IUS Mercur

LARS HENRIKSSON

Rätten till priskonkurrens

– i marknadsdominans

HANDELSHÖGSKOLAN
I STOCKHOLM
RÄTTSVETENSKAPLIGA INSTITUTIONEN

Skrifter nr 12

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f432d

RÄTTEN TILL PRISKONKURRENS
– I MARKNADSDOMINANS

Lars Henriksson

RÄTTEN TILL PRISKONKURRENS – I MARKNADSDOMINANS

MercurIUS

Adress till förlaget:
Stiftelsen MercurIUS
Handelshögskolan i Stockholm
Rättsvetenskapliga institutionen
Box 6501
113 83 Stockholm

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundservice, 106 47 Stockholm
Fax 08-690 91 91, telefon 08-690 91 90, växel 08-690 91 00
e-post: kundservice.njab@liber.se

Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans
Lars Henriksson
ISBN 91-973587-8-9
ISSN 1104-5310
© 2003 Lars Henriksson och Stiftelsen MercurIUS

Produktion: eddy.se ab, Visby 2003
Tryck: Elanders Gotab, Stockholm 2003

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis annat än för privat bruk, utan medgivande av Stiftelsen MercurIUS, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

1. Förord

Under våren 1998 diskuterade jag med professor Erik Nerep ett lämpligt avhandlingsämne inom konkurrensrätt. Han väckte vid den tidpunkten mitt intresse för den konkurrensrättsliga regleringen av prissättningsfrågor, ett ämne jag som jurist och ekonom tyckte var mycket intressant. Erik blev sedan min huvudhandledare och jag vill rikta ett stort och varmt tack till honom för all tid och möda han har ägnat mig samt den handledning han givit mig. Han har varit den bästa handledare jag kunnat ha och han har visat mig ett mycket stort förtroende, vilket jag hoppas att jag har levt upp till genom denna avhandling. Ett särskilt tack går till professor Johnny Herre, som till min stora förmån ingått i handledarkommittén. Johnny har kontinuerligt bistått mig med ovärderliga råd och synpunkter samt kritiskt granskat manuskript.

I handledarkommittén har även professor Tore Ellingsen ingått. Han har gett råd och synpunkter i de ekonomisk-teoretiska frågorna. Tack Tore för de intressanta och lärorika diskussioner vi har haft under arbetets fortskridande.

Arbetet med avhandlingen har hela tiden känts stimulerande och utvecklande, något som jag kan tacka mina handledare för och den forskningsmiljö som jag har haft privilegiet att få arbeta i vid Rättsvetenskapliga Institutionen. Det har varit särskilt uppmuntrande att få synpunkter på manuskriptet från mina kollegor och tillika vänner vid Rättsvetenskapliga Institutionen. Jag vill härmed tacka professorerna Lars Gorton, Anders Hultqvist, Per Jonas Nordell, Christina Ramberg och Bertil Wiman, docenten Mattias Dahlberg, juris doktor Jon Kihlman,

juris och filosofie kandidaten Maria Nelson samt juris kandidaterna Jan Bjuvberg, Björn Kristiansson och Inga Iwarson Norman.

Ett särskilt tack vill jag ge till professor emeritus Gunnar Karnell som utöver råd och synpunkter även med stor uthållighet bistått med språkgranskning. Gunnar är även upphovsman till avhandlingens titel. Tack även till professor emeritus Leif Mutén, som välvilligt bistått med granskning av den engelska sammanfattningen.

Konkurrensverket har genom Rådet för konkurrensfrågor generöst ställt medel till förfogande för genomförandet av forskningsprojektet, vilket har möjliggjort förmånen av att ha en doktorandtjänst vid Rättvetenskapliga institutionen, Handelshögskolan i Stockholm.

Ett projekt av detta slag är svårt att genomföra för en doktorand utan stöd från sin familj. Mina föräldrar och Johanna har oräkneliga gånger gett mig stöd för att nå resans mål. Tack för all den förståelse jag har fått av er och det tålamod ni har haft med detta långa arbete.

Rättspraxis knuten till prissättningsfrågor är under ständig utveckling. Med några få undantag speglar denna avhandling rättsläget i mars 2003.

Öje den 8 juli 2003

Lars Henriksson

2. Innehållsförteckning

1. Förord 5

2. Innehållsförteckning 7

3. Förkortningar 21

4. Inledning 25
4.1 Ämne och syfte 25
4.2 Forskningsläget och ämnets relevans 26
4.3 Rättshistorisk relevans – några utvecklingstendenser 27
4.4 Olika former av missbruk 31
4.5 Metod 32
4.5.1 Ekonomisk teori 32
4.5.2 Rättskällor 36
4.5.2.1 EG-rättslig primärrätt och nationell lagstiftning 36
4.5.2.2 Förarbeten 37
4.5.2.3 Rättspraxis och myndighetspraxis 37
4.5.2.4 Språkfrågor 38
4.5.2.5 Europeisk rätt och främmande rätt 39
4.5.2.6 Material från internationella organisationer 42
4.5.3 Tolkningsmetoder 43
4.5.4 Behovet av rättslikhet inom EU 44
4.6 Disposition och avgränsningar 47

Avdelning I – Uteslängande priser, korssubventionering och oskäliga priser

5. Rovpriser 55
5.1 Terminologi och definitionsproblem 56

5.2 Är rovprissättning ett reellt problem? 59
5.3 Rovprissättning i rättspraxis 61
5.3.1 Äldre svensk praxis 62
5.3.2 Nuvarande rättspraxis gällande rovpriser 62
5.3.3 Kommissionens beslut i AKZO 63
5.3.4 Generaladvokatens förslag till avgörande 69
5.3.5 EG-Domstolens avgörande 70
5.3.5.1 Priser underskridande AVC 71
5.3.5.1.1 Rättfärdigande genom *loss leading* .. 78
5.3.5.1.2 Nettointäktstestet i brittisk rätt 80
5.3.5.2 Priser mellan AVC och ATC 88
5.3.5.2.1 Speciellt om kravet på elimineringsplan 90
5.3.5.3 Priser överstigande ATC – rovpriser? 100
5.3.6 Svenska domstolars behandling av rovpriser 101
5.3.7 Betydelsen av möjligheten till återhämtning 102
5.3.8 Kravet på recoupment i amerikansk rätt 107
5.4 Rovpriser och ekonomisk teori 110
5.4.1 Ekonomiska teorier om rovprissättning 111
5.4.2 Rovpriser – ett irrationellt beteende? 113
5.4.2.1 McGees alternativa teori om koncentrationer 113
5.4.2.2 Easterbrook om andra hjälpkällor 115
5.4.3 The long purse/deep pocket theory 118
5.4.3.1 Underlägsenhet i kostnadseffektivitet och begränsade lånemöjligheter 118
5.4.3.2 Benoits modell om ofullständig information .. 120
5.4.3.3 Försämring av lånemöjligheter och minskad tillgång till riskvilligt kapital 122
5.4.4 Agent-Principal problematikens inverkan på rovprissättning 123
5.4.4.1 Beviskrav för fastställande av finansiellt rovbeteende 125
5.4.5 Modeller som bygger på ryktbarhet 126
5.4.5.1 Seltens modell om kedjebutiker 127
5.4.5.2 Rovprissättningens effekter vid ett större antal konkurrenter 130
5.4.5.3 Beviskrav för fastställande av rykteseffekt 132
5.4.6 Modeller om kostnadssignalering 134
5.4.6.1 Beviskrav för fastställande av kostnadssignalering 138
5.4.7 Teori om rovbeteende på testmarknader 139

5.4.7.1 Beviskrav för fastställande av rovbeteende på testmarknader ... 140
5.5 Test för fastställande av rovpriser ... 140
5.5.1 Laissez Faire ... 143
5.5.2 Kostnadsrelaterade test – Areeda-Turner ... 144
5.5.2.1 Prissättning överstigande totala kostnader ... 147
5.5.2.2 Priser i intervallet mellan MC och AC ... 148
5.5.2.3 Priser underskridande MC ... 149
5.5.2.4 Godtagbara förevändningar för priser under MC ... 149
5.5.2.5 Sammanfattning av det grundläggande A-T-testet ... 151
5.5.2.6 AVC som substitut för MC ... 151
5.5.2.7 Kan marginalkostnaden mätas och vilken relevans har den? ... 152
5.5.2.8 Problemet med olika tidsperioder ... 153
5.5.2.9 Problem med kostnadsallokering ... 154
5.5.3 Ekonomiska *rule of reason*-test ... 155
5.5.3.1 Scherer om långsiktiga effekter ... 155
5.5.3.2 Beckenstein & Gabels modell – speciellt om inlärningskurvan ... 157
5.5.4 Test av ”predatory intent” ... 161
5.5.5 Icke-kostnadsrelaterade test ... 164
5.5.5.1 Strategiskt beteende och förändring av utbudet ... 164
5.5.5.2 Williamssons alternativa modell om utbudsbegränsning vid nyetablering ... 166
5.5.5.2.1 Lagligt beteende enligt Williamson ... 168
5.5.5.2.2 Olagligt beteende enligt Williamson ... 168
5.5.5.3 Utvärdering av Williamsons modell ... 170
5.5.5.4 Baumols regel om kvasi-permanenta prisreduktioner ... 172
5.5.5.4.1 Baumols regel och problemet med övervakning ... 174
5.5.5.5 Förbud mot prissänkning som svar på tillkommande konkurrens. ... 175
5.5.5.6 Shepherds modell om skillnader i marknadsandelar ... 176
5.5.6 Tester av marknadsstrukturer ... 178

5.5.6.1 Joskow och Klevorick om marknadsstrukturens betydelse 179
5.5.6.1.1 Faktorer som tyder på kortsiktig monopolstyrka 180
5.5.6.1.2 Inträdesvillkor 181
5.5.6.1.3 Dynamiska faktorer 181
5.5.6.1.4 Första steget i J-K:s test 182
5.5.6.1.5 Andra steget i J-K:s modell 186
5.5.6.1.6 Merkins utvecklade strukturanalys 189
5.5.6.1.7 Det andra steget – egenskaper hos rovpriser och kostnadsanalys 194
5.5.6.1.8 Tredje steget: kostnadsrelaterat test 195
5.5.6.1.9 Fjärde steget: Avsteg från presumtionen om laglighet/olaglighet 196
5.5.6.2 Kollers tvåstegstest 196
5.5.6.3 Ordover och Willigs diskussion om det andra steget i en strukturanalys 198
5.5.7 Infallsvinklar från marknadsföringsteori 201
5.5.7.1 Gundlach och Guiltinans modell för test av rovprissättning 204
5.5.7.1.1 Speciellt om konkurrenternas möjlighet till motåtgärder 206
5.5.7.1.2 Sammanfattning och utvärdering av marknadsföringsmodellen 208
5.5.8 Bolton, Brodley och Riordans modell baserad på strategiskt beteende 209
5.5.8.1 Marknadsstrukturens lämplighet för rovprissättning 211
5.5.8.2 Påvisande av en plan att eliminera konkurrensen 213
5.5.8.3 Möjlighet till återhämtning 215
5.5.8.3.1 Utestängande effekter av rovprissättning 216
5.5.8.3.2 Skada på konkurrensen och konsumenter 217
5.5.8.4 Prissättning under kostnader 218
5.5.8.5 Bevekelsegrunder för prissättning under kostnader 222
5.5.8.5.1 Defensiva prissänkningar 222

5.5.8.5.2 Marknadsexpanderande effektivitetskriterier 224
5.5.8.5.3 Praktisk användning av BBR:s tvåstegsmodell 228
5.6 Internationell jämförelse – Kanada 228
5.7 Utvärdering av AKZO-doktrinen 233
5.7.1 Dålig anpassning till olika branschförhållanden 233
5.7.2 Kostnadsmåttens lämplighet 234
5.7.3 Dålig överensstämmelse med ekonomisk teoriutveckling 237
5.7.3.1 Problemet med produktlivscykeln 238
5.7.3.2 Problemet med inlärningskurvan – tidsaspekter 241
5.8 Förslag till standard för test av rovprissättning 243
5.8.1 Första avdelningen: Fastställande av förutsättningar för rovprissättning 244
5.8.1.1 Analys av marknadsstrukturen 244
5.8.1.2 Verkligt rovbeteende – relevant tidsperiod 246
5.8.1.3 Möjlighet till återhämtning 247
5.8.2 Andra avdelningen: Kostnadstest och bevekelsegrunder 248
5.8.2.1 Kostnadstest 248
5.8.2.2 Prissättning underskridande AAC 248
5.8.2.2.1 Prissättning underskridande LRAIC 249
5.8.3 Bevekelsegrunder 251
5.9 Användning av det förändrade testet på befintliga fall 251
5.9.1 Analys av marknadsstrukturen 252
5.9.2 Verkligt rovbeteende – relevant tidsperiod 253
5.9.3 Möjlighet till återhämtning av förlusterna 253
5.9.4 Prissättning under kostnader 253
5.9.5 Bevekelsegrunder 254

6. Korssubventionering 257
6.1 Allmänt om korssubventioneringar 257
6.2 Olika former av korssubventionering 260
6.2.1 Subventionering inom reglerade sektorer 260
6.2.2 Subventionering mellan reglerade sektorer 261
6.2.3 Subventionering mellan konkurrensutsatta sektorer 262
6.2.4 Subventionering mellan reglerade och konkurrensutsatta sektorer 262
6.2.5 En inledande avgränsning 265
6.3 Samhällsekonomiskt önskvärda korssubventioneringar 266

6.3.1 Korssubventioner inom nätverksindustrier 266
6.3.2 Specialområden med tillåten korssubventionering 269
6.3.3 Korssubventionering under uppbyggnadsfaser 269
6.3.4 Effektivitetsrelaterade korssubventioneringar 270
6.3.5 Sammanfattning 271
6.4 Korssubventionering och underprissättning 272
6.5 Korssubventionering som ett reellt problem 273
6.6 Objektiva orsaker till korssubventionering 276
6.6.1 Gemensamma kostnader eller gemensam infrastruktur 276
6.6.2 Makt över marknaden 277
6.6.3 Förlustbringande verksamhet 279
6.7 Allmänna åtgärder för att stävja korssubventionering 279
6.7.1 Utvärdering av åtgärdsalternativen 283
6.8 Rättslig reglering av korssubventionering 285
6.8.1 Bestämmelser i EG-fördraget 286
6.8.1.1 Utestängande prissättning 286
6.8.1.2 Exploaterande prismissbruk 287
6.8.1.3 Statsstöd 288
6.8.2 Sektorsspecifik reglering av korssubventionering 288
6.8.3 Nationell reglering av korssubventionering 291
6.9 Konkurrensrättsliga test av korssubventionering 292
6.9.1 Allmänna svårigheter med framtagandet av ett test 293
6.9.1.1 Allokering, periodisering och värdering av kostnader 293
6.9.1.2 Hänsynstagande till efterfrågefaktorer 298
6.9.2 Kostnadsbaserade test av korssubventionering 300
6.9.3 Fastställande av relevanta kostnader 302
6.9.3.1 Självkostnad – rörliga och fasta kostnader 302
6.9.3.1.1 Den relevanta tidsperiodens inverkan på kostnadsslagen 303
6.9.3.2 Direkta kostnader 305
6.9.3.3 Samkostnader och gemensamma kostnader ... 306
6.9.3.4 Direkt och indirekt hänförliga kostnader 306
6.9.3.5 Historiska, aktuella och framtida kostnader ... 308
6.9.3.6 Marginalkostnad 310
6.9.3.7 Incremental costs eller tjänstespecifika tilläggskostnader 315
6.9.3.7.1 Beräkning av storleken på LRIC ... 318
6.9.3.7.2 SRIC och LRIC – relevant tidsperiod 322

6.9.3.7.3 Historiska och framåtblickande kostnadsunderlag för LRIC 324
6.9.3.7.4 Efterfrågans inverkan på LRIC 325
6.9.3.7.5 Processkostnadsberäkning – uträkning av IC i praktiken 326
6.9.3.7.6 Hänsynstagande till alternativkostnader 329
6.9.3.7.7 Utvärdering av incremental cost standarden 331
6.9.3.8 Stand-alone costs 335
6.9.3.8.1 Beräkning SAC i praktiken 338
6.9.3.9 Fully distributed costs 340
6.9.3.9.1 Steg 1: Fastställande av relevanta kostnader 340
6.9.3.9.2 Steg 2: Jämförelse av kostnader mot priset/intäkter 343
6.9.3.9.3 Utvärdering av FDC-metoden 344
6.9.3.10 Olika yrkeskategoriers förhållningssätt till kostnader 353
6.9.3.11 Test av korssubventioneringar i praxis 354
6.9.3.12 Faulhabertestet 357
6.9.3.12.1 Faulhabers modell utökad med flera produkter 360
6.9.3.12.2 Förutsätter korssubventionering överprissättning? 368
6.9.3.12.3 Är det nödvändigt att fastställa SAC? 369
6.9.3.13 Korssubventionering vid separerade av verksamheter 370
6.9.3.14 Internprissätting på basis av marknadspris 371
6.9.3.15 Rovprissättning och korssubventionering 376
6.9.3.16 En ny standard för rovbeteende? 381
6.10 Tester baserade på effektiv prissättning 383
6.10.1 Prissättning i förhållande till marginalkostnaden 384
6.10.1.1 Speciellt om hänsynstagande till efterfrågefunktioner 386
6.10.1.2 Förbättring av effektiviteten på marknaden 387
6.11 Korssubventionering och statsstöd 391
6.11.1 De franska postfallen 392
6.11.2 Utvärdering av Förstainstansrättens beslut 400

7. Överpriser 407
7.1 Mikroekonomisk definition av överpris 408
7.2 Generell definition av överprissättning i rättspraxis 413
7.2.1 Priser som inte utgör överpriser 417
7.2.1.1 Kortsiktigt höga priser 418
7.2.1.2 Effektivitetsrelaterade priser 419
7.2.1.3 Höga vinster som resultat av forskning och utveckling 419
7.3 Bestämning av begreppet orimlig relation 421
7.4 Produktionskostnadsmetoden 426
7.4.1 Korrekt beräkning av kostnader 426
7.4.1.1 Lagstiftning och myndighetsföreskrifter som bas för kostnadsberäkning 432
7.4.1.2 Exempel från telebranschen 433
7.4.2 Oskäliga vinstmarginaler i förhållande kostnader 437
7.4.3 Oskäliga vinstmarginaler i förhållande till konkurrenternas kostnader 440
7.5 Jämförelsemetoden – ”benchmarking” 442
7.5.1 Företagsintern jämförelse 443
7.5.2 Jämförelser inom branschen 447
7.5.3 Jämförelse med liknande marknader 449
7.5.4 Marknader utan konkurrens och reglerade marknader 453
7.5.5 Överpriser inom skatterätten 454
7.5.5.1 Marknadsprismetoden – comparable uncontrolled price method (CUP-method) 455
7.5.5.2 Återförsäljningsprismetoden – resale price method 456
7.5.5.3 Kostnadsplusmetoden – cost plus method 456
7.5.5.4 Begränsningar vid jämförelser med skatterättsområdet 457
7.5.6 Speciellt om oskäliga vinstnivåer 457
7.6 Kompletterande beräkningsmetoder för överpriser 459
7.6.1 Kompletterande analys i svårbedömda fall 463
7.6.1.1 Oförmåga att effektivisera verksamheten 464
7.6.1.2 Omotiverade kortsiktiga prishöjningar 467
7.6.1.3 Omotiverat höga priser under långa perioder 468
7.6.1.4 Omotiverade paketpriser för tjänster 468
7.6.1.5 Jämförelse av avkastningsgrad inom branschen 469
7.6.1.6 Riskanalys 469

7.6.1.7 Förhållanden vid prisets uppkomst 470
7.6.1.8 Efterhandskonstruktioner till motivering av prisnivåer 470
7.6.1.9 Förändring av priselasticitet 471
7.7 Allmän kritik mot kontroll av överprissättning 471
7.7.1 Skepsis mot överpriser i amerikansk rätt 472
7.7.2 Prissättningens betydelse för incitament för utveckling 473
7.7.3 Portföljprissättning 475
7.7.4 Skillnader i redovisningsprinciper 477
7.8 Helhetsbedömning och strukturanalys 478

8. Prispress 481
8.1 Betydelsen av företagsekonomisk motivering av prispress 488
8.2 Speciellt om kravet på internredovisning 489
8.3 Reglering av prispress och praxis inom telesektorn 495
8.4 ONP Kommitténs dokument om prissättning 501
8.4.1 Alternativa testmetoder 502
8.5 Allmänna test för prispress 503
8.5.1 Marginaltestet 504
8.5.2 Intäktstestet 504
8.5.3 Test för prispress vid försäljning av flera produkter 505
8.5.3.1 Intäktstestet justerat för flerproduktförsäljning 506
8.5.3.2 Verksamhet på konkurrensutsatt och förbehållen marknad 507
8.5.3.3 Skillnader i kostnaderna för access-/ inträdesprodukten 509

Avdelning II – Prisdiskriminering

9. Prisdiskriminering i ekonomisk litteratur 515
9.1 Förekomst av prisdiskriminering i näringslivet 517
9.1.1 Diskriminering av enskilda konsumenter/köpare 518
9.1.2 Gruppdiskriminering 519
9.1.3 Produktdiskriminering 521
9.1.4 Övriga diskrimineringsformer 523
9.2 Ekonomisk definition av prisdiskriminering 523
9.3 Ekonomisk motivering till prisdiskriminering 525
9.3.1 Prisdiskriminering är lönsam för företagen 526
9.4 Förutsättningar för prisdiskriminering 527
9.4.1 Kontroll över priset 528

9.4.2 Möjlighet att sortera kunder 530
9.4.3 Förhindra arbitrage/handel mellan kunder 532
9.5 Olika former av prisdiskriminering enligt ekonomisk teori 534
9.5.1 Första gradens prisdiskriminering 535
9.5.1.1 Tvåstegspriser 540
9.5.2 Andra gradens prisdiskriminering 545
9.5.3 Tredje gradens prisdiskriminering 547
9.5.3.1 Ramseyprissättning 555
9.5.3.2 Välfärdseffekter 559
9.5.3.3 Tidsmässig prisdiskriminering 559
9.5.3.4 Bundling 561
9.5.4 Sammanfattning – slutsatser om välfärdseffekter 562

10. Rättslig analys av prisdiskriminering 565
10.1 Utvecklingen av bedömningsgrunderna i rättspraxis 565
10.1.1 Betydelsen av företagsekonomiskt motiverad prisdifferentiering 565
10.1.2 Principen om kostnadsmotiverad prissättning 570
10.1.3 Återgång till företagsekonomisk motivering av prisdifferentiering 572
10.1.4 Utveckling av effektkriteriet 573
10.1.5 Slutsatser om äldre rättspraxis 574
10.2 Nuvarande rättsliga reglering av prisdiskriminering 575
10.2.1 Skillnaden mellan prisdiskriminering och prisdifferentiering 576
10.3 Analysmodell för fastställande av diskriminerande prissättning 577
10.3.1 Innebörd av begreppet pris 579
10.3.2 Sporadiska och uthålliga priser 579
10.3.3 Första kriteriet: Identifiering av handelspartner och arbitrage 580
10.3.3.1 Bevekelsegrunder för förhindrande av arbitrage 583
10.3.4 Andra kriteriet: Avgränsa likvärdiga transaktioner 584
10.3.4.1 Produktdimensionen 585
10.3.4.1.1 Jämförelse med amerikansk och kanadensisk rätt 587
10.3.4.1.2 Är substituerbarheten ett tillräckligt kriterium? 590
10.3.4.1.3 Frågan om tillräcklig utbytbarhet .. 592
10.3.4.1.4 Avsedd slutanvändning 593

10.3.4.1.5 Övriga faktorer relevanta för avgränsning likvärdiga produkter .. 594
10.3.4.2 Helhetsbedömning av transaktionen 595
10.3.4.2.1 Transaktioners likvärdighet i allmänhet 597
10.3.4.2.2 Diskriminering mellan olika marknader 597
10.3.4.2.3 Inverkan av skillnader i förhandlingsstyrka 598
10.3.4.2.4 Skillnader i kontraktens natur 600
10.3.4.2.5 Relevant kvantitet och långsiktiga kontrakt 602
10.3.4.2.6 Relevant tidpunkt 602
10.3.5 Tredje kriteriet: Analys av om prissättningen innebär olika villkor 604
10.3.5.1 Allmänna krav på icke-diskriminerande prissystem 604
10.3.5.1.1 Syfte och effekt 604
10.3.5.1.2 The doctrine of objective justification and transparency 606
10.3.5.2 Betydelsen av kostnadsmotivering 608
10.3.5.3 Vidare om begreppet objektiv motivering av prisskillnader 611
10.3.5.4 Schablonmässiga kostnadsskillnader utgör ej objektiv motivering 612
10.3.5.5 Principen om pris efter prestation 615
10.3.5.6 Kostnadsavlastande funktioner 619
10.3.5.6.1 Kostnadsavlastningarna måste vara nutida och verkliga 619
10.3.5.7 Ytterligare om kostnadsmotivering 625
10.3.5.8 Är kostnadsmotivering tillräcklig grund för lagligt agerande? 627
10.3.5.8.1 Prisdiskriminering och otillbörlig kombination av lagliga ageranden 632
10.3.5.9 Marknadsstrukturens inverkan på bedömningen 633
10.3.5.10 Definition av kostnader – hänsynstagande till kostnadsavlastningar 635
10.3.5.11 Proportionsdifferensen mellan pris- och kostnadsskillnaderna 636

10.3.5.12 Precisering av begreppet objektivt godtagbara skäl 638
10.3.5.13 Sammanfattning – legala prisdiskrimineringar 638
10.3.6 Fjärde kriteriet: Påvisa konkurrensnackdel för handelspartner 640
10.3.7 Femte kriteriet: Beaktande av bevekelsegrunder för diskriminerande prissättning 645
10.3.7.1 Mötande av konkurrens som argument för prisdiskriminering 648
10.3.7.1.1 Vilka konkurrensförhållanden skall tas hänsyn till? 649
10.3.7.1.2 Skälighetsbedömning 650
10.3.7.1.3 Defensivt mötande av konkurrens 655
10.3.7.2 Invändningar om säkerhetsaspekter som bevekelsegrund för diskriminering 657
10.3.7.3 Lönsamhetsproblem som förklaring till diskriminering 658
10.3.7.4 Åtgärder mot illegal handel 659
10.3.7.5 Företagsekonomisk motivering i allmänhet 662
10.3.7.6 Hävdvunna kontrakt och de minimis försvar .. 665
10.3.7.7 Speciellt om villkoren i ett senare distributionsled och deras inverkan på prissättningen 666
10.3.7.8 Speciellt om den relevanta marknaden och bevisbörderegler 668
10.3.7.9 Speciellt om efterkalkyler 671
10.3.8 Jämförelse med amerikansk lagstiftning 672

11. Prisdiskriminering av handelspartner 675
11.1 Allmänt om exploaterande prisdiskriminering 677
11.1.1 Presumtion om olaglighet vid prisdiskriminering? 677
11.1.2 Prisdiskriminering och oskäliga priser 680
11.1.2.1 Inverkan av omotiverat utebliven rationalisering 683
11.1.3 Konkurrenssnedvridning bland handelspartner 685
11.1.4 Prisdiskriminering gentemot konsumenter i allmänhet .. 692
11.1.5 Strategisk prisdiskriminering av konsumenter 693

12. Prisdiskriminering med utestängande effekter 695
12.1 Utestängande prissystem som objektivt missbruk 696
12.2 Prisdiskriminering och rovpriser 697
12.3 Olika former av konkurrensbegränsande rabatter 698

12.4 Trohets-/lojalitetsrabatter 699
12.4.1 Semper fidelis – troheten i första rummet 699
12.4.2 Myndigheters och domstolars behandling av trohetsrabatter 700
12.4.2.1 Vidare definition av trohetsrabatter och grundläggande skillnader mellan volymrabatter och trohetsrabatter 705
12.4.2.1.1 Volymrabatter i ekonomisk teori ... 715
12.4.2.2 Marginalrabatter och progressiva rabatter 716
12.4.2.3 Aggregerade rabatter 721
12.4.2.4 Flygbonusprogram – frequent flyer programmes (FFP) 725
12.4.2.4.1 Negativa effekter av flygbonusprogram 725
12.4.2.4.2 Eventuella positiva effekter av flygbonusprogram 727
12.4.2.4.3 Flygbonusprograms laglighet enligt artikel 82 EG / 19 § KL 732
12.4.2.5 Grupprabatter – grupplojalitetsbonus 735
12.4.2.6 Straffande rabatter 736
12.4.2.7 Målrabatter 741
12.4.2.7.1 BA:s lojalitetsrabatter bedömda i amerikansk rätt 752
12.4.2.7.2 Progressiv bonus grundad på försäljningssatsningar 754
12.4.2.8 Mjuk franchising och trohetsrabatter 759
12.4.2.9 Lojalitetsrabatter i konsumentförhållanden 761
12.4.3 Utvärdering av trohetsskapande prissystem i allmänhet 763
12.5 Betydelsen av köparens inverkan på prisdifferensernas tillkomst 769
12.6 Engelska klausuler 771
12.6.1 Engelska klausuler i avtal mellan näringsidkare 771
12.6.2 Engelska klausuler i konsumentförhållanden 774
12.7 Tidsfaktorer och referensperioder 775
12.7.1 Effekter av långa referensperioder 776
12.7.1.1 Kumulativa effekter 777
12.7.1.2 Långa perioder skapar lojalitet 778
12.7.1.3 Avskärmning av marknaden och utestängning av konkurrenter 780
12.7.2 Maximal längd på referensperioder 781

13. Blandade skadeeffekter av prisdiskriminering 785
13.1 Konstgjord uppdelning av marknaden genom prisdiskriminering – geografisk prisdiskriminering 785
13.1.1 Geografisk diskriminering med exploaterande och utestängande effekter 790
13.2 Exportgynnande rabatter 792
13.3 Speciella bevekelsegrunder för exportrabatter 793
13.4 Inverkan av åtgärder från staten 795
13.5 Exportrabatter – underlättande av marknadsintegration eller diskriminering? 796
13.6 Implicita prissättningar som utgör geografisk prisdiskriminering 799
13.7 Speciellt om frågan med mängdrabatter 802
13.8 Rabatters effekt i efterföljande handelsled 805

14. Selektiva priser 809
14.1 Utrymmet för selektiv prissättning vid mötande av konkurrens 815
14.1.1 Selektiva priser utan kostnadsmotivering 818
14.1.2 Selektiva priser med full kostnadstäckning 821
14.1.3 Ytterligare konsekvenser av selektiv prissättning 834

15. English Summary 835

16. Källor och Litteratur 847

17. Sakregister 877

18. Rättsfallsregister 883

19. Författarregister 891

3. Förkortningar

AAC	Average Avoidable Cost (genomsnittliga undvikbara kostnader)
ATC	Average Total Cost (genomsnittliga totala kostnader)
AVC	Average Variable Cost (genomsnittliga rörliga kostnader)
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
CAPM	Capital Asset Pricing Model
CARR	Certainty Equivalent Accounting Rate of Return
CCAT	Competition Commission Appeal Tribunals, Storbritannien
CIF	Cost Insurance Freight
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
CUP-method	Comparable Uncontrolled Price method
ECLR	European Competition Law Review
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
EurLR	European Law Review
FCA	Free Carrier
FDC	Fully Distributed Cost (fullständig allokering av kostnader)

FL-LRAIC	Forward Looking Long Run Average Incremental Cost (framåtblickande genomsnittliga långsiktiga särskilda tilläggskostnader)
Fordham Corp. L. Inst.	Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute
Fördraget	Fördraget om den Europeiska Unionen (Maastrichtfördraget och dess ändringar i Amsterdamfördraget)
GATT	The General Agreement on Tariffs and Trade
Gemenskapen	Den europeiska gemenskapen
GKL	1982 års konkurrenslag, SFS 1982:729
IC	Incremental Cost (särskilda tilläggskostnader)
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICLQ	International and Comparative Law Quartely
INCOTERMS	International Chamber of Commerce: International Commercial Terms, 2000
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
KKV	Konkurrensverket
Kommissionen	Europeiska Kommissionen
KL	Konkurrenslagen, SFS 1993:20
KBL	Lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet (Konkurrensbegränsningslagen), SFS 1953:603.
KVI	Know-Value-Item
LRAIC	Long Run Average Incremental Cost (långsiktiga genomsnittliga tilläggskostnader)
LRIC	Long Run Incremental Cost (långsiktiga särskilda tilläggskostnader)
LRAIC	Long Run Average Incremental Cost (långsiktiga genomsnittliga särskilda tilläggskostnader)
MC	Marginal Cost (marginalkostnad)
MIT	Massachusetts Institute of Technology
MLR	The Modern Law Review

MR	Marginal Revenue (marginalintäkt, oftast pris per enhet)
MD	Marknadsdomstolen
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFT	The Office of Fair Trading, Storbritannien
ONP	Open Network Provision
Q	Quantity (kvantitet eller volym)
PKF	Pris- och kartellfrågor
Prop.	Proposition till Riksdagen
PSM	Profit Split Method
PTS	Post och Telestyrelsen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rådet	Europeiska Unionens Råd
Rfo	Rådsförordning
Rskr	Riksdagsskrivelse
SAC	Stand Alone Cost (nyetableringskostnader)
SvJT	Svensk Juristtidning
SRIC	Short Run Incremental Cost (kortsiktiga särskilda tilläggskostnader)
TC	Total Cost (totala kostnader)
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TNMM	Transactional Net Margin Method
UfR	Ugeskrift for Retvæsen
uppl.	Upplaga
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WACC	Weighted Average Cost of Capital
WTO	World Trade Organisation

4. Inledning

4.1 Ämne och syfte

Prissättningar utgör viktiga instrument i företagens marknadsförings- och försäljningsaktiviteter och är bland de mest betydelsefulla konkurrensmedel som ett företag har till sitt förfogande. Om ett företag har en dominerande ställning på marknaden finns emellertid en risk för att prissättning allvarligt kan snedvrida konkurrensen och för att företaget otillbörligt kan utnyttja sina handelspartner i kraft av sin starka ställning. En fri priskonkurrens måste som utgångspunkt ses som en hörnsten i en marknadsekonomi. Om marknadsstrukturen är försvagad och koncentrerad kan det behövas gränser för hur prissättningar skall få se ut för att inte skada konkurrensen på ett sätt som måste betraktas som menligt ur samhällsekonomisk synvinkel.

Denna framställning behandlar konkurrensrättsliga frågeställningar som är relaterade till marknadsdominerande företags prissättningsmetoder. Arbetet tar sin utgångspunkt i de EG-rättsliga och svenska bestämmelser som begränsar utrymmet för prispolitik hos ett företag med dominerande marknadsställning. I artikel 82 EG och 19 § KL omnämns skilda former av otillåtna prissättningar som missbruk av en marknadsdominerande ställning. Det talas bl.a. om oskäliga inköps- eller försäljningspriser, andra oskäliga affärsvillkor och förbud mot att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner. Härutöver ges ingen närmare vägledning om hur otillåtna oskäliga eller diskriminerande priser skall

särskiljas från laglig priskonkurrens. Detta arbete avser huvudsakligen att söka besvara frågeställningen hur skilda priser eller prissättningsmetoder kan anses utgöra missbruk av marknadsdominerande ställning och därmed klarlägga gränsdragningsfrågor avseende olika former av missbrukande prissättningar inom konkurrensrätten. Således kommer utvalda prissättningsmetoders tillåtlighet i materiellt hänseende enligt artikel 82 EG och 19 § KL att behandlas.

I konkurrensrättsligt hänseende omfattas skilda former av prissättningsmetoder även av artikel 81 EG / 6 § KL, dvs. förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag. Enligt dessa bestämmelser är exempelvis avtal om direkt eller indirekt fastställande av inköps- eller försäljningspriser förbjudna. Framställningen behandlar dock inte dessa aspekter av prissättningars konkurrensrättsliga reglering, utan fokuserar enbart på huruvida olika prissättningar kan betraktas som missbruk av marknadsdominerande ställning.

4.2 Forskningsläget och ämnets relevans

Missbruk av dominerande ställning genom skilda former av prissättningar är ett i svensk rätt relativt obehandlat område. Någon mer omfattande framställning rörande skilda prissättningsmetoders tillåtlighet finns inte. Enstaka prissättningsmetoder har behandlas i doktrinen främst i tidskriftsartiklar. En mer omfattande och sammantagen juridisk analys av den konkurrensrättsliga regleringen av företags prissättningar innefattande ekonomisk teori saknas emellertid. Det senare gäller även för rättsläget i övriga Europa. I Österrike har publicerats en avhandling om korssubventionering och det förekommer i övrigt även konsultrapporter som behandlar prissättningsfrågor. Något samlat arbete om nu aktuella prissättningsmetoder har dock, såvitt bekant är, inte publicerats tidigare i Europa.

Generellt kan sägas att en tydlig gränsdragning i missbruksfrågor har stor relevans från rättssäkerhetssynpunkt. För att trygga en enhetlig rättstillämpning och för att undvika *ad hoc*-bedömningar är behovet

stort av att klargöra gränsdragningsfrågan. Vidare är behovet av förutsebarhet särskilt framträdande för marknadsdominerande företag, vilka bör på förhand kunna avgöra om deras prispolitik kan anses vara tillåten i konkurrensrättsligt hänseende. Konkurrensmyndigheter har tillika ett stort intresse av att kunna göra korrekta bedömningar av ifrågasatta prissättningsmetoder.

4.3 Rättshistorisk relevans – några utvecklingstendenser

Konkurrensrätten har en relativt lång historia i Sverige. Med undantag för regler om priskarteller från 1800-talet kan startpunkten för svensk konkurrensrätt sägas vara 1925, när Sverige fick sin första lag på konkurrensrättsområdet.[1] Regleringen var resultatet av det utredningsarbete som inleddes 1911 angående förekomsten av karteller och truster och deras effekter på det ekonomiska livet.[2] Bestämmelsen följdes av en lag från 1946 om övervakning av konkurrensbegränsningar inom näringslivet.[3] Sverige fick dock sin första egentliga konkurrenslag i modern mening genom 1953 års konkurrensbegränsningslag (KBL), som sedermera ersattes av 1982 års konkurrenslag (GKL). De huvudsakliga sanktionerna var vissa förbud och ålägganden. Lagarna från 1953 och 1982 byggde på ett antal principer som benämndes missbruks-, förhandlings- och publicitetsprinciperna.

Missbruksprincipen[4] innebar att det var möjligt att med hjälp av en generalklausul ingripa mot konkurrensbegränsningar som hade skadlig verkan inom landet. Med skadlig konkurrensbegränsning avsågs sådan som från allmän synpunkt otillbörligt påverkade prisbildningen, häm-

---

1 Lag om undersökning ang. monopolistiska företag (SFS 1925:223).

2 Se SOU 1978:9, *Ny konkurrensbegränsningslag*, s. 89.

3 Lag om övervakning av konkurrensbegränsning inom näringslivet (SFS 1946:448)

4 I norsk rätt talas om ”inngrepsprinsippet” – se t.ex. NOU 2003:12, *Ny konkurranselov*. I förarbetena till den danska konkurrenslagen av 1998 nämns även ”kontrolprincippet”. Se danska Konkurrancestyrelsen, *Konkurrenceloven 1998 Den ny konkurrencelov med forarbejder*, <http://www.ks.dk> (elektronisk resurs). I allt väsentligt avses härmed det som på svenska benämns missbruksprincipen.

made effektiviteten inom näringslivet eller försvårade eller hindrade annans näringsutövning. Bestämmelserna gav möjlighet till vitessanktionerade ålägganden och förbud. Som ett komplement härtill fanns även straffsanktionerade förbud mot bruttoprissättning och anbudskarteller. I allt väsentligt kunde missbruksprincipen sägas ge uttryck åt en möjlighet för myndigheter att i efterhand från fall till fall korrigera oönskade ageranden på marknaden med verkan för framtiden. Fördelarna med missbruksprincipen var främst att lagstiftaren på förhand inte behövde ta hänsyn till de mångfacetterade villkor och förhållanden som rådde i näringslivet. Reglerna utformades i stället så att det utifrån omständigheterna i det enskilda fallet var möjligt att anpassa ingripandena. Detta möjliggjorde sålunda en individuell *in casu*-bedömning av ifrågasatta ageranden.[5]

Förhandlingsprincipen var ett uttryck för att konkurrensbegränsningar i första rummet skulle elimineras med hjälp av förhandlingar mellan berörda näringsidkare och myndigheter. Förhandlingar kan i så måtto sägas komplettera missbruksprincipen eftersom oönskade ageranden tillrättalades i det enskilda fallet, främst genom förhandlingar om hur näringsidkaren skulle agera framgent. Lagstiftningen var i detta avseende alltså främst framåtblickande i den meningen att sanktioner, med undantag för de straffsanktionerade fallen, i huvudsak inte förekom för redan existerande konkurrensbegränsningar.

Publicitetsprincipen byggde på föreställningen att skadliga konkurrensbegränsningar primärt kunde hindras genom att allmän kännedom om dem spreds. Uppmärksamheten skulle härigenom sätta press på företagen att avhålla sig från konkurrensbegränsande ageranden.

Till skillnad från de principer som den gamla konkurrenslagen byggde på kännetecknas den EG-rättsliga konkurrenslagstiftningen av den s.k. förbudsprincipen. Både artikel 81 och 82 EG bygger sålunda på generella förbud mot konkurrensbegränsande samarbete respektive missbruk av dominerande ställning. Lagstiftningen medför att vissa ageranden på förhand skall anses förbjudna. Det är därför inte, på sätt

---

[5] Prop. 1992/93:53, *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 18.

som gällde enligt principerna i exempelvis 1982 års konkurrenslag, fråga om en efterhandsbedömning och åläggande för framtida agerande. Tvärtom medför de brett verkande förbuden att allvarliga sanktioner för pågående och realiserade handlingar kan drabba företag som överträder förbuden – främst genom administrativa böter, skadestånd och ogiltighet. I motsats till den tidigare lagstiftningen, som alltså byggde på helt andra principer, skapar förbudsprincipen ett stort behov av att på förhand kunna göra gränsdragningar mellan tillåtna och otillåtna ageranden, framförallt med tanke på risken för sanktioner för redan genomförda prissättningar.

Mot bakgrund bl.a. av att konkurrensen ansågs vara otillräcklig i Sverige och av tillnärmningen till EG/EES ersattes 1982 års konkurrenslag under halvårsskiftet 1993 av den nu gällande konkurrenslagen (KL).[6] Det framhölls i propositionen till 1993 års konkurrenslag som en nackdel med den gamla konkurrenslagen att den inte tillhandahöll ett preventivt och direktverkande sanktionssystem.[7] 1993 års lag utformades i allt väsentligt helt efter EG:s konkurrensbestämmelser. Således finns det materiellt sett idag en, med undantag av det s.k. samhandelskriteriet,[8] identisk formulering i artikel 82 EG och 19 § KL angående missbruk av dominerande ställning.

