Se t.ex. mål T-321/05 *AstraZeneca*, p. 239 och 244; mål C-27/76 *United Brands*, p. 66 och 108-129; mål T-219/99 *British Airways*, p. 189-225; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 10 och 15.

⁴⁹ Relativ marknadsandel avser företagets marknadsandel i förhållande till dess konkurrenter på den relevanta marknaden, se t.ex. mål C-457/10 *AstraZeneca*, p. 177; mål T-219/99 *British Airways*, p. 209-219; mål C-27/76 *United Brands*, p. 110.

- i) förhandlingsstyrkan hos företagets kunder (kan exempelvis följa av kundernas kommersiella betydelse för det dominerande företaget eller deras förmåga att snabbt byta till konkurrerande leverantörer).⁵⁰

Marknadsandelar i (a) ovan och förekomsten och omfattningen av inträdeshinder i (b) ovan på den relevanta marknaden anses vara särskilt viktiga omständigheter vid dominansprövningen.⁵¹ När det gäller marknadsandelar beräknas dessa i regel på grundval av det aktuella företagets och av, var och en av, dess konkurrenters försäljning i värde och/eller volym av de relevanta produkterna i det relevanta området.⁵² Marknadsandelar utgör på så sätt en indikation på det berörda företagets [ekonomiska] styrkeposition på marknaden gentemot dess konkurrenter och kunder. En marknadsandel understigande trettio procent på den relevanta marknaden är i regel ett tydligt tecken på att det saknas en betydande marknadsmakt och utesluter således normalt att företag har en dominerande ställning. Marknadsandelar kan därför användas för att avgöra om en viss ifrågasatt åtgärd kräver en närmare bedömning eller om åtgärden kan anses tillåten eftersom det berörda företaget inte kan anses ha en dominerande ställning på marknaden.⁵³

I fråga om inträdesbarriärer har dessa en avgörande roll och förekomsten av dominans är i regel oförenligt med förekomsten av låga inträdeshinder. Låga inträdeshinder på den relevanta marknaden medför nämligen att potentiella konkurrenter kan inträda på marknaden eller faktiska konkurrenter kan expandera sin verksamhet och konkurrera om marknadsandelar. Ur konkurrenssynpunkt likställs etablerade företags inträde på nya marknader där de inte verkat tidigare med inträde av nya företag. Marknadsinträde, och även hot om inträde, minskar handlingsfriheten för ett redan etablerat företag och därmed dess marknadsinflytande.⁵⁴ Kommissionen uttalar att en expansion eller ett inträde dock måste vara av en sådan omfattning att det kan avskräcka eller hindra det redan etablerade företaget från att utöva en betydande marknadsmakt genom att försöka höja priserna. Dessutom måste det vara tillräckligt lönsamt för en faktisk konkurrent att expandera eller för en potentiell konkurrent att träda in på marknaden för att en expansion eller ett inträde ska anses troligt.⁵⁵ Faktorer som medför att etablering eller expansion på marknaden möjliggörs eller försvårars kan exempelvis utgöras av juridiska hinder, såsom tullavgifter eller kvoter, etablerings-, marknadsförings- och transportkostnader, tillgång till distributionskanaler,

⁵⁰ Se t.ex. Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 12 och 18; Karlsson & Östman (2014), s. 647; mål T-321/05 *AstraZeneca*, p. 242-286; mål C-85/76 *Hoffman-La Roche*, p. 39, 41 och 48; SOU 2004:131, s. 162-163.

⁵¹ Se t.ex. mål C-85/76 *Hoffman-La Roche*, p. 39 och 41; mål T-321/05 *AstraZeneca*, p. 242; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 149; Meddelande från Kommissionen (2009/C 45/02), p. 12.

⁵² Se t.ex. Tillkännagivande från kommissionen (97/C 372/03), p. 2 och 53-55.

⁵³ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 124 och 648-650; mål C-457/10 *AstraZeneca*, p. 177; Meddelande från Kommissionen (2009/C 45/02), p. 13-14; Prop. 1992/93:56, s. 86.

⁵⁴ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 652; Meddelande från Kommissionen (2009/C 45/02), p. 12 och 16.

⁵⁵ Se Meddelande från Kommissionen (2009/C 45/02), p. 16.

förekomsten av långfristiga avtal på marknaden, patent, marknadsspecifika krav på produkters utseende, märkning eller tekniska egenskaper, särskilda fördelar som det aktuella företaget har, till exempel skal- och stordriftsfördelar, och stora investeringskostnader som hindrar inträde eller expansion.⁵⁶

⁵⁶ Karlsson & Östman (2014), s. 653; Meddelande från Kommissionen (2009/C 45/02), p. 17; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 154.

3 Allmänt om förbudet mot missbruk av en dominerande ställning

3.1 Begreppsdefinition

EU-domstolen har uttalat att missbruk är ett objektiva begrepp som omfattar sådant beteende hos ett företag i dominerande ställning som, på en marknad där konkurrensen redan är försvagad till följd av företagets närvaro på marknaden, till skada för konsumenterna⁵⁷, ytterligare begränsar konkurrensen på marknaden eller förhindrar en ökad konkurrens genom användandet av andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer.⁵⁸ Domstolen har vidare uttalat, som beskrivits ovan, att dock inte all konkurrens med priser kan anses vara tillåten.⁵⁹ Dessutom framhåller domstolen att den omständigheten att en viss åtgärd utgör en defensiv reaktion legitimerar inte i sig åtgärden, utan åtgärden måste alltid falla inom pris- och prestationskonkurrens.⁶⁰ Normal pris- och prestationskonkurrens kan utgöras av en konkurrens med de varor och tjänster som företagen tillhandahåller på marknaden (till exempel högre kvalitet, bättre service) och genom fördelar såsom tillgång till information och kunnande, tillgång till avancerad teknik, högre effektivitet (till exempel i produktionen vilket leder till att företaget lyckas sänka sina kostnader) eller bättre förmåga att uppfatta eller förutse vad kunderna eller konsumenterna vill ha.⁶¹

I artikel 102 (2) FEUF ges följande uppräknning av förfaranden som utgör missbruk av en dominerande ställning:

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,*
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,*

⁵⁷ Se t.ex. Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 19, där Kommissionen uttalar att det dominerande företaget sannolikt har möjlighet att på ett lönsamt sätt höja priserna till skada för konsumenterna.

⁵⁸ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 24 och 27; mål C-457/10 P *AstraZeneca*, p. 74; mål 62/86 *AKZO*, p. 69; mål C-549/10 *Tomra*, p. 17; mål C-280/08 *Deutsche Telekom*, p. 174; mål C-322/81 *Michelin*, p. 70; mål C-552/03 *Unilever*, p. 129; mål C-202/07 *France Télécom*, p. 104; mål 85/76 *Hoffmann-La Roche*, p. 91.

⁵⁹ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 27; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 25; mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 106; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 176-177; mål C-62/86 *AKZO*, p. 70; mål C-457/10 P *AstraZeneca*, p. 75.

⁶⁰ Se t.ex. mål T-228/97 *Irish Sugar*, p. 187.

⁶¹ Se t.ex. SOU 2004:131, s. 162-163; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 1 och 6; Henriksson (2003), s. 60 och 70.

c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

EU-domstolen har emellertid slagit fast att denna förteckning inte är uttömmande exempel på förfaranden som utgör missbruk av en dominerande ställning. Förteckningen utesluter således inte att det finns andra typer av förfaranden som också strider mot förbudsbestämmelsen i artikel 102 FEUF.⁶²

3.2 Konkurrensbegränsande syfte

Artikel 102 FEUF innehåller inget uttryckligt krav på att ett dominerande företag ska ha vidtagit en viss åtgärd med ett konkurrensbegränsande syfte för att ett missbruk ska kunna konstateras.⁶³ Av EU-rättslig praxis framgår emellertid att ett företags avsikt med ett visst förfarande är en faktisk omständighet som kan beaktas, och som normalt beaktas, vid missbruksbedömningen.⁶⁴ Det är dock inte företags subjektiva avsikt⁶⁵ med en viss åtgärd som tillmäts betydelse, utan det objektiva syftet, det vill säga åtgärdens syfte som det framstår för en utomstående betraktare sett i sitt ekonomiska och rättsliga sammanhang.⁶⁶ Det dominerande företags uppsåt eller oaktsamhet saknar alltså betydelse för fastställande av missbruk.⁶⁷ EU-domstolen har i detta avseende slagit fast att det är nödvändigt att undersöka huruvida det ifrågasatta förfarandet syftar till att frånta eller inskränka köparen möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas inträde eller expansion på marknaden, att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel, eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen.⁶⁸ EU-domstolen har uttalat att frågan om huruvida

⁶² Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 26; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 173; mål C-95/04 P *British Airways*, p. 57.

⁶³ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 679. Jmfr. artikel 101 FEUF där det stadgas att ”Följande är [...] förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden [...] som har till syfte [...] att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen...”.

⁶⁴ Se t.ex. mål C-594/10 *Tomra*, p. 16-25.

⁶⁵ Omständigheter av subjektiv karaktär är exempelvis de motiv som ligger bakom ett dominerande företags affärsstrategi. Inom juridiken menar man med begreppet *subjektiv* vilket syfte en viss person hade då den gjorde något och term som uppsåt används och med begreppet *objektiv* menar man det faktiska handlandet som en utomstående betraktare kan beskriva, se t.ex. <https://lagen.nu/begrepp/Subjektiv> och <https://lagen.nu/begrepp/Objektiv>.

⁶⁶ Se t.ex. mål C-594/10 *Tomra*, p. 18-22 ; mål C-95/04 *British Airways*, p. 145; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 268; mål T-321/05 *AstraZeneca*, p. 356, 359-360, 365, 813 och 849. Se även Karlsson & Östman (2014), s. 680.

⁶⁷ Se t.ex. Henriksson (2003), s. 697.

⁶⁸ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 28 och 39-40; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 175, 177 och 199; mål C-62/86 *AKZO*, p. 70 och 72; mål C-202/07 P *France Télécom*, p.

ett företag har missbrukat sin dominerande ställning genom att vidta en viss åtgärd måste således avgöras efter en sammantagen bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.⁶⁹

3.3 Betydelsen av ekonomisk teori och konkurrensbegränsande effekt

Som nämnts ovan har en mer ekonomisk tolkning av artikel 102 FEUF utvecklats som en del av moderniseringen av EU:s konkurrensrätt det senaste decenniet. Ekonomisk teori och analys spelar således en stor roll i tillämpningen av artikel 102 FEUF, vilket kännetecknas av ett effektbaserat synsätt⁷⁰. Det effektbaserade tillvägagångssättet kräver en analys av de ekonomiska effekterna av ett visst beteende. Konkurrensbegränsande effekter måste bevisas i varje enskilt fall och inkludera en utvärdering av om effektivitetsvinster uppväger de negativa effekterna av beteendet (se nedan avsnitt 3.5) för att man ska kunna fastställa konkurrensskada och trolig skada för konsumenterna.⁷¹

Ganslandt anser att fördelen med att tillämpa ett effektbaserat synsätt är att metoden erkänner att olika typer av åtgärder eller förfaranden kan vara antingen konkurrensfrämjande eller konkurrensbegränsande. Effekterna beror på omständigheterna i det enskilda fallet. En ekonomisk tolkning av fakta och marknadsförutsättningar gör det möjligt att skilja användning från missbruk av marknadsstyrka genom att besvara frågan om huruvida det föreligger en konkurrensbegränsande effekt av det aktuella förfarandet.⁷²

Artikel 102 FEUF innehåller, till skillnad från artikel 101 FEUF, inte något uttryckligt krav på konkurrensbegränsande effekt för att bestämmelsen ska kunna tillämpas.⁷³ EU-domstolen har emellertid slagit fast en viss åtgärd måste ha en konkurrensbegränsande effekt på marknaden, vilken medför att en eller flera, faktiska (det vill säga redan verksamma på marknaden) eller potentiella (det vill säga ännu inte inträtt på marknaden) konkurrenter

106 och 107; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 25; mål C-322/81 *Michelin I*, p. 73; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 189; mål C-95/04 P *British Airways*, p. 67-68; mål C-594/10 *Tomra*, p. 71.

