



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gustaf Åleskog

Överprissättning

En undersökning av oskäligt hög prissättning som konkurrensrättsligt missbruk
med särskild fokus på prissättning under Covid-19 pandemin

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Carl Michael Quitzow

Termin för examen: Period 1 HT2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställning	9
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Forskningsläge	15
1.6 Disposition	16
2 DOMINERANDE STÄLLNING	18
2.1 Inledning	18
2.2 Relevant marknad	18
2.3 Dominans	21
3 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING	24
3.1 Inledning	24
3.2 Exploaterande missbruk	25
3.3 Exkluderande missbruk	26
3.4 Objektivt godtagbara skäl och effektivitetsvinster	28
4 ÖVERPRISSÄTTNING	30
4.1 Begreppets innebörd	30
4.2 Ekonomisk teori och förutsättningar för överprissättning	30
4.2.1 Ekonomisk teori	30
4.2.2 Objektiva marknadsförutsättningar för överprissättning	32
4.3 Fastställande av överprissättning	34

4.3.1	Inledning	34
4.3.2	Tidig praxis avseende höga priser	34
4.3.3	Försäljningsprisets förhållande till det ekonomiska värdet	35
4.3.3.1	C-27/76 <i>United Brands</i>	35
4.3.3.2	Första steget – Är priset alltför högt?	36
4.3.3.3	Andra steget – Är priset oskäligt?	38
4.3.3.4	Kritik mot tvåstegsmetoden i <i>United Brands</i>	43
4.3.4	Jämförelser	44
4.3.4.1	Inledning	44
4.3.4.2	Prisjämförelse på samma marknad	44
4.3.4.3	Prisjämförelse med annan marknad i samma medlemsstat	45
4.3.4.4	Prisjämförelse med en marknad i en annan medlemsstat	46
4.3.4.5	Kritik mot att göra jämförelser	48
4.3.5	Andra indikationer på överprissättning	50
4.4	Argument mot direkt kontroll av priser	53
5	PRISÖKNINGAR UNDER COVID-19	55
6	ANALYS	58
6.1	Inledning	58
6.2	Definition av överprissättning	58
6.3	Metoder för att påvisa ett överpris	59
6.3.1	Objektiva förutsättningar för missbruk genom överprissättning	59
6.3.2	Två huvudtyper av metoder	61
6.3.3	Metod A – Försäljningsprisets koppling till det ekonomiska värdet	61
6.3.4	Metod B – Prisjämförelser	64
6.3.5	En kombinerad approach mot höga priser	67
6.4	Bedömningen under Covid-19	68
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	73
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	81

Summary

The prohibition against abuse of a dominant position under article 102 in the Treaty on the Functioning of the European Union is fundamental in EU competition law. Such abuse may consist in imposing unreasonably high purchase or selling prices, so-called *excessive pricing*.

The purpose of this thesis is to examine the abusive practice ‘excessive pricing’, and focus lies on the methods that have been established to demonstrate such behavior. Furthermore, the thesis aims to analyse how the Covid-19 pandemic, and the following extraordinary market conditions, might affect the legal assessment of excessive pricing.

In EU case law, several different methods have been used to demonstrate an excessive price. In *General Motors*, the European Court of Justice defined an excessive price as a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided. In the subsequent case *United Brands*, the European Court of Justice developed a method for determining when the price bears no reasonable relation to the economic value. The court focused on the selling price of the product in relation to its cost of production. In recent practice from the European Court of Justice, other ways of determining whether a price is excessive have been established. A mutual theme for these is that the dominant company’s prices have been compared with prices of similar products, without explicitly mentioning the economic value of the product. The prices of the dominant company have been compared with products on the same market, with products on another market in the same member state, and with products in other member states.

It can be concluded that the efficiency of the methods established to detect an excessive price depends on the specific circumstances of the individual case. In some cases, it can be difficult to estimate the cost of providing the product, in others it is difficult to find a suitable object to compare the price with.

Therefore, a combined approach of the various methods is preferable when investigating a possible excessive price.

The Covid-19 pandemic puts the difficulties of applying the methods to the test. The price increases that have taken place on certain products are often a natural consequence of a rapidly increased demand, and not necessarily the result of unfair pricing. However, it is important that competition authorities intervene when an undertaking, without legitimate grounds, charge unreasonably high prices. It is particularly important that consumers are protected against such unreasonably high prices in a problematic emergency situation such as the Covid-19 pandemic.

Sammanfattning

Förbudet mot missbruk av en dominerande ställning i artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är grundläggande inom den EU-rättsliga konkurrensrätten. Ett sådant missbruk kan bestå i att påtvinga någon oskäligt höga inköps- eller försäljningspriser, så kallad *överprissättning*.

Syftet med arbetet är att undersöka missbruksformen överprissättning och fokus ligger på de tillvägagångssätt som finns för att påvisa ett sådant beteende. Därtill ämnar arbetet att undersöka vad Covid-19 pandemin, och de medföljande extraordinära marknadsförhållandena, kan ha för betydelse för den rättsliga bedömningen av överprissättning.

I rättspraxis har flera olika metoder använts för att påvisa ett överpris. I målet *General Motors* definierade Europeiska unionens domstol ett överpris som ett pris som inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på den transaktion som genomförts. I det senare målet *United Brands* utvecklade Europeiska unionens domstol en metod för att avgöra när priset inte står i ett sådant rimligt förhållande till det ekonomiska värdet. I den utarbetade metoden lade domstolen fokus på försäljningsprisets förhållande till kostnaden för att tillhandahålla produkten. I senare praxis från Europeiska unionens domstol har det etablerats andra sätt att påvisa ett överpris. Gemensamt för dessa är att det dominerande företags priser har jämförts med priser på liknande produkter, utan att någon uttrycklig koppling till produktens ekonomiska värde har gjorts. Det dominerande företags priser har jämförts med produkter på samma marknad, med produkter på en annan marknad i samma medlemsstat och med produkter i andra medlemsstater.

Det kan konstateras att de metoder som etablerats för att påvisa ett överpris gör sig olika bra beroende på de specifika omständigheterna i det enskilda fallet. Ibland kan det vara svårt att uppskatta kostnaderna för att tillhandahålla produkten och i andra fall är det svårt att hitta ett lämpligt jämförelseobjekt

att jämföra det dominerande företags priser med. Därför är en kombinerad approach av de olika metoderna att föredra vid en utredning av ett eventuellt överpris.

Avslutningsvis kan konstateras att Covid-19 pandemin ställer svårigheterna med att tillämpa metoderna på sin spets. De prisökningar som skett är ofta en naturlig följd av en snabbt ökad efterfrågan och är inte nödvändigtvis resultatet av en otillåten överprissättning. Däremot är det viktigt att myndigheter ingriper när företag, utan rimlig grund, tar oskäligt höga priser. Särskilt viktigt är det att konsumenter skyddas mot sådana oskäligt höga priser under en så problematisk nödsituation som Covid-19 pandemin.

Förord

Efter tio helt otroliga terminer har det nu blivit dags att ta farväl av Lund. Det sista året blev tyvärr inte som en hade tänkt sig, men om något så har pandemin åtminstone gjort det aningen lättare att lämna det annars fantastiska studentliv som präglat min tid i staden. På återseende.

Lund, januari 2021

Förkortningar

AKKA/LAA	Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība
CAT	Competition Appeal Tribunal
DSD	Duales Systems Deutschland
ECN	European Competition Network
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GMC	General Motors Continental NV
KL	Konkurrenslag (2008:579)
Konkurrensförordningen	Rådets förordning (EG) nr. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i art 81 och 82 i fördraget.
Kommissionen	Europeiska kommissionen
MD	Marknadsdomstolen
Napp	Napp Pharmaceuticals Limited
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SSNIP	Small but significant and non-transitory increase in price

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Tidigt i våras kunde man läsa flera artiklar om hur priset på handsprit och toalettpapper ökat kraftigt i samband med Covid-19 pandemin.¹ En del företag utnyttjade krisen och den anslutande ökningen av efterfrågan på särskilda produkter² för att öka sina vinstmarginaler. Att företag sätter sina priser efter marknadsförhållandena är naturligt och allt som oftast regelrätt, men de får inte agera hur som helst. Inom Europeiska unionens (EU) konkurrensrättsliga regelverk finns nämligen regler som hindrar dominerande företag från att tillämpa oskäligen priser. Den plötsliga prisökningen på vissa varor i samband med utbrottet av Covid-19 väcker därför frågan om ett företag kan höja priserna hur som helst utan att göra sig skyldigt till brott mot gällande konkurrensrättsliga regler. European Competition Network (ECN)³ gick därtill tidigt i pandemin ut och meddelade att man inte kommer att tveka att ingripa mot företag som utnyttjar krisen genom att missbruka sin dominerande ställning eller ingå karteller.⁴

Det konkurrensrättsliga regelverkets kärna finns i artikel 101 och 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Bestämmelserna har direkt effekt, både vertikalt och horisontellt, vilket innebär att Europeiska unionens konkurrensrätt är direkt gällande för enskilda personer och företag i medlemsstaterna och skapar således rättigheter och skyldigheter för dessa.⁵

¹ Se t.ex. Mattias Carlsson: "Höjer priset på livsviktiga produkter med över 900 procent", Dagens Nyheter, <<https://www.dn.se/nyheter/sverige/hojer-priset-pa-livsviktiga-produkter-med-914-procent/>> besökt 2020-11-27; Fredrik Hedlund: "Apotek tar skyhöga priser för handsprit och munskydd", Svensk Farmaci, <<https://svenskfarmaci.se/apotek/apotek-tar-skyhoga-priser-for-handsprit-och-munskydd/>>, besökt 2020-11-27.

² Med ordet *produkt* avses här, och i den fortsatta framställningen, både vara och tjänst.

³ ECN består av de nationella konkurrensmyndigheterna inom EU och Generaldirektoratet för konkurrens under Europeiska kommissionen.

⁴ European Competition Network, Antitrust: "Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application on competition law during the corona crisis", 23 March 2020, <https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf>, besökt 14/9 2020.

⁵ Bernitz (2019), s. 56 f.

Reglerna bygger på förbud mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning på den inre marknaden.⁶ Syftet med reglerna är att skydda konkurrensen på den inre marknaden.⁷ Genom en effektiv konkurrens främjas en god resursfördelning och ökat välstånd men framför allt skyddas konsumenter mot orimligt höga priser.⁸

I artikel 102 FEUF anges som exempel på missbruk att ett dominerande företag påtvingar någon oskäligen höga priser. Ett exempel på ett agerande som faller under denna punkt är det agerande som i litteraturen benämns *överprissättning*. Det innebär att ett dominerande företag utnyttjar sin styrkeposition till att ta ut markanta överpriser.⁹ Hur en bedömning görs av om ett agerande utgör överprissättning eller inte är däremot inte helt klart. Olika tillvägagångssätt har använts av Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) och det har visat sig vara svårt att i praktiken göra en sådan bedömning. Praxis på området är dessutom begränsad vilket har lett till återhållsamhet från de konkurrensrättsliga myndigheterna.¹⁰

Den uppenbara faran med överprissättning är att konsumenter utnyttjas genom att företag tar alltför höga priser på sina produkter. En fara som givetvis alltid är aktuell, men som i Covid-19 pandemin kanske är mer aktuell än någonsin. Är det verkligen regelrätt att införa sådana markanta och plötsliga prisökningar likt de som skedde mitt under pandemin? Med tanke på det oklara rättsläget avseende överprissättning, den Covid-19 pandemi vi nu befinner oss i och ECN:s uttalande i samband med pandemin är det aktuellt att undersöka ämnet överprissättning ytterligare.

⁶ Bernitz & Kjellgren (2014), s. 393.

⁷ Rådets förordning (EG) nr. 1/2003, pt. 9 i ingressen.

⁸ Bernitz & Kjellgren (2014), s. 392.

⁹ Bernitz (2019), s. 148.

¹⁰ Ibid., s. 147 f.

1.2 Syfte och frågeställning

Det primära syftet med arbetet är att undersöka det svåra problemet att påvisa ett missbruk av dominerande ställning i form av överprissättning. Fokus ligger således på den pragmatiska bedömningen avseende när ett pris juridiskt sett faktiskt utgör ett överpris. I det ligger att utreda de olika tillvägagångssätt som utvecklats i praxis samt att analysera de olika fördelar och nackdelar som är förknippat med respektive tillvägagångssätt. Därtill ämnar arbetet att undersöka vad Covid-19 pandemin, och dess påverkan på marknaden, kan ha för betydelse för den rättsliga bedömningen av överprissättning. För att uppfylla arbetets syfte används följande frågeställningar:

- Hur definieras ett missbruk av en dominerande ställning i form av överprissättning?
- Vilka tillvägagångssätt kan användas för att påvisa ett överpris?
- Vad kan en sådan extraordinär situation som Covid-19 pandemin innebära för bedömningen av vad som utgör ett överpris?

1.3 Avgränsningar

Arbetet kommer att redogöra för när ett agerande utgör missbruk av dominerande ställning genom överprissättning. En i sammanhanget relevant fråga är det om över huvud taget är konkurrensrättens uppgift att avgöra att ett pris är för högt och således oskäligt. Det är en teoretiskt mycket svår fråga som dessutom debatterats flitigt genom åren.¹¹ Det här arbetet kommer endast att kort redogöra för de argument som finns mot att det konkurrensrättsliga regelverket ska ingripa i företagens prissättning. Detta för att uppmärksamma läsaren om att det även finns teoretiska problem kring överprissättning och inte enbart rent juridiskt tekniska problem.

¹¹ Se bl.a. Fletcher & Jardine (2008) och Evans & Padilla (2005).

För att utreda och analysera missbruk i form av överprissättning krävs en kortare redogörelse för begreppen *dominerande ställning* och *missbruk*, som vi finner i artikel 102 FEUF. Denna redogörelse kommer däremot att vara förenklad då läsaren antas ha grundläggande kunskaper i konkurrensrätt.

Jag har för avsikt att belysa det konkurrensrättsliga regelverket inom EU. Genom rådets förordning (EG) nr. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i art 81 och 82 i fördraget (konkurrensförordningen)¹², är de nationella domstolarna skyldiga att tillämpa artikel 101 och 102 FEUF (f.d. artikel 81 och 82) när samhandelskriteriet är uppfyllt. När samhandelskriteriet inte är uppfyllt kan däremot endast nationell lagstiftning tillämpas, i Sverige genom konkurrenslag (2008:579) (KL). Arbetet kommer att behandla överprissättning i relation till artikel 102 FEUF och det kommer fortsättningsvis att antas att samhandelskriteriet är uppfyllt. Det innebär att överprissättning kommer att behandlas ur ett EU-rättsligt perspektiv.

1.4 Metod och material

För att uppfylla arbetets syfte har jag i huvudsak tillämpat en rättsdogmatisk metod. Syftet med den rättsdogmatiska metoden sägs ofta vara att rekonstruera en rättsregel eller rättssystem.¹³ Utgångspunkten för metoden är användandet av de allmänt accepterade rättskällorna. Det handlar alltså om att söka svaren i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.¹⁴ Lag och rättspraxis ska uppfattas i vid mening och innefattar bl.a. EU-rättsligt material.¹⁵ En tillämpning av en rättsdogmatisk metod kan således användas även vid tolkning och tillämpning av källor i EU-rätten.¹⁶ Den rättsdogmatiska metoden kan dessutom användas för att framställa kritik mot gällande rätt och för att föreslå ändringar. När själva rekonstruktionen av

¹² Rådets förordning (EG) nr. 1/2003.

¹³ Jareborg (2004), s. 4; Kleineman (2018), s. 21.

¹⁴ Kleineman (2018), s. 21.

¹⁵ Sandgren (2015), s. 43.

¹⁶ Reichel (2018), s. 109.

gällande rätt är gjord ligger det enligt Kleineman, professor i civilrätt vid Stockholms universitet, inom rättsdogmatikens ramar att analysera hur gällande rätt fungerar, dess konsekvenser och alternativa lösningar.¹⁷ När gällande rätt inte bara fastställs utan även analyseras så anser Sandgren, professor emeritus i civilrätt vid Stockholms universitet, däremot att man snarare bör tala om en rättsanalytisk metod.¹⁸ I det här arbetet har en analys av rättsläget i huvudsak gjorts i ett separat kapitel efter att den grundläggande utredningen har utförts. För att läsaren lättare ska förstå vad i avgörandena som är väsentligt har kortare analyser av rättspraxis emellanåt gjorts redan i anslutning till genomgången av rättsfallen. En löpande analys har framför allt gjorts i kapitel 4.3.5 där ett antal indikationer på överprissättning har presenterats och analyserats genom att koppla dessa till existerande rättspraxis. Syftet med att ha en separat avslutande analys är att lättare kunna ge en samlad bild av de olika metoder som finns för att påvisa ett överpris. Den avslutande analysen har utifrån gällande rättsläge mynnat ut i ett enhetligt tillvägagångssätt för att ta sig an ett överprissättningsproblem. Detta tillvägagångssätt är framtaget efter en tolkning av gällande rätt snarare än ett förslag de lege ferenda. Vidare har jag i det avslutande analyskapitlet lagt vikt vid att generellt diskutera hur de olika metoderna för att påvisa överprissättning ter sig under Covid-19 pandemin.

Utöver en rättsdogmatisk metod har arbetet ett kortare rättspolitiskt inslag i kapitel 4.4, där åsikter och argument som ifrågasätter ändamålet med att lagstifta kring överprissättning har lyfts fram.¹⁹

Som nämnts i kapitel 1.3 behandlas överprissättning ur ett EU-rättsligt perspektiv varför EU-rättsliga källor är av avgörande betydelse. För att veta hur källorna i EU-rätten ska hanteras och tolkas har en EU-rättslig metod använts. Den EU-rättsliga metoden är således ett sätt att förhålla sig till EU-rättsliga källor.²⁰ Primärrätten, som består av de grundläggande fördragen, är

¹⁷ Kleineman (2018), s. 24 och 35 f.

¹⁸ Sandgren (2018), s. 50 f.

¹⁹ Ibid., s. 53.

²⁰ Reichel (2018), s. 109.

en bindande rättskälla. Detsamma gäller i princip EU-domstolens och tribunalens rättspraxis.²¹ Dessa källor är avgörande för fastställandet av rättsläget. Sekundära rättskällor har använts i stor utsträckning för att tolka primärrätt och rättspraxis, som på området oskäligt hög prissättning lämnar ett stort utrymme för tolkning. Hur olika källor mer specifikt har använts i arbetet redovisas nedan.

