



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marielle Pettersson

Ett bra erbjudande?
– När riskerar kampanjer att aktualisera reglerna
om underprissättning?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Jacob Öberg

Termin: HT 2019

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SUMMARY | 3 |
| SAMMANFATTNING | 4 |
| FÖRKORTNINGAR | 5 |
| 1 INLEDNING | 6 |
| 1.1 Bakgrund | 6 |
| 1.2 Syfte och problemställning | 6 |
| 1.3 Metod och material | 7 |
| 1.4 Disposition | 7 |
| 1.5 Avgränsningar | 8 |
| 2 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING | 9 |
| 2.1 Dominerande ställning | 9 |
| 2.1.1 Gällande rätt | 9 |
| 2.1.2 Bedömning av dominans | 11 |
| 2.1.2.1 <i>Avgränsning av relevant marknad</i> | 11 |
| 2.1.2.2 <i>Är bolaget dominerande på marknaden?</i> | 12 |
| 2.2 Att missbruka sin dominerande ställning | 13 |
| 2.2.1 Gällande rätt | 13 |
| 2.2.2 Underprissättning | 13 |
| 2.3.3 Påföljder | 14 |
| 3 KAMPANJER | 15 |
| 3.1 Black friday - en ny kampanj | 15 |

| | |
|--|-----------|
| 3.2 Black friday - en allt mer långvarig kampanj | 16 |
| 3.3 Kampanjtätheten på marknaden | 16 |
| 4 MÖJLIGHETEN FÖR DOMINERANDE BOLAG ATT UTNYTTJA UNDERPRISSÄTTNING ENLIGT DOKTRIN | 17 |
| 4.1 Underprissättning som inte utgör missbruk? | 17 |
| 4.1.1 Konkurrensverkets ställningstagande | 17 |
| 4.1.2 Den spretiga doktrinen | 18 |
| 5 AVSLUTNING | 18 |
| 5.1 Analys | 18 |
| 5.1.1 Är förbudet mot missbruk av dominerande ställning tillräckligt tydligt för att kunna besvara frågan om vart gränsen går mellan underprissättning och tillåtna erbjudanden? | 18 |
| 5.1.1.1 <i>Dominerande ställning</i> | 19 |
| 5.1.1.2 <i>Förbudet mot underprissättning</i> | 20 |
| 5.1.1.3 <i>Sammantagen analys av förbudsregleringen</i> | 20 |
| 5.1.2 Om möjligheten för dominerande bolag att vidta underprissättning | 20 |
| 5.1.2.1 <i>Om möjligheten som Gustafsson och Westin framhåller</i> | 21 |
| 5.1.2.2 <i>Om möjligheten som Henriksson framhåller</i> | 22 |
| 5.1.2.3 <i>Om möjligheten som Konkurrensverket framhåller</i> | 22 |
| 5.1.2.4 <i>Problematiken med att undgå skarp förbudslagstiftning med stöd av doktrin</i> | 23 |
| 5.1.3 En snäv tolkning av begreppet missbruk i doktrin skapar en otydlig lagstiftning | 24 |

| | |
|---|----|
| 5.1.4 Hur kan förbudet mot underprissättning göras tydligare? | 24 |
|---|----|

| | |
|---------------------|-----------|
| 5.2 Slutsats | 26 |
|---------------------|-----------|

| | |
|--|-----------|
| KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 27 |
|--|-----------|

| | |
|------------------------------|-----------|
| RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 29 |
|------------------------------|-----------|

Summary

The prohibition against abuse of a dominant position, and thereby the prohibition against predatory pricing, is regulated in both the Treaty on the Functioning of the European Union and in the Swedish Competition Act. The prohibition is clearly formulated and it does not indicate that there is any form of undercutting that is allowed for companies in a dominant position.

In Swedish literature of jurisprudence, however, a perception has emerged that certain forms of undercutting is allowed even for companies in a dominant position. It is actions that should not be considered to constitute *abuse* of the dominant position and therefore is to be allowed already for that reason. Thus, the Swedish literature of jurisprudence does not advocate that there is an exception to the statutory prohibition.

The fact that the statutory prohibition is clear and unwavering, while the Swedish literature of jurisprudence advocates more or less extensive possibilities to avoid the prohibition, plus the fact that there is no case law relating to this specific issue, makes it hard for companies in a dominant position to know if any type of undercutting is allowed. This situation, I think, creates an uncertainty among the companies in a dominant position that do not favor the efficient competition on the market.

In order to create an intelligibility for the companies in a dominant position at the market that allows them to determine where the boundary goes between permitted offers and predatory pricing, the Court of Justice of the European Union must clarify their case law. The most urgent matter is that the Court of Justice of the European Union gives a ruling on whether there are situations where a company in a dominant position may set prices below their cost without it is considered as predatory pricing, and also which circumstances that constitutes predatory pricing.

Sammanfattning

Förbudet mot missbruk av dominerande ställning, och därigenom förbudet för dominerande bolag att vidta underprissättning, återfinns i EU:s grundläggande fördrag samt i svensk rätt. Förbudet är tydligt formulerat och det indikerar inte att det finns någon form av tillåten underprissättning för dominerande bolag.

I svensk doktrin har det dock vuxit fram en uppfattning om att vissa former av underprissättning är tillåtna även för dominerande bolag. Det handlar om ageranden som inte ska anses utgöra *missbruk* av den dominerande ställningen och därför ska vara tillåtna redan av den anledningen. Doktrinen förespråkar således inte att det finns ett undantag till det lagstadgade förbudet.

Det faktum att förbudet i lag är tydligt och orubbligt, samtidigt som den svenska doktrinen förespråkar mer eller mindre vidsträckta möjligheter att undgå förbudet, samt att det saknas praxis som berör denna specifika fråga gör att det är svårt för dominerande bolag att veta om någon form av underprissättning är tillåten. Denna situation menar jag skapar en osäkerhet hos de dominerande bolagen på marknaden som inte gynnar den effektiva konkurrensen.

För att skapa en tydlighet för de dominerande aktörerna på marknaden som möjliggör för dem att avgöra vart gränsen går mellan tillåtna erbjudanden och otillåten underprissättning så krävs att EU-domstolen förtydligar sin praxis. Det mest brådskande är att EU-domstolen uttalar sig i frågan om huruvida det finns situationer där ett dominerande bolag får vidta underprissättning utan att det anses utgöra missbruk av den dominerande ställningen, samt vilka omständigheter som ligger till grund för bedömningen av en tillåten underprissättning.