Den nya konkurrenslagen innebär sålunda en skärpning av bestämmelserna i förhållande till tidigare lagstiftning. Istället för att i efterhand med relativt mjuka metoder lösa upp oönskade ageranden, utgår lagstiftningen idag, i likhet med bestämmelserna i EG-fördraget, från ett antal fördefinierade fall som är förbjudna. Om ett företag bryter mot dessa förbud kan det drabbas av i sammanhanget allvarliga sanktioner. Lagen avser att tydliggöra vilka beteenden som anses vara oförenliga med en sund konkurrens.

---

6 Angående den allmänna motiveringen till den nya konkurrenslagen – se prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 4 ff.

7 Prop. 1992/93:56, s. 18.

8 Med samhandelskriteriet avses att artikel 82 endast är tillämplig i de fall när agerandet påverkar handeln mellan medlemstaterna i EG. Samhandelskriteriet finns inte i svensk nationell rätt.

En viktig konsekvens av införandet av KL var att den rättspraxis som hade utvecklas under nära nog 40 år i stort sett helt hade tjänat ut och inte kunde användas vid tolkning och tillämpning av de nya bestämmelserna. En avsikt med den nya konkurrenslagen var också att så långt som möjligt uppnå en materiell rättslikhet med EG:s konkurrensregler. ”Mycken ledning” vid tillämpningen av den svenska konkurrenslagen borde, enligt förarbetena, kunna hämtas från den omfattande praxis som utarbetats av EG-domstolen. Rättspraxis borde sålunda kunna utvecklas med EG-rätten som grund.[9]

Materiellt sett medför emellertid den nya konkurrensrätten inte ett helt nytt sätt att bedöma konkurrensbegränsningar; snarare har synen på förfaranden ändrats och toleransen mot missbruk har minskat i och med införandet av den nya lagstiftningen. Gällande konkurrensregler medför att det kan uppställas ett krav på att det på förhand *generellt* skall gå att skilja mellan olaglig och laglig priskonkurrens och att konkurrensbegränsningar inte hanteras i efterhand med situationsanpassade lösningar. Den *ad hoc*-baserade bedömning som kännetecknade den tidigare konkurrensrätten medförde i vissa fall av prissättningar att det var svårt att klarlägga en samstämmighet i rättspraxis. Konkurrensrättens roll att underlätta integrationen mellan medlemsländer i EG saknades vidare i den gamla lagstiftningen. I vissa fall står dessutom tidigare rättspraxis i strid med gällande EG-rättslig praxis. Detta innebär dock inte att all gammal praxis och gamla förarbeten skall anses som helt obsoleta. Sakförhållanden återkommer i nya situationer och det kan därför vara av intresse att jämföra sådana situationer som tidigare varit under prövning hos dåvarande myndigheter. Äldre praxis och förarbeten kan även ge information och infallsvinklar för den nu rådande rätten. Marknadsdomstolens tidigare praxis och förarbetena till gamla konkurrenslagen kan sålunda utgöra ett jämförelsematerial rörande vissa – dock inte alla – former av prissättningar, med hänsyn tagen till ovan nämnda begränsningar.

---

[9] Prop. 1992/93:56, s. 21.

4.4 Olika former av missbruk

I huvudsak kan missbrukande prissättning delas in i två huvudkategorier som i viss mån dock kan vara överlappande.[10] Den första formen av missbruk är prissättning som är oskälig eller orimlig gentemot handelspartner till det dominerande företaget eller andra företag som av någon anledning befinner sig i en beroende ställning. Beroendet kan ligga i företagets position som kund eller säljare till relevanta produkter/tjänster. Genom att missbruket främst drabbar företag som har någon form av direkt eller indirekt relation till det dominerande företaget betecknas agerandet som ett *exploaterande* (*eng. exploitive*) missbruk. Till denna grupp hör bl.a. överprissättning (oskäligt höga försäljningspriser), men även vissa former av diskriminerande priser.

Den andra formen av missbruk riktas främst mot marknadsstrukturen och företrädesvis dominantens konkurrenter. Priser kan användas som verktyg för att åstadkomma en förbättring av den egna positionen inom den relevanta marknaden på bekostnad av andra aktörer, vilket försvagar konkurrensen. Syftet kan även vara att befästa eller vidmakthålla en redan stark position och härigenom hindra potentiella aktörer från att etablera sig på marknaden. Normalt kallas denna form av agerande för *utestängande* prismissbruk (*eng. exclusionary pricing*). Sedd från en handelspartners sida kan denna form av missbruk betraktas som instängande missbruk (*eng. consumer/customer lock-in*), vilket alltså medför att en kund kan stängas inne i ett affärsförhållande med ett dominerande företag. Till denna kategori av missbruk hör rovprissättning, korssubventionering och vissa former av diskriminerande prissättning. Att den senare formen av prissättning kan tillhöra båda kategorier visar att olika former av missbruk kan vara överlappande.

---

[10] Se Bellamy C., Child, G., *European Community Law of Competition*, 5 uppl., London 2001, s. 720–721.

4.5 Metod

Utgångspunkten för framställningen är en tillämpning av en traditionell rättsdogmatisk metod. Sålunda ligger de traditionella rättkällorna till grund för analysen. I vissa avseenden kompletteras den rättsdogmatiska analysen av ett omfattande studium av mikro- och företagsekonomisk teori.[11] Nedan följer en genomgång av faktorer av speciell betydelse för analysen i allmänhet.

4.5.1 Ekonomisk teori

Trots tillkomsten av praxis på EG-nivå är många frågor obesvarade och vissa prissättningsfrågor har ännu inte varit föremål för prövning. En omfattande forskning rörande prissättningsfrågor finns inom national- och företagsekonomin. Det skall emellertid noteras att detta arbete utgår från ett rättsligt perspektiv, inte ett ekonomiskt. Effektiv konkurrens är emellertid – i likhet med vad som gäller inom konkurrensrätten – en hörnsten inom ekonomisk teori. Räckvidden av prissättningars reglering kan till viss del klarläggas på basis av traditionella rättskällor. Frågor om tillåtlighet kan emellertid inte alltid besvaras utifrån generaliseringar eller systematiseringar av gällande rätt och praxis, eftersom bl.a. gråzoner existerar inom konkurrensrätten. För att inte rätten i praktiken skall få luckor (trots sin utformning av generellt gällande reglering) måste det finnas verktyg för att hantera dessa frågor så att de uppfyller basala krav på konsistens, stringens, enhetlighet och förutsebarhet.

En mera systematisk hantering av olika prissättningsfrågor och effekterna av dessa förutsätter användning av ekonomisk teori, som därför kommer att användas som komplement och grundläggande förklaringsunderlag till konkreta prissättningssituationer. Innehållet i konkurrens-

[11] Med rättskällor avses framförallt lagtext, förarbeten rättspraxis och doktrin, Se t.ex. Peczenik, A., *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1 uppl., Stockholm 1995, s. 203 ff, Strömholm, S., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, 5 uppl., Stockholm 1996, s. 311–398 och Sundberg, J., *Rättskällorna på 1900-talet*, i Belfrage/Stille Filosofi och rättsvetenskap, Lund 1975 s. 171 ff.

reglerna kräver normalt att ekonomisk teori används för att riktiga resultat skall uppnås. Begrepp som rovprissättning, diskriminerande prissättning m.m. blir tämligen innehållslösa om inte ekonomisk teori används som förklarings- och utvärderingsvariabel. I förarbetena till ändringar i konkurrenslagen betonas att

> ”Konkurrenspolitikens utformning och utveckling i olika länder påverkas av en rad olika förhållanden. Den akademiska forskningen inom olika delar av de ekonomiska och juridiska disciplinerna utgör en viktig källa till förändrade synsätt och värderingar.”[12]

Regeringen anför vidare i förarbetena att

> ”Den grundläggande synen från Regeringens sida är att en aktiv konkurrenspolitik, med klara regler och en effektiv tillämpning, är nödvändig för att skydda konkurrensen och säkerställa marknadernas effektivitet. Även om marknader teoretiskt kan förutses utveckla motkrafter mot effekterna av konkurrensbegränsningar och marknadsmakt är detta en process som kan ta mycket lång tid. De välfärdsförluster som under tiden uppkommer kan inte accepteras utan måste motverkas med aktiva åtgärder från det allmännas sida.”[13]

Hänvisningen till ekonomiska målsättningar framkommer även på central EG-rättslig nivå, där lagstiftningen i stora stycken bygger på ekonomiska mål som effektivitet och sund konkurrens. Det betonas i den nya tillämpningsförordningen att ”[s]yftet med artiklarna 81 och 82 i fördraget är att skydda konkurrensen på marknaden”[14]

Ekonomisk teori kan underlätta möjligheterna att finna lämpliga hjälpmedel för bedömning och gränsdragning mellan otillåtna och tillåtna förfaranden. Med hjälp av ekonomisk teori kan därför frågor om *vad* som är tillåtet besvaras. För att bilden skall bli komplett måste även effekterna av ett visst beteende studeras. För den praktiskt verksamma

---

[12] Prop. 1999/2000:140, *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*, s. 59.

[13] Prop. 1999/2000:140, s. 61.

[14] Rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, motiveringen p. 9. Förordningen börjar tillämpas den 1 maj 2004.

juristen måste verktygen vara tillgängliga så att konkurrensrätten kan appliceras i det enskilda fallet. Ekonomisk teori är i denna del ett starkt hjälpmedel för jurister genom att den ger innehåll åt begrepp som ”prisdiskriminering” och ”effektiv konkurrens”. Betydelsen av ekonomisk teori från ett rättspositivistiskt perspektiv kan upplevas som något av ett problem. Enligt detta synsätt läggs ogärna andra tolkningsdata än de rent rättspositivistiska, dvs. gällande rätt såsom lag, förarbeten och praxis in i bedömningen. Konkurrensrätten är emellertid relativt generellt skriven med hänvisning till ekonomiska begrepp. Dessutom är underlaget i form av rättspraxis relativt litet.

Ekonomisk teori måste kunna användas i det juridiska arbetet, även om lagtolkningen därmed får anses utgöras av ett friare rättspositivistiskt arbetssätt med tvärvetenskapliga inslag.

En viktig fråga att besvara blir därefter *vilken* ekonomisk teori som skall användas. När ekonomisk teori används som förklaringsvariabel till rättsreglernas innehåll blir det därför aktuellt att beakta särskilda ekonomiska metodfrågor. I förarbetena anförs att synen skiljer sig åt mellan olika ekonomisk-teoretiska skolor vad gäller behovet av konkurrensregler i stort och vilka ingrepp som bör göras.[15]

I förarbetena till konkurrenslagen anförs att den europeiska konkurrensrätten har sina rötter i den s.k. Österrikeskolan och Freiburgskolan i kombination med den amerikanska antitrusttradition som infördes i Tyskland 1957 och vid tillkomsten av Romfördraget samma år.[16] Dessa influenser kontrasteras lämpligen mot Chicago- och Harvardskolan.

Den största betydelse som valet av inriktning har är på vilket sätt som konkurrensreglerna utformas. Enligt förarbetena förespråkar Freiburgskolan att den fria konkurrensen skall säkerställas genom positiva åtgärder från statsmakternas sida, vilket innefattar ett stort inslag av judiciella principer och värderingar. Härav följer, enligt förarbetena, att konkurrensrätten blir administrativ och juridisk till sin karaktär. En mer passiv inställning till konkurrensbegränsningar liknande den som Chi-

[15] Prop. 1999/2000:140, s. 61.
[16] Prop. 1999/2000:140, s. 57.

cagoskolan företräder måste därför anses vara oförenlig med den europeiska konkurrensrätten. En aktiv konkurrenspolitik förutsätter klara regler för olika prissättningsfrågor.

Vad gäller prissättningar är dessa frågor primärt knutna till grundläggande mikroekonomisk teori, vilken används i denna framställning. Synen på rovprissättningar visar även att den utpräglade Chicagoskolan svårligen kan användas, eftersom den förespråkar att sådana prissättningsfenomen bäst hanteras genom att inte ingripa alls och låta marknadskrafterna hantera problemet. En sådan inställning, eller tro på marknadens förmåga att tillrättalägga konkurrenssnedvridningar, står inte i överensstämmelse med vare sig lagstiftning eller rättspraxis i Europa. Konsekvensen härav är att Chicagoskolans teorier i normalfallet inte kan användas i den konkurrensrättsliga analysen.

I anslutning till de olika prissättningsmetoderna har mikro- och företagsekonomisk teori som anknyter till såväl vedertagen som ny ekonomisk forskning på prissättningsområdena beaktats. Teorierna utvärderas dock kritiskt både i sak och gentemot gällande rätt. Syftet härmed är att klargöra gränsdragningen mellan tillåtna och otillåtna ageranden *de lege lata*. Även det omvända gäller, dvs. att gällande rätt kritiskt utvärderas i perspektivet *de lege ferenda*, eller främst de *lege sententia ferenda*, mot bakgrund av utvecklingen i de ekonomiska vetenskaperna. Såtillvida finns i framställningen en tvärvetenskaplig växelverkan mellan juridik och ekonomi.

Det skall framhållas att ekonomisk teori inte har använts som ensamt förklaringsunderlag. Det finns även inom konkurrensrätten andra hänsyn som inte direkt anknyter till en traditionell ekonomisk rationalitet såsom exempelvis tillskapandet av högsta möjliga effektivitet på marknaden. Även andra målsättningar, som förverkligandet av den inre marknaden, har viss betydelse som bl.a. yttrar sig i att prissättningar inte kan användas för att dela upp den inre marknaden. Vissa konkurrensrättsliga problemställningar kan besvaras endast delvis av ekonomisk teori. Överprissättning och korssubventionering kan till viss del analyseras av ekonomisk teori, men även andra icke-ekonomiska argument bör beaktas, såsom exempelvis skälighet i allmän bemärkelse och

intresset av ”*fair play*” eller tillskapandet av en ”*level playing field*” på avregleringsmarknader.[17]

4.5.2 Rättskällor

4.5.2.1 EG-rättslig primärrätt och nationell lagstiftning

Traktatbestämmelserna och nationell lagstiftning på konkurrensrättens område används som primärkälla för analysen. Ett generellt problem med konkurrensrätten är att de materiella reglerna för missbruk av marknadsdominerande ställning – såsom de formulerats i de primära rättskällorna artikel 82 EG och 19 § KL – innehåller brett verkande förbud och är mycket generellt skrivna. Bestämmelserna ger liten vägledning i konkreta prissättningsfrågor. Lagtexten innehåller visserligen exemplifieringar av olika former av missbruk, såsom oskäliga priser, men ger inga vidare besked än att bl.a. vissa priser kan anses som olagliga.

Sekundärrätten har stor betydelse för konkurrensrätten inom EU. Rådsdirektiv, beslut och rekommendationer/tillkännagivanden från Kommissionen spelar en avgörande roll vid bedömningar av prissättningsmetoders eventuella brott mot missbruksreglerna. Kommissionen har i detta avseende en särställning vad gäller konkurrenspolitiken inom EU, vilket framgår bl.a. av Rfo 17/62 och 1/2003.[18]

Även andra regleringar som indirekt har betydelse för den konkurrensrättsliga bedömningen kommer att beaktas. Detta gäller främst specialregleringar för vissa branscher som har inverkan på företagens prissättningar.

---

[17] Bladini framhåller att ekonomisk teori utgör basen för juridisk argumentation i konkurrensrättsliga sammanhang, även om den kan vara motstridig i vissa stycken. Härutöver framhåller han betydelsen av andra icke-ekonomiska faktorer och av en öppen intresseavvägning mellan dessa faktorer, Bladini, F., *Den konkurrensrättsliga argumentationen*, i Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Oslo 1997, s. 172.

[18] Se även Wahl, N., *Konkurrensförhållanden*, Stockholm 1994, s. 32–33.

4.5.2.2 Förarbeten

Frånvaron av uttalanden i förarbeten är påtaglig för den som söker en mer detaljerad vägledning om prissättningsmetoder än vad som följer av lagtexten. Generellt förekommer förarbeten mycket sparsamt på EG-rättslig nivå. Även de svenska förarbetena till konkurrenslagen är mycket begränsade i materiellt hänseende beträffande bedömningar av skilda prissättningsfrågor. Förarbetena hänvisar i stora delar istället till den rättspraxis som utarbetats av EG-domstolen. De mycket begränsade möjligheterna till användning av förarbeten i detta arbete grundar sålunda viss avvikelse från traditionell rättsdogmatisk metod.

För denna framställning synes det för övrigt räcka med att konstatera att de nationella förarbetena ger liten vägledning för bedömning av materiella prissättningsfrågor.[19]

4.5.2.3 Rättspraxis och myndighetspraxis

Syftet med arbetet är att konkretisera vad som skall anses vara förbjudna prissättningar för marknadsdominerande företag. För att kunna besvara frågan om var gränsen går mellan tillåtna och otillåtna priser är ett ingående studium av befintlig rättspraxis en nödvändighet. Den främsta typen av källa i detta avseende utgörs av EG-domstolens praxis, eftersom domstolen utgör den främsta uttolkaren av det materiella innehållet i artikel 82 EG.[20] Avgöranden från Marknadsdomstolen samt rättspraxis från andra länder inom gemenskapen som tillämpar motsvarande regler som Sverige och EG analyseras. I avsaknad av överinstansavgöranden analyseras även rättspraxis från svensk tingsrätt och hovrätt. Befintlig rättspraxis utgörs till övervägande delen av sådana förfaranden som initieras av Kommissionen eller nationella konkurrensmyndigheter eller mål som rör prövning av förhandsavgöranden. Civilrättsliga mål om skadestånd för brott mot konkurrenslagen kan

---

[19] Angående frågan om förarbetenas roll för konkurrensrätten, se Wahl, N., a.a. s. 15–20.

[20] EG-domstolens särställning i denna del framgår av artiklarna 234 och 292 EG. Se även Wahl, N. a.a. s. 35.

även ge vägledning i prissättningsfrågor. Denna typ av mål förekommer emellertid mycket sparsamt.

Praxis och rekommendationer från nationella myndigheter fyller även en relativt stor praktisk funktion. Detta gäller särskilt när de ligger i linje med EG-domstolens och Kommissionens praxis. Myndighetspraxis behandlas när så är relevant i framställningen nedan.

4.5.2.4 Språkfrågor

Svenska är ett av EU:s officiella språk. Kvaliteten på översättningar av rättsligt material – trots svenskans status som officiellt språk – kan i vissa stycken vara alltför låg. Översättningar kan till och med vara kraftigt avvikande från exempelvis engelska eller tyska språkversioner. Ett allmänt problem vid studium av det EG-rättsliga materialet är vilken språkversion som skall läggas till grund för analysen och hur avvikelser mellan versionerna skall hanteras.

I denna framställning har svenska citat använts så långt som möjligt, åtminstone för rättsakter och praxis som dateras från tiden efter Sveriges anslutning till EU. Detta har dock inte skett utan undantag. Jämförelser med andra språkversioner har gjorts för att säkerställa ett så korrekt underlag som möjligt. Visserligen framgår av EG-domstolens praxis att alla språkversioner är lika autentiska, något som medför att en jämförelse mellan språkversionerna är nödvändig.[21] I vissa fall har avvikelserna varit så stora att anmärkning härom har gjorts och andra språkversioner har använts. Översättning av idiomatiska begrepp eller terminologi kan i allmänhet bereda svårigheter för juristlingvister, vilket i sin tur kan leda till svårigheter vid analys av svenska versioner.[22] EG-domstolen har anfört att i de fall avvikelser föreligger mellan olika språkver-

[21] I målet 283/81, *CILFIT* anförde EG-domstolen att ”[…] it must be borne in mind that community legislation is drafted in several languages and that the different language versions are equally authentic. An interpretation of a provision of community law thus involves a comparison of the different language versions” (p. 18).

[22] Se Paulander, H., *Översättning av juridiska texter vid EG-domstolen*, JFT 1998, s. 426–436.

sioner måste bestämmelsen tolkas i enlighet med den allmänna systematiken och syftet med det regelverk som bestämmelsen ingår i.[23]

Den praktiska konsekvensen av att en svensk översättning – som oftast baseras på en fransk eller engelsk förlaga – skulle vara felaktig bör enligt Bernitz och Kjellgren vara att man bortser från felet och i stället gör en jämförelse med andra språkversioner.[24]

Vad gäller material som dateras före Sveriges anslutning till EU har genomgående engelska språkversioner använts i citat, även om svenska översättningar av äldre rättspraxis många gånger håller en högre kvalitet än de som publicerats på senare tid.

4.5.2.5 Europeisk rätt och främmande rätt

Rättspraxis och praxis från konkurrensvårdande myndigheter har på senare tid blivit omfattande i takt med harmoniseringen av de europeiska konkurrenslagarna. Detta arbete syftar inte till att ge en heltäckande bild av den praxis och den lagstiftning som finns i samtliga medlemsstater inom gemenskapen. En sådan behandling skulle bli alltför omfattande och en begränsning har därför blivit nödvändig.

Det rättsliga material som utgör underlag för framställningen koncentreras därför i första hand till det centrala EG-rättsliga materialet i form av praxis från EG-domstolen och Kommissionen samt till svensk rätts- och myndighetspraxis. Härutöver har studier gjorts av nordisk konkurrensrätt, med speciell betoning på Danmark. Även finsk rätt har beaktats, dock med hänsyn tagen till att det är en relativt begränsad praxis beträffande missbrukande prissättningsmetoder som är tillgäng-

---

[23] EG-domstolen har anfört att ”[…] de olika språkversionerna [skall] tolkas enhetligt. För det fall de skiljer sig åt är det därför nödvändigt att bestämmelsen i fråga tolkas i enlighet med den allmänna systematiken i och syftet med den lagstiftning som bestämmelsen är en del av […].” Mål C-420/98, *W.N. v. Staatssecretaris van Financiën*, p. 21. EG-domstolen har även framhållit i tidigare praxis att ”[…] de olika språkversionerna av en gemenskapstext skall tolkas enhetligt och att bestämmelsen därför i händelse av skillnader mellan versionerna skall tolkas utifrån den allmänna uppbyggnaden av och syftet med det regelverk i vilket bestämmelsen ingår.”, mål C-449/93, *Rockfon*, p. 28. Jfr även mål 30/77, *Bouchereau*, p. 14.

[24] Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 2 uppl. Stockholm 2002, s. 50.

lig på svenska. Norge har hittills inte tillämpat förbudsprincipen, vilket har gjort det svårt att göra generella jämförelser, något som kan liknas vid svårigheten att göra jämförelser med praxis baserad på 1953 och 1982 års svenska konkurrenslag.[25] Annat material har även använts från andra EU-länders och framförallt brittisk rätt som är relativt utförlig på prissättningsområdet. Till viss del har även tysk rätt beaktats, om än inte i lika stor omfattning som brittisk (här: engelsk) rätt. Skälet härtill är att tysk rätt och doktrin inte är lika utförlig som den engelska avseende missbrukande prissättningsmetoder. Detta hänger även samman med konkurrensrättens starka koppling till den ekonomiska vetenskapen, som i allt väsentligt utvecklas inom den anglo-amerikanska sfären och på det engelska språket. En ytterligare anledning till varför tysk doktrin inte beaktas i samma utsträckning som den engelska är att det är vanligt att även tyska vetenskapsmän ofta låter publicera artiklar i engelskspråkiga tidskrifter. En allmän avgränsning har sålunda varit att inte i någon större omfattning beakta tysk rätt.

Språkliga hinder, tillsammans med avgränsningsval, gör att fransk och sydeuropeisk rätt inte har beaktats i detta arbete. Betydelsen av nationell rättspraxis bör dock inte överdrivas, eftersom den mest betydelsefulla rättskällan är EG-domstolens praxis. Detta förhållande har även framhållits i förarbetena till den nu gällande konkurrenslagen.

> ”Romfördragets konkurrensregler är direkt tillämpliga på konkurrensbegräsningar med effekt på samhandeln mellan medlemsstaterna. Enligt EG-rätten har dessa regler högre dignitet än regler i den nationella rätten och tar alltså över i de fall de kolliderar med nationell konkurrensrätt. […] I de fall där såväl nationell konkurrensrätt som EG:s konkurrensrätt har jurisdiktion kan huvudregeln sägas vara att nationell rätt inte får tillämpas så att det inverkar menligt på tillämpningen av EG-rätten”[26]

På konkurrensrättsområdet är det närmast nödvändigt att ta amerikansk antitrustlagstiftning i beaktande. Lagstiftningen har en mycket längre

---

[25] I Norge föreligger för närvarande dock förslag om att lagstiftningen skall ändras och baseras på förbudsprincipen. Se NOU 2003:12.

[26] Prop. 1992/93:56 s. 13.

historia och större omfattning än den europeiska motsvarigheten. Materiella skillnader i konkurrenslagstiftningen finns emellertid mellan USA och EU, vilket gör att amerikansk rättspraxis och doktrin inte direkt kan beaktas i auktoritativt hänseende, men åtminstone som sakargument. Till viss del har även kanadensisk rätt använts som jämförelse för att belysa vissa sakförhållanden.

Fastän rättsutvecklingen i USA i vissa stycken skiljer sig markant från den europeiska, finns det viktiga lärdomar att dra av de amerikanska erfarenheterna. En allmän svårighet med att studera det amerikanska systemet är att det generellt sett kan vara svårt att jämföra rättsutvecklingen i common-law och civil-law systemen. Skillnaden mellan common-law och civil-law bör emellertid inte överdrivas eftersom det är det materiella innehållet i rättsreglerna som står i fokus, inte huruvida det materiella innehållet tillkommit genom lagstiftning eller genom avgörande i domstolarna. Därtill kommer att den amerikanska rätten, till skillnad från den kontinentaleuropeiska och nordiska, har utvecklat sig i nära samklang med aktuell ekonomisk teori.

Rättsutvecklingen och debatten i USA kring konkurrensfrågor uppvisar dock en större mångfald än den motsvarande europeiska. I framställningen kommer jämförelser att göras med utvecklingen av Sherman Act, Clayton Act, Robinson-Patman Act, amerikansk doktrin samt praxis. Jämförelsen och analysen av amerikansk rätt begränsas dock främst till situationer där rättsreglerna uppvisar liknande materiella regler. Främst rör detta *predatory pricing*. Vissa regler om överprissättning och diskriminerande prissättning skiljer sig i amerikansk rätt från motsvarande bestämmelser i Europa och lämpar sig därför mindre väl som jämförelseunderlag.

Till sist måste även betydelsen av straffrättsliga sanktioner för det materiella innehållet i förbudsbestämmelser betonas. Som framgår i kapitel 5 kan straffrättsliga sanktioner ge upphov till att myndigheterna måste inskränka räckvidden av brett verkande förbudsbestämmelser i syfte att skapa eller upprätthålla högt ställda krav på rättssäkerhet.

4.5.2.6 Material från internationella organisationer

Regeringen har i förarbetena till konkurrenslagen diskuterat utvecklingstendenser inom konkurrensrätten. I samband härmed framhålls de diskussioner som bedrivs inom internationella organ som EU, OECD, WTO och UNCTAD.[27] Folkrättsligt har UNCTAD uttryckt att medlemsländerna i FN generellt bör införa lagstiftning mot missbrukande prissättning med innebörd att

> ”[e]nterprises should refrain from the following acts or behavior in a relevant market when, through […] abuse of a dominant position of market power, they limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on international trade, particularly that of developing countries, and on the economic development of these countries:
> 1. Predatory behavior towards competitors, such as using below-cost pricing to eliminate competitors.
> 2. Discriminatory (i.e. unjustifiably differentiated) pricing or terms or conditions in the supply or purchase of goods and services, including by means of the use of pricing policies in transactions between affiliated enterprises which overcharge or undercharge for goods or services purchased or supplied as compared with prices for similar or comparable transactions outside the affiliated enterprises; […]”[28]

Missbrukande prissättning är således något som internationellt sett ett företag bör avstå från. FN-organets publikationer ger dock ingen större vägledning i gränsdragningsfrågan mellan tillåtna och otillåtna priser.

OECD har för vissa former av prissättning, främst angående *predatory pricing*, givit ut publikationer som behandlas i framställningen.

---

[27] Prop. 1999/2000:140, s. 59.

[28] UNCTAD, The United Nations Set of Principles and Rules on Competition, The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, principles and rules for enterprises, including transnational corporations, TD/RBP/CONF/10/Rev.2, Geneva, 2000, del IV (D).

Detta material kan i allmänhet ge sakargument vid analys av prissättningsmetoder. I övrigt har material från andra internationella organisationer än EG inte behandlats i framställningen.

4.5.3 Tolkningsmetoder

De grundläggande bestämmelserna i EG-fördraget och även den svenska lagstiftningen är vaga i materiellt hänseende. Förarbetena – i den mån sådana existerar – ger heller inte mycket vägledning för vad som materiellt sett avses med förbudsbestämmelserna om prissättningsmetoder. Det kan därför i detta avseende vara svårt att utröna vad som var saklig bakgrund till lagstiftningen.

EG-domstolens sätt att tillämpa gemenskapslagstiftningen skiljer sig även från hur nationella domstolar i exempelvis Sverige har tillämpat nationell lagstiftning. Due framhåller om EG-domstolens roll att dess

> ”[…] helt overvejende opgave er at fortolke EF-retten og at fastlægge denne rets almindelige principper. En Domstol, der såldes i det væsentlige dømmer i jus og ikke i faktum, vil helt naturligt ved affattelse af sine afgørelser anvende en stil og en argumentationsteknik, der afviger fra afgørelser truffet af de fleste nationale domstole.”[29]

Due anser att EG-domstolen använder sig av en slags kontextuell och teleologisk metod,[30] en slutsats som delas av Bernitz och Kjellgren. De senare har kallat detta den teleologiska metoden för en funktionell tolkning. Istället för en kontextuell metod talar de dessutom om en systematisk tolkning, innebärande

> ”[…] tolkning mot bakgrund av logiken i den aktuella bestämmelsens utformning, bestämmelsens systematiska placering i rättsakten, de använda begreppen och bestämmelsens relation till närliggande bestämmelser inom och utom den ifrågavarande rättsakten, dvs. dess kontext.”[31]

---

[29] Due, O., *Hvad mener dog?(Om læsning af EF-domstolens afgørelser)*, i Festskrift till Ole Lando, Köpenhamn 1997, s. 128.

[30] Due, O., a a. s. 138.

[31] Bernitz/Kjellgren, a.a. s. 46.

Vidare anser de att tolkningen sker ”mot bakgrund av bestämmelsens grundläggande syften, funktion och effekter inom det gemenskapsrättsliga regelverket”. Stor vikt fästs sålunda vid grundläggande mål och medel, allmänna principer som utvecklats samt vid att reglerna skall ha någon form av ändamålsenlig verkan – en s.k. *effet utile*.[32]

Wahl förklarar detta med att den norm som analyseras skall sättas in i det system som EG försöker bygga upp.[33] I konkurrensrättsligt hänseende skulle således den ändamålsenliga verkan som lagstiftningen försöker utveckla vara en effektiv konkurrens. När EG-domstolen tillämpar artikel 82 EG på dominerande företags åtgärder, ger tolkningsprincipen vid handen att lagstiftningen skall tolkas så att agerandet skall betraktas som ett missbruk om det motverkar en effektiv konkurrens. Om exempelvis en prissättning får till följd att konkurrenter trängs ut från marknaden, medför sålunda den *effet utile* som följer av artikel 82 EG att ett sådant agerande måste betraktas som ett missbruk. I svenska förarbeten talas mycket om att konsumentintresset står i fokus.[34] Detta torde vara i linje med målsättningen om en effektiv konkurrens, eftersom det förra torde vara en produkt av det senare.

Intresset av att upprätthålla en effektiv konkurrens måste betraktas som en mycket vid målsättning, något som även avspeglas i EG-rättslig praxis där ett stort antal prissättningsmetoder har ansetts vara i strid med artikel 82 EG.

4.5.4 Behovet av rättslikhet inom EU

EG-rättens allmänna företräde framför nationell lagstiftning kommer inte att analyseras här. Detta synes heller inte vara ett avgörande spörsmål, eftersom de EG-rättsliga reglerna och de svenska reglerna i princip är identiska.

I propositionen till den nu gällande konkurrenslagen framhölls att vägledning vid tillämpning av konkurrensreglerna inte bara skulle

[32] Bernitz/Kjellgren, a. st.
[33] Wahl, N. a.a. s. 26
[34] Se prop. 1999/2000:140, s. 35–36.

kunna hämtas från EG-domstolens praxis, utan även från praxis i andra länder som tillämpar förbudsprincipen.[35] Det är anmärkningsvärt att det i propositionen i denna del inte talas om rättspraxis utan enbart om praxis. Häri synes inte bara inrymmas avgöranden från nationella domstolar som tillämpar förbudsprincipen, utan även den praxis som utarbetas av nationella konkurrensmyndigheter. I omedelbar anslutning till detta framhålls emellertid i propositionen att en omfattande rättspraxis av stor betydelse för ett svenskt vidkommande fanns tillgänglig redan vid införandet av den nya konkurrenslagen. Avsikten med uttalandet torde inte ha varit att myndighetspraxis i andra medlemsländer som tillämpar förbudsprincipen *inte* skulle beaktas. I likhet med Kommissionen utfärdar nationella myndigheter i medlemsländerna rekommendationer och bestämmelser som senare får betydelse för rättspraxis. I konkurrensrättsligt hänseende kan material som påverkar företagens prissättning härröra både från konkurrensmyndigheter och från andra myndigheter.

Angående betydelsen av EG-domstolens praxis betonas i förarbetena till konkurrenslagen att syftet med lagen har varit att ”så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med Romfördragets konkurrensregler”. Dessutom anses att motivskrivningen måste ”hållas på ett relativt allmänt plan för att inte hindra en dynamisk rättsutveckling på området på samma sätt som sker i EG-rätten och i andra länder med liknande rättssystem”.[36]

Rättslikheten på konkurrensområdet är stor mellan de länder som tillämpar förbudsprincipen. I så måtto finns det bland medlemsstaterna inom unionen en närmast identisk lagstiftning – materiellt sett – om förbud mot missbruk av dominerande ställning. Norge har, som nämnts ovan, hittills i allt väsentligt tillämpat missbruksprincipen. Nu föreligger emellertid ett betänkande om ändring i konkurranseloven, i vilket det föreslås att lagstiftningen skall anpassas till EES-avtalets artiklar 53

[35] Prop. 1992/93:56: ”Genom en materiell samordning med Romfördragets regler bör dock mycken ledning vid tillämpningen av en ny svensk konkurrenslag kunna hämtas från EG-domstolens praxis, men också från praxis i andra länder som tillämpar förbudsprincipen” (s. 21).

[36] Prop. 1992/92:56, s. 21.

och 54, som motsvaras av artiklarna 81 respektive 82 EG.[37] Om de föreslagna ändringarna genomförs i norsk rätt kommer förbudsprincipen att tillämpas i samtliga nordiska länder.[38]

I Rådets nya tillämpningsförordning[39] för konkurrensreglerna anges tydligt att det krävs en effektiv och enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget. För att uppnå detta ger förordningen behörighet för samtliga medlemsländers domstolar och konkurrensmyndigheter att tillämpa artiklarna 81 och 82 EG (art. 5 och 6). Dessutom stadfästs en skyldighet för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar att tillämpa artikel 82 EG om missbruket är förbjudet enligt artikel 82 EG. Vid tillämpning av nationell konkurrensrätt får detta emellertid inte leda till förbud mot avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som uppfyller villkoren för undantag enligt artikel 81.3 EG.[40]

Medlemsstaterna får dock anta och tillämpa en strängare nationell lagstiftning, varigenom företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas. Exempel härpå är förbud mot eller påföljder vid missbruk mot ekonomiskt beroende företag.[41]

Generellt framhålls sålunda i förordningen betydelsen av en enhetlig rättstillämpning av konkurrensreglerna inom gemenskapen. Det är dessutom av vikt att kunna garantera rättssäkerhet i ett system med parallella behörigheter och undvika motstridiga beslut. För att säkerställa dessa mål införs ett omfattande samarbete och informationsutbyte

---

[37] Se NOU 2003:12. Det framgår av betänkandet att den nuvarande norska konkurrenslagstiftningen bygger en kombination av förbuds- och missbruksbestämmelser. Förbudsbestämmelser avser samarbete och påverkan på priser, vinster och rabatter samt anbuds- och marknadsuppdelningssamarbete. För övriga konkurrenssnedvridande ageranden gäller missbruksprincipen, vilket innebär att agerandena anses som tillåtna fram till dess att Konkurransetilsynet ingriper. Se betänkandet, s. 52.

[38] Även Island tillämpar förbudsprinicpen. Den isländska konkurrenslagen, samkeppnislögum, innehåller identiska förbudsbestämmelser som EES-avtalets artiklar 53 och 54 samt artiklarna 81 och 82 EG.

[39] Rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

[40] A.a. artikel 3. Motsvarande skyldighet gäller även för artikel 81 EG.

[41] A.a. artikel 3 och p. 8 i motiveringen.

mellan Kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. Även mellan Kommissionen och nationella domstolar skall samarbete etableras. Kommissionens roll kommer därför att förstärkas i form av behörighet att lämna skriftliga eller muntliga yttranden till domstolar.[42]

I metodologiskt hänseende betraktas i denna framställning EG-rätten som en del av den svenska rätten. Det EG-rättsliga materialet analyseras jämsides med de interna svenska rättskällorna. Dock beaktas naturligtvis särskilt EG-rättens företräde framför nationell rätt. Även om det kanske inte går att säga att andra medlemsländers rätts- och myndighetspraxis samt doktrin härmed kan betraktas som interna rättskällor, så borde inte dessa rättskällor betraktas som främmande rätt i gängse bemärkelse. De bör istället kunna beaktas inte bara utifrån de sakargument som kan hämtas från dem, utan även allmänt som rättskälla i kraft av den närmast identiska lagstiftningen och harmoniseringen av konkurrensrätten inom gemenskapen, det starka intresset av rättslikhet på området samt inte minst det direkta uttryck för ett auktoritetsargument som ges i de svenska lagförarbetena.[43]

Härav följer dock att det ytterst inte kan förekomma motstridiga beslut, rekommendationer och rättspraxis på konkurrensrättsområdet bland de länder som tillämpar förbudsprincipen och detta är något som måste beaktas i analysen.

4.6 Disposition och avgränsningar

I denna framställning kommer huvudsakligen fem huvudkategorier av prissättningar att analyseras; nämligen rovprissättning, korssubventionering, prispress, överprissättning och slutligen olika former av prissätt-

---

[42] A.a. artikel 11–16.

[43] Jfr Wilhelmsson, T., *Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran*, TfR 1985, s. 181–197. Med auktoritetsargument avses i enlighet Wilhelmsson sådana ”[…] argument, vilka uppfattas stöda argumentationen inte p.g.a. deras sakliga innehåll utan p.g.a. den institutionaliserade betydelsen hos ifrågavarande rättskälla” . Dessa argument kontrasteras mot sakargument eller substantiella argument, vilka erhåller sina argumentvärden endast på basis sitt sakliga innehåll. (s. 186).

ningar som kan insorteras under begreppet diskriminerande prissättning.

Av artikel 82(a) EG och 19 § p 1 KL följer att missbruk särskilt kan bestå av att ett företag direkt eller indirekt tar ut oskäliga inköps- eller försäljningspriser. Ett pris kan även vara orimligt lågt och utgöra ett s.k. *rovpris*, vilket i utländsk rätt oftast kallas för *predatory pricing*, eftersom prissättningen är en form av ”rovbeteende”. Genom att sätta låga priser som underskrider företagets kostnader kan företaget ta över stora marknadsandelar från konkurrenter och härigenom åstadkomma att andra aktörer trängs ut från marknaden. Prissättningen är således främst riktad mot konkurrenter och kan därför kategoriseras som ett utestängande prismissbruk. Syftet med denna form av ”priskrig” är emellertid inte bara att eliminera konkurrenter. Strategin har lågt värde om företaget i ett senare läge inte har möjlighet att höja priserna för att återhämta de förluster som prissättningen åsamkat företaget, eller framförallt saknar möjligheter att utnyttja den nya positionen till att höja priserna till nivåer som överstiger dem som rådde före rovprissättningen. Härigenom kan även rovprissättning i förlängningen bli en form av exploaterande missbruk. Rovprissättning behandlas i *kapitel 5*. Analysen tar sin utgångspunkt i gällande rätt, framförallt i den rättspraxis som utvecklats av EG-domstolen. Analysen i denna del är i allt väsentligt traditionellt rättsdogmatisk. Denna praxis jämförs och utvärderas gentemot de på området relativt rikliga och företrädelsevis anglo-amerikanska ekonomiska teorier, vilket resulterar i ett förslag *de lege ferenda* om ett alternativt sätt att bedöma rovprissättningar. Syftet med detta kapitel är inte att finna en allomfattande ekonomisk teori som kan användas som analysverktyg för rovprissättning i minsta detalj. Målsättningen är istället att finna användbara verktyg för att kunna göra klarare gränsdragningar mellan vanlig priskonkurrens och missbruk.

Kapitlet kommer inte att behandla de speciella kollisioner som kan uppkomma mellan rovprissättning enligt KL och reglerna i kommunallagen (1991:900) genom iakttande av självkostnadsprincipen enligt 8 kap 3 c § kommunallagen och skyldigheten att inte bedriva kommunal näringsverksamhet i vinstsyfte enligt 2 kap 7 § kommunallagen.

Problematiken med ett alltför lågt pris som kan slå ut andra företag återkommer även i sådana fall som rör anti-dumping, dvs. prissättningar som omfattas av artikel VI i GATT-avtalet. Framställningen kommer inte att behandla dithörande frågeställningar, utan fokuserar endast på de konkurrensrättsliga bestämmelserna.

En speciell form av rovprissättning utgörs av *korssubventionering,* som främst förekommer när ett företag opererar inom en s.k. förbehållen sektor på en marknad. Inom exempelvis postbranschen kan en dominerande operatör vara verksam inom såväl en monopolmarknad som en konkurrensutsatt marknad. När två verksamheter av detta slag delar infrastruktur kan frågor uppkomma om den konkurrensutsatta verksamheten verkligen erlägger ett marknadsmässigt pris för utnyttjande av den gemensamma infrastrukturen, som kan ha tillkommit i skyddet av ett legalt monopol. Om vederlaget inte är marknadsmässigt, finns risken att konkurrensen snedvrids på samma sätt som vid rovprissättning. Korssubventionering behandlas i *kapitel 6*. Problematiken kring möjlig korssubventionering är nära knuten till frågor om allokering och periodisering av kostnader samt till val av relevanta kostnadsmått. I stort handlar det om att konkurrensutsatt verksamhet skall bära en korrekt andel av gemensamma kostnader, som sedan skall avspegla sig i prissättningen. Framställningen fokuseras i denna del därför på den kompletterande lagstiftning, de rättsfall och den företagsekonomiska teori som har utvecklats i detta sammanhang. I kapitlet förs en ingående diskussion om olika kostnadsslag, vilka är nära anknutna till de kostnadsallokeringsproblem som ger upphov till konkurrensrättsliga problem. Kapitlet avslutas med en kort utvärdering av eventuella kollisioner vid tillämpning av missbruks- och statsstödsreglerna. Det syftar dock inte till att göra en uttömmande utvärdering av statsstödsreglerna, utan är endast en illustration av potentiella kollisioner.