⁶⁹ Se t.ex. mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 26.

⁷⁰ Jmfr. med tidigare ett formbaserat synsätt, vilket kännetecknas av att vissa beteenden anses vara förbjudna i sig. I sådana fall är det inte nödvändigt att visa att ett visst beteende skadar eller kommer att skada konsumenterna för att kunna förbjuda beteendet, se t.ex. Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 43.

⁷¹ Se t.ex. Ganslandt (2006), s. 4-7; Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 43. Kommissionens diskussionsunderlag *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (2005) hittas på <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

⁷² Ganslandt (2006), s. 7.

⁷³ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 665. Jmfr. artikel 101 FEUF där det stadgas att ”Följande är [...] förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden [...] som har till [...] resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen...”.

utestängs genom att de tvingas att lämna marknaden eller att deras inträde eller expansion på marknaden motverkas, för att det ska vara fråga om missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Sådan effekt behöver dock inte vara konkret, utan det räcker med att det föreligger en potentiell konkurrensbegränsande effekt.⁷⁴ EU-domstolen uttalar att man måste göra en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet för att faställa att en viss åtgärd har eller kan ha en konkurrensbegränsande effekt.⁷⁵

Moderniseringen av EU:s konkurrenspolitik har också medfört att konkurrensreglerna syftar till att skydda en effektiv konkurrens och nyttan för konsumenterna (genom att konkurrensen inte hindras, begränsas eller snedvrids), inte konkurrenternas intressen.⁷⁶ Den positiva påverkan på konsumenterna kan till exempel bestå i följande:

- 1) *Valuta/värde för pengarna*: Konsumentnyttan ökar om priset på en produkt sänks samtidigt som kvaliteten inte försämras eller om kvaliteten på produkten höjs samtidigt som priset är oförändrat;
- 2) *Konsumenternas valmöjligheter*: Nyttan för konsumenterna ökar om konsumenterna kan välja mellan ett antal olika produkter på marknaden;
- 3) *Innovation*: Nyttan för konsumenterna ökar om nya produkter utvecklas som motsvarar konsumenternas efterfrågan.⁷⁷

3.4 Betydelsen av lika effektiv konkurrent inom missbruksbedömningen

EU-domstolen har slagit fast att utgångspunkten för bedömningen av huruvida ett visst förfarande faller utanför området för pris- och prestationskonkurrens och därmed utgör missbruk, är att förbudet i artikel 102 FEUF inte syftar till att säkerställa att faktiska eller potentiella konkurrenter som är mindre effektiva⁷⁸ än det företag som har en dominerande ställning på

⁷⁴ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 61-66 och 94; mål C-280/08 *Deutsche Telekom*, p. 178 och 250-254; mål C-457/10 *AstraZeneca*, p. 112; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 268; mål C-549/10 *P Tomra*, p. 68 och 79.

⁷⁵ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 68 och 76.

⁷⁶ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 22; mål C-280/08 *P Deutsche Telekom*, p. 180; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 5-6. Jmfr. med det tidigare syftet att skydda små och medelstora företag, se t.ex. Prop. 1992/93:56, s. 21-22.

⁷⁷ Se t.ex. *Etro & Kokkoris* (2010), s. 32; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 5 och 19.

⁷⁸ Effektivitet är ett begrepp inom ekonomi som beskriver hur väl en organisation kan omvandla resurser till produkter och tjänster. Begreppet effektivitet betyder *att göra rätt saker* vilket kan jämföras med produktivitet (inre effektivitet) som betyder *att göra saker rätt*. Den organisation som bara satsar på produktivitet riskerar att producera varor eller tjänster som det inte finns tillräcklig efterfrågan på. För organisationer som vill bli

marknaden inte utestängs från marknaden. Det är således inte alla verkningar av ett utestängande beteende som har en skadlig inverkan på konkurrensen. Syftet är, som nämnts ovan, att skydda en effektiv konkurrens⁷⁹, inte konkurrenterna. Det är endast förfaranden som leder till en utestängningseffekt för faktiska eller potentiella konkurrenter som är minst lika effektiva som det dominerande företaget som har en skadlig inverkan på konkurrensen. EU-domstolen uttalar att pris- och prestationskonkurrens kan per definition leda till att konkurrenter som är mindre effektiva än det företag som har en dominerande ställning, och således är mindre intressanta för konsumenterna vad exempelvis beträffar pris, urval, kvalitet och innovation, försvinner från eller får mindre betydelse på marknaden.⁸⁰

3.5 Ekonomiskt motiverat förfarande

Det finns inte något uttryckligt undantag från förbudet i artikel 102 FEUF på samma sätt som det finns för artikel 101 FEUF⁸¹ i artikel 101(3) FEUF. EU-domstolen har emellertid slagit fast att en viss åtgärd som har en konkret eller potentiell konkurrensbegränsande effekt inte omfattas av förbudsbestämmelsen i artikel 102 FEUF om åtgärden är ekonomiskt motiverad. Det aktuella dominerande företaget måste, för att rättfärdiga ett beteende som annars skulle utgöra missbruk, kunna visa att det aktuella förfarandet antingen (a) kan motiveras av objektivt godtagbara skäl⁸², vilka avgörs utifrån externa faktorer i förhållande till dominanten (det vill säga vara objektivt nödvändigt), eller (b) leder till betydande effektivitetsvinster⁸³ som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av åtgärden. EU-domstolen framhåller att huruvida en viss åtgärd är ekonomiskt motiverad måste visas i varje enskilt fall efter en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter.⁸⁴

långsiktigt framgångsrika måste även fungera effektivt, se t.ex.

<http://www.bokforingstips.se/artikel/ekonomistyrning/effektivitet.aspx>.

⁷⁹ Se t.ex. Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 28, där konkurrensverket framhåller att effektiva företags marknadsinträde och mindre effektiva företags marknadsutträde ökar produktiviteten, vilket är en viktig drivkraft för ekonomisk tillväxt.

⁸⁰ Se t.ex. mål C-209/10 *Post Danmark A/S*, p. 21-22 och 25. Se även Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 1, 6 och 23; Henriksson, s. 96.

⁸¹ Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag.

⁸² EU-domstolen har i detta sammanhang uttalat att den omständigheten att ett avtal har tillkommit på begäran av det dominerande företags avtalspart, eller med dennes uttryckliga samtycke, innebär inte ett objektivt godtagbart skäl, se t.ex. mål C-552/03 *Unilever*, p. 129; mål C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, p. 89.

⁸³ Icke uttömmande exempel på effektivitetsvinster är kostnadsbesparingar, innovation, forskning och utveckling, se t.ex. Ganslandt (2006), s. 13.

⁸⁴ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 28 och 75; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 40; mål C-457/10 *AstraZeneca*, p. 99; mål C-95/04 P *British Airways*, p. 69. Se även Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 28.

I fråga om effektivitetsvinster i (b) ovan, har EU-domstolen uttalat att det ska i det avseendet fastställas huruvida den utestängningseffekt som åtgärden ger upphov till, vilken är ofördelaktig för konkurrensen, kan motvägas eller rentav uppvägas av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten. Konsumentnyttan förefaller vara enklast att konstatera genom att den torde vara tydlig om, som beskrivits ovan, prisnivåer sjunker eller produkter förbättras i något avseende. Om åtgärdens utestängningseffekt saknar samband med fördelarna för marknaden och konsumenternas intressen eller om den går utöver vad som krävs för att uppnå dessa fördelar, ska åtgärden anses utgöra missbruk.⁸⁵ Kommissionen framhåller att det ankommer på det dominerande företaget att, med en tillräckligt stor sannolikhet och på grundval av kontrollerbara bevis, visa att följande kumulativa villkor är uppfyllda för att en viss åtgärd ska kunna anses vara ekonomiskt motiverad: (i) att de effektivitetsvinster som kan följa av företagets beteende neutraliserar de sannolika skadliga verkningarna på konkurrensen och konsumenternas intressen på de berörda marknaderna, (ii) att dessa effektivitetsvinster har uppnåtts eller sannolikt kan uppnås tack vare företagets beteende (till exempel tekniska förbättringar av produktkvaliteten eller minskade produktions- eller distributionskostnader), (iii) att beteendet är en nödvändig förutsättning för att effektivitetsvinsterna ska uppnås (det vill säga att det inte får finnas några mindre konkurrens-hämmande alternativ till beteendet som kan ge samma effektivitetsvinster) och (iv) att företaget inte eliminerar en effektiv konkurrens genom att undanröja alla eller nästan alla befintliga källor till faktisk eller potentiell konkurrens.⁸⁶ Kommissionen uttalar vidare att konkurrensen mellan företag är, som nämnts ovan, en nödvändig drivkraft för att åstadkomma ekonomisk effektivitet, däribland dynamiska effektivitetsvinster i form av innovation och statiska effektivitetsvinster i form av produktivitetssökning. Utan konkurrens har det dominerande företaget inte tillräckligt med incitament för att fortsätta att skapa och föra effektivitetsvinster vidare. Om det inte finns någon återstående konkurrens eller något förutsebart inträdeshot väger skyddet av konkurrensen och konkurrensutvecklingen tyngre än eventuella effektivitetsvinster. Kommissionen uttalar att ett utestängande beteende som upprätthåller, skapar eller stärker en marknadsställning som börjar närma sig en monopolställning i regel inte kan motiveras med att det också leder till effektivitetsvinster.⁸⁷

Av EU-rättslig praxis framgår att den omständigheten att ett dominerande företag blockerar en väsentlig del av marknaden kan inte rättfärdigas genom att det dominerande företaget visar att den konkurrensutsatta delen av marknaden fortfarande är tillräckligt stor för ett begränsat antal konkurrenter. Kunderna inom den blockerade delen av marknaden ska nämligen ha möjlighet att dra nytta av all den konkurrens som kan råda på

⁸⁵ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 76; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 41-42; mål C-95/04 P *British Airways*, p. 86. Se även Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 30-31.

⁸⁶ Se t.ex. mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 42; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 30-31.

⁸⁷ Se Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 30.

marknaden, och konkurrenterna ska kunna konkurrera med priser och prestationer på hela marknaden och inte endast på en del av den.⁸⁸ EU-domstolen har även uttalat att den omständigheten att ett avtal tillkommit på begäran av det dominerande företags avtalspart innebär inte ett objektivt godtagbart skäl.⁸⁹

⁸⁸ Se t.ex. mål C-549/10 *Tomra*, p. 40-42; Karlsson & Östman (2014), s. 666.

⁸⁹ Se t.ex. mål C-552/03 *Unilever*, p. 129; mål C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, p. 89.