Förkortningar

EU-domstolen = Europeiska unionens domstol

FEUF = Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

KL = Konkurrenslagen

SEK = Svenska kronor

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Underprissättning, även känt som predatory pricing, är ett förbjudet förfarande enligt konkurrensrätten.¹ Underprissättning regleras inom ramen för missbruk av dominerande ställning och går i korthet ut på att en dominerande aktör på en marknad sänker priserna till en så låg nivå att de riskerar att konkurrera ut de andra aktörerna på marknaden. Efter ett sådant agerande har det dominerande bolaget möjlighet att höja priserna igen för att på så vis ta igen förlusten som orsakades bolaget av prissänkningen.²

I skrivande stund är det två veckor kvar till *Black friday*, startskottet på julhandeln, som innebär att många handlare har stora kampanjer. Bolagen som vidtar kampanjerna är ibland så stora att de skulle kunna anses vara dominerande på marknaden. Vidare innebär kampanjerna i många fall så stora prissänkningar att de instinktivt väcker tankar om underprissättning. Det går därför att ana att det finns en tidsaspekt i bedömningen av huruvida en underprissättning är otillåten.

Huruvida dominerande bolag ska tillåtas att vidta underprissättning under en kortare tid, är en fråga som diskuterats i doktrin. Det handlar om underprissättningar som inte anses påverka konkurrensen, varför de heller inte anses utgöra missbruk. I doktrin har olika synsätt på vilka ageranden som faller utanför bestämmelsen om missbruk av dominerande ställnings tillämpningsområde vuxit fram.

Om det överhuvudtaget existerar en möjlighet för dominerande bolag att undgå förbudet mot underprissättning, och hur en sådan möjlighet i så fall är utformad, är inte klarlagt genom praxis. Det medför att regleringen kring underprissättning är svårtolkad och uppsatsen syftar till att bringa klarhet i hur regleringen kan göras tydligare.

1.2 Syfte och problemställning

Syftet med uppsatsen är att försöka bringa klarhet i vilka åtgärder ett dominerande bolag får vidta

¹ Se Gustafsson och Westin (2016) s.134-135.

² Se Bernitz (2019) s. 149.

i sin marknadsföring. Uppsatsen syftar till att ge ett så tydligt svar som möjligt på frågan om vart gränsen egentligen går mellan ett tillåtet erbjudande som gynnar både konkurrensen på marknaden och slutkonsumenterna, och ett förfarande som är skadligt för konkurrensen och slutkonsumenterna.

Uppsatsen antar därför ett kritiskt perspektiv till den gällande rätten. Utgångspunkten för lagen måste vara, enligt min uppfattning, att regleringen är så tydlig att den i vart fall kan hjälpa oss att komma nära ett svar på frågan om hur ett dominerande bolag får agera.

Därför har jag valt följande frågeställning för att kunna besvara frågan om när kampanjer riskerar att aktualisera förbudet mot underprissättning,

– Är dagens reglering av missbruk av dominerande ställning tillräckligt tydlig och om så inte är fallet, hur kan den tydliggöras?

1.3 Metod och material

För att besvara min frågeställning har jag använt mig av den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metoden, eller den juridiska metoden, innebär att en angiven frågeställning besvaras med ledning av rättskällorna, med respekt för deras hierarki. Med rättskällor avses här lagstiftning på så väl europeisk som svensk nivå, praxis, förarbeten, doktrin samt uttalanden från Konkurrensverket.

Lagstiftningen som belyses i denna uppsats är 102 FEUF och 2:7 KL med tillhörande förarbeten.

I den delen av uppsatsen som behandlar kampanjer och kampanjtäthet är mycket information hämtad från Svensk handel, då de kontinuerligt gör olika undersökningar av handlarnas inställningar till olika kampanjer, hur kampanjers omsättningsnivåer varierar över tid, o.s.v. Avslutningsvis belyses två olika exempel på hur en möjlighet för dominerande bolag att tillämpa underprissättning kan utformas enligt doktrin.

1.4 Disposition

I kapitel två redogörs för vad underprissättning är enligt gällande rätt. De lagstadgade bestämmelserna ses här i ljuset av hur bestämmelserna har behandlats i praxis och doktrin.

För att skapa en kontext och för att senare kunna problematisera den inskränkta tolkningen av underprissättning som återfinns i doktrin analyseras i kapitel tre hur antalet kampanjer på den svenska marknaden för detaljhandel blivit allt fler och längre. Black Friday har fått utgöra ett exempel på en sådan kampanj.

Kapitel fyra redogör för två varianter av möjligheter som framkommer i doktrin för dominerande bolag att kringgå förbudet mot underprissättning.

Avslutningsvis kommer jag i kapitel fem att problematisera möjligheterna för dominerande bolag att tillämpa underprissättning som inte anses utgöra missbruk av dominerande ställning enligt doktrin. Vidare kommer samma kapitel att besvara frågan om huruvida jag anser att dagens lagstiftning är tydlig samt hur jag menar att den kan tydliggöras.

1.5 Avgränsningar

Inledningsvis måste påpekas att frågeställningen för uppsatsen är komplex och aktualiserar större juridiska utredningar än vad som ges utrymme för att behandla i denna uppsats. Varje led av utredningen, såsom ex. Detaljerade beskrivningar av hur marknadsavgränsningar görs, har därför av utrymmesskäl inte behandlats djupgående.

Det finns vidare många fler rättsfall att tillgå avseende underprissättning än de jag har belyst. Jag har endast valt ut de rättsfall som jag finner viktigast för rättsutvecklingen och för att besvara min frågeställning, då begränsningar i tid och omfattning gör det omöjligt att gå igenom all praxis på området i denna uppsats. I avgörandet *Dalmine mot kommissionen* så redogör EU-domstolen på ett tydligt sätt hur samhandelskriteriet skall tolkas och i *Hoffman-La Roche* samt *AKZO* har domstolen på ett pedagogiskt sätt redogjort för bedömningen av ett bolags dominans. Klargörande, tydliga och vägledande uttalanden har varit avgörande vid urvalet av praxis.

Det finns vidare väldigt många intressanta aspekter av min frågeställning, exempelvis *Vad händer om ett dominerande bolag utnyttjar möjligheten att tillämpa underprissättning på det vis som förespråkas i doktrin?* Även här måste jag dock avgränsa min uppsats för att möjliggöra en slutsats inom ramen för givet utrymme och tid.

Avslutningsvis ska påpekas att doktrinen på området är omfattande. Jag har valt ut Gustafssons och Westins samt Henrikssons versioner av hur ett dominerande bolags underprissättning ska bedömas, då jag anser att de belyser olika versioner av tillåten underprissättning som därmed skapar olika utfall vid tillämpning och således belyser olika delar av problematiken med tolkningen.

2 Missbruk av dominerande ställning

2.1 Dominerande ställning

2.1.1 Gällande rätt

Underprissättning är ett av de otillåtna förfaranden som faller inom ramen för missbruk av dominerande ställning i konkurrensrätten.

Vad beträffar missbruk av dominerande ställning finns det sällan skäl att särskilja EU-rätten och den svenska rätten, då denna bestämmelse återfinns i FEUF och därmed har direkt effekt för Sverige.^{3 4} Det innebär att denna bestämmelse gäller även för enskilda i Sverige på samma sätt som vår svenska lagstiftning, så snart samhandelskriteriet är uppfyllt, se nedan.

Bestämmelsen om missbruk av dominerande ställning regleras i **2 kap. 7§ KL** samt **102 FEUF** och lyder följande:

³ Se Bernitz (2019) s. 56-57.