Den primärrätt som är av relevans för arbetet, nämligen artikel 102 FEUF, ger inte någon direkt vägledning i hur man ska gå till väga vid en bedömning av om ett agerande utgör missbruk av dominerande ställning genom överprissättning. Av den anledningen har rättspraxis fått en väsentlig betydelse för arbetet. I första hand är det rättspraxis från EU-domstolen som har varit av relevans för arbetet. Ett förhandsavgörande från EU-domstolen är bindande för den nationella domstolen som begärt avgörandet. EU-domstolens prejudikat brukar däremot inte i allmänhet anses formellt bindande. Trots det så har EU-domstolen en mycket stor betydelse när den t.ex. uttalar sig om tolkningen av EU-rättsliga bestämmelser och det är ofta EU-domstolen som varit den pådrivande kraften i EU-rättens utveckling. En av EU-domstolens fastslagna tolkningar kan i praktiken betraktas som bindande då den, så länge inte andra bevis framkommit, anses utgöra tillräckliga skäl att tolka bestämmelsen på samma sätt i senare fall.²² En analys av EU-domstolens praxis har således varit ytterst central för hur EU-rätten ska tillämpas. Det är genom dess praxis som de olika metoder som finns för att fastställa överprissättning har skapats.

Tribunalens avgöranden har inte samma prejudikatvärde som EU-domstolens avgöranden men har likväl bidragit till att utveckla rättsläget och har en relativt stark ställning som rättskälla, bl.a. när det gäller konkurrensrättsliga bedömningar.²³ I det här arbetet har avgöranden från Tribunalen använts i de grundläggande kapitlen om dominerande ställning och missbruk.

²¹ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40.

²² Lehrberg (2019), s. 197; Reichel (2018), s. 131.

²³ Bernitz & Kjellgren (2014), s. 90 f; Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 56.

Till följd av att rättspraxis på området är relativt begränsad och på grund av svårigheterna som föreligger i samband med tolkningen av EU-domstolens avgöranden, har doktrin till stor del använts för att klargöra den rättspraxis som finns. Flera olika författares syn på EU-domstolens rättspraxis har använts i arbetet för att ge en så objektiv och klar bild som möjligt av rättsläget och för att lättare själv kunna ta ställning till vad som faktiskt fastställts i de olika rättsfallen. Doktrinen har därutöver studerats för att visa styrkor och svagheter med de olika metoder som EU-domstolen har etablerat genom sina avgöranden.

Vid urvalet av juridisk litteratur har jag valt att använda författare som är ständigt förekommande på det för arbetet relevanta området och som frekvent hänvisas till i litteraturen. Av den juridiska litteraturen som använts rör det sig i stor utsträckning om erkända konkurrensrättsliga handböcker som t.ex. *Competition Law* av Whish och Bailey. Det enskilt mest använda verket är emellertid Henrikssons avhandling *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, som presenterar en omfattande redogörelse för området överprissättning. Till stor hjälp för arbetet har även varit juridisk litteratur i form av tidskriftsartiklar som behandlar ämnet överprissättning, där t.ex. Konkurrensverkets artikelsamling *The Pros and Cons of High Prices* utmärker sig.

Vidare har jag använt ett förslag till avgörande från generaladvokat Wahl, då han på ett utförligt sätt går igenom rättsläget på området överprissättning.²⁴ Generaladvokaternas förslag till avgörande är icke bindande sekundärrätt och enbart vägledande. Däremot har generaladvokaternas förslag till avgörande stor betydelse i praktiken och är ofta till hjälp vid tolkning och tillämpning av EU-rätt.²⁵

²⁴ Förslag till avgörande i C-177/16 *Biedrība Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:286.

²⁵ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 116 ff.

Jag har dessutom använt mig av beslut från Europeiska kommissionen (kommissionen). Dessa är bindande i alla delar men om beslutet anger vem eller vilka det riktar sig till, är det bindande endast för dessa enligt artikel 288 FEUF. Eftersom att de beslut från kommissionen som jag har använt mig av är riktade till specifika parter får besluten endast anses vägledande vid tolkningen av rättsläget generellt.²⁶ Besluten har emellertid frekvent hänvisats till i juridisk litteratur varför de får anses vara relevanta för arbetet. Framför allt kommissionens beslut i *Port of Helsingborg* är återkommande när det skrivs om överprissättning och torde därför ge en god vägledning kring rättsläget.²⁷

I arbetet har jag även använt riktlinjer och vägledningar från kommissionen. Dessa betraktas som soft law och har karaktären av icke-bindande dokument och har således endast varit vägledande för utredningen i arbetet. Däremot har dessa typer av dokument ofta en påtaglig normerande verkan och EU-domstolen har funnit att nationella myndigheter och domstolar kan vara skyldiga att använda soft law när den t.ex. har till syfte att fylla ut bindande EU-rättsliga bestämmelser.²⁸

Medlemsstaternas nationella konkurrenslagstiftningar baseras i stort sett helt och hållet på EU-rätten.²⁹ Motsvarigheten till artikel 102 FEUF om missbruk av dominerande ställning finns i Sverige i 2 kap. 7 § KL. Det konstateras i förarbetena till KL att ”Konkurrenslagets materiella regler tolkas mot bakgrund av den rättspraxis som utvecklats av EG:s domstolar”.³⁰ Dessutom gäller att tillämpningen av unionsrätten ska vara enhetlig vilket innebär att nationella domstolar och myndigheter ska tillämpa de nationella reglerna i enlighet med EU-rätten.³¹ Nationella tolkningskällor såsom nationell rättspraxis kan således användas för att förstå hur en rättsakt bör tolkas, även

²⁶ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40.

²⁷ Commission decision of 23 July 2004, Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg.

²⁸ Reichel (2018), s. 127 f.

²⁹ Whish & Bailey (2018), s. 75.

³⁰ Prop. 2007/08:135, s. 70.

³¹ Bernitz (2019), s. 66 f.

om dessa källor i slutändan inte är avgörande för att fastställa innehållet i en EU-regel.³² Av den anledningen har avgöranden från nationella domstolar i medlemsstaterna till viss del också varit av intresse för utredningen. I den mån rättspraxis från svenska domstolar har använts har det främst varit för att exemplifiera hur en relevant marknad kan definieras. Ett flertal avgöranden från Storbritannien har haft stort inflytande på diskussionen kring överprissättning på en EU-rättslig nivå och är ständigt återkommande inom den juridiska litteraturen om överprissättning. Rättsfallen är dessutom från tiden innan Brexit varför de kan anses vägledande vid tolkning av EU-rätten.

1.5 Forskningsläge

Konkurrensrätten generellt, och särskilt just överprissättning, är ett område som inte enbart är av intresse för jurister utan även högst relevant inom den nationalekonomiska forskningen. Det är möjligt att skönja två olika aspekter av forskningen kring överprissättning. Den första aspekten, och den som primärt är föremål för det här arbetet, är hur överprissättning rent juridiskt definieras och hur ett sådant missbruk kan påvisas. Den andra aspekten är mer teoretisk och handlar om marknadens självreglering. Vissa akademiska författare anser att överprissättning av företag kommer justeras av sig självt och att man därför ska undvika att lägga sig i företagets prissättning. Flera akademiska författare på området behandlar emellertid båda aspekterna av överprissättning.

Praxis på området överprissättning är begränsad och detta är något som avspeglat sig även på utbudet av doktrin. Efter kommissionens beslut i *Port of Helsingborg* följde emellertid en mer intensiv debatt avseende behandlingen av överdriven prissättning. En stor del av den använda litteraturen är publicerad åren närmast efter kommissionens beslut, däribland Konkurrensverkets artikelsamling *The Pros and Cons of High Prices* från år 2007. När överprissättning mer utförligt behandlas rör det sig ofta om

³² Reichel (2018), s. 125 f.

tidskriftsartiklar. De mer omfattande konkurrensrättsliga handböckerna som *Competition Law* av Whish och Bailey samt *Bellamy & Child: European Union Law of Competition* av Bailey m.fl. redogör emellertid förhållandevis djupgående för rättsläget avseende överprissättning.

För svensk del får förgrundsfiguren på området överprissättning anses vara Lars Henriksson, professor i rättsvetenskap med särskild inriktning på konkurrensrätt vid Handelshögskolan i Stockholm. Han har publicerat ett antal artiklar och böcker på området, där hans avhandling *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans* från år 2003 är den mest genomgående utredningen av överprissättning.

Behovet av tydliggörande på området är stort. Det här arbetet bidrar förhoppningsvis till forskningen genom att sammanfatta och tydliggöra rättsläget kring överprissättning, något som är särskilt nödvändigt vid sådana extraordinära marknadsförhållanden som de som föreligger i Covid-19 pandemin. Konkurrensrättsliga myndigheter borde ha ett intresse av att på ett korrekt sätt kunna avgöra om ett företag missbrukar sin dominerande ställning genom överprissättning. Detta för att på bästa sätt skydda konsumenternas välfärd. Därtill är det viktigt att ett dominerande företag har möjlighet att förutse om dess prissättning, ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, kommer vara tillåten eller inte.

1.6 Disposition

I arbetets andra kapitel redogörs för det konkurrensrättsliga begreppet dominerande ställning. Redogörelsen behandlar den tvåstegsbedömning som görs vid en utredning av ett företags eventuella dominerande ställning, nämligen en avgränsning av relevant marknad samt en bedömning av ett företags dominans på den avgränsade marknaden.

Kapitel tre är inriktat på vad som utgör missbruk av en sådan dominerande ställning. Fokus ligger på de två huvudtyperna av missbruk, nämligen

exploaterande och exkluderande missbruk. Arbetets andra och tredje kapitel är grundläggande för läsarens förståelse av arbetets centrala fokus som är missbruksformen överprissättning.

Arbetes kärna ligger i det fjärde kapitlet där en genomgripande undersökning av missbruksformen överprissättning görs. Till att börja med ges en inledande redogörelse för det juridiska begreppet överprissättning. Därefter följer ett avsnitt där det redogörs för ekonomisk teori beträffande ett företags prissättning, med fokus på vad överpriser rent ekonomiskt faktiskt är för något. Här redogörs också för de objektiva marknadsförutsättningar som bör föreligga för att det ska röra sig om en marknad där överpriser kan förekomma och således bör ingripas emot. Därefter följer ett längre avsnitt som innehåller en omfattande utredning av praxis och doktrin gällande den för arbetet centrala frågan om när ett agerande rent juridiskt kan konstateras utgöra överprissättning. Slutligen lämnas en kort redogörelse för de argument som finns mot att ingripa mot överpriser.

Kapitel fem ger en kortare rapport av exempel på prisökningar som skett under Covid-19 pandemin och ger även exempel på ärenden avseende överprissättning som inletts av konkurrensmyndigheter runt om i EU. Kapitlet är nödvändigt som underlag för den senare diskussionen om tillämpningen av metoderna för att påvisa ett missbruk genom överprissättning under Covid-19 pandemin.

I arbetets sjätte kapitel görs en analys av rättsläget. Dispositionen i analysen följer i huvudsak den frågeställning som använts för arbetet. De tillvägagångssätt som etablerats för att påvisa överprissättning analyseras och delas upp i två huvudmetoder. Slutligen förs en diskussion om hur tillämpningen av dessa metoder kan komma att se ut under Covid-19 pandemin.

Avslutningsvis, i kapitel sju, sammanfattas resultatet från undersökningen i en avslutande kommentar.

2 Dominerande ställning

2.1 Inledning

Artikel 102 FEUF riktar sig mot ett ensidigt agerande av ett företag eller en företagsgrupp. En grundläggande förutsättning för att bestämmelsen ska kunna tillämpas är att ett företag eller en företagsgrupp har en dominerande ställning på en given marknad.³³ EU-domstolen har i *United Brands* redogjort för vad som menas med en dominerande ställning:

”Med begreppet dominerande ställning i artikel 86 avses den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjligheten att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter.”³⁴

För att fastställa att ett företag har en dominerande ställning görs en tvåstegsbedömning.³⁵ För det första måste en avgränsning av den relevanta marknaden göras.³⁶ När den relevanta marknaden är fastställd är det därefter nödvändigt att avgöra om företaget har en dominerande ställning på denna.³⁷

2.2 Relevant marknad

Bestämmandet av den relevanta marknaden är centralt för bedömningen av om ett företag har en dominerande ställning.³⁸ Den relevanta marknaden

³³ Whish & Bailey (2018), s. 187.

³⁴ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 65; Gamla artikel 86 är numera artikel 102 FEUF.

³⁵ Whish & Bailey (2018), s. 188.

³⁶ C-6/72 *Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen*, EU:C:1973:22, pt. 32.

³⁷ Whish & Bailey (2018), s. 188.

³⁸ Bernitz (2019), s. 140.

avgränsas i en produktdimension och en geografisk dimension.³⁹ Som vägledning vid bestämmandet av den relevanta produktmarknaden finns bl.a. kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad.⁴⁰

Avgörande vid bestämmandet av den relevanta produktmarknaden är en produkts substituerbarhet.⁴¹ Varor som är inbördes utbytbara med varandra med hänsyn till egenskaper, pris, användning m.m. tillhör samma marknad.⁴² I t.ex. målet *United Brands*, där frågan var om bananer tillhörde en egen marknad i förhållande till annan färsk frukt, konstaterade EU-domstolen att det beror på om bananen kan särskiljas från annan färsk frukt så att bananen endast i en begränsad omfattning kan bytas ut mot dessa andra frukter och utsättas för konkurrens av dessa andra frukter i en knappt märkbar omfattning.⁴³ EU-domstolen fann i det fallet att bananer utgjorde en egen marknad som i hög grad skilde sig från annan färsk frukt.⁴⁴ I andra fall har t.ex. tidningar och tidskrifter ansetts skilja sig från böcker så avsevärt att de tillhört olika produktmarknader, försäljning av dryck i lokal har skiljts från försäljning av dryck i dagligvaruhandel och tågtrafik har ansetts avgränsat från busstrafik.⁴⁵

Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen huvudsakligen tillhandahåller de relevanta produkterna.⁴⁶ I *United Brands* klargjordes att möjligheterna till konkurrens ska bedömas även med hänsyn till det klart angivna geografiska område inom vilket produkten saluförs och där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga

³⁹ Carlsson & Bergman (2015), s. 364.

⁴⁰ Kommissionens tillkännagivande om definition av relevant marknad, EGT 1997 C 372/5; Tillkännagivandet har erkänts av EU-domstolar i flertalet fall, t.ex. T-321/05 *AstraZeneca AB och AstraZeneca PLC mot kommissionen*, EU:T:2010:266.

⁴¹ C-6/72 *Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen*, EU:C:1973:22, pt. 32.

⁴² Kommissionens tillkännagivande om definition av relevant marknad, EGT 1997 C 372/5, pt. 7.

⁴³ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 22.

⁴⁴ *Ibid.*, pt. 35.

⁴⁵ Se MD 2002:5 *Månadens bok*, C-234/89 *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91 och MD 2000:2 *SJ/BK Tåg*.

⁴⁶ Bernitz (2019), s. 43.

för att man ska kunna bedöma verkan av det berörda företags ekonomiska styrka.⁴⁷ För t.ex. industrivaror torde hela Sverige vara en enda marknad, men för detaljhandel, där närheten till kundkretsen spelar en större roll, är marknaden ofta lokalt avgränsad.⁴⁸

Vid avgränsningen av både den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden är det i första hand utbytbart från efterfrågesidan som beaktas.⁴⁹ Grunden för denna avgränsning är det s.k. SSNIP-testet (small but significant and non-transitory increase in price). Om en liten (5–10 %), men varaktig prishöjning sker på en produkt, kommer kunderna i sådant fall ersätta den prishöjda produkten med en annan produkt, alternativt vända sig till företag utanför den aktuella geografiska marknaden? Om så är fallet ingår även de produkterna och det geografiska området i den relevanta marknaden. Testet görs till dess att man ser att en prishöjning inte skulle generera tillräcklig utbytbart, dvs. till dess att marknaden inte blir större.⁵⁰

I vissa situationer kan det vara till hjälp att bedöma även utbytbart på utbudssidan.⁵¹ Utbytbart mäts då utifrån en bedömning av om leverantörer, som svar på små och varaktiga förändringar av priser, kan ställa om sin produktion och marknadsföra produkterna på kort sikt utan att ådra sig väsentliga kostnader eller risker.⁵²

Att bestämma den relevanta marknaden är i praktiken ofta mycket svårt, men för frågan om ett företag är dominerande eller inte är det alltså av grundläggande betydelse hur den relevanta marknaden avgränsas.⁵³ Vid

⁴⁷ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 11.

⁴⁸ Bernitz (2019), s. 44; Se t.ex. MD 2000:6 *AGA Gas* och MD 1997:11 *VIVO Stockholm* för skillnaden i avgränsningen av geografiska marknader.

⁴⁹ Karlsson & Östman (2014), s. 127.

⁵⁰ Karlsson & Östman (2014), s. 129; Olsson (2009), s. 90 f.

⁵¹ Olsson (2009), s. 99.

⁵² Kommissionens tillkännagivande om definition av relevant marknad, EGT 1997 C 372/5, pt. 20.

⁵³ Bernitz (2019), s. 140.

bestämmandet av den relevanta marknaden när det gäller missbruksfall tillämpas i allmänhet en snävt avgränsad marknad för att öka antalet företag som anses dominerande.⁵⁴

2.3 Dominans

Efter det att den relevanta marknaden har bestämts måste det avgöras om ett företag har en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Nyckelfrågan är om ett företag i betydande omfattning kan agera oberoende av sina konkurrenter och kunder.⁵⁵ Av praxis följer att bedömningen av om ett företag har dominerande ställning grundas på ett flertal omständigheter.⁵⁶

I målet *Hoffman-La Roche* uttalade EU-domstolen att förekomsten av omfattande marknadsandelar är en faktor som har stor betydelse för bedömningen.⁵⁷ Vidare angav domstolen att särskilt stora marknadsandelar i sig självt, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning, även om marknadsandelarnas betydelse kan skifta från en marknad till en annan.⁵⁸ I *AKZO* slog EU-domstolen fast att särskilt höga marknadsandelar på 50 % eller mer, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning.⁵⁹ Således föreligger en presumtion för att ett företag med marknadsandelar över 50 % innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden.⁶⁰ I kommissionens vägledning om prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget (nuvarande artikel 102 FEUF) sägs att vid en marknadsandel på under 40 % är det osannolikt att ett företag har en dominerande ställning.⁶¹ I ett enda fall har det funnits att ett företag haft en dominerande ställning med en

⁵⁴ Gustafsson & Westin (2016), s. 130.