4 Otillåten priskonkurrens

4.1 Utgångspunkt för otillåten priskonkurrens

Av EU-rättslig praxis framgår, som beskrivits ovan, att en åtgärd måste falla inom pris- och prestationskonkurrens för att vara tillåten i konkurrensrättsligt hänseende. Om ett dominerande företag vidtar en åtgärd som kan ses som normal pris- och prestationskonkurrens är det således i regel lagenligt, oavsett om beteendet riskerar att utestänga konkurrenter. Dock kan inte, som nämnts ovan, all priskonkurrens anses falla inom pris- och prestationskonkurrens.⁹⁰

Henriksson framhåller att prisvariationer tillhör en naturlig och nödvändig del av affärlivets vardag för att konkurrensen ska fungera. Om marknaden är koncentrerad, det vill säga om det finns ett företag med en dominerande ställning på marknaden, blir marknaden mer känslig för olika prisarrangemang som härrör från det dominerande företaget. Henriksson uttalar att dominerande företag på grund av sin marknadsställning har möjligheter att påverka strukturen på en marknad och företagets åtgärder kan medföra att konkurrensen allvarligt påverkas, till skada för konkurrenter och på sikt för slutkonsumenten. Företag i dominerande ställning har enligt Henriksson av denna anledning ett särskilt ansvar att inte störa den återstående konkurrensen på marknaden.⁹¹

EU-domstolen har uttalat att för att bedöma om en viss prissättning riskerar att utestänga lika effektiva faktiska eller potentiella konkurrenter bör man undersöka om det aktuella dominerande företaget har kostnadstäckning. Om dominanten har kostnadstäckning är det normalt fråga om pris- och prestationskonkurrens och inte ett utestängande missbruk. Hypotetiskt lika effektiva faktiska eller potentiella konkurrenter skulle nämligen i en sådan situation också ha kostnadstäckning och inte riskera att bli utestängda eftersom de skulle kunna konkurrera effektivt med dominantens prissättning. Det dominerande företags prissättning har därmed inte någon negativ inverkan på den effektiva konkurrensen, och därmed inte heller på konsumenterna. Att mindre effektiva konkurrenter kan få mindre betydelse på marknaden eller riskera att elimineras till följd av dominantens prissättning är, som beskrivits ovan, inte ett konkurrensproblem.⁹² EU-domstolen framhåller att företag i dominerande ställning således missbrukar sin dominerande ställning när de tillämpar en prispolitik som syftar till att

⁹⁰ Se t.ex. mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 177; mål C-62/86 *AKZO*, p. 70; mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 106; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 25. Se även Karlsson & Östman (2014), s. 684.

⁹¹ Henriksson (2003), s. 696.

⁹² Se t.ex. mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 36; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 27; Karlsson & Östman (2014), s. 670-671 och 699.

tränga ut sådana konkurrenter från marknaden som är lika effektiva som det dominerande företaget, men som inte kan möta den konkurrens de utsätts för på grund av att deras finansiella kapacitet är lägre.⁹³

EU-domstolen har slagit fast att bedömningen av frågan om huruvida en prissättning som tillämpas av ett företag i dominerande ställning har kostnadstäckning, ska baseras på de kostnader som företaget självt har haft och på företagets strategi, det vill säga i vilken mån det berörda företagets pris är baserat på dess kostnader och dess strategi.⁹⁴ Den omständigheten att dominantens egna kostnader beaktas gör det möjligt för företaget att, med beaktande av det särskilda ansvar som åligger det enligt artikel 102 FEUF, bedöma huruvida dess prissättning är lagenlig, vilket är i linje med den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Företag har, eller förutsätts i varje fall ha, kännedom om sina egna kostnader och priser.⁹⁵ Karlsson uttalar att den omständigheten att prövningen baseras på dominantens kostnader innebär också att den fokuserar på faktiska eller potentiella konkurrenter som är lika effektiva som det dominerande företaget.⁹⁶

4.2 Underprissättning

4.2.1 Allmänt

Med underprissättning avses att ett dominerande företag sänker priset på en viss produkt, och på så sätt på kort sikt avsiktligt ådrar sig förluster eller avstår vinster, med målsättningen att tvinga existerande konkurrenter att lämna marknaden eller för att motverka ett marknadsinträde. Underprissättning kan således beskrivas som en prissättning som ligger under vad företaget normalt skulle behöva för kostnadstäckning och vinst.⁹⁷ Karlsson framhåller att en sådan kostnadsbaserad metod är det normala tillvägagångssättet för att undersöka ett påstått fall av underprissättning.⁹⁸ Henriksson framhåller att underprissättning förekommer bevisligen i affärlivet och är därför ett problem som måste tas på allvar.⁹⁹

Henriksson framhåller att priset på en effektiv marknad är, om man följer ett ekonomiskt resonemang, alltid lika med marginalkostnaden. Teoretiskt kan detta sägas utgöra ett normalt marknadspris. Ett dominerande företag

⁹³ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 40; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 199; mål C-62/86 *AKZO*, p. 72.

⁹⁴ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 41; mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 108; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 190; mål C-280/08 *Deutsche Telekom*, p. 198; mål C-62/86 *AKZO*, p. 74. Se även Karlsson & Östman (2014), s. 727-728.

⁹⁵ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 44; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 192; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 202; Karlsson & Östman (2014), s. 670-671 och 728.

⁹⁶ Karlsson & Östman (2014), s. 728.

⁹⁷ Se t.ex. Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 63-74; Karlsson & Östman (2014), s. 696-697.

⁹⁸ Karlsson & Östman (2014), s. 698.

⁹⁹ Henriksson (2003), s. 61.

kommer aldrig kunna återhämta de förluster eller uteblivna vinster som ett underprissättningsförfarande för med sig så länge som företaget, när förfarandet avslutats, går tillbaka till det normala marknadspriset.¹⁰⁰ Genom att utnyttja den stärkta marknadsmakt som följer av att konkurrenter lämnat marknaden eller avstått från att inträda på den, kan dominanten höja sina priser över den nivå som råder vid en effektiv konkurrens. På så sätt kan företaget, genom de merintäkter som långsiktigt erhålls via höjda priser, återhämta de förluster som det ådragit sig. Det är således när dominanten ska återhämta de förluster som det har ådragit sig genom underprissättningsförfarandet som den skadliga effekten på marknaden uppkommer.¹⁰¹ EU-domstolen har emellertid slagit fast att det inte är nödvändigt att visa att det är möjligt för det dominerande företaget att återhämta sådana förluster för att kunna slå fast att företagets prispolitik utgör missbruk.¹⁰²

Kommissionen framhåller att i allmänhet anses det osannolikt att underprissättning kan visas leda till sådana effektivitetsvinster som beskrivits ovan i avsnitt 3.5.¹⁰³

4.2.2 Förutsättningar för otillåten underprissättning

EU-domstolen har slagit fast att ett underprissättningsförfarande utgör i regel otillåten priskonkurrens om det pris som det dominerande företaget tillämpar antingen (i) är lägre än företaget genomsnittliga rörliga kostnader¹⁰⁴ eller (ii) är lägre än företaget genomsnittliga totala kostnader¹⁰⁵ men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna och utgör ett led i en plan som syftar till att eliminera en eller flera konkurrenter. Sådan prissättning som i (i) och (ii) kan nämligen medföra en utestängningseffekt för faktiska eller potentiella konkurrenter som är minst lika effektiva som det dominerande företaget, men som inte kan möta den konkurrens de

¹⁰⁰ Henriksson (2003), s. 59-60.

¹⁰¹ Se t.ex. Henriksson (2003), s. 60; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 70; Karlsson & Östman (2014), s. 697 och 699.

¹⁰² Se t ex mål C-202/07 P *France Télécom*, p 110. Se även Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 71. Om man jämför med amerikansk konkurrensrätt, framgår det av praxis från United States Supreme Court att möjlighet till återhämtning, genom en höjning av priserna, av de förluster som uppkommer genom ett underprissättningsförfarande krävs för att den aktuella prissättningen ska kunna anses stå i strid med antitrustlagstiftningen, se t.ex. mål *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), s 224-226); Etro & Kokkoris (2010), s. 34; Henriksson (2003), s. 107-108.

¹⁰³ Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 74.

¹⁰⁴ De kostnader som varierar i förhållande till den producerade mängden, t.ex. insatsmaterial, produktionspersonal, bränsle, se t.ex. mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 27; Henriksson (2003), s. 145.

¹⁰⁵ Genomsnittet av ett företags samtliga (rörliga och fasta) kostnader för att producera en viss produkt, se t.ex. Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 26.

utsätts för på grund av att deras finansiella kapacitet är lägre (det vill säga deras ekonomiska styrka är mindre).¹⁰⁶

Av EU-rättslig praxis framgår att en prissättning som i (i) ovan i princip ska betraktas som missbruk, eftersom ett företag i dominerande ställning inte kan antas ha något annat ekonomiskt syfte med tillämpningen av sådana priser än att eliminera sina konkurrenter så att det sedan kan höja sina priser genom att utnyttja sin marknadsmakt. Varje försäljning (det vill säga varje enhet som produceras och säljs) till ett pris under de genomsnittliga rörliga kostnaderna ger nämligen upphov till en förlust, nämligen samtliga fasta kostnader¹⁰⁷ och åtminstone en del av de rörliga kostnaderna per producerad enhet. Om det dominerande företaget tillämpar priser som inte ger full täckning för rörliga kostnader, kommer det negativa täckningsbidraget inte heller att kunna täcka någon del av de fasta kostnaderna.¹⁰⁸ Kommissionen uttalar att om det dominerande företaget inte kan täcka den genomsnittliga rörliga kostnaden visar det att företaget på kort sikt offerar vinster och att en lika effektiv konkurrent inte kan leverera till de aktuella kunderna utan att drabbas av förlust.¹⁰⁹

EU-domstolen har uttalat att en prispolitik som i (ii) ovan innebär att det dominerande företaget inte får täckning för sina genomsnittliga totala kostnader för att tillhandahålla produkten i fråga. Sådan prissättning tyder på att företaget inte återvinner alla (hänförbara) fasta kostnader för att producera varan eller tjänsten i fråga. Varje försäljning ger här jämfört med (i) ovan däremot ett bidrag till att täcka de fasta kostnaderna. Sådan prissättning ska dock endast betraktas som missbruk när den fastställs syfta till att eliminera en eller flera, faktiska eller potentiella lika effektiva konkurrenter, det vill säga underprissättningsförfarandet har inte någon objektivt försvarbar förklaring. Även dominerande företag kan nämligen ha rationella skäl för en sådan prissättning, varför det krävs ytterligare omständigheter för att en sådan prissättning ska utgöra missbruk.¹¹⁰ I svensk rätt har Marknadsdomstolen uttalat att för att en sådan prissättning ska utgöra missbruk ska det inte ha framkommit något som tyder på att den tillämpade prissättningen skulle ha varit ägnad att tillgodose något legitimt affärsmässigt intresse eller syftat till annat än att eliminera eller allvarligt

¹⁰⁶ Se t.ex. mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 106-107 och 109; mål C-62/86 *AKZO*, p. 70-72; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 25 och 27; mål T-203/01 *Michelin II*, p. 242; mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 28 och 39-40; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 175, 177 och 199; mål C-322/81 *Michelin I*, p. 73; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 189; mål C-95/04 P *British Airways*, p. 67-68.

¹⁰⁷ De kostnader som är konstanta oavsett vilka kvantiteter som produceras, t.ex. ledningskostnader, byggnader, fastighetsskatt, se t.ex. Henriksson (2003), s. 145.

¹⁰⁸ Se t.ex. mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 109; mål C-62/86 *AKZO*, p. 71; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 27; mål T-203/01 *Michelin II*, p. 242; Karlsson & Östman (2014), s. 699; Henriksson (2003), s. 71-74.