⁴ Direkt effekt gäller EU:s primärrätt, d.v.s. bl.a. FEUF, vilket slogs fast i mål 26/62 *Van Gend & Loos*, sid. 12.

2 kap. 7 § KL

Missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

102 FEUF

Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning *på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden och förbjudet.*

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Skillnaderna mellan bestämmelserna är att 102 FEUF handlar om hela den ”inre marknaden”, samt att 102 FEUF innehåller det s.k. samhandelskriteriet. Samhandelskriteriet återfinns i kursiv stil ovan.⁵ Samhandelskriteriet har kommit att tolkas mycket extensivt, varför det krävs mycket lite för att ett agerande ska anses påverka handeln mellan medlemsstater och därmed att EU-rätten ska anses tillämplig. I mål **C- 407/04 Dalmine mot kommissionen** uttalade EU-domstolen följande om för samhandelskriteriet (min kursivering):

För att ett beslut, ett avtal eller ett förfarande skall anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater krävs att det *med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att beslutet, avtalet eller förfarandet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna.* Denna inverkan får inte heller vara obetydlig [...]⁶

⁵ Se Bernitz (2019) s. 64.

⁶ Se C- 407/04 *Dalmine mot kommissionen*, ECLI:EU:C:2007:53 punkt 90.

Det krävs således varken faktisk eller direkt påverkan på samhandeln för att EU-rätten ska bli tillämplig.

Vidare har lagstiftaren i förarbetena till KL slagit fast följande: ”Konkurrenslagens materiella regler tolkas mot bakgrund av den rättspraxis som utvecklats av EG:s domstolar”⁷.

Det ovan sagda innebär att EU-rätten är ständigt närvarande och att praxis från EU-domstolen får stort genomslag i svensk rättstillämpning.

2.1.2 Bedömning av dominans

2.1.2.1 Avgränsning av relevant marknad

Förbudet mot missbruk av dominerande ställning innebär en begränsning av hur dominerande bolag får agera på en marknad, se regleringarna i 2.1.1: ”*av en dominerande ställning*”.

Varje utredning om missbruk av dominerande ställning måste därför börja med att avgränsa den relevanta marknaden. Marknaden avgränsas i två steg, först avgränsas produktmarknaden och sen avgränsas den geografiska marknaden. Därefter bedöms antalet marknadsandelar som det dominerande bolaget har. Antalet marknadsandelar ligger sedan till grund för bedömningen av huruvida bolaget är dominant, se avsnitt 2.1.3.⁸

När produktmarknaden avgränsas kontrolleras varornas eller tjänsternas utbytbarhet, d.v.s. hur benägna konsumenterna är att byta ut varan genom att handla av en konkurrent istället, vid t.ex. en liten förändring i pris.⁹ Förändras priset med 5-10% och det medför att konsumenten väljer en annan konkurrens vara eller tjänst, så innebär detta att dessa bolag konkurrerar på samma marknad.¹⁰ För att avgränsa produktmarknaden kontrolleras också hur enkelt det är för konkurrenter att ställa om sin produktion och börja erbjuda samma varor som den presumtiva

⁷ Se prop. 2007/08:135 s. 70.

⁸ Se Gustafsson och Westin (2010) s. 149-150.

⁹ Se Bernitz (2019) s. 42-43.

¹⁰ Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning av den 9 december 1997, EGT C 372 punkt 17-18.

dominanten.¹¹ Är något av dessa exemplen är för handen så talar det för att bolagen måste ta hänsyn till varandra och därmed ingår de i samma marknad.

Därefter fastställs området där förutsättningarna för konkurrens liknar varandra, den geografiska marknaden. Att en geografisk marknad avgränsas utifrån just likartade konkurrensvillkor slog EU-domstolen fast i bl.a. avgörandet *United Brands*. I detta avgörande avgränsades Frankrike, Italien och Storbritannien bort från den gemensamma marknaden vid en avgränsning av den relevanta geografiska marknaden då deras importregleringar avvek nämnvärt de övriga ländernas.¹² En annan parameter som enligt Bernitz kan användas för att urskilja olikartade konkurrensvillkor är transportkostnader.¹³

2.1.2.2 Är bolaget dominerande på marknaden?

I avgörandet *Hoffman-La Roche* så konstaterade EU-domstolen att en dominerande ställning var för handen när ett bolag: ”i betydande omfattning agera[r] oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter.”¹⁴

Huruvida ett bolag är dominant, d.v.s. huruvida bolaget kan agera oberoende på en marknad, är en bedömning i det enskilda fallet. Domstolen ser till flera faktorer såsom exempelvis andelen marknadsandelar, immateriella rättigheter, ekonomisk styrka o.s.v.¹⁵ Antalet marknadsandelar är dock det som generellt tas störst hänsyn till i bedömningen.^{16 17}

EU-domstolen har slagit fast i *Hoffman-La Roche* att ”särskilt stora marknadsandelar i sig själva, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning”¹⁸. Under 40% är

¹¹ Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning av den 9 december 1997, EGT C 372 punkt 7.

¹² Se 27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1978:22 punkt 43-44.

¹³ Se Bernitz (2019) s. 43-44.

¹⁴ Se 85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG mot kommissionen*, ECLI:EU:C:1979:36 punkt 38.

¹⁵ Se Gustafsson och Westin (2010) s. 161.

¹⁶ Jfr Bernitz (2019) s. 42.

¹⁷ Jfr Gustafsson och Westin (2010) s. 160.

¹⁸ Se 85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG mot kommissionen*, ECLI:EU:C:1979:36 punkt 41.

det inte troligt att det rör sig om en dominant aktör, men över 40% kan räcka.¹⁹ EU-domstolen har vidare i avgörandet AKZO slagit fast att om ett bolag har en marknadsandel på 50% eller mer så föreligger en presumtion för att bolaget skulle ha en dominerande ställning.²⁰

2.2 Att missbruka sin dominerande ställning

2.2.1 Gällande rätt

Regleringen av missbruk av dominerande ställning finner ni ovan i avsnitt 2.1.1.

2.2.2 Underprissättning

I propositionen som ligger till grund för KL framkommer att syftet med att förbjuda bl. a. underprissättning är att upprätthålla effektiv konkurrens och att avsikten är att skydda inte bara slutkonsumenterna utan också samhällsekonomin.²¹ Behovet av att skydda slutkonsumenterna från underprissättning finns eftersom att de efter ett fullbordat förfarande tvingas acceptera dominantens enväldiga prissättning.²²

Underprissättning faller inom ramen för den första punkten i 2 kap. 7§ KL 2 st. samt 102 FEUF 2 st.: ”direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor”.²³

Vad som utgör en underprissättning i lagens mening har varit föremål för prövning både i EU-domstolen och i svenska domstolar. I avgörandet *AKZO* prövade EU-domstolen frågan om *AKZO Chemie BV* tillämpat en underprissättning och därigenom missbrukat sin dominerande ställning. EU-domstolen konstaterade i målet att underprissättning har skett om något av följande är för handen,

– ett dominerande bolag tillämpar priser som understiger företagets genomsnittliga rörliga

¹⁹ Se meddelande från kommissionen – *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder* av den 24 februari 2009, EUT C 45 punkt 14.