⁵⁵ Bernitz (2019), s. 142.

⁵⁶ Carlsson & Bergman (2015), s. 366.

⁵⁷ C-85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG mot kommissionen*, EU:C:1979:36, pt. 39.

⁵⁸ *Ibid.*, pt. 41.

⁵⁹ C-62/86 *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, EU:C:1991:286, pt. 60.

⁶⁰ Whish & Bailey (2018), s. 190.

⁶¹ Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/02, pt. 14.

marknadsandel under 40 %. I detta fall var det British Airways som av kommissionen, och sedermera Tribunalen, ansågs vara dominerande med en marknadsandel på 39,7 %.⁶² Den slutsats som kan dras utifrån EU-domstolens praxis och kommissionens vägledning är att en marknadsandel på 40–50 % torde vara ett beaktansvärt och tydligt tecken på att ett företag har en dominerande ställning.⁶³

Ytterligare en faktor för bedömningen av ett företags eventuella dominans är trycket från potentiella konkurrenter.⁶⁴ Mer specifikt är det möjligheterna till nyetablering på marknaden för framtida konkurrenskraftiga aktörer som bedöms.⁶⁵ Dessa möjligheter är varierande beroende på vilken marknad som är aktuell, men hänger särskilt samman med förekomsten eller frånvaron av inträdesbarriärer eller andra hinder för expansion. Det kan handla om att rättsliga barriärer såsom immateriella rättigheter och tillståndskrav gör det svårt för potentiella konkurrenter att etablera sig.⁶⁶ Vidare kan det röra sig om finansiella hinder, som t.ex. höga investeringskostnader, eller strukturella hinder, som skal- och stordriftsfördelar.⁶⁷ Om sådana hinder förekommer är det alltså en faktor som talar för att ett företag har en dominerande ställning på en marknad.

Den tredje och sista kategorin av faktorer som påverkar bedömningen av ett företags dominerande ställning hänför sig till kundsidan och avser motverkande köpmakt från kunder.⁶⁸ I ett beslut mot Motorola Mobility LLC påpekade kommissionen att det centrala elementet av motverkande

⁶² T-219/99 *British Airways PLC mot kommissionen*, EU:T:2003:343, pt. 189–225; Whish & Bailey (2018), s. 190 f.

⁶³ Carlsson & Bergman (2015), s. 368; Bernitz (2019), s. 142 f.

⁶⁴ Whish & Bailey (2018), s. 191.

⁶⁵ Bernitz (2019), s. 143.

⁶⁶ Carlsson & Bergman (2015), s. 369; Förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P *Radio Telefís Eirann och Independent Television Publications Ltd mot kommissionen*, EU:C:1995:98.

⁶⁷ Carlsson & Bergman (2015), s. 369; C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continental BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 122.

⁶⁸ Whish & Bailey (2018), s. 191.

köparmakt är köparens möjlighet att byta till konkurrerande leverantörer.⁶⁹ Om den motverkande köparmakten är tillräckligt stark kan detta således motverka att ett företag t.ex. höjer sina priser.⁷⁰

⁶⁹ Commission decision of 29 April 2014 addressed to Motorola Mobility LLC relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement, EUT 2014 C 344/6.

⁷⁰ Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/02, pt. 18.

3 Missbruk av dominerande ställning

3.1 Inledning

Ovanstående kapitel två har redogjort för när ett företag anses inneha en dominerande ställning. Följande kapitel tre kommer att redogöra för när ett agerande anses utgöra missbruk av en sådan dominerande ställning. Det är till att börja med viktigt att notera att EU-domstolen har framhållit att de konkurrensrättsliga reglerna inte har som syfte att hindra ett företag från att inneha en dominerande ställning på marknaden.⁷¹ Inte heller syftar de till att säkerställa att konkurrenter som är mindre effektiva än det företag som har en dominerande ställning ska kunna stanna på marknaden.⁷² Lagstiftningen är istället inriktad mot att motverka att dominerande företag missbrukar sin ställning på marknaden gentemot konsumenter och andra aktörer.⁷³ EU-domstolen har däremot slagit fast att ett företag i en dominerade ställning har ett särskilt ansvar att inte skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden.⁷⁴

I målet *Hoffman-La Roche* fastslog EU-domstolen att missbruksbegreppet är ett objektivet begrepp.⁷⁵ Vidare framgår det av målet *British Airways* att det inte behöver vara styrkt att missbruket haft en konkret inverkan på den berörda marknaden för att en överträdelse ska ha ansetts skett. Det räcker att det handlande som företaget gör sig skyldigt till skulle kunna ha en sådan inverkan.⁷⁶

⁷¹ C-322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen*, EU:C:1983:313, pt. 57.

⁷² Se bl.a. C-209/10 *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet*, EU:C:2012:172, pt. 21.

⁷³ Bernitz (2019), s. 136 f.

⁷⁴ C-322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen*, EU:C:1983:313, pt. 57.

⁷⁵ C-85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG mot kommissionen*, EU:C:1979:36, pt. 91.

⁷⁶ T-219/99 *British Airways PLC mot kommissionen*, EU:T:2003:343, pt. 10.

Artikel 102 FEUF innehåller en icke uttömmande uppräkningslista av olika typer av missbruk av en dominerande ställning.⁷⁷ De exempel på missbruk som räknas upp i artikeln kan delas upp i två huvudtyper. Det rör sig om dels exploaterande missbruk, dels exkluderande missbruk.⁷⁸ Utöver de två huvudtyperna av missbruk förekommer emellertid även en annan typ av missbruk där ett dominerande företag, genom ett strukturellt agerande, missbrukar sin ställning. I *Continental Can* slog EU-domstolen fast att artikel 82 FEUF (nuvarande artikel 102 FEUF) kan användas mot fusioner där det dominerande företaget genom förvärv av en konkurrent avsevärt minskar konkurrensen och således missbrukar sin dominerande ställning.⁷⁹ Efter domen fattade kommissionen däremot knappt ett enda beslut avseende missbruk genom faktiska fusioner och därför ansågs det nödvändigt med ett enhetligt kontrollsystem för företagskoncentrationer. År 1990 trädde således rådets förordning (EEG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer ikraft.⁸⁰ Idag regleras företagskoncentrationer genom rådets förordning (EG) nr. 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.⁸¹ Denna typ av missbruk kommer inte att behandlas mer inom ramen för det här arbetet.⁸²

3.2 Exploaterande missbruk

Exploaterande eller utnyttjande missbruk innebär att det dominerande företaget särskilt utnyttjar den egna marknadsställningen till sin egen fördel.⁸³ Mer specifikt uttalade EU-domstolen i *United Brands* att vid utredningen av om ett agerande från ett dominerande företag utgör ett exploaterande missbruk måste det undersökas:

⁷⁷ Bernitz (2019), s. 144.

⁷⁸ Carlsson & Bergman (2015), s. 378.

⁷⁹ C-6/72 *Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen*, EU:C:1973:22, pt. 1 och 26.

⁸⁰ Rådets förordning (EEG) nr. 4064/89; Fejø & Ølykke (2014), s. 504.

⁸¹ Rådets förordning (EG) nr. 139/2004.

⁸² För vidare läsning se Fejø & Ølykke (2014), kap VII.

⁸³ Bernitz (2019), s. 146.

” [...] om innehavaren av denna ställning har utnyttjat de möjligheter som följer av denna för att uppnå handelsfördelar som denne inte skulle ha uppnått om det hade rått en normal och tillräckligt effektiv konkurrens”.⁸⁴

Genom ett agerande i form av exploaterande missbruk gör ett dominerande företag vanligtvis vinster genom att t.ex. ta oskäligt höga priser på kunders bekostnad, så kallad överprissättning. Det kan också röra sig om att det dominerande företaget på grund av sin ställning inte behöver utveckla och förbättra sin effektivitet för att hålla jämna steg med, eller ligga före, konkurrenter, vilket även det är till nackdel för kunderna.⁸⁵ Sådana exploaterande ageranden som leder till välfärdsluster och ineffektivitet på marknaden utgör exempel på de negativa effekterna av bristande konkurrens.⁸⁶

Utöver överprissättning, som kanske är det vanligaste exemplet på ett exploaterande agerande, kan nämnas missbruk i form av bl.a. kopplingsförbehåll och andra oskäligen affärsvillkor såsom ensidigt fastställande av avtalsvillkor.⁸⁷

3.3 Exkluderande missbruk

Exkluderande eller utestängande missbruk innebär att det dominerande företaget använder sin marknadsställning till att försvåra konkurrenssituationen för utomstående företag.⁸⁸ I *Continental Can* slog EU-

⁸⁴ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 249; Karlsson & Östman (2014), s. 664.

⁸⁵ Whish & Bailey (2018), s. 208.

⁸⁶ Henriksson (2013), s. 211 ff.

⁸⁷ Se t.ex. T-201/04 *Microsoft Corp. mot kommissionen*, EU:T:2007:289 och T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) mot kommissionen*, EU:T:2001:272.

⁸⁸ Bernitz (2019), s. 146.

domstolen fast att artikel 82 (nuvarande artikel 102 FEUF) kan appliceras på såväl exkluderande som exploaterande missbruk.⁸⁹

När det gäller åtgärder som kan utgöra exkluderande missbruk framhålls det i EU-domstolens praxis att:

”Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas.”⁹⁰

Det skadliga med det exkluderande missbruket är att det dominerande företaget får möjlighet att agera på ett sätt som leder till konkurrenshämmande utestängning, vilket hindrar potentiella konkurrenter från att träda in på marknaden.⁹¹ Exkluderandet kan ske horisontellt mot företag som är konkurrenter i samma produktions- eller distributionsled.⁹² Exkluderande kan även ske vertikalt mot företag i ett annat produktions- eller distributionsled, t.ex. tillverkare och återförsäljare.⁹³ Exempel på exkluderande missbruk är bl.a. exklusivitetsförpliktelser, inköpsåtaganden samt rabatt- och bonussystem.⁹⁴

⁸⁹ C-6/72 *Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen*, EU:C:1973:22.

⁹⁰ Se t.ex. C-85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG mot kommissionen*, EU:C:1979:36, pt. 91 och C-62/86 *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, EU:C:1991:286, pt. 69.

⁹¹ Whish & Bailey (2018), s. 210 f.

⁹² Se t.ex. C-552/03 P *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd (tidigare Van den Bergh Foods) mot kommissionen*, EU:C:2006:607.

⁹³ Se t.ex. Förenande målen C-6/73 och C-7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen*, EU:C:1974:18.

⁹⁴ Whish & Bailey (2018), s. 216; Se t.ex. förenade målen C-40–48/73, C-50/73, C-54/73, C-111/73, C-113/73 114/73 *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA m.fl. mot kommissionen*, EU:C:1975:174.

3.4 Objektivt godtagbara skäl och effektivitetsvinster

Även om det inte finns någon uttrycklig möjlighet till undantag från missbruksförbudet är det inte fråga om ett *per se*-förbud. I praxis har det nämligen klargjorts att ett beteende som i utgångsläget utgör missbruk ändå kan rättfärdigas och anses förenligt med konkurrensreglerna.⁹⁵ Rättfärdigandet av ett missbruk kan bestå dels i att påvisa att beteendet är objektivt nödvändigt, dels att den effekt som beteendet ger upphov till kan motvägas eller uppvägas av fördelar i effektivitetshänseende som även gynnar konsumenten.⁹⁶

Objektiv nödvändighet som grund för rättfärdigande av ett missbruk har använts flera gånger och då i kombination med att missbruket i fråga måste vara proportionerligt.⁹⁷ I punkt 29 i kommissionens vägledning avseende tillämpningen av artikel 102 FEUF anges att ett agerande, för att kunna rättfärdigas, måste grundas på externa faktorer i förhållande till det dominerande företaget. Ett missbrukande agerande kan t.ex. vara objektivt nödvändigt av hälso- eller säkerhetsskäl som har att göra med den aktuella produktens art.⁹⁸

När det gäller rättfärdigande i effektivitetshänseende kan det t.ex. handla om tekniska förbättringar eller minskade produktionskostnader.⁹⁹ Denna rättfärdigandegrund kan enligt kommissionen endast användas om fyra kumulativa villkor är uppfyllda. Till att börja med måste effektivitetsvinsterna ha uppstått eller sannolikt kommer att uppstå till följd av beteendet. Beteendet måste vidare vara nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna och det får

⁹⁵ Carlsson & Bergman (2015), s. 382.

⁹⁶ Henriksson (2013), s. 256.

⁹⁷ Se t.ex. C-311/84 *Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)*, EU:C:1985:394; Whish & Bailey (2018), s. 217.

⁹⁸ Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/02, pt. 29.

⁹⁹ Carlsson & Bergman (2015), s. 383.

inte finnas några mindre konkurrensbegränsande alternativ. Därutöver ska effektivitetsvinsterna uppväga den eventuella negativa inverkan på konkurrensen och konsumenternas välfärd som beteendet ger upphov till. Slutligen får beteendet inte sätta den effektiva konkurrensen ur spel genom att undanröja alla eller de flesta källorna till faktisk eller potentiell konkurrens.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/02, pt. 30.

4 Överprissättning

4.1 Begreppets innebörd

Det är ekonomiskt rationellt för ett dominerande företag att sätta priser som maximerar dess lönsamhet och som är högre än det pris de hade behövt sätta på en konkurrensutsatt marknad. En sådan prissättning kan dock resultera i att priserna anses oskäligt höga.¹⁰¹ I artikel 102 a FEUF anges som exempel på missbruk att direkt eller indirekt påtvinga någon oskäliga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäliga affärsvillkor. En typ av missbruk som faller under den punkten är överprissättning, vilket innebär att ett företag utnyttjar sin marknadsställning till att ta alltför höga priser till skada för köpare eller konkurrenter. Överprissättning kan vara både exploaterande genom att ett oskäligt högt pris drabbar en köpare och exkluderande genom att det används som ett medel för att utestänga andra företag från marknaden genom oskäligt höga tillträdesavgifter.¹⁰²

4.2 Ekonomisk teori och förutsättningar för överprissättning

4.2.1 Ekonomisk teori

Den centrala juridiska frågan för det här arbetet är när ett pris övergår från att ”bara” vara högt, till att vara oskäligt högt och således utgör ett överpris. För att läsaren ska få en överblick över de generella konsekvenser som uppstår vid överprissättning och på så sätt bättre förstå varför det har etablerats ett förbud mot ett sådant agerande, kommer emellertid här att ges en kort redogörelse för den ekonomiska teorin kring överpriser.¹⁰³

¹⁰¹ Bailey et al., (2018), s. 930 f.

¹⁰² Henriksson (2003), s. 407.

¹⁰³ Ibid., s. 412.

När marknadsmodeller placeras ut på en skala över marknadsstyrka finner vi perfekt konkurrens längst ut på den ena änden. Vid perfekt konkurrens är det inget företag som har något marknadsinflytande och priset bestäms helt och hållet av marknaden.¹⁰⁴ Marknadspriset bestäms av det läge där marginalkostnaden (kostnaden för en producent att tillverka ytterligare en enhet) är lika med marginalintäkten (intäkten för en producent om denne säljer ytterligare en enhet). Med andra ord så kommer priset att ligga där utbudskurvan skär efterfrågekurvan.¹⁰⁵

Längst ut på den andra änden av skalan ligger monopolsituationen.¹⁰⁶ I ett monopol behöver företaget inte ta hänsyn till utbudsfaktorerna eftersom det själv helt kontrollerar utbudet.¹⁰⁷ Det företag som innehar monopol har maximal marknadsstyrka och avgör själv priset på sina produkter. Eftersom att monopolisten är ensam på sin marknad är efterfrågan på marknaden lika med efterfrågan på monopolistens produkt.¹⁰⁸

Skillnaden mellan marknadspriset vid perfekt konkurrens och monopolpriset är ett överpris som konsumenterna måste betala.¹⁰⁹ En monopolsituation skapar en social välfärdsförlust genom att konsumenterna får betala ett högre pris än vid perfekt konkurrens. Det blir alltså en vinst för producenten på bekostnad av konsumenter. Dessutom förlorar marknaden de konsumenter som varit villiga att köpa en produkt till marknadspriset, men inte till det högre monopolpriset. Detta brukar kallas för en dödviktsförlust.¹¹⁰

I ekonomiska termer rör det sig alltså om ett överpris så fort priset är över marknadspriset som ett resultat av att ett företag utnyttjar sin marknadsstyrka. Teoretiskt sett skulle det således kunna röra sig om missbruk så fort ett företag med styrka att påverka marknaden agerar på den relevanta marknaden.¹¹¹ Det

¹⁰⁴ Faull & Nikpay (2014), s. 20.

¹⁰⁵ Henriksson (2003), s. 409; Niels, Jenkins & Kavanagh (2016), s. 10 och 12.

¹⁰⁶ Faull & Nikpay (2014), s. 21.

¹⁰⁷ Henriksson (2003), s. 410.

¹⁰⁸ Faull & Nikpay (2014), s. 21 f.

¹⁰⁹ Henriksson (2003), s. 411 f.

¹¹⁰ Ibid., s. 411; Williams (2007), s. 129.

¹¹¹ Faull & Nikpay (2014), s. 512.

är emellertid viktigt att ha i åtanke att det mikroekonomiska marknadspriset inte utgör ett relevant referenspris i den juridiska bedömningen samt att höga priser inte nödvändigtvis utgör missbruk.¹¹² Frågan blir då var gränsen ska dras för vad som juridiskt sett utgör överpriser.

4.2.2 Objektiva marknadsförutsättningar för överprissättning

I litteraturen har det hävdats att för att det över huvud taget ska vara möjligt att ingripa mot överprissättning så måste en del objektiva marknadsförutsättningar vara uppfyllda. Det innebär att det endast är på sådana marknader där den dominerande ställningen inte äventyras som det kan vara påkallat att tillämpa konkurrensreglerna mot missbruk i form av överprissättning.¹¹³ Olika tester har föreslagits för att kunna konstatera att det rör sig om en marknad där överprissättning kan förekomma, av vilka ett urval presenteras nedan.¹¹⁴

Det mest strikta testet är, enligt Motta och de Streel, det test som föreslagits av Evans och Padilla.¹¹⁵ Enligt Evans och Padilla ska tre villkor vara uppfyllda för att det ska röra sig om en marknad där det bör ingripas mot överpriser. Till att börja med ska det dominerande företaget mer eller mindre åtnjuta en monopolställning på marknaden, som inte är resultatet av tidigare investeringar eller innovationer och som dessutom är skyddad av oöverstigliga inträdesbarriärer. Vidare ska företagets prissättning överskrida dess genomsnittliga kostnad. Till sist så ska det föreligga en risk för att dessa priser hindrar uppkomsten av nya varor och tjänster på närliggande marknader.¹¹⁶

¹¹² Henriksson (2003), s. 412.