¹⁰⁹ Se Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 25-26.

¹¹⁰ Se t.ex. mål C-202/07 P *France Télécom*, p. 109; mål C-62/86 *AKZO*, p. 72, 76-82, 102, 108, 115, 131-140 och 146; mål C-209/10 *Post Danmark*, p. 27; mål T-203/01 *Michelin II*, p. 242; Karlsson & Östman (2014), s. 699; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 25-26 och 66; mål T-340/03 *France Télécom*, p. 197-215; Henriksson (2003), s. 91-92.

försvaga konkurrenterna.¹¹¹ Karlsson framhåller att vid marknadsintroduktion av nya produkter och i samband med olika former av kampanjer kan tillfälliga generella prissänkningar, i syfte att skapa uppmärksamhet kring produkten, således vara tillåtna även om priserna inte ger kostnadstäckning.¹¹²

4.3 Rabattsystem

4.3.1 Allmänt

Rabatter är ett normalt inslag i de flesta affärsförbindelser. EU-domstolen har slagit fast att frågan om huruvida ett rabattsystem som tillämpas av ett företag i dominerande ställning är förenligt med artikel 102 FEUF måste avgöras efter en helhetsbedömning av de relevanta omständigheterna i det enskilda fallet. Det är nödvändigt att bedöma kriterierna och reglerna för beviljandet av den aktuella rabatten genom att undersöka om rabatten utgör en förmån som inte baseras på någon ekonomisk motprestation som berättigar den och som därmed är ägnad att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra eller försvåra faktiska konkurrenters expansion på marknaden eller potentiella konkurrenters inträde på den, eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen.¹¹³

Begreppet ekonomiskt motiverad motprestation kan beskrivas som att rabatten måste vara knuten till objektiva ekonomiska faktorer och inte vara beroende av en subjektiv bedömning hos det dominerande företaget av huruvida villkoren för rabatten har uppnåtts.¹¹⁴ Av EU-rättslig praxis framgår att system med volymrabatter (även kvantitetsrabatter) i allmänhet utgör en förmån som baseras på en ekonomisk motprestation och är sålunda normalt tillåtna. Volymrabatter återspeglar nämligen principen om pris efter prestation. Sådana rabatter är uteslutande kopplade till inköpsvolymen genom att de varierar med orderstorleken och är anpassade till faktiska, konstaterade skillnader i kundernas sätt att köpa, det vill säga rabatten ökar med inköpsvolymen. Volymrabatter anses således återspegla de [förmodade] effektivitetsvinster och stordriftsfördelar som dominanten kan få, exempelvis inbesparingar i produktionskostnader, och som kunderna kan få del av genom fördelaktigare pris. System med volymrabatter leder alltså till att en kund vid köp av vissa givna mängder får ett proportionellt större genomsnittligt rabattbelopp än andra kunder som svarar för lägre inköps-

¹¹¹ Se mål MD 2000:2 *BK Tåg*, s. 28.

¹¹² Karlsson & Östman (2014), s. 699.

¹¹³ Se t.ex. mål C-549/10 *Tomra*, p. 71; mål C-95/04 *British Airways*, p. 67-68 och 86; mål C-322/81 *Michelin I*, p. 73; mål T-203/01 *Michelin II*, p. 60; Karlsson & Östman (2014), s. 735-736.

¹¹⁴ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 737.

volymer.¹¹⁵ Kommissionen uttalar att det är mer sannolikt att uppnå transaktionsrelaterade kostnadsfördelar som förs vidare till kunderna med standardiserade volymbaserade mål än med individuella kvantitetsmål.¹¹⁶

4.3.2 Allmänt om otillåtna lojalitetsrabatter

Av EU-rättslig praxis framgår att rabatter som ges till kunder i utbyte mot att kunden åtar sig att göra alla eller i princip alla sina inköp av en viss produkt från det dominerande företaget, s.k. lojalitetsrabatter (även trohetsrabatter), utgör missbruk.¹¹⁷ Lojalitetsrabatter ges nämligen för att belöna kunderna för en viss form av köpbeteende och baseras således uteslutande på kundens lojalitet gentemot det dominerande företaget och inte på någon ekonomisk motprestation som ges till följd av kostnadsbesparingar eller liknande effektivitetsrelaterade argument som motiverar en sådan förmån. Kunderna hindras att, vid varje tidpunkt och mot bakgrund av situationen på marknaden, fritt kunna välja det mest förmånliga erbjudandet från olika konkurrenter och byta till annan leverantör än det dominerande företaget utan kännbar ekonomisk nackdel eftersom kunden förlorar rabatten. Sådant rabattsystem begränsar därmed kundernas möjlighet att välja sina inköpskällor och försvårar konkurrenternas tillträde till marknaden.¹¹⁸ EU-domstolen uttalar att incitamentet att göra alla eller nästan alla sina inköp hos det aktuella dominerande företaget är särskilt starkt när de inköps-trösklar som dominanten tillämpar kombineras med ett system där uppnåendet av en rabatt eller en fördelaktigare rabattröskel gynnar alla inköp som kunden gör under en viss bestämd referensperiod (s.k. retroaktiva rabatter) och inte bara den inköpsvolym som överstiger den aktuella tröskeln (s.k. inkrementella rabatter).¹¹⁹

Ett dominerande företag kan också genom att tillämpa ett system med lojalitetsrabatter använda den del av varje kunds efterfrågan som inte är öppen för konkurrens (det vill säga den mängd som kunden under alla omständigheter skulle köpa av det dominerande företaget) som hävstångseffekt för att sänka priset för kunden för den del av efterfrågan som är öppen

¹¹⁵ Se t.ex. mål T-203/01 *Michelin II*, p. 58-59, 73, 95, 107-109 och 160; mål C-163/99 *Portugal*, p. 51; mål T-219/99 *British Airways*, p. 246 - 247. Se även Karlsson & Östman (2014), s. 736-737 och 739.

¹¹⁶ Se Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 46. Se även mål C-549/10 P *Tomra*, p. 75, där EU-domstolen uttalar att ett individuellt rabattsystem för varje kund, vilket kombineras med trösklar som fastställs på grundval av kundens beräknade behov och/eller tidigare inköpsvolym, utgör ett starkt incitament att göra alla eller nästan alla inköp hos det dominerande företaget och det ökar artificiellt kostnaderna för att byta till en annan leverantör, även för ett litet antal enheter.

¹¹⁷ Se t.ex. mål T-203/01 *Michelin II*, p. 56 och 96; mål C-322/81 *Michelin I*, p. 71; mål C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, p. 89; mål C-393/92 *Gemeente Almelo*, p. 44; mål C-62/86 *AKZO*, p. 149.

¹¹⁸ Se t.ex. mål C-322/81 *Michelin I*, p. 71 och 85; mål T-203/01 *Michelin II*, p. 56; mål C-85/76 *Hoffman-La Roche*, p. 89-90.

¹¹⁹ Se t.ex. mål C-549/10 P *Tomra*, p. 75; Karlsson & Östman (2014), s. 741; Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 37.

för konkurrens (det vill säga den mängd för vilken kunden kanske föredrar och kan hitta alternativ) och på så sätt tränga ut konkurrenter.¹²⁰

EU-domstolen uttalar att det inte är nödvändigt att pröva frågan om huruvida det aktuella dominerande företaget har kostandstäckning, eftersom ett missbruk fastställs på grundval av ovan nämnda omständigheter.¹²¹ Henriksson uttrycker detta som att utestängning av konkurrenter även kan åstadkommas genom att kunder stängs inne i ett affärsförhållande.¹²²

4.4 Marginalpress

4.4.1 Inledning och begreppsdefinition

Fråga om marginalpress (även marginalklämning) kan typiskt sett uppkomma när ett vertikalt integrerat företag tillhandahåller en insatsvara eller en grossisttjänst (härefter gemensamt *grossistprodukt*) till företag som konkurrerar eller vill konkurrera med det vertikalt integrerade företaget om leveranser av varor eller tjänster (härefter gemensamt *produkter*) till kunder på en slutkundsmarknad.¹²³ Det är ofta fråga om avreglerade marknader, såsom telekommunikation. Exempelvis Telia Sonera tillhandahöll under 2000-talets första år bredbandsanslutning direkt till slutkunderna samtidigt som företaget erbjöd andra operatörer på grossistmarknaden tillträde till accessnätet genom en särskild återförsäljarprodukt för ADSL. Denna produkt gjorde det möjligt för dessa operatörer att jämte Telia Sonera tillhandahålla bredbandsanslutning till slutkunder.¹²⁴

Av EU-domstolens förhandsavgörande i *Telia Sonera*¹²⁵ framgår att det kan vara fråga om marginalpress om skillnaden (marginalen) mellan priset för en grossistprodukt och priset på slutkundsmarknaden antingen är:

- 1) negativ, det vill säga priset på grossistprodukten är högre än priset på slutkundsmarknaden; eller
- 2) otillräcklig för att täcka de kostnader som är specifikt hänförliga till grossistprodukten och som är nödvändiga för att det vertikalt integrerade företaget ska kunna leverera sina egna produkter till kunderna på slutkundsmarknaden.¹²⁶ Karlsson uttrycker denna definition som att när marginalen mellan det vertikalt integrerade företagens slutkundspris (P_S) och grossistpris (P_G) understiger dess

¹²⁰ Se t.ex. Meddelande från kommissionen (2009/C 45/02), p. 39-40; mål C-549/10 P *Tomra*, p. 78-79; Karlsson & Östman (2014), s. 742.

¹²¹ Se t.ex. mål C-549/10 P *Tomra*, p. 80; Karlsson & Östman (2014), s. 742.

¹²² Henriksson (2003), s. 695.

¹²³ Se t.ex. Karlsson & Östman (2014), s. 723-724.

¹²⁴ Se t.ex. mål MD 2013:5 *TeliaSonera*, p. 298 och 305; mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 5-7.

¹²⁵ Mål C-52/09 *TeliaSonera*.

¹²⁶ Mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 32; Karlsson & Östman (2014), s. 724 och 727.

egna tillkommande kostnader i slutkunds-/detaljstledet, (C_D), $P_S - P_G < C_D$.¹²⁷

Av EU-rättslig praxis framgår att frågan om huruvida otillåten marginalpress föreligger i den mening som avses i artikel 102 FEUF har samband med själva förekomsten av en skillnad (marginal) mellan det vertikalt integrerade företags pris för grossistprodukten och priset på slutkundsmarknaden, och inte med den exakta marginalen. Det är därför inte nödvändigt att fastställa att priset för grossistprodukten eller priset på slutkundsmarknaden i sig utgör missbruk på grund av att dessa priser innebär överprissättning¹²⁸ eller underprissättning¹²⁹ i konkurrensbegränsande syfte.¹³⁰ Huruvida en prissättning som leder till marginalpress innebär förluster för det dominerande företaget eller inte är liksom möjligheten för företaget att vinna tillbaka eventuella förluster inte heller relevant för frågan om den aktuella prissättningen utgör missbruk.¹³¹ Vidare framgår att marginalpress utgör i sig en självständig form av missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF som skiljer sig från så kallad leveransvägran, med hänsyn till den utestängningseffekt den kan ha för faktiska eller potentiella lika effektiva konkurrenter. Avsaknaden av en regulatorisk skyldighet att tillhandahålla grossistprodukten på grossistmarknaden (s.k. leveransplikt) påverkar därmed inte bedömningen av huruvida prissättningen utgör marginalpress och kriterierna för leveransvägran behöver inte vara uppfyllda.¹³²

4.4.2 Förutsättningar för otillåten marginalpress

EU-domstolen har slagit fast att för att det ska vara fråga om otillåten marginalpress måste det vertikalt integrerade företaget ha en dominerande ställning på den relevanta grossistmarknaden. Dominerande ställning på detaljist-/slutkundsmarknaden krävs dock inte.¹³³

Den konkurrensbegränsande effekten av ett vertikalt integrerat dominerande företags prissättning som leder till marginalpress hänför sig till att faktiska eller potentiella lika effektiva konkurrenter inte kan konkurrera med det

¹²⁷ Se t.ex. Karlsson (2013), s 6-7.