²⁰ Se C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1991:286 punkt 60.

²¹ Se prop. 2007/08:135 s. 66-67.

²² Jfr Bernitz (2019) s. 149.

²³ Se Henriksson (2003) s. 55.

kostnader. I dessa fall föreligger vidare en presumtion för att bolaget haft som syfte att eliminera eller allvarligt försvaga en eller flera konkurrenter.

– ett dominerande bolag p.g.a. sin prissättning inte får täckning för sina genomsnittliga totala kostnader för att tillhandahålla produkten, men då krävs det att motparten kan visa att syftet med prissättningen är att eliminera eller allvarligt skada en konkurrent. Här föreligger således inte en presumtion.²⁴

Dessa kriterier bekräftade EU-domstolen också i målet Tetra Pak²⁵. I det svenska avgörandet *SJ mot Konkurrensverket och BK-tåg*, fokuserade tvisten mycket på frågan om hur SJ beräknat sina kostnader. Här hänvisade även Marknadsdomstolen till dessa två kriterier som EU-domstolen slog fast i målet AKZO.²⁶

Huruvida det föreligger ett syfte från det dominerande bolagets sida att eliminera eller allvarligt försvaga konkurrenter får betydelse för bedömningen om det ska utgå konkurrensskadeavgift eller ej, se nästa stycke.

2.3.3 Påföljder

Både Konkurrensverket och Marknadsdomstolen kan vid vite ålägga ett dominerande bolag att upphöra med ett agerande som kan anses vara missbruk av dominerande ställning.²⁷ Det dominerande bolaget kan också ådömas att betala konkurrensskadeavgift, under förutsättning att det dominerande bolaget, eller någon som handlar på dess vägnar, agerat med uppsåt eller oaktsamhet.²⁸ Konkurrensskadeavgiftens storlek uppgår till upp till tio procent av bolagets totala omsättning året innan, vilket regleras i 3 kap. 6§ KL.

²⁴ Se C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1991:286 punkt 71-72.

²⁵ Se C-333/94 *Tetra Pak International SA mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:C:1996:436 punkt 41.

²⁶ Se MD 2000:2 *SJ mot Konkurrensverket och BK tåg*.

²⁷ Se 3 kap. 1-3§§ KL samt 6 kap. 1§ KL.

²⁸ Se 3 kap. 5§ KL.

3. Kampanjer

Antalet kampanjer inom handeln blir allt fler och varar längre konstaterar branschorganisationen för parti-, detalj- och e-handel i Sverige, Svensk handel^{29,30 31}

3.1 Black Friday - en ny kampanj

Black Friday är ett exempel på en ny kampanj som snabbt har blivit ett självklart inslag i den svenska kampanjkalendern. Black Friday infaller den fjärde fredagen i november och ses som startskottet på julhandeln.³²

I november 2011 började Google skönja att det gjordes några sökningar i Sverige på ”Black Friday”. Men det vara få, bara 3% av det antal sökningar som gjordes år 2018.³³ År 2012 gjordes lite fler sökningar, totalt motsvarande 4% av det antal sökningar som gjordes år 2018.³⁴ På dessa grunder kan det konstateras att Black Friday inte var ett särskilt känt fenomen i Sverige år 2011-2012.

År 2015 omsatte Black Friday totalt 2,3 miljarder SEK.³⁵ Motsvarande siffra år 2019 väntas bli 7-7,5 miljarder SEK.³⁶ Det är en ökning med över 300% på bara fyra år.

²⁹ Svensk handel är en branschorganisation för företag inom detalj- parti- och e-handel.

³⁰ Se Sara L Bränström: ”Reor och kampanjer ökar - kan bryta mot lagen”, SvD Näringsliv <<https://www.svd.se/reor-och-kampanjer-okar-kan-bryta-mot-lagen>>, besökt 2019-11-22.

³¹ Se Svensk handel: ”Black Friday - Köpfest för konsumenten, pina för handeln? Fakta och siffror om Black Friday” <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/pressmeddelande/fakta-och-siffror-om-black-friday.pdf>>, besökt 2019-12-16, s. 15.

³² Se Pontus Holgersson: ”Vad är Black Friday?”, Consector förklarar, <<https://www.consector.se/ordlista/black-friday/>>, besökt 2019-12-03.

³³ Se Google trends: ”Black friday” <<https://trends.google.com/trends/explore?date=all&geo=SE&q=black%20friday>>, besökt 2019-11-22.

³⁴ Se Ibid. Besökt 2019-11-22.

³⁵ Se Svensk handel: ”Black Friday - Köpfest för konsumenten, pina för handeln? Fakta och siffror om Black Friday” <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/pressmeddelande/fakta-och-siffror-om-black-friday.pdf>> besökt 2019-11-22, s. 5.

³⁶ Se Svensk handel: ”2019 Fortsatt tillväxt för Black Friday, men måttfull handel sett över året” <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/hogtider/black-friday-2019.pdf>>, besökt 2019-11-22, s. 2.

3.2 Black Friday - en allt mer långvarig kampanj

Black Friday är också en av alla kampanjer som har utsträckts i tid. Kampanjen har snabbt gått från att omfatta en dag, den fjärde fredagen i november, till att omfatta hela den fjärde veckan i november, s.k. Black week.³⁷

3.3 Kampanjtätheten på marknaden

Måndagen efter Black week är det Cyber Monday.³⁸ Cyber Monday är tänkt som e-handels motsvarighet till Black Friday, trots att det är e-handlarna som är det segment av handlare där flest upplever just Black Friday som viktig för försäljningen.³⁹ Cyber Monday är således bara ytterligare en kampanjdag. Vidare har många handlare s.k. julkalendrar med erbjudanden varje dag fram till julafton och dessutom har mellandagsrean många gånger smygstartat innan julafton.^{40 41} Efter mellandagsrean kommer sedan januarirean och den håller på hela januari, ibland också in i februari.^{42 43}

Utöver kampanjer på vinterhalvåret så har vi också kampanjer övrig tid på året, ex. *mid season-sale*, vårrea, erbjudanden runt påsk och sommarrea.⁴⁴ Sammanfattningsvis har vi en väldigt hög kampanjtäthet på marknaden som i princip är intakt mellan november och februari.

Svensk handels chefsekonom och branschordförande för Svensk handel stil sammanfattar effekterna av kampanjtätheten på följande vis:

³⁷ Se Svensk Handel: "Black Friday 2018" <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/ovriga-rapporter/black-friday-2018.pdf>> besökt 2019-11-22, s. 3.

³⁸ Se Pontus Holgersson: "Vad är Cyber Monday?", Consector förklarar, <<https://www.consector.se/ordlista/cyber-monday/>>, besökt 2019-11-28.