¹¹³ Henriksson (2013), s. 227.

¹¹⁴ Motta & de Streel (2007), s. 21.

¹¹⁵ Ibid., s. 21

¹¹⁶ Evans & Padilla (2005), s. 119.

Även Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) har lyft fram betydelsen av att klargöra de objektiva förutsättningarna för en marknad där överpriser kan förekomma (i de jurisdiktioner där överpriser anses utgöra missbruk). De nämner bl.a. höga och icke övergående inträdesbarriärer, superdominans (nästintill monopol) och frånvaro av en regleringsmyndighet eller svaga regleringsåtgärder.¹¹⁷ Motta och de Streel ställer också upp tre villkor vilka i mångt och mycket stämmer överens med OECD:s föreslagna förutsättningar.¹¹⁸

Det minst restriktiva testet som föreslagits torde vara det från Paulis.¹¹⁹ Han menar att det enda rimliga kriteriet för att identifiera marknader där överprissättning kan förekomma är förekomsten av mycket höga och icke övergående inträdesbarriärer.¹²⁰

Sammanfattningsvis tycks det råda konsensus kring vilka kriterier som bör vara uppfyllda för att det ska röra sig om en marknad där överprissättning kan förekomma, och där det således torde vara påkallat att tillämpa reglerna om missbruk av dominerande ställning.¹²¹ Höga inträdesbarriärer är en återkommande faktor. Likaså det faktum att ett företag innehar en monopolställning eller nästintill en sådan ställning. Det rör sig helt enkelt om marknader där ett företag har en så befäst dominerande ställning att en markant höjning av priset på dess produkter inte äventyrar dess ställning.

¹¹⁷ OECD Competition Policy Roundtables, Excessive Prices, DAF/COMP(2011)18, s. 48–53, <<https://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>>, besökt 2020-10-07; I Sverige finns t.ex. energimyndigheten som fungerar som regleringsmyndighet för energibranschen.

¹¹⁸ Motta & de Streel (2007), s. 22–29.

¹¹⁹ Ibid., s. 22.

¹²⁰ Paulis (2008), s. 522.

¹²¹ Henriksson (2013), s. 227.

4.3 Fastställande av överprissättning

4.3.1 Inledning

Efter att ha identifierat de marknader som kan bli föremål för överprissättning av ett dominerande företag, följer den komplexa, och för det här arbetet centrala, uppgiften att avgöra om det höga priset som tas ut av det dominerande företaget faktiskt är oskäligt.¹²² Frågan är både teoretiskt och praktiskt komplicerad och blir inte lättare av det finns få avgörande från EU-domstolen avseende överprissättning.¹²³ Med utgångspunkt i EU-domstolens dom i målet *United Brands*, kommer de metoder som utvecklats i praxis att presenteras nedan. Först och främst följer emellertid en kort redogörelse för den tidiga praxis som vidrört vid missbruk i form av överprissättning.

4.3.2 Tidig praxis avseende höga priser

Ett av de första rättsfallen som snuddat vid överprissättning är *Parke Davis mot Probel*.¹²⁴ Där konstaterade EU-domstolen att enbart det faktum att en patentskyddad produkt har ett högre pris än en icke patentskyddad produkt inte nödvändigtvis innebär att det rör sig om ett missbruk.¹²⁵ I ett senare fall, *Sirena v. EDA*, ansåg EU-domstolen att ett högt pris inte nödvändigtvis var ett tillräckligt kriterium för att påvisa missbruk, men att det likväl kunde utgöra ett avgörande indicium på missbruk, om priset är mycket högt och i övrigt inte är motiverat ur saklig synpunkt.¹²⁶ Därmed bekräftades att överpriser i sig kunde vara ett konkurrensrättsligt problem. Däremot lämnade inte EU-domstolen några ytterligare klargöranden i frågan om gränsdragningen för vad som utgör ett överpris.¹²⁷ I målet *Deutsche*

¹²² Paulis (2008), s. 522.

¹²³ Henriksson (2006/07), s. 576.

¹²⁴ C-24/67 *Parke, Davis and Co. mot Probel, Reese, Beintema-Interpharm och Centrafarm*, EU:C:1968:11; Henriksson (2003), s. 413.

¹²⁵ C-24/67 *Parke, Davis and Co. mot Probel, Reese, Beintema-Interpharm och Centrafarm*, EU:C:1968:11, pt. 72.

¹²⁶ C-40/70 *Sirena Srl mot Eda Srl m.fl.*, EU:C:1979:236, pt. 17.

¹²⁷ Henriksson (2013), s. 219 f.

Grammophon rörde det sig om en prisskillnad mellan ett fastställt produktpris och de produkter som återimporterats från en annan medlemsstat. EU-domstolen klargjorde i målet att prisskillnader *per se* inte kan ses som ett överpris, men om prisskillnaderna objektivt sett är otillbörliga och särskilt markanta, kan det vara ett tecken på missbruk.¹²⁸

Det första fallet som mer konkret behandlade överpriser var emellertid *General Motors*.¹²⁹ I fallet konstaterade EU-domstolen att ett missbruk kan föreligga bl.a. när ett dominerande företag tillämpar ett pris som inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på den utförda tjänsten.¹³⁰

4.3.3 Försäljningsprisets förhållande till det ekonomiska värdet

4.3.3.1 C-27/76 *United Brands*

I *General Motors* presenterades för första gången en definition av begreppet överprissättning. I det senare, och för det här arbetet centrala, målet *United Brands* återkom EU-domstolen till den definitionen och presenterade för första gången en metod för att avgöra när priset inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet av den transaktion som genomförts.¹³¹ Målet rörde företaget *United Brands* som bedrev handel med bananer. *United Brands*, som hade en marknadsandel på mellan 40–45 %, ansågs inneha en dominerande ställning på den relevanta marknaden.¹³² Kommissionen kom fram till att *United Brands* hade missbrukat sin dominerande ställning genom att sälja bananer till överpris. Mer specifikt ansåg kommissionen att missbruket låg i att *United Brands*, i förhållande till sina kunder i flera olika länder, tillämpat priser som var alltför höga i förhållande till det ekonomiska

¹²⁸ C-78/70 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, EU:C:1971:59, pt. 19.

¹²⁹ C-26/75 *General Motors Continental NV mot kommissionen*, EU:C:1975:150.

¹³⁰ *Ibid.*, pt. 12.

¹³¹ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22; Whish & Bailey (2018), s. 738.

¹³² C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 108.

värdet på den transaktion som genomförts.¹³³ Kommissionen förlitade sig främst på det faktum att United Brands tog ut vitt skilda priser mellan olika medlemsländer. Priserna kunde vara så mycket som 100 % högre i vissa länder. Däremot ogiltigförklarades kommissionens beslut av EU-domstolen, som ansåg att kommissionen inte gjort en tillräcklig kostnadsanalys.¹³⁴ Genom EU-domstolens dom i målet etablerades emellertid ett tillvägagångssätt för att avgöra när ett agerande utgör missbruk genom överprissättning. En metod för att undersöka om det rör sig om ett överpris menade EU-domstolen är att avgöra:

” [...] om det finns en alltför stor brist på överensstämmelse mellan den kostnad som faktiskt har burits och det pris som faktiskt utkrävts och, om det visar sig vara så, skulle det undersökas om det är fråga om ett påtvingande av ett oskäligt pris, antingen i fråga om priset i sig eller i förhållande till priserna på konkurrerande produkter”.¹³⁵

Det tillvägagångssätt som framgår av avgörandet i *United Brands* är således uppdelat i två steg. Det första steget går ut på att fastställa om det rör sig om en tillämpning av ett alltför högt pris för en produkt. Om priset är för högt så går man vidare till det andra steget. Där görs en bedömning av om priset är oskäligt i sig eller i jämförelse med priset på konkurrerande produkter.¹³⁶

4.3.3.2 Första steget – Är priset alltför högt?

I *United Brands* presenterades ett tillvägagångssätt för att avgöra om priset är alltför högt som innebär att försäljningspriset jämförs med den kostnad som faktiskt burits för tillhandahållandet av produkten i fråga.¹³⁷ Enligt generaladvokat Wahl ska denna del av bedömningen inriktas på det

¹³³ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 235.

¹³⁴ *Ibid.*, pt. 258–268.

¹³⁵ *Ibid.*, pt. 252.

¹³⁶ Karlsson & Östman (2014), s. 688.

¹³⁷ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 250–252.

dominerande företagens vinstmarginaler, eller lönsamhet, vid försäljningen av den aktuella produkten.¹³⁸ För att utvinna vinstmarginalen måste en kalkylering av produktens kostnader göras. De kostnader som avses är direkta kostnader som uppkommer i samband med tillhandahållandet av varan eller tjänsten samt sådana indirekta kostnader som rimligen kan hänföras till varan eller tjänsten.¹³⁹

Att priset måste vara kopplat till kostnadsstrukturen tydliggjordes i fallet *GZS*, vilket handlade om prissättning för behandling och utdelning av inkommande gränsöverskridande post. Den tyska posten, som åtnjöt legalt monopol på den tyska postmarknaden, hade rätten att påföra porto till full inhemsk taxa på försändelser som postades i stora kvantiteter hos postväsendet i en annan medlemsstat.¹⁴⁰ Den tyska posten gjorde däremot inte avdrag för terminalavgifter som redan betalats av den avsändande postförvaltningen till den mottagande postförvaltningen, i det här fallet den tyska posten. Den avsändande postförvaltningen skulle således bli tvungen att betala dubbel avgift, dvs. både terminalavgift och full inhemsk taxa. Att inte göra avdrag för terminalavgifterna vore enligt EU-domstolen ett missbruk av dominerande ställning.¹⁴¹

I ytterligare ett fall, *DSD*, underströks kostnadernas betydelse för prissättningen.¹⁴² *Duales System Deutschland (DSD)* administrerade i Tyskland ett nationellt system för insamling och återvinning av förpackningar. Avtalsparter till *DSD* hade tillstånd att mot vederlag förse förpackningar med symbolen *Der Grüne Punkt*.¹⁴³ *DSD* krävde att företagen

¹³⁸ Förslag till avgörande i C-177/16 *Biedrība Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:286, pt. 18.

¹³⁹ Bailey et al., (2018), s. 933.

¹⁴⁰ Förenade målen C-147/97 och 148/97 *Deutsche Post AG mot Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) och Citicorp Kartenservice GmbH*, EU:C:1999:270; Henriksson (2003), s. 429.

¹⁴¹ Förenade målen C-147/97 och 148/97 *Deutsche Post AG mot Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) och Citicorp Kartenservice GmbH*, EU:C:1999:270, pt. 58 och 61.

¹⁴² Henriksson (2003), s. 430.

¹⁴³ C-385/07 P *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen*, EU:C:2009:456, pt. 7–8.

skulle erlägga en avgift för alla förpackningar som salufördes i Tyskland och som bar Der Grüne Punkt-symbolen, oavsett om företagen använde DSD:s återvinningstjänst eller inte.¹⁴⁴ Kommissionen, som fick medhåll av EU-domstolen, ansåg då att skillnaden var avsevärd mellan kostnaden för tjänstens tillhandahållande och dess pris och att det därför rörde sig om tillämpning av oskäligen priser.¹⁴⁵

Att priset måste stå i relation till kostnaderna för produkten är klart, men vilka bedömningsgrunder som faktiskt ska användas för att avgöra när vinstmarginalen är alltför hög har endast sparsamt diskuterats i rättspraxis.¹⁴⁶ I *AKKA/LAA* bekräftade EU-domstolen att det finns flera sätt att avgöra när priset är alltför högt. En annan sådan metod är att jämföra priserna hos det dominerande företaget med priser som tas ut i andra medlemsstater.¹⁴⁷ Att allokera kostnaderna på ett acceptabelt sätt är därtill av flera anledningar ofta lättare sagt än gjort. Som exempel på de svårigheter som uppkommer kan nämnas problemet med kostnadsallokering i sådana fall då ett företag producerar flera olika produkter med gemensamma kostnader.¹⁴⁸ Ett utförligare resonemang avseende hur kostnader ska allokeras och periodiseras kommer inte att göras inom ramen för det här arbetet.

4.3.3.3 Andra steget – Är priset oskäligt?

I det andra steget ska en bedömning göras av om det alltför höga priset är oskäligt, antingen i sig självt eller i förhållande till priserna på konkurrerande produkter.¹⁴⁹

¹⁴⁴ C-385/07 P *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen*, EU:C:2009:456, pt. 143.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pt. 32.

¹⁴⁶ Henriksson (2013), s. 232.

¹⁴⁷ C-177/16 *Biedrība Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:689, pt. 37–38.

¹⁴⁸ Motta & de Streel (2007), s. 34.

¹⁴⁹ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 252.

När en bedömning görs av om det höga priset är oskäligt i sig självt är det centralt att avgöra om priset inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på den transaktion som genomförts.¹⁵⁰ Frågan är då vad det ekonomiska värdet för en produkt är för något? I både *General Motors* och *United Brands* sägs att om priset inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på den transaktion som genomförts så rör det sig om en överprissättning. Vad som mer specifikt menas med begreppet framgår däremot inte i någon av domarna.¹⁵¹ I *Port of Helsingborg* avvisade kommissionen ett klagomål gällande att Helsingborgs hamn tog ut överpriser för sina tjänster. Till att börja med gjorde kommissionen en utförlig utredning av de kostnader som hamnen drog på sig för att kunna erbjuda tjänsten. Därtill konstaterade kommissionen att det, vid bestämmandet av det ekonomiska värdet på en produkt, måste tas hänsyn även till faktorer som inte har någon koppling till kostnaderna för produkten. Framför allt bör efterfrågerelaterade faktorer tas med i bedömningen av det ekonomiska värdet, och inte endast kostnadsfaktorer på utbudssidan.¹⁵² Slutligen konstaterade kommissionen att det vid bestämmandet av det ekonomiska värdet måste tas hänsyn till de särskilda omständigheter som föreligger i det specifika fallet.¹⁵³ I bedömningen av ekonomiskt värde är emellertid den underliggande kostnadsstrukturen för produkten av avgörande betydelse.¹⁵⁴

I två fall gällande utfärdande av intyg för bilar diskuterade EU-domstolen prisets proportionalitet i förhållande till det ekonomiska värdet. I det tidigare nämnda fallet *General Motors* innehade General Motors Continental NV (GMC) en legal ensamrätt att utfärda besiktningssintyg för nya GMC-bilar som importerades från andra länder till Belgien.¹⁵⁵ GMC hade under en kortare period, från 15 mars till 31 juli år 1973, plötsligt höjt sitt pris till ett

¹⁵⁰ Whish & Bailey (2018), s. 740.

¹⁵¹ Bailey et al., (2018), s. 934.

¹⁵² Commission decision of 23 July 2004, Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, pt. 226–227; Whish & Bailey (2018), s. 741.

¹⁵³ Commission decision of 23 July 2004, Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, pt. 232.

¹⁵⁴ Henriksson (2006/07), s. 580.

¹⁵⁵ C-26/75 *General Motors Continental NV mot kommissionen*, EU:C:1975:150; Henriksson (2006/07), s. 583.

som var fyra gånger högre än kostnaden för att utfärda ett intyg. Att priset till en början var oskäligt högt i förhållande till det ekonomiska värdet på produkten var ostridigt enligt EU-domstolen. Emellertid hade GMC, innan kommissionen inlett ett ärende, sänkt priserna så att de fick en vinstmarginal på 15 %. Dessutom återbetalade GMC mellanskillnaden till de berörda kunderna varför EU-domstolen ansåg att något missbruk inte förelåg.¹⁵⁶ Det kan dock konstateras av fallet att ett pris som är fyra gånger högre än kostnaderna för produkten alltså torde vara ett överpris. Här bör dessutom noteras att varken kommissionen eller EU-domstolen hade något att erinra mot det nya priset med en vinstmarginal om 15 %.¹⁵⁷ I det liknande fallet *British Leyland* fann EU-domstolen att den prissättning som företaget tillämpade var oproportionerligt hög i förhållande till det ekonomiska värdet av den tillhandahållna tjänsten.¹⁵⁸ British Leyland utfärdade intyg för återimport av bilar till Storbritannien. Till en början tog British Leyland ut en lika stor avgift för både högerstyrda och vänsterstyrda bilar. Sedermera ökade företaget den avgift som togs ut för intyg för vänsterstyrda bilar så att den skiljde sig markant från den avgift som togs ut för samma intygande fast för högerstyrda bilar. De ytterst små skillnader i den kostnad som fanns för utfärdandet av intyg för höger- respektive vänsterstyrda bilar kunde inte rättfärdiga ett pris som var så mycket som sex gånger högre för intyg för vänsterstyrda bilar varför priset ansågs vara oproportionerligt i förhållande till det ekonomiska värdet.¹⁵⁹

I *General Motors* och *British Leyland* ges lite hjälp med problematiken avseende hur stor avvikelse från det ekonomiska värdet som tillåts. Fallen avser dessutom snarare hinder av parallellimport än genuint exploaterande agerande genom överprissättning.¹⁶⁰ Däremot kan just det faktum att de höga

¹⁵⁶ C-26/75 *General Motors Continental NV mot kommissionen*, EU:C:1975:150, pt. 16 och 22; Henriksson (2006/07), s. 583.

¹⁵⁷ Henriksson (2006/07), s. 584.

¹⁵⁸ C-226/84 *British Leyland Public Limited Company mot kommissionen*, EU:C:1986:421, pt. 30.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pt. 28–30.