¹²⁸ Överprissättning behandlas inte i detta arbete då det utgör en form av exploaterande missbruk, men definieras allmänt som att dominanten tillämpar ett alltför högt pris, vilket inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på den transaktion som genomförts, se t.ex. mål C-27/76 *United Brands*, p. 250.

¹²⁹ Se ovan avsnitt 4.2.

¹³⁰ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 34 och 98; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 186-187; mål C-280/08P *Deutsche Telekom*, p. 167 och 183.

¹³¹ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 99-103.

¹³² Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 31 och 48-59; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 183; mål T-336/07 *Telefónica*, p. 180-181. Jmfr. med amerikansk konkurrensrätt där en prissättning som leder till marginalpress i avsaknad av leveransplikt inte utgör en självständig överträdelse, utan i sådant fall bedöms som en fråga om överprissättning eller underprissättning, se t.ex. Karlsson (2013), s. 48.

¹³³ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 89.

dominerande företaget på slutkundsmarknaden om leveranser av produkter till slutkunderna utan att riskera att göra förlust eller, i vart fall, drabbas av minskad lönsamhet. Sådan prissättning kan endast förklaras med det dominerande företagens avsikt att förhindra en utveckling av konkurrensen på slutkundsmarknaden, genom att försvåra eller omöjliggöra lika effektiva konkurrenters inträde på slutkundsmarknaden eller expansion av sin verksamhet på den, eller att stärka, eller till och med skapa en dominerande ställning på denna marknad med andra medel än sina egna priser och prestationer.¹³⁴ Grossistprodukten måste inte vara outhärlig eller nödvändig för att kunna leverera detaljistprodukten för att det ska kunna vara fråga om otillåten marginalpress.¹³⁵

Huruvida de konkurrenter som riskerar att utestängas genom det aktuella dominerande företagens prissättning som leder till marginalpress kan betraktas som minst lika effektiva som dominanten eller inte måste bedömas utifrån om dominanten med lönsamhet hade kunnat erbjuda sina produkter på slutkundsmarknaden om företaget hade varit tvunget att betala det pris för grossistprodukten som det tillämpade på grossistmarknaden. Med andra ord ska bedömningen baseras på huruvida det dominerande företaget skulle ha varit tillräckligt effektivt för att kunna erbjuda sina slutkundsprodukter utan att göra förlust, om det hade varit tvunget att betala sina egna grossistpriser för grossistprodukterna. Om det dominerande företaget inte hade kunnat erbjuda sina slutkundsprodukter utan att göra förlust, betyder detta att de konkurrenter som riskerar att utestängas inte kan betraktas som mindre effektiva än dominanten.¹³⁶

EU-domstolen uttalar i förhandsavgörandet i *Telia Sonera*¹³⁷ att för att skillnaden (marginalen) mellan priset för grossistprodukten och priset på slutkundsmarknaden ska anses leda till en marginalpress gentemot det dominerande företagens konkurrenter ska priserna på de produkter som levereras till konkurrenter, vilka är jämförbara med de produkter som dominanten själv utnyttjar för att vara verksam på detaljistmarknaden, beaktas, liksom priserna på jämförbara produkter på detaljistmarknaden som

¹³⁴ Se t.ex. mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 234 och 252-253; mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 32-33, 62-63, 70, 73-74 och 88. Se även mål C-52/09 *TeliaSonera* p. 85-87 och 89; mål C-333/94 *Tetra Pak*, p. 25, 27 och 31, där EU-domstolen i båda målen slagit fast att tillämpningen av artikel 102 FEUF förutsätter att det finns ett samband mellan den dominerande ställningen och det beteende som påstås utgöra missbruk. Sådant samband föreligger normalt inte när en åtgärd vidtas och har konkurrensbegränsande effekter på en annan marknad än den marknad på vilken det berörda företaget har en dominerande ställning. I fråga om skilda marknader kan särskilda omständigheter motivera att artikel 102 FEUF tillämpas på en sådan åtgärd om det finns ett nära samband mellan den marknad där företaget inte har en dominerande ställning och den marknad där företaget har en dominerande ställning. Sådana särskilda omständigheter kan anses föreligga när ett vertikalt integrerat företag, som har en dominerande ställning på en marknad i föregående led, tillämpar ett beteende som syftar till att stänga ute konkurrenter på en närliggande marknad i efterföljande led.

¹³⁵ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera* p. 72.

¹³⁶ Se t.ex. mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 42-43; mål C-280/08 P *Deutsche Telekom*, p. 201; Karlsson & Östman (2014), s. 730.

¹³⁷ Mål C-52/09 *TeliaSonera*.

tillhandahålls slutkunderna av dominanten och dess konkurrenter. Jämförelsen ska vidare avse de priser som dominanten och dess konkurrenter faktiskt har tillämpat, och under samma tidsperiod.¹³⁸ Beträffande jämförbarheten framgår av rättspraxis att de produkter som levereras till konkurrenter ska vara jämförbara med de produkter som det dominerande företaget själv utnyttjat för att få tillträde till detaljistmarknaden på ett sådant sätt att de uppvisar samma, eller åtminstone liknande, tekniska särdrag och möjliggör tillhandahållandet av samma eller liknande produkter.¹³⁹ Karlsson uttalar att det relevanta priset, när det gäller grossistprodukten, är det faktiska pris som det dominerande företaget tillämpar för att tillhandahålla grossistprodukten. Uttrycket faktiskt tillämpade priser innebär att de priser som avses är sådana som avtalats eller på annat sätt av marknaden i praktiken kan uppfattas som ett bindande besked om ett visst pris, till exempel prisindikationer, offerter och prislister.¹⁴⁰ När det gäller priset på slutkundsmarknaden framhåller Karlsson att det under alla förhållanden är viktigt att jämförelsen avser de priser som dominanten faktiskt tillämpat på slutkundsmarknaden. Det är skillnaden (marginalen) mellan det pris som dominanten tillämpat för att ingå avtal om grossistprodukten, och det verkliga priset på slutkundsmarknaden, som en lika effektiv faktisk eller potentiell konkurrent har att förhålla sig till och som bildar utgångspunkt för bedömningen av förekomsten av marginalpress.¹⁴¹

¹³⁸ Mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 35.

¹³⁹ Se t.ex. MD 2013:5 *TeliaSonera*, p. 232-233.

¹⁴⁰ Karlsson & Östman (2014), s. 727. Se även MD 2013:5 *TeliaSonera*, p. 241.

¹⁴¹ Karlsson & Östman (2014), s. 727. Se även mål C-52/09 *TeliaSonera*, p. 46, där EU-domstolen uttalar att vid prövningen av huruvida en prissättning som leder till marginalpress utgör missbruk ska i princip och i första hand det berörda företags priser och kostnader på detaljistmarknaden beaktas.

5 Allmänt om monopoliseringsförbudet i amerikansk konkurrensrätt

5.1 Inledning

Section 2, Sherman Act (15 U.S. Code § 2) från 1890 är den federala lag som förbjuder försök att upprätthålla, stärka eller skapa en monopolställning och missbruk av monopolställning genom konkurrensbegränsande beteende, det så kallade monopoliseringsförbudet.¹⁴² I Section 2, Sherman Act stadgas följande:

”Every person who shall monopolize or attempt to monopolize [...] any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...”

United States Department of Justice (USA:s justitieministerium, herefter USDJ) publicerade den 8 september 2008 en rapport om tillämpningen av Section 2, Sherman Act. Rapporten kritiserades dock för att ge uttryck för en avsedd mer begränsad tillämpning av Section 2, Sherman Act, och återkallades därför med omedelbar verkan av USDJ redan den 11 maj 2009. USDJ klargjorde i samband med återkallelsen att myndigheten kommer att aktivt driva ärenden mot företag som utnyttjar sin marknadsmakt för att hindra konkurrensen på den amerikanska marknaden och därmed skada konsumenterna.¹⁴³ Karlsson uttalar att även för EU:s konkurrenspolitik gäller att någon mer restriktiv tolkning av förbudet i artikel 102 FEUF inte kan skönjas, utan att utvecklingen snarare pekar i motsatt riktning.¹⁴⁴

Adkinson framhåller att begreppet *monopolize* (svensk översättning: monopolisera) är det centrala förbudet i Section 2, Sherman Act.¹⁴⁵ Det är i sig inte olagligt för ett företag att ha en monopolistisk maktposition på marknaden, utan förbudet i Section 2, Sherman Act riktar sig mot företags ensidiga förfaranden som är ägnade att begränsa konkurrensen genom att utestänga konkurrenter och därigenom stärka den monopolistiska maktpositionen.¹⁴⁶ Section 2, Sherman Act syftar primärt till att förhindra skada på konkurrensen genom att konkurrenter utestängs från marknaden. Dock ger bestämmelsen ingen närmare vägledning om gränsdragningen mellan

¹⁴² Se t.ex. SOU 2006:99, s. 233; Adkinson, Grimm & Bryan (2008), s. 1.

¹⁴³ Se United States Department of Justice hemsida med hänvisning till den rapport som publicerades den 8 september 2008, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act 2008*, hämtas från <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>

¹⁴⁴ Karlsson & Östman (2014), s. 640.

¹⁴⁵ Adkinson, Grimm & Bryan (2008), s. 4.

¹⁴⁶ Se t.ex. Adkinson, Grimm & Bryan (2008), s. 3.

förfaranden som kan ses som ett naturligt uttryck för konkurrensen och förfaranden som utgör ett skadligt utnyttjande av marknadsstyrka, här är istället rättspraxis ledande.¹⁴⁷

En viktig princip som ligger till grund för domstolarnas tillämpning av Section 2, Sherman Act är att företag som innehar en monopolistisk maktposition tillåts, såsom vilket annat företag, att konkurrera på marknaden. Ekonomi spelar en central roll i den moderna amerikanska konkurrenspolitiken. Adkinson framhåller att en av de mest grundläggande principerna i modern amerikansk rättspraxis är att de amerikanska antitrustlagarna syftar till att skydda konkurrensen och därmed nyttan för konsumenterna, inte konkurrenterna (jämför med det tidigare syftet att skydda konkurrenter, särskilt små företag). Man ser därmed uteslutande till de ekonomiska effekterna av ett visst förfarande (s.k. *economic approach*).¹⁴⁸ Ekonomisk tolkning av Section 2, Sherman Act innebär att för att bedöma huruvida ett visst förfarande har en negativ inverkan på konkurrensen och nyttan för konsumenterna, analyserar man huruvida det finns en faktisk eller potentiell konkurrensbegränsande effekt av det berörda dominerande företagets beteende (s.k. *effects-based approach*).¹⁴⁹ United States Supreme Court har uttalat följande om att Section 2, Sherman Act endast riktar sig mot sådana beteenden som har en negativ inverkan på konkurrensen:

*”The purpose of the Act is not to protect businesses from the working of the market; it is to protect the public from the failure of the market. The law directs itself not against conduct which is competitive, even severely so, but against conduct which unfairly tends to destroy competition itself. It does so not out of solicitude for private concerns but out of concern for the public interest. Thus, this Court and other courts have been careful to avoid constructions of § 2 which might chill competition, rather than foster it.”*¹⁵⁰

Adkinson framhåller att genom att skydda konkurrensen kommer kvaliteten på produkter att höjas och priset bli lägre, vilket kommer konsumenterna tillgodo. I den moderna amerikanska konkurrenspolitiken framhålls att den främsta källan till ekonomisk tillväxt är att fördela resurserna på ett effektivt sätt och att stimulera innovation. Inom ekonomin anses innovation vara ett lika viktigt konkurrensmedel som priset. En effektiv konkurrens framkallar risktagande hos företag vilket i sin tur skapar innovationer och ekonomisk tillväxt.¹⁵¹

USA är medlem av OECD¹⁵².¹⁵³ OECD uttalar att de amerikanska domstolarna ofta använder sig av uttrycket *competition on the merits* (pris-

¹⁴⁷ Se t.ex. Adkinson, Grimm & Bryan (2008), s. 16.