³⁹ Se Svensk handel: "2019 Fortsatt tillväxt för Black Friday, men måttfull handel sett över året" <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/hogtider/black-friday-2019.pdf>>, besökt 2019-11-22, s 12.

⁴⁰ Se Ready Digital: "20 tips som lyfter din webbshop inför julhandeln" <<https://www.readydigital.se/julhandel-webshop/>>, besökt 2019-11-22 punkt 15.

⁴¹ Se Jonas Arnberg: "Allt fler reor hotar butikerna" <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/debattartiklar/2015/allt-fler-reor-hotar-butikerna/>>, besökt 2019-11-22.

⁴² Se Sara L Bränström: "Reor och kampanjer ökar - kan bryta mot lagen", SvD Näringsliv <<https://www.svd.se/reor-och-kampanjer-okar--kan-bryta-mot-lagen>>, besökt 2012-11-22.

⁴³ Se Jonas Arnberg: "Allt fler reor hotar butikerna" <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/debattartiklar/2015/allt-fler-reor-hotar-butikerna/>>, besökt 2019-11-22.

⁴⁴ Se Jonas Arnberg och Mikael Sandström: "Rea inte ut branschens lönsamhet", Svensk handel <<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/debattartiklar/2015/rea-inte-ut-branschens-lonsamhet/>> hämtad 2019-11-26.

”... det bygger en konsument som inte är beredd att handla till fullpris, utan som snarare väntar in nästa rea-tillfälle. [...] De större handlarna och leverantörerna kan också forma strategier utifrån detta men mindre företag tvingas ofta att följa med men [med] pressad lönsamhet som resultat.”⁴⁵

4. Möjligheten för dominerande bolag att utnyttja underprissättning enligt doktrin

4.1 Underprissättning som inte utgör missbruk?

Lagtexten ger inte stöd för att det skulle finnas en möjlighet att undgå förbudet om missbruk av dominerande ställning som möjliggör för dominerande bolag att utnyttja underprissättning.

I uttalanden från Konkurrensverket samt i doktrin har det dock vuxit fram en idé om att det skulle finnas möjlighet för dominerande bolag att tillämpa underprissättning utan att det innebär att bolaget missbrukar sin dominerande ställning. Underprissättningen ska i dessa fall inte anses utgöra missbruk och därför inte träffas av förbudet.

När det gäller vilka ageranden som inte ska anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning så är doktrinen inte enig. Alla uttalanden som redogörs för nedan tar dock sikte på att en underprissättning som är begränsad i tid inte ska anses utgöra missbruk.

4.1.1 Konkurrensverkets ställningstagande

Vad gäller hur tidsaspekten påverkar bedömningen av underprissättning så har Konkurrensverket uttalat följande: ”Att under en kortare tid erbjuda ett lågt introduktionspris i samband med en etablering på en marknad torde enligt Konkurrensverkets mening i normalfallet inte kunna anses

⁴⁵ Se Svensk handel: ”Black Friday - Köpfest för konsumenten, pina för handeln? Fakta och siffror om Black Friday” <<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/pressmeddelande/fakta-och-siffror-om-black-friday.pdf>>, besökt 2019-11-22, s. 15.

vara underprissättning⁴⁶. Sett i ljuset av bestämmelsen i 2 kap. 7§ KL så menar jag att Konkurrensverket här syftar till när ett dominerande bolag försöker ta sig in på en annan marknad än den som bolaget dominerar på.

4.1.2 Den spretiga doktrinen

Doktrinen är, som ovan nämnt, inte enig. Gustafsson och Westin uttrycker sig såhär: ”Klart är att tillfälliga marknadsbetingade prissänkningar av marknadsförings- eller kampanjkaraktär inte kan leda till åtgärder av konkurrensverket [...]”⁴⁷.

Henriksson menar att det inte är bolagets syfte att eliminera konkurrenterna som ska anses vara det väsentliga för Konkurrensverket att se till eller bevisa, inte heller nämner han något om att prissänkningarna ska vara av en viss karaktär. Istället menar han att Konkurrensverket ska se till om agerandet tagit en sådan tidsrymd i anspråk ”att det finns en risk att konkurrensen kommer snedvridas”.⁴⁸ Henriksson konkretiserar vad han menar ska vara avgörande: ”Vad som bör analyseras är om agerandet t.ex. endast varit mycket kortvarigt och härmed inte rent objektivt har möjlighet att påverka konkurrensstrukturen”⁴⁹.

5. Avslutning

5.1 Analys

5.1.1 Är förbudet mot missbruk av dominerande ställning tillräckligt tydligt för att kunna besvara frågan om vart gränsen går mellan underprissättning och tillåtna erbjudanden?

Att underprissätta en produkt är, som ovan nämnt, bara otillåtet för dominerande bolag. Det är en

⁴⁶ Se Juno internet, lagkommentar till Konkurrensverkets beslut den 1995-04-27: ”Ifrågasatt underprissättning - friskvårdsverksamhet”, Dnr 1175/94.

⁴⁷ Se Gustafsson och Westin (2010) s. 173.

⁴⁸ Se Henriksson (2003) s. 246.

⁴⁹ Se Ibid.

utgångspunkt som lagstiftaren har valt och som jag anser är rimlig. Vi måste tillåta underprissättning i övriga fall för att bolag ex. ska kunna vinna kundströmmar och marknadsandelar. I dessa fall, menar jag, att underprissättning hjälper till att upprätthålla en effektiv marknad.

Den lagstadgade regleringen av missbruk av dominerande ställning är dock enligt min mening intetsägande. Det är i princip omöjligt att utifrån en genomläsning av lagtexten få verktyg för att fastställa om bolaget som ska undersökas överhuvudtaget är dominant och än mindre om det har missbrukat sin dominerande ställning.

5.1.1.1 Dominerande ställning

Oklarheten kring huruvida ett bolag har en dominerande ställning på en marknad beror enligt min mening på att det är svårt att avgränsa marknaden. Ska exempelvis TV-apparater och hemmabiodukar med projektor anses ingå i samma produktmarknad? Är dessa utbytbara? Svaret är inte självklart, det går att komma på relevanta argument både för och emot ett jakande svar på denna fråga.

Bedömningen kring ex. hur produktmarknaden ska avgränsas faller på domstolen och det behöver inte vara fel, det måste falla på någons lott att avgränsa marknaden. Det jag konstaterar är dock att det sker på bekostnad av förutsägbarheten. För ett bolag som tillverkar biodukar för hemmabruk, som i exemplet ovan, är det svårt att avgöra vilken bedömning av produktmarknaden som domstolen i ett eventuellt framtida avgörande kommer att göra och därmed blir det också svårt för bolaget att avgöra om de är dominerande eller ej.