¹⁶⁰ Henriksson (2006/07), s. 584.

priserna sätts för att hämma parallellimport, enligt generaladvokat Wahl, tyda på att det rör sig om ett oskäligt pris i sig självt.¹⁶¹

Från brittisk rättspraxis kan nämnas fallet *Napp* där flera olika metoder användes för att påvisa att det förelåg överprissättning.¹⁶² Bakgrunden till fallet var att det brittiska läkemedelsföretaget Napp Pharmaceuticals Limited (Napp) hade tagit fram en speciell typ av morfin med lång och gradvis verkan. Napp sålde sitt läkemedel dels direkt till patienter genom recept via patientens General Practice (motsvarande Sveriges distriktsläkare), dels till sjukhusen. Napp var dominerande på marknaderna med en marknadsandel på över 90 % på båda de relevanta marknaderna.¹⁶³ Två av metoderna som Competition Appeal Tribunal (CAT), den brittiska motsvarigheten till Patent- och marknadsdomstolen (PMD), använde sig av för att utreda en eventuell överprissättning anknöt till det tillvägagångssätt som presenterades i *United Brands*. Först gjordes en sedvanlig jämförelse mellan Napps priser och dess kostnader. Därefter gjordes dessutom en jämförelse mellan Napps priser och kostnaderna hos dess näst mest lönsamma konkurrent. Där konstaterades att Napp på basis av konkurrenters kostnader hade en vinstmarginal på ca 90 % samtidigt som dess konkurrenters vinstmarginal var ca 70 %.¹⁶⁴ Efter en samlad bedömning ansågs Napp ha missbrukat sin dominerade ställning genom att ta ut överpriser på den marknaden där läkemedlet således direkt till patienter genom recept.¹⁶⁵

Vad som är tydligt är att det, vid en bedömning av om priset är oskäligt i sig självt, helt enkelt inte finns någon exakt relation mellan priset och det ekonomiska värdet av en produkt som anses skälig eller oskälig.¹⁶⁶ I *Albion Water* konstaterade CAT att vid bedömningen av hur högt över det

¹⁶¹ Förslag till avgörande i C-177/16 *Biedrība Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:286, pt. 121–123.

¹⁶² Case number 1001/1/01, *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading*, [2002] CAT 1.

¹⁶³ *Ibid.*, pt. 11–22.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pt. 392–393.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pt. 442.

¹⁶⁶ Bailey et al., (2018), s. 935.

ekonomiska värdet för en produkt som ett pris får ligga för att inte anses som missbruk måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁶⁷

Som EU-domstolen konstaterade i *United Brands* kan en jämförelse av det dominerande företags priser göras med priserna på konkurrerande produkter för att slå fast huruvida priset är oskäligt.¹⁶⁸ I fallet konstaterade domstolen att det förelåg en skillnad på ungefär 7 % mellan priset på Chiquita-bananer och priset på bananer från United Brands främsta konkurrenter. Denna skillnad ansåg domstolen däremot inte utan vidare kunde anses som oskälig.¹⁶⁹

I fallet *Deutsche Post II* använde sig kommissionen av en jämförelse för att bestämma det ekonomiska värdet hos produkten. Likt fallet *DSD* handlade det här om terminalavgifter som togs ut av den tyska posten för behandling och utdelning av inkommande gränsöverskridande post.¹⁷⁰ Först konstaterade kommissionen att ett pris som inte har någon rimlig koppling till det ekonomiska värdet av den tjänst som erbjuds måste anses vara oskäligt. För att kunna konstatera att så är fallet anförde kommissionen att på en marknad som är öppen för konkurrens vore det normala att jämföra priset med det pris som tas av ut av dominantens konkurrenter. I fallet hade däremot Deutsche Post AG monopol och därför ansåg kommissionen att en jämförelse med andra medlemsländer var mer lämplig. Kommissionen använde den genomsnittliga kostnaden för att behandla och dela ut internationell post hos alla parter till REIMS II-avtalet och uppskattade att kostnaden var cirka 80 % av inrikestariffen. Det pris som Deutsche Post AG tog översteg det genomsnittet med 25 %. Detta ansåg kommissionen vara orimligt i

¹⁶⁷ Case number 1046/2/4/04, *Albion Water Limited, Albion Water Group Limited v Water Services Regulatory Authority and Dwr Cymru Cyfyngedig, United Utilities Water PLC*, [2008] CAT 31.

¹⁶⁸ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 252.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pt. 266.

¹⁷⁰ 2001/892/EC: Commission decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 - Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail), pt. 3.

förhållande till det ekonomiska värdet för tjänsten och priset ansågs därför vara ett överpris.¹⁷¹

4.3.3.4 Kritik mot tvåstegsmetoden i *United Brands*

Viss kritik har riktats mot den tvåstegsmetod som EU-domstolen presenterat i målet *United Brands*. Metoden är effektiv när det gäller relativt grova fall av höga priser som inte kan relateras till kostnaderna. Däremot säger metoden väldigt lite om gränsen för hur hög en vinstmarginal får vara för att ett pris inte ska betraktas som ett överpris.¹⁷² Metoden tenderar dessutom att leda till ett cirkelresonemang. För att komma till steg två i analysen, där en bedömning ska göras av om priset är oskäligt eller inte, måste man först i steg ett avgöra om priset är alltför högt, eller bättre uttryckt *excessive*. Med andra ord skulle det då i princip krävas att priset är oskäligt högt för att gå vidare med en bedömning av om priset ska anses oskäligt.¹⁷³ Ytterligare problem kan uppstå i det fall att ett pris har bedömts vara alltför högt efter en jämförelse med priser i andra medlemsstater, för att sedan återigen använda samma jämförelse i bedömningen av om det alltför höga priset också är oskäligt.¹⁷⁴ Enligt Motta och de Streel är de två stegen inte nödvändigtvis kumulativa, utan båda delarna syftar att fastställa samma sak, nämligen att det rör sig om ett överpris.¹⁷⁵ Oavsett hur man tolkar den tvåstegsmetod som EU-domstolen ställt upp genom *United Brands* torde det vara prisets orimliga förhållande till det ekonomiska värdet, där produktionskostnaden har en avgörande betydelse, som står i fokus för bestämmandet av om ett agerande utgör överprissättning.¹⁷⁶

¹⁷¹ 2001/892/EC: Commission decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 - Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail), pt. 159–167.

¹⁷² Henriksson (2003), s. 440.

¹⁷³ Henriksson (2013), s. 233.

¹⁷⁴ Whish & Bailey (2018), s. 741.

¹⁷⁵ Motta & de Streel (2007), s. 39.

¹⁷⁶ Henriksson (2006/07), s. 579.

4.3.4 Jämförelser

4.3.4.1 Inledning

I *United Brands* slog EU-domstolen fast att den metod som presenterades endast var en av flera tänkbara metoder för att avgöra om en produkt har ett oskäligt pris.¹⁷⁷ När det inte går att fastställa produktionskostnaden för produkten hos det dominerande företaget kan det istället vara lämpligare att, i bedömningen av om det rör sig om ett överpris, göra olika typer av jämförelser mellan priset och priset på ett annat jämförelseobjekt. När en bedömning av ett eventuellt överpris görs genom någon sorts jämförelse är det viktigt att jämförelseobjektet är tillräckligt likt produkten i fråga för att jämförelsen över huvud taget ska bli meningsfull.¹⁷⁸ Det torde dessutom vara användbart att göra flera jämförelser för att samla tillräckligt med bevis för att det omtvistade priset är oskäligt och således utgör ett överpris.¹⁷⁹ Nedan presenteras de olika typer av jämförelser som etablerats i praxis.

4.3.4.2 Prisjämförelse på samma marknad

Som redan nämnts gjorde EU-domstolen i fallet *United Brands* en jämförelse mellan United Brands bananer och andra bananer hos konkurrenter på samma marknad. EU-domstolen konstaterade att en prisskillnad om 7 % i sig inte kunde utgöra ett missbruk. Av domstolens resonemang kan dock konstateras att prisskillnader, rimligtvis högre sådana, skulle kunna tyda på missbruk.¹⁸⁰ I det ovan nämnda fallet *Napp* använde sig CAT också av en prisjämförelse med konkurrenter på samma marknad när den bedömde huruvida Napp tog ut överpriser på läkemedel. Det konstaterades att Napps priser typiskt sett låg

¹⁷⁷ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 253.

¹⁷⁸ Jfr C-177/16 *Biedrība Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:689, pt. 169.

¹⁷⁹ Whish & Bailey (2018), s. 741.

¹⁸⁰ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 266; Henriksson (2003), s. 447.

runt 30–50 % högre än hos sina konkurrenter och detta var en av faktorerna som ledde till slutsatsen att det handlande om överprissättning.¹⁸¹

4.3.4.3 Prisjämförelse med annan marknad i samma medlemsstat

I *Bodson* var frågan om vissa externa tjänster i samband med begravningar var oskäligen. Enligt fransk lagstiftning var dessa begravningstjänster förbehållna de ca 36 000 *communes* som fanns i Frankrike varav ca 5 000 av dessa hade licensierat tjänsten till privata aktörer. Pompes Funèbres var ett sådant företag som tilldelats exklusiv koncession att bedriva externa begravningstjänster inom en fransk *commune*. En boende inom denna *commune*, Corinne Bodson, hade gjort gällande att Pompes Funèbres tagit ut oskäligt höga priser för sina tjänster.¹⁸² EU-domstolen konstaterade att en jämförelse med priserna i de drygt 30 000 *communes* i Frankrike som antingen lämnat tillhandahållandet av externa tjänster oreglerat eller drivit tjänsterna själva, kunde göras för att avgöra om priserna hos de privata företag som tilldelats exklusiv koncession var oskäligen.¹⁸³ Av fallet framgår att en jämförelse kan göras med en annan jämförbar och konkurrensutsatt marknad i samma medlemsstat.

I fallet *Napp* användes flera olika metoder för att fastställa överpriser, av vilka tre har redogjorts för tidigare i arbetet. Den fjärde, och sista, metoden som användes i *Napp* var just en jämförelse mellan Napps priser på den aktuella marknaden med Napps priser på andra marknader i landet. Av utredningen i målet framgår att Napp, på den marknad som utgjordes av direktförsäljning av läkemedel till patienter genom recept, i snitt tog ett pris som var 14 gånger högre än priset på den marknad som utgjordes av försäljning till sjukhus. På vissa tabletter var skillnaden så mycket som 20 gånger högre.¹⁸⁴ Det faktum

¹⁸¹ Case number 1001/1/01, *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading*, [2002] CAT 1, pt. 393.

¹⁸² C-30/87 *Bodson mot SA Pompes funèbres des régions libérées*, EU:C:1988:225, pt. 1–9.

¹⁸³ *Ibid.*, pt. 31.

¹⁸⁴ Case number 1001/1/01, *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading*, [2002] CAT 1, pt. 392–393.

att Napp tog ett betydligt högre pris för sin produkt på den aktuella marknaden jämfört med andra marknader där de agerade var en av anledningarna till att de ansågs ha missbrukat sin dominerande ställning genom överprissättning.¹⁸⁵

4.3.4.4 Prisjämförelse med en marknad i en annan medlemsstat

Idén om att jämföra de aktuella priserna med priserna på andra liknande marknader utvecklades av EU-domstolen i två ytterligare fall. I de båda målen *Tournier* och *Lucazeau* uppkom frågan om överprissättning då den franska upphovsrättsorganisationen Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) anklagades för att ha tagit ut oskäligt höga avgifter av diskotek för framförandet av skyddade musikaliska verk.¹⁸⁶ EU-domstolen konstaterade att om ett företag tar ut avgifter för sina tjänster som är avsevärt högre än de som tas ut i andra medlemsstater, och en jämförelse av avgiftsnivåerna skett utifrån en likartad grundval, så ska skillnaden anses vara ett indicium på överprissättning. EU-domstolen menade att det är möjligt att försvara sig mot sådana betydande prisskillnader, men endast genom att stödja sig på objektiva och relevanta olikheter mellan förvaltningen av upphovsrätter i de medlemsstater som jämförs.¹⁸⁷ Här lades alltså bevisbördan för att det föreligger objektiva olikheter mellan jämförelseobjekten på det dominerande företaget.

I *United Brands* var prisskillnaden mellan United Brands tillämpade priser i olika medlemsstater grunden för kommissionens anklagelse om överprissättning. Som bas för jämförelsen använde kommissionen United Brands priser på Irland, där företaget tillämpade lägsta priser. Kommissionen konstaterade att skillnaden var så mycket som 100 % högre i en del

¹⁸⁵ Case number 1001/1/01, *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading*, [2002] CAT 1, pt. 442.

¹⁸⁶ C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, EU:C:1989:319, pt. 2; Förenade målen C-110/88, 241/88 och 242/88 *François Lucazeau m.fl. mot Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) m.fl.*, EU:C:1989:326, pt. 4.

¹⁸⁷ C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, EU:C:1989:319, pt. 38 och 46; Förenade målen C-110/88, 241/88 och 242/88 *François Lucazeau m.fl. mot Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) m.fl.*, EU:C:1989:326, pt. 33.

medlemsstater i förhållande till priserna på Irland, och att det därför rörde sig överpriser.¹⁸⁸ Beslutet från kommissionen upphävdes däremot då kostnaderna hos United Brands inte granskats på ett tillfredsställande sätt.¹⁸⁹ Av domskälen till *Tournier* framgår dessutom att det är det genomsnittliga priset hos de jämförda medlemsstaterna som ska utgöra basen för jämförelsen och inte nödvändigtvis det lägsta priset hos någon av medlemsstaterna.¹⁹⁰ Till skillnad från fallet *Bodson*, där jämförelsen gjordes med andra marknader i samma medlemsstat, gjordes alltså i *United Brands*, *Tournier* och *Lucazeau* en jämförelse med andra marknader i olika medlemsstater.

I *AKKA/LAA* var det återigen fråga om en jämförelse mellan det dominerande företags pris och priset på liknande tjänster i en annan medlemsstat. I fallet hade konkurrensrådet i Lettland jämfört de taxor som upphovsrättsorganisationen Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apenvienība (*AKKA/LAA*) tillämpade i Lettland med de taxor som tillämpades av andra upphovsrättsorganisationer i grannländerna Litauen och Estland. Taxorna som tillämpades i Lettland var två och tre gånger högre än de taxorna som tillämpades i de två grannländerna. Konkurrensrådet gjorde dessutom en jämförelse med de avgifter som gällde i ett tjugotal andra medlemsstater med indexet på köpkraftsparitet¹⁹¹ som grund. Där konstaterades att taxorna i Lettland vara mellan 50–100 % högre än den genomsnittliga taxa som tillämpades i dessa medlemsstater. Konkurrensrådet ansåg att de avgifter som gällde i Lettland i de segment där de var väsentligt högre än i Estland och i Litauen inte var skäliga.¹⁹² Den hänskjutande domstolen i Lettland ställde då frågan till EU-

¹⁸⁸ C-27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, EU:C:1978:22, pt. 258–260.

¹⁸⁹ Williams (2007), s.150.

¹⁹⁰ C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, EU:C:1989:319, pt. 37; Henriksson (2003), s. 446.

¹⁹¹ Köpkraftspariteter mäter prisskillnaden på jämförbara varor och tjänster mellan länder. Det används för att jämföra länders bruttonationalprodukt och för att skapa prisnivåindex för att kunna jämföra prisnivåer och levnadskostnader mellan länder, Statistiska centralbyrån (SCB): <<https://www.scb.se/hitta-statistik/statistik-efter-amne/priser-och-konsumtion/kopkraftspariteter/kopkraftspariteter-ppp/>>, besökt 2020-11-11.

¹⁹² C-177/16 *Biedriba Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apenvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:689, pt. 8–11.

domstolen om den jämförelse som gjorts var tillräckligt representativ. Till att börja med konstaterade EU-domstolen att det inte kan anses att en jämförelse inte är tillräckligt representativ enbart därför att den omfattar ett begränsat antal medlemsstater. Tvärtom kan en sådan jämförelse vara relevant på villkor att referensmedlemsstaterna väljs ut enligt objektiva, lämpliga och kontrollerbara kriterier och att jämförelsen görs på en enhetlig grund. Valet av lämpliga marknader beror helt enkelt på de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall.¹⁹³ Vidare bemötte EU-domstolen frågan om vid vilket gränsvärde som skillnaden ska kvalificeras som avsevärd och således oskäligen. Domstolen konstaterade att det måste avgöras i varje enskilt fall mot bakgrund av de faktiska omständigheterna. Prisskillnaden måste i vart fall vara av en viss betydelse för att prissättningen av taxorna ska kunna kvalificeras som missbruk och prisskillnaden måste dessutom bestå en viss tid och får inte vara övergående.¹⁹⁴ Domen bekräftar till stor del tidigare rättspraxis, men den är till hjälp då den ger användbar vägledning när en jämförelse av priser ska göras för att avgöra om priset i fråga är ett överpris eller inte.

4.3.4.5 Kritik mot att göra jämförelser

Vi ser alltså att EU-domstolen har använt sig av flera olika jämförelser för att avgöra om ett pris är ett överpris eller inte. Alla dessa olika metoder medför emellertid olika typer av problem och ingen av metoderna ger egentligen ett sammanhängande och objektivt test för när det rör sig om överprissättning.¹⁹⁵

Generaladvokat Wahl nämner i sitt förslag till avgörande i fallet *AKKA/LAA* några av riskerna med att använda sig av jämförelser i bedömningen. Vad gäller risker med geografiska jämförelser av priser nämner han t.ex. att nationella skatter, den nationella arbetsmarknadens särdrag och lokala konsumenters preferenser i hög grad kan påverka slutpriset på den relevanta

¹⁹³ C-177/16 *Biedriba Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:689, pt. 39–51.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pt. 52–56.

¹⁹⁵ Akman (2012), s. 196.

produkten. Vidare nämner generaladvokaten att det vid jämförelser mellan konkurrenter är viktigt att komma ihåg att olika priser helt enkelt kan bero på olika kvalitet.¹⁹⁶ Akman är inne på samma spår och konstaterar att en risk med att göra en jämförelse med priset på andra marknader är att jämförelseobjekten faktiskt inte är likvärdiga då den aktuella konkurrensmyndigheten eller domstolen måste uppskatta hur stor del av prisskillnaden som beror på marknadens särdrag.¹⁹⁷

Williams lyfter ett annat problem med att göra en jämförelse med konkurrenters priser. Om det företag som används för jämförelsen verkligen är en konkurrent, och kvaliteten på produkterna är jämförbara, varför slutar då inte konsumenterna att handla den överprissatta produkten? Priserna borde istället jämnas ut på marknaden och då blir jämförelsen inte särskilt relevant.¹⁹⁸

Jämförelser av priser mellan företag, speciellt när det avser företag i olika regioner, kan vidare vara opålitliga därför att olika redovisningsprinciper gäller.¹⁹⁹ För att en jämförelse överhuvudtaget ska vara meningsfull krävs således att jämförelseobjekten tillämpar samma redovisningsprinciper eller att skillnaden däremellan neutraliseras.²⁰⁰ Att sådana skillnader måste neutraliseras borde emellertid redan vara självklart då EU-domstolen i flertalet av de ovan redovisade fallen nämner att jämförelsen ska ha gjorts på en ”enhetlig grund”.²⁰¹

¹⁹⁶ Förslag till avgörande i C-177/16 *Biedrība Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:286, pt. 39–40.