En stark marknadsposition kan naturligtvis utnyttjas av ett företag till att försöka öka vinsterna till sådana nivåer som inte skulle ha varit möjliga vid starkare konkurrens från andra aktörer på marknaden. I vissa fall anses priserna eller framförallt vinstnivåerna vara otillbörligt höga och utgör därför s.k. *överpriser*. Denna typ av prissättning utgör en form av exploaterande prismissbruk. Fenomenet överpriser, som behandlas i

kapitel 7, är ett svårdefinierat område, eftersom det ofta involverar frågor om vad som skall anses vara en skälig vinstnivå. I kapitlet presenteras olika metoder för att fastställa överpriser såsom de främst kommit till uttryck i praxis. Jämförelser görs även med skatterättsområdets bestämmelser om överpriser, som dock inte direkt kan jämföras med konkurrensrättsliga överpriser. I kapitlet analyseras även faktorer som kan användas till stöd vid bedömning av oskäligheten. Ekonomisk teori har i denna del något mindre att tillföra i jämförelse med problematiken kring rovpriser. Vissa sådana ekonomiska begrepp och teorier diskuteras emellertid som kan bidra med verktyg för analysen av vad som utgör oskäligt höga priser.

Speciella konkurrensproblem kan uppkomma när ett dominerande företag är verksamt både på en marknad för insatsvaror (s.k. *intermediary goods*) och i ett senare distributionsled där insatsvaran ingår i en förädlad produkt. Det kan exempelvis röra sig om prissättning av en s.k. nödvändig facilitet (eng. *essential facility)*. Vad som är speciellt med denna form av prissättning är att det dominerande företaget kan vara både leverantör *och* konkurrent till en annan aktör på marknaden. Skulle det dominerande företaget sätta alltför höga priser på insatsprodukten som säljs externt eller hålla en alltför låg marginal på sin slutprodukt, uppstår normalt något som kallas prispress (eng. *price squeeze*). Prissättningsmetoden, som analyseras i *kapitel 8*, anknyter till problematiken med överprissättning, rovprissättning och korssubventionering. Vissa tester har utvecklats av reglerande myndigheter, men har i övrigt behandlats sparsamt i litteraturen.

Artikel 82 (c) EG och 19 § p. 3 KL stadgar att tillämpning av olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, kan utgöra ett missbruk av dominerande ställning. Ett sådant missbruk kan bestå i *prisdiskriminering*. Inom den ekonomiska vetenskapen är prisdiskriminering inte primärt en prissättning som kan betraktas som i sig otillbörlig. Tvärtom kan prisdiskriminering vara en direkt förutsättning för att kunna bedriva verksamhet eller tillhandahålla varor av tillräcklig mängd eller kvalitet och till tillräckligt låga priser för kunderna. Prisdiskriminering är ett vanligt begrepp i ekonomisk teori och skiljer sig något från den konkurrensrättsliga legalde-

finitionen av diskriminerande prissättning. En inledande analys och beskrivning av prisdiskriminering som företeelse i ekonomiskt hänseende görs därför i *kapitel 9*. Därvid analyseras allmänna välfärdsaspekter av prisdiskriminering och den ekonomiska grund samt rationalitet som ligger bakom diskriminerande prissättning. Kapitlet följs sedan av en allmän rättslig analys av prisdiskriminering i *kapitel 10*, som syftar till att generellt bestämma vad som utgör otillåten prisdiskriminering. Allmänna frågeställningar och bevekelsegrunder som är knutna till prisdiskriminering klarläggs i kapitlet och ett analysschema för fastställande av olaglig prisdiskriminering presenteras. Kapitlet följs sedan av tre kapitel som vart för sig behandlar speciella former av sådana prisdiskrimineringar, vilka i praxis identifierats som olagliga. Först av dessa former behandlas *prisdiskriminering av handelspartner* i *kapitel 11*, t.ex. olikabehandling av skilda kunder som konkurrerar med varandra. Härigenom kan vissa kunder hamna i ett konkurrensmässigt underläge. Situationen är den som ligger närmast lagstiftningens exempel.

En i rättspraxis vanlig typ av diskriminerande prissättning är sådan som innebär att konkurrenter stängs ute från marknaden eller att kunder stängs inne i ett affärsförhållande. Denna typ av prisdiskriminering studeras i *kapitel 12*. Alla företag torde ha starka incitament att knyta kunder till sig för att säkerställa en långsiktig relation och försäljning i framtiden. Kundlojalitet kan uppnås på olika sätt, t.ex. genom en hög kvalitet, fördelaktiga priser eller servicenivå. Prissättningar kan emellertid användas för att otillbörligt stänga inne kunder i ett affärsförhållande genom att prismässigt belöna kunderna för lojalitet gentemot det dominerande företaget. Om kunderna får prismässiga fördelar genom t.ex. rabatter enbart på basis av trohet, kan förfarandet betraktas som ett missbruk av dominerande ställning. Skilda former av trohetsrabatter kan främst betraktas som utestängande prismissbruk, eftersom det huvudsakliga syftet med agerandet är att hindra konkurrenterna från tillträde till marknaden eller från att otillbörligt vinna över marknadsandelar från konkurrenterna. Praxis utvärderas i detta avseende *de lege ferenda* gentemot ekonomisk teori, som visar att lojalitetsskapande prissättningar i vissa speciella fall eventuellt kan vara motiverade.

Vissa former av diskriminerande priser kan både ha exploaterande och utestängande effekter, vilka analyseras i *kapitel 13*. Det kan exempelvis röra sig om sådana som får till effekt att den inre marknaden delas upp, vilket kan resultera i konkurrenssnedvridning både bland handelspartner och konkurrenter.

Slutligen behandlas i *kapitel 14* situationen där ett dominerande företag tillämpar *selektiv prissättning*. Det särskilt framträdande med denna form av prissättning är att den ligger mycket nära den som normalt skulle uppfattas som helt vanlig priskonkurrens eftersom den har full kostnadstäckning. Priserna kan vara kostnadsmotiverade, utgöra vare sig över- eller rovpriser och inte innebära lojalitetsrabatter. Under vissa speciella förutsättningar, där ett företag befinns vara ”superdominant” eller på avregleringsmarknader, kan emellertid vissa selektiva priser få snedvridande konsekvenser på konkurrensen. Förutsättningar för olaglighet och vilka former av priser som kan ifrågasättas analyseras i detta kapitel.

AVDELNING I

Utestängande priser, korssubventionering och oskäliga priser

5. Rovpriser

Den svenska lagstiftningen har sin direkta förebild i konkurrensbestämmelserna i Romfördragets art 85 och 86 (nu artikel 81 resp. 82 EG). I artiklarna talas om att missbruk särskilt kan bestå av ”[…] (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; […]”.

I Sverige har detta kommit till uttryck genom 19 § KL 1 p, där det konstateras att ett missbruk särskilt kan bestå däri att ”[…] direkt eller indirekt påtvinga någon oskäliga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäliga affärsvillkor […]”

KKV nämner som oskäliga priser: ”[a]tt tvinga någon att betala orimligt mycket för en vara eller en tjänst är exempel på detta. Motsatsen gäller också; om ett företag tar ut rovpriser (när priset underskrider kostnaden för tillverkning) i syfte att slå ut en konkurrent.”[1]

Mellan två eller flera företag kan konkurrensen ibland ta formen av ett priskrig. Kampen om marknadsandelar är oftast hård och det måste därför finnas regler för att spelet inte helt skall spåra ur och urarta. I vissa fall går företag för långt och konkurrensen blir ett regelrätt utnötningskrig, där den finansiellt svage kan få se sig besegrad av en större och mer uthållig konkurrent. Drivkraften att ”krossa” konkurrenterna får anses vara inneboende i alla företag och rätt tyglad måste den anses vara till konsumenternas bästa, eftersom tävlingen eller konkurrensen

[1] Se Konkurrensverkets hemsida <http://www.kkv.se> under rubriken konkurrenslagen.

om marknadsandelar tvingar företag att bli effektiva, vilket framtvingar ett högre och bättre utbud till lägre priser. Om drivkraften att eliminera konkurrenter tillåts ta överhanden kommer hela marknadsstrukturen att påverkas med minskad effektivitet och högre priser som följd. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv är det därför särskilt viktigt att konkurrensen bibehålls samtidigt som marknadsaktörerna använder rättvisa affärsmetoder. Alla priskrig behöver inte nödvändigtvis betyda att något företag gjort sig skyldigt till användning av olagliga metoder. Konkurrenstrycket i en industri kan vara uppskruvat till en mycket hög nivå till följd av t.ex. en snabb teknisk utveckling. Tekniksprången gör att små företag har svårt att hänga med i utvecklingen och större, finansiellt starkare företag slår ut konkurrenter. I sådana fall sker utslagningen inte p.g.a. nyttjande av tvivelaktiga affärsmetoder utan genom teknisk överlägsenhet som marknaden värderar högre än vad konkurrenterna erbjuder. Problemen har dock större potential att uppkomma på mer mogna marknader, där stora och mindre företag konkurrerar med likadana eller liknande produkter.

Ett sätt att slå ut konkurrenter är, som nämnts, att sälja sina varor eller tjänster under självkostnaden. Tanken med ett sådant erbjudande är ofta att genom extremt låga priser inte främst locka över kunder utan framförallt att slå ut andra konkurrenter. När konkurrenterna är eliminerade finns senare möjligheten att höja priserna, till en nivå som ligger över den som rådde när konkurrensen var kvar. De ekonomiska förluster som företaget led när de extremt låga priserna erbjöds kompenseras av möjligheten att ta ut mycket högre priser senare tack vare den förstärkta, eller – i värsta fall – helt dominerande, marknadsställningen. Lagstiftaren har således på goda grunder funnit skäl att förbjuda vissa former av prissättningar, däribland prissättningar som eliminerar konkurrenter.

5.1 Terminologi och definitionsproblem

Extremt låga priser som endast har till syfte att ta bort konkurrenter har i amerikansk och europeisk engelskspråkig litteratur kommit att kallas

”*predatory pricing*”. Uttrycket är i min mening väl valt eftersom det handlar en form av rovbeteende: Tagande av byte i den bemärkelsen att andra konkurrenter skall elimineras från marknaden för att senare kunna dra nytta av den efterföljande monopolsituationen. På tyska kallas företeelsen för ”*Verdrängungswettbewerb*”, vilket närmast kan översättas med utträngande konkurrens.[2]

I svensk litteratur och domstolspraxis har emellertid termen *underprissättning* mestadels använts, låt vara med vissa hänvisningar till det engelska uttrycket. Detta är i min mening ett något missvisande ordval trots att ordet underprissättning på senare tid i juridiska sammanhang fått likställd betydelse med engelskans *predatory pricing*. Underprissättning är enligt min mening också ett alltför vagt ord för att beskriva vad det egentligen är fråga om. *Predatory pricing* skulle hellre översättas med *rovprissättning,* eftersom prisaktiviteten i fråga framförallt är avsedd att eliminera konkurrenter. Det olyckliga valet av formulering föranleder därför här en genomgång av den svenska beteckningens lämplighet och förslag till ändring.

Som illustration kan användas det engelska begreppet *excessive pricing*, vilken är en prissättningsaktivitet som egentligen är ett uttryck för exploaterande monopolpriser. På svenska skulle detta motsvara ett oskäligt högt pris, dvs. ett *överpris*. Något motsägelsefullt kan sägas att spegelbilden av överpriser borde vara underpriser, dvs. en dominerande köpare som drar otillbörlig nytta av sin ställning på marknaden och inte betalar ett tillräckligt högt och skäligt pris. Detta har dock inget att göra med att eliminera konkurrenter: det finns endast två parter och den svagare parten drabbas ekonomiskt av dominantens otillbörliga utnyttjade av sin styrka. Över- och underpriser borde därför endast beteckna

---

[2] Se t.ex. Kommissionens beslut 2001/354/EG i *Deutsche Post I*, EGT L 125; 2001, p. 35–36. På tyska benämns även predatory pricing mer specifikt ”Kampfpreisen” Se t.ex. Bundeskartellamts beslut av den 18 februari 2002 i ärendet *Deutsche Lufthansa*. I Dansk rätt talas om ”dræbende priskonkurrence”, ”priskrig” parallellt med predatory pricing. Se Koktvedgaard, M., *Lærebog i konkurrenceret*, 5 uppl. Köpenhamn, 2003, s. 309 f.

exploaterande priser, men rovpriser är en form av utträngande prissättning (eng. *exclusionary pricing*).[3]

För att återvända till sådana priser som har till syfte att slå ut konkurrenter kan detta givetvis även uppstå på en marknad med köpardominans. I sådana fall gäller givetvis det omvända som i fallet med säljardominans: Köparen betalar ett oskäligt högt pris i syfte att slå en annan köpare för att senare kunna dra nytta av sin nyvunna ställning och sänka priset radikalt, under den tidigare marknadsnivån. Sådana priser borde terminologiskt rimligtvis inte betecknas som vare sig under- eller överpriser. Sådana priser är varandras spegelbilder och kan endast beskriva missbruk i en vertikal relation, där den svagare parten missgynnas av att den starkare drar otillbörlig nytta av sin ställning.

Rovpriser är emellertid en prissättning där den omedelbart skadliga effekten uppstår på en horisontell nivå – dvs. i samma säljled – konkurrenter emellan. Köparen alternativt säljaren i ett efterliggande resp. föreliggande säljled påverkas i detta fall endast på sikt.

Ett annat skäl till använda en mer adekvat terminologi är att begreppet underpriser inom andra rättsområden lätt kan sammanblandas med det konkurrensrättsliga begreppet underpris. Inom t.ex. skatterätten har försäljning till underpris en något annan innebörd och definition än den som används inom konkurrensrätten. Det kan visserligen hävdas att underpriser i såväl skatterättslig och konkurrensrättslig mening uppvisar stora likheter, men som skall visas nedan kan underpriser inom konkurrensrätten omfatta ett större spektrum än det som framkommit hittills i praxis.

Till sist, men inte minst viktigt, kan beteckningen underpriser vara missvisande eftersom underpriser ger intryck av att prissättningen alltid måste vara lägre i förhållande till de kostnader som ett företag har. Även

---

[3] I fallet *CICCE* behandlas ett oskäligt lågt pris av en grupp dominerande köpare, se mål 298/83, *Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE) v Kommissionen*. Detta avsåg således spegelbilden av ett överpris, dvs. ett oskäligt högt pris. Underprissättning i detta avseende skall dock inte sammanblandas med det i svensk rättspraxis ofta förekommande begreppet underprissättning, som något olyckligt har kommit att användas för vad som i engelskan kallas för *predatory pricing*.

om underprissättning i de flesta situationer inbegriper prissättning under kostnader kan det finnas fall – om än undantagsmässiga – där priset ligger över kostnader, men likväl har samma effekt som de priser som vanligtvis betecknas som underpriser. Det förekommer främst i ekonomisk litteratur att hänvisningar görs till *predatory pricing* även för sådana prissättningar, där intäkterna överstiger kostnader.

Bernitz har även kallat denna prissättningsmetod för underprisförsäljning och rövarprissättning,[4] vilket tyder på att begreppet som hittills använts i svensk rättspraxis och doktrin inte korrekt beskriver vad agerandet rör sig om.

I anledning av de skäl som redogjorts för ovan kommer jag hädanefter att använda termen *rovpriser* för att på så sätt särskilja vitt skilda företeelser.

5.2 Är rovprissättning ett reellt problem?

Rovprissättning är i grunden ett relativt enkelt fenomen att förklara. Ett större företag, som i bildligt hänseende får representera ett ”rovdjur”, är oftast ett dominerande företag på en marknad. Det dominerande företaget sätter sina priser så lågt under en tillräckligt lång tid att det härigenom lyckas att slå ut en eller flera konkurrenter och avskräcka andra att ta sig in på marknaden.

I det typiska fallet av rovprissättning orsakar de mycket låga priserna kännbara förluster såväl för det dominerande företaget som för dess konkurrenter. Om det förutsätts att företag handlar rationellt är den enda rimliga förklaringen till en rovprissättning att företaget i ett senare skede skall kunna återhämta förlusterna eller uteblivna vinster. För att följa ett ekonomiskt resonemang är priset på en effektiv marknad alltid lika med marginalkostnaden ($p = mc$). Detta kan sägas utgöra – åtminstone teoretiskt – ett normalt marknadspris. I ett fall av rovprissättning

[4] Bernitz, U., *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm 1996, s. 59. Jfr även Wetter m.fl. som anser att ”rovdjusprissättning” är en mer adekvat benämning än underpriser, Wetter m.fl., *Konkurrenslagen: en handbok*, Stockholm 2002, s. 490.

kommer ett dominerande företag aldrig att kunna återhämta förlusterna så länge som företaget endast – när rovprissättningen avslutats – går tillbaka till det normala marknadspriset. I kraft av den förstärkta marknadsposition som följer av att konkurrenter slås ut öppnas möjligheter för det dominerande företaget att ta ut priser som ligger långt över marknadspriset och på så sätt återhämta de förluster som det ådragit sig genom rovpriserna. Om prissättningen skall lyckas förutsätts även att det dominerande företaget har större finansiella resurser, bättre lånemöjligheter eller bättre möjligheter till korssubventionering än den konkurrent, vilken prissättningen riktas mot.

Den skadliga effekten på marknaden uppkommer givetvis när det dominerande företaget skall återhämta de förluster som det har ådragit sig. Slutkonsumenten eller slutkunden drabbas i det läget av det överpris som det dominerande företaget nu kan ut, tack vare sin förstärkta marknadsställning. En annan sida är att om agerandet utgör ett reellt hot mot konkurrensen så kanske det inte bara är värt att analysera fullbordade prissättningar utan även sådant handlande som hotar konkurrenter med rovpriser eller där företagen skapar sig ett rykte om att det lätt tar till rovpriser.

Är rovprissättning överhuvudtaget ett problem som kräver åtgärder av konkurrensvårdande myndigheter? Det kan hävdas att all form av konkurrens i slutänden går ut på att eliminera konkurrenterna genom utbud av bättre produkter, bättre service och – kanske mest viktigt – genom attraktiva priser. Om marknaden skulle regleras i detalj om hur lågt priser skulle få sättas finns det en risk för att priskonkurrensen minskar. Det finns t.o.m. ekonomer som hävdar att rovprissättning inte kan förekomma eftersom det inte finns några som helst rationella anledningar att ge sig in i en sådan kampanj. Andra ekonomer hävdar å andra sidan raka motsatsen och framhärdar att rovprissättning är ett reellt problem som kräver uppmärksamhet och åtgärder från det allmänna. Det får sägas att det idag finns en konsensus bland ekonomer om att rovprissättning verkligen förekommer och att det krävs mekanismer för att motverka fenomenet.

Rättsfall om rovprissättning förekommer relativt sparsamt i europeisk rätt, men det finns ändå ett antal fall som direkt handlar om rovpri-

ser.[5] Kanske kan avsaknaden av en mer omfattande praxis bero på att det i ekonomisk teori tidigare har hävdats att rovprissättning i praktiken inte är ett större problem och att det i själva verket är direkt irrationellt för ett företag att ge sig in i en sådan prissättning. En annan förklaring kan vara att det har varit en förhållandevis stor oenighet bland ekonomer om hur man skall fastställa rovpriser. Detta har givetvis gjort det svårt för praktiserande jurister att utifrån omtvistade teorier härleda en användbar rättsregel eller test.[6] Det har på senare tid visats i den ekonomiska forskningen att inte bara fullgångna prissättningskampanjer utan mer indirekt agerande kan leda till samma resultat som en verklig priskampanj. Rovpriser förekommer bevisligen i affärslivet och är därför ett problem som måste tas på allvar.

5.3 Rovprissättning i rättspraxis

Olika ekonomiska teorier och härledda tester av konkurrensbegränsande beteende har i amerikansk rätt fått ett relativt stort genomslag. I takt med att nya modeller presenterats har emellertid de amerikanska domstolarna börjat använda mer sofistikerade test som mer stämmer överens med utvecklingen av ekonomiska teorier om rovpriser. Inom EG finns emellertid inte samma utveckling. Trots att konkurrensreglerna har funnits sedan 1957 har förvånansvärt få fall nått domstolarna för prövning. Inte heller de lägre instanserna har haft tillfälle att göra mer ingående bedömningar av rovpriser. Detta är anmärkningsvärt, med tanke på att oskäliga priser är ett av huvudexemplen på missbruk av dominerande ställning i artikel 82 EG / 19 § KL.

---

[5] Jfr t.ex. mål 62/86, *AKZO*, mål C-333/94, *Tetra Pak II* och MD 2000:2 *BK Tåg*. Det har under åren även behandlats fall som rör redarkonferenser och det som på engelska benämns ”fighting ships”, se de förenade målen C-395/96P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*.

[6] Jfr Bellamy/Child, a.a. ”Central to the distinction between predatory pricing and normal price competition is the assumption that the former strategy will be profitable for the predator only if it so weakens competition that he can subsequently raise prices or otherwise exploit his market power. That distinguishing feature is, however, difficult to translate into legal tests which are sufficiently certain and objective.” (s. 724).

5.3.1 Äldre svensk praxis

Rovprissättning uppmärksammades redan i förarbetena till 1982 års konkurrenslag. Konkurrensutredningen anförde i sitt betänkande att *predatory pricing* – eller underprisförsäljning som det kallades i betänkandet – är en form av

> ”[…] pris- och rabattpolitik som exempelvis kan tillämpas av stora rikstäckande företag på lokala marknader och som innebär att företaget under en längre period håller ett försäljningspris som underskrider kostnaderna för försålda produkter. Även om konkurrensen till synes stärks genom ett sådant prissättningsförfarande så medför det risk för att mindre, fristående företagare, som ofta kan vara en aktiv konkurrensfaktor på den lokala marknaden, slås ut eftersom de saknar möjlighet att kompensera ett lokalt intäktsbortfall med högre priser på andra marknader”[7]

Äldre svensk rättspraxis är mycket begränsad vad gäller rovprissättning. I avgörandet *C.P.O. Telecom*[8] anförde dock MD att underprissättning enligt GKL skulle anses föreligga om intäkterna täckte inte bara rörliga kostnader, utan även de fasta kostnader som enbart var hänförliga till produkterna i fråga. MD gav sålunda uttryck för att intäkterna måste ge täckning för de särskilda tilläggskostnader som tillhandahållandet av produkten gav upphov till. Intäkterna skulle sålunda täcka vad som närmast kan beskrivas som produktens *incremental cost*, IC.[9] Detta kostnadsbaserade test avviker från nuvarande rättspraxis, men stämmer till viss del överens med den praxis som utvecklats av Kommissionen.

5.3.2 Nuvarande rättspraxis gällande rovpriser

I början av 1980-talet behandlas det första fall där rovprissättning var den centrala rättsfrågan. Kommissionen hade mottagit klagomål från en engelsk kemikalietillverkare där man ansåg att det dominerande företa-

---

7 SOU 1978:9, s. 75.
8 MD 1985:13, *C.P.O. Telecom.*
9 Se mer om incemental cost i kapitel 6.

get AKZO försökte tränga ut den mindre aktören med hjälp av en aggressiv prissättning.

> 1969 bildades det engelska företaget Engineering and Chemical Supplies (Epsom och Gloucester), Ltd, ECS. Företaget hade sedan starten koncentrerat sin verksamhet kring olika kemiska tillsatsmedel för bagerimjöl. Den egna marknadsandelen inom den relevanta marknaden för tillsatsmedel för bagerimjöl var 35 procent och konkurrenterna AKZO UK och Diaflex en marknadsandel på ca 52 respektive 13 procent. I Storbritannien fanns vid tidpunkten tre större kvarnföretag, som tillsammans stod för 85 procent av köparvolymen. Kunderna var nästan lika stora och hade i allmänhet endast en huvudleverantör av tillsatsmedel för sitt mjöl. AKZO var huvudleverantör hos två av köparna och ECS sålde huvudsakligen till en av de tre stora köparna (Allied Mills). Utredningen visade att AKZOs priser i allmänhet var ca 10 procent högre än ECS priser. Benzoyl peroxider kunde användas såväl som blekmedel för bagerimjöl som tillsatsmedel för plastindustrin och 1979 breddade ECS sin verksamhet och började sälja blekmedel till plastindustrin. Den nya marknaden dominerades av det multinationella företaget AKZO Chemie BV, med upp till en tredjedel av världsmarknaden för organiska peroxider och ca 50 procent av den västeuropeiska marknaden. ECS vände sig till en av AKZOs gamla kunder i Europa (BASF) och kunde erbjuda ett pris som låg 20 procent under AKZOs gamla pris. När AKZO blev varse konkurrensen hade AKZO, enligt ECS, hotat att dumpa sina priser på den brittiska marknaden för blekmedel om ECS inte drog sig ur AKZOs ”hemmamarknad”. Efter en rad kontakter började AKZO sedermera att sälja med selektivt låga priser till ECS gamla kunder i Storbritannien med priser som låg 20 procent under ECS gamla priser. Kommissionen kunde senare säkerställa bevis genom ett internt PM från AKZO där det framgick att AKZOs avsikt var att driva ut ECS från plastmarknaden genom att sätta selektiva låga priser på bagerimjölsmarknaden endast till de kunder, vilka ECS tidigare hade varit leverantör hos.

5.3.3 Kommissionens beslut i AKZO

I Kommissionens bedömning av AKZOs agerande betonades att artikel 86 [nu artikel 82 EG] inte föreskriver någon kostnadsbaserad legal regel för att fastställa huruvida ett prissänkande företag missbrukar sin mark-

nadsdominerande ställning och att den breda tillämpningen av missbruksbegreppet gentemot utestängande ageranden skulle tala emot ett sådant snävt test.[10]

AKZO, å andra sidan, hävdade att det avgörande kriteriet i analysen av lagligheten i en prissättning eller agerande i stort måste vara huruvida priserna låg över de genomsnittliga rörliga kostnaderna (eng. *average variable cost*, AVC), vilket i sin tur skulle vara ett närmevärde av marginalkostnaden. Argumentationen bakom AKZOs resonemang var att endast mindre effektiva företag skulle skadas om priser sattes över rörliga kostnader och att högre priser skulle leda till lägre utbud och en felaktig allokering av resurser. AKZO hänvisade således till Areeda-Turner testet som i korthet säger att priser överstigande marginalkostnader presumeras vara lagliga medan priser underskridande marginalkostnaden är *per se* olagliga.[11]

Kommissionen accepterade inte AKZOs resonemang och fann att marginalkostnadstestet var både en statisk och kortsiktig föreställning av effektivitetsbegreppet och att det inte tog hänsyn till de breda målsättningarna med konkurrensreglerna i fördraget i allmänhet och intresset att motverka en försvagning av en effektiv konkurrensstruktur på den gemensamma marknaden i synnerhet.[12] Kommissionen betonade även att AKZOs föreslagna regel misslyckades med att beakta de långsiktiga strategiska överväganden, på vilka ihållande prissänkningar baseras.[13] Vidare underströk Kommissionen att marginalkostnadstestet förbiser det fundamentala diskrimineringsmoment, som skulle uppkomma om det dominerande företaget tilläts återhämta sina totala kostnader från reguljära kunder samtidigt som det frestade konkurrenternas kunder med lägre priser.[14] Till sist markerade Kommissionen att om konkurrensreglerna enbart skulle syfta till att upprätthålla kortsiktig effektivitet så kommer inte bara konkurrenter, som är mindre effektiva,

---

[10] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, EGT L 353/33, 1985, p. 75.
[11] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st.
[12] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 77.
[13] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st.
[14] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st.

att drabbas vid försäljning underskridande genomsnittliga totala kostnader (eng. *average total cost*, ATC), utan slutligen även andra mindre – och kanske mer effektiva – konkurrenter. Endast det dominerande företaget kommer att överleva på grund av sina större ekonomiska resurser och möjligheter till korssubventionering.[15]

Inför Kommissionen hade AKZO även åberopat prof. B. Yamey som ekonomisk expert. Denne föreslog ett test av ett något annorlunda slag än marginalkostnadstestet.[16] Enligt honom kunde en prissänkning inte vara ett missbruk om det var kortsiktigt vinstmaximerande för dominanten, även om det innebar att andra konkurrenter skulle skadas av agerandet. Yamey fäste inget avseende vid om det dominerande företaget hade något syfte att eliminera konkurrenten. Den avgörande faktorn var istället huruvida det dominerande företaget agerade i enlighet med sina kortsiktiga intressen. Kommissionen avfärdade resonemanget på samma grunder som för marginalkostnadstestet och konstaterade sammanfattningsvis att utöver de inneboende svårigheter som ligger i att korrekt bestämma kostnader så kommer inget sådant test att ge tillräcklig vikt åt de strategiska aspekterna av prissänkningsåtgärd.[17]

Kostnadsstrukturen kunde, enligt Kommissionen, inte i sig vara det allenarådande kriteriet för att fastställa missbruk av marknadsdominerande ställning.[18] Det vore därför, enligt Kommissionen, olämpligt att enbart basera analysen på kostnadsstrukturer:

---

[15] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st.

[16] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 78–79.

[17] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st. Jfr även Yamey, B. S., *Predatory Price Cutting: Notes and comments*, The journal of law and economics, 1972, s. 133. Kommissionen citerade även denna artikel av Yamey, där han framhåller att ”[t]he agressor may be able to achieve its objective of eliminating or disciplining the rival and of discouraging potential entrants by means of price cutting falling short of predatory pricing as this is defined currently” Yamey tillägger även att ”[a] smaller cut may in some circumstances be as effective as a larger cut, especially where the rival has reason to suppose that the agressor will go further if necessary. On the other hand, a sharp initial cut may sometimes convey the intended message more emphatically and achieve the intended result more quickly” (a.a. s. 133).

[18] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 77.

> ”A mechanical criterion would not give adequate weight to the strategic aspect of price-cutting behaviour. There can be an anti-competitive object in price-cutting whether or not the aggressor sets its prices above or below its own costs, whatever the manner in which those costs are understood.”[19]

Uttalandet innebar dock inte att Kommissionen ringaktade kostnadsanalysens betydelse. De utestängande effekterna av en priskampanj från ett dominerande företag ansågs nämligen kunna vara så uppenbara att något eliminerande syfte med prissättningen inte behövde påvisas. Det blir emellertid mycket svårare att endast stödja sig på en kostnadsanalys när prissättningen visserligen är låg, men inte så låg att den i sig uppenbart utgör ett verktyg för att eliminera konkurrens. Enligt Kommissionen skulle i sådana fall kunna krävas att ett syfte att eliminera konkurrens kan påvisas:

> ”There may be circumstances where the exclusionary consequences of a price cutting campaign by a dominant producer are so self-evident that no evidence of intention to eliminate a competitor is necessary. On the other hand, where low pricing could be susceptible of several explanations, evidence of an intention to eliminate a competitor or restrict competition might also be required to prove an infringement.”[20]

Enligt Kommissionen låg det i ett dominerande företags intresse att uppnå sina målsättningar till lägsta möjliga kostnad, varför AKZO i förevarande fall koncentrerade prissänkningarna till marknaden för mjöltillsatsmedel, som var extremt viktig för ECS, men mindre viktig för AKZO.[21]

Ett viktigt moment i analysen av ett dominerande företags agerande blev, enligt Kommissionen, konkurrentens bedömning av det dominerande företagets beslutsamhet att motverka konkurrentens utsikter för t.ex. tillväxt eller att uppnå vinstmarginaler som ligger inom räckhåll.

---

[19] Mål 62/86, *AKZO*, p. 64. Se även Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 77, 79.
[20] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 80.
[21] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO,* p. 79.

Huruvida det dominerande företaget sätter priser över eller under sina kostnader har därför mindre betydelse.[22]

Kommissionen exemplifierade inte vad som är ett direkt uppenbart fall för rovprissättning. Det förs en diskussion om hur det s.k. Areeda-Turner testet[23] skall förstås, men Kommissionen ville egentligen inte alls ha med ett renodlat kostnadsbaserat test i analysen och framhöll att det var enormt svårt att med exakthet bestämma hur kostnader skall allokeras och periodiseras.[24] Kommissionen nöjde sig därför med att konstatera att det kan finnas fall där det är direkt uppenbart att rovpriser föreligger. I de mer tveksamma fall där det av prissättningen i sig inte är helt uppenbart att det rör sig om rovpriser var det, enligt Kommissionen, viktigt att påvisa en strategi att eliminera nya eller gamla konkurrenter. Relationen mellan försäljningspriset och kostnaderna är viktiga komponenter i analysen, men Kommissionen ansåg att alla relevanta faktorer som kan förklara eller påvisa ett rovbeteende skall beaktas:

> ”Such evidence may exist in the form of internal documentation of the dominant company pointing to a scheme to damage competitors. In the absence however of direct documentary evidence an exclusionary intention might be inferred from all the circumstances of the case.”[25]

Kommissionen talade i stort om ”*exclusionary commercial practices*”[26] och att ett agerande syftande till utträngning av en konkurrent kan visa sig på många olika sätt genom t.ex. exklusivåtaganden eller lojalitetsrabatter. Kostnadsanalysen måste därför, enligt Kommissionen, kompletteras med en helhetsbedömning som tar hänsyn till omständigheterna som gör prissättningen till missbruk.[27] I förevarande fall kunde Kommissionen konstatera att AKZO hade

---

[22] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st.

[23] Se nedan avsnitt 5.5.2 nedan.

[24] Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 75-79.

[25] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 80.

[26] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st.

[27] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 82. Kommissionen framhåller att ”[t]he behaviour of AKZO has to be considered as a whole, but in particular aspects in which the circumstance of the present case its pricing conduct is abuse under Article 86 [nu artikel 82 EG]”

- framfört direkta hot till ECS under 1979,
- systematiskt offererat orimligt låga priser till ECS kunder från 1980 och framåt och härigenom tvingat ECS att sänka priserna till olönsamma nivåer för att behålla kunderna,
- erbjudit prissänkningarna selektivt enbart till ECS kunder samtidigt som AKZOs egna ordinarie kunder fick betala upp till 60 % högre priser
- offererat vissa kemikalier, dessutom sådana som AKZO normalt inte erbjöd, till lockpriser –"*bait-prices*" – till ECS kunder,
- i syfte att skada ECS kunnat hålla olönsamt låga prisnivåer över en längre period tack vare sina överlägsna finansiella resurser,
- följt en utträngande kommersiell strategi avseende vissa kunder, där AKZO erhållit information från kunderna om konkurrenternas offerter och därefter erbjudit priser precis under konkurrenterna och – i åtminstone ett fall – kopplat priserna till ett exklusivåtagande som höll andra konkurrenter borta och slutligen
- genomfört denna taktik med den långsiktiga målsättningen att skada ECS och/eller säkerställa att ECS drog sig tillbaka från AKZOs viktiga hemmamarknader inom organiska peroxider.[28]

Den gemensamma nämnaren i ovanstående agerande var, i Kommissionens mening, dess allvarliga direkta och potentiella effekt på konkurrensstrukturen genom dess tendens att tränga ut ECS som konkurrent.[29] AKZOs sammantagna agerande innehöll inslag av diskriminerande prissättning, dock inte med effekten att köparna drabbades i första hand, utan snarare genom prissättningens negativa inverkan på konkurrensstrukturen. Det systematiska införskaffandet av information om konkurrenternas offerter gjorde det i realiteten omöjligt för mindre konkurrenter att lämna några offerter alls och helhetsbedömningen gav vid handen att mindre aktörer hindrades att konkurrera full ut. Skulle agerandet ha fortsatt skulle ECS ha tvingats dra sig tillbaka inte bara från

[28] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 82.
[29] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 83.

AKZOs hemmamarknad utan även från ECS ursprungliga marknad helt och hållet.[30]

5.3.4 Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokaten Lenz anförde att om uttalanden i konkurrensrättsliga sammanhang skall göras huruvida priser på en oligopolistisk marknad är för höga, för låga, konstgjort låga, orimligt låga eller om de är lockpriser (s.k. ”*bait-prices*”), så måste kostnadsstrukturen hos alla företag på den oligopolistiska marknaden undersökas. Genom en sådan undersökning skulle det gå att uttala sig om huruvida prisnivån på objektiva grunder är ekonomiskt försvarbar.[31]

Lenz framhöll även att förutom kostnadsstrukturen är det viktigt att analysera kapacitetsutnyttjandet hos de inblandade företagen.[32] Med detta uttalande synes Lenz mena att hänsyn skall tas till om efterfrågan minskar eller ökar på en produkt och om produktionskapaciteten påverkas härav. En minskad efterfrågan torde ge större utrymme för lägre prisnivåer i och med att marknaden är mättad och värderar ytterligare tillskott av produkt mindre än tidigare.

I det aktuella fallet konstaterade Lenz att det inte fanns några tillförlitliga uppgifter angående kostnadsstrukturerna och kapacitetsutnyttjandet hos marknadsaktörerna och att det därför var omöjligt att fastställa om prissättningen var ekonomiskt försvarbar eller rimlig.[33] Generaladvokaten hävdade att som en följd av detta skulle en undersökning av prissättningen vara av begränsat värde. Lenz framhävde som en ytterligare begränsning att det ofta var omöjligt att utifrån dokumenten i fallet fastställa om prissättningen endast avsåg offerter eller verkligt debiterade priser eller ens om priserna verkligen betalats. Det skulle vidare vara av värde att kunna fastställa affärsvolymen och undersöka andra detaljer såsom betalningsvillkor, rabatter och andra villkor.

---

30 Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, a. st.
31 Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål 62/86, *AKZO*, p. 34.
32 Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål 62/86, *AKZO*, p. 35.
33 Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål 62/86, *AKZO*, p. 148–149.

Slutsatsen av Generaladvokatens resonemang är att kostnadsstrukturen hos samtliga företag skall studeras och jämföras. Resultatet av jämförelsen skulle ge vid handen om priset i fråga var olagligt eller inte. Generaladvokatens förslag vann emellertid endast föga gehör hos EG-domstolen.

5.3.5 EG-Domstolens avgörande

AKZO ville att EG-domstolen inte skulle lägga vikt vid Kommissionens förslag till helhetsbedömning. AKZO ifrågasatte härmed en bred analys av missbruksfrågan och hävdade att prissättningarnas tillåtlighet måste bedömas utifrån kostnadsstrukturer. Enligt AKZO skulle en prissättning inte kunna förbjudas på den grunden att det skulle äventyra företagets långsiktiga överlevnad. Det vore, enligt AKZO, endast möjligt att efter en längre tidsperiod återhämta de förluster som företaget drar på sig vid en orimligt låg prissättning och att företaget under tiden måste acceptera förluster eller ”optimala order” för att garantera en långsiktig överlevnad.[34]

Konkurrensreglerna skall garantera att konkurrensen upprätthålls på marknaden. EG-domstolen erinrade om missbruksbegreppets objektiva natur, såsom det framkommit i *Hoffmann-La Roche*[35] och att det är förbjudet för ett dominerande företag att eliminera konkurrenter och därigenom stärka sin position på marknaden genom andra konkurrensmetoder än sådana som baserar sig på kvalitet. Alla former av priskonkurrens kan därmed inte anses vara lagliga.[36]

---

[34] Mål 62/86, *AKZO*, p. 68.

[35] Jfr mål 85/76, *Hoffman La-Roche*, där EG-domstolen klargjorde att ”the concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and through recourse to methods which, different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.” (p. 91).

[36] Mål 62/86, *AKZO*, p. 70.

EG-Domstolen framhöll att:

> ”It follows that Article 86 prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the basis of quality. From that point of view, however, not all competition by means of price can be regarded as legitimate.”[37]

Kommissionen hade inte preciserat vad som skulle anses vara en prissättning som var så uppenbart konkurrensbegränsande att någon vidare bevisning inte behövdes. EG-domstolen utvecklade Kommissionens resonemang och gjorde en bedömning av AKZOs agerande som direkt tog sin utgångspunkt i en analys av det dominerande företagets kostnader.

5.3.5.1 Priser underskridande AVC

I likhet med Kommissionen fann EG-domstolen att vissa prissättningar är så låga att det uppenbart inte kan vara fråga om något annat än missbruk av marknadsdominerande ställning. Dessa priser synes således vara *i sig* förbjudna. EG-domstolen ansåg att den relevanta undre gränsen för priser var AVC:

> ”Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive.”[38]

Till skillnad från generaladvokatens åsikt var det alltså endast det dominerande företagets kostnader som skulle undersökas. Ett företags totala kostnader består förenklat av rörliga och fasta kostnader. Storleken på de fasta kostnaderna påverkas i allmänhet inte av produktionsvolymen, medan storleken på rörliga kostnader varierar med produktionsvolymen.

---

[37] Mål 62/86, *AKZO*, a. st.
[38] Mål 62/86, *AKZO*, p. 71.

Om ett företag sätter priser som inte ger full täckning för rörliga kostnader kommer det negativa täckningsbidraget inte heller att kunna täcka någon del av de fasta kostnaderna. Enligt EG-domstolen kunde det för dominerande företag aldrig finnas något intresse att införa sådana priser, annat än för att eliminera konkurrenter. När prissättningen har uppnått avsedd verkan finns sedan en risk att ett dominerande företag kan dra nytta av sin förstärkta marknadsposition och höja priserna till en högre nivå än den som rådde när konkurrensen fanns kvar. Därmed räcker det att rent objektivt påvisa att prissättningen inte ger täckning för rörliga kostnader. I detta extrema fall av låga priser behöver därför inte påvisas något uppsåt eller effekter av prissättningen. I konkurrensrättslig mening synes priser underskridande AVC vara *i sig* förbjuda.[39] EG-domstolen säger dock i direkt anslutning härtill att priser underskridande genomsnittliga kostnader ”[…] *by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor*” skall anses vara ett missbruk. EG-domstolen synes förutsätta att en elimineringssituation skall vara för handen och det är oklart huruvida *alla* former av prissättningar underskridande rörliga kostnader *alltid* skall betraktas som ett missbruk av ett marknadsdominerande företag. Om situationen föreligger att det finns konkurrenter som skadas eller kan komma att skadas hotar prissättningen att allvarligt störa marknadsstrukturen. I domskälen framhöll EG-domstolen att i ett sådant fall prissättningen syftar endast till att skada konkurrenterna:

> ”A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sale generates a loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least, part of the variable costs relating to the unit produced.”[40]

---

[39] Se mål 62/86, *AKZO*, a. st.
[40] Mål 62/86, *AKZO*, a. st.