Lagtexten kan således inte ensam erbjuda ett klart svar på frågan om ett bolag är dominerande eller ej. Men mot bakgrund av den flexibilitet och det argumentationsutrymme som otydligheten i lagtexten skapar, så menar jag att det är förtjänstfullt att lagtexten är otydlig, trots att det kan medföra en osäkerhet hos bolagen. En flexibel lagstiftning möjliggör en prövning av de omständigheter som är specifika för det enskilda fallet och det är en förutsättning för att kunna göra en rättvis bedömning baserat på all fakta som framkommit i målet. Dessutom möjliggör denna otydlighet, som ovan nämnt, ett argumentationsutrymme, där bolaget som är under lupp och ska utredas ges utrymme att argumentera för sin sak.

5.1.1.2 Förbudet mot underprissättning

Vad gäller lagtextens ordalydelse så är inte *underprissättning*, som ovan nämnt, direkt utskrivet i lagtexten. Jag anser dock att det är ostridigt att underprissättning innebär att bolaget indirekt påtvingar någon oskäligen försäljningspriser, enligt ordalydelsen i andra stycket i förbudet, varför lagtexten i denna mening måste anses tydlig.

Lagtexten bringar dock ingen klarhet i hur vi avgör vad som är en underprissättning. Definitionen som vuxit fram i praxis, d.v.s. att underprissättning ska vara för handen när bolaget inte har kostnadstäckning för sina genomsnittliga rörliga kostnader eller sina genomsnittliga totala kostnader, är inte så tydlig som den vid en första anblick verkar. Det är inte tydligt vilka kostnader som ska tas med i denna bedömning eller hur dessa kostnader ska beräknas, tvärtom kan denna fråga uppta det största utrymmet i en tvist, såsom i *SJ mot BK-tåg* och problemet blir liknande det som jag redogjorde för i avsnittet ovan, 5.1.1.1, d.v.s. att det inte på förhand går att att förutse hur domstolen kommer att vikta argumenten.

Här menar jag att EU-domstolen i sin praxis, på ett mer utförligt vis, måste klargöra sitt uttalande i *AKZO* genom att på ett konkret sätt redogöra för vilka kostnader ska tas upp och hur ska dessa beräknas. Kriterierna som EU-domstolen slog fast i *AKZO* är alldeles för generöst formulerade för att de ska vara till en större praktisk nytta, vilket blev tydligt i bl.a. *SJ mot BK-tåg*.

5.1.1.3 Sammantagen analys av förbudsregleringen

Förbudet i 2:7 KL och 102 FEUF är i sig väldigt tydligt, det är vart gränsdragningen som är otydligt. Jag menar att vi måste acceptera att gränsdragningen i vissa fall är något otydlig, i vart fall när det kommer till svårigheten att avgränsa marknaden. Däremot måste EU-domstolen verka för att tydliggöra sin praxis när det gäller vilken typ av prissättning som ska klassificeras som underprissättning, vilket jag återkommer till i avsnitt 5.1.4.

5.1.2 Om möjligheten för dominerande bolag att vidta underprissättning

Frågan om huruvida det finns en möjlighet för dominerande bolag att utnyttja underprissättning är inte klarlagd. En genomläsning av lagtexten ger, som ovan nämnt, inget stöd för att det skulle

finnas undantag. Frågan om undantag har inte heller varit uppe för prövning. Det skulle dock gå att argumentera för att vissa underprissättningar överhuvudtaget inte utgör missbruk och därför inte träffas av förbudsbestämmelserna.

Det behöver inte heller vara ett problem att dominerande bolag tillåts utnyttja underprissättning, så länge det bara tillåts under så korta perioder att det inte skadar konkurrensen. I så fall menar jag att underprissättning istället bidrar till att upprätthålla effektiviteten på marknaden. Det möjliggör också för dominerande bolag att försvara sina marknadsandelar på en marknad där andra bolag friskt utnyttjar kampanjer för att locka kunder och på så vis vinna marknadsandelar. Att enbart inneha marknadsdominans är inte olagligt och ett förbud mot missbruk av dominerande ställning får inte omöjliggöra för ett dominerande bolag att agera på en marknad för att behålla sina marknadsandelar.

Uppfattningen om att det finns en möjlighet för dominerande bolag att vidta underprissättning har vunnit stöd i doktrin och genom uttalanden av Konkurrensverket. Uppsatsen kommer därför nedan att gå igenom dels två olika ståndpunkter som återfinns i doktrinen, dels Konkurrensverkets uttalande.

5.1.2.1 Om möjligheten som Gustafson och Westin framhåller

Gustafsson och Westin skriver att "klart är att tillfälliga marknadsbetingade prissänkningar av marknadsförings- eller kampanjkaraktär"⁵⁰ är tillåtna.

Ett resonemang kring att underprissättning skulle vara tillåtet av ett dominerande bolag när prissänkningen är *marknadsbetingad* och har en *kampanjkaraktär* anser jag dock kan vara närmast kontroversiellt att framföra idag. Kampanjerna på marknaden blir allt fler till antalet och det finns också en tendens att varje kampanj blir allt mer utsträckt i tiden. Jag menar att vi kan utgå från att dessa kampanjer uppfyller Gustafssons och Westins krav på att de ska vara marknadsbetingade: – De är vedertagna och de omsätter stora summor pengar. Jag menar vidare att det går argumentera för att dessa kampanjer ska anses som tillfälliga, men att de tillsammans bildar en nästan sammanhängande kedja av olika kampanjer som avlöser varandra, eller i vart fall att det är så många tillfälliga kampanjer att de riskerar att sätta den effektiva konkurrensen på spel.

⁵⁰ Se hänvisning s. 18.

Gustafssons och Westins resonemang måste ses i ljuset av att kampanjtätheten numera är väldigt hög på marknaden. Ett accepterande av Gustafssons och Westins idé om en möjlighet för dominerande bolag att tillämpa underprissättning vid erbjudanden av *kampanjkaraktär* skulle kunna innebära att underprissättning endast under få perioder per år skulle vara otillåtet för dominerande bolag. Det är ett resultat som jag menar landar allt för långt ifrån såväl lagens ordalydelse som syfte: att upprätthålla en effektiv konkurrens och skydda slutkonsumenterna.

Ett tillåtande av underprissättning för dominerande bolag inom ramen för kampanjer, även tillfälliga sådana, som Gustafson och Westin förespråkar, tillsammans med den otydligheten i lagtexten som vi redan tvingas acceptera, skapar en reglering som jag menar att nära nog ingen fullt ut begriper sig på.

5.1.2.2 Om möjligheten som Henriksson framhåller

Henriksson menar också att dominerande bolag ska tillåtas att använda underprissättning, men han menar att bedömningen måste ta sikte på tidsaspekten i förfarandet. Har det dominerande bolaget tillämpat underprissättning under en så lång tidsrymd att det föreligger en risk för att skada konkurrensen så ska det anses utgöra missbruk av dominerande ställning, oaktat om det pågått en eller flera kampanjer under tiden eller ej.

Jag anser att Henrikssons resonemang är mer tydligt än det resonemang som Gustafson och Westin anför. Till skillnad från Gustafsson och Westin så menar Henriksson att dominerande bolag ska bedömas enskilt utifrån den skada de kan tänkas åsamka marknaden och konkurrensen, oaktat antalet kampanjer som icke-dominerande bolag får vidta. Genom att ta in tidsaspekten som det väsentliga bedömningsunderlaget så kringgår Henriksson problematiken med kampanjtätheten på marknaden som jag menar är försvårar en tillämpning av Gustafssons och Westins undantag.