¹⁹⁷ Akman (2012), s. 196.

¹⁹⁸ Williams (2007), s. 149.

¹⁹⁹ Bishop & Walker (2010), s. 241.

²⁰⁰ Henriksson (2003), s. 477.

²⁰¹ Se t.ex. C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, EU:C:1989:319, pt. 46.

4.3.5 Andra indikationer på överprissättning

John Temple Lang, tidigare direktör för Generaldirektoratet för konkurrens under kommissionen, har samlat ett antal kriterier för att avgöra om ett agerande utgör missbruk genom överprissättning. Mot bakgrund av svårigheterna med att framför allt avgöra vilken vinstmarginal som är oskälig, har han ställt upp ett antal indikationer på överprissättning som kompletterar de metoder som etablerats i praxis. Dessa indikationer illustrerar han med hjälp av prissättningen hos en upphovsrättslig organisation, men han menar att de skulle kunna appliceras i vilket fall som helst gällande överprissättning.²⁰² En stor del av dessa indikationer går att finna stöd för i EU-domstolens rättspraxis. Några av de indikationer som Temple Lang presenterar anser dessutom Henriksson vara av särskilt stort intresse och ett urval av dessa presenteras och analyseras nedan.²⁰³

Enligt Temple Lang kan det vara en indikation på överprissättning om ett dominerande företag misslyckas med att skära ner på driftskostnaderna, vilket ett effektivt modernt företag förväntas att göra.²⁰⁴ Visst stöd för detta kan utläsas ur fallet *Tournier* där EU-domstolen konstaterade att SACEM uppvisade betydligt högre driftskostnader än upphovsrättsorganisationer i andra medlemsstater.²⁰⁵

Ett annat bevis för överprissättning föreligger om ett företag, under en kortare period, kraftigt ökar sitt pris utan någon jämförbar ökning av kostnaderna.²⁰⁶ Det här torde gå att utläsa ur målet *British Leyland*, där British Leyland införde en plötslig prisökning från 25 GBP till 150 GBP för intyg för återimport av vänsterstyrda bilar under en kortare period om 3–4 månader. EU-domstolen ansåg att den korta längden på perioden med det markant

²⁰² Temple Lang (1997), s. 51 f.

²⁰³ Henriksson (2003), s. 464; Vid urvalet av kriterier har jag valt de kriterier som går att finna stöd för i praxis samt de kriterier som jag anser inte redan täcks upp av de två huvudmetoderna som presenterats tidigare.

²⁰⁴ Temple Lang (1997), s. 53.

²⁰⁵ C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, EU:C:1989:319, pt. 42.

²⁰⁶ Temple Lang (1997), s. 53.

ökade priset inte ändrade det faktum att en överträdelse hade skett.²⁰⁷ Vidare fann EU-domstolen i målet *Alsatel* att en plötslig ensidig prisökning på 25 % i ett avtalsförhållande utgjorde en oskäligen prisökning.²⁰⁸ Enligt Henriksson bör detta kriterium användas med stor försiktighet. Det måste tas hänsyn till huruvida det är fråga om prishöjningar som är en naturlig del av prisrörelser på marknaden.²⁰⁹ Höga priser kan vara ett resultat av störningar på marknaden, som t.ex. en force majeure-liknande händelse. Sådana snabba ändringar i efterfrågan behöver inte vara ett problem ur konkurrensrättslig synpunkt.²¹⁰

Ytterligare ett bevis på överprissättning föreligger om ett dominerande företag säljer varor eller tjänster till paketpris, men där köparen endast har användning för en liten del av de produkter och tjänster som ingår i paketet.²¹¹ Att det här är en indikation på överprissättning kan förmodligen utläsas ur det ovan redovisade målet *DSD*, där kunden tvingades erlägga full avgift, trots att denne inte använde sig av alla tjänster som DSD erbjöd.²¹²

Något som kan tyckas närmast självklart är att konkurrensmyndigheter och domstolar begär att det dominerande företaget motiverar en tydlig prishöjning. Om övertygande skäl ges till varför priset har höjts så är det större chans att det anses lagligt. Om det inte finns någon rimlig förklaring och inte heller någon diskussion eller förhandling innan prishöjningen så är det mer troligt att det nya priset anses vara ett överpris.²¹³ Det här kriteriet torde sammanfalla med den bedömning som görs av prisets relation till produktionskostnaden.

²⁰⁷ C-226/84 *British Leyland Public Limited Company mot kommissionen*, EU:C:1986:421, pt. 25 och 32.

²⁰⁸ C-247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) mot SA Novasam*, EU:C:1988:469, pt. 10.

²⁰⁹ Henriksson (2003), s. 467.

²¹⁰ *Ibid.*, s. 418.

²¹¹ Temple Lang (1997), s. 54.

²¹² C-385/07 P *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen*, EU:C:2009:456, pt. 32 och 143.

²¹³ Temple Lang (1997), s. 55.

Vidare är det en indikation på ett oskäligt pris om priset införts snarare än förhandlats fram efter diskussion med kunder. Om det dominerande företaget inför det nya höga priset utan hänsyn till dess kunder ökar sannolikheten för att det skulle röra sig om ett överpris.²¹⁴ Visst stöd för det senare kan utläsas ur det ovan nämnda målet *Alsatel* som handlade om installation av telefoner. Affärskontraktet band kunden att exklusivt handla med Alsatel om någon modifiering av telefonerna behövdes göras. Om en modifiering gjordes medförde det att ett supplement till kontraktet aktiverades. Priset för supplementet bestämdes ensidigt av säljaren utan förhandling med kunden och gjorde så att det initiala priset höjdes med mer än 25 % och detta ansåg EU-domstolen kunde utgöra ett missbruk.²¹⁵

Till sist kan nämnas den indikation på överprissättning som hänför sig till förändring av priselasticitet.²¹⁶ Typiskt är att en kund på ett eller annat sätt binder upp sig för att köpa en produkt av ett dominerande företag, vilket leder till att priselasticiteten minskar. Köparen hamnar då i en situation där betalningsviljan ökar markant till följd av att kunden blir mer beroende av det dominerande företaget. Om det dominerande företaget utnyttjar en sådan situation genom att höja sina priser markant är det en indikation på överprissättning.²¹⁷ Ett studium av rättspraxis avseende överprissättning visar dessutom att det generellt sett kan sägas röra sig om produkter som har haft låg priselasticitet. De har låg priselasticitet eftersom att de inte har gått att få tag på annat sätt. I t.ex. målen *British Leyland*, *General Motors*, *Tournier* och *AKKA/LAA* har de anklagade företagen haft ensamrätt på tillhandahållandet av den aktuella tjänsten varför konsumenten varit bunden av dominantens pris.

²¹⁴ Temple Lang (1997), s. 55.

²¹⁵ C-247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) mot SA Novasam*, EU:C:1988:469, pt. 4–5 och 10.

²¹⁶ Temple Lang (1997), s. 56 f.

²¹⁷ Henriksson (2003), s. 471.

4.4 Argument mot direkt kontroll av priser

En i sammanhanget relevant fråga är givetvis om det över huvud taget är konkurrensreglernas uppgift att reglera höga priser. En diskussion kring det ämnet är föremål för ett eget arbete i sig och är inte huvudfokus här. Det är emellertid lämpligt med en kort redogörelse för de argument som finns mot att konkurrensmyndigheter och domstolar bör intervensera mot höga priser. Detta för att läsaren ska få en bredare uppfattning av överprissättningsproblematiken.

Det tydligaste argumentet för att inte använda konkurrensregler mot höga priser är att om normala marknadskrafter får styra kommer det faktum att ett dominerande företag gör vinster, som är högre än på en normalt konkurrensutsatt marknad, att attrahera nya aktörer till marknaden. Utvinning av sådana monopolvinster kommer då i slutändan att vara självförgörande och fungera som en viktig signal för nya aktörer att etablera sig på marknaden.²¹⁸ När nya aktörer etablerar sig på marknaden ökar utbudet och priset sänks. I USA omfattas inte oskäligt höga priser av antitrustlagstiftningen när det rör sig om ett exploaterande agerande. Att sätta gränser för framtida vinstmöjligheter anses kunna inverka negativt på företagets investeringsvilja och ekonomiska tillväxt.²¹⁹ Ett ingripande mot överpriser kan således på kort sikt vara fördelaktigt, men kan ur ett längre perspektiv vara farligt då det bryter den självföregörande processen som skapar konkurrens och sänker priserna.²²⁰

När det gäller företag som är aktiva på flera marknader är ofta fallet att en stor del av den höga vinsten som gjorts på en marknad i praktiken används för att kunna konkurrera på en annan av företagets marknader. På så sätt kommer vinsterna från de höga priserna i själva verket tillbaka till

²¹⁸ Whish & Bailey (2018), s. 735 f.

²¹⁹ Henriksson (2013), s. 223.

²²⁰ Motta & de Streel (2007), s. 17 f.

konsumenterna och det faktum att konsumenterna får betala mer på en marknad drabbar inte konsumentvälfärden i sin helhet.²²¹

Det har också argumenterats för att ett ingripande mot överpriser kan jämföras med prisreglering. Farhågan med prisreglering är att det kan snedvrída konkurrensen, motverka investeringsincitamenten och motverka incitamenten att bedriva forskning och utveckling, allt på bekostnad av konsumenternas välfärd.²²²

²²¹ Fletcher & Jardine (2008), s. 534 f.

²²² Ibid., s. 536.

5 Prisökningar under Covid-19

ECN utfärdade den 23 mars år 2020 ett uttalande om tillämpningen av de konkurrensrättsliga reglerna under Covid-19 pandemin. Uttalandet identifierade överprissättning som ett särskilt orosmoment och betonade vikten av att produkter såsom munskydd och handsprit förblev tillgängliga för konsumenter till ett konkurrenskraftigt pris.²²³

Det är relativt ovanligt att kommissionen eller nationella myndigheter inleder ärenden om överprissättning.²²⁴ I Sverige har inte Konkurrensverket haft ett enda mer omfattande ärende om överprissättning sedan år 2012, då Stockholm Gas AB anklagades för att ta ut oskäligen priser på marknaden för spisgas.²²⁵

Frågan är då om ECN:s uttalande, tillsammans med nationella myndigheters liknande uttalanden,²²⁶ har fått någon effekt i den mån att fler överprissättningsärenden har anhängiggjorts? Runt om i EU har nationella myndigheter inlett utredningar mot överprissättning under pandemin. I Italien har den nationella konkurrensmyndigheten inlett utredningar mot Amazon och eBay gällande omotiverade och betydande prishöjningar på munskydd, handsprit och andra hälso- och hygienprodukter på deras e-handelsplatser.²²⁷

²²³ European Competition Network, ”Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application on competition law during the corona crisis”, 23 March 2020, <https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf>, besökt 14/9 2020.

²²⁴ Se t.ex. Bernitz (2019), s. 148, Henriksson (2013), s. 213 och Whish & Bailey (2018), s. 737.

²²⁵ Mailkorrespondens med Martin Bäckström, funktionsansvarig för tips och klagomål på Konkurrensverket, 2020-10-12.

²²⁶ Se t.ex. Konkurrensverket: Nyhetsbrev 17 april 2020, ”Prissättning och tillfälliga samarbeten under coronakrisen”, <<https://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/prissattning-och-tillfalliga-samarbeten-under-coronakrisen/>>, besökt 2020-11-27.

²²⁷ Italian Competition Authority: ”The Italian Competition Authority publishes two investigations against online platforms with regards to some claims relating to the marketing of hand sanitizing, respiratory masks and hygiene products (Amazon / eBay)”, 12 March 2020, e-competitions March 2020, Art. N°94193, <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/march-2020/the-italian-competition-authority-publishes-two-investigations-against-online>>, besökt 2020-11-30.

I Spanien har konkurrensmyndigheten utrett priser som tillämpats av olika begravningsföretag.²²⁸ I Polen har det inletts förfaranden mot grossister som levererar skyddsutrustning till sjukhus. Grossisterna påstås ha avslutat existerande kontrakt med olika sjukhus för att därefter kunna underteckna nya kontrakt med betydligt högre priser på t.ex. munskydd.²²⁹ Därtill kan tilläggas att den brittiska konkurrens- och marknadsmyndigheten lanserat en särskild arbetsgrupp för att möta eventuella missbruk under pandemin. De betonade att de särskilt kommer att ingripa mot företag som utnyttjar den rådande situationen genom att sätta omotiverat höga priser på produkter som anses väsentliga för konsumenternas hälsa.²³⁰ I Sverige har vi kunnat läsa om handsprit, munskydd och annan läkemedelsutrustning som fått plötsligt skyhöga priser.²³¹ I Sverige har däremot fortfarande inte något överprissättningsagerande inletts.²³²

Vi kan således se att konkurrensrättsliga myndigheter runt om i EU visat upp vaksamhet kring konsumentskyddet och faktiskt agerat mot betydande prisökningar. Redogörelsen för det gällande rättsläget på området överprissättning i kapitel 4 och ovanstående exemplifiering av prisökningar som skett under pandemin fungerar som underlag för den kommande diskussionen i kapitel 6.4. Där analyseras hur tillämpningen av metoderna för

²²⁸ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: "Covid-19 Complaints and queries involving the application of competition rules", Press release, 7 April 2020, <https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/20200407%20NP%20Balance%20Buz%C3%B3n%20Covid_20200407_eng.pdf>, besökt 2020-11-30.

²²⁹ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów: "UOKiK's proceedings on wholesalers' unfair conduct towards hospitals", Press release, 4 March 2020, <https://www.uokik.gov.pl/news.php?news_id=16277>, besökt 2020-11-30.

²³⁰ Competition & Markets Authority: "CMA approach to business cooperation in response to coronavirus (COVID-19)", Guidance, 25 March 2020, <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>>, besökt 2020-11-30.

²³¹ Mattias Carlsson: "Höjer priset på livsviktiga produkter med över 900 procent", Dagens Nyheter, <<https://www.dn.se/nyheter/sverige/hojer-priset-pa-livsviktiga-produkter-med-914-procent/>> besökt 2020-11-27; Fredrik Hedlund: "Apotek tar skyhöga priser för handsprit och munskydd", Svensk Farmaci, <<https://svenskfarmaci.se/apotek/apotek-tar-skyhoga-priser-for-handsprit-och-munskydd/>>, besökt 2020-11-27.

²³² Mailkorrespondens med Martin Bäckström, funktionsansvarig för tips och klagomål på Konkurrensverket, 2020-10-12.

att påvisa överprissättning kan komma att påverkas av sådana extraordinära marknadsförhållanden som de under Covid-19 pandemin.

6 Analys

6.1 Inledning

Det bästa exemplet på ett exploaterande missbruk är just att ta oskäligt höga priser, överpriser, för en produkt. Vikten av att ha ett fungerande verktyg med syfte att hindra sådana överpriser ska inte underskattas. I dagsläget tycks det finnas en motvilja mot att utreda ageranden som kan utgöra överprissättning. Konkurrensverket har t.ex. inte behandlat ett enda djupgående ärende om överprissättning sedan år 2012. Motviljan kan dels grunda sig i uppfattningen att marknadskrafterna själva kommer jämna ut det höga priset, dels i den svårighet som faktiskt ligger i att påvisa att ett pris är så högt att det ska anses vara olagligt. Motviljan är enligt mig i mångt och mycket nyttig eftersom att konkurrensrättsliga myndigheter inte i någon särskilt stor omfattning bör ägna sig åt prisreglering. När det kommer till en så extraordinär situation som Covid-19 pandemin måste det däremot vara möjligt att ingripa och hindra att företag utnyttjar den rådande krisen genom att ta markanta överpriser för sina produkter. Sådana utnyttjanden har dessutom ECN och nationella konkurrensmyndigheter uttryckligen gått ut och sagt att de ska förhindra.

6.2 Definition av överprissättning

I ekonomiska termer rör det sig om ett överpris så fort priset ligger över marknadspriset som ett resultat av att ett företag utnyttjar sin marknadsmakt. I fallet *General Motors* har EU-domstolen definierat ett överpris som ett pris som inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet på den transaktion som genomförts. Även om denna definition av ett överpris tycks vara förhärskande, visar den ovanstående utredningen att ett överpris kan konstateras genom att jämföra priset med priset på ett jämförelseobjekt, utan att någon uttrycklig koppling till produktens ekonomiska värde görs. Man kan emellertid fråga sig om jämförelseobjektet i ett sådant fall ska likställas med det ekonomiska värdet på produkten och att det således rör sig om en

jämförelse mellan försäljningspriset och det ekonomiska värdet även i ett sådant fall, med den skillnaden att fokus inte läggs på just produktionskostnaden för produkten när det ekonomiska värdet fastställs. Å ena sidan tycks kommissionens beslut i *Deutsche Post II* indikera detta då jämförelsen med andra medlemsstater görs just för att bestämma det ekonomiska värdet hos den aktuella produkten. Å andra sidan har EU-domstolen i *Tournier* och *Lucazeu* behandlat överprissättning utan att nämna prisets rimlighet i förhållande till det ekonomiska värdet. En möjlig definition av ett överpris skulle således även kunna vara ett pris som i jämförelse med priset på liknande produkter är orimligt högt. Min uppfattning är således att det inte förefaller finnas någon enhetlig definition av begreppet överprissättning.

6.3 Metoder för att påvisa ett överpris

6.3.1 Objektiva förutsättningar för missbruk genom överprissättning

För att det över huvud taget ska bli relevant att utreda om ett pris är ett överpris måste det företag som påstås tillämpa överpriser inneha en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Huruvida ett företag anses inneha en sådan ställning kommer inte diskuteras vidare här, men jag återkommer till detta senare i analysen när överprissättning under Covid-19 pandemin specifikt diskuteras. Det ska emellertid noteras att det redan på det här stadiet givetvis är flera fall som faller utanför tillämpningsområdet för missbruk genom överprissättning till följd av de relativt höga krav som gäller för att ett företag ska anses ha en dominerande ställning.