Principen om förlustbringande prissättningar underskridande rörliga kostnader har bekräftats i senare praxis, framförallt i målet *Tetra Pak II*.[41]

> Tetra Pak hade sedan länge en mycket stark ställning på marknaden för aseptiska förpackningar (ca 90 % marknadsandel), som används huvudsakligen för mjölk och till mindre del för andra ändamål (vatten, vin m.m.). Tekniken för att fylla förpackningarna är relativt komplicerad. Tetra Paks mest kända produkt var ”Tetra Brik”. Tack vare den starka ställningen på den aspektiska marknaden kunde Tetra Pak subventionera avsevärt förlustbringande prissättningar på marknaden för icke-aseptiska förpackningsprodukter. Inom denna marknad var konkurrensen mer oligopolistisk och Tetra Paks marknadsandel var ca 50 – 55 % inom unionen för produkten ”Tetra Rex”, medan huvudkonkurrenten, det norska företaget Elopak, tillverkade förpackningen ”Pure-Pak”. Elopak hade ca 27 % av marknaden för icke-aspektiska fyllningsmaskiner och vätskekartong. 1983 anmälde Elopak till Kommissionen att Tetra Pak framförallt på den italienska marknaden för icke-aseptiska maskiner hade använt sig av rovpriser. Kommissionen fann sedermera att Tetra Pak hade prissatt produkter underskridande AVC på den italienska marknaden och att den förlustbringande försäljningen var ett resultat av en medveten strategi som avsåg att eliminera konkurrens.[42]

Förstainstansrätten anförde i *Tetra Pak II* att negativa bruttomarginaler eller semibruttomarginaler – dvs. prissättning underskridande rörliga kostnader – ”*[...] suggest that a pricing practice is eliminatory*”.[43] Härmed skulle kunna förstås att missbruk förutsätter att en elimineringssituation föreligger, men praxis visar att en sådan förutsättning inte kan läsas in i missbruksbedömningen. EG-domstolen uttalade nämligen i samma mål att priser som underskrider AVC genom vilka ett dominerande företag försöker eliminera en konkurrent, *alltid* måste betraktas som ett missbruk. Under sådana omständigheter finns det, enligt EG-domstolen, nämligen inget tänkbart ekonomiskt syfte annat än att elimi-

---

[41] C-333/94, *Tetra Pak II*.

[42] Se C-333/94, *Tetra Pak II* och Kommissionens beslut i samma mål, 92/163/EEC, *Tetra Pak II*, EGT L 72/1, 1991, speciellt punkterna 147–149.

[43] T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 148.

nera en konkurrent, eftersom varje enhet som produceras och säljs medför en förlust för företaget.[44] Därför behöver ingen plan att eliminera konkurrenter påvisas.[45] Kommissionen framhöll även i sitt beslut i *Tetra Pak II* att

> ”[…] there can be hardly any disputing the predatory nature of prices deliberately fixed (with the aim of eliminating competition) below the marginal cost or, a fortiori, the marginal variable cost. […] prices below average variable costs [are] to be treated as an abuse if they [are] a means whereby a dominant undertaking [is attempting] to eliminate a competitor.”[46]

I vissa fall kunde det, enligt Kommissionen, finnas skäl för att tillämpa en prissättning med otillräcklig lönsamhet för att täcka alla kostnader. På kort sikt kan en sådan prissättning faktiskt vara ekonomiskt försvarbar, men bara under förutsättning att intäkterna täcker rörliga kostnader och att aktiviteten i fråga åtminstone därmed ger bidrag till täckning av de fasta kostnaderna. I vart fall måste varje entreprenör normalt upphöra med aktiviteter, vilkas vinster permanent inte täcker rörliga kostnader och framförallt direkta rörliga kostnader som för råmaterial m.m.[47] I *Tetra Pak II* konstaterades att priser hade satts under en längre period under rörliga kostnader och enligt Kommissionen var detta i direkt motsats ”*[…] to any economic rationality other than as part of an eviction strategy*”.[48] I *Tetra Pak II* hade missbruket pågått under flera år, men det går inte att utläsa från fallet om bedömningen hade blivit annorlunda om missbruket endast hade varat under en begränsad period. Uttrycket ”*any economic rationality*” i citatet ovan tyder dock på att priser underskridande rörliga kostnader måste betraktas som olagliga.

I doktrinen har framförts synpunkter om att det skulle vara osannolikt att EG-domstolen härmed skulle ha velat förbjuda all sådan form av

---

44 Se C-333/94P, *Tetra Pak II*, p. 41.

45 Se C-333/94P, *Tetra Pak II*, p. 42.

46 Kommissionens beslut i *Tetra Pak II*, 92/163/EEC, p. 149, fotnot 98. Kommissionen framhåller även i samma stycke att marginalkostnaden likställs med direkt rörliga kostnader.

47 *Tetra Pak II*, 92/163/EEC, a. st.

48 *Tetra Pak II*, 92/163/EEC, a. st.

prissättning av ett dominerande företag som underskrider rörliga kostnader. Legitima prissänkningar under rörliga kostnader skulle kunna förekomma när en bransch dras med överkapacitetsproblem, när en verksamhet skall läggas ned eller när en ny produkt skall lanseras.[49]

Whish gör även tolkningen av *AKZO* att priser som sätts under AVC skall *presumeras* vara olagliga.[50] Det framhålls visserligen av Whish att EG-domstolen i domskälen inte sade något om att en presumtion aldrig skulle motbevisas, men att det i princip vore fel att ha en regel som säger att försäljningar underskridande AVC alltid skall vara olagliga. Även Bellamy & Child synes göra tolkningen att en presumtion om olaglighet föreligger för priser under AVC.[51]

I Sverige har MD framhållit, att det vid prissättning underskridande rörliga kostnader ”[…] följer en presumtion för att det dominerande företaget har till syfte att eliminera eller allvarligt skada en eller flera av sina konkurrenter”.[52] I *BK Tåg* konstaterade MD att SJ hade prissatt under de rörliga kostnaderna och att det inte hade framkommit, något som tydde på att den tillämpade prissättningen skulle ha varit ägnad att tillgodose något legitimt affärsmässigt intresse eller syftat till annat än att eliminera eller allvarligt skada konkurrenterna.[53] MD:s uttalande är intressant såtillvida som det *e contrario* lämnar öppet för argument som kan rättfärdiga prissättning under rörliga kostnader. MD synes mena att priser under rörliga kostnader enbart skall presumeras vara olagliga. Följaktligen borde det finnas möjligheter att motbevisa presumtionen, vilket ser ut att vara en extensiv tolkning av EG-domstolens praxis, som inte uttryckligen säger att missbruk presumeras, utan snarare att priser

---

[49] Se Andrews, P., *Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggest a new Approach*, ECLR, 1998, vol. 1, s. 50. Se även Whish, R. *Competition Law*, 4 uppl, London 2001, s. 649, där Whish tar upp likande exempel.

[50] Whish, a. st.

[51] Se Bellamy/Child, a.a. s. 725-726, där författarna visserligen säger att domstolen hade formulerat ”[…] a strict *per se* test […]”, men att även att ”[…] if prices are not only below average total cost but also below average *variable* cost, then the Court says that it must be *presumed* [förf. markering] that the purpose is predatory”.

[52] Se MD 2000:2, BK Tåg.

[53] Se MD 2000:2, BK Tåg.

underskridande rörliga kostnader i sig är ett medel att eliminera konkurrens. EG-domstolen framhöll i AKZO att

> ”[s]ince the criterion of legitimacy to be adopted is a criterion based on the costs and the strategy of the dominant undertaking itself, AKZO’s allegation concerning the inadequacy of the Commission’s investigation with regard to the cost structure and the pricing policy of its competitors must be rejected at the outset.”[54]

EG-domstolens uttalade att det avgörande kriteriet i bedömningen av en prissättnings laglighet skall vara baserat på företagets kostnader och strategi. En restriktiv tolkning av EG-domstolens resonemang är att kostnadsnivån i sig är det avgörande kriteriet vid prissättning under AVC.[55] Företagets strategi skulle därmed endast bli aktuell att bedöma när priserna ligger i intervallet mellan AVC och ATC.[56] En restriktiv tolkning ger därför vid handen att det förefaller vara svårt att dra slutsatsen att priser under rörliga kostnader endast skall presumeras vara olagliga. Det kan vara rimligt att anta att om EG-domstolen velat ha enbart en presumtionsregel, så hade även detta kommit till direkt uttryck i praxis. När en sådan uttrycklig regel saknas, synes därför en diskrepans föreligga mellan svensk praxis och EG-domstolens praxis.

Mot bakgrund av senare rättspraxis synes emellertid en extensiv tolkning vara tillämplig och att det alltså rör sig om en presumtionsregel snarare än ett *per se* förbud. Generaladvokaten Fennelly uttalade i *Compagnie Maritime Belge* att

> ”[…] [S]ales below average variable (or short-run marginal; *AKZO*, paragraph 70) costs are in effect *presumed* [förf. kurs.] to be abusive. While it is usually rational to sell above average variable costs, because that permits some return on capital, where the market will not bear a higher price, it is not usually rational to sell below average variable costs. Marginal costs need not be incurred and business has no interest in incurring them so as to make a loss. A dominant firm would be permitted, however, to rebut this

[54] Mål 62/86, *AKZO*, p. 74.
[55] Jfr mål 62/86, *AKZO*, p. 71.
[56] Jfr mål 62/86, *AKZO*, p. 72.

presumption by showing that such pricing was not part of a plan to eliminate its competitor."[57]

MD är således inte ensam om att förutsätta en presumtionsregel. Brittiska Office of Fair Trading, OFT, anser likaledes att priser underskridande AVC "*[…] may indicate that predation was occurring*".[58] OFT gör dock tillägget ett missbruk kan föreligga "*[…] in the absence of convincing evidence that the undertaking's behaviour could be objectively justified*".[59] Härmed har OFT klart uttalat att det rör sig om en presumtionsregel som är möjlig att motbevisa. Än tydligare blir detta genom att riktlinjer klargör att myndigheten kommer att beakta varje form av bevisning som kan rättfärdiga priser underskridande AVC, vilka även exemplifieras i riktlinjerna.[60] Sålunda kan, enligt OFT, acceptabel prissättning underskridande AVC förekomma. Som exempel nämns

- en butik som sänker priserna på en produkt för att öka försäljningen av kompletterande produkter utövar inte ett missbruk såvida det inte finns ett klart syfte att eliminera en konkurrent,
- kortsiktiga försäljningskampanjer,[61] vilka ofta innefattar försäljning under AVC under en begränsad period. Agerandet är vanligt på många marknader. Om ett dominerande företag skulle tillämpa enstaka kampanjer, så är det inte troligt att detta utgör ett missbruk, såvida det inte är fråga om ett systematiskt agerande eller ett större antal mindre kampanjer som sammantagna leder till ett missbruk. Vad som skall anses vara kortsiktigt måste, enligt OFT, bedömas från fall till fall,

---

[57] Generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 127.

[58] OFT Guidelines 414, Assessment of individual agreements and conduct, 1999, p. 4.7.

[59] OFT 414, a. st.

[60] Angående detta och exemplen från OFT, se OFT 414, p. 4.8.

[61] Jfr även Baumol som hävdar att "a firm's failure to maximize its profits during some relatively brief period is normal and beneficial business practice and is not legitimate evidence of predation" Se Baumol, W. J., *Predation and the logic of the average variable cost test*, The Journal of Law & Economics, 1996, s. 50.

- respons på ineffektivt inträde på marknaden. Vissa marknader kan vara beskaffade så att endast ett eller två företag kan existera samtidigt på grund av avsevärda skalekonomier. Om en aktör gör den felaktiga bedömningen att det finns plats för ytterligare en aktör på marknaden, så kan detta framtvinga att samtliga aktörer måste sälja under AVC. Det dominerande företaget ställs därmed inför valet att stanna kvar och göra förluster på marknaden eller lämna den till förmån för en – kanske mindre effektiv – aktör. Skulle dominanten välja att stanna kvar på marknaden och matcha priserna hos en konkurrent, så kommer prissättningen hos dominanten inte nödvändigtvis att betraktas som ett missbruk,
- att företag även kan göra rena misstag genom att bedömningar av kostnader kan vara komplicerade att genomföra och svåra att förutse. Vidare kan missbedömningar göras av prisutveckling på insatsmaterial eller marknadens efterfrågan. Det går emellertid inte bara att göra en allmän antydan om missbedömning. Företaget måste vara berett att styrka att ett misstag verkligen hade gjorts och att företaget satt in åtgärder för att avhjälpa misstaget,
- att vissa branscher kännetecknas av s.k. externalitetseffekter (eng. *externalities*), vilket innebär att försäljning av en viss vara eller tjänst gynnar andra konsumenter. Telekomindustrin är ett bra exempel, där det kan vara lönsamt för företaget att sälja vissa delar av tjänster till konsumenter under dess AVC. Härmed skapas incitament för expansion av hela nätverket, vilket gynnar befintliga och tillkommande konsumenter som får tillgång till ett större nät med fler abonnenter. Förlusterna som uppkommer genom att t.ex. ha låga anslutningsavgifter kompenseras av samtalsintäkterna. Försäljningen under AVC gynnar därmed konsumenterna och utgör inget missbruk.

5.3.5.1.1 Rättfärdigande genom *loss leading*

OFT framhåller även att rättfärdigande för priser underskridande AVC kan bestå i en policy som går ut på vad som på engelska benämns *loss leading*. Walsh och Whelan exemplifierar *loss leading* med prissättning inom dagligvaruhandeln, där produkterna köps i paket eller som en korg

av varor. På stormarknader kan korspriselasticiteten mellan varorna vara negativ bland oräkneliga kombinationer av livsmedel och andra varor. Stormarknaden har oftast inte möjlighet att ut olika priser av skilda kunder och därför är det mer rationellt att attrahera kunder genom att sätta låga priser på stapelvaror eller sådana varor som köps ofta. Mycket låga priser – s.k. *traffic builders* – kan locka kunder till affären och affären gör vinst på den totala transaktion som består av en korg av olika varor, även om den i paketet ingående lockvaran ger en förlust. Affären får ett incitament till att prissätta mycket lågt – till och med under kostnader – för sådana produkter som kan användas som lockbete för konsumenterna, s.k. *Known-Value-Items* (KVI). *Loss Leading* förekommer inte bara inom dagligvaruhandeln utan kan även observeras i bilbranschen där standardmodellen prissätts lågt och extrautrustning kan vara dyr. Restauranger kan sätta ett lågt pris på en viss maträtt medan andra rätter på menyn kostar betydligt mer. Om säljaren är en dominerande aktör uppkommer emellertid frågan om inte den förlustbringande prissättningen i själva verket är en ren rovprissättning eller prisdiskriminering som minskar den långsiktiga välfärden.[62]

Kortfattat säger Walsh och Whelan att svaret på den centrala frågan om *loss leading* är eftersträvansvärt beror av om strategin verkligen stör priskonkurrensen, påverkar marknadsstrukturen och minskar välfärden på lång sikt. Författarna förespråkar försiktighet med användning av *per se* förbud för förlustbringande prissättningar, eftersom det kan motverka strategiska motåtgärder från konkurrenter.[63]

Loss Leading kan liknas med s.k. lockvaruförsäljning som enligt äldre praxis i vissa fall ansetts vara godtagbar.[64] Försvaret *loss leading* bör, enligt min mening, enligt gällande konkurrenslagstiftning tillåtas med försiktighet och det synes vara viktigt att bedöma om prissätt-

---

[62] Walsh, P. P., Whelan, C., *Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World*, International Review of Law and Economics 19, 1999, s. 333–334.

[63] Walsh/Whelan, a.a. s. 337, 346.

[64] Se PKF 1997:7, s. 58 ff och Martenius, Å., *Konkurrenslagstiftningen*, Lund, 1985, s. 184–185. Jfr även Koktvedgaard, M. a.a. s. 305–306.

ningen hotar eller får till effekt att konkurrenter till det dominerande företaget stängs ute från marknaden eller elimineras. Samtidigt bör denna risk vägas mot om *loss leading* är en vedertagen metod att sätta priser i den aktuella branschen. Om den inte skulle tillåtas kan det finnas en risk för att lagstiftningen motverkar det enda realistiska konkurrensmedlet i branschen, något som torde behöva bedömas från fall till fall.

5.3.5.1.2 Nettointäktstestet i brittisk rätt

Som ett ytterligare exempel på lagliga priser underskridande AVC framhåller OFT det s.k. nettointäktstestet. OFT säger att om företaget gör en ”*incremental profit*”, så är det inte troligt att företaget missbrukar sin dominerande ställning. Om ett dominerande företag sänker sina priser, så kommer efterfrågan att öka för produkterna antingen på grund av att kunder lockas över från konkurrenterna eller genom att marknadsvolymen som helhet stiger tack vare de lägre priserna. Skulle prissänkningen resultera i en ökning i intäkter som är stor nog att täcka de tillkommande kostnader som uppstår genom att tillfredställa den ökande efterfrågan så är prissänkningen lönsam på marginalen. Även om en konkurrent skulle skadas av prissänkningen så är det inte fråga om ett missbruk. En butik som sänker sina kostnader under AVC kan fortfarande göra en vinst om prissänkningen leder till en tillräckligt stor ökning av försäljningen av kompletterande varor. Nettointäkterna blir således högre än den tillkommande kostnaden. Omvänt säger även nettointäktstestet att om åtgärden medför att de kortsiktiga förlusterna skulle bli högre än om företaget hade avstått från åtgärden, talar mycket för att det är fråga om ett olagligt agerande.[65]

[65] OFT 414, p. 4.8 och 4.15–4.16. OFT framhåller dock i riktlinjerna (p. 4.17) att det i praktiken kan vara svårt att avgöra huruvida en åtgärd medför högre eller lägre vinster. Svårigheterna ligger främst däri vad som skall jämföras. Om det t.ex. är en enkel prissänkning kan en lönsamhetsjämförelse göras före och efter åtgärden. Om åtgärden å andra sidan görs samtidigt som en ny aktör etablerar sig på marknaden, blir en sådan jämförelse mindre lämplig, eftersom inträdet av en ny aktör alltid sänker lönsamheten. Skulle åtgärden genomföras under period av starkt fluktuerande kostnader eller efterfrågan, så skulle även lönsamheten ha varierat oaktat prissänkningen.

Ökad försäljning av andra produkter kan alltså kompensera förlustbringande mycket låga priser. Nettointäktstestet kom att prövas i det brittiska fallet *Napp*.[66]

> Läkemedelsföretaget Napp lanserade 1980 ett morfinpreparat som kallades MST Continus (MST). Läkemedlet var det enda i sitt slag som kunde intas oralt och gav kontinuerlig smärtlindring för patienter med måttlig och svår värk under 12 timmar. Napp lyckades hålla en marknadsandel på ca 95 procent även efter det att patentet för MST gick ut 1992. Ca. 86 – 90 procent av försäljningen gjordes till patienter med recept från sina läkare (*the community sector*). Napp hade i denna sektor en marknadsandel på ca 96 %. Resterande försäljning gick direkt till sjukhusen (*the hospital segment*), där Napp hade en marknadsandel på mer än 90 %. Försäljning till sjukhusen var en strategisk inträdesbiljett till den avsevärt större patientmarknaden eftersom sjukhusen satte en standard för användning av läkemedel och läkarna tenderade att fortsätta skriva ut recept för just de mediciner som sjukhusen själva använde. Listpriset på MST till patienterna hade fastställts inom ramen för den frivilliga prisregleringen *the Pharmaceutical Price Regulation Scheme* (PPRS), vilket var resultatet av förhandlingar mellan Secretary of State for Health och Association of the British Pharmaceutical Industry. Napp gav drygt 90-procentiga rabatter till sjukhusen i förhållande till listpriset till patienterna för fyra olika styrkor på MST tabletterna. Den brittiska konkurrensmyndigheten ansåg att agerandet utgjorde rovprissättning och selektiv rabattgivning.

Napp hävdade att de inte hade missbrukat sin dominerande ställning bl.a. mot bakgrund av att försäljningen under kostnader var lönsam, eller ”*incrementally profitable*”. Napp hänvisade till nettointäktstestet. Napp utvecklade detta med att för varje såld enhet till sjukhusen, så kunde en läkemedelsleverantör räkna med att även sälja 1,35 ytterligare enheter till patientmarknaden (*the community sector*), dvs. ett slags mekanisk och kompensatorisk merförsäljning om 135 % till ordinarie

[66] Napp Pharmaceutical Holdings Limited and subsidiaries v the Director of Fair Trading, Case No. 1001/1/01 (*Napp*). Napp ansökte sedermera om prövningstillstånd till överklagande hos både Competition Commission Appeal Tribunals och Court of Appeal, men nekades prövningstillstånd i båda fall.

listpris. Tack vare dessa ”*follow-on*”-enheter kunde Napp – även vid de högsta rabatterna – få täckning inte bara för sina genomsnittliga rörliga kostnader, utan även för sina genomsnittliga totala kostnader. Om en merförsäljning skulle minska till 25 % skulle Napp enligt egen uppgift likafullt få täckning för sina kostnader. Napp framhöll denna externalitetseffekt som den främsta skillnaden gentemot *AKZO*. En jämförelse kunde även, enligt Napp, göras med försäljning av rakhyvlar. Den olönsamma försäljningen av själva skaftet uppvägs av den lönsamma försäljningen av rakblad.[67]

Napps argument analyserades grundligt av Competition Commission Appeal Tribunals (CCAT), som inte accepterade Napps argumentation av flera skäl.

Efterhandskalkyler accepteras ej. För det första ansåg CCAT att argumentet om den kompensatoriska försäljningen endast var en efterhandskonstruktion som var framtagen av Napps ekonomikonsulter. Det fanns inga bevis för att Napp i verkligheten hade tagit hänsyn till nettointäktstestet i sin prissättning. CCAT framhöll vidare som faktum att Napp varken tidigare i ärendet eller i överklagandet hade åberopat nettointäktstestet. CCAT formulerade i anslutning till detta vad som kan ses som ett grundkrav på att ett dominerande företag måste kunna styrka att det verkligen har baserat sin prissättning på just den objektivt rättfärdigande faktor som åberopas som försvar för en förlustbringande prissättning.

> ”When a dominant undertaking selling below cost contends that its policy is not motivated by an intention to eliminate competition but is based on some other, legitimate, commercial rationale, the best way for that undertaking to defend itself is by producing contemporary internal documents showing such a rationale did in fact form the basis of the company’s policy at the material time. […] If its pricing policy had in fact been seen by Napp in the way that its economic consultants suggest, we would have expected the company’s internal documents to demonstrate that.”[68]

[67] *Napp*, p. 174–180.
[68] *Napp*, p. 251–252.

Det dominerande företaget måste således, enligt CCAT, kunna visa interna dokument som är *samtida* med prissättningsbeslutet för att företaget skall kunna vederlägga presumtionen om olaglighet vid prissättning under AVC.

CCAT synes härigenom ställa ett formkrav på att dominerande företag måste kunna styrka att prissättningen verkligen baserats på de externalitetseffekter som företaget planerat att uppnå. Om prissättningen inte baserats på sådana överväganden utan att det visar sig i efterhand att effekterna likväl uppkommer, synes det dominerande följaktligen inte kunna åberopa dessa effekter. Mer generellt kan CCAT:s ställningstagande ses som ett underkännande av efterkalkyler som försvar mot påstått missbruk. Jfr även 10.3.7.9 nedan.

CCAT har emellertid inte tagit ställning till hur agerandet skall bedömas om prissättningen bevisligen har baserats på nettointäktstestet och det senare visar sig att de kompensatoriska intäkterna uteblir. Fördröjningar kan även uppkomma mellan tidpunkten för prissättningen och intill dess effekter infinner sig. Vilken tidsrymd som skall anses vara acceptabel behandlas inte heller av CCAT.

Konceptuellt felaktiga antaganden. CCAT ansåg vidare att Napps tolkning av nettointäktstestet inte kunde användas som en måttstock för vad som var legitimt och missbrukande agerande från det dominerande företaget. Att sätta priser som eliminerar konkurrenter från marknaden kan, enligt CCAT, maximera det dominerande företagets vinster genom att företaget inte förlorar marknadsandelar och att det kan fortsätta att hålla uppe prisnivåerna på lång sikt. En rovprissättning kan dock inte anses vara ett lagligt beteende bara av den orsaken att det är lönsamt för det dominerande företaget. CCAT anförde att

> ”[…] a ’net revenue approach’ cannot, standing alone, constitute a defence to a charge of abuse by a dominant undertaking, unless it is accompanied by clear evidence that there was no intention or effect of foreclosing the market and impairing competition.”[69]

[69] *Napp*, p. 259.

Nettointäktstestet kan således inte användas helt fristående om inte det dominerande företaget samtidigt kan visa att inte fanns någon konkurrensbegränsande och utestängande avsikt eller effekt. Om det hade funnits en direkt koppling mellan försäljningen till sjukhusen och receptförskrivningen till patienter och den förlustbringande prissättningen hade medfört utslagning av konkurrenter hade Napp kunnat öka sina intäkter. Att i det läget påstå att den förlustbringande prissättningen till sjukhusen vore rättfärdigad av inkomstökningar på patientmarknaden, skulle, enligt CCAT, vara liktydigt med att det konkurrensbegränsande agerandet vore rättfärdigat på basis av de vinster som uppkom tack vare monopolet, vilket det konkurrensbegränsande agerandet syftade till att skydda. Härigenom skulle ett cirkelresonemang uppkomma.[70]

CCAT framhöll även att orsakerna till varför ett företag är villigt att avstå från kortsiktiga vinster är att det hoppas kunna återhämta förlusterna på efterföljande, mera lönsam, försäljning. Återhämtning kan enligt CCAT ske genom att företaget höjer sina priser när konkurrenten har eliminerats, men det kan även vara lönsamt att ta kortsiktiga förluster för att försvara vinster som följer av en hög marknadsandel. Att Napp kunde återhämta förlusterna från länkad försäljning bland patienter manifesterade, enligt CCAT, endast att Napp hade tillgång till återhämtning på ett mer direkt och omedelbart sätt än i andra fall av rovprissättning.[71]

Sammanfattningsvis ansåg CCAT att nettointäktstestet inte kunde motbevisa presumtionen om olaglighet såsom den framkommit i *AKZO*. Däremot kunde testet ge information om huruvida det dominerande företaget hade en elimineringsplan med sin prissättning.

> ”At best arguments based on a ‘net revenue test’ *may* be relevant to show that the dominant undertaking had ‘no plan to eliminate competition’ so as to fall within the exception to the *AKZO* test recognised by Advocate General Fennelly, but not otherwise”[72]

---

[70] *Napp*, p. 260.
[71] *Napp*, p. 261.
[72] *Napp*, p. 262.

Betydelsen av systempriser. Ett huvudargument från Napp var att försäljningen till patienter ingick i ett system av priser, vilket föranledde CCAT att göra en utredning av vad som skall anses vara ”systempriser”. CCAT gav exemplet med köp av rakhyvlar (ej elektriska) och kopieringsmaskiner. För dessa produkter synes det vara klart att rakblad och tonerkassetter ingår som delar i ett system, där kunden tar ställning till systemkostnaden för produkten i fråga och kan göra genomförelser mellan olika fabrikat. I *Napp* fanns inte den naturliga kopplingen mellan de olika köpargrupperna. Ingen av de båda köpargrupperna hade anledning att ta ställning till kostnadskonsekvenserna för den andra gruppen och hade inte heller tillgång till någon sådan information. Istället hade Napp, enligt CCAT, inte exploaterat kopplingen mellan grupper, utan snarare *frånvaron av en koppling* mellan grupperna, vilket var den raka motsatsen till systempriser.[73]

Om nettointäktstestet skall kunna användas måste således finnas en naturlig relation mellan produkten som prissätts under kostnader och den försäljning av den kompletterande produkten som uppväger förlusten på den första produkten. Skaft till rakhyvlar har inget större värde utan rakblad, likväl som kopieringsmaskiner behöver toner för att fungera. Bläckstråleskrivare kan många gånger upplevas som billiga i inköp, men kostnaden för bläckpatroner kan under skrivarens livstid långt överstiga inköpskostnaden för själva skrivaren. Bläckpatroner och bäraren av patroner (dvs. skrivaren) är ett icke-separerbart system, varför systempriser torde kunna beaktas. En förutsättning borde dock vara att köparen har möjlighet att bedöma livstidskostnaden för skrivaren och bläckkonsumtionen för att härigenom kunna jämföra med andra alternativ och göra ett rationellt val.

Avsaknad av helhetsbedömning. Nettointäktstestet kan inte göras helt oberoende av övriga faktorer. CCAT hänvisade till *AKZO* och framhöll att prissättning under AVC inte kan accepteras om den har till syfte eller effekt att eliminera konkurrens. Vidare hänvisade CCAT även till EG-domstolens avgörande i *Tetra Pak II*, *Compagnie Maritime Belge* och

[73] *Napp*, p. 263.

Irish Sugar och erinrade om det speciella ansvar som åvilar dominerande företag.

> ”In our view, in the light of the case law, one cannot conclude that the [prohibition against abuse of dominance] is not infringed merely on the basis of some kind of ‘incremental profitability’ without examining the effects of Napp’s conduct on competition, how far Napp enjoys advantages over its competitors, and the evidence as to Napp’s intentions. Napp’s ‘net revenue’ approach does not address any of those matters”.[74]

Genom att försäljningen till sjukhusen i princip var den enda inkörsporten till den totala marknaden medförde Napps mycket låga prissättning att sjukhusen inte hade något stort incitament att byta till konkurrerande produkter eftersom prisskillnaden inte hade blivit tillräcklig stor för att vara intressant. Detta förhållande medförde i sin tur att konkurrenter aldrig fick något fäste vare sig på sjukhusmarknaden eller på patientmarknaden. Napps låga priser skapade därmed en ytterligare strategisk inträdesbarriär för konkurrenterna i tillägg till normala affärsrisker. Enligt CCAT hade Napps prispolitik skapat en onaturlig marknadsstruktur.

> ”[…] it is not normal for pioneer brands to retain such a high market share, in either the hospital or community segment, for so long after patent expiry. […] On the contrary, in our view, after patent expiry, one would normally expect some fall in price, or market share, or both, as competitive forces come to bear on the previously patented product. In the present case, that has not happened, *either* to Napp’s prices, *or* to its market share, in the community segment.”

Att CCAT avfärdade Napps argument om nettointäktstestet måste ses i ljuset av de speciella omständigheter som rådde i fallet. Sammantaget hindrade prissättningen inträde på marknaden effektivt och Napps syfte var att så långt som möjligt eliminera konkurrens. Vidare var drivkraften bakom Napps prissättning inte att öka försäljningen eller göra en

[74] *Napp*, p. 265. Jfr även T-228/97, *Irish Sugar*.

”*incremental profit*” utan snarare att hindra konkurrenter från att träda in på marknaden.[75]

Trots att CCAT underkände argumentationen torde detta inte kunna ses som ett allmänt avfärdande av nettointäktstestet i brittisk rätt. Kon och Turnbull framhåller att CCAT likväl har hållit öppet för detta test där försäljning av en produkt under kostnader ger upphov till försäljning av en kompletterande produkt, vilket på medellång sikt leder till ökade intäkter. Samtidigt står det dock klart att detta rättfärdigande endast kan åberopas om det dominerande företaget kan styrka prissättning med konsistenta och samtida dokument. Fristående ekonomiska argument kan därvidlag inte accepteras.[76]

Så snart det dominerande företaget har ett elimineringssyfte med sin prissättning torde det emellertid inte gå att hänvisa till nettointäktstestet.[77] Således är det viktigt i analysen att inte bortse från en helhetsbedömning av det ifrågasatta agerandet. Betydelsen av en helhetsbedömning framkom särskilt tydligt i *Irish Sugar*:

> ”[…] [V]ad avser [Irish Sugars prissättning] framgår av rättspraxis att för att bedöma huruvida metoderna för prissättning eventuellt utgör ett fall av missbruk, är det nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter, särskilt kriterierna och reglerna för beviljandet av rabatter, samt att undersöka huruvida syftet med rabatten, genom att ge en förmån som inte baseras på någon ekonomisk motprestation som berättigar den, är att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartnerna tillämpa olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrida konkurrensen (domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 90, och Michelin mot kommissionen, punkt 73). Snedvridningen av konkurrensen har sin grund i att den ekonomiska förmån som företaget i dominerande ställning beviljar inte är en ekonomiskt motiverad motprestation, utan har till syfte att hindra kunderna från att göra sina inköp hos konkurrenter till nämnda

---

75 *Napp*, p. 334.

76 Kon, S., Turnbull, S., *Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the Napp Case*, ECLR 2002 (2), s. 80.

77 Se *Napp*, p. 336.

> företag (se domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 71). En sådan omständighet kan vara att metoden i fråga ingår i ett dominerande företags planer, syftande till att slå ut en konkurrent (domarna i de ovannämnda målen Akzo mot kommissionen, punkt 72, och Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, punkterna 147 och 148).”[78]

Oavsett om AKZO-kriterierna skall ges en extensiv eller restriktiv tolkning torde det i vart fall krävas exceptionella omständigheter för att rättfärdiga en prissättning under rörliga kostnader och härigenom motbevisa presumtionen av olagliga priser. Priser som inte ger täckning för de rörliga kostnader som uppkommer för tillhandahållandet av en vara eller tjänst medför att företaget i normalfallet skulle uppnå ett bättre ekonomiskt resultat genom att avstå från försäljningen. I enlighet med vad som framhållits i doktrinen och av MD torde en presumtionsregel dock vara att föredra eftersom all form av försäljning underskridande kostnader inte bör betraktas som olaglig, även om det inte framkommit explicit i EG-domstolens avgöranden. Om ett företag säljer förgängliga varor, t.ex. livsmedel, kan det i vissa undantagsfall vara lönsamt för företaget att ändå sälja varorna under rörliga kostnader eftersom försäljningsvärdet kan bli noll om datumgränserna överskrids. Om varorna mer systematiskt prissätts under rörliga kostnader ändras förutsättningarna och i ett sådant läge torde det inte ha någon betydelse om varorna är förgängliga eller inte.

5.3.5.2 Priser mellan AVC och ATC

Det kan tyckas relativt enkelt att fastställa missbruk när priserna underskrider rörliga kostnader. Likväl måste en sådan prissättning ses som ett extremfall där elimineringssyftet kan vara så uppenbart att ytterligare utredning inte är nödvändig. Om priserna emellertid ger täckning för rörliga kostnader, men inte samtliga kostnader, blir situationen genast svårare att bedöma.

---

[78] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 114.

Det är vanligt att varor i samband med kampanjer, t.ex. vid introduktion på en gammal eller ny marknad, åsätts ett mycket lågt pris i syfte att vinna över kunder eller skapa uppmärksamhet för den nya varan. Prissättning av sådant slag kan sägas vara en aggressiv prissättning som visserligen skadar konkurrenterna, men inte så mycket att branschstrukturen allvarligt hotas. Att konkurrensreglerna skulle omfatta alla former av förlustbringande prissättningar synes vara olämpligt, eftersom en sådan ordning följaktligen skulle innebära att samtliga marknadsdominerande företag som går med förlust missbrukar sin ställning. En etablering på en marknad kan vara förenad med stora inträdeskostnader såsom reklamkampanjer, rekryteringskostnader för ny personal, kostnader för infrastruktur, byggnader m.m. Många kostnader är av engångskaraktär, s.k. ”*sunk cost*” och måste tas direkt. Exempelvis är det inte tillåtet att periodisera personalkostnader även om intäkterna är relaterade till att arbetsinsatsen infaller först senare. Analysen blir därmed mer omfattande och motiveringen till varför företaget har valt att ta upp kostnader vid varje givet tillfälle kan mycket väl vara försvarbart. Ur de tillämpande konkurrensmyndigheternas perspektiv kan det åtminstone vara svårt att påvisa motsatsen. Kommissionen uppmärksammade detta förhållande och förordade en helhetsbedömning av i princip alla relevanta faktorer för att härigenom fastställa om det dominerande företaget hade för avsikt att eliminera konkurrenter. Beträffande priser överstigande AVC, men underskridande ATC, har även EG-domstolen tagit fasta på ett liknande resonemang:

> ”[…] prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above average variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of *a plan for eliminating* a competitor [förf. markering]. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them.”[79]

[79] Mål 62/86, *AKZO*, p. 72.

Förutom att det måste påvisas en prissättning underskridande ATC måste alltså även styrkas att prissättningen utgör en del i en plan att eliminera konkurrensen. EG-domstolen fann att AKZO hade prissatt varorna under genomsnittliga ATC, men över AVC och fann vidare, i likhet med Kommissionen, att prissättningen utgjorde en del i en plan att eliminera konkurrenter.[80]

5.3.5.2.1 Speciellt om kravet på elimineringsplan

Kommissionens beslut i *AKZO* har kritiserats av Merkin, som anser dels att Kommissionens formuleringar är alltför vaga och dels att en analys som egentligen anknyter för mycket till en *ad hoc*-bedömning inte ger någon klar vägledning om vad som är tillåtet och vad som är olagligt. Merkin finner att Kommissionens resonemang om ”*intent*” är innehållslöst eftersom det inte spelar någon roll vilket sinnestillstånd som företagsledningen har. Alla företag vill naturligtvis besegra sina konkurrenter.[81]

Frågan är om Kommissionen i viss mån har fått oförtjänt kritik. Visserligen gav Kommissionen mycket liten vägledning i gränsdragningsfrågorna, men det är tveksamt om Kommissionen verkligen refererade till företagsledningens ”*state of mind*” när det talades om ”*intent*”. Vad som säkerligen avsågs här var om det gick att påvisa ett strategiskt beteende från företaget som hade till huvudsakligt syfte att eliminera konkurrenter. Detta synes ligga i linje med sentensen *congitationis poenam nemo patitur*, dvs. att tankar är straffria, eller i detta fall att en påföljd inte kan utgå i detta fall bara på den grunden att det finns en vilja att eliminera en konkurrent utan att det krävs ett verkligt handlande i någon form. I Kommissionens beslut betonas att ett syfte hos ett dominerande

---

[80] Mål 62/86, *AKZO*, p. 75–150. EG-domstolen gjorde i allt väsentligt samma bedömning som Kommissionen, men delade inte Kommissionens bedömning vad gällde vissa diskrimineringsmoment i AKZOs agerande. Sammantaget kunde dock EG-domstolen konstatera att det fanns en plan att eliminera ECS från marknaden.

[81] Se Merkin, R., *Predatory Pricing or Competitive Pricing: Establishing the Truth in English and EEC Law*, 7 Oxford Journal of Legal Studies 2, 1987, s. 182–214.

företag att slå ut rivaler i sig inte är olagligt. Även dominerande företag måste vara tillåtna att möta konkurrens och skall därmed inte hindras från att konkurrera kraftigt med nya aktörer. Säkerställandet av den effektiva konkurrensen på marknaden innebär att mindre aktörer skyddas mot ageranden som härrör från missbruk av marknadsmakt, men inte mot ageranden som bygger på en högre effektivitet.[82]

EG-domstolen och Kommissionen använder olika uttryck när det gäller eliminering av konkurrenter. Kommissionen talar om att det skall påvisas ett *syfte* att eliminera en konkurrent, medan EG-domstolen istället nämner en *plan* för att eliminera en konkurrent. Detta synes dock avse samma sak. I ett senare avgörande från 1996 säger nämligen EG-domstolen att ”[…] prices below average total costs but above average variable costs are only to be considered abusive if *an intention* to eliminate [förf. markering] can be shown.”[83] EG-domstolen nämner även i AKZO att ”[…] the criterion of legitimacy to be adopted is a criterion based on the costs and the strategy of the dominant undertaking itself […]”[84]

Detta torde innebära att varken Kommissionen eller EG-domstolen avser att ett allmänt uppsåt att konkurrera ut andra marknadsaktörer skall påvisas, utan istället en medveten strategi avseende handlingar eller metoder, vilkas huvudsakliga syfte och effekt kan vara att helt eliminera konkurrensen från marknaden. Vad som står i fokus är alltså inte ett subjektivt syfte, utan det som allmänt kallas ”*predatory intent*”, vilket skall fastställas helt objektivt utifrån de handlingar, prissättningar eller metoder som det dominerande företaget använder sig av.[85]

---

[82] Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 81: ”The maintenance of a system of effective competition does however require that a small competitor be protected against behaviour by dominant undertakings designed to exclude it from the market not by virtue of greater efficiency or superior performance but by an abuse of market power.”

[83] Jfr C-333/94 P, *Tetra Pak II*, p 41.

[84] Mål 62/86, *AKZO*, p. 74.

[85] Bellamy & Child kommenterar uppsåtet i *AKZO* och framhåller att ”[i]n *AKZO*, the Court inferred the necessary intention from the fact that there was no objective justification for the low prices charged over a longer period in the absence of any competition quotations.”, Bellamy/Child, a.a. s. 727–728.

Korah anser att det är föga hjälpsamt att definiera ett rovbeteende utifrån ett allmänt syfte att eliminera konkurrenter eller expandera på marknaden. I nästan alla fall är det lätt att finna bevisning för att en vilja att konkurrera ut andra aktörer och konkurrens kan i sig definieras som en form av rivalitet.[86]

EG-domstolen har uttryckligen sagt detta genom att hänvisa till *Hoffman La-Roche* och understrukit att missbruksbegreppet måste bestämmas helt objektivt.[87] Även om inte Kommissionen uttrycker detta så klart som EG-domstolen framgår det av beslutet att Kommissionen har avsett samma sak genom kravet att påvisande av ett syfte att eliminera konkurrensen skall uppfyllas genom objektiv bevisning i form av handlingsplaner, hot m.m. Det är inte *avsikten* hos det dominerande företaget som är avgörande. Även om företaget helst vill krossa alla konkurrenter är detta i sig inte ett missbruk. Det är först när företaget vidtar åtgärder som inte har någon objektivt försvarbar förklaring som det kan påvisas en plan att eliminera konkurrenter. EG-domstolen framhåller när det gäller prissättningen till vissa av AKZOs kunder att

> ”[b]y maintaining prices below its average total costs over a prolonged period, *without any objective justification* [förf. markering] AKZO was thus able to damage ECS by dissuading it from making inroads into its customers.”[88]

En viss vägledning om vad EG-domstolen menar med en plan att eliminera konkurrenter kan härigenom erhållas. *E contrario* kan det sägas att en plan att eliminera konkurrenter består i att under längre tidsperiod hålla priser underskridande ATC utan att det finns någon objektivt godtagbar förklaring härtill. Detta riskerar dock att bli ett cirkelresonemang om det inte kan anges kriterier för vad som är objektivt godtagbart och vilka tidsperioder som är relevanta. EG-domstolen har emellertid inte utvecklat frågan närmare och vad EG-domstolen avser med ”*objective justification*” är heller inte klart. I svensk rätt har MD valt att kalla detta

---

86 Se Korah, V., *Tetra Pak II – Lack of Reasoning in Court's Judgment*, ECLR 1997 2, s. 101.
87 Se Mål 62/86, *AKZO*, p. 69 och Mål 85/76, *Hoffman La-Roche*, p. 91.
88 Mål 62/86, *AKZO*, p 140.

ett ”legitimt affärsmässigt intresse”,[89] men har i likhet med EG-domstolen inte exemplifierat hur ett sådant intresse kan gestalta sig. Det är givetvis mycket svårt att ge en generell vägledning om vad som är affärsmässigt eller objektivt försvarbart. Det kan tolkas in en stor mängd legitima intressen som från fall till fall har olika relevans. Åtskilligt talar därför för att domstolarna förespråkar en helhetsbedömning – ett slags ”*rule of reason*”.