Även Henrikssons ståndpunkt skapar dock en otydlighet då det är väldigt svårt att förutsäga hur lång tid som krävs för att ett förfarande ska anses ha pågått under så lång tid att det riskerar att skada konkurrensen.

5.1.2.3 Om undantaget som Konkurrensverket framhåller

Konkurrensverkets uttalande tar sikte på när ett bolag som är dominerande på en marknad

inträder på en annan marknad och då tillämpar underprissättning för att slå sig in på densamma. Det är enligt min mening långt mer uppenbart att detta agerande faller utanför ramen för missbruk av dominerande ställning än de andra förslagen som uppsatsen redogjort för, då bolaget på den nya marknaden överhuvudtaget inte är dominant. Även om inte Konkurrensverkets uttalande är bindande, så verkar det för tydliggörande. Det måste ses som något positivt att Konkurrensverket är tydliga med sin ståndpunkt i frågan, då konkurrensverket annars är den myndighet som granskar just dessa ageranden och som även stämmer bolag som inte agerar inom ramen för lagstiftningen.

5.1.2.4 Problematiken med att undgå skarp förbudslagstiftning med stöd av doktrin

Det är problematiskt att ha idéer i doktrin som skulle kunna liknas vid undantag till ett lagstadgat förbud eftersom att det skapar en osäkerhet kring hur förbudet ska tolkas, samtidigt som doktrinen blir en osäker källa att förlita sig på.

De problem som jag främst menar aktualiseras är de som följer av att förbudet mot missbruk av dominerande ställning återfinns i ett av EU:s grundläggande fördrag, FEUF, samt att rättskällehierarkin omöjliggör för doktrin att ha tolkningsföreträde.

FEUF har direkt effekt för Sverige. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning måste ses mot bakgrund av det lågt ställda samhandelskriteriet och den uttryckliga hänvisningen till EU-rätten i förarbetena till KL som gör att den EU-rättsliga praxisen får stort genomslag i våra svenska domstolars dömande. EU-rättens stora inflytande över den svenska rättstillämpningen menar jag försvårar möjligheten att i en tvist nå fram med en argumentation som är baserad på svensk doktrin, jämfört med om förbudsbestämmelsen bara hade funnits i svensk rätt, eftersom att svenska domstolar i dessa fall är mer 'fria i sin bedömning' att tolka lagen.

Allmänt gäller enligt rättskällehierarkin att doktrinen alltid kommer att få stå tillbaka för så väl EU-rätten som den svenska lagstiftningen. Det betyder i allmänhet att möjligheter att förbigå lagstiftning i enlighet med doktrin inte är något stadigt att hålla i handen när det blåser upp till tvist och i synnerhet inte på konkurrensrättens område. Givet hur hög konkurrensskadeavgiften är, så kan det således konstateras att det innebär en stor risk för dominerande bolag att förlita sig på möjligheter att undgå lagstiftning enbart med stöd av doktrin.

5.1.3 En snäv tolkning av begreppet missbruk i doktrin skapar en otydlig lagstiftning

Jag menar att en snäv tolkning av begreppet missbruk i doktrin görs på bekostnad av så väl tydlighet som förutsägbarhet. Det blir för otydligt att ha en skarpt formulerad lagtext som förbjuder ett agerande och samtidigt en så inskränkt tolkning av begreppet missbruk i doktrin. Detta gäller trots att doktrinen är underordnad lagen enligt rättskällehierarkin då det saknas praxis på området, vilket ger doktrinen större utrymme.

Bolag som ska agera på en marknad måste i så stor utsträckning som det är möjligt veta vilka regler de har att förhålla sig till och vilka grepp de får ta till vid marknadsföring. När bolag blir osäkra på vilka regler de har att förhålla sig till så menar jag att det äventyrar effektiviteten på marknaden. Jag menar vidare att en tydlighet från rättsstatens sida om de regler som aktörerna på marknaden har att förhålla sig till, är ett fundamentalt element i en marknadsekonomi. I och med denna möjlighet att undgå förbudet mot missbruk av dominerande ställning som idag kommer till uttryck i doktrin så kan vi inte ge ett klart svar på vart gränsen går mellan ett tillåtet erbjudande och underprissättning.

Möjligheten för dominerande bolag att tillämpa underprissättning enligt doktrin riskerar också att invägga bolagen i en falsk trygghet där de vidtar en underprissättning som senare riskerar att bedömas som olaglig varvid det dominerande bolaget åläggs vite eller ådöms att erlagga konkurrensskadeavgift.

5.1.4 Hur kan förbudet mot underprissättning göras tydligare?

Ett tillägg i lagtexten med vilka kriterier domstolen tar hänsyn till vid bedömningen av missbruk av dominerande ställning kommer enligt min mening inte att lösa problemet med den otydliga lagstiftningen. Det beror på att otydligheten som gör att vi idag inte kan ge ett klart svar på vart gränsen mellan underprissättning och tillåtna erbjudanden går, återfinns i svårigheten att bedöma hur domstolen kommer att vikta argumenten vid en prövning.

Den bästa lösningen enligt mig för att kunna skapa en lagstiftning som är så tydlig att det med större precision går att besvara frågan om vart gränsen går mellan underprissättning och tillåtna erbjudanden är att EU-domstolen förtydligar sin praxis på flera områden inom ramen för missbruk av dominerande ställning.

Eftersom att doktrinen är enig om att det ibland är tillåtet för dominerande bolag att utnyttja underprissättning samtidigt som praxis på området helt saknas, så medför det att många ageranden hamnar i en legal gråzon där ingen riktigt vet vad som gäller. Ett exempel på ageranden som faller i en legal gråzon är just underprissättning inom ramen för kampanjer.

EU-domstolen måste uttala sig i frågan om det överhuvudtaget är tillåtet för ett dominerande bolag att tillämpa underprissättning i vissa fall utan att det ska anses som missbruk av dominerande ställning, för det finns idag inget uttalande från EU-domstolen som berör denna fråga. Om så är fallet måste EU-domstolen klargöra vilka faktorer jämte eller vid sidan av kostnadstäckningen, som är relevanta att se till vid bedömningen av en tillåten underprissättning samt hur dessa faktorer ska viktas. Dessutom måste EU-domstolen utveckla uttalandet i *AKZO* då det bara tar sikte på kostnadstäckningen i generella termer och ger ingen ledning i vilka kostnader som avses eller hur kostnaderna ska beräknas.

För de fall EU-domstolen ansluter sig till doktrinens och min idé om att även dominerande bolag i vissa fall ska få använda sig av underprissättning under en begränsad tid, så behöver EU-domstolen i praxis uttala sig tydligare om vilka tidsramar som gäller.