I litteraturen har det hävdats att någon typ av test primärt måste göras för att se huruvida marknadsförhållandena är sådana att det dominerande företaget har objektiva förutsättningar för att ta ett överpris, varför ett ingripande således är motiverat. Hur dessa tester kan vara utformade har presenterats ovan i kapitel 4.2.2, där bl.a. höga inträdesbarriärer och monopol framhävdes

som faktorer som rättfärdigar ett ingripande mot överprissättning. Som vi kan se från EU-domstolens rättspraxis är det flera fall som rör upphovsrättsorganisationer vilka agerar på en marknad där de innehar ett (ofta rättsligt) monopol. Monopol förelåg även i fallen *GZS* och *DSD* som gällde återvinning av förpackningar respektive hantering av post, samt i *General Motors* och *British Leyland* där det var fråga om intyg för import av bilar. Det ledande fallet *United Brands* är ett av få fall där monopol inte förelåg utan företaget ansågs ha en marknadsandel på mellan 40-45 %. Eftersom att det ofta handlat om legala monopol föreligger i fallen följaktligen oöverstigliga inträdesbarriärer. I majoriteten av fallen rörde det sig dessutom om marknader där det inte fanns någon regleringsmyndighet som haft som huvudsaklig uppgift att utöva tillsyn över marknaden, varför ett ingripande från den konkurrensrättsliga myndigheten var befogat. Det går alltså att konstatera att det i huvudsak rör sig om sådana fall där just de presenterade objektiva marknadsförutsättningar är för handen.

Den främsta anledningen till att de objektiva marknadsförutsättningar bör vara uppfyllda innan ett ingripande kan anses rättfärdigat torde vara att en marknad där dessa förutsättningar inte föreligger är självreglerande och på egen hand kan lösa problemet med överpriser. Även om dessa objektiva marknadsförutsättningar tycks föreligga i de fall som hanterats av EU-domstolen, är detta primära test inte något som uttryckligen i rättspraxis har ansetts vara ett krav för att konstatera överprissättning. Då det i gällande rätt inte finns något formellt krav på att den här typen av marknadsförutsättningar ska föreligga för att det ska kunna röra sig om ett överpris, ligger det avgörande momentet i att analysera de metoder som uttryckligen etablerats i EU-domstolens praxis för att påvisa ett överpris.

6.3.2 Två huvudtyper av metoder

Utifrån rättspraxisgenomgången ovan kan de tillvägagångssätt som använts för att påvisa ett överpris delas upp i två metoder.²³³ Den första, som jag valt att kalla metod A, innebär att en produkts ekonomiska värde sätts i relation till dess försäljningspris. Den andra, metod B, innebär att försäljningspriset jämförs med priset på någon typ av jämförelseobjekt för att konstatera att det aktuella priset är ett överpris, utan att någon uttrycklig koppling till produktens ekonomiska värde görs. Som diskuterats ovan under kapitel 6.2 är det oklart om jämförelseobjektet anses representera det ekonomiska värdet för produkten eller om bedömningen görs helt utan hänsyn till produktens ekonomiska värde. Oavsett om jämförelseobjektet likställs med det ekonomiska värdet eller inte får det inte någon påverkan på den fortsatta bedömningen av om priset är ett överpris eller inte.

6.3.3 Metod A – Försäljningsprisets koppling till det ekonomiska värdet

En utredning av ett eventuellt överpris bör ta avstamp i metod A. Utgångspunkten för denna metod är EU-domstolens avgörande i målet *United Brands*. Domstolen införde där en tvåstegsbedömning för att avgöra om priset var ett överpris. Det verkar dock vara så att det tillvägagångssätt som där etablerats inte behöver följas strikt. Jag delar Henrikssons samt Motta och de Streels med fleras kritik mot EU-domstolens avgörande i *United Brands* i det avseendet att den tvåstegsbedömning som de ställt upp tenderar att leda till ett cirkelresonemang. I brist på ytterligare vägledning från EU-domstolen är det i praktiken mycket svårt att göra någon skillnad på de bedömningsgrunder som används för att först avgöra om priset är för högt, och de grunder som

²³³ Henriksson har i sin avhandling “Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans” delat upp EU-domstolens etablerade tillvägagångssätt i en *produktionskostnadsmetod* och en *jämförelsemetod*. Jag har valt att inte använda samma namn då jag till viss del har tolkat den etablerade praxisen annorlunda och för att jag anser det aningen missvisande att kalla den ena metoden för en jämförelsemetod, då jämförelser med andra företag faktiskt kan göras även inom ramen för det som Henriksson kallar produktionskostnadsmetoden.

används för att därefter konstatera att priset är oskäligt. Jag är snarare av den uppfattningen att det rör sig om ett steg där en bedömning görs av om priset för produkten står i rimlig relation till det ekonomiska värdet av produkten. Även i efterföljande praxis från EU-domstolen har jag svårt att se att det är en formalistisk tvåstegsbedömning som görs. I t.ex. *British Leyland* diskuterar domstolen enbart huruvida den uttagna avgiften är oproportionerlig i förhållande till det ekonomiska värdet för tjänsten, utan att den bedömningen delas upp i två steg.

Det essentiella från *United Brands* torde istället vara att när en bedömning ska göras av en produkts ekonomiska värde i förhållande till dess försäljningspris så ska, vid bestämmandet av det ekonomiska värdet, utgångspunkt tas i produktionskostnaden för produkten. Även i *General Motors* och *British Leyland* tycks det ekonomiska värdet för en produkt likställas med produktionskostnaden för produkten. I senare fall har kommissionen emellertid påpekat att det vid bestämmandet av en produkts ekonomiska värdet bör tas hänsyn även till faktorer som inte har någon direkt koppling till kostnaderna för produkten, som t.ex. efterfrågerelaterade faktorer.

Tillämpningen av metod A, som lägger fokus vid det ekonomiska värdet på produkten, är inte utan svårigheter. Till att börja med är det i vissa fall nästintill omöjligt att bestämma det ekonomiska värdet på en produkt. Centralt för den metod som etablerats i *United Brands* är att fastställa produktionskostnaden. Därför kommer man inte ifrån den problematik som kan uppstå när det inte går att på ett adekvat sätt beräkna kostnaderna, både direkta och indirekta, för en produkt. Vidare föreligger osäkerhet kring vilka faktorer som är relevanta vid bestämmandet av det ekonomiska värdet. Att efterfrågerelaterade faktorer ska tas hänsyn till är inget som fastställts av EU-domstolen. Om det ekonomiska värdet skulle vara lika med vad konsumenten är villig att betala, skulle inget pris kunna vara ett överpris så länge det inte är högre än monopolpriset, vilket skulle leda till att artikel 102 FEUF blev oanvändbar. Att det ekonomiska värdet skulle vara lika med efterfrågan sägs

dock inte i *Port of Helsingborg* utan det konstateras endast att icke-kostnadsrelaterade faktorer, som t.ex. efterfrågan, ska tas hänsyn till vid fastställande av det ekonomiska värdet. Att det ekonomiska värdet skulle vara lika med vad konsumenten är villig att betala torde dessutom kunna uteslutas på grund av att artikel 102 FEUF träffar företag som redan på grund av sin dominerande ställning har kunnat sätta de normala marknadskrafterna ur spel. Att det ekonomiska värdet skulle bestämmas enbart av produktionskostnaden kan emellertid inte heller vara menat då priserna på t.ex. designprodukter eller andra särskilt exklusiva produkter i sådant fall mer eller mindre ständigt skulle anses vara överpriser. Det viktiga att ta med sig från kommissionens beslut i *Port of Helsingborg* är att bedömningen av det ekonomiska värdet ska göras från fall till fall.

Har myndigheten eller domstolen lyckats att på ett tillfredsställande sätt bestämma det ekonomiska värdet på produkten, återstår problemet med hur stor avvikelse från det ekonomiska värdet som försäljningspriset får ha för att inte anses oskäligt. Vad som är klart är att det i metod A blir stort fokus på en bedömning av företagets vinstmarginal. Är det tydligt att det rör sig om en oskälig vinstmarginal så kan detta rentav vara tillräckligt för att med säkerhet kunna konstatera att det rör sig om ett överpris. I målen *General Motors* och *British Leyland*, där produktionskostnaden syntes vara central för det ekonomiska värdet, kunde domstolen konstatera att det rörde sig om vinstmarginaler om flera hundra procent varför man ansåg att ett överpris förelåg. Samtidigt torde det vara möjligt att från *General Motors* utläsa att en vinstmarginal om 15 % inte är oskälig. Av kommissionens beslut i *Deutsche Post II*, där en jämförelse gjordes med andra medlemsstater för att bestämma det ekonomiska värdet, framgår att ett pris som överstiger det ekonomiska värdet med 25 % är oskäligt. Det ska dock påpekas att det är ett kommissionsbeslut och således inte strikt gällande rätt, även om det kan användas som vägledning. Det är tydligt att hur stor avvikelsen får vara från det ekonomiska värdet måste bedömas från fall till fall då bedömningen kan variera beroende på vilken bransch det handlar om. Det enda som torde kunna

sägas med säkerhet är att markanta avvikelser med vinstmarginaler på flera hundra procent bör klassas som överpriser.

Slutligen finns det anledning att fundera över tidsaspekten av den misstänka överprissättningen. I *AKKA/LAA* konstaterade EU-domstolen att en prisskillnad måste bestå en viss tid och får inte vara övergående för att det ska röra sig om ett överpris. Detta kriterium torde även gälla vid en prissättning som inte står i rimligt förhållande till produktens ekonomiska värde och är således relevant för både metod A och B. Frågan är vad som avses med en viss tid och när en prissättning anses vara övergående? I *General Motors* ansåg EU-domstolen att ett missbruk inte hade skett bl.a. på grund av att prissättningen hade varit temporär, närmare bestämt fyra och en halv månad. I *British Leyland* däremot ansåg EU-domstolen att den korta längden om fyra månader under vilken försäljningspriset inte var kostnadsmotiverat, inte förändrade det faktum att en överträdelse hade skett. Det tycks således vara oklart när en prissättning endast är temporär. Emellertid var det i *General Motors* fler än bara tidsmässiga aspekter som gjorde att det i slutändan ansågs att det inte rörde sig om en överprissättning. Domen i *British Leyland* kom dessutom ett antal år efter domen i *General Motors* varför domen i *British Leyland* torde ge en mer legitim vägledning. Det är däremot normalt att priser fluktuerar varför det finns anledning att iaktta försiktighet med att angripa höga priser som endast bestått en kortare tid.

6.3.4 Metod B – Prisjämförelser

I och med de problem som uppträder vid metod A har det i praxis etablerats andra sätt att påvisa ett överpris. Gemensamt för dessa är att någon typ av jämförelse, utan någon direkt koppling till produktens ekonomiska värde, görs. Under denna metod B rymmer sig flera tillvägagångssätt. Av praxisgenomgången kan vi se att det dominerande företags priser kan jämföras med produkter på samma marknad, med produkter på en annan marknad i samma medlemsstat och med produkter i andra medlemsstater. I

tidigare rättspraxis, *Deutsche Grammophon*, ansåg EU-domstolen att prisskillnader *per se* inte kunde utgöra ett missbruk. Från senare praxis, målen *Tournier* och *Lucazeau*, har det dock tydliggjorts att en avsevärd prisskillnad kan vara ett indicium på ett överpris.

Denna metod är emellertid inte heller utan brister. Den största svårigheten är att hitta ett adekvat jämförelseobjekt. Då det dominerande företaget inte sällan har monopol på den relevanta marknaden i fall gällande misstänkt överprissättning, är det ofta omöjligt att hitta ett jämförelseobjekt på samma marknad. Att hitta marknader som uppvisar tillfredsställande likheter med den aktuella marknaden är även det svårt. När jämförelsen görs mellan olika geografiska marknader måste man vara uppmärksam på att marknadernas olika särdrag och lokala preferenser i hög grad kan påverka priserna. När en lämplig produkt att jämföra med ska hittas är det viktigt att produktens egenskaper är tillräckligt lika för att jämförelsen ska vara lämplig, i annat fall kan t.ex. kvaliteten på de olika produkterna leda till jämförelsen blir missvisande. Det bör dock sägas att det inte på något sätt borde vara omöjligt att hitta lämpliga jämförelseobjekt inom EU, där medlemsstaterna kommer allt närmare varandra i flera aspekter, varför svårigheterna med att tillämpa metod B inte får överskattas.

När ett jämförelseobjekt som anses lämpligt har funnits måste eventuella skillnader som ändå finns i möjligaste mån neutraliseras. Det är däremot svårt att neutralisera alla skillnader i de förutsättningar som föreligger mellan de olika jämförelseobjekten. När så en bedömning av prisskillnaden görs kan det vara mycket svårt att uppskatta hur stor del av prisskillnaden som beror på marknadens särdrag, och som således måste neutraliseras vid en bedömning.

Vidare är frågan hur stor basen för jämförelsen måste vara för att den ska anses legitim. I *United Brands* använde kommissionen priserna på Irland som bas för jämförelsen, där priserna på samma produkter var lägsta. I *Tournier* användes ett genomsnittspris hos alla medlemsstater. I *AKKA/LAA* gjorde konkurrensrådet i Lettland en jämförelse dels med två grannländer, dels med

ett genomsnitt i ett tjugotal andra medlemsländer. Av samma mål framgår att en jämförelse inte nödvändigtvis inte är tillräckligt representativ enbart därför att den omfattar ett begränsat antal medlemsstater. Det viktiga är istället att jämförelseobjekten väljs ut enligt objektiva, lämpliga och kontrollerbara kriterier och att jämförelserna görs på en enhetlig grund. Det borde enligt min mening däremot inte vara tillräckligt att endast göra jämförelsen med en annan marknad. Visserligen ska jämförelseobjekten väljas ut enligt nyss nämnda kriterier och eventuella skillnader ska dessutom i möjligaste mån neutraliseras. Däremot torde det vara nästintill omöjligt att neutralisera alla skillnader mellan marknadernas olika förutsättningar och därför bör jämförelsen göras mot flera marknader, just för att inte en enskild marknads särdrag ska ha avgörande påverkan på resultatet.

Därefter uppkommer frågan om hur stor skillnaden får vara mellan de jämförda priserna för att det granskade priset ska anses vara ett överpris. Av målet *AKKA/LAA* framgår att det inte finns något specifikt gränsvärde som anses oskäligt. Prisskillnaden måste däremot vara av en viss betydelse och måste bestå en längre tid och får inte vara övergående. Från rättsfallsgenomgången finns viss vägledning att hämta avseende när en prisskillnad är betydande. I *United Brands* ansåg EU-domstolen att en prisskillnad om 7 % i förhållande till dess konkurrenter inte utan vidare kunde anses vara oskäligt hög. Kommissionens beslut i *Deutsche Post II* borde kunna användas som vägledning även här. Deutsche Post AG tog ut ett pris som var 25 % högre än det ekonomiska värdet för tjänsten, vilket i fallet hade fastställts genom att räkna ut det genomsnittliga priset för tjänsten bland EU:s medlemsstater, och detta ansågs utgöra ett överpris. Prisskillnaden var alltså 25 % mellan det granskade priset och priset på jämförelseobjektet. I målet *Napp* ansåg CAT att en prisskillnad som låg runt 30–50 % bidrog till att det rörde sig om överprissättning. Bedömningen av hur stor prisskillnaden får vara vid en jämförelse med andra produkter torde vara liknande den bedömning som görs av hur stor avvikelse försäljningspriset får ha i förhållande till produktens ekonomiska värde, i metod A. När en prisskillnad ska anses ha bestått en längre tid och anses vara icke övergående finns inte

särskilt mycket vägledning kring, vare sig i praxis eller i litteraturen. Möjligtvis kan viss vägledning kring den tidsmässiga aspekten av prisskillnaden hämtas ur *General Motors* och *British Leyland*, som diskuterades ovan i kapitel 6.4.2.

Det bör också noteras att EU-domstolen har använt sig både av jämförelser med det dominerande företags andra produkter och med liknande produkter från andra företag. Ur ett överprissättningshänseende har jag svårt att se att bedömningen av prisskillnaden skulle göras olika beroende på om jämförelsen görs mellan företags egna likadana produkter eller andra företags produkter. Däremot torde det vara en större risk att det dominerande företags prissättning anses utgöra prisdiskriminering om skillnaden är stor mellan priset de tar för samma produkt på olika marknader.

Vidare kan man fråga sig om storleken på avvikelserna bedöms annorlunda beroende på om jämförelsen görs med en produkt på samma marknad, med andra marknader i samma medlemsstat eller med andra marknader i andra medlemsstater. Det kan spekuleras kring om en prisskillnad mellan två liknande produkter på samma marknad bedöms hårdare då det inte finns några skillnader i marknadsförutsättningar att ta hänsyn till. Detta tycks däremot inte vara något som uttryckligen framgår i praxis. Den geografiska skillnaden borde inte generellt påverka den bedömningen utan det är de specifika omständigheterna i varje enskilt fall som får avgörande betydelse, vilket även framgår av *AKKA/LAA*. Därför bör man också vara försiktig med att dra alltför generella slutsatser kring hur stor avvikelserna får vara utifrån de fall som behandlat detta.

6.3.5 En kombinerad approach mot höga priser

Som EU-domstolen noterade i det grundläggande fallet *United Brands* så var den metod som presenterades där endast en av flera möjliga metoder som kunde användas för att påvisa ett överpris. De olika tillvägagångssätt som

tillämpats i praxis, och som jag har valt att placera under två huvudmetoder, fungerar olika bra beroende på omständigheterna i det enskilda fallet varför en kombination är att föredra. En kombinerad approach är också fördelaktig då det ofta är svårt att konstatera att ett pris i sig självt är oskäligt högt, på samma sätt som det är sällan som en prisskillnad i sig självt kan anses vara tillräckligt avsevärd för att utgöra ett missbruk. Därför bör konkurrensrättsliga myndigheter och domstolar som utgångspunkt alltid använda en kombination av de båda metoderna. Temple Lang har sammanställt ett antal indikationer för när överprissättning synes föreligga. Alla dessa indikationer eller kriterier är inte nödvändigtvis gällande rätt, men många av dem har stöd i rättspraxis och kan således vara till stor hjälp i fall där det, efter en tillämpning av både metod A och B, fortfarande råder osäkerhet kring om det höga priset faktiskt är ett missbrukande överpris. Tillvägagångssättet för att utreda ett överprissättningsärende skulle då på ett grovt förenklat sätt kunna se ut på följande vis:

1. Ekonomiska värdet i relation till försäljningspriset
 - a. Oskäligt pris i sig självt
 - b. Oskäligt pris genom jämförelser med konkurrenter
2. Jämförelser utan uttrycklig koppling till produktens ekonomiska värde
 - a. Jämförelse med ett pris på samma marknad
 - b. Jämförelse med priset på andra marknader i samma medlemsstat
 - c. Jämförelse med priset på andra marknader i andra medlemsstater
3. Kompletterande indikationer på ett överpris

6.4 Bedömningen under Covid-19

Som framgått av utredningen ovan är en bedömning av om ett agerande utgör missbruk genom överprissättning ytterst beroende av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet. En välgrundad analys av ett agerande

som misstänks utgöra överprissättning kräver att en ordentlig kostnadsanalys görs och att relevant marknaden jämföras priset med utses. En sådan omfattande utredning av ett specifikt prissättningsåtgärde kommer inte att göras inom ramen för det här arbetet. Syftet med det här underkapitlet är snarare att mer allmänt diskutera hur tillämpningen av de olika metoder som analyserats ovan kan komma att påverkas av Covid-19 pandemin.