¹⁴⁸ Adkinson, Grimm & Bryan (2008), s. 18-20.

¹⁴⁹ Se t.ex. Ganslandt (2206), s. 4-6; Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna (nr. 1/2014), s. 43.

¹⁵⁰ Se t ex mål *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458 (1993).

¹⁵¹ Adkinson, Grimm & Bryan (2008), s. 18-20.

¹⁵² Organisation for Economic Co-operation and Development.

¹⁵³ Se OECD:s hemsida.

och prestationskonkurrens) för att skilja konkurrensskadligt beteende från konkurrensfrämjande beteende. Begreppet har emellertid inte tydligt definierats, vilket i sin tur skapar en rättsosäkerhet för företagen. OECD anser att domstolarna i deras strävan att avgränsa vilka åtgärder som är tillåtna i konkurrensrättsligt hänseende och vilka som är förbjudna, och varför, har tenderat att göra det på ett sätt som förutsätter en allmän förståelse av begreppet pris- och prestationskonkurrens. Allmänt innebär begreppet enligt OECD att dominerande företag tillåts tillämpa sådana förfaranden som omfattas av pris- och prestationskonkurrens, även om förfarandet leder till att konkurrenter utestängs från marknaden. OECD framhåller att till följd av bristen på en tydlig definition av uttrycket pris- och prestationskonkurrens, har ett antal specifika tester utvecklats för att identifiera konkurrensskadligt beteende. Det finns fyra huvudkategorier av tester, varav en är *lika effektiv konkurrent*-testet. Innebörden av detta test är att beteenden som bedöms utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter som är minst lika effektiva som det dominerande företaget är förbjudna. Konkurrens som utestänger mindre effektiva konkurrenter strider däremot inte mot förbudsbestämmelsen i Section 2, Sherman Act. Testet syftar till att skilja skada på konkurrensen från skada för konkurrenter. Det bygger på idén om att utan någon form av ”dåligt” beteende kan ett dominerande företag inte eliminera lika effektiva faktiska eller potentiella konkurrenter.¹⁵⁴

Etro uttalar att normal pris- och prestationskonkurrens avser en situation där ett företag har större marknadsandelar än konkurrenterna till följd av effektivare prestation avseende produktkvalitet, kvalitet på service, effektiv marknadsföring och distribution.¹⁵⁵

5.2 Huvuddrag rörande monopoliseringsförbudet

I fråga om begreppet monopolisera i Section 2, Sherman Act har United States Supreme Court uttalat att för att en monopolisering ska kunna anses strida mot förbudet i Section 2 måste följande två faktorer föreligga:

*“The offense of monopoly under 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.”*¹⁵⁶

Adkinson framhåller att av (1) ovan följer att för att förbudet i Section 2, Sherman Act ska vara tillämpligt krävs att det berörda företaget har *monopoly power* (svensk översättning: monopolistisk maktposition) på en

¹⁵⁴ Se publikation från OECD (juni 2006), s. 1-2 och 4-5.

¹⁵⁵ Etro & Kokkoris (2010), s. 29.

¹⁵⁶ Se t.ex. mål United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570–571 (1966).

relevant marknad¹⁵⁷. Med monopolistisk maktposition avses att företaget har en sådan betydande och varaktig marknadsstyrka att det har förmågan att på ett lönsamt sätt höja priserna över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden. Adkinson uttalar att domstolarna har identifierat viktiga indikatorer på monopolistisk maktposition vilka inkluderar bland annat inträdeshinder. I fråga om kriteriet i (2) ovan, framhåller Adkinson att det avser sådant beteende hos ett företag som är ägnat att skapa eller stärka en monopolistisk maktposition med medel som inte utgör en konkurrens med priser och prestationer.¹⁵⁸

Etro framhåller att inom den amerikanska konkurrenspolitiken betonas betydelsen av inträdeshinder oberoende av marknadsandelar och således det svaga sambandet mellan marknadsandelar och marknadsmakt. Det amerikanska synsättet bygger på idén om att faktiska eller potentiella lika effektiva konkurrenters inträde på marknaden är det främsta hindret för att företag ska kunna utnyttja sin marknadsmakt genom att höja priserna. Etro utalar att detta innebär att ett företag kan, även om det har en hög marknadsandel på en relevant marknad, inte anses ha en monopolistisk maktposition om den relevanta marknaden inte har några inträdeshinder eller har endast få inträdeshinder. Däremot, om ett företag har en hög marknadsandel och det är svårt för faktiska eller potentiella lika effektiv konkurrenter att träda in på marknaden på grund av inträdeshinder, anser domstolarna typiskt sett att en monopolistisk maktposition föreligger.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Den relevanta marknaden består, såsom inom EU:s konkurrenspolitik, av en relevant produktmarknad och en relevant geografisk marknad. Vid avgränsningen av den relevanta produktmarknaden beaktas produkters utbytbarhet avseende den tilltänkta användningen. Den geografiska räckvidden beskriver det område där leverantörer säljer och där kunderna kan vända sig för inköpskällor. Se t.ex. <http://usld.practicallaw.com/9-204-0472?q=&qp=&qo=&qe=#a539242>, 2014-11-07.

¹⁵⁸ Adkinson, Grimm & Bryan (2008), s. 4.

¹⁵⁹ Etro & Kokkoris (2010), s. 34-35.

6 Analys

6.1 Utestängningseffekt för lika effektiva konkurrenter som förutsättning för missbruk

Syftet med uppsatsen har varit att med utgångspunkt i dominerande företags särskilda ansvar enligt artikel 102 FEUF undersöka huruvida dominerande företag kan själva, och bör själva, avgöra om en viss prissättning som tillämpas av företaget faller inom pris- och prestationskonkurrens eller om den utgör otillåten priskonkurrens.

Som framkommit i uppsatsen är avsikten med förbudet i artikel 102 FEUF inte att företag som har en dominerande ställning på marknaden inte ska, eller ska upphöra att, agera som vinstmaximerande företag. Detta skulle nämligen kunna motverka en effektiv, fungerande konkurrens, vilket skulle vara oförenligt med artikel 102 FEUFs primära syfte att skydda en effektiv konkurrens. Att även dominerande företag priskonkurrerar på marknaden är inte bara tillåtet utan önskvärt från konkurrenssynpunkt, eftersom denna konkurrens kan gynna konsumenterna. När det gäller rätten att möta konkurrens, står det klart att företag i dominerande ställning har rätt att skydda sina kommersiella intressen genom att konkurrera utifrån vad deras effektivitet tillåter och efter vad som är normalt branschbeteende. Som har framgått i uppsatsen har dock företag i dominerande ställning ett särskilt ansvar enligt artikel 102 FEUF för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en effektiv konkurrens (genom att begränsa konkurrensen eller förhindra en ökad konkurrens på marknaden).

När man tittar på dominerande företags särskilda ansvar som åligger dem enligt artikel 102 FEUF är huvudregeln att åtgärder som faller inom pris- och prestationskonkurrens är tillåtna ur konkurrenssynpunkt. Som har framgått av i uppsatsen är det därför, även med bevarande av det särskilda ansvaret, tillåtet för företag i dominerande ställning att konkurrera med de varor och tjänster som företaget tillhandahåller (till exempel högre kvalitet eller bättre service) och/eller genom fördelar såsom tillgång till information och kunnande, tillgång till avancerad teknik, effektiv marknadsföring och distribution, hög effektivitet eller bättre förmåga att uppfatta eller förutse vad konsumenterna vill ha. När ett företag utnyttjar dessa fördelar ligger det nämligen i linje med det långsiktiga konsumentintresset att detta leder till framgång på marknaden. Om ett företag exempelvis är effektivare i produktionen än konkurrenterna, och därmed lyckas sänka sina kostnader, är det naturligt att denna fördel kan utnyttjas för att erbjuda kunderna ett lägre pris. Dock kan negativa verkningar på konkurrensen uppkomma till följd av en prissättning från dominerande företags sida, vilket har uppmärksammats i uppsatsen. Därför kan inte all konkurrens med priser anses falla inom pris-

och prestationskonkurrens. Som framkommit i uppsatsen är dock gränsdragningen mellan normal pris- och prestationskonkurrens och prissättningar och/eller rabattsystem som har en skadlig inverkan på konkurrensen när de vidtas av dominerande företag inte tydligt definierad. Anledningen härtill tycks vara att både Kommissionen och EU:s domstolar hittills har använt uttrycket pris- och prestationskonkurrens på ett sätt som förutsätter en allmän förståelse för begreppets definition, men detta verkar som visats i uppsatsen ha uppmärksammats av bland annat OECD. Min förhoppning är att ett större intresse för uppsatsens frågeställningar därför kan komma att väntas framöver. Avsaknaden av en enhetlig och allmänt vedertagen definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens innebär enligt min mening vissa oklarheter och problem då man hanterar dominerande företags särskilda ansvar att inte konkurrera med medel som faller utanför området för pris- och prestationskonkurrens.

Ekonomisk teori och analys spelar en stor roll i tillämpningen av artikel 102 FEUF, vilket innebär att förbudsbestämmelsen tar sikte på sådana utestängande förfaranden som på längre sikt leder till skada för konsumenterna. Denna negativa påverkan kan till exempel bestå i högre prisnivåer eller sämre kvalitet och minskat urval. Som har framkommit i uppsatsen är en underliggande princip till begreppet pris- och prestationskonkurrens att det är endast sådana prissättningar eller rabattsystem som har lett till eller som kan leda till att faktiska eller potentiella konkurrenter som är minst lika effektiva som det dominerande företaget, hindras från att expandera sin verksamhet på marknaden eller från inträde på den som har en skadlig inverkan på konkurrensen. Man kan således hävda att pris- och prestationskonkurrens per definition därför kan leda till att konkurrenter som är mindre effektiva än det dominerande företaget, och som således är mindre intressanta för konsumenterna vad exempelvis beträffar pris, urval, kvalitet och innovation, utestängs från marknaden. Vad som jag finner intressant med denna princip är framför allt lika effektiv konkurrent begreppet. Eftersom en prissättning som medför en utestängningseffekt för faktiska eller potentiella lika effektiva konkurrenter presumeras ha en skadlig inverkan på en effektiv konkurrens, är en relevant fråga när en konkurrent anses vara lika effektiv som det dominerande företaget. EU-domstolen gör här gällande, som redogjorts för i uppsatsen, att om ett dominerande företag har kostnadstäckning, så skulle hypotetiskt lika effektiva faktiska eller potentiella konkurrenter också ha kostnadstäckning och därmed kunna konkurrera effektivt med dominantens prissättning och inte riskera att utestängas. Den aktuella prissättningen skulle i en sådan situation inte ha någon negativ inverkan på den effektiva konkurrensen, och därmed inte heller på konsumenterna, och skulle därför falla inom pris- och prestationskonkurrens. Ett företag missbrukar sin dominerande ställning när det tillämpar en prispolitik som medför en utestängningseffekt för sådana konkurrenter som kanske är lika effektiva som det dominerande företaget, men som inte kan möta den konkurrens de utsätts för på grund av att deras finansiella kapacitet är lägre.