Att ett legitimt affärsintresse saknas kan enligt OFT utvisas av att nettointäktstestet inte är uppfyllt vid en ifrågasatt prissättning (se avsnitt 5.3.5.1 ovan).[90] Andra tecken på att ett dominerande företag försöker eliminera en konkurrent kan, enligt OFT, vara att prissänkningar görs riktade mot konkurrenten samtidigt som prisnivån bibehålls inom andra områden eller regioner. Omvänt innebär detta att en generell prissänkning kan tyda på att det inte finns något elimineringssyfte.[91] Härutöver kan annan bevisning beaktas, såsom hur agerandet har genomförts tidsmässigt i förhållande till konkurrenternas agerande, om det finns ett mönster av aggressiv prissättning eller om det endast varit en engångsföreteelse, och om det dominerande företaget har använt några ”*dirty tricks*” eller annan relevant bevisning, däri inkluderat dokument och annan skriftlig bevisning.[92]

I *Tetra Pak II* tog Kommissionen upp några exempel som möjligen skulle kunna tala för att en prissättning inte utgör ett missbruk.[93] För det första kan det vara rena misstag från ledningen som leder till att prissättningen blir för låg.[94] Rena felskrivningar eller enstaka missbedöm-

---

[89] Jfr MD 2000:2, *BK Tåg*.

[90] OFT 414, p. 4.12–4.17.

[91] OFT 414, p. 4.18.

[92] OFT 414, p. 4.18.

[93] Se Kommissionens beslut 92/163/EEC, *Tetra Pak II*, p. 148. Det är något oklart om Kommissionen härmed avsåg att detta skulle utgöra ett försvar för prissättningar underskridande AVC eller priser mellan AVC och ATC.

[94] Kommissionens beslut 92/163/EEC, *Tetra Pak II*, a. st. I förevarande fall var agerandet så allvarligt att det inte kunde vara frågan om något missbruk: ”[…] it is difficult to conceive how behaviour so opposed to the logic of economic profitability on the part of an extremely efficient multinational company can possibly be the result of a simple management error”.

ningar kan därför inte betraktas som ett missbruk eftersom det inte föreligger någon plan att eliminera en konkurrent.

För det andra kan låga priser vid marknadsintroduktioner vara en form av legitimt affärsmässigt agerande. I samband med lansering av nya produkter kan priserna behöva sättas under totala kostnader i syfte att skapa uppmärksamhet kring produkten. I *Tetra Pak II* konstaterade dock Kommissionen att det inte var troligt att de låga priserna var hänförliga till en introduktion när priser var avsevärt låga (mellan 10–34 % under kostnader) och vidhölls under en så lång period som sju år. Vidare hade Tetra Pak redan en långvarig närvaro med dominerande ställning på marknaden och hade till sitt förfogande redan alla behövliga tekniska och kommersiella infrastrukturer, vilket gjorde argumentet om marknadsintroduktion än mindre realistiskt.[95]

För det tredje kan konkurrenstrycket göra att det är omöjligt att hålla priser överstigande ATC, vilket i vissa fall kan klarlägga att företaget inte har ett elimineringssyfte. I *Tetra Pak II* fann emellertid Kommissionen att Tetra Paks priser låg inledningsvis några procent under konkurrenten men steg sedermera till 30 % och mer mot slutet av den aktuella perioden. Även om det fanns ett konkurrenstryck kunde detta inte motivera en prissättning som låg så avsevärt under konkurrenterna.[96] Martinez ansluter till detta och tar som exempel upp att ett legitimt affärsintresse borde kunna bestå i att sätta defensiva priser, dvs. matcha erbjudanden från nya aktörer och härigenom möta konkurrensen på samma villkor som konkurrenten.[97] Kommissionen har även tidigare accepterat att dominerande företag kan sätta priser i paritet med konkurrenterna – s.k. *alignment of prices*, men bara så länge som det dominerande företaget med sin prissättning inte styr konkurrenternas priser.[98] Även EG-domstolen tar upp problematiken för ett dominerande företag där en

---

[95] Kommissionens beslut 92/163/EEC, *Tetra Pak II*, a. st. Kommissionen uttryckte det bildlikt att ”[…] it is hardly plausible that teething troubles should be the sole reason for losses on such a large scale and over such a long period.”

[96] Kommissionens beslut 92/163/EEC, *Tetra Pak II*, a. st.

[97] Martinez, L. M. H., *Predatory Pricing Literature under European Competition Law: The AKZO Case*, Legal Issues of European Integration, L19.1 no. 2, 1993, s. 123.

[98] Jfr Mål 62/86, *AKZO*, p. 134.

konkurrent gör inbrytningar bland det större företagets nuvarande kunder. I de fallen måste dominanten få möjlighet att försvara sin marknadsposition genom att möta de erbjudanden som konkurrenter ger (till synes även om dessa ligger under ATC).[99] I *AKZO* hade Kommissionen i sitt beslut förbjudit AKZO att sätta diskriminerande priser mellan AKZOs egna kunder och ECS kunder.[100] AKZO var visserligen tillåten att sätta differentierade priser som rimligt och objektivt reflekterade skillnader som uppkom genom skillnader i produktions- och leveranskostnader, vilka var hänförliga till det årliga behovet för varje kund samt orderstorlek och andra kommersiella faktorer.[101] AKZO argumenterade inför EG-domstolen att villkoret var orättvist eftersom, om ECS skulle uppvakta AKZOs kunder, AKZO hade endast att välja mellan att sänka sina priser för alla jämförbara kunder inom den gemensamma marknaden lika mycket som skulle behövas för att inte förlora en kund till ECS – vilket skulle medföra höga kostnader – eller acceptera förlusten av en kund så snart ECS hade ett bättre erbjudande.[102] Även om EG-domstolen inte fann att Kommissionens beslut var orimligt så utvecklades innebörden i bestämmelsen. Diskrimineringsförbudet hade tillkommit för att förhindra AKZO att fortsätta det eliminerande agerandet gentemot ECS. Mer konkret innebar förbudet för det första att AKZO inte kunde vända sig till ECS kunder med fördelaktiga priser samtidigt som dess egna kunder gick miste om ett sådant erbjudande. För det andra kunde AKZO inte ta ut samma priser som ECS av de kunder som ECS

---

[99] Jfr Mål 62/86, *AKZO*, p. 156.

[100] Av Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, artikel 3, framgår att ”[…] AKZO Chemie BV and its subsidiaries shall refrain (except in order to meet orders at prices accepted before the date of notification of this Decision) from offering or applying prices or other conditions of sale for flour additives in the EEC which would result in customers in respect of whose business it competes with ECS paying to AKZO Chemie BV prices which are dissimilar from those being offered by AKZO Chemie BV to comparable customers.”

[101] Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, artikel 3: ”This provision shall not prevent AKZO Chemie BV from applying price differentials for flour additives as between different categories of customers which reasonably and objectively reflect differences in production and delivery costs attributable to the annual requirement of the customer, order size and other commercial factors”.

[102] Mål 62/86, *AKZO*, p. 154.

försökte vinna tillbaka efter AKZOs olagliga agerande utan att AKZOs egna kunder fick del av samma priserbjudande.[103] Förbudet sträckte sig dock inte så långt att AKZO var förhindrad att möta ECS med lika låga priser bland AKZOs egna kunder om ECS skulle göra en inbrytning på AKZOs hemmamarknader.[104] EG-domstolen synes här göra en åtskillnad mellan vad som kan betecknas som offensiv prisdiskriminering underskridande kostnader och en mer passiv, diskriminerande prissättning utan kostnadstäckning. Den förra prissättningsmetoden syftar till att aktivt tränga ut konkurrenter medan den senare endast är en passiv respons på tillkommande konkurrens.

Såsom Martinez framhåller är det viktigt att konstatera att EG-domstolen inte i första hand försöker skydda konkurrenterna utan konkurrensen i sig.[105] Genom att hänvisa till att en *lika effektiv* konkurrent som det dominerande företaget riskerar att slås ut, så ligger konkurrensen i sig rent objektivt i fokus. Om en effektiv konkurrent får chansen att stanna på marknaden kommer detta troligtvis att få positiva konsekvenser för konsumenterna. En konkurrent som inte är effektiv kommer – åtminstone långsiktigt – inte att medföra att konsumenterna får nytta av den tillkommande konkurrensen. Om en konkurrent tvingas lämnas marknaden enbart eftersom det dominerande företaget har större finansiella resurser så är det inte längre frågan om vanlig konkurrens – ”*competition on the merits*” – utan ett otillbörligt utnyttjande av en starkare ställning från det dominerande företagets sida.

En konsekvens av EG-domstolens resonemang synes vara att om mötande av konkurrens medför priser som inte ligger över rörliga kostnader blir de olagliga, men om det finns täckning för AVC, men inte för genomsnittliga ATC, så skulle det kunna argumenteras att ett rent defensivt mötande av konkurrens bland det dominerande företagets eta-

[103] Mål 62/86, *AKZO*, p. 155.

[104] Mål 62/86, *AKZO*, p. 154. EG-domstolen säger uttryckligen att ”[…] the provision does not prohibit [AKZO] from making defensive adjustments, even aligning itself on ECS’s prices, in order to keep the customers which were originally its own.”

[105] Martinez, a.a. s. 121.

blerade kunder visar på avsaknad av en plan att eliminera tillkommande aktörer. Prissättningen skulle därmed vara tillåten.

I det danska ärendet *MetroXpress*[106] hade MetroXpress erbjudit orimligt låga priser och en fråga i ärendet var om det dominerande företaget Berlingske Gratisaviser kunde åberopa mötande av konkurrens när även det erbjöd mycket låga priser som svar på konkurrensen. Danska Konkurrencerådet framhöll att ett dominerande företag får möta konkurrens genom att vidta defensiva prissänkningar i syfte att bevara sin fasta kundkrets. Anpassningen av priserna ansågs dock inte kunna göras aggressivt och skulle vara ett svar på konkurrentens prisnedsättningar. Om sålunda det dominerande företagets prispolitik var resultatet av en sådan defensiv prisanpassning skulle det kunna anses att företaget inte missbrukande sin dominerande ställning.[107]

Konkurrencerådet kunde i ärendet emellertid konstatera att priserna inte gav täckning för de rörliga kostnaderna, varför mötande av konkurrens inte kunde åberopas som bevekelsegrund för de låga priserna. Konkurrencerådet anförde dessutom att det kunde anses vara ett missbruk varje gång som det dominerande företaget satte lägre priser än konkurrenten med hänsyn till de oproportionerliga följder detta kunde få konkurrenten.[108]

Høg anser att Konkurrencerådet genom sitt avgörande har öppnat för en extensiv tillämpning av försvaret om mötande av konkurrens.[109] I allt väsentligt synes dock Konkurrencerådet resonemang ligga väl i linje med EG-rättslig praxis och det synes därför inte kunna hävdas att Konkurrencerådet varit mer tillåtande än EG-domstolen genom det aktuella avgörandet.[110]

---

[106] Konkurrencerådets avgörande av den 29 maj 2002, *MetroXpress Danmark A/S mod Berlingske Gratisaviser A/S*.

[107] *MetroXpress*, p. 155–159.

[108] *MetroXpress*, p. 174–175.

[109] Høg, T., *"Blød" praksis om dræbende priskonkurrence – afgørelse fra Konkurrencerådet 29. maj 2002*, UfR 2003, s. 21.

[110] Westh och Skougaard Kristensen framhåller att beslutet ligger i linje med *AKZO* och betonar att "meeting competition" skall röra sig om "*rent defensive pristilpasninger* med henblik på at bevare virksomhedens *faste kundekreds*. Den dominerende virksomhed må ikke underbyde kon-

Mötande av konkurrens torde inte alltid kunna användas som generellt försvar för att påvisa avsaknad av elimineringssyfte. Mötande av konkurrens bland egna kunder kan få allvarliga konsekvenser om t.ex. en konkurrent nyetablerar sig på marknaden. Andrews förespråkar stor försiktighet med att använda mötande av konkurrens som ett argument mot rovpriser. Han tycker istället att selektiva priser som sätts under ATC skall vara olagliga oavsett om de är ett svar på en konkurrents prissättning eller inte. I synnerhet anser han att sådana prissättningar måste beivras om de genomförs på ett systematiskt sätt, eftersom detta leder till minskad priskonkurrens och även till eliminering av konkurrenter. Andrews tror även att ett pris som överstiger rörliga kostnader men underskrider ATC kan bedömas som missbruk, men att det sannolikt kommer att krävas någon form av bevisning för att det är fråga om en systematisk policy från det dominerande företaget.[111] Se vidare om mötande av konkurrens som bevekelsegrund i avsnitt 10.3.7.1 nedan, som belyser liknande frågeställningar vid bedömning av prisdiskriminering.

Frågan om elimineringssyfte utvecklas något i *Napier Brown*,[112] där Kommissionen behandlade prissättning som inte gav täckning för kostnaderna.

> British Sugar (BS) var den klart dominerande leverantören av både industriellt socker och förpackat socker för konsumentbruk i Storbritannien. Industri- och konsumentsocker är likadant socker som skilde sig åt genom att konsumentsocker såldes i mindre förpackningar. Napier Brown (NB), som var sockergrossist, hade beslutat att även börja sälja konsumentsocker, men hade svårt att klara konkurrensen från BS. BS var nämligen både leverantör och konkurrent till NB i och med att BS både sålde råvaran (bulksocker) till NB och förpackat socker i konkurrens med NB. NB hävdade att BS hade bjudit under NB:s priser och höll en orimligt låg marginal på kon-

kurrenten". Rent defensiva prisanpassningar skulle därmed indikera avsaknad av elimineringsavsikt. Se Westh, S och Skougaard Kristensen, B., *Kokurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) – principper og praksis*, UfR 2003, s. 228.

[111] Andrews, a.a. s. 57.

[112] Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, EGT L 284/41, 1988.

> sumentsocker. Marginalen var så låg att NB troligen inte kunde bibehålla en sådan prissättning långsiktigt. Om NB skulle kunna matcha BS priser måste de sälja till förluster. BS prissättning för förpackningssocker gav därför inte täckning för kostnaderna.

Kommissionen konstaterade att om ett dominerande företag håller priser som är otillräckliga för att täcka de kostnader som uppstår när sockret skall förpackas och konkurrensen genom detta begränsas, så är det en form av missbruk.[113] Kommissionen kunde inte finna någon rimlig förklaring till varför BS skulle hålla priserna så låga annat än om de var ämnade att eliminera konkurrensen. I beslutet kunde Kommissionen även konstatera att det fanns andra former av missbruk, vilket ytterligare förstärkte uppfattningen att prissättningen inte hade ett legitimt syfte. Kommissionen sade:

> ”It is clear from the facts […] that should BS have maintained this margin in the long term, NB, or any company equally efficient in repackaging as BS without a self-produced source of industrial sugar, would have been obliged to leave the United Kingdom retail sugar market. Thus, taken in the context of the other abuses as outlined above, and of the fact that the *intention or natural and foreseeable consequence* [förf. markering] of the maintenance of this pricing policy by BS would be the removal of NB from the British retail sugar market […]”[114]

Vad som skiljer sig i argumenteringen från *AKZO* är att Kommissionen talar om en *naturlig och förutsebar konsekvens* av agerandet. Detta kan ses mot bakgrund av vad som utgör ett legitimt affärsmässigt intresse. Om ett dominerande företag sätter priser där det rent objektivt kan förväntas att konkurrenterna inte bara kommer att mista marknadsandelar utan trängas bort helt från marknaden kan agerandet inte betraktas som ett legitimt affärsmässigt agerande, vilket kan tyda på en plan att eliminera konkurrenter.

---

[113] Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, p. 66.

[114] Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, a. st. Fallet illustrerar här problematiken med elimineringssyfte. Totalt sett utgör dock fallet ett gott exempel på konkurrensrättsliga problem om prispress. Se kapitel 8 nedan.

5.3.5.3 Priser överstigande ATC – rovpriser?

Om resonemanget från *AKZO* skall följas, så borde priser som överstiger ATC anses vara lagliga *per se*. Skulle prissättningen riskera att bli bedömd som rovprissättning trots att företaget har full kostnadstäckning så skulle detta kunna medföra avsevärda effektivitetsförluster. I syfte att undgå olagliga priser finns det en risk att prisnivån justeras uppåt och fixeras vid en alltför hög nivå när det kan bli önskvärt med en viss säkerhetsmarginal. Detta talar för att priser med full kostnadstäckning inte skall betraktas som rovpriser. En presumtion för att alla priser med full kostnadstäckning inte är rovpriser innebär inte att alla sådana priser är lagliga.

Det finns fall där det kan vara försiktigt motiverat att se prissättningar överstigande ATC som en form av missbruk. I *AKZO* såg Kommissionen framförallt till det dominerande företagets strategi och lämnade öppet för att priser överstigande ATC i vissa fall skulle kunna betraktas som missbruk.[115]

Martinez föreslår att om ett dominerande företag utvecklar en selektiv och diskriminerande strategi som går ut på att straffa eller eliminera en konkurrent så skulle även detta kunna ses som en form av olaglig prissättning.[116] Här avses dock inte en renodlad rovprissättning utan snarare en form av otillåten prisdiskriminering.

De prissättningar som behandlades i *AKZO* gäller alla former av dominerande ställning, dvs. det har ingen betydelse hur stark den dominerande ställningen eller hur koncentrerad marknaden är. Om priserna har full kostnadstäckning kan dock marknadens koncentrationsgrad få betydelse. Allmänt sett kan sägas att ju mer koncentrerad marknaden är, desto känsligare blir konkurrensen för ageranden från det dominerande företaget. Dessutom kan vissa marknader som nyligen avreglerats och

---

[115] Se Kommissionens beslut, 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 79: ”Indeed it is not necessary, in order to achieve the desired long-term goal behind a price cutting campaign, for a dominant firm to go beneath its own total average costs.”

[116] Se Martinez, a.a. s. 127.

öppnas för konkurrens vara särskilt känsliga för aggressiv prissättning från en tidigare monopolist.

Slutsatsen synes därför vara att priser som överstiger ATC måste presumeras vara lagliga. Det betyder dock inte att de anses vara lagliga *per se*. Vissa selektiva ageranden med elimineringssyfte av ett dominerande företag kan medföra att priser även överstigande ATC kan komma att ses som en form av missbruk. Missbruket blir inte renodlad form av rovprissättning, men innehåller åtminstone element av ett sådant beteende. Se mer om selektiva priser i kapitel 14.

5.3.6 Svenska domstolars behandling av rovpriser

Svensk praxis ansluter i stort till den praxis som utvecklats i EG-domstolen. Det måste framhållas att rovpriser har förekommit mycket sparsamt i svensk praxis och i princip finns det bara ett större rättsfall som primärt avsett rovprissättning. I fallet *BK Tåg*,[117] som gällde upphandlingen av den s.k. Smålandstrafiken, anslöt sig MD till vad som EG-domstolen sagt i *AKZO* och betonade att otillåten rovprissättning anses

> ”[…] vara för handen bl.a. när ett dominerande företag vid sin prissättning tillämpar priser som underskrider [sic!] företagets AVC. Vid sådant förhållande följer en presumtion för att det dominerande företaget haft till syfte att eliminera eller allvarligt försvaga en eller flera av sina konkurrenter. Samma bedömning gör sig gällande för det fall ett företag tillämpar en prispolitik som innebär att man inte får täckning för sina genomsnittliga ATC för att tillhandahålla produkten i fråga, varvid det dock också krävs att det visas att prissättningen ingår som ett led i en plan att eliminera eller allvarligt försvaga konkurrenter.”[118]

MD för ingen principiell diskussion om varför reglerna skall tillämpas på detta sätt, utan nöjer sig med att referera till slutsatserna från *AKZO*.

---

[117] MD 2000:2, *BK Tåg*.

[118] Jfr marknadsdomstolens domskäl avseende rovprissättning i MD 2000:2, *BK Tåg*.

5.3.7 Betydelsen av möjligheten till återhämtning

Om rovpriser skall fylla något reellt syfte hos ett dominerande företag krävs att det finns möjlighet för företaget att senare återhämta förlusterna. Om denna möjlighet inte skulle finnas, existerar heller inga ekonomiska incitament att ta ut rovpriser. I den juridiska bedömningen blir ändå frågan om det krävs bevisning för att det dominerande företaget verkligen kunnat återhämta sina förluster eller om det räcker med att konstatera att det förelegat en risk för att detta hade kunna ske. Ett annat alternativ är om frågan över huvud taget är relevant och om det i stället får presumeras att återhämtning kommer att ske.

Ämnet kom upp till prövning i fallet *Tetra Pak II*,[119] där Tetra Pak i överklagandet till EG-domstolen hävdade att Förstainstansrätten hade gjort fel när den inte hade gjort en bedömning av om företaget hade möjligheter att återhämta de förluster som Tetra Pak led av p.g.a. prissättningen. Tetra Pak hävdade vidare att en analys av återhämtningen var fundamental vid bedömning av rovpriser, eller som Tetra Pak uttryckte det: ”[…] the possibility of recouping the losses […] is a constitutive element in the notion of predatory pricing”.[120]

Domstolen kunde konstatera att utredningen givit vid handen att Tetra Paks priser i några fall understeg rörliga kostnader medan den i andra fall låg över rörliga kostnader men under ATC och att ett elimineringssyfte fanns hos Tetra Pak. Dessa fakta hade inte ifrågasatts av Tetra Pak och frågan blev därför om det kunde krävas ytterligare bevisning för att Tetra Pak skulle kunna återhämta sina förluster. EG-domstolen ville inte gå så långt och sade att

> ”[…] it would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses. It must be possible to penalize predatory pricing whenever there is a risk that competitors will be eliminated. […] The aim pursued,

[119] Se C-333/94, *Tetra Pak II*.
[120] C-333/94, *Tetra Pak II*, p. 40.

> which is to maintain undistorted competition, rules out waiting until such a strategy leads to the actual elimination of competitors."[121]

En fråga som uppkommer av EG-domstolens resonemang är vilken betydelse som skall tillmätas formuleringen "*in the circumstances of the present case*". Skulle detta innebära att under andra förutsättningar, EG-domstolen ändå skulle beakta ett krav på möjlighet till återhämtning av förluster? Whish anser att formuleringen klart lämnar öppet för en annan bedömning i framtida fall, speciellt mot bakgrund av att elimineringssyftet var så uppenbart i *Tetra Pak II* och att EG-domstolen därför inte ansåg det nödvändigt att gå in på frågan om återhämtning.[122] Whish synes göra en relativt extensiv tolkning av EG-domstolens uttalande. EG-domstolen säger dock i citatet ovan att det måste vara möjligt att straffa rovprissättning närhelst det finns en risk att konkurrenter kommer att elimineras. Uttalandet kan även tolkas som att EG-domstolen ser *risken* att konkurrensen elimineras såsom det avgörande – inte huruvida en framgångsrik rovprissättning leder till en högre prisnivå i en efterföljande period. Ett enkelt ekonomiskt resonemang skulle kunna belägga denna tes. Om inledningsvis endast två aktörer finns på marknaden och det dominerande företaget lyckas tränga bort konkurrenten och få en monopolställning, så säger grundläggande ekonomisk teori att den efterföljande monopolsituationen automatiskt kommer att leda till en sämre effektivitet till nackdel för konsumenterna. Ett krav på möjlighet till återhämtning förefaller i denna förenklade bild av verkligheten helt onödigt, eftersom det kan tyckas vara på gränsen till att ställa ett krav på bevisning om notoriska fakta. En kraftig reservation måste dock lämnas mot ett sådant resonemang. Antagandet om att återhämtning av förluster ligger inbäddad i rovprissättning bygger på en förenklad bild av den marknadssituation som *troligen* uppstår i en efterföljande period. Vad som i verkligheten sker är i stället mycket beroende av branschens karaktär. Låga etableringshinder kan medföra att prishöjningar bara

[121] C-333/94, *Tetra Pak II,* p. 44.
[122] Whish, a.a. s. 650–651.

kommer att locka till sig nya konkurrenter medan marknader med höga inträdesbarriärer kan vara mer lämpade för återhämtning.

I målet *Compagnie Maritime Belge* hävdade generaladvokaten Fennelly att det såväl ur *AKZO*, men även *Hoffman La-Roche* kunde härledas ett krav på möjlighet till återhämtning och att detta borde vara en del av testet för missbrukande låg prissättning av dominerande företag.[123]

> ”[…] ett [test för återhämtning] borde ingå i kriterier för om ett dominerande företags låga prissättning är missbruk. Det är underförstått i det första stycket av citatet från AKZO-målet […]. Det ingår i kriterier i Hoffmann-La Roche-målet […]. Skälet för att ett dominerande företag inte skulle få hindra upprätthållandet av konkurrens genom att i synnerhet konkurrera ut en konkurrent, är att de annars skulle kunna debitera oskäligt höga priser. Således skulle ett ineffektivt monopol återinföras och konsumenterna skulle endast gynnas kortsiktigt. Om det resultatet inte ingår i det dominerande företagets strategi utövar det sannolikt normal konkurrens.”[124]

Anledningen till varför återhämtningskriteriet måste beaktas ansåg Fennelly alltså vara faran för att företagen i ett senare läge, när konkurrenterna är utslagna, tar ut överpriser på marknaden. Om emellertid en eliminerande prissättning inte skulle resultera i överpriser skulle det dominerande företaget troligen bedriva en normal konkurrens. EG-domstolen tog emellertid inte upp frågan om återhämtning och fäste heller inget avseende vid generaladvokatens argument.[125] Det kan i anledning härav inte dras några långtgående slutsatser av generaladvokatens resonemang.

Goyder hävdar att det genom *Tetra Pak II* är klart att det inte är nödvändigt för Kommissionen att påvisa någon möjlighet till återhämtning av förluster. Det finns således, enligt Goyder, inget kompletterande test till AKZO-kriterierna som skulle kräva att Kommissionen måste visa att

---

[123] Generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i de förenade målen C-395/96, *Compagnie Maritime Belge*, p. 136.

[124] Generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i de förenade målen C-395/96, *Compagnie Maritime Belge,* a. st.

[125] Se Generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i de förenade målen C-395/96, *Compagnie Maritime Belge*, p. 99–121.

det dominerande företaget har möjligheter att höja priserna efter rovprisättningsperioden.[126]

I *BK Tåg* hävdade SJ – med hänvisning till generaladvokaten Fennellys uttalande i *Compagnie Maritime Belge* – att eftersom det i *Tetra Pak II* redan fanns omständigheter som utvisade att återhämtning av förlusterna skulle var möjlig någon ytterligare bevisning inte behövdes. Mot bakgrund av de uppenbara möjligheterna till återhämtning skulle därför EG-domstolen i det aktuella fallet inte ha ställt upp ett krav om särskild bevisning om återhämtning. SJ ansåg att det kunde utläsas av *Tetra Pak II* att EG-domstolen klart uppställde ett krav att det dominerande företaget måste kunna återhämta förlusterna. Resonemanget accepterades inte av MD, som istället sade att det i förfarandet att prissätta under sina rörliga kostnader ligger en bedömning att förfarandet medför en fördel och att de förluster som en sådan prissättning för med sig senare skall kunna återhämtas. Med andra ord förutsätter EG-domstolen att det dominerande företaget redan gjort en bedömning av om förlusterna kan återhämtas. Om företaget hade gjort bedömningen att prissättningen inte skulle kunna återhämtas hade företaget heller aldrig inlett en sådan prispolitik. Det behöver därför, enligt MD, aldrig bevisas om det funnits möjlighet till återhämtning av förlusterna. Prissättningen i sig är tillräckligt allvarlig för att konkurrensen skall hotas.[127] MD konstaterade vidare att SJs prissättning riskerade att allvarligt skada den faktiska och potentiella konkurrensen.

Pettersson och Lindeborg förefaller inte lika säkra på att det helt kan bortses från återhämtningskravet vid analys av rovpriser.[128] De anser att MD:s motivering att ”det ligger i förfarandet” är alltför tvetydig för att

---

[126] Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 3 uppl. Oxford 1998, s. 342.

[127] Jfr MD 2000:2, *BK Tåg*, där MD framhöll att ”[e] n prissättning av nu aktuellt slag riskerade att allvarligt skada den faktiska och potentiella konkurrensen. Genom SJ:s anbudsprissättning slogs BK Tåg ut vid upphandlingen och fick upphöra med sin verksamhet på den aktuella sträckan. Det har också funnits risk för att SJ vid kommande upphandlingar av tågtrafik helt skulle ha saknat eller i vart fall mött en kraftigt försvagad konkurrens, vilket skulle ha inneburit en möjlighet för SJ att kompensera förlusten vid den aktuella upphandlingen.”

[128] Se Pettersson, T., Lindeborg S.P., Comments on a Swedish Case on Predatory Pricing – Particularly on Recoupment, ECLR, 2001, s. 78.

det skall kunna dras några klara slutsatser. Stockholms tingsrätt gick mer rakt på sak och sade att det inte fanns någon anledning studera huruvida återhämtning är möjlig eftersom detta presumeras vara en del av all form av rovprissättning. Jag delar inte Petterson och Lindeborgs bedömning helt i detta avseende. Hade MD velat lämna dörren öppen för vidare analys av återhämtning, så hade MD heller inte avfärdat SJ:s huvudargument så kategoriskt och det synes innebära att MD anser att det måste ligga i sakens natur att det finns en risk för återhämtning vid rovprissättning. Ett argument för detta skulle kunna vara att det annars inte skulle gå att komma åt missbruket förrän en längre period efter det att återhämtningen hade genomförts av det dominerande företaget. Detta skall ses mot bakgrund av det kan vara svårt för en myndighet att *a priori* göra en bedömning av huruvida ett företag under de nya marknadsförutsättningar som inträder efter en framgångsrik rovprissättning, varvid en konkurrent har eliminerats, har möjlighet till återhämtning av förlusterna. En analys av en efterföljande tänkbar period kan därför vara svår att göra. Möjligheterna att återhämta förlusterna kan även vara beroende av hur marknadsstrukturen ser ut.

Möjligheten att stoppa rovprissättning så snart det finns en *risk* för att konkurrenter kommer att trängas ut från marknaden förefaller således vara av största betydelse. EG-domstolen har därmed inte velat acceptera ett krav på återhämtning, vilket i realiteten är en hårdare bedömning än den som råder i USA.[129] Vare sig det dominerande företaget lyckas med rovprissättningen eller inte kan prissättningen bedömas som missbruk. EG-domstolen har hittills inte gjort någon kvalificering av hur stor risken måste vara för att prissättningar s.a.s. går över gränsen för det tillåtna. Detta behövs inte heller eftersom det räcker med att bevisa ett elimineringssyfte hos det dominerande företaget. Om detta kan påvisas

[129] Jfr t.ex. de amerikanska fallen från U.S. Supreme Court i fallet *Brooke Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993) och även *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), 585, där det framgår att i amerikansk rätt ställs ett krav på ”recoupment”, dvs. återhämtning av de förluster som företaget dragit på sig genom sin prissättningskampanj (se mer härom nedan).

och prissättningen ligger i spannet mellan rörliga kostnader och ATC kan detta räcka för att påvisa missbruk.

I Storbritannien anser OFT i stort att det inte behöver påvisas någon möjlighet till återhämtning av förluster på en marknad där företaget är dominant. Däremot synes OFT lämna öppet för en sådan bedömning om företaget inte är dominerande på en relaterad marknad:

> ”The Director General […] does not consider that he would necessarily be required to establish that predation was feasible if the alleged predatory behaviour was undertaken by a dominant undertaking in the market in which it was dominant (that is, in circumstances similar to those found by the European Court in the AKZO case). The question of feasibility will still arise, however, where a dominant undertaking is alleged to be acting in a predatory way in a related market where it is not currently dominant.”[130]

Om det dominerande företaget således skulle tillämpa rovpriser på en relaterad marknad, där företaget inte är dominerande anser OFT att möjligheterna till återhämtning måste undersökas. Speciellt måste inträdesbarriärer undersökas för att härigenom kunna ge svar på frågan om företaget kan återhämta förlusterna på marknaden.[131]

5.3.8 Kravet på recoupment i amerikansk rätt

Den stora skiljelinjen med EG-rättslig praxis och praxis från Supreme Court i USA är att det i USA finns ett uttryckligt krav på möjlighet till återhämtning av de förluster som uppkommer genom en rovprissättning för att en sådan skall konstateras. Det krävs därför i amerikansk rätt inte bara att prissättning görs under någon relevant kostnadsnivå, utan att det dessutom måste finnas en ”*dangerous probability*” eller ”*reasonable prospect*” för att företaget skall kunna återhämta sina investeringar i priser som underskrider kostnader.[132] Supreme Court har framhållit att

---

[130] OFT 414, p. 4.21.

[131] OFT 414, p. 4.20.

[132] Se t.ex. *Brooke*, s. 224. Det aktuella fallet bedömdes enligt Robinson-Patman Act, vilken endast kräver en ”reasonable prospect” för återhämtning, medan en bedömning av rovprissättningen

> ”[f]or the investment to be rational, the [predator] must have a reasonable expectation of recovering, in the form of later monopoly profits, more than the losses suffered”[133]

Kravet på återhämtning kan även ses som ett krav på att rovprissättningen måste vara lönsam. Om prisstrategin inte lyckas, så kommer prissänkningarna konsumenterna till godo. En misslyckad rovprissättning kan visserligen leda till en ineffektiv omfördelning av efterfrågan på det dominerande företagets produkter, men totalt sett kommer konsumenterna att vinna på förspillda försök att tränga ut en konkurrent.[134]

Supreme Court ställer därför som villkor att företaget måste vara kapabelt att återhämta förlusterna av en rovprissättning. Detta innebär att prissättningen i allmänhet måste ha den effekten på konkurrenter eller marknadsstrukturen att företaget får möjlighet att återhämta förlusterna.

> ”For recoupment to occur, below-cost pricing must be capable, as a threshold matter, of producing the intend effects on the firm’s rivals, whether driving them from the market, or, […] , causing them to raise their prices to supracompetitive levels within a disciplined oligopoly”.[135]

Att prissättningen får den allmänna effekten på marknaden att det finns *möjligheter* att återhämta förluster är ett nödvändigt, men inte tillräckligt villkor för agerandet skall stå i strid med antitrustlagstiftningen. Härutöver krävs nämligen även att käranden i processen kan påvisa att det finns en sannolikhet att rovprissättningen kommer att medföra en

---

enligt Sherman Act skulle kräva en ”dangerous probability” för återhämtning av förluster. Jfr även *Matsushita* och *Cargill, Inc. et. al. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

[133] Se *Brooke*, s. 224, där Supreme Court citerar ur *Matsushita*, s. 589. Jfr Även *Cargill*, s. 119.

[134] Se *Brooke*, s. 224.

[135] A.a. s. 225. Se även Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan, M. H., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, The Georgetown Law Journal, vol. 88, 2000, s. 2255–2256, där författarna säger att *Brooke* innebär att det inledningsvis ställs ett krav på ”recoupment capability”.

höjning av priserna som är tillräcklig för kompensera för de förluster som lidits under rovprissättningen.[136]

Det måste således påvisas antingen att verklig återhämtning har skett genom att priserna har höjts så mycket att förlusterna kompenseras, eller att det är troligt att ökad makt över priserna eller andra ekonomiska faktorer kommer att möjliggöra återhämtning.[137] Supreme Court framhåller att om bl.a. marknadsvillkoren inte medger återhämtning, så går det heller inte att fastställa olaglig rovprissättning. Supreme Court exemplifierar sådana villkor med att marknaden kan vara mycket utspridd, konkurrenter kan vara starka, inträdesbarriärerna kan vara låga eller också kan företaget som tillämpar rovpriserna sakna kapacitet att absorbera utslagna konkurrenters marknadsandelar och/eller sakna möjlighet att snabbt skaffa ny kapacitet.[138]

Bolton m.fl. framhåller att en ordagrann studie av *Brooke* kan medföra att det blir svårt att påvisa rovprissättning, men säger samtidigt att utslaget måste tolkas så att återhämtningskriteriet är uppfyllt om det kan påvisas att rovprissättningen verkligen medförde uthålliga överpriser (*sustained supracompetitive prices*) eller att det är troligt att rovprissättningen kan medföra detta, även om inte senare visar sig att så var fallet. Som en konsekvens av detta anser de att det bör räcka med att påvisa ökade prisnivåer, som troligen kommer att bestå (*partial recoupment*), tillsammans med en ökad snedvridning av konkurrensstrukturen eller andra marknadsvillkor (*recoupment capability*).[139]

---

[136] *Brooke*, s. 225. Supreme Court framhåller speciellt att ”[t]he plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the predatory scheme allaged would cause a rise in prices above a competitive level that would be sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it.” Se även Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2256, som kallar detta villkor för ”recopument sufficiency”.

[137] Bolton m.fl. 2000 a. st.

[138] *Brooke*. 226. Se även Bolton m.fl., a.a. 2000, s. 2256.

[139] Se Bolton m.fl. a. st.

5.4 Rovpriser och ekonomisk teori

Under framförallt de senaste 30 åren har olika former av tester av rovprisbeteende utvecklats främst i den amerikanska juridiska och nationalekonomiska doktrinen. I takt med att teorierna utvecklats har detta fått gensvar i de amerikanska domstolarna. Ett allmänt problem med analys av rovpriser är att resultatet av den juridiska bedömningen måste försöka komma så nära som möjligt de ekonomiska målsättningar som lagstiftningen är satt att upprätthålla. Ekonomisk effektivitet står i fokus, där huvudfrågan i den juridiska analysen skall avgöra om olika beteenden riskerar att sätta marknadskrafterna ur spel med en sämre effektivitet som följd. Detta ställer två krav på analysen.

För det första måste relevanta ekonomiska teorier presenteras för att härigenom skapa förståelse bl.a. för hur rovbeteende kan uppkomma, huruvida de snedvrider konkurrensen och hur de kan förebyggas.

För det andra måste från en relevant ekonomisk modell kunna härledas ett användbart test i någon form. Problemet för jurister är att ekonomiska modeller ofta bygger på förenklingar av verkligheten för att ekonomiska samband skall kunna tydliggöras. Vissa teorier eller modeller kan mer eller mindre exakt beskriva olika företeelser, men hur välformulerad en ekonomisk modell än må vara hjälper det mycket litet om den är svår att använda vid bedömning av verkliga rättsfall. Juristen som skall bedöma huruvida en viss prissättning är tillåten eller olagligt låg konfronteras ofta med en mycket mer komplex och sammansatt verklighet än förutsättningarna i en ekonomisk modell.

Den ekonomiska litteraturen visar att rovprissättning inte är ett väl avgränsat beteende, utan kan ta sig många olika uttryck, alltifrån regelrätta priskrig till mer subtila ageranden. Det ger därför anledning att analysera rovprissättning som fenomen. Om rovprissättning visar sig vara ett mer komplicerat beteende än vad en snabb anblick ger vid handen, kommer detta även att ställa ökade krav på hur det konkurrensbegränsande beteendet bör analyseras och bedömas. Under förutsättning att rovprissättning skulle vara ett mer komplicerat agerande än sådant som kretsar kring hur ett aktuellt pris kalkyleras, finns det anledning att

tro att det inte kommer att räcka med enkla kostnadsstudier. I ett sådant fall kommer även andra kriterier att behöva utredas.

5.4.1 Ekonomiska teorier om rovprissättning

I den ekonomiska teoribildningen kan utläsas ett flertal modeller för att beskriva rovprissättning.[140] Bland dessa kan nämnas

- teorier om att rovpriser är irrationella, vilket gör att de inte utgör ett konkurrensrättsligt problem,
- modeller som baseras på asymmetrisk fördelning av ekonomiska resurser (eng. *the long purse predatory scenarios/deep pocket scenarios*),
- modeller som bygger på ryktbarhet och
- modeller som bygger på signalering.

I syfte att göra modellerna mer åskådliga väljer ekonomer ofta att studera ett duopol, där det finns en dominerande aktör och en mindre konkurrent. Här skall nu först något sägas om de tre senaste av de ovan nämnda modellerna. Den första behandlas nedan under 5.4.2.

Den första av dessa – *the long purse* – är den klassiska modellen som innebär att ett stort dominerande företag med stora finansiella resurser kan vinna över sin rival på marknaden efter deras ”kamp på liv och död”. Det dominerande företaget kan därför i kraft av sina överväldigande resurser tränga ut sin eller sina konkurrenter.

Ryktbarhetsmodellen bygger på att företaget koncentrerar sina insatser till att skapa ett rykte om sig att vara särskilt stridsbenäget för att härigenom avskräcka konkurrenter från framtida marknadsinträden. Detta innebär att rovprissättningens effekter inte enbart uppkommer gentemot den aktuella konkurrenten, utan den kan även ses som en slags investering i ett rykte på marknaden där framtida konkurrenter avskräcks från

[140] Detta resonemang bygger på den uppställning som ges av Ordover J. A., och Saloner, G. *Predation, monopolization and antitrust*, kap 9 i Handbook of Industrial Organization. Jfr även OECDs rapport *Predatory Pricing*, 1989.

att träda in och där existerande (återstående) konkurrenter hålls i schack eller disciplineras att inte försöka vinna nya marknadsandelar. Effekterna av prissättning blir som ”ringar på vattnet” och åtgärderna kan därför avskräcka från inträde på andra marknader än den på vilken prissättningen har genomförts.[141]

När det gäller den sist nämnda modellen, signalering, bygger resonemanget på att mot bakgrund av asymmetrisk fördelning av information beträffande det dominerande företagets kostnadsläge och marknadens efterfrågesituation rivalen övertygas om att det ligger i konkurrentens eget intresse att lämna marknaden, eftersom denne troligtvis inte kommer att kunna konkurrera med dominanten p.g.a. den senares låga kostnadsläge och den låga efterfrågesituationen. Till denna modell skulle kunna läggas sådana åtgärder där dominanten ökar trovärdigheten av sin avsikt att slå till mot konkurrenter genom att genomföra större investeringar. Genom att investera i t.ex. hög produktionskapacitet visar dominanten två saker: dels en vilja att kraftigt försvara sin marknadsposition, dels att, om konkurrenten vill träda in på marknaden, detta resulterar i ett utbudsöverskott som driver ned priserna till en för konkurrenten olönsam nivå. Man kan likna detta med en typ av kapprustning, där det viktigaste inte är att använda vapnen utan att skapa så stor slagkraft att konkurrenten avskräcks av vapenskramlet.