Enligt min mening borde EU-domstolen t.o.m. uttala sig konkret kring en tillåten miniminivå vad gäller tidsperioden. Helt enkelt en minimigräns för hur lång tid som det i så fall alltid är tillåtet för dominerande bolag att tillämpa underprissättning. Låt vara att en sådan miniminivå kommer att behöva hållas mycket låg, men den kommer ändå skapa tydlighet som dominerande bolag kan ta fasta på. Det måste inte heller bara avse en kort tidsperiod utan det kan handla om flera korta tidsperioder etc. Det är vidare också önskvärt, menar jag, med ett detaljerat uttalande om vilka aspekter som ska tas hänsyn till vid bedömningen av en tillåten tidsperiod samt även här hur dessa aspekter viktas mot varandra.

Eftersom att EU-domstolens praxis får så stort genomslag i hur svenska domstolar dömer inom konkurrensrättens område, så kommer en tydligare praxis från EU-domstolen att skapa ett tydlighet även på vår inhemska marknad.

5.2 Slutsats

Såsom bestämmelsen om missbruk av dominerande ställning är utformad, så är det inte tydligt vilka agerande som ska anses utgöra underprissättning, eller om det finns någon möjlighet för dominerande bolag att tillämpa underprissättning. Uttalandet som EU-domstolen gjorde i *AKZO* besvarar inte någon av dessa frågor och det lämnar för lite ledning kring kostnadsberäkningarna för att vara till god hjälp, något som blev tydligt i *SJ mot BK-tåg*.

De möjligheter som förespråkas i doktrin har gemensamt att de innebär att underprissättningar som vidtas av dominerande bolag under en begränsad tid kan vara tillåtna. Jag ansluter till doktrinen uppfattning, en möjlighet för dominerande bolag att tillämpa underprissättning, utan att det skadar den effektiva konkurrensen på marknaden, menar jag är så väl rimlig som nödvändig för att även dominerande bolag ska kunna konkurrera på dagens kampanjtäta marknader. Risken med att enbart i doktrin förespråka en möjlighet för dominerande bolag att tillämpa underprissättning, trots att det enligt lag är förbjudet, är dock att hela regleringen blir svårtolkad och otydlig, d.v.s. även förbudet per se.

För att skapa en tillräckligt tydlig reglering och därmed en trygghet i att möjligheten att vidta underprissättning för ett dominerande bolag inte kommer att bortses från av svensk domstol vid en tvist, så menar jag att möjligheten för dominerande bolag att vidta underprissättning måste komma till uttryck i praxis från EU-domstolen. EU-domstolens praxis är en av våra högsta rättskällor inom konkurrensrättens område, jämfört med doktrinen som är en av de lägsta.

Möjligheten för dominerande bolag att vidta underprissättning kommer att få direkt genomslag i svensk rättstillämpning om den återfinns i EU-domstolens praxis. Det antagandet vinner stöd av dels att förarbetena till KL slår fast att de materiella reglerna ska tolkas mot bakgrund av EU-domstolens rättspraxis, dels att kravet om påverkan på samhandeln är så lågt ställt.

Om EU-domstolen på ett tydligt sätt i sin praxis bekräftar möjligheten för dominerande bolag att vidta underprissättning enligt ovan så hade regleringen blivit mycket tydligare. EU-domstolen

måste vidare tydliggöra vilka faktorer, ex. Tidsramar och kostnader, som avgör om underprissättningen ska anses tillåten samt hur dessa faktorer ska viktas. Det hade skapat en trygghet för bolagen på marknaden, vilket i längden hade gynnat så väl konkurrensen som ekonomin. Det hade förtydligat dagens reglering och möjliggjort för bolag att urskilja vart gränsen mellan otillåten underprissättning och tillåtna erbjudanden går.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

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

Europeiska unionen

Europeiska kommissionen

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning av den 9 december 1997, EGT C 372.

Kommissionens meddelande – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder av den 24 februari 2009, EUT C 45.

Litteratur

Böcker

Bernitz, Ulf (2019), *Svensk och europeisk marknadsrätt*, Norstedts juridik, femte upplagan.

Gustafsson, Leif och Westin, Jacob (2016), *Konkurrensreglerna i klartext*, Wolters Kluwer Sverige AB, första upplagan.

Gustafsson, Leif och Westin, Jacob (2010), *Svensk konkurrensrätt*, Norstedts juridik, tredje upplagan.

Henriksson, Lars (2003), *Rätten till priskonkurrens i marknadsdominans*, Stiftelsen MercurIUS.

Elektroniska källor

Consector förklarar

Pontus Holgersson: *Vad är Black Friday?*

<<https://www.consector.se/ordlista/black-friday/>>, besökt 2019-12-03.

Pontus Holgersson: *Vad är Cyber Monday?*

<<https://www.consector.se/ordlista/cyber-monday/>>, besökt 2019-11-28.

Google trends

Sökord: *Black Friday*

<<https://trends.google.com/trends/explore?date=all&geo=SE&q=black%20friday>>, besökt 2019-11-22.

Juno internet

Konkurrensverkets beslut: *Ifrågasatt underprissättning - friskvårdsverksamhet*

Dnr 1175/94, 1995-04-27.

Ready Digital

20 tips som lyfter din webbshop inför julhandeln

<<https://www.readydigital.se/julhandel-webshop/>>, besökt 2019-11-22.

Svenska dagbladet – SvD

SvD Näringsliv

Sara L Bränström: *Reor och kampanjer ökar - kan bryta mot lagen*

<<https://www.svd.se/reor-och-kampanjer-okar--kan-bryta-mot-lagen>>, besökt 2019-11-22.

Svensk handel

2019 Fortsatt tillväxt för Black Friday, men måttfull handel sett över året

<<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/hogtider/black-friday-2019.pdf>>, besökt 2019-11-22.

Black Friday 2018

<<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/rapporter-och-foldrar/ovriga-rapporter/black-friday-2018.pdf>> besökt 2019-11-22.

Black Friday - Köpfest för konsumenten, pina för handeln? Fakta och siffror om Black Friday

<<https://www.svenskhandel.se/globalassets/dokument/aktuellt-och-opinion/pressmeddelande/fakta-och-siffror-om-black-friday.pdf>>, besökt 2019-12-16.

Svensk handel – debatt

Jonas Arnberg: *Allt fler reor hotar butikerna*

<<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/debattartiklar/2015/allt-fler-reor-hotar-butikerna/>>, besökt 2019-11-22.

Jonas Arnberg och Mikael Sandström: *Rea inte ut branschens lönsamhet*

<<https://www.svenskhandel.se/nyhetscenter/debattartiklar/2015/rea-inte-ut-branschens-lonsamhet/>> hämtad 2019-11-26.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Marknadsdomstolen

MD 2000:2 *SJ mot Konkurrensverket och BK-tåg*.

EU

EU-domstolen

26/62 *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1978:22.

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

C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1991:286.

C-333/94 *Tetra Pak International SA mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:C:1996:436.

C-407/04 *Dalmine mot kommissionen*, ECLI:EU:C:2007:53.