Diskussionen om huruvida dominerande företag har erforderlig kostnadstäckning utgår från det dominerande företags kostnader och priser. Ett företag har, eller förutsätts i varje fall ha, kännedom om sina egna kostnader och priser. EU-domstolen har uttalat sig härom, och betonar att den omständigheten att dominantens egna kostnader beaktas gör det möjligt för företaget att, med beaktande av det särskilda ansvar som åligger det enligt artikel 102 FEUF, bedöma huruvida dess prissättning är lagenlig, vilket är i linje med den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Om ett dominerande företag inte har täckning för sina genomsnittliga rörliga kostnader, det vill säga de kostnader som varierar med produktionsvolymen, presumeras alltid prissättningen utgöra otillåten priskonkurrens. Varje försäljning till ett pris under de genomsnittliga rörliga kostnaderna ger nämligen upphov till en förlust för det dominerande företaget och visar att inte heller en lika effektiv konkurrent kan leverera till de aktuella kunderna utan att drabbas av förlust. Om dominanten inte har täckning för sina genomsnittliga totala kostnader för att tillhandahålla produkten ifråga utgör prissättningen missbruk om den inte varit ägnad till annat än att stänga ute konkurrenter och därigenom stärka den dominerande ställningen. Personligen upplever jag liksom Karlsson att vid marknadsintroduktion av nya produkter och i samband med olika former av kampanjer måste tillfälliga generella prissänkningar, i syfte att skapa uppmärksamhet kring produkten, vara tillåtna även om priserna inte ger kostnadstäckning, så länge prissättningen inte medför en konkret eller potentiell konkurrensbegränsande effekt för lika effektiva konkurrenter. När ett vertikalt integrerat företag som har en dominerande ställning på grossistmarknaden priskonkurrerar får inte priset på en insatsvara eller grossisttjänst vara högre än priset på slutkundsmarknaden för att prissättningen ska falla inom pris- och prestationskonkurrens eller skillnaden mellan priset för en insatsvara eller grossisttjänst och priset på slutkundsmarknaden får inte vara otillräcklig för att täcka de kostnader som är specifikt hänförliga till insatsvaran eller grossisttjänsten och som är nödvändiga för att företaget ska kunna leverera sina egna produkter till kunderna på slutkundsmarknaden. Jag anser att principen om kostnadstäckning tydligt sätter en yttre gräns för priskonkurrens som faller inom pris- och prestationskonkurrens och att denna princip ligger i linje med det särskilda ansvaret. Min personliga uppfattning är att dominerande företag ska och bör ha kännedom om sina egna kostnader och priser. Jag anser därför att företag i dominerande ställning genom att säkerställa att erforderlig kostnadstäckning föreligger kan och bör avgöra själva huruvida en viss prissättning faller inom pris- och prestationskonkurrens. På så sätt kan och bör dominerande företag kunna, med beaktande av det särskilda ansvar som åligger dem enligt artikel 102 FEUF, avgöra om en viss prissättning riskerar att eliminera företagets faktiska eller potentiella konkurrenter som är minst lika effektiva som företaget självt.

Som framkommit i uppsatsen utgår diskussionen kring frågan om huruvida ett visst rabattsystem faller inom pris- och prestationskonkurrens inte från principen om kostnadstäckning. Här är utgångspunkten att en rabatt som utgör en förmån som baseras på en ekonomisk motprestation som motiverar förmånen faller inom pris- och prestationskonkurrens, medan ett

rabattsystem som har trohetsskapande effekter har en skadlig inverkan på konkurrensen. Det står klart att dominerande företag genom att tillämpa standardiserade kvantitetsmål och genom att koppla rabatten uteslutande till inköpsvolymerna, utan att för den skull ge upphov till trohetskapande effekter, inte riskerar att utestänga lika effektiva konkurrenter genom sitt rabattsystem. Rabatten får således inte vara ägnad att stänga inne kunden i affärsrelationen och på så sätt frånta eller inskränka köparen möjlighet att välja sina inköpskällor genom att rabatten baseras på att kunden gör alla eller nästan alla sina inköp hos dominanten. Jag anser att även principen om ekonomiskt motiverad motprestation är en tydlig definition av området för pris- och prestationskonkurrens och enkel princip för dominerande företag att själva beakta när de sätter sina rabatter. Så länge rabatten uteslutande är knuten till inköpsvolymen och varierar med orderstorleken och företaget tillämpar standardiserade kvantitetsmål är rabatten lagenlig. Så snart dominanten använder sig av rabattsystem som baseras på att kunden gör alla eller i princip alla sina inköp hos företaget och på så sätt villkorar rabatten som innebär att kunden får rabatt om kundens köp under en bestämd referensperiod överstiger ett visst tröskelvärde och rabatten ges antingen på samtliga köp eller bara på köp över tröskelvärdet faller rabattsystemet utanför området för pris- och prestationskonkurrens. Min personliga uppfattning är att dominerande företag därför kan och bör själva avgöra om ett visst rabattsystem faller inom pris- och prestationskonkurrens.

Min personliga tanke här är att om det särskilda ansvaret ska tillämpas strikt måste dominerande företag ha en reell möjlighet att själva avgöra om en viss prissättning eller ett visst rabattsystem faller inom pris- och prestationskonkurrens. Som framkommit ovan är de underliggande principerna tydliga och enkla att förstå och tillämpa. Jag anser att problemet här är att det saknas en enhetlig och allmänt vedertagen definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens som fastställer dessa underliggande principer och som företag kan ta del av. För att företagsledning hos dominerande företag ska med beaktande av det särskilda ansvar som åligger dem enligt artikel 102 FEUF själva kunna avgöra huruvida dess prissättning eller rabattsystem faller inom pris- och prestationskonkurrens måste de självklart också ha eller kunna få kännedom om dessa underliggande principer som definierar området för pris- och prestationskonkurrens. För att uttala mig om en önskvärd utveckling på området anser jag att någon form av vägledning behövs från Kommissionen som definierar området för pris- och prestationskonkurrens och som på så sätt tydliggör och fastställer de principer som förklarar när en konkurrens med priser av ett företag i dominerande ställning kan vara föremål för artikel 102 FEUF och när en prissättning faller inom pris- och prestationskonkurrens. Föreliggande uppsats är, om inte annat, ett tecken på en undran om hur vi ska kunna ställa krav på dominerande företag att själva på förhand avgöra om deras strategiska beslut är tillåtna i konkurrensrättsligt hänseende med tanke på att det inte existerar en tydlig definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens som är tillgänglig för företagen.

6.2 Effektivitetsvinster kan neutralisera ett ”dåligt” beteende

Som redogjorts för i uppsatsen finns det inte något uttryckligt undantag från förbudet i artikel 102 FEUF på samma sätt som det finns för artikel 101 FEUF i artikel 101(3) FEUF. Att en åtgärd har en konkret eller potentiell konkurrensbegränsande effekt utesluter dock inte att åtgärden kan anses inte utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. En åtgärd som medför en utestängningseffekt för faktiska eller potentiella konkurrenter frångår från förbudet i artikel 102 FEUF om åtgärden är ekonomiskt motiverad. Det aktuella dominerande företaget har bevisbördan här för. Företaget måste, för att kunna rättfärdiga ett utestängande beteende, kunna visa att det aktuella förfarandet antingen kan motiveras av objektiva godtagbara skäl, det vill säga förfarandet måste vara objektiva nödvändigt, eller leder till betydande effektivitetsvinster som uppväger de konkurrensbegränsande effekterna av åtgärden. Objektiv nödvändighet synes vara svårt för ett företag att bevisa, eftersom detta kriterium avgörs utifrån externa faktorer i förhållande till dominanten. Dominanten kan dock själv avgöra om åtgärden står i rimlig proportion till det kommersiella hot den är avsedd att möta. Effektivitetsvinster som även gynnar konsumenterna förefaller vara enklast att konstatera genom att konsumentnyttan torde vara tydlig om, prisnivåer sjunker och/eller produkter förbättras i något avseende. Om åtgärdens utestängningseffekt saknar samband med fördelarna för marknaden och konsumenternas intressen eller om den går utöver vad som krävs för att uppnå dessa fördelar, ska åtgärden anses utgöra missbruk. Det aktuella dominerande företaget måste således kunna visa att de effektivitetsvinster som kan följa av företagets beteende neutraliserar de sannolika skadliga verkningarna på konkurrensen och konsumenternas intressen och att dessa effektivitetsvinster har uppnåtts eller sannolikt kan uppnås tack vare företagets beteende, till exempel tekniska förbättringar av produktkvaliteten eller minskade produktions- eller distributionskostnader samt att beteendet är en nödvändig förutsättning för att effektivitetsvinsterna ska uppnås. Det får på så sätt inte finnas några mindre konkurrens- hämmande alternativ till beteendet som skulle kunna ge samma effektivitetsvinster. Det står klart att kunderna ska ha möjlighet att dra nytta av all den konkurrens som kan råda på marknaden, och konkurrenterna ska kunna konkurrera med priser och prestationer på hela marknaden och inte endast på en del av den. Vad som är intressant med dessa villkor för att en åtgärd ska anses vara ekonomiskt motiverad är att villkoren är kumulativa. Ett dominerande företag måste således kunna bevisa att samtliga villkor är uppfyllda för att åtgärden inte ska vara föremål för artikel 102 FEUF. Jag anser att det här tycks omöjligt för ett företag att ens ha en chans att kunna rättfärdiga ett beteende. Frågan är exempelvis vilken prissättning ska företag tillämpa för att uppnå samma effektivitetsvinster som med den utestängande prissättningen? Flera av tillämpningsproblemen skulle enligt mig kunna avhjälpas genom ett förtydligande av bland annat villkoret ”mindre konkurrens- hämmande alternativ till beteendet som skulle kunna ge samma effektivitetsvinster”. Jag anser att man inte kan ålägga dominerande företag

bevisbördan om det inte finns en tydlig definition av hur man kan uppfylla de fyra kumulativa villkoren. Det har för min del blivit alltmer klart att en vägledning från Kommissionen behövs.

7 Sammanfattning

I inledningen av denna uppsats ställdes tre frågor, varav den första frågan gällde vilka principer som definierar området för pris- och prestationskonkurrens. Denna fråga har utgjort huvuddelen av uppsatsen. Som har visats är de främsta principerna idag förekomsten av konkret eller potentiell konkurrensbegränsande effekt, lika effektiv konkurrent testet, tanken om erforderlig kostnadstäckning och om ekonomiskt motiverad motprestation samt tanken om objektiv försvarbarhet. En viss prispolitik anses således falla utanför området för pris- och prestationskonkurrens om den aktuella prissättningen medför en konkret eller potentiell konkurrensbegränsande effekt för faktiska eller potentiella lika effektiva konkurrenter. Ett företag presumeras missbruka sin dominerande ställning om det inte har täckning för sina genomsnittliga rörliga kostnader eller om dess rabattsystem har trohetskapande effekter.