---

[141] Soames och Ryan citerar Richard Rapps artikel *Predatory Pricing Analysis: A Practical Synthesis* i Antitrust Law Journal vol 59 (2) som med en metafor beskriver att det inte alltid krävs storlek eller styrka för att skrämma bort konkurrenter. Liknelsen kan illustrera skillnaden mellan deep-pocket modeller och ryktesmodellen: ”A house with a high wall surrounding its property, iron bars on the windows, and moat will be hard to enter without the permission of the owner. It has ’structural’ barriers to entry. A second house with a small ”No Trespassing” sign and a two-foot high white picket fence has low structural barriers to entry. It has been pointed out, however, that if that second house has, in addition to the sign and the fence, a lawn strewn with the lifeless corpses of failed entrants, the next entrant may be effectively deterred”. Soames, T., Ryan A., *Predatory Pricing in Air Transport*, ECLR, 1994, s. 155.

5.4.2 Rovpriser – ett irrationellt beteende?

Det finns vissa ekonomer som anser att användningen av rovpriser inte alls kan vara ett rationellt beteende hos företag som vill vinstmaximera – inte heller hos monopolföretag. Förlusterna blir helt enkelt för stora för att det skall kunna motivera en sådan prissättning. Om det antas att vinstmaximerande företag aldrig skulle hänge sig åt något liknande finns heller inget behov att studera beteendet ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Det är därför nödvändigt att här analysera de teorier som hävdar att rovpriser egentligen inte kan förekomma.

För att rovprissättning över huvudtaget generellt sett skall vara rationell måste två grundvillkor vara uppfyllda. Det första villkoret är att det skall vara möjligt för det dominerande företaget att genomföra åtgärden. Om företaget inte har tillräckliga finansiella resurser för prissättningen kommer åtgärden att bli verkningslös. Det andra villkoret är att företaget måste ha möjligheter att kompensera förlusten efter det att kampanjen har avslutats och konkurrenten har trängts undan.

Ordover och Saloner[142] hävdar dock att detta inte är tillräckligt för att rovprissättning skall vara rationell. Förutom möjlighet och lönsamhet krävs att det dessutom inte finns någon mer – alternativ – lönsam strategi för det dominerande företaget att uppnå samma resultat.

5.4.2.1 McGees alternativa teori om koncentrationer

Enligt vissa teorier är rovprissättning ett irrationellt beteende. McGee hävdade att det oftast finns ett bättre alternativ till rovprissättning, nämligen samgående med konkurrenten.[143] 1958 gjorde McGee en studie om oljebolaget Standard Oil och kritiserade idéer om att det stora oljebolaget använt rovpriser för att bygga upp och behålla sin dominerande marknadsställning. Han kom fram till att användning av rovpriser hade

---

[142] Ordover J. A., och Saloner, G. *Predation, monopolization and antitrust*, kap. 9 i Handbook of Industrial Organization. s. 546–547.

[143] Se McGee, J., *Predatory price cutting: The Standard Oil (N.J.) case*, Journal of Law and Economics, s. 137–169, 1958 Jfr även McGee, J., *Predatory Pricing Revisited*, Journal of Law and Economics, 1980, s. 289–330.

varit oförnuftigt om bolaget velat bygga upp sin position på marknaden. Samgående med mindre konkurrenter hade varit ett bättre alternativ. Resonemanget som han anför är tämligen enkelt: Antag att det finns två företag på en marknad, där det ena – större – företaget har tillräckliga finansiella resurser att tränga ut sin konkurrent och dessutom möjligheter att efter eliminering av konkurrenter ta ut monopolpriser. Antag vidare att det inte finns möjligheter för andra konkurrenter att slå sig in på marknaden och att återinträde på marknaden är omöjligt. Enligt McGee finns i en sådan situation två möjliga scenarion. Antingen kommer det dominerande företaget att införa rovpriser och tränga ut sin konkurrent, eller också kommer det större företaget att antingen köpa upp eller gå samman med konkurrenten. McGee hävdar att det senare alternativet är mer lönsamt än rovprissättning. Även om det dominerande företaget har möjlighet att efter priskampanjen ta ut monopolpriser, så finns det nämligen möjligheter att i ett mycket tidigare stadium åtnjuta dessa vinster. Om företagen går samman kan den nya enheten redan före en tänkt rovpriskampanj börja skörda frukterna av en stark marknadsställning och därmed undvika de förluster som en rovprissättning skulle innebära. Sammantaget skulle det alltså vara mer rationellt att gå samman och i varje fall skulle rovprissättning därmed alltid vara irrationell.[144]

McGees teorier har kritiserats kraftigt från flera håll. En allvarlig kritik, som följer av resonemanget enligt ryktbarhetsmodellen, vilken analyseras nedan, går ut på att de flesta fördelarna av rovprissättning visar sig först vid framtida inträden på marknaden. Om dominanten verkligen skulle köpa ut konkurrenten skulle detta kunna attrahera nya konkurrenter som etablerar sig på marknaden med låga priser enbart i syfte att bli uppköpta. Så snart fler än två aktörer läggs till på en marknad visar därför McGees teorier upp svagheter.[145]

---

[144] Se Ordover/Saloner, a.a. s. 547.

[145] Se Ordover/Saloner, a.a. s. 547. Se även Rasmusen, E., *Entry for buyout*, Journal of Industrial Economics, 1988, s. 281–299. Rasmusen framhåller i sin artikel att möjligheten att bli uppköpt visserligen kan verka till att företag etablerar sig på marknaden även om de under normala omständigheter aldrig skulle ha gjort detta p.g.a. olönsamhet. Rasmusen synes argumentera för

En annan kritik, som hämtar argument från signaleringsmodellerna, säger att dominerande företag som framgångsrikt lyckas övertyga rivaler om att utträde är den bästa metoden, följaktligen kommer att ha störst inverkan på framtida inträden. McGees teori förbiser även att konkurrensrätten sätter gränser för hur långt koncentrationen kan gå på en marknad. Det är tveksamt om konkurrensmyndigheterna skulle tillåta att marknaden på detta sätt skulle bli mer koncentrerad. Det dominerande företaget ställs inför två potentiellt olagliga sätt att bli av med konkurrenten och i det läget kommer det dominerande företaget troligtvis att välja rovprissättning eftersom denna är svårare än att upptäcka än en olaglig företagskoncentration.[146]

McGee hävdar visserligen även att reglerna om företagskoncentration motverkar rovprissättningen eftersom om ett dominerande företag lyckas driva ut konkurrenten från marknaden, så kommer dominanten att hindras från att köpa upp konkurrentens kvarvarande tillgångar, som därmed lätt kan övertas av en ny opportunistisk konkurrent. Argumentet verkar dock föga övertygande eftersom det förutsätter dels att tillgångarna är helt och fullt avsedda för den ifrågavarande branschen och dels att det är sannolikt att den nya konkurrenten kommer att ha större framgång än sin företrädare i en ny situation av rovprissättning[147]

5.4.2.2 Easterbrook om andra hjälpkällor

Easterbrook argumenterar i liknande banor som McGee och i likhet med McGee är han tveksam till om rovprissättning överhuvudtaget är ett fenomen som förtjänar uppmärksamhet. I synnerhet menar Easterbrook att ”offret”, dvs. den mot vilken rovpriserna riktas, har tillgång till en rad olika hjälpkällor genom t.ex. kapitalmarknaderna eller möjligheten att bli uppköpt av en finansiellt stark partner. Offret kan även få hjälp

---

att så snart som det finns fler företag som etablerar sig på marknaden, kan emellertid incitamenten för att etablera sig enbart för att bli uppköpta minska, eftersom det i vissa fall inte är lönsamt att ständigt köpa upp nya aktörer.

[146] Se Posner, R., Antitrust law. Chicago, 2001, s. 211 ff. Jfr även Ordover/Saloner, a.a. s. 547.

[147] Se Ordover/Saloner, a. st.

av sina kunder. Under förutsättning att marknaden agerar rationellt vet nämligen kunderna om att priserna kommer att höjas så snart deras nuvarande leverantör har slagits ut. Mot bakgrund härav finns ingen anledning att nappa på det dominerande företagets attraktiva priser, eftersom kunderna vet att dessa endast är temporära och att de kommer att få betala igen de förmånliga priserna senare när monopolsituationen är ett faktum.[148]

Easterbrook är även tämligen skeptisk till ryktbarhetsmodellen och använder som exempel ett tänkt dominerande företag med 10 olika delmarknader. Enligt ryktesmodellen skall det räcka med att genomföra rovprissättning på marknad 1 för att konkurrenterna skall avskräckas att träda in på marknaderna 2–10, eftersom dominanten genom åtgärderna på marknad 1 tillkännager att den kommer att vidta samma åtgärder även på de andra marknaderna. Det skulle alltså vara lönsamt för dominanten att genomföra samma åtgärder på resterande marknader. Om dock syftet är att skapa ett rykte krävs att det finns marknader kvar att försvara. Rovprissättning enligt ryktesmodellen skulle inte kunna fungera på marknad 10 eftersom det inte skulle finnas några marknader kvar att försvara. Om det dominerande företaget redan har genomfört rovprissättning på alla andra marknader är det enda rimliga och lönsamma – även för dominanten – vad beträffar den tionde marknaden således att samexistera med konkurrenterna. Efter detta kan konkurrenterna sedan fokusera sig på marknad 9, marknad 8 osv. ända tills man når marknad 1. Resonemanget i ryktbarhetsmodellen spricker därmed och när konkurrenterna således kan konstatera att ryktet endast bygger på tomma hot kan slutsatsen dras att rovprissättning enligt denna modell aldrig kommer att genomföras.[149]

Easterbrooks resonemang synes dock vara bakvänt i det avseendet att han förutsätter att alla konkurrenter har ”synat bluffen” alla gånger och på alla marknader där dominanten har försökt skapa sig ett rykte. Konkurrenterna skall således alltid ha perfekt information, alternativt så har

[148] Se Easterbrook, F. H., Predatory strategies and Counterstrategies, University of Chicago Law Review, 1981, s. 270 ff.

[149] Easterbrook, a.a. s. 282–286.

inte det dominerande företaget verkligen den styrka eller dominans som krävs för att konkurrensreglerna skall bli tillämpliga. Easterbrook har visserligen uppmärksammat detta förhållande, men hävdar att även det dominerande företaget kan drabbas av osäkerheten om vilken strategi och vilka möjligheter som konkurrenterna har, varför detta i sig kan motverka incitamenten till rovprissättning.[150]

Easterbrook och McGee tillämpar samma resonemang på signaleringsmodellen. De tror inte att det är sannolikt att ett dominerande företag skulle göra stora investeringar i en strategisk produktionsexpansion. Det vore helt enkelt inte lönsamt för ett dominerande företag att ge sig in i ett sådant projekt. Eftersom dominanten har en mycket högre marknadsandel kommer dominanten att förlora mycket mer än konkurrenten om priserna drivs ned till följd av överkapaciteter i produktionen. Eftersom båda parter vet om detta kommer en konkurrent aldrig att bli avskräckt från att göra en nyetablering. Likväl skulle en konkurrent kunna sluta långtidsavtal med kunder före etableringen till lägre priser än dem som erbjuds av dominanten och härigenom rida ut den storm som följer av överkapaciteten efter etableringen. Det blir med andra ord osannolikt att dominanten i det läget sänker sina priser eftersom den inte har något att vinna på det.[151]

Argumentationen är dock svag genom att den förutsätter en fullständig rationalitet hos det dominerande företaget och att konkurrenterna har fullständig valfrihet vad gäller tillgång till kapital eller en stark kundlojalitet. Det verkar tilltagset att förutsätta att verkligheten är så beskaffad.

Easterbrooks resonemang anknyter mycket starkt till de tidiga teorierna från den s.k. Chicagoskolan[152] och eftersom strategiska beteen-

---

[150] Easterbrook, a.a. s. 286.

[151] Jfr Easterbrook, a.a. s. 292 ff. och McGee, 1980, a.a. s. 310 ff.

[152] Chicagoskolan betonar framförallt marknadens inneboende kraft för självreglering och att det inte behövs interventioner från lagstiftaren. Hildebrand beskriver att Chicagoskolan antar att ”[…] competition in industrial markets even with a high concentration ratio is functioning reasonably good because of the self-regulation powers of uninfluenced industrial markets under the condition that no legal barriers exist. Different concentration ratios are only the result of different cost structures, in particular economies of scale. An increasing concentration ratio in one

den i verkligheten förekommer trots vad Easterbrooks och McGees modeller säger är detta skäl nog för att avfärda deras argument om att rovprissättning skulle vara ett irrationellt beteende. Även om de själva inte argumenterar för saken framkommer dock en förståelse för att det under vissa förutsättningar kan vara utsiktslöst att genomföra en rovpriskampanj. Om det finns situationer där rovpriser aldrig kan medföra att konkurrenter elimineras borde detta vara något som måste tas hänsyn till i den juridiska analysen.

5.4.3 The long purse/deep pocket theory

Den klassiska definitionen av rovprissättning är att ett dominerande företag i kraft av sin finansiella eller strukturella överlägsenhet sätter extremt låga priser i syfte att eliminera en eller flera konkurrenter. När konkurrenten är eliminerad kan det dominerande företaget tack vare sin monopolställning höja prisnivån över den tidigare prisnivån och därigenom återhämta de förluster som det ådragit sig förut. Vissa ekonomer hävdar att detta är ett speciellt effektivt vapen för att tränga ut konkurrenterna: Starta ett priskrig tills dess konkurrentens resurser har tömts ut. Om kostnadsstrukturen ser likadan ut hos marknadsaktörerna måste det dominerande företaget ha större resurser för att framgångsrikt kunna följa denna strategi – härav benämningen ”the long purse” eller ”deep pocket”. Flera författare har, som skall visas nedan, markerat att detta är ett rationellt beteende hos företag och därmed ett hot mot marknadseffektiviteten.

5.4.3.1 Underlägsenhet i kostnadseffektivitet och begränsade lånemöjligheter

Telser var den förste som lade fram en teori om rovprissättning som anknyter till vad som i amerikansk ekonomisk teori kallas ”the long

industry is explained with economic advantages of large-scale firms”, Hildebrand D. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 2 uppl., Haag, 2002, s. 144.

purse" eller "deep pocket".[153] Teorin liknar mycket den klassiska förklaringen till rovprissättning. Telser utgick ifrån att konkurrenters möjligheter att uppbringa eget kapital och lånefinansiering var begränsade samt att det dominerande företaget kände till denna begränsning. Vidare antog Telser att det uppstår fasta kostnader för konkurrenten för att kunna fortsätta sin rörelse. Om det dominerande företaget i det läget sänker priserna under konkurrentens rörliga kostnader kommer det att uppstå en förlust för konkurrenten, storleksmässigt i paritet med dess fasta kostnader. Om förhållandet fortsätter under en längre tid kommer konkurrentens finansiella resurser att ta slut och han tvingas därför lämna marknaden. Telser är visserligen mycket skeptisk till rovpriser eftersom det finns mycket mer lönsamma alternativ för ett dominerande företag att ta till, såsom uppköp eller samgående med konkurrenten. Telser säger att "[t]he carrying out of the threat indicates a mistake either in the valuation of assests, in the cost of predatory pricing, or in the probability of winning".[154] Rovprissättning kan dock under vissa förutsättningar vara ett rationellt alternativ genom att ett dominerande företag kan påverka köpesumman på konkurrenten genom att dränera den på tillgångar med hjälp av ett priskrig. Telser hävdar därför att om den efterföljande monopolsituationen ger det dominerande företaget möjligheter att återhämta sina förluster, så är rovprissättning inte bara möjlig, utan även ett – utifrån ett ekonomiskt perspektiv – rationellt beteende.[155]

Ordover & Saloner hävdar att om marknaden är i jämvikt och marknadsaktörerna har tillgång till perfekt information kommer dock rovprissättning aldrig att inträffa.[156] Om det dominerande företaget i ett

---

[153] Se Telser, L.G., *Cutthroat competition and the long purse*, Journal of Law and Economics, 9, 1966, s. 259–277.

[154] Telser, a.a. s. 267.

[155] Se Telser, a.a. s. 267, där han framhåller att "[a]lthough one may grant that merger is mutually advantageous to both parties, perhaps peaceful settlement encourages entry which undermines the monopoly return. To prevent this happening, it is argued, the monopolist must not only threaten predatory pricing but must actually carry out the threat from time to time to establish a record of ruthlessness and to make future threats believable."

[156] Se Ordover/Saloner, a.a. s. 548.

sådant läge skulle inleda en rovprissättning skulle konkurrenten omedelbart lämna marknaden för att kunna undvika onödiga förluster eller ge sig in i en kamp där konkurrenten vet att den kommer att förlora. Troligtvis hade konkurrenten aldrig gett sig in på marknaden om den hade kunnat förutse det dominerande företagets agerande. Ett antagande om att alla aktörer samtidigt har perfekt information och känner till alla relevanta marknadsvillkor kan i verkligheten aldrig anses vara sannolikt. Alla ekonomiska modeller är emellertid förenklingar, som bygger på vissa antaganden, och för att kunna förklara fenomenet rovprissättning är det nödvändigt att bygga modeller. Telser har genom sin modell, även om den är enkel till sin utformning, visat att rovprissättning faktiskt utgör ett trovärdigt hot mot konkurrensen, låt vara under vissa givna förutsättningar. Telsers teori visar att eftersom rovprissättning kan inträffa sedan konkurrenter träder in på marknaden kommer en sådan prissättning att ha en direkt avskräckande effekt på inträde.

5.4.3.2 Benoits modell om ofullständig information

Tillgång till perfekt information är central för att konkurrenter skall skrämmas till att avstå från etablering på marknaden. I likhet med Telser antar Benoit att aktörerna har begränsad tillgång till kapital eller finansiellt stöd och att det dominerande företaget kan överleva längre än en konkurrent i kraft av sin finansiella styrka.[157] Om det dominerande företaget väljer att inleda en rovprissättning gentemot den mindre aktören kommer båda företagen att göra förluster. Benoit hävdar att även om det dominerande företaget finner det lönsamt att endast genomföra *en* priskampanj gentemot konkurrenten, så kommer den enda marknadsjämvikten – oaktat hur länge konkurrenten kan kämpa – att ligga däri att konkurrenten avstår från inträde och att dominanten samtidigt hotar att genomföra rovprissättning inte bara under en period, utan så länge som det finns några konkurrenter kvar.

[157] Se Benoit, J.P., *Financially constrained entry into a game with incomplete information*, Rand Journal of Economics, 28: 1984, s. 490–499.

Benoit förklarar detta genom vad Ordover och Saloner kallar för en omvänd induktion: Antag att det dominerande företaget genomför prissättningen under ett antal perioder och att konkurrenten inte längre har resurser att klara ännu en period av rovprissättning. I det läget är det mest rationellt för konkurrenten att lämna marknaden innan den drar på sig ytterligare förluster. Antag så att konkurrenten befinner sig i perioden före den näst sista. Även i detta läge är det mer optimalt att undvika förlusterna i den näst sista perioden och lämna marknaden innan dessa förluster uppstår. Detta resonemang kan sedan föras bakåt ända till dess att företaget stod inför beslutet att etablera sig på marknaden, varvid det framstår som mest rationellt att undvika etablering på marknaden.[158] Om resonemanget skulle accepteras skulle det innebära att rovprissättning aldrig kommer att inträffa eftersom det inte finns någon måltavla för det dominerande företaget. Benoits slutsats är dock den motsatta. Det är nämligen mycket osannolikt att varje aktör har information om hur länge motparten kan överleva ett priskrig. Det dominerande företaget kan knappast ha full information om exakt hur mycket resurser konkurrenten har kvar eller möjlighet att skaffa. Omvänt gäller även att konkurrenten inte heller vet om det dominerande företaget kommer att fortsätta ännu en eller flera perioder med rovprissättningen eller om dominanten väljer att acceptera konkurrentens existens framför ytterligare förluster. Även om denna information skulle vara tillgänglig måste aktörerna även ha möjlighet att exakt räkna ut hur länge de står ut med priskriget och motparten måste veta att denna kunskap existerar. Om det därför accepteras att perfekt information aldrig kommer att finnas på marknaden och man släpper antagandet att informationen är lika fördelad bland aktörerna så kommer nyetableringar på marknaden att inträffa.[159]

Resultatet av ett utnötningskrig bestäms dock till sist av vem som har de största finansiella resurserna. Tillgången till kapital är således central och därför måste det mindre företagets lånemöjligheter undersökas. Om

[158] Se Ordover/Saloner, a.a. s. 549.
[159] Se Ordover/Saloner, a. st.

konkurrentens lånemöjligheter skulle vara stora – t.o.m. större än det dominerande företaget – så kommer förutsättningarna att förändras radikalt.[160]

5.4.3.3 Försämring av lånemöjligheter och minskad tillgång till riskvilligt kapital

Fudenberg och Tirole baserar en förklaring på teorier om finansiering under asymmetrisk information.[161] Antag att ett företags lånemöjligheter bygger på dess eget substansvärde. Antag vidare att det finns ett scenario med två aktörer, där den finansiellt starkare aktören i en tvåperiodsmodell genomför en rovprissättning gentemot sin konkurrent. Genom att rovprissättningen tär på konkurrentens begränsande finansiella tillgångar minskar även dess substansvärde och därmed även möjligheter att skaffa ytterligare kapital. Till sist tvingas konkurrenten ut från marknaden. För att detta argument skall vara riktigt krävs att ett företags lånemöjligheter minskar om substansvärdet faller under en viss kritisk nivå.[162] Antag t.ex. att en konkurrent inte har tillräckliga resurser att själv finansiera ett projekt, men ändå relativt stora resurser och att en kreditgivare skall finansiera återstoden av kapitalbehovet. Om konkurrenten redan är finansiellt stark kommer kreditkostnaden för banken att bli relativt låg och därmed likaså risken. Detta gör att lånekostnaden för företaget blir relativt låg. Om situationen vore den omvända och banken skulle tvingas ta större delen av finansieringen, alternativt om kreditrisken var hög, kommer även kreditkostnaden för konkurrenten att bli hög. Det innebär att ett lågt substansvärde kan utestänga ett företag från tillgång till finansmarknaderna. Resonemanget är föga kontroversiellt. Ju

[160] Jfr Ordover/Saloner, a. st.

[161] Se Fudenberg, D., Tirole J., *A 'signal-jamming' theory of predation*, 17 Rand Journal of Economics 3, s. 366–376, 1986.

[162] Jfr t.ex. den modell som är utvecklad av Gale & Hellwig i Gale, D., Hellwig, M., *Incentive-compatible debt contracts: The one-period problem*, Review of Economic Studies 1985, s. 647–663.

svagare ett bolag är finansiellt, desto mindre är sannolikheten att företaget skall erhålla större krediter.

Fudenberg-Tiroles teori understryker således grundargumenten i utnötningsmodellen: Den svaghet som en konkurrent har och som ett dominerande företag kan utnyttja kan även utestänga den från den finansiella marknaden och härigenom påskynda utträngningen av konkurrenten. Det kan alltså ifrågasättas om lånemöjligheter kan ses som ett motargument till rovprissättningens rationalitet. Hänsyn har dock inte tagits till tillgång till riskvilligt kapital, där det ställs lägre krav på säkerheter. Benägenhet för en riskkapitalist att satsa medel i ett företag torde dock vara beroende av möjligheterna att erhålla en acceptabel avkastning på investeringen. Om en riskkapitalist kan förvänta sig att ett dominerande företag kommer att tillämpa rovpriser gentemot mindre aktörer, blir investeringen mer riskfylld. Detta kan således försvåra möjligheterna att få tillgång till kapital. Långvariga kundrelationer mellan riskkapitalist och kredittagare kan motverka svårigheten att få tillgång till kapital, men rovprissättning ökar icke desto mindre risken för kreditgivaren.

Även om utnötningsmodeller kan kritiseras så är de dock verktyg för att på ett förenklat sätt visa att rovprissättning i vissa situationer kan vara möjliga.

5.4.4 Agent-Principal problematikens inverkan på rovprissättning

Företag som inte helt kan förlita sig på interna resurser måste på något sätt skaffa rörelsekapital eller finansiering från externa källor. Detta kan ske genom att ägarna skjuter till kapital, att riskkapitalister satsar medel i företaget eller genom att företaget helt enkelt tar upp ett lån hos sin bank eller annan långivare. Bolton och Scharfstein har uppmärksammat en potentiell agent-principal konflikt i relationen företag och finansiär.[163]

[163] Bolton, P., Scharfstein, D. S., *A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting*, The American Economic Review, Vol. 80, 1990, s. 93–106.

De utgår från att en riskkapitalist eller kreditgivare oftast inte tillhandahåller så mycket kapital till ett företag att det täcker hela perioden från utveckling till full produktion. I stället är det mer vanligt med ett ”*staged capital commitment*”, vilket innebär att ytterligare finansiering kan erhållas under förutsättning att företaget visar ett gott resultat eller att verksamheten går bra. Om det skulle visa sig att verksamheten presterar under förväntningar minskar benägenheten för kreditgivaren eller riskkapitalisten att tillhandahålla mer kapital.[164]

Orsakerna till varför en stegvis finansiering används är dels att entreprenörer, som tror på sin verksamhet, accepterar sådana finansieringslösningar, eftersom det finns möjlighet att återkomma för ytterligare förmånlig finansiering. En annan orsak är att det minskar risken för problem mellan långivare och låntagare. Genom att framtvinga en avrapportering och utvärdering av prestationerna från företaget innan nytt riskkapital tillförs, så ges principalen (riskkapitalisten) möjlighet att kontrollera att agenten (företagsledningen) använder kapitalet enbart för sina egna intressen. Skulle ett sådant problem uppdagas kan riskkapitalisten hota med att dra in ytterligare finansiering. Vetskapen om detta gör att företagsledningen inte använder kapitalet för att berika sig själv på principalens bekostnad.[165]

Att företaget presterar bra resultat är avgörande för möjligheterna att erhålla fortsatt finansiering. Omvänt gäller att konkurrenterna därigenom har ett incitament att se att företaget är lågpresterande för att härigenom begränsa företagets möjligheter att få fortsatt finansiering. Utebliven finansiering kan medföra att företaget måste lämna marknaden i förtid. Ett dominerande företag kan ha stora incitament att försöka försämra konkurrenternas ekonomiska prestationer eller utvecklingsmöjligheter genom rovprissättning. Konkurrenterna kan försöka motverka detta genom att förmå riskkapitalisterna att tillhandahålla mer kapital, vilket skapar ökade problem ur principal-agent synpunkt. Bolton & Scharfstein hävdar därför att:

---

[164] Se Bolton/Scharfstein, a.a. s. 98.
[165] Se Bolton/Scharfstein, a.a. s. 93, 98.

> ”There is a tradeoff between deterring predation and mitigating incentive problems; reducing the sensitivity of the refinancing decision discourages predation, but exacerbates the incentive problem”[166]

Bolton och Scharfsteins modell visar att principal-agent problematiken kan ge upphov till rationell rovprissättning. De finansiella kontrakt som minimerar principal-agent problematiken maximerar samtidigt incitamenten för ett dominerande företag att genomföra en rovprissättning.[167] Modellen visar att det inte i första hand är fråga om en enkel beräkning av ett pris/kostnadsförhållande. Det räcker med att kreditgivarna uppfattar sin låntagares möjligheter att lyckas på marknaden felaktigt för att skada skall kunna inträffa.[168]

Till skillnad från teorierna som bygger på signalering är det i detta fall inte fråga om att övertyga konkurrenten om att det är olönsamt att stanna kvar på marknaden. Alla aktörer vet att det är lönsamt att stanna kvar på marknaden, men rovprissättningen går ut på att försvåra för konkurrenterna genom att dränera dem på likvida medel eller skapa en onaturlig konkurrenssituation som får till effekt att kreditgivarna håller tillbaka ytterligare finansiering. Härigenom lyckas det dominerande företaget med att tvinga konkurrenten att lämna marknaden.[169]

5.4.4.1 Beviskrav för fastställande av finansiellt rovbeteende

Bolton m.fl. anser att det krävs fem olika villkor uppfyllda för en trovärdig teori om rovbeteende, ägnad att sätta ned konkurrentens finansieringsförmåga.[170] För det första måste konkurrenten vara beroende av

---

[166] Bolton/Scharfstein, a.a. s. 93. Se även Bolton, m.fl. 2000, a.a. s. 2288, där författarna framhåller att ”[…] the lending contract that minimizes agency problems will maximise the incentive to prey”.

[167] Bolton/Scharfstein, a.a. s. 104.

[168] Angående rationaliteten rent generellt att höja konkurrenternas kostnader, se Salop, S. C., Scheffman, D. T., *Raising Rivals' Cost*, American Economic Review, 1983, s. 267–271.

[169] Bolton/Scharfstein, a.a. s. 104. För en utveckling av Bolton och Scharfsteins resonemang, se Maurer, B., *Innovation and investment under financial constraints and product market competition*, International Journal of Industrial Organization, 1999, s. 455–476.

[170] Se Bolton m.fl. 2000, s. 2290–2291.

extern finansiering – annars uppkommer ju inget agent-principalproblem. För det andra måste konkurrentens möjlighet till extern finansiering vara beroende av dess initiala utveckling. I praktiken är detta ett relativt naturligt villkor. Om t.ex. en långivare ser att företaget har ett uthålligt negativt kassaflöde kan det bli svårare för företaget att erhålla fortsatt finansiering. Andra faktorer kan även ha betydelse i sammanhanget såsom t.ex. resultatutveckling eller vilken position som företaget har uppnått på marknaden. För det tredje måste rovbeteendet försämra konkurrentens utveckling tillräckligt för att hota dess fortsatta finansiering och överlevnad. Vidare, och för det fjärde, måste det dominerande företaget (the predator) förstå att konkurrenten är beroende av extern finansiering. Kravet kan verka självklart och torde väl lätt kunna påvisas i de flesta fall. Ett marknadsledande företag kan inte verka helt ovetande om att konkurrenterna är beroende av extern finansiering om det t.ex. framgår av årsredovisningar att de har externa skulder. I vissa fall kan det emellertid vara mer svårbedömt. Situationen kan vara den att ett dominerande företag möter konkurrens från ett litet dotterbolag till ett stort multinationellt företag utan egna skulder och ständigt växande eget kapital. För det femte, slutligen, måste det dominerande företaget kunna finansiera rovprissättningen med eget kapital eller också måste det ha avsevärt bättre tillgång till extern finansiering än konkurrenten. Om rovprissättningen skulle bli avsevärt mer kostsam för det dominerande företaget än för den mindre konkurrenten och dominantens finansiärer inte vill tillskjuta medel för att täcka förlusterna kommer rovprissättningen slutligen att få mycket begränsade konsekvenser. I realiteten torde dock de flesta dominerande företag på en marknad vara avsevärt bättre rustade än sina mindre konkurrenter – detta ligger trots allt i sakens natur när ett företag har uppnått marknadsdominans.

5.4.5 Modeller som bygger på ryktbarhet

McGees tidiga modell från 1958 har fått utstå en hel del kritik, framförallt mot bakgrund av att den endast analyserar en tänkt marknad med en dominerande aktör och en mindre konkurrent. Läget kan emellertid bli

annorlunda om det dominerande företaget har flera konkurrenter på samma eller skilda marknader.[171]

5.4.5.1 Seltens modell om kedjebutiker

Selten utvecklade 1978 en modell som han kallade ”*the chain-store paradox*”, som i korthet visar att ett agerande på en marknad inte nödvändigtvis har effekt på andra marknader.[172] Modellen, som är en vidareutveckling av ”fångarnas dilemma”[173] bygger på en tänkt marknad där ett dominerande kedjeföretag har butiker i 20 olika städer. I varje stad finns en mindre konkurrent som just nu inte har ekonomiska resurser att konkurrera ytterligare med den stora kedjan. Antag att någon given konkurrent, t.ex. på marknad 1 har tjänat tillräckligt med kapital och nu står inför valet att antingen expandera med ännu en butik eller att låta bli och investera pengarna i något annat projekt. Antag vidare att samtliga konkurrenter kommer i samma situation som konkurrent 1 och att detta sker i sekvens efter varandra.

---

[171] Yamey uttrycker t.ex. att ”[t]he agressor will, moreover, be looking beyond the immediate problem of dealing with its current rival. Alternative strategies for dealing with that rival may have different effects on the flow of future rivals. A policy of preserving monopoly by buying-up rivals may possibly by inferred from the purchase of a particular rival; and the purchase may then have the unfortunate effect of encouraging potential entrants to enter and to offer themselves as willing sellers, thereby progressively diluting the original owners’ share of the monopoly profits. A policy of using predatory pricing, either regularly or occasionally, is likely to have a more discouraging effect.” Yamey, a.a. s. 131.

[172] Angående detta avsnitt, se Selten, R. *The Chain Store Paradox*, i Theory and Decision 9 (1978) s. 127-159.

[173] Fångarnas dilemma är ett spelteoretiskt begrepp som utgår från att två företag, A och B, skulle tjäna mer på att samarbeta om priser och hålla dem så höga som möjligt. Eftersom kartellsamverkan inte är tillåten måste företagen fatta beslut om sina priser på egen hand. Om A försöker hålla ett högt pris finns alltid risken att B sätter ett lägre pris och får en stor del av marknaden samtidigt som B:s vinster ökar dramatiskt på A:s bekostnad. Samma förhållande gäller även om A skulle sätta ett lågt pris. Även om båda företagen skulle tjäna på att hålla ett högt pris, så har vart och ett av företagen ett incitament att sätta lägre priser eftersom, om bara ett av företagen genomför en aggressiv prissättning, så kommer detta att ge en mycket högre vinst än vid samarbete. När båda företagen vet om detta kommer priserna att bli låga från båda företagen, eftersom båda annars riskerar att förlora hela marknaden.

Om konkurrent 1 väljer att etablera en ny butik på marknaden kommer konkurrensen att öka och det dominerande företaget kan inte långsiktigt behålla monopolpriser på marknaden. Utifrån det dominerande företagets perspektiv vore det därför bäst om konkurrenten inte valde att etablera sig överhuvudtaget. Om konkurrenten ändå väljer att göra en etablering ställs det dominerande företaget inför två val. Antingen väljer den större kedjan att acceptera inträdet och har därmed även valt att acceptera samma eller liknande prisnivåer som konkurrenten och härigenom dela vinsterna med sina konkurrenter. Det andra alternativet är att försöka konkurrera ut det mindre företaget, vilket med säkerhet kommer att leda till att konkurrenten slås ut.

Antag att resultatet av konkurrent 1:s beslut ser ut som följer:[174]

Konkurrentens beslut	**Kedjeföretagets svar på konkurrentens beslut**	**Konkurrentens avkastning**	**Kedjeföretagets avkastning**
Etablera nytt	Acceptera	2	2
Etablera nytt	Rovprissättning	0	0
Avstå etablering	**-**	**1**	**5**

Av tabellen följer att det dominerande företaget alltid föredrar monopolsituationen framför etablering. Om nu konkurrenten ändå väljer att etablera framgår det att eftersom rovprissättning är ett kostsamt äventyr, är det bättre att acceptera den nya situationen. Antag att konkurrent 2 sedan står inför samma beslut och att tabellen ser likadan ut för marknad 2. Nu uppkommer frågan om det ändå vore bättre att i första läget sätta rovpriser – trots att utfallet är det sämsta tänkbara – i hopp om att skrämma konkurrent 2 från att etablera sig på marknad. Om dominanten lyckas med att skrämma konkurrent 2 till att avstå från etablering gör kedjeföretaget totalt sett en vinst. Så snart konkurrent 2 introduceras i spelet uppstår därför ett incitament för kedjeföretaget att genomföra rovprissättning. Nu uppstår emellertid paradoxen: Spelet ändrar sig inte

[174] Se Selten, a.a. s. 129.

för konkurrent 2. Även om monopolställningen ger högre avkastning för dominanten gäller detta bara om konkurrent 2 avstår från etablering. Om konkurrent 2 ändå etablerar sig ställs dominanten inför ett *fait accompli* och måste i det läget ta ställning till hur den skall möta den tillkommande konkurrensen. Som framgår av tabellen är den bästa strategin återigen att acceptera etableringen. Om nu acceptans av konkurrens på marknad 2 är den bästa lösningen finns det heller ingen mening i att inleda en rovprissättning på marknad 1 i syfte att avskräcka etablering. Konkurrent 2 inser detta och etablering blir det mest rationella beslutet. Acceptans av konkurrenterna kommer därför att bli den bästa lösningen ända tills man når den 20:e marknaden och spelet avslutas. Innebär detta att rovprissättning på en marknad aldrig kan få effekter på en annan marknad? Rent intuitivt verkar ett sådant resonemang ologiskt. Så snart tidsordningen i vilken konkurrenterna etablerar sig på marknaden blir slumpmässig eller om det dominerande företaget tidigt i processen inleder en aggressiv prissättning så undviks paradoxen. Scherer och Ross säger bl.a. att

> ”If potential entrants estimate the probability that an incumbent will fight additional entry, rationally or irrationally, on the basis of the behaviour they observe in connection with early entry attempts, then it may pay the incumbent to react to early entries by fighting, despite the loss of profits in the markets entered”[175]

Om det dominerande företaget således reagerar snabbt och kraftfullt mot varje försök till marknadsetablering, kommer detta att betala sig på andra marknader, där konkurrenterna avstår från etablering av rädsla för att bli utsatta för rovprissättningen. Nästa konkurrent som står i tur att etablera sig vet att liknande etableringar alltid har mötts av rovpriser. I det läget antar konkurrenten att även han kommer att bli utsatt för samma prissättning och avstår därför från etablering.

[175] Scherer F. M., Ross, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3 uppl., Dallas, Texas 1990, s. 387.

5.4.5.2 Rovprissättningens effekter vid ett större antal konkurrenter

Milgrom och Roberts visade att om det dominerande företaget möter ett flertal konkurrenter kommer rovprissättning att vara en lönsam strategi.[176] Om den första etableringen möts av acceptans, kommer alla efterföljande etableringar att bli likadant bemötta eftersom trovärdigheten i rovprissättningen annars faller. Det gäller således för dominanten att tidigt kväsa etableringar, eftersom detta ger en avskräckande effekt bland konkurrenterna. Teorin har dock svagheter eftersom trovärdigheten av rovprissättningen minskar om det dominerande företaget skulle missa att bemöta någon etablering. Om det dominerande företaget möter ett begränsat antal konkurrenter blir rovprissättningen omedelbart mer effektiv. Även om det dominerande företaget totalt sett endast har resurser att slåss mot ett begränsat antal konkurrenter är det ingen av konkurrenterna som med säkerhet kan veta om prissättningen kommer att riktas mot just den eller någon annan. Osäkerheten kan göra att etableringsrisken blir hög, vilket kan förmå konkurrenterna att avstå från inträde på marknaden. Det är framförallt den asymmetriska fördelningen av information som ger upphov till incitament att tillämpa rovprissättning:

> ”[…] the informational asymmetry gives the entrants reason to forecaset [sic!] future actions on the basis of past behavior. This in turn gives the establishes [sic!] firm reason to prey in order to build a reputation which leads future entrants to predict that they too are likely to meet predation”[177]

Osäkerheten från konkurrenterna kan ha flera orsaker bl.a. genom att de inte vet exakt vilka marknadsvillkoren är, eller om agerandet mot dem i själva verket är en del av en större plan från det dominerande företaget. Det är inte heller säkert att det dominerande företaget agerar helt rationellt. Enligt Milgrom och Roberts kan två faktorer leda till att ett dominerande företag får ett rykte om sig att tillämpa rovpriser: Dels den

[176] Milgrom, P., Roberts J., *Predation, reputation and entry deterrence*, Journal of economic theory, 1982, s. 280-312.
[177] Milgrom/Roberts, a.a. s. 302.

asymmetriska fördelningen av information, dels upprepade handlingar där konkurrenterna har möjlighet att observera tidigare beteenden.[178]

Milgrom och Roberts framhåller att slutsatserna för en konkurrensrättslig analys är klara. I situationer som omfattar flera marknader kan rovprissättning vara en rationell strategi som avskräcker konkurrenter från inträde på marknaden och därmed stärker monopolet.[179] Det går inte att generellt avfärda rovprissättning som ett irrationellt beteende.

> ”Thus, any tendency to discount the likelihood or significance of predation on the basis of its presumed irrationality should be checked when there are multiple markets which might reasonably be regarded by potential entrants as similar. […] Firms serving several geographically distinct markets are only one case where the model and its conclusions might apply. Firms with broad product lines or those in which on-going technological change yields a patter of new production introduction over time are others. In this context, it is worth noting explicitly that predation will only rarely need to be practiced. The credible threat of predation will deter all but the toughest entrants […], and so the occasions when the firm will be called upon to carry out its threat will be infrequent”.[180]

Alla antaganden hittills har hanterat situationer där aktörer är mycket rationella i sina beslut, osäkerheten är låg och tillgången till information är hög. Om tabellen skulle ändras något och man fick följande utseende blir situationen emellertid en helt annan

[178] Milgrom/Roberts, a.a. s. 304.
[179] Milgrom/Roberts, a.a. s. 303.
[180] Milgrom/Roberts, a.a. s. 303–304.

Konkurrentens beslut	**Kedjeföretagets svar på konkurrentens beslut**	**Konkurrentens avkastning**	**Kedjeföretagets avkastning**
Etablera nytt	Acceptera	2	2,1
Etablera nytt	Rovprissättning	0	2,2
Avstå etablering	**-**	**1**	**5**

Kedjeföretagets avkastningsresultat kan bero på att antingen är sannolikheten för ett bra utfall av rovprissättning på den enskilda marknaden hög eller också agerar det dominerande företaget irrationellt och sätter rovpriser trots att det egentligen inte tjänar något på det. Om det bortses från irrationella beteenden visar modellen ändå att mycket små sannolikheter kan leda till att rovprissättning blir den föredragna strategin så snart det är frågan om att försvara flera marknader.[181] Detta kommer av att konkurrenterna inte har information om var dominanten kommer att slå till nästa gång och att dominanten bygger upp ett rykte att möta tillkommande konkurrens aggressivt. Även om rovprissättningen inte är lönsam så kommer dominanten att bygga upp ett namn om sig som en hård motståndare, vilket inte bara kan avskräcka etablering utan även få starka konkurrenter att vänta med etableringar. Sammantaget uppstår därmed nationalekonomisk välfärdsförlust. Eftersom rovprissättningen enligt denna modell i många fall kan visa sig vara en framgångsrik strategi – oavsett om företaget agerar rationellt eller inte – visar det på att konkurrensvårdande myndigheter måste hantera problemet med rovpriser.