Först och främst är det nödvändigt att adressera ett mindre uppenbart problem med att avgöra om ett åtgärde från ett dominerande företag utgör överprissättning under pandemin. Nämligen det faktum att företag, som normalt inte har en dominerande ställning på marknaden, kan bedömas ha det på grund av de speciella marknadsförhållanden som uppstått i och med pandemin.²³⁴ De exempel på prisökningar som vi kunnat se under pandemin torde generellt sett komma från mindre företag som vanligtvis inte innehar en dominerande ställning på sin marknad. Det rör sig ofta om enstaka apotek eller butiker som bedriver dagligvaruhandel. Konkurrensvillkoren har däremot på många marknader ändrats på grund av minskad exponering. Flödet av varor har till en del marknader minskat och ibland upphört i samband med strängare restriktioner och samtidigt har möjligheterna för konsumenter att åka längre sträckor för att inhandla en produkt begränsats på grund av reserestriktioner. Således kan även ett mindre företag få en marknadsposition som innebär att de kan göra sig skyldiga till missbruk utan att egentligen ha någon aning om att man omfattas av reglerna om missbruk av dominerande ställning. Det hör emellertid inte till vanligheten att ett företag anses inneha en dominerande ställning endast under en kortare tid på grund av tillfälliga extraordinära omständigheter.²³⁵ Däremot har kommissionen övervägt ett fastställande av en temporär relevant marknad i samband med oljekrisen år 1973. Kommissionen fann att ett antal oljebolag i Nederländerna blev dominerande under krisen på grund av

²³⁴ OECD, "Exploitative pricing in the time of Covid-19", 26 May 2020, <<https://www.oecd.org/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>>, besökt 2020-12-01.

²³⁵ Ibid.

importrestriktioner.²³⁶ Av den anledningen är det möjligt att snävare bedömningar av vad som anses vara den relevanta marknaden kan göras.

Vad är då särskilt viktigt att under Covid-19 pandemin vara uppmärksam på och hur kan tillämpningen av metoderna för att påvisa överprissättning påverkas av de extraordinära marknadsförhållanden som föreligger?

Till att börja med kan vi se till metod A och försäljningsprisets rimlighet i förhållande till det ekonomiska värdet. En del av de prishöjningar som har gått att läsa om under Covid-19 pandemin saknar motstycke i rättspraxis, med prishöjningar på uppåt 900 %. Företagen har förklarat prishöjningarna med att kostnaderna för att kunna tillhandahålla varan har ökat på grund av brister på material till produkttillverkningen eller höjda inköspriser. En jämförelse kan göras med *General Motors* och *British Leyland* där plötsliga prisökningar på några hundra procent ansågs vara oskäliga då någon motsvarande ökning av kostnaderna inte förelåg. Ett pris som är flera gånger högre än det ”normala”, som var fallet i *General Motors*, torde alltså vara ett överpris varför ett bra riktmärke vid bedömningen av prisets oskälighet kan vara att se vad vinstmarginalen var för produkten precis innan pandemin. Produktionskostnaden för en del produkter har med stor sannolikhet ökat på grund av t.ex. brist på material i samband med s.k. lockdowns. Jag har däremot svårt att tänka mig att alla de prishöjningar som skett under pandemin motsvaras av en jämförbar ökning i produktionskostnaderna.

Vidare kan man tänka sig att ett dominerande företag försvarar sina prishöjningar med att efterfrågan på produkten har ökat väsentligt. Som kommissionen påpekat i *Port of Helsingborg* bör det, vid bestämmandet av det ekonomiska värdet, tas hänsyn till efterfrågerelaterade faktorer. Efterfrågan på t.ex. handsprit och munskydd har ökat enormt under pandemin varför det är möjligt att argumentera för att detta har ökat det ekonomiska

²³⁶ 77/327/EEC: Commission decision of 19 April 1977 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/28.841 - ABG/Oil companies operating in the Netherlands).

värdet på produkten och således rättfärdigar ett högre pris. Man bör emellertid komma ihåg att ett dominerande företag faktiskt har ett särskilt ansvar att inte utnyttja de möjligheter som följer av den dominerande ställningen för att uppnå handelsfördelar som denne inte skulle ha uppnått om det rått en normal och tillräckligt effektiv konkurrens. Ett företag som innehar en dominerande ställning på marknaden kan således inte alltid i samma utsträckning som ett företag som inte innehar en sådan ställning motivera sin prishöjning med efterfrågerelaterade faktorer.

Om vi därefter ser till metod B och prisjämförelser så uppkommer en del spörsmål vid tillämpningen av metoden under pandemin. När det gäller en jämförelse mellan det dominerande företagets pris och priserna på en annan geografisk marknad kan å ena sidan en sådan jämförelse vara särskilt användbar under Covid-19 pandemin då produkter som handsprit och munskydd är globala produkter, varför det säkerligen finns flera möjliga marknader att jämföra med. Å andra sidan är det möjligt att en jämförelse med andra geografiska marknader inte ger någon ordentlig vägledning då priserna säkerligen rent generellt har gått upp på sådana hygienprodukter.

För både metod A och B är tidsaspekten för det höga priset av betydelse för bedömningen av om en överprissättning har skett eller inte. Det är säkerligen så att flera av de markanta prisökningar som skedde på framför allt hygienprodukter endast bestod under en kortare period i våras, varför det kan ifrågasättas om det verkligen har bestått en viss tid. Som diskuterats ovan i kapitel 6.4.2 finns det ingen tydlig vägledning kring detta. Enligt min mening finns det emellertid, framför allt under Covid-19 pandemin och andra force majeure-liknande händelser, anledning att se till det som EU-domstolen konstaterade i *British Leyland*, nämligen att den korta perioden, som i fallet var fyra månader, inte ändrade det faktum att ett missbruk hade skett. Det finns annars en risk att företag som faktiskt utnyttjar sin marknadsposition kommer undan för att de endast gjort så under en kortare tid.

Till sist kan vi se till de indikationer på överprissättning som Temple Lang har presenterat. En indikation som kan få särskild betydelse vid sådana fall av ökad prissättning som skett under Covid-19 pandemin är att prissättningen har skett plötsligt och över en kort period, utan en motsvarande ökning av kostnaderna. Som redovisats ovan under kapitel 4.3.5 kan visst stöd för att en sådan prisökning skulle anses utgöra en överprissättning finnas i *British Leyland* och *Alsatel*. En annan indikation är den som hänför sig till priselasticiteten hos produkten i fråga. Vad avser munskydd och handsprit kan dessa produkter under pandemin anses ha en låg priselasticitet. Konsumenterna hamnar i en situation där betalningsviljan ökar markant till följd av att kunden blir ännu mer beroende av det dominerande företaget. I flera medlemsstater har t.ex. användande av munskydd i vissa miljöer varit ett tvång. Ett utnyttjande av ett dominerande företag i en sådan situation skulle därför kunna tyda på ett missbruk genom överprissättning.

7 Avslutande kommentarer

Överprissättning är ett förfarande som flitigt debatterats i litteraturen, men som sällan har varit föremål för prövning av EU-domstolen. Även om det på EU-rättslig nivå inte förekommer särskilt många fall angående överprissättning är det tillräckligt många för att skapa förvirring.

Ur rättspraxis går det inte att finna ett enhetligt test för att konstatera ett missbruk genom överprissättning, utan det rör sig snarare om flera olika metoder. Tillämpningen av dessa metoder är inte utan svårigheter och domstolarnas och myndigheternas skönsmässiga bedömning har fått en avgörande betydelse. Beroende på de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet kan det bli svårt att göra en bedömning av prisets rimlighet i förhållande till det ekonomiska värdet av produkten och i andra fall går det inte att göra en legitim jämförelse mellan det aktuella försäljningspriset och priset på en annan marknad. Tydligare riktlinjer eller vägledning från kommissionen eller EU-domstolen vore därför välkommet.

Svårigheterna med tillämpningen får emellertid inte överdrivas och det är möjligt att finna gemensamma nämnare i de fall där överpriser har konstaterats. Det rör sig ofta om drastiska och plötsliga prisökningar, prisökningar som sällan motsvaras av ökade kostnader och det handlar ofta om produkter som är särskilt nödvändiga för konsumenten. Det bästa sättet att angripa ett eventuellt överprissättningsågerande torde vara genom att följa en kombinerad approach av de tillvägagångssätt som etablerats i EU-domstolen.

Extraordinära marknadsförhållanden som sådana under Covid-19 pandemin ställer överprissättningsproblematiken på sin spets. Covid-19 utbrottet har lett till en plötslig och betydande prisökning på vissa produkter som t.ex. munskydd och handsprit. Dessa prisförändringar är en naturlig följd av en snabbt ökad efterfrågan och är inte nödvändigtvis resultatet av en otillåten

överprissättning. Det är däremot viktigt att myndigheter inte räds från att använda de, om än svårtillämpade, instrument som finns för att förhindra att dominerande företag, utan någon rimlig grund för det, tar oskäligt höga priser. Särskilt viktigt är det att konsumenter skyddas mot sådana oskäligt höga priser under en så problematisk nödsituation som Covid-19 pandemin.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Akman, Pinar, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

Bailey, David, John, Laura Elizabeth, Bellamy, Christopher W. & Child, Graham D. (red.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2018.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, 5 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2019.

Bishop, Simon & Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2010.

Carlsson, Kenny & Bergman, Mats, *Konkurrenslagen - En kommentar*, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2015.

Evans, David S. & Padilla, A. Jorge, 'Excessive prices: Using economics to define administrable legal rules', *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1, utgåva 1, 2005, 97–122.

Faull, Jonathan & Nikpay, Ali, *Faull and Nikpay: The EU Law of Competition*, 3 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2014.

Fejø, Jens & Ølykke Skovgaard, Grith, *EU-Konkurrenceret – Almindelig del*, 5 uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2014.

Fletcher, Amelia & Jardine, Alina, 'Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing', i: Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (red.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82*, forthcoming, Hart Publishing, Oxford, 2008, s. 533–546.

Gustafsson, Leif & Westin, Jacob, *Konkurrensreglerna i klartext*, Wolters Kluwer Sverige, Stockholm, 2016.

Henriksson, Lars, *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, Stiftelsen MercurIUS, Stockholm, 2003.

Henriksson, Lars, 'Om oskäliga priser', *Juridisk tidskrift*, nr. 3, 2006/07, s. 566–591.

Henriksson, Lars, *Konkurrensrättsliga överträdelser – Ekonomisk analys i den juridiska processen*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Jareborg, Nils, 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT*, 2004, s. 1–10.

Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt – En handbok*, 5 uppl., Karnov Group Sweden, Stockholm, 2014.

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 21–78.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 11 uppl., Iusté, Uppsala, 2019.

Motta, Massimo & de Streel, Alexandre, 'Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?', *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket, Kalmar, 2007.

Niels, Gunnar, Jenkins, Helen & Kavanagh James, *Economics for Competition Lawyers*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2016.

Olsson, Katarina, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2009.

Paulis, Emil, 'Article 82 EC and Exploitative conduct', i: Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (red.), *European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82, forthcoming*, Hart Publishing, Oxford, 2008, s. 515–524.

Reichel, Jane, 'EU-rättslig metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018, 109–142.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, 3 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2015.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, 4 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018.

Temple Lang, John, 'Media, Multimedia and European Community Antitrust Law', *Fordham International Law Journal*, vol. 21, utgåva 4, 1997, s. 1296–1381.

Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 9 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2018.

Williams, Mark, 'Excessive Pricing', *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket, Kalmar, 2007.

Offentligt tryck från Europeiska Unionen

Europeiska kommissionen - Kommissionens tillkännagivande om definition av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5.

Europeiska kommissionen - Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT 2009 C 45/02.

Rådets förordning (EEG) nr. 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer.

Rådets förordning (EG) nr. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i art 81 och 82 i fördraget.

Rådets förordning (EG) nr. 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

Offentligt tryck från Sverige

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

Material från OECD

OECD Competition Policy Roundtables, Excessive Prices, DAF/COMP(2011)18, <<https://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>>, besökt 2020-10-07.

OECD, "Exploitative pricing in the time of Covid-19", 26 May 2020, <<https://www.oecd.org/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>>, besökt 2020-12-01.

Övrigt

Competition & Markets Authority, ”CMA approach to business cooperation in response to coronavirus (COVID-19)”, Guidance, 25 March 2020, <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>>, besökt 2020-11-30.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ”Covid-19 Complaints and queries involving the application of competition rules”, Press release, 7 April 2020, <https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/20200407%20NP%20Balance%20Buz%C3%B3n%20Covid_20200407_eng.pdf>, besökt 2020-11-30.

European Competition Network, ”Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application on competition law during the corona crisis”, 23 March 2020, <https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf>, besökt 2020-09-14.

Fredrik Hedlund, ”Apotek tar skyhöga priser för handsprit och munskydd”, Svensk Farmaci, <<https://svenskfarmaci.se/apotek/apotek-tar-skyhoga-priser-for-handsprit-och-munskydd/>>, besökt 2020-11-27.

Italian Competition Authority, ”The Italian Competition Authority publishes two investigations against online platforms with regards to some claims relating to the marketing of hand sanitizing, respiratory masks and hygiene products (Amazon / eBay)”, 12 March 2020, e-competitions March 2020, Art. N°94193, <<https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/march-2020/the-italian-competition-authority-publishes-two-investigations-against-online>>, besökt 2020-11-30.

Konkurrensverket, Nyhetsbrev 17 april 2020, ”Prissättning och tillfälliga samarbeten under coronakrisen”,

<<https://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/prissattning-och-tillfalliga-samarbeten-under-coronakrisen/>>, besökt 2020-11-27.

Mailkorrespondens med Martin Bäckström, funktionsansvarig för tips och klagomål på Konkurrensverket, 2020-10-12.

Mattias Carlsson, ”Höjer priset på livsviktiga produkter med över 900 procent”, Dagens Nyheter, <<https://www.dn.se/nyheter/sverige/hojer-priset-pa-livsviktiga-produkter-med-914-procent/>>, besökt 2020-11-27.

Statistiska centralbyrån, Hitta statistik <<https://www.scb.se/hitta-statistik/statistik-efter-amne/priser-och-konsumtion/kopkraftspariteter/kopkraftspariteter-ppp/>>, besökt 2020-11-11.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ”UOKiK’s proceedings on wholesalers’ unfair conduct towards hospitals”, Press release, 4 March 2020, <https://www.uokik.gov.pl/news.php?news_id=16277>, besökt 2020-11-30.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-24/67 Parke, Davis and Co. mot Probel, Reese, Beintema-Interpharm och Centrafarm, EU:C:1968:11.

C-40/70 Sirena Srl mot Eda Srl m.fl., EU:C:1979:236.

C-78/70 Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, EU:C:1971:59.

C-6/72 Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen, EU:C:1973:22.

Förenade målen *C-6/73 och C-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen*, EU:C:1974:18.

Förenade målen *C-40–48/73, C-50/73, C-54/73, C-111/73, C-113/73 och 114/73 Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA m.fl. mot kommissionen*, EU:C:1975:174.

C-26/75 General Motors Continental NV mot kommissionen, EU:C:1975:150.

C-27/76 United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen, EU:C:1978:22.

C-85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG mot kommissionen, EU:C:1979:36.

C-322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313.

C-226/84 *British Leyland Public Limited Company mot kommissionen*,
EU:C:1986:421.

C-311/84 *Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) v SA
Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information
publicité Benelux (IPB)*, EU:C:1985:394.

C-62/86 *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, EU:C:1991:286.

C-247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et
d'électronique (Alsatel) mot SA Novasam*, EU:C:1988:469.

C-30/87 *Bodson mot SA Pompes funèbres des régions libérées*,
EU:C:1988:225.

C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, EU:C:1989:319.

Förenade målen C-110/88, 241/88 och 242/88 *François Lucazeau m.fl. mot
Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) m.fl.*,
EU:C:1989:326.

C-234/89 *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG*, EU:C:1991:91.

Förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P *Radio Telefís Eirann (RTE)
och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot kommissionen*,
EU:C:1995:98.

Förenade målen C-147/97 och 148/97 *Deutsche Post AG mot Gesellschaft
für Zahlungssysteme mbH (GZS) och Citicorp Kartenservice GmbH*,
EU:C:1999:270.

C-552/03 P *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd (tidigare Van den Bergh
Foods) mot kommissionen*, EU:C:2006:607.

C-385/07 P *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot kommissionen*, EU:C:2009:456.

C-209/10 *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet*, EU:C:2012:172.

Förslag till avgörande i C-177/16 *Biedriba "Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība" (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:286.

C-177/16 *Biedriba Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) mot Konkurences padome*, EU:C:2017:689.

Tribunalen

T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) mot kommissionen*, EU:T:2001:272.

T-219/99 *British Airways PLC mot kommissionen*, EU:T:2003:343.

T-201/04 *Microsoft Corp. mot kommissionen*, EU:T:2007:289.

T-321/05 *AstraZeneca AB och AstraZeneca PLC mot kommissionen*, EU:T:2010:266.

Beslut från Europeiska kommissionen

77/327/EEC: Commission decision of 19 April 1977 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/28.841 - ABG/Oil companies operating in the Netherlands).

2001/892/EC: Commission decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 - Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail).

Commission decision of 23 July 2004, Case COMP/A.36.568/D3 -
Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg.

Commission decision of 29 April 2014 addressed to Motorola Mobility LLC
relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning
of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement, EUT 2014 C
344/6.

Avgöranden från Marknadsdomstolen

MD 1997:11 *VIVO Stockholm*.

MD 2000:6 *AGA Gas*.

MD 2002:5 *Månadens bok*.

MD 2000:2 *SJ/BK Tåg*.

Avgöranden från brittiska Competition Appeal Tribunal

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

Case number 1046/2/4/04, *Albion Water Limited, Albion Water Group
Limited v Water Services Regulatory Authority and Dwr Cymru Cyfyngedig,
United Utilities Water PLC*, [2008] CAT 31.