Som framkommit i uppsatsen är det engelska begreppet *competition on the merits* ett vagt och brett begrepp och lämnar stort tolkningsutrymme. En intressant fråga är om den svenska översättningen *pris- och prestationskonkurrens* inte förefaller att snäva in begreppet till just prisfrågor. En fråga som borde undersökas närmare är om jag genom mina frågeställningar i uppsatsen har kommit åt det vidare begreppet *competition on the merits*. Personligen upplever jag att jag inte har det. Ser man exempelvis till *AstraZeneca*¹⁶⁰ handlade målet inte om huruvida företaget hade tillämpat en prissättning som utgjorde missbruk, utan om missbruk i den mening som avses i artikel 102 av patentsystem och förfaranden för saluföring av läkemedel i syfte att hindra eller skjuta upp konkurrerande generiska läkemedels inträde på marknaden samt hindra parallellhandel. Trots det använde EU-domstolen återkommande sig av begreppet *competition on the merits*.¹⁶¹ Jag menar att man därmed kan säga att begreppet *competition on the merits* går betydligt längre än den svenska översättningen av begreppet och omfattar således så mycket mer som inte syns i den svenska översättningen, varför rättsosäkerheten för företag fortsatt upprätthålls. Från den utgångspunkten kan man kanske ha synpunkter på den svenska översättningen.

Den andra frågeställningen fokuserade på om dominerande företag kan och bör själva avgöra huruvida en viss prissättning faller inom pris- och prestationskonkurrens. Företags strategiska beslut baseras på företagets kostnader och priser. Ett företag bör därmed ha kännedom om sina egna kostnader och priser. Som har framgått i uppsatsen är det därför, med beaktande av det särskilda ansvaret som åligger dominerande företag enligt artikel 102 FEUF fullt möjligt för dominerande företag att avgöra om en viss prissättning faller inom pris- och prestationskonkurrens eller om det

¹⁶⁰ Mål C-457/10 P.

¹⁶¹ Se mål C-457/10 P *AstraZeneca*, p. 1 där det framgår att målet handlade och p. 75, 129 och 149 där det framgår att domstolen använde sig av begreppet *competition on the merits*.

utgör missbruk. Om ett företag verkar på en icke konkurrensutsatt marknad, såsom till exempel SAS, Telia Sonera eller SJ innan respektive marknad avreglerades, vore svaret på frågan antagligen att företaget kan tillämpa vilken sorts prispolitik som helst utan att behöva ta hänsyn till konkurrensen på marknaden och till sin omvärld utan att för den skull denna hållning skulle skada den egna verksamheten. Så är dock inte fallet för företag som inte innehar en statlig monopolställning på marknaden. Företag är i mycket hög utsträckning påverkade av konkurrenter, kunder och konsumenter. Konkurrens innebär en tävlan mellan aktörer på en marknad för att nå framgång hos konsumenterna. Företagens ekonomiska framgång är beroende av att konsumenterna föredrar deras vara eller tjänst framför konkurrenternas. Ett företag som ignorerar sina konkurrenter och konsumenter kommer att ha svårt att attrahera konsumenterna, vilket medför stora svårigheter att göra goda ekonomiska resultat. Dominerande företag får dock inte i sin strävan att nå framgång tillämpa priser som inte har kostnadstäckning, som ovan beskrivits, eller tillämpa rabattsystem som har trohetskapande effekter. Detta ställer ett krav på dominerande företag att agera med eftertanke och ställa sig frågan om företaget har täckning för sina genomsnittliga rörliga kostnader, då i annat fall presumeras prissättningen utgöra ett utestängande missbruk. Skulle företaget inte ha täckning för sina genomsnittliga totala kostnader är prissättningen endast tillåten om den visas syfta till att skapa uppmärksamhet kring produkten i samband med en tillfällig kampanj. Jag anser härmed att man kan kräva av företag att ikläda sig ett ansvar för att

Uppsatsen sista fråga var om man kan mot bakgrund av dagens utformning av artikel 102 FEUF och av Kommissionens meddelande (2009/C 45/02) om tillämpning av artikel 102 FEUF ställa krav på en tydlig vägledning från Kommissionen som skulle definiera området för pris- och prestationskonkurrens. Min uppfattning är att skulle det finnas en tydlig vägledning som fastställer de underliggande principerna för begreppet pris- och prestationskonkurrens och som på så sätt klargör gränsdragningen mellan tillåten priskonkurrens och priskonkurrens som utgör missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF, skulle kunna kräva av företagsledning att själva avgöra om företagets strategiska beslut faller inom pris- och prestationskonkurrens. Så är dock inte fallet. Avsaknaden av en enhetlig och allmänt vedertagen definition av begreppet pris- och prestationskonkurrens innebär enligt min mening att man inte kan ställa ett sådant krav på företagen. Om man inte vet vad som är rätt hur ska man då kunna veta att man gör rätt? Min uppfattning efter genomgång av material på området är att behovet av en tydlig definition av gränsdragningen mellan priskonkurrens som faller inom pris- och prestationskonkurrens och priskonkurrens som utgör missbruk enligt artikel 102 FEUF och även behovet av förutsebarhet är särskilt framträdande för företag som har en dominerande ställning på marknaden. Således skulle en vägledning från Kommissionen kunna underlätta för företagen i EU att med beaktande av deras särskilda ansvar kunna avgöra om vissa affärsstrategier är lagenliga eller inte. Dock anser jag att man även utan sådan vägledning skulle kunna

kräva av dominerande företag att ikläda sig ett ansvar att avgöra huruvida en viss prissättning kan komma att skada konkurrensen på marknaden.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2007/08:135 Ny konkurrenslag m.m.

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

Statens offentliga utredningar

SOU 2006:99 En ny konkurrenslag.

SOU 2004:131 Konkurrensbrott – en lagstiftningsmodell:
Slutbetänkande av Utredningen om en
modernisering av konkurrensreglerna.

EU-rättsliga källor

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

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02).

Rådets Förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, 4.1.2003.

Litteratur

Böcker

Henriksson, Lars, *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, Stiftelsen MercurIUS, skrifter vid Handelshögskolan i Stockholm, Rättsvetenskapliga institutionen, Stockholm 2003.

Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt – en kommentar*, 5:e upplagan, Karnov Group Sweden AB, Stockholm 2014.

Artiklar

Adkinson, William F., Jr., Grimm, Karen L. & Bryan Christopher N., Enforcement of Section 2 of the Sherman Act: Theory and Practice, November 2008, hittas på

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/section-2-sherman-act-hearings-single-firm-conduct-related-competition/section2overview.pdf.

Etro, Federico & Kokkoris, Ioannis, *Competition Law and the Enforcement of Article 82*, Oxford University Press, December 2010, hittas på <http://www.intertic.org/BookPapers/oxford.pdf>.

Ganslandt, Mattias, *New rules for dominant firms in Europe*, IFN Policy Paper No.2, Research Institute of Industrial Economics, Stockholm, March 2006, hittas på

http://www.ifn.se/publikationer/policy_papers/2006-2009_1/2.

Gravengaard, Martin Andreas & Kjærsgaard, Niels, The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice, 2010, hittas på

<http://www.plesner.com/resources/330.pdf>

Karlsson, Per, *Erfarenheter av dominansmål – TeliaSonera*, Konkurrensverket, Bergen, 13 juni 2013, hittas på

<http://www.kkv.se/globalassets/press/tal-artiklar/erfarenheter-av-dominansmal--teliasonera.pdf>.

Övrigt

Rapporter

Rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna, *En vision för konkurrenspolitiken – med blicken mot 2020*, nr. 1/2014, hittas på

<http://www.kkv.se/globalassets/aktuellt/nyheter/las-rapporten-21mb.pdf>.

Publikationer

Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD), *What is Competition on the Merits?* Policy Brief, juni 2006, hittas på

<http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>.

Annat

Europeiska kommissionens hemsida,

http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_sv.htm, (senast besökt 2015-04-18).

Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD) hemsida,

<http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>, (senast besökt 2015-01-22).

The United States Department of Justice hemsida:
<http://www.justice.gov/opa/pr/2009/May/09-at-459.html>, (senast besökt 2015-04-14).

<http://www.bokforingstips.se/artikel/ekonomistyrning/effektivitet.aspx>,
(senast besökt 2015-02-27).

<https://lagen.nu/begrepp/Subjektiv> och <https://lagen.nu/begrepp/Objektiv>,
(senast besökt 2015-03-31).

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen och Tribunalen

AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål C-62/86, domstolens dom (femte avdelningen) den 3 juli 1991.

AstraZeneca AB och AstraZeneca plc samt intervenienten European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations mot Europeiska kommissionen, mål T-321/05 Tribunalens dom (sjätte avdelningen i utökad sammansättning) den 1 juli 2010.

AstraZeneca AB och AstraZeneca plc samt intervenienten European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations mot Europeiska kommissionen, mål C-457/10 P, domstolens dom (första avdelningen) den 6 december 2012.

British Airways plc mot Europeiska gemenskapernas kommission och intervenienten Virgin Atlantic Airways Ltd, mål T-219/99, förstainstansrättens (första avdelningen) dom den 17 december 2003.

British Airways plc mot Kommissionen, mål C-95/04 P, REG 2007, domstolens dom (tredje avdelningen) den 15 mars 2007.

Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen och intervenienterna Vodafone D2 GmbH, Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, Versatel Nord GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, Versatel Süd GmbH och Versatel West GmbH, mål C-280/08 P, domstolens dom (andra avdelningen) den 14 oktober 2010.

France Télécom SA mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål C-202/07 P, domstolens dom (första avdelningen) den 2 april 2009.

France Télécom SA mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål T-340/03, Förstainstansrättens dom (femte avdelningen i utökad sammansättning) den 30 januari 2007.

Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål 85/76, domstolens dom den 13 februari 1979.

Irish Sugar plc mot Kommissionen, mål T-228/97, Förstainstansrättens dom (tredje avdelningen) den 7 oktober 1999.

Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB, ytterligare deltagare i rättegången Tele2 Sverige AB, mål C-52/09, domstolens dom (första avdelningen) den 17 februari 2011.

Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europiska gemenskapernas kommission, mål T-203/01, REG 2003, Förstainstansrättens (tredje avdelningen) dom den 30 september 2003 (*Michelin II*).

NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin och intervenienten Frankrike mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål 322/81, domstolens dom av den 9 november 1983 (*Michelin I*).

Telefónica, SA och Telefónica de España, SA samt intervenienten France Telecom España, SA, Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) och European Competitive Telecommunications Association mot Europeiska kommissionen, mål T-336/07, Tribunalens dom (åttonde avdelningen) den 29 mars 2012.

Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål C-333/94 P, domstolens dom (femte avdelningen) den 14 november 1996.

Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål T-83/91, Förstainstansrättens dom (andra avdelningen) den 6 oktober 1994.

Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB och Tomra Butikkssystemer AS mot Europeiska kommissionen, mål C-549/10 P, domstolens dom (tredje avdelningen) den 19 april 2012.

United Brands Company et United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, mål 27/76, domstolens dom den 14 februari 1978.

Marknadsdomstolen

MD 2013:5 TeliaSonera Aktiebolag (publ) mot Konkurrensverket och intervenienten Tele2 Sverige Aktiebolag, domstolens dom 2013-04-12, mål nr A 8/11.

Supreme Court of the United States and United States Court of Appeals

United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570–71 (1966).

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. - 509 U.S. 209 (1993).