5.4.5.3 Beviskrav för fastställande av rykteseffekt

Bolton, Brodley och Riordan ställer upp en rad skilda krav för att ett rovbeteende skall kunna fastställas enligt ryktesmodellen. Samtliga kri-

[181] Denna teori har framförallt beskrivits av Kreps, D., och Wilson, R., *Reputation and imperfect information*, i Journal of Economic theory, 1982, s. 253–279 och av Kreps, D., Milgrom, P., Roberts, J. och Wilson, R., *Rational cooperation in the finitely-repeated prisoners' dilemma*, i Journal of Economic Theory, 1982, s. 245–252.

terier måste vara uppfyllda och effekterna måste kunna styrkas med faktisk bevisning ex post. Det måste även kunna styrkas att det finns marknadsvillkor som gör återhämtning möjlig i ljuset av strategin i fråga.[182]

Det dominerande företaget måste inledningsvis vara verksamt på flera marknader och möta lokal (geografiskt begränsad) eller produktbegränsad konkurrens. Alternativt kan det vara ett dominerande företag som är verksamt på en enskild marknad, men där konkurrenterna etablerar sig successivt över tiden. För att rykteseffekter skall kunna uppkomma krävs alltså två skilda marknader som är åtskilda geografiskt/produktmässigt eller över tiden. På den ena marknaden genomförs rovbeteendet och effekten uppkommer på den andra.[183]

Rykteseffekten måste, för det andra, antingen förstärka någon annan rovstrategi som det dominerande företaget sysslar med eller också skall effekten vara baserad på en upplevd sannolikhet att ett dominerande företag som en gång möter etableringar med låga priser kommer att upprepa agerandet i framtiden. Rykteseffekten kan vara stark när den kombineras med ett annat agerande. Sedda ensamma och utan att något agerande kan påvisas blir emellertid ryktesteorierna svagare och det kommer att krävas stark bevisning om att företaget har kunnat återhämta förlusterna och att det dessutom finns övertygande bevisning om att företaget följt en medveten strategi.[184]

För det tredje måste företaget följa en medveten strategi att skapa en rykteseffekt. En uttalad och systematisk strategi måste således fastställas. Ett sådant agerande kan styrkas genom bevisning av en plan att skapa en rykteseffekt eller genom att sprida eller innehålla information om att en konkurrents etablering misslyckats p.g.a. det dominerande företaget prissättning. Vidare kan det dominerande företaget försöka undertrycka information som kan motbevisa rykteseffekten genom att t.ex. göra upp i godo med konkurrenter som klagar eller helt enkelt köpa

[182] Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2302–2303. Se även Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan M. H., Predatory Pricing: *Response to Critique and Further Elaboration*, The Georgetown Journal, 89, 2001, s. 2528–2529.

[183] Se Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2303.

[184] Se Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2303.

upp dem. Mer viktigt är dock om det kan påvisas ett rovbeteende på flera marknader över en längre tidsperiod, vilket stärker uppfattningen som det dominerande företaget vill skapa om sig.

Slutligen krävs att potentiella konkurrenter ser att andra företag lämnar marknaden eller andra konkurrenssnedvridande effekter av det dominerande företagets agerande på den aktuella marknaden. Konkurrenterna behöver alltså inte ha kunskap om det dominerande företagets exakta strategi, det räcker med att det är allmänt känt att det dominerande företagets prispolitik får denna effekt.

5.4.6 Modeller om kostnadssignalering

Den ekonomiska teorin bakom kostnadssignalering går i stor ut på att det dominerande företaget drastiskt sänker sina priser för att vilseleda konkurrenten att tro att det dominerande företaget har låga kostnader. De låga kostnaderna skulle kunna göra att konkurrenten uppfattar vinstmöjligheterna som alltför små eftersom den inte kan konkurrera med det större företaget och lämnar därför marknaden eller avstår från fortsatta etableringar.[185]

Tillgång till perfekt information i alla perioder är inte ett realistiskt antagande. Vidare har de tidigare modellerna mer beskrivit situationen där nyetablering skall ske på en marknad. I många situationer möter dominerande företag konkurrens från redan etablerade företag. Det dominerande företaget kan tänkas vilja konkurrera ut dem eller motverka deras tillväxt. Hur framgångsrik är en rovprissättningsstrategi gentemot sådana företag?

Det behöver inte nödvändigtvis vara så att konkurrenten skall drivas ut genom en aktiv priskampanj, utan det kan vara mer lönsamt att indirekt förmå den att lämna marknaden. Om konkurrenten inte lämnar marknaden kan ett andrahandsalternativ vara att förmå konkurrenten att minska sin volym och därmed sina marknadsandelar. Båda dessa åtgärder gör att konkurrentens uppfattning om lönsamheten på den aktuella

[185] Se Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2318 ff.

marknaden blir låg – något som därmed gör konkurrenten sårbar och objekt för ett eventuellt övertagande eller indirekt framtvingat samgående med dominanten. Även om McGee finner rovprissättning ekonomiskt oförnuftigt visar signaleringsmodellen att även mer subtila former av rovprissättning kan ge upphov till oönskade konkurrensbegränsande effekter. Signaleringsmodellerna bygger på ofullständig information, något som lika gärna kan bytas ut mot osäkerhet eller hinder att upptäcka marknadsskeenden.[186]

Antag att det finns ett dominerande företag som har konstanta marginalkostnader som antingen är höga ($f_{högkostnad}$) eller låga ($f_{lågkostnad}$). Antag vidare att konkurrenten tror med sannolikheten p att dominantens verkliga kostnader är = ($f_{lågkostnad}$). Förenklat går det att tänka sig ett spel med två perioder, där konkurrenten kan lämna marknaden efter första perioden. Antag härutöver att företagen använder utbudsmängden som strategisk variabel. I modellen[187] antas det att konkurrenten vill dra sig ur marknaden om den måste konkurrera med en dominant med låga kostnader, dvs. om

$$\pi_{konkurrent}(f_{lågkostnad}, k_{kostnad}) < 0 < \pi_{konkurrent}(f_{högkostnad}, k_{kostnad})$$

där $\pi_{konkurrent}$ får beteckna konkurrentens vinster och $k_{kostnad}$ konkurrentens kostnader. I detta läge vore det bästa alternativet för det dominerande företaget att övertyga konkurrenten om att det har mycket låga kostnader. Om det dominerande företaget lyckas med att övertyga konkurrenten om detta kommer den senare att lämna marknaden, utan att någon rovprissättning behöver göras. Det dominerande företaget kan sedan åtnjuta en monopolställning i den efterföljande perioden. Så långt liknar modellen den som har presenterats av Milgrom och Roberts.

---

[186] Jfr bl.a. Riordan, M. H., *Imperfect information and dynamic conjectural variations*, Rand Journal of Economics, 1985, som framhåller att ”a firm perceives that an increase in its output will lower the current market-clearing price, which will cause rival firms to think that the demand curve has shifted down, and hence induce them to lower their outputs in the future” (s. 41) och Fudenberg, D., Tirole J., *The Fat-Cat Effect, The Puppy-Dog ploy, and the Lean and Hungry Look*, American Economic Review, 1984, s. 361–366.

[187] Se Ordover/Saloner, a.a. s. 556 ff.

Skillnaden ligger emellertid däri att i signaleringsmodellen finns konkurrenten redan på marknaden. För att få konkurrenten att lämna marknaden kan härutöver det dominerande företaget öka sin produktionsvolym vilket gör att priserna faller temporärt p.g.a. det ökade utbudet och konkurrenten måste lämna marknaden.

Analysen blir i sig emellertid komplicerad när det dominerande företaget möter en etablerad konkurrent. En avgörande fråga för det dominerande företaget är hur stor mängd som måste produceras för att konkurrenten skall lämna marknaden. Eftersom det finns två producenter på marknaden kommer den kritiska totala marknadsvolymen att vara beroende av båda företagens produktionsbeslut. Produktionsbesluten är emellertid inte oberoende av varandra. Vad konkurrenten vill producera är beroende av vad det dominerande företaget producerar. Ordover och Saloner[188] använder ett beräkningsexempel för att visa detta.

Antag att efterfrågan på en marknad är helt linjär och efterfrågefunktionen är $P = a - bq$, där q är branschens totala volym. Låt sedan $\underline{q}_1$ och $\overline{q}_1$ beteckna volymvalet som görs av ett lågkostnads- respektive högkostnadstyp av dominerande företag. Sannolikheten för att konkurrenten tror att det dominerande företagets verkliga kostnader är samma som $\underline{c}_1$ är p. Konkurrenten kommer därmed att välja volymen q_2.

$$p\left\{\left(a - b(\underline{q}_1 + q_2)\right)q_2 - c_2 q_2\right\} + (1-p)\left\{\left(a - b(\overline{q}_1 + q_2)\right)q_2 - c_2 q_2\right\}$$

(Ekvation 1)

Om funktionen maximeras med hänsyn till q_2 och flyttas om, erhålles ekvationen för den bästa responsen: $q_2 = (a - c_2 - b(p\underline{q}_1 + (1-p)\overline{q}_1))/2b$, vilket betyder att konkurrentens volym är beroende av volymen både från en hög- och lågkostnadsdominant. Detta innebär att lågkostnadsdominantens volym måste vara tillräckligt stor så att högkostnadsdominanten föredrar att avslöja sin karaktär och inte fingera en lågkostnadsdominant, dvs.

$$(a - b(\overline{q}_1 + q_2) - \overline{c}_1)\overline{q}_1 + \delta\pi_1^c(\overline{c}_1, c_2) > (a - b(\underline{q}_1 + q_2) - \overline{c}_1)\underline{q}_1 + \delta\pi_1^m(\overline{c}_1)$$

(Ekvation 2)

[188] Se Ordover/Saloner, a.a. s. 557 ff

där $\pi_1^m(\bar{c}_1)$ är det dominerande företagets monopolvinster i andra perioden när det är en högkostnadsdominant och $\bar{q}_1$ är högkostnadsdominantens ”vanliga” produktionsvolym. Detta är helt enkelt volymen som maximerar $\bar{q}_1(a-b(\bar{q}_1+q_2)-\bar{c}_1)$, dvs.

$\bar{q}_1 = (a - bq_2 - \bar{c}_1)/2b$ (Ekvation 3)

Lågkostnadsdominanten kommer att välja $\underline{q}_1$ för att maximera $(a-b(\underline{q}_1+q_2)-\underline{c}_1)\underline{q}_1$ med hänsyn tagen till ekvation 2. Om ekvation 2 skulle vara en bindande konstant kommer produktionsnivåerna för låg- och högkostnadsdominanten samt konkurrenten att fås genom att lösa alla ekvationerna 1, 2 och 3 samtidigt. I en jämviktssituation kommer lågkostnadsdominantens volym alltid att vara högre än i en en-periods modell eftersom det dominerande företaget är berett att producera mer för att ge en trovärdig signal om rovprissättning. Om lågkostnadsdominanten kommer att producera mer går konkurrentens produktionsvolym ner om högkostnadsdominantens volym hålls konstant (jfr ekvation 1). Detta betyder dock i sin tur att om högkostnadsdominanten kommer att vilja producera mera eftersom utrymme ges för detta när konkurrenten minskar sin volym (jfr ekvation 2).

Ordover och Saloners slutsats av denna uträkning är att såväl en högkostnads- som en lågkostnadsdominant kommer att producera mer i period 1 (fastän högkostnadsdominanten inte signalerar rovprissättning) och konkurrenten kommer att producera mindre. Konkurrenten kommer att skrämmas till att minska sin produktionsvolym eftersom han tror att han möter en lågkostnadsdominant och att denna skulle kunna inleda ”rovproduktionsökning”. När konkurrenten sänker sin volym ger det i sin tur incitament för högkostnadsdominanten att öka sin produktionsvolym.

I en annan modell av Roberts är informationen begränsad beträffande efterfrågan istället för kostnaderna.[189] Konkurrenten ser i modellen inte hur hög det dominerande företagets produktionsvolym är, utan observerar endast marknadspriset. Konkurrenten kan endast avgöra om efterfrå-

[189] Se Roberts, J., *A signaling model of predatory pricing*, Oxford Economics Papers Issue Supplement: Strategic Behviour and Industrial Competition, 1986, s. 75–93.

gan är hög eller låg utifrån marknadspriset. Ett lågt marknadspris indikerar en låg efterfrågan, medan ett högt pris indikerar motsatsen. Låga priser indikerar låg lönsamhet, vilket kan föranleda konkurrenten att lämna marknaden. Att helt lämna marknaden är givetvis det mest definitiva som kan drabba en konkurrent. Även om det inte är optimalt för konkurrenten att helt lämna marknaden har det dominerande företaget en drivkraft att öka produktionsvolymen (vilket sänker marknadspriset). Fastän konkurrenten inte kommer att lämna marknaden är det optimalt för det dominerande företaget att få konkurrenten att tro att dominanten har låga kostnader istället för höga kostnader.[190]

5.4.6.1 Beviskrav för fastställande av kostnadssignalering

För att teorin om kostnadssignalering skall kunna användas i en juridisk analys krävs enligt Bolton, Brodley och Riordan att vissa grundkriterier kan bevisas. Att det dominerande företaget ägnar sig åt kostnadssignalering är i sig inget olagligt, men kan vara en viktig del av ett test för olaglig rovprissättning.[191]

Inledningsvis krävs att en händelse har inträffat, som är känd av konkurrenten och som skulle ha gjort det möjligt för det dominerande företaget att avsevärt sänka sina rörliga kostnader. Någon form av produktutveckling, ny företagsledning, besparingsprogram etc. måste ha inträffat som konkurrenten uppfattar som en förutsättning för att det dominerande företaget har eller kommer att ha låga kostnader. Om det inte är allmänt känt i branschen måste t.ex. konkurrensmyndigheten kunna styrka att konkurrenten hade kännedom om någon form av objektiv utlösande faktor för låga kostnader.

För det andra måste det dominerande företaget ha sänkt sina priser i nära anslutning till händelsen som beskrevs i första kriteriet. Prissänkningen måste ligga tillräckligt nära för att en utomstående skall misstänka att prissänkningen härrör från den kostnadssänkande händelsen.

---

[190] Detta följer även av ekvation 1.

[191] Se Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2320 ff.

För det tredje krävs att konkurrenten på basis av de första två kriterierna kunde göra den rationella bedömningen att det dominerande företaget har sänkt sina kostnader och att tidigare prissänkningar har berott på avsevärda reduceringar av kostnader. Huruvida konkurrenten kan ha denna uppfattning utgår endast från vilken bedömning en normalt rationell konkurrent skulle göra, inte från om just konkurrenten som drabbas uppfattar det. Om det t.ex. är allmänt känt i branschen att det dominerande företaget verkligen inte har sänkt sina kostnader, men konkurrenten i fråga tror det, så kan någon signaleringseffekt inte anses föreligga. Faktorer som kan styrka uppfattningen att prissänkningen är ett rovbeteende kan vara att det dominerande företaget går ut med osann information om att det har minskat sina kostnader, utvecklat nya processer, undervärderat kostnader i redovisningen eller att det på något sätt kan påvisas en plan att företaget genomför kostnadssignalering.

Slutligen krävs att prissänkningen är tillräckligt stor så att konkurrenten måste lämna marknaden eller begränsa expansionen till andra marknader.

5.4.7 Teori om rovbeteende på testmarknader

I vissa fall kan en konkurrent välja att etablera sig på en testmarknad för att kunna lära sig mer om marknadsvillkoren och härigenom kunna lägga upp en större etablering på rätt sätt. En fullskalig etablering kan vara mycket kostsam och om inte efterfrågan är hög eller om konkurrenten inte ser möjlighet att hålla en viss prisnivå, så kommer heller ingen etablering att ske. Resultatet på testmarknaden blir därför avgörande för konkurrentens fortsatta etableringar. Om det dominerande företaget känner till konkurrentens strategi kan det ur dominantens perspektiv vara rationellt att sänka priserna bara på testmarknaden för att sålunda hindra att konkurrenten korrekt observerar hur efterfrågan ser ut.[192]

[192] Se Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2311 ff.

5.4.7.1 Beviskrav för fastställande av rovbeteende på testmarknader

Det dominerande företaget måste för att uppfylla ett första beviskrav för rovbeteende på testmarknader se att konkurrenten försöker att etablera sig på en avgränsad produktmarknad eller geografisk marknad med en ny produkt/tjänst eller varumärke. Dessutom måste det dominerande företaget sänka sina priser på sin egen konkurrerande produkt eller varumärke efter konkurrentens lansering eller i förväg när konkurrenten är på väg att etablera sig på testmarknaden. Vidare måste det dominerande företagets prissänkning på testmarknaden skilja sig från den prispolitik som företaget för på andra marknader där företaget möter konkurrens. Slutligen måste prissänkningen medföra att konkurrenten inte får tillgång till korrekt information om efterfrågevillkoren under normala marknadsvillkor.[193]

5.5 Test för fastställande av rovpriser

De olika modellerna visar att rovprissättning inte är ett väldefinierat problem som kan förklaras med enkla variabler. Konkurrenslagstiftningen är satt att upprätta vissa ekonomiska målsättningar, där effektivitet och bibehållande av konkurrensen är centrala kriterier. I ekonomisk litteratur har rovprissättning diskuterats åtminstone sedan 1950-talet. Någon större enighet kan inte observeras bland ekonomer, men det är dock tydligt att rovprissättning uppfattas som ett verkligt problem, låt vara på skilda grunder.

De förenklade modellerna visar tydligt att användning av rovpriser verkligen kan vara ett rationellt beteende hos ett dominerande företag. Vad som är viktigare är att konkurrensen kan skadas allvarligt även vid de mer subtila ageranden som påvisats ovan.

Ur juridisk synvinkel ger teorierna om rovprissättning liten vägledning om hur ett enskilt fall skall bedömas, men de ger en god inblick i hur omfattningen av ett test om konkurrensbegränsande beteende bör se

[193] Se Bolton m.fl. 2000, a.a. s. 2313–2314.

ut. Om Ordover och Saloners definition skulle användas bör konkurrensrätten undersöka och beivra sådant affärsbeteende som

> ”would be deemed anticompetitive if it were to injure competitors and reduce the level of long-run social welfare relative to the level that would be attained in the absence of the complained-of conduct or business tactic”.[194]

Ett uppenbart problem med att göra ett test som täcker in alla konkurrensbegränsande beteenden är naturligtvis att ett ansenligt antal variabler måste beaktas för att komma fram till rätt svar. Att finna ett test som garanterar marknadsjämvikt eller den bästa effektiviteten på marknaden är givetvis mycket svårt. Ordover och Saloner framhåller att när teorierna och modellerna skiljer sig åt har det varit svårt att finna ett generellt test.[195] Frågan är om det egentligen finns ett perfekt test för att kunna avgöra om en prissättning är för låg. De skilda ekonomiska teorierna målar upp en relativt komplicerad bild av rovprissättning, men konkurrenslagstiftningen är trots allt tillkommen för att reglera ekonomiskt beteende och därför kan det ur juridisk synvinkel vara intressant att se hur ekonomer skulle utforma ett test för rovprissättning. Det vore olyckligt om ett praktiskt och bra juridiskt test inte skulle leda till rätt ekonomiskt resultat, dvs. att ett test formuleras som ger ”good law based upon bad economics”.[196] Den ekonomiska teorin har utvecklats mycket beträffande rovprissättning sedan 1970-talet, vilket talar för att även ett juridiskt test borde ta hänsyn till den utvecklingen. Bland ekonomer har utvecklats några huvudsakliga synsätt på test, som sedan utmynnat i olika mer eller mindre konkreta test av rovprissättning. Vissa test har även fått ett stort genomslag i rättspraxis.[197]

Ett relativt extremt synsätt propagerar för att nästan alla begränsningar eller kontroller av företagen på marknaden skall tas bort helt och

---

[194] Ordover/Saloner, a.a. s. 579.

[195] Ordover/Saloner, a. st.

[196] Jfr Koller II, Roland H., *When is pricing predatory*, The Antitrust Bulletin, 1979, s. 286–287.

[197] Angående test för rovprissättning se översiktligt Ordover/Saloner a.a. s. 579 ff och OECDs rapport *Predatory Pricing*, 1989 s. 19 ff.

hållet. Betraktelsesättet bygger på antagandet att företag når marknadsdominans mer genom tillfälligheter och att begränsningar av sina beteende snarare kommer att motverka livlig konkurrens. Vidare anser förespråkarna för denna uppfattning att marknadsmekanismer verkar snabbt och återställer ojämnvikter i konkurrensen och att ett dominerande företag inte kan fortsätta att behålla sin position om inte detta beror på att det är bättre och mer effektivt än sina konkurrenter. McGee är, som visats ovan, en förkämpe för denna uppfattning och som går ut på att konkurrensbegränsande beteende i allmänhet är olönsamt för företagen. Juristen torde dock med gott samvete kunna bortse från detta betraktelsesätt, inte minst med tanke på att rovprissättning faktiskt behandlas i praxis som en form av missbruk. När rovpriser är ett reellt problem som på något sätt måste tyglas är det givetvis ingen bra strategi att inte göra någonting.

Ett annat – och mer trovärdigt – synsätt utgår från att det faktiskt finns skadliga konkurrensbegränsande beteenden, även om dessa till antalet och i omfattning är relativt få. För att komma tillrätta med sådana beteenden kan ett antal scenarier – eller filter – skapas som används för att göra en första sållning av olika beteenden. Vanlig priskonkurrens skall passera genom filtret, medan tveksamma fall skall fastna i filtret. Idéerna varierar om det skall vara flera olika nivåer bland filtren eller om det räcker med en nivå. De första tester som utvecklades var helt kopplade till en kostnadsanalys och innehöll i princip en nivå. Andra, mer utvecklade tester innebär att en tvåstegsanalys måste göras. När ett marknadsbeteende fångas upp av ett första grovfilter går analysen vidare till nästa steg och använder allt finare filter. Fördelarna med detta tvåstegstest ligger, enligt förespråkarna, i att det undviks att nyttig priskonkurrens på marknaden stoppas. Detta anses överväga intresset av att finna varje enskilt fall av skadlig priskonkurrens. Det skulle kunna uttryckas så att hellre må tio fall av skadlig konkurrens undgå prövning än att ett fall av riktig priskonkurrens stoppas.

Till sist skall nämnas att det finns en variant av test som går ut på att göra en bredare analys av marknadsbeteendet. Några på förhand angivna kriterier skall inte beaktas utan det görs en *ad hoc*-bedömning. Genom att applicera en ”rule-of-reason” på beteendet utesluts samtidigt

enkla tester. En mer förutsättningslöst komplett analys görs istället för att bedöma det speciella handlandet och de effekter som det får på marknaden.

5.5.1 Laissez Faire

Såsom visats i den teoretiska genomgången av rovprissättning finns det ekonomer som menar att rovprissättning egentligen inte är ett problem och att marknadskrafterna oftast hanterar rubbningar i maktbalansen på egen hand. Om rovprissättning inte är ett problem att ta hänsyn till finns följaktligen ingen anledning att utveckla ett test. Om all form av rovprissättning är laglig finns ju heller ingen anledning undersöka olika ageranden.

Easterbrook får anses vara en av de största förespråkarna för att ingenting skall göras åt rovpriser. Anledningen till detta är framförallt att det är konkurrensen i sig som står i fokus – inte konkurrenterna. I likhet med McGee anser även Easterbrook att rovprissättning i sig är ett irrationellt beteende eftersom det är omöjligt för ett dominerande företag att komma vinnande ur en sådan strid. Om de konkurrensvårdande myndigheterna skulle intervenera alltför mycket i företagens prissättning och skulle börja sätta gränser vid marginalkostnaden kommer detta att inverka negativt för företagen eftersom de skulle bli överdrivet försiktiga i att investera och bygga ny kapacitet eftersom de i många fall skulle komma nära de gränser som gäller för rovpriser. Hellre än att riskera att bryta mot bestämmelserna kommer därför företagen i allmänhet att lägga sig på ett säkert avstånd från brytpunkterna och därmed blir effektiviteten mycket lägre.

Det måste ändå anses vara mycket tveksamt att på detta sätt tro att allting ordnar sig. Konkurrensrättens främsta motiv är att se till att konkurrensen fungerar och att inget företag drar otillbörlig nytta av sin marknadsposition. Det måste finnas regler för hur företag och organisationer skall agera på en marknad. Om det vore så att marknadskrafterna alltid bidrog till att problemen löste sig på egen hand till konsumentens bästa och så att den bästa effektiviteten alltid uppnåddes, skulle det inte finnas behov av någon konkurrensreglerande lagstiftning. Konkurrensbegrän-

sande beteenden förekommer i verkligheten i tämligen riklig omfattning, däribland även rovprissättning. Många konkurrensbegränsningar leder till oönskade effektivitets- och välfärdsförluster, vilket medför att en *laissez faire*-attityd aldrig kan accepteras.

Även om Easterbrooks och McGees teorier inte kan accepteras ger de dock ett viktigt bidrag som likafullt måste beaktas i all konkurrensrättslig analys. Ett test får nämligen aldrig göras överdrivet strängt till det dominerande företagets nackdel. Om detta skulle ske uteblir t.ex. de positiva effekter som kan förväntas av en avreglering genom att den tillkommande konkurrensen inte påverkar prisbilden och utbudet nämnvärt. Skulle detta ske skyddar lagstiftningen inte längre konkurrensen och konsumenterna utan enbart konkurrenterna. Genom att lagstiftningen istället skall skydda konkurrensen och marknadseffektiviteten kommer även konkurrenterna att skyddas indirekt. Detta gäller dock endast de effektiva konkurrenterna. Det torde inte finnas någon anledning att sätta upp ett skyddsnät för alla konkurrenter – alltså även dem som *inte* är effektiva, eftersom detta inte skulle medföra att slutkonsumenterna gynnas.

5.5.2 Kostnadsrelaterade test – Areeda-Turner

Några av de första tester av rovprisbeteende som tillkom under mitten av 1970-talet fokuserade mycket på kostnadsstrukturer hos det dominerande företaget. Allmänt sett antogs att om ett pris sattes under en viss nivå skulle det anses vara olagligt, medan det var accepterat om det översteg samma nivå. Bedömningen blir därför relativt enkel: Kostnadsnivån skall fastställas och sedan jämföras med det ifrågasatta priset. Enkelheten var en tilltalande egenskap i dessa test och kom även ganska snart till användning i amerikanska domstolar.

Areeda och Turner (A-T)-testet var det första av dessa tester och utgår helt från en kostnadsanalys.[198] A-T accepterar inte att det används

[198] Angående diskussionen om A-T-testet, se Areeda, Philip, Turner, Donald F., *Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act*, Harvard Law Review, 88:1975 (Areeda/Turner I), s. 697–733.

”tomma” begrepp som rovpriser, konkurrensbegränsande prissättning eller syfte att slå ut konkurrent. Istället ville A-T göra ett kvantifierbart test som utgår från förhållandet mellan företagets kostnader och dess priser.[199]

Företag kan sägas ha två huvudsakliga kostnader: rörliga och fasta kostnader. Rörliga kostnader varierar med produktionsvolymen, t.ex. insatsmaterial, produktionspersonal, bränsle m.m. Fasta kostnader, å andra sidan, ändrar sig inte i förhållande till produktionsvolymen, t.ex. ledningskostnader, byggnader, fastighetsskatt m.m. Sammantagna utgör rörliga och fasta kostnader företagets totala kostnader. Den genomsnittliga rörliga kostnaden beräknas genom att de totala rörliga kostnaderna delas med produktionsvolymen.[200]

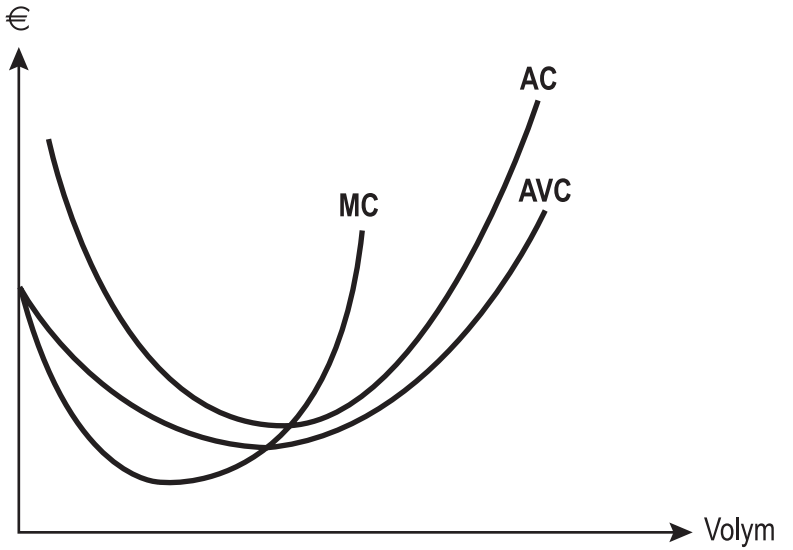
Kostnaden för att producera ytterligare en enhet brukar betecknas marginalkostnad. I allmänhet är denna kostnad låg när produktionsvolymen är låg, men den ökar i takt med att företaget når full kapacitet i produktionen. Företagets genomsnittliga kostnad är de totala kostnaderna delade med produktionsvolymen. Detta gör att de alltid är högre än den genomsnittliga rörliga kostnaden, men oftast lägre än marginalkostnaden vid större produktionsvolymer. Om ett företag har nått maximal kapacitet i en fabrik och företaget vill producera ytterligare en enhet kommer det att krävas utbyggnad av produktionen. Detta gör att marginalkostnaden vid höga produktionsvolymer är mycket högre än när företaget har ett lågt kapacitetsutnyttjande. Sedda över en längre tidsperiod kommer emellertid alla kostnader att bli rörliga. Om tidsperioden är oändlig kommer även beslut som omfattar byggnader, ledning och räntor att bli rörliga. Vad som analyseras i A-T testet är därför företags kortsiktiga kostnader.[201]

Utifrån en konkurrensrättslig analys är det viktigt att fastslå vilken av kostnaderna som måste analyseras. Ett vinstmaximerande företag ökar sin produktionsvolym så länge som marginalintäkterna är större än marginalkostnaderna. Vid perfekt konkurrens kommer därför produktions-

---

[199] Areeda/Turner I, a.a. s. 698–700.
[200] Areeda/Turner I, a.a. s. 700–701.
[201] Areeda/Turner I, a. st.

volymen att ligga där företagets marginalkostnad är lika med marknadspriset, därför att det enskilda företaget är för litet för att påverka marknadspriset genom att variera sin produktionsvolym.



Figur 5.1. Traditionell illustration av sambandet mellan olika kostnadsmått.

Ett dominerande företag, å andra sidan, har redan en så stor marknadsandel att det kan påverka marknadspriset. Om t.ex. en monopolist ökar produktionsvolymen kommer även marknadspriset att sjunka. Marginalintäkten för en monopolist blir priset som han får för den extra enhet som produceras minus intäktsförlusten som uppstår genom att alla andra produkter måste säljas till samma låga pris. Av denna anledning kommer marginalintäkten alltid att ligga under marknadspriset, något som medför att volymen där marginalkostnaden är lika med marginalintäkten ger ett marknadspris som är högre än marginalkostnaden. I jämförelse med perfekt konkurrens blir monopolistens pris högre och utbudet lägre än det mer ”marknadsmässiga” priset.

Om ett företag vinstmaximerar – även om det är en monopolist – är detta inte någon form av rovprissättning. Rovprissättning förutsätter

enligt A-T regeln att det dominerande företaget avstår från någon kortsiktig vinst.[202] Exempelvis kan ett företag kalkylera med en kortsiktig förlust för att ta igen detta senare med högre monopolpriser när konkurrenten är borta. Detta gör att långsiktig vinstmaximering inte kan användas som argument för att slippa granskning. På lång sikt är ju alla företag vinstmaximerande. Det skall dock framhållas att alla förlustförsäljningar inte är rovpriser. Det kan mycket väl vara så att man vill göra en inbrytning på en marknad och att enda chansen att göra detta är att komma med ett öppningserbjudande.

A-T testet innebär att priser som ligger under kortsiktiga marginalkostnader hos ett dominerande företag är rovpriser, medan priser som ligger i nivå med eller högre än marginalkostnaden inte är rovpriser. A-T konstaterar att

> ”When a monopolist sells at a price at or above average cost, but could earn higher short run profits at a higher price, the necessary element of predation is presumably present. […] Unless acting irrationally or out of ignorance, the firm is likely to be charging the lower price in order to preserve or enhance its market share by deterring rivals.”[203]

5.5.2.1 Prissättning överstigande totala kostnader

Enligt A-T måste priser som ligger i nivå med eller högre än de genomsnittliga totala kostnaderna (eng. *average cost, AC*) anses vara tillåtna priser. Det kan t.ex. vara så att en monopolist skyddas av oöverstigliga inträdesbarriärer på en marknad och att monopolisten i styrka av sin storlek eller skalfördelar kan producera en vara till permanent lägre pris än tillkommande konkurrenter och på så sätt hålla konkurrenter borta från marknaden. Detta kan orsakas av att monopolistens pris kan ligga lägre än konkurrentens kostnader. Konkurrenten måste kanske göra stora investeringar för att komma in på marknaden. Detta är dock vad A-T kallar för ”*competition on the merits*” och utgör i själva verket,

[202] Areeda/Turner I, a.a. s. 703–704.
[203] Areeda/Turner I, a.a. s. 704.

enligt A-T, sund konkurrens. Detta gäller även om inträdesbarriärerna är låga och monopolisten gör temporära prissänkningar för att avskräcka konkurrens. Sådana prissänkningar kan visserligen skrämma bort vissa rivaler, men bara dem som är mindre effektiva än monopolisten. Konkurrenstrycket skall skapa lägre prisnivåer och om inte detta sker har rivalernas inträde på marknaden ingen effekt på prisnivån och därmed har konsumenterna inte tjänat något på att marknaden blir mer konkurrensutsatt. Förutom att det är direkt olämpligt att granska denna typ av prisaktiviteter menar A-T att det även skulle vara enormt svårt att administrativt kontrollera varje form av prissänkning eller skapa detaljerade spelregler för i vilka situationer som monopolister skulle få sänka respektive höja sina priser. Besväret och kostnaderna förbundna med övervakningen skulle inte på långt när uppvägas av de eventuella positiva effekter det som skulle kunna få på marknaden.[204]

En annan slutsats som kan dras av detta resonemang är att konkurrenternas kostnadsstrukturer inte är intressanta att analysera. Om rivalens kostnader ligger så högt att man inte kan konkurrera med en monopolist, vars pris ligger över eller nära dess totala kostnader, skall inte monopolisten lastas för att denne är mer effektiv och kan erbjuda ett bättre pris. I korthet är detta i A-T modellen det som utgör sund konkurrens.

5.5.2.2 Priser i intervallet mellan MC och AC

Konkurrensmässiga problem uppstår när monopolisten tar ut priser som ligger under dess egna totala kostnader. Anledningen härtill är att den sunda konkurrensen övergår till att bli ett spel om vem som har störst finansiell uthållighet. Detta är inte sund konkurrens. Konkurrenter som är lika effektiva riskerar att slås ut av monopolisten. Detta till trots anser A-T att även priser som ligger i nivå med eller över marginalkostnaden (eng. *marginal cost, MC*) skall anses vara tillåtna, eftersom de inte ser någon riktigt bra metod att kontrollera priser som ligger över marginalkostnaderna och emedan det på kort sikt skulle vara ett slöseri med eko-

[204] Se Areeda/Turner I, a.a. s. 704–709.

nomiska resurser att tvinga en monopolist att höja sina priser. A-T anser att prissättning som ligger i nivå med eller över marginalkostnaden är effektiv och får anses vara en riktig resursallokering.[205]

5.5.2.3 Priser underskridande MC

Under MC-nivån blir situationen emellertid en annan. Om priset sätts under marginalkostnaden kommer monopolisten att inte bara slösa bort sina egna resurser, utan även andras resurser, samtidigt som detta kraftigt ökar risken för att rivalerna trängs ut och hindras att komma tillbaka av orsaker som inte är relaterade till effektivitet. Detta är således ett konkurrensbegränsande beteende som i princip inte kan anses vara tillåtet.[206]

5.5.2.4 Godtagbara förevändningar för priser under MC

Monopolisten kan hävda att priser underskridande marginalkostnaden endast utgör en priskampanj – ett s.k. introduktionspris, ”*promotional price*”, eller helt enkelt mötande av konkurrens.[207] Ingendera anledningen kan dock accepteras i A-T-modellen så länge som priserna ligger under marginalkostnaden. Introduktionspriser,[208] som ibland är så låga som 0 kr, sätts framförallt med syfte att åstadkomma en medvetenhet om produkterna på marknaden. Rimligtvis är det endast en ny aktör som kan ha ett legitimt syfte med en sådan prissättning. Monopolisten har, å andra sidan, ingen rimlig anledning att bedriva en sådan priskampanj. Möjligen skulle det dominerande företaget, enligt A-T, kunna hävda att syftet är att öppna nya marknader och härigenom expandera hela mark-

---

[205] Se Areeda/Turner I, a.a. s. 709–712.

[206] Se Areeda/Turner I, a.a.,s. 712–713, där de bl.a. sager att ”… pricing below marginal cost greatly increases the possibility that rivalry will be extinguished or prevented for reasons unrelated to the efficiency of the monopolist. Accordingly, a monopolist pricing below marginal cost should be presumed to have engaged in a predatory or exclusionary practice.”

[207] Se Areeda/Turner I, a.a. s. 713–716.

[208] Med introduktionspriser avses extremt låga priser som inte når upp till en nivå som är i paritet med marginalkostnaden.

nadsvolymen eller att företaget gjort tekniska eller produktionsmässiga landvinningar som medför lägre kostnader. Dylika försvarsargument accepteras emellertid inte av A-T. Det dominerande företagets produkter är redan kända på marknaden och det kan därför inte bli fråga om ett introduktionspris. Ej heller kan det anses vara acceptabelt att sätta ett introduktionspris på en för monopolisten ny marknad eller för en ny produkt. Monopolisten har istället en rad andra alternativ för att uppnå samma mål utan att använda en sådan prissättning.

För det första kan en monopolist sätta priser över marginalkostnaden som egentligen har samma försäljningseffekt som introduktionspriser. För det andra han även göra riktade kampanjer inom olika geografiska områden och för det tredje kan han använda sig av andra marknadsföringsåtgärder.

Lägre kostnadsnivåer kan heller inte accepteras så länge som de nya priserna underskrider marginalkostnaden. Om det är svårt att fastställa marginalkostnaden utifrån tidigare kostnader måste man istället göra en rimlig beräkning av förväntade marginalkostnader.

Vidare kan monopolisten använda mötande av konkurrens som ett försvar för priser under marginalkostnaden. A-T framhåller att

> ”The fact that the rival’s price may be legitimately promotional, and hence a proper competitive tactic, does not make legitimate the response of a monopolist whose product is already well known. The monopolist who goes below marginal cost to meet a rival’s promotion is not competition on the merits; the response will destroy or greatly reduce the effects of the rival’s promotional effort, a result likely to be particularly serious for the new entrant, whose usual problem is precisely that of obtaining a profitable volume quickly enough to make start-up losses bearable.”[209]

Konkurrentens enda chans att komma in på marknaden kan vara att den erbjuder ett lägre pris än monopolisten och därmed kan dennes rival inte uppnå den kritiska volym som behövs för att satsningen skall kunna lyckas. Konkurrenten slås ut och kommer inte tillbaka.

---

[209] Areeda/Turner I, a.a. s. 715.

5.5.2.5 Sammanfattning av det grundläggande A-T-testet

Motiveringen till varför priser underskridande marginalkostnaden skall anses vara olagliga förefaller således vara klar utifrån ett ekonomiskt perspektiv. På en marknad med perfekt konkurrens kommer vinstmaximerande företag att sätta priser som är lika med marginalkostnaden. Priser som underskrider denna nivå kommer kortsiktigt att vara olönsamma, något som är ett nödvändigt villkor för rovprissättning.

A-T regeln kan sammanfattas enligt följande:

Lagliga priser = $p \geq MC$
Olagliga priser = $p < MC$

Om det accepteras att marginalkostnaden är det relevanta måttet för hur en viss prissättning skall hanteras återstår svårigheten att beräkna densamma. Marginalkostnaden – såsom den beskrivs i ekonomisk teori – är en tankemodell som i verkligheten är mycket svår att beräkna. Kostnaden för att producera ytterligare en enhet kan vara enormt svår att fastställa, eftersom den påverkas av ett ohanterligt stort antal variabler såväl tidsmässigt som till antalet.

5.5.2.6 AVC som substitut för MC

Mot bakgrund av de extrema svårigheterna med att beräkna marginalkostnaden i praktiken föreslog A-T användning av ett substitut: Företagets genomsnittliga rörliga kostnader (*eng. average variable cost, AVC*).[210] Genom att använda en ersättare till den i teorin mer exakta marginalkostnaden kan det teoretiska resonemanget överföras till en mer verklig situation. Testet genomförs så att alla rörliga kostnader som ett bolag har identifieras för att sedan delas med totalt antal producerade enheter. Alla priser som underskrider denna framräknade nivå skall följaktligen bedömas som olagliga.

[210] Se Areeda/Turner I, a.a. s. 716–718.

Beräkningen kan dock i sig vara en mycket mödosam uppgift. Vad som är rörlig kostnad i en bransch kan vara fast i en annan bransch samtidigt som kostnadernas karaktär som fasta eller rörliga påverkas av vilken tidsperiod som man använder för det enskilda fallet.

Efter att ha bytt ut MC mot AVC kan därför ett juridiskt test av rovprissättning enligt A-T slutligen formuleras som

Lagliga priser = $p \geq AVC$
Olagliga priser = $p < AVC$

Det framstår som tilldragande att kunna använda en sådan relativt enkel regel för ett i övrigt svårbedömt agerande. Genom att använda A-T-testet slipper domstolen ta hänsyn till omfattande analyser av marknadsstrukturen och utredningar om kommande effekter för konkurrenter m.m. Det är dock i enkelheten som testen faktiskt har sina största svagheter. A-T testet bygger i grunden på kraftiga förenklingar av verkligheten. I den förenklade modellen är det lätt att finna relevanta bedömningskriterier (i detta fall AVC). Problemet uppstår när man överför ett test av en förenklad situation till en komplex verklighet. Risken är därför överhängande att validiteten blir låg.

5.5.2.7 Kan marginalkostnaden mätas och vilken relevans har den?

A-T har även under åren fått utstå mycket kritik, vilket skall visas nedan. Två huvudsakliga punkter kan särskiljas. Den första kritiken ifrågasätter om AVC verkligen är en bra ersättare för marginalkostnaden, medan den andra ifrågasätter om marginalkostnaden i sig verkligen är ett relevant kostnadsmått.

Om ett företag ligger nära kapacitetstaket till följd av en hög efterfrågan kommer även marginalkostnaden att ligga relativt högt och definitivt högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna. Om företaget i det läget sätter priser som underskrider marginalkostnaden kommer priserna likväl att överstiga de genomsnittliga rörliga kostnaderna och härmed klara testet. Omvänt är förhållandet när en bransch lider av överkapacitet. Att producera ytterligare en enhet är billigare än när företaget har

begränsad kapacitet. I detta fall ligger således den genomsnittliga rörliga kostnaden över marginalkostnaden. A-T har försökt korrigera detta genom att säga att substitutet AVC endast skall användas när det inte skiljer sig alltför mycket från marginalkostnaden. Enligt Hovenkamp kommer därför A-T-testet att lätt kunna påvisa rovprissättningar på marknader där sådan prissättning har minst sannolikhet att inträffa, medan testet har mycket svårare att fånga upp rovpriser på de marknader där rovpriser ur det dominerande företagets perspektiv är lämpliga.[211]

Den andra mer långtgående kritiken ifrågasätter om marginalkostnaden verkligen är ett relevant mått för att kunna fastställa rovpriser. Denna kritik ifrågasätter hela det tillvägagångssätt på vilket A-T angriper rovpriser. I ekonomisk litteratur är kritiken relativt omfattande och behandlar olika aspekter av A-T-testet, men i huvudsak kan två olika situationer urskiljas där A-T-testet misslyckas. Det första rör situationer där det dominerande företaget riktar sina prisaktiviteter mot aktörer som ännu inte finns på marknaden i stället för de redan existerande. En annan berör sådana prissättningar som ger effekter på andra marknader än den på vilken aktiviteten genomförs.

5.5.2.8 Problemet med olika tidsperioder

Martinez lyfter fram en svaghet i A-T testet som har att göra med diskussionen om mindre effektiva konkurrenter.[212] Om ett pris överstiger marginalkostnaden, men underskrider den totala kostnaden, så kommer prissättningen att på lite längre sikt bli en kamp om vem som har de största finansiella resurserna. Även konkurrenter som är mer effektiva än det dominerande företaget riskerar i detta mer långsiktiga perspektiv att bli utslagna. Visserligen nämner A-T detta, men ser inget bra sätt att analysera problemet. Martinez framhåller att om detta nu är ett verkligt hot, så går det inte att det bortse från detta faktum i ett juridiskt test av

[211] Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy The law of competition and its practice*, 2 uppl., St. Paul, Minn. 1999, s. 340.
[212] Martinez, a.a. s. 99.

rovprissättning. En annan sak är även att om en uppdelning görs mellan kortsiktiga och långsiktiga prisaktiviteter måste någon form av gränsdragning göras dem emellan. Hur långt skall kortsiktiga prissättningar sträcka sig i tiden? Det har redan konstaterats att på lång sikt är alla kostnader rörliga, men när i tiden övergår det enskilda kostnadsslaget till att bli rörlig kostnad? Frågorna är retoriska och visar endast att det är mycket svårt att göra en generell uppdelning mellan kort- och långsiktigt beteende.

5.5.2.9 Problem med kostnadsallokering

Om uppgiften för domstolar är att fastställa hur stora de rörliga kostnaderna är, så uppkommer snart frågor som har att göra med huruvida kostnaderna är rätt allokerade. Ett större företag med många olika produkter, tillverkningsställen och marknader kan ibland ha svårt att allokera alla kostnader helt korrekt. Visserligen gäller detta framförallt de fasta kostnaderna, där fördelningsnycklarna inte alltid är självklara och risken för korssubventionering är uppenbar. Rörliga kostnader kan ibland även vara svåra att fördela korrekt. Det har redan visats att det finns problem med tidsfaktorerna, men även andra problem kan uppstå. Verktygskostnader är t.ex. en rörlig kostnad som skall fördelas på en viss produktionsvolym. I början av en produktionsserie blir detta givetvis en uppskattad kostnad. En lång produktionsserie sänker verktygskostnader, men gör till sist även avskrivningar på maskiner till en rörlig kostnad. Det omvända gäller även, att på mycket kort sikt verktygskostnader kan betraktas som en fast kostnad. Den som bäst kan bedöma allokeringen i internkalkyler är givetvis företaget självt samtidigt som det är företaget som har störst möjlighet att gömma undan eller plocka fram kostnader. I vilket fall kommer A-T-testet att bli något av ett ”svarandens paradis” (eng. *defender's paradise*). Beteendet i sig kommer inte att stå i fokus utan det blir mer en bevisfråga om kostnadsallokeringar.

5.5.3 Ekonomiska *rule of reason*-test

A-T testets största tilldragande egenskap måste anses vara dess sätt att med ett relativt enkelt test angripa ett i grunden komplext och svåranalyserat beteende. Om modellen skall kunna användas måste emellertid testet vara vederhäftigt så att det verkligen mäter rätt saker.

5.5.3.1 Scherer om långsiktiga effekter

Scherer kritiserade A-T för att de inte tog hänsyn till de långsiktiga effektivitetseffekterna av rovprissättning.[213] Han visade bl.a. att den långsiktiga ekonomiska välfärden ibland maximerades när monopolistens priser översteg marginalkostnaden, medan den i andra fall maximerades när ett företag prissatte under marginalkostnaden.[214]

För att kunna göra en riktig analys av de långsiktiga välfärdseffekterna och sedan kunna bedöma när marknaden fungerar effektivt måste en rad andra faktorer beaktas. En jämförelse måste göras mellan monopolisten och tillkommande konkurrenter, inträdesbarriärer, vid vilken volym som konkurrenter uppnår *break even*, om konkurrenter drivs bort från marknaden helt och hållet eller om monopolisten endast tar över marknadsandelar, om monopolisten minskar sin volym efter det att konkurrenter har slagits ut eller om man bibehåller den nya marknadsvolymen och huruvida monopolistens långsiktiga strategi omfattar investeringar i ny produktionskapacitet.[215]

Scherer anser att det enda sättet att utvärdera dessa faktorer är att göra en omfattande undersökning av de faktiska faktorer som ligger bakom ett eventuellt rovbeteende. Företagets syfte spelar också en roll i detta sammanhang samtidigt som de strukturella konsekvenserna i branschen måste beaktas. Scherer framhåller i detta sammanhang att

[213] Scherer, a.a. s. 869-890.
[214] Scherer, a.a. s. 886–888.
[215] Se Scherer, a.a. s. 890.

> ”Courts that attempt to substitute simple cost rules for such analyses of effect and intent in alleged predation cases are likely to reach economically unsound decisions.” [216]

A-T hävdade att deras utvecklade regel hade tillkommit för att undvika omfattande *ad hoc*-bedömningar och de ville införa en regel som kunde användas av domstolar.[217] Scherer anser dock att det viktiga inte är att fastställa ett riktigt marknadspris eller ”magic number”, som han själv uttrycker det, utan det gäller för domstolen att skilja ut beteenden som i konkurrenshänseende går i fel riktning. Även om det kan vara svårt att greppa över komplexa ekonomiska teorier, hävdar Scherer att överförenklade regler av skeenden inte skall användas när de hanteras av icke-ekonomer, däribland jurister.[218]

Även om Scherer inte påvisar en mer praktiskt hanterlig metod än den som utvecklats av A-T, visar han att analysen av ekonomiska beteenden på en marknad inte kan förenklas så långt att testkriterierna inte leder fram till rätt resultat i förhållande till de regelverk som är uppsatta för att upprätthålla vissa ekonomiska målsättningar – framförallt effektivitet.

A-T:s svar på Scherers kritik går framförallt ut på att Scherers modell med sin – i A-T:s mening – obegränsade lista över relevanta faktorer är alltför spekulativ och obestämbar.[219] En annan kritik av Scherer har varit att bedömningen av viss form av prisbeteende blir beroende av om det dominerande företaget är effektivt eller inte. Om det inte var effektivt kanske detta skulle kunna botas genom att man får en ”fair chance”. Vidare blir lagligheten av en prissänkning beroende av om företaget i en senare period återigen höjer priset, vilket skulle påkalla en kontinuerlig

---

[216] Scherer, a. st. Även Philips synes dela denna uppfattning och framhåller att ”I must conclude that none of the per se rules [...] can be adopted as useful weapon against predatory pricing. The only avalible alternative seems to be to use rule of reason [...]”. Se Philips, L. *Predatory Pricing*, Luxemburg, 1987, s. 67.

[217] Se Areeda, P., Turner D. F., *Scherer on predatory pricing: A reply*, Harvard Law Review, 89:868, 1976 (Areeda/Turner II) s. 896–897.

[218] Scherer, F. M., *Some last words on predatory pricing*, Harvard Law Review, 1976 s. 903.

[219] Areeda/Turner II, a.a. s. 897.

övervakning av företagen, med härtill hörande eviga utredningar om orsaker till prishöjningar (som kan vara helt legitima). Dominerande företag skulle härigenom bli föremål för en indirekt prisreglering.[220]

5.5.3.2 Beckenstein & Gabels modell – speciellt om inlärningskurvan

Beckenstein & Gabel (B&G) vänder sig mot alltför enkla test av ett i verkligheten komplext fenomen.[221] Visserligen är det så att en enkel regel kommer att skapa rättssäkerhet såtillvida som den blir tydlig för företagen att följa. Om en rättsregel säger att kostnader underskridande en viss nivå är olagliga, så gäller det enbart att hålla sig över den nivån för att inte riskera sanktioner. Paradoxen är dock att ju enklare regeln blir desto sämre blir dess möjligheter att göra fånga upp verkligt olämpliga beteenden i en komplex verklighet. Därmed kommer resultatet av testet att vara olämpligt i förhållande till vad som är normativt önskvärt. B&G säger att

> ”First, there might be a variety of practices observed that are anticompetitive but the succinct rule cannot encompass. Managers who may have kept a respectable distance from the hazy borders of behavior proscribed by vague enforcement guidelines will now know precisely what they can get away with. Secondly, the succinct and inflexible rule may well be unappreciative of the nuances of truly competitive behavior in the complex and evolving business world and may prohibit desirable behavior.”[222]

I anslutning härtill försöker B&G nyansera den konkurrensrättsliga analysen genom att framhålla enkla kostnadsbaserade test inte kan hantera situationer som ”predatory investment”, dvs. investeringar som syftar att eliminera konkurrenter, problem som uppkommer genom diversifieringsfördelar när olika produkter använder samma infrastruktur för pro-

---

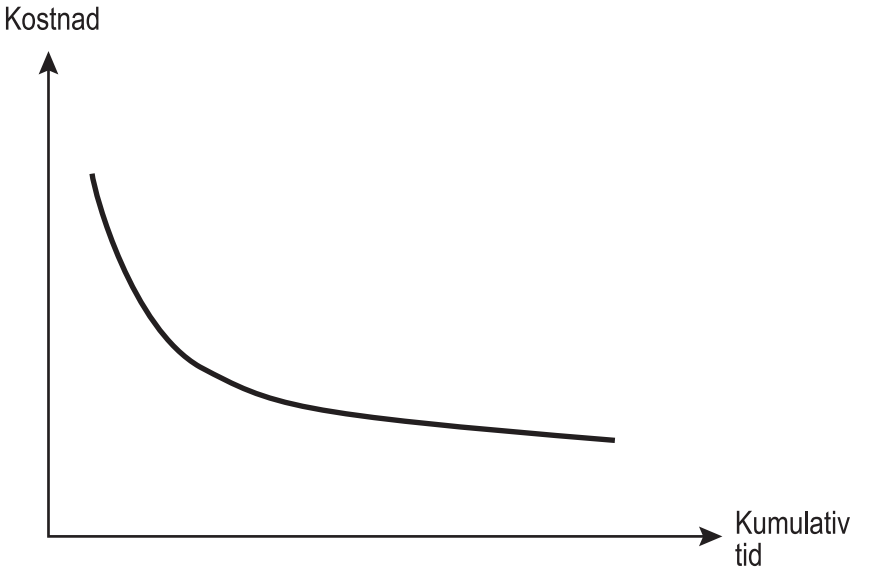
[220] Se Williamsons diskussion om detta i Williamson, *Antitrust Economics: Mergers, Contracting and Strategic Behaviour*, 1987, s. 229 (fotnot 16).

[221] Beckenstein, A. R., Gabel, L. H., Predatory rules: an economic and behavioral analysis, 31 The Antitrust Bulletin 29, 1986, s. 29–49.

[222] Beckenstein/Gabel, a.a. s. 36–37.

duktion och där försäljning av den ena produkten påverkar efterfrågan av den andra. Vidare anser de att kostnadsbaserade tester inte tar hänsyn till problematiken med internprissättning i vertikalt integrerade företag, som beror på företagens målsättningar, strategi i stort och beslutsprocesser som helhet i organisation samt de individuella relevanta marknaderna för respektive varor eller tjänster.[223]

B&G tar vidare upp ett exempel om hur svårt det är att träffa rätt med ett enkelt kostnadsbaserat test när olika tidsfaktorer skall beaktas. Inlärningskurvan, eller erfarenhetskurvan, säger att kostnaden för tillverka en vara avtar i takt med att företaget erhåller erfarenhet från tillverkningen.



Figur 5.2. Illustration av inlärnings-/erfarenhetskurvan.

Detta har alltså ingenting att göra med skalfördelar utan hellre med fördelar som kommer av erfarenhet. Samma kurva säger även att kostna-

[223] Se Beckenstein/Gabel, a.a. s. 37.

den initialt inte speglar den kostnad som är den optimala för produktionen. Den relevanta kostnaden att studera t.ex. i A-T-testet blir därmed inte nödvändigtvis den som för närvarande råder i företaget. Det kan mycket väl vara så att ett pris som i dagsläget underskrider den rörliga kostnaden efter en tid kommer att vara ett normalt pris eftersom kostnaden sjunker i takt med att företaget får erfarenhet från tillverkningen genom bättre tillverkningsmetoder, maskiner m.m. B&G framhåller att det i verkligheten kan vara så att marknadsavdelningen i ett dominerande företag gör en bedömning av vilket pris som skall gälla för en ny produkt. Denna bedömning kommer sedan att ligga till grund för hur tillverkningsprocessen utformas och därmed för hur den långsiktiga kostnadsfördelningen kommer att bli. A-T-testet riskerar att göra stora fel genom att inte ta hänsyn till dessa faktorer. Om ett företags kostnader initialt är höga, men förväntas sjunka i takt med att företaget erhåller erfarenhet från tillverkningen kommer lagligheten av prissättningen att bli helt beroende av när i tiden testet utförs. Å andra sidan kan det även finnas något som kallas ”*first mover advantage*”, vilket innebär att det företag som snabbast lyckas etablera en hög marknadsandel kommer att få stora fördelar i förhållande till konkurrenterna. Konkurrenterna måste nämligen både försöka skapa sig en egen marknad och ta marknadsandelar från ett etablerat företag. Givet att ett stort företag har stora resurser och agerar snabbt kan det utan att prissätta under rörliga kostnader ändå kapa åt sig en stor del av marknaden. När det sedan uppnått en stark position på marknaden finns det möjligheter att prissätta över sina – numera lägre – rörliga kostnader och ändå hålla effektiva konkurrenter ute från marknaden i och med att dessa befinner sig högre upp på inlärningskurvan.[224]

B&G anser att enkla kostnadsbaserade test är alltför enkla för att de skall kunna användas praktiskt. Testen är så trubbiga vapen att de både straffar oskyldiga prissättningar och missar prisbeteenden som är direkt farliga för konkurrensen. Med anledning av detta kommer det, enligt B&G, att vara nödvändigt att ta till sig en analys av syftet med prissätt-

[224] Se Beckenstein/Gabel, a.a. s. 38–45.

ningen genom att studera organisationens olika beslut. B&G säger att A-T-testet aldrig kommer att vara bra, utan det krävs snarare en studie av alla relevanta förhållanden och fakta i det enskilda fallet – en ”*rule of reason*” analys. Hur exakt denna skall gå till eller vilka relevanta kriterier som skall bedömas säger B&G emellertid ingenting om, mer än att det kommer att bli domstolarnas sak att utveckla en sådan praxis. B&G framhåller dock att det är viktigt att studera syftet, för att härigenom komma fram till ett mer rättvisande beslut än att enbart se till kostnadsbaserade test. Visserligen kan ekonomiska resonemang ibland ge vid handen att det är så uppenbart att prissättningen endast görs i rovsyfte att någon ytterligare analys inte behövs. I exemplet med inlärningskurvan har dock B&G visat att det kan krävas även ingående studier av vad det dominerande företaget har velat åstadkomma med sitt agerande för att härigenom särskilja lagliga från olagliga priser.[225]

B & G uttrycker att:

> ”While we have embraced the traditional rule of reason, we have also advanced methodological arguments supporting more economic focus on questions of intent”[226]

Det är viktigt att understryka att B&G:s analys inte får ses som ett renodlat test av syfte. Martinez har kategoriserat deras modell som ett sådant test, vilket inte är helt korrekt.[227]

B&G exemplifierar, som nämnts ovan, sin modell med inlärningskurvan. Om företagen sätter sina priser efter de förväntningar som de har på hur inlärningskurvan ser ut, så kommer det att påverka kostnadsbilden. Härmed skall den konkurrensrättsliga analysen koncentreras på

---

[225] Se Beckenstein/Gabel, a.a. 45–47.

[226] Beckenstein/Gabel, a.a. s. 48.

[227] Martinez säger att B&G föreslår ett test som kräver att två villkor uppfylls för att rovpriser skall föreligga, nämligen att ”*a) specific intent to commit the act and an intended consequence of the act (which goes beyond legitimate business conduct, and b) a dangerous probability of sucess*”. Det är visserligen sant att B&G tar upp detta, men detta är inte kärnpunkten i deras analys. Det citerade avsnittet är egentligen hämtat direkt från Sherman Act § 2 och är en allmän grund ”attempts to monopolize”. B&G lyfter istället fram behovet av en mer bred analys. Se Martinez, a.a. s. 110.

den långsiktiga relationen mellan pris och kostnader med eventuella justeringar som görs av kostnadsbilden till följd av olika orsaker. Det skall även analyseras strukturella förändringar som ökning eller minskning av marknadsandelar och inträdesbarriärer. Detta synes vara vad B&G avser med fastställande av ”*predatory intent*”, vilket är inte är synonymt med en analys av vad företaget *vill*.

5.5.4 Test av ”predatory intent”

En mycket svår fråga i den konkurrensrättsliga analysen är betydelsen av uppsåt. Det finns författare som hävdar att det måste påvisas ett klart syfte med ett dominerande företags handlande för att det skall kunna anses vara en rovprissättning.

Greer tycker visserligen att A-T-testet har sina fördelar, men att det vore för mycket att säga att detta – tämligen enkla – test skulle vara det bästa för att bestämma den bästa kort- och långsiktiga resursallokeringen samtidigt som den med godtagbar exakthet särskiljer rovpriser från lagliga priser.[228] Greer vill även att syftet med rovpriser skall få en central roll i analysen:

> ”I merely wish to argue that (1) intent can be shown by a wide variety of other economic and noneconomic evidence besides pricing below marginal or average variable cost and (2) this evidence of intent ought to be admissible in court as establishing predation when coupled with proof of pricing below average total cost.”[229]

Greer anser att A-T-testet visserligen är en bra början, men att det inte lyckas att med tillräckligt hög precision särskilja olaglig prissättning från laglig prissättning. Om ingen hänsyn tas till syftet med rovpriser kan detta leda till dels att konkurrensbegränsande priser som på ytan verkar helt legitima missas, samtidigt som oskyldiga prisreduktioner

[228] Greer, D. F., *A Critique of Areeda and Turner's Standrad for Predatory Practices*, 24 The Antitrust Bulletin, 1979, s. 233 ff.
[229] Greer, a.a. s. 235.

fastnar i nätet trots att det inte kommer att ha någon effekt på konkurrensen.[230]

Greer anser även att den kortsiktiga marginalkostnaden och dess substitut genomsnittliga rörliga kostnader är ett dåligt mått. Han anser istället att man bör se till den långsiktiga marginalkostnaden och därigenom den genomsnittliga totala kostnaden. Anledningen härtill är att ett långsiktigt vinstmaximerande hos företag är lättare för jurister att acceptera än avgränsade och kortsiktiga beteenden. De amerikanska domstolarna har enligt Greer lång erfarenhet av att hantera både uppsåt och totala kostnader såväl separat som sammantagna.[231]

Greers test kan sägas i korthet gå ut på att behålla A-T-testet med vissa modifikationer:

a) Prissättning underskridande kortsiktiga marginalkostnaden skall bytas ut mot genomsnittliga totala kostnader (som ett substitut för långsiktiga marginalkostnader).
b) Modellen byggs ut med krav på bevis om uppsåt att slå ut konkurrenten.
c) Ytterligare ett kriterium införs som kräver att konkurrensen skall ha minskat.

Greer har exemplifierat en rad olika indikatorer som tyder på rovsyfte med prissättningen. Dessa kan vara traditionella bevis som hotbrev, PM, affärsplaner, utredningar om konkurrentens dåliga ekonomi, mutor till konkurrentens leverantörer, sabotage m.m.[232] Det kan starkt ifrågasättas hur stort värde som bör läggas vid uppsåt av det slag som kommer fram av dessa bevis. Det är ändock en inneboende kraft hos företag att slå ut konkurrenter. Hur hårt än dessa uppsåt formuleras är det tveksamt om det ger någon relevant information om företaget rovprissätter eller inte. Alla företag måste anses ha ett uppsåt att konkurrera ut andra aktörer på marknaden.

---

[230] Se Greer, a.a. s. 238 ff.
[231] Se Greer, a.a. s. 242 ff.
[232] Se Greer, a.a. s. 247–248.

Greer kan anses vara en extrem förespråkare av ett uppsåtskriterium. Frågan är dock om Greer blivit missförstådd. Huruvida så är fallet är beroende av hur syfte definieras i rovprissammanhang. Syfte eller ”*intent*” kan, enligt Greer, även påvisas enskilt eller i kombination med andra ageranden genom studera rent ekonomiskt beteende:

- Prissättning underskridande genomsnittliga totala kostnader eller genomsnittliga marginalkostnaden.
- *Inledande* av prissättning underskridande totala kostnader som bibehålls under en längre tid.
- Uppbyggnad av en enorm överkapacitet.
- Försäljning underskridande totala kostnader efter att ha startat ett priskrig genom att ta bort ett gammalt pris som baserats på produktdifferentiering (men inte underskridande konkurrenternas populärpriser).
- Priser underskridande genomsnittliga totala kostnader även om det dominerande företaget inte har initierat en sådan prissättning och företaget uppenbarligen avstår från att höja priserna trots att detta vore möjligt.
- Mötande av konkurrens från mindre konkurrenter på ett bisarrt eller inkonsekvent sätt som direkt skadar konkurrenterna.
- Extrem ökning av marknadsföringsinsatserna under en längre period.
- Uppköp av råmaterial som utgör bristvara utan att det dominerande företag har något långsiktigt behov av materialet.
- En avsevärd höjning av priserna efter det att man genomfört något av ovanstående och efter det att konkurrenten har trängts ut från marknaden.

Det kan ifrågasättas om vissa av kriterierna ensamma kan utvisa en plan för rovprissättning, men sammantagna visar de på en modell som mycket liknar andra författares. Detta gör det något svårt att direkt definiera vad Greer verkligen menar med uppsåt i detta avseende. Å ena sidan talas om uppsåt i form av hotbrev, medan det å andra sidan pekas på mer objektiva ekonomiska beteenden. En rimlig tolkning av Greer är därför att han vill att det skall påvisas en *plan* att konkurrera ut en annan

aktör. Uppsåtet i sig får anses vara irrelevant. Blir det däremot fråga om en plan är situationen en annan. Nu är det inte längre fråga om ett sinnestillstånd utan ett faktiskt otillbörligt agerande gentemot en konkurrent.

5.5.5 Icke-kostnadsrelaterade test

Som visats ovan kan det ifrågasättas om marginalkostnaden verkligen är det lägsta pris som bör accepteras för att konkurrenter inte skall riskera att slås ut med olagliga metoder. En allvarlig kritik av A-T-testet, vilken skall redogöras för nedan, är att det bygger på en alltför statisk ekonomisk analys av ett företags beteende som dessutom endast inskränker sig till förhållandet mellan dess kostnadsstruktur och priserna.

5.5.5.1 Strategiskt beteende och förändring av utbudet

Williamson hävdar att en analys liknande A-T-testet lägger alltför stor vikt vid ett särdeles avgränsat test och tar därmed inte hänsyn till ett företags strategiska beteende över tiden.[233] Det kanske är så att marginalkostnaden inte alls är den relevanta kostnaden för att beskriva en gräns för rovprissättning, utan att kanske en högre produktionsnivå är mer relevant. Som har visats av de beskrivna modellerna ovan, så måste det dominerande företaget ta hänsyn inte bara till effekterna av sitt eget handlande utan även till effekterna av konkurrenternas svarsåtgärder.

Modellerna visar tydligt att ett företags strategiska beteende för att slå ut en konkurrent inte alls behöver vara direkt kopplat till vissa specifika kostnadsnivåer.[234] Signaleringsmodellerna visar t.ex. att vissa ageranden i mångt och mycket går ut på att övertyga konkurrenten om dominantens styrka. Genom detta ”vapenskrammel” kan konkurrenten slås ut utan att något pris har sänkts under en tänkt relevant nivå. Användan-

[233] Se Williamson, Oliver E., *Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis*, The Yale Law Journal, 1977 (Williamson I), s. 284–380.

[234] Jfr Ordover/Saloner, a.a. s. 582.

det av ett pris som är tillräckligt lågt kan avskräcka konkurrenter. Åtgärder av detta slag har ingen koppling till vilka genomsnittliga rörliga kostnader som finns hos det dominerande företaget.

Genom att exempelvis höja produktionsvolymen kan en konkurrent skrämmas bort från en marknad. Ett exempel kan illustrera problemet:

Antag att en bransch som producerar varor med hög effektivitet ger ett marknadspris för en vara på €1.000. Antag även att efterfrågan för en sådan vara till det priset är en miljon enheter. Antag vidare att produkten i fråga kräver omfattande investeringar och att minsta möjliga volym för varje aktör är 250.000 enheter för att täcka fasta kostnader. En standardfabrik har i exemplet möjlighet att producera upp till en miljon enheter innan skalfördelarna tar slut och ytterligare investeringar behövs. En optimal fabrik kommer därmed att producera mellan 250.000 och en miljon enheter per år. Rent teoretiskt skulle en sådan bransch kunna härbärgera mellan 3 och 4 aktörer, men det mest sannolika är att eftersom det finns skalfördelar upp till en miljon enheter kommer någon aktör att bygga en fabrik som har potential att ta hand om hela efterfrågan. En dominerande aktör har i kraft av sin storlek möjlighet att hålla konkurrenter ute från branschen. I och med att dominanten kontrollerar marknaden kan den även ta ut ett högre pris, t.ex. €2.000 per enhet. Volymen kan ligga på t.ex. 600.000 enheter. Så snart en konkurrent försöker göra en inbrytning på marknaden kan dominanten höja volymen till 900.000 enheter och sänka priset till €1.100. Det dominerande företaget sätter fortfarande priser som överstiger marginalkostnaden, medan den tillkommande konkurrenten ser faran i att lönsamheten långsiktigt kommer att bli låg, trots att konkurrenten har tillgång till samma teknologi eftersom den återstående efterfrågan som kan fyllas inte överstiger *break even*-volymen för konkurrenten. Detta gör att konkurrenten avstår från etablering trots att det dominerande företaget inte har satt priser som underskrider genomsnittliga rörliga kostnader.[235]

Strategin att kraftigt öka volymen fungerar olika bra på skilda marknader. Den största effekten uppnås troligtvis på marknader där det sker

[235] Jfr Scherer a.a. s. 871 ff.

mycket höga initiala investeringar, t.ex. pappersindustri, storskalig energiproduktion, tågtrafik, flygtrafik m.m.

5.5.5.2 Williamssons alternativa modell om utbudsbegränsning vid nyetablering

En tydlig nackdel med A-T-testet är att det enbart fokuserar på kostnadsstrukturer och inte täcker andra prisrelaterade åtgärder från ett företag. Williamson framhåller att

> ”Since estimates of short-run marginal cost involve an enormous amount of judgment, a marginal cost test would be a defendant’s paradise. The time period across which costs are to be allocated is disputable, as in any decision about which costs to include. Allocations of overhead, especially in a multi-product enterprise, can be juggled, and inventories can be valued differently under different rules. […] The upshot is that estimation of short-run marginal costs is a mare’s nest. It is unrealistic to expect a judge […] to sort out the various representations.”[236]

Marknadspriset är en produkt av såväl utbuds- som efterfrågesituationen. Om ett företag är tillräckligt stort har det möjlighet att påverka det totala utbudet på en marknad och att härigenom indirekt kunna styra priset. Williamson har utvecklat en modell för att kunna hantera även denna typ av prisbeteende som omfattar ”limit pricing” och strategiskt beteende.[237]

I korthet bygger modellen på helt andra antaganden än dem som framkommit genom A-T genom att i stället för att fokusera på kostnadsstrukturen i första hand koncentrera sig på en analys av justeringar av utbudsvolymen, som görs som svar på etableringar på en marknad. Modellen syftar till att hantera situationer där ett dominerande företag gör strategiska justeringar av sin produktionsvolym som en reaktion på en konkurrents etablering på marknaden. Om det dominerande företaget ökar volymen under det att en konkurrent etablerar sig på marknaden

[236] Williamson I, a.a. s. 305.
[237] Williamson I, a.a. s. 286–306.

kommer detta att betraktas som en typ av rovdjursbeteende, medan en oförändrad produktionsvolym i samband med nyetableringar från konkurrenter är ett legitimt beteende.

Williamson kallar detta utbudsbegränsningsregeln eller ”*the output restriction rule*”, som rent teoretiskt har formulerats såsom att $Q_f \leq Q_e$, där Q_f är det dominerande företagets produktionsvolym före konkurrentens etablering och Q_e är dominantens volym efter etableringen. Regeln säger att det dominerande företaget inte kan höja sin produktionsvolym över den nivå som rådde före konkurrentens etablering på marknaden. Williamson hävdar att regeln bör gälla under en period av 12–18 månader så att den tillkommande konkurrenten får tillräckligt med tid att etablera sig och härmed täcka etableringskostnader. En kortare period skulle innebära att det dominerande företaget skulle kunna ”spara” överkapacitet som kan släppas lös vid slutet av perioden, innan konkurrenten har fått fotfäste ordentligt. En längre period, å andra sidan, skulle vara alltför svår att administrera och sätta alltför låga effektivitetskrav på konkurrenterna.[238]

Williamson ställer även som krav att det dominerande företagets pris måste överstiga dess genomsnittliga rörliga kostnader, dvs. $P \geq AVC$. Orsaken härtill är att om konkurrenten för in en mycket stor kvantitet på marknaden så kommer den totala marknadsvolymen att öka i motsvarande mån, kanske så mycket att marknadspriset underskrider det dominerande företagets kortsiktiga marginalkostnader. Detta innebär att det dominerande företaget måste minska sin volym för att inte hamna under denna nivå. Detta är orsaken till att det dominerande företagets volym efter en konkurrents inträde måste vara mindre eller maximalt lika med den tidigare volymen. På lite längre sikt, dvs. efter 12 eller 18 månader ställs dessutom kravet att det dominerande företaget måste hålla sina priser över totala kostnader.[239]

Med detta resonemang i bagaget ställer Williamson upp några förhållningsregler över hur laglig och olaglig prissättning bör bedömas.

---

[238] Se Williamson I, a.a. s. 295 ff.

[239] Williamson kallar detta för ”the marginal cost rule”, se Williamson I, a.a. s. 333.

5.5.5.2.1 Lagligt beteende enligt Williamson

På kort sikt: $Q_e = Q_f$. Så länge som det dominerande företagets produktionsvolym är lika med eller mindre än produktionsvolymen före etableringen skall detta bedömas som ett lagligt beteende *per se*, under förutsättning att priserna hela tiden överstiger de genomsnittliga rörliga kostnaderna.

På lång sikt: Efter det att konkurrenten har fått fotfäste på marknaden och lyckats klara initiala kostnader av engångskaraktär har konkurrenten möjlighet att delta i konkurrensen på lika villkor. För att spelreglerna inte skall ändras återigen krävs att det dominerande företaget håller sina priser inte bara över sina rörliga kostnader, utan även över de totala kostnaderna. Så länge som det dominerande företaget gör detta skall beteendet bedömas som lagligt.[240]

5.5.5.2.2 Olagligt beteende enligt Williamson

På kort sikt: $Q_e > Q_f$. Dominerande företag som ökar sin produktionsvolym när de ställs inför en konkurrent som vill etablera sig på marknaden skall bedömas utföra en olaglig prissättning, även om det nya marknadspris som uppstår till följd av den ökade volymen ligger över det dominerande företagets genomsnittliga rörliga kostnad. A-T skulle i sitt test tillåta att det dominerande företaget ökar sin volym så länge som det resulterande priset överstiger marginalkostnaden eller dess substitut, den genomsnittliga rörliga kostnaden. Det är enkelheten i Williamsons modells som är dess mest attraktiva inslag: ”*any […] output increase by the dominant firm is deemed predatory*”. Till skillnad från att försöka kalkylera och påvisa de relevanta rörliga kostnaderna i första hand är detta test mycket enklare att genomföra.[241]

Enligt Williamson är utbudsbegränsningsregeln en relativt sträng begränsning av ett företags manöverutrymme – till och med strängare

[240] Se Williamson I, a.a. s. 333–334.
[241] Se Williamson I, a.a. s. 334–335.

än A-T-testet, som ger dominerande företag ett visst utrymme att möta tillkommande konkurrens.[242]

Om Williamsons resonemang accepteras återstår emellertid frågan vilken produktionsvolym som skall anses vara tillåten för att det dominerande företagets priser skall vara tillåtna. Enligt Williamson är detta en relativt enkel operation som bygger på en prognos av marknadsefterfrågan.[243] Testet är speciellt lämpligt att använda för produkter som säljs på skilda geografiska marknader. Det är högst osannolikt att rovprissättning kommer inträffa på samtliga marknader och därför torde det vara enkelt och tydligt att se om produktionsvolymen på någon marknad har ökat oproportionerligt mycket. Om situationen endast omfattar en marknad borde det kunna göras en prognos av marknadsvolymen genom någon form av extrapolering av nuvarande nivåer för att på så sätt påvisa en trolig trend.[244] Genom att tillåta en avvikelse på ca tio procent kan, enligt Williamson, en domstol på mycket enklare sätt än igenom att använda A-T-testet fastställa om ett dominerande företag har tillämpat en otillbörlig prissättning. Williamsons test är därför, åtminstone enligt honom själv, en mycket mer användbar metod.[245]

På lång sikt: Efter det att den relevanta perioden för utbudsbegränsningsregeln har upphört inträder ett krav på full kostnadstäckning. Om priserna på lång sikt inte ger företaget täckning av alla kostnader skall prissättningen bedömas vara olaglig. Även om det i modellen på kort sikt räcker med att priserna överstiger genomsnittliga rörliga kostnader

---

[242] Williamson I, a.a. s. 332.

[243] Williamson undantar marknader, där efterfrågan på produkter är föremål för kraftiga och oväntade svängningar. Här uppstår tydliga svårigheter för en domstol att göra en korrekt prognos. För det flesta fall hävdar han dock att det är möjligt att göra en kvalificerad bedömning av den kommande marknadsutvecklingen, se Williamson I, a.a. s. 305–306.

[244] Williamson framhåller att efterfrågemodellen inte kan göras generell. Ibland måste prognostiseringen av efterfrågan justeras med hänsyn till rådande marknadsförhållanden. Vissa internationella konflikter eller statlig intervention eller reglering kan påverka efterfrågan i stor mån. Som exempel nämner Williamson oljeembargon. När sådana situationer inträder måste nödvändig hänsyn tas till dessa störningar eller annan påverkan och prognosen justeras i motsvarande mån. Se Williamson I, a. st.

[245] Williamson I, a. st., se även Williamson, Oliver E., *Williamson on Predatory Pricing II*, The Yale Law Journal, 1979 (Williamson II), s. 1192–1193.

kommer på lite längre sikt behov att uppstå kring återinvesteringar i byggnader, reparationer, träning av personal m.m. Om företaget på lång sikt inte får täckning för dessa kostnader är det inte vinstmaximerande. Frågan är hur stor betydelse en långsiktig regel har när det gäller nyetableringar. Williamson nämner ingen relevant tidsperiod och utvecklar heller inte kravet i detalj. Därför får denna regel ses mer som ett komplement till huvudregeln. Huruvida kravet är genomförbart inför en domstol är emellertid mer svårbedömt. Uppdelningen av ett dominerande företags beteende i olika tidsperioder är dock en intressant aspekt. Marknadsstrukturen ger upphov till olika kriterier och visar tydligt att det inte går att använda samma bedömningsgrunder i olika långa tidsperioder.[246]

Utöver uppdelningen mellan lagliga och olagliga priser krävs enligt Williamson en kompletterande rättsregel för att täcka de fall där ett företag – oaktat om det är stort eller litet – försöker etablera sig på en marknad. I sådana fall skall enligt Williamson det nya företaget presumeras täcka sina kostnader:

> ”With the exception of promotional terms offered for a very short duration in conjunction with sale of nondurable consumer goods, a new entrant should be expected to offer products on terms that are cost recovering”[247]

Williamson framhåller i direkt anslutning till citatet ovan att den kompletterande regeln tillåter det nya företaget att t.o.m ge bort varor gratis i utvärderingssyfte. En sådan möjlighet skall dock bara finnas på kort sikt.

5.5.5.3 Utvärdering av Williamsons modell

Frågan återstår om Williamssons tillvägagångssätt verkligen fångar de prisbeteenden som leder till lägre effektivitet på marknaden och härigenom en ekonomisk välfärdsförlust. Ett vanligt förhållande med en allt-

[246] Se Williamson I, a.a. s. 334–336.
[247] Williamson I, a.a. s. 336.

för koncentrerad marknad är att utbudsvolymen är lägre och marknadspriset är högre än vad som vore fallet om det rådde perfekt – eller åtminstone bättre – konkurrens. Ett syfte med avreglering är att omfördela monopolvinster till konsumenterna genom att volymen höjs och priserna sjunker. Om lagstiftningen i ett sådant läge skulle förbjuda en monopolist att öka volymen till följd av att marknaden öppnas för konkurrens genom avreglering eller spontan etablering förefaller detta motverka syftet med att göra den relevanta marknaden mer konkurrensutsatt.

Williamson förutsätter att företagen agerar rationellt på marknaden. Om utbudsbegränsningsregeln blir känd bland företagen kommer de att anpassa sig efter de nya förutsättningarna. Anpassningen görs så att de dominerande företagen undviker att spara överkapacitet och de höjer därför utbudet innan någon nyetablering blir aktuell. Genom att lagstiftaren tydliggör spelreglerna åstadkoms en högre effektivitet redan på ett tidigt stadium. Williamsons regel fyller därför ett dubbel syfte: För det första ges en tillkommande konkurrent möjlighet att få fotfäste på marknaden samtidigt som, för det andra, marknaden blir mer effektiv. Så länge som en hög marknadsvolym är bra ur ett välfärdsperspektiv är Williamsons modell bättre än A-T-testet. Detta behöver dock inte nödvändigtvis vara sant. Modellen kommer att vara mycket svår att genomföra i verkligheten och det finns inga riktiga vetenskapliga belägg för den tidsperiod om 12–18 månader som Williamson föreslår. Den tillåtliga ökningen med ca tio procent som en generell standard kommer heller inte att fungera i alla situationer – det är inte säkert att just denna nivå passar alla branscher i alla tider. Vidare kommer Williamsons modell att skapa ett krav på en ständig övervakning inte bara av alla branscher utan av alla enskilda dominerande aktörer på marknaden. Det kan knappast vara meningen att myndigheterna skall intervenera så mycket i marknaden.

Till sist skall sägas att en allvarlig svaghet med Williamsons resonemang är att allt bygger på ett faktiskt svar på en åtgärd från en konkurrent. Modellen förutsätter att det dominerande företaget agerar i något avseende som en respons på t.ex. en etablering. Härmed förbigås andra

strategiska ageranden som lyfts fram i ryktes- och signaleringsmodellerna.

Williamsons modell lyfter fram egenskaper som förbigås i rena kostnadsbaserade modeller, men sammantaget kan det konstateras att den inte presenterar någon praktiskt mer användbar metod att fastställa rovpriser.

Enligt Baumol kommer Williamsons modell att ha den stora fördelen att marknadsvolymen – och därmed de lägre priserna – kommer att ligga på en mer konkurrenskraftig nivå än om någon regel inte skulle ha funnits. De positiva effekterna uppkommer även långt innan en konkurrent har etablerat sig marknaden.[248]

Williamssons modell har enligt Baumol likväl inte bara positiva effekter. Om en konkurrent etablerar sig uteblir den dynamik som oftast är resultatet av att en tidigare koncentrerad marknad öppnas för konkurrens. Williamssons regel hindrar att utbudet ökar och därmed att priserna sjunker. Priskonkurrens mellan stora och likvärdiga aktörer hindras även i och med att företagen tvingas att bibehålla sina marknadsandelar efter aggressiv priskonkurrens. I situationer där den tekniska utvecklingen går snabbt och den totala marknadsvolymen växer kraftigt kan det vara svårt att fastställa exakt vilken utbudsbegränsning som är den rätta. De praktiska svårigheterna med modellen ger bara tillräckliga skäl för att ifrågasätta användbarheten, även om den visar på *principiellt* viktiga faktorer.[249]

5.5.5.4 Baumols regel om kvasi-permanenta prisreduktioner

Baumol är främst inriktad på den skadliga effekt av en rovprissättning som uppkommer när ett dominerande företag återigen höjer sina priser efter en rovpriskampanj, där konkurrenten har blivit utslagen. Om ett företag etablerar sig på en koncentrerad marknad och erbjuder mycket

[248] Se Baumols diskussion om Williamssons modell i Baumol, William J., *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*, The Yale Law Journal, 1979 (Baumol I), s. 3.

[249] Baumol I, a. st.

lägre priser finns det enligt Baumol ett sätt att undvika såväl att överbeskydda konkurrenten genom att förbjuda åtgärder från det dominerande företaget som att låta dominanten få fritt spelrum och konkurrera ut den mindre aktören. I stället för att förbjuda det dominerande företaget att sänka sina priser, eller utsätta agerandet för ett räknetest avseende kostnader vill Baumol tillåta det dominerande företaget att sänka sina kostnader när konkurrenten etablerar sig på marknaden. Det dominerande företaget skulle därför kunna möta tillkommande konkurrens med en aggressiv prissättning. Baumols fokus ligger emellertid på den efterföljande situationen och han vill förbjuda det dominerande företaget att efter prissänkningen återigen höja sina priser.[250]

Härigenom anser han att det går att undvika prisstrategier som går ut att temporärt sänka priserna för att i en efterföljande period återigen höja priserna och härigenom återhämta förlusterna i den tidigare perioden. Med Baumols modell skulle detta bli omöjligt. Baumol benämner detta ”*quasi-permanence of price reductions*”. Följden av regeln skulle enligt Baumol vara att ett dominerande företag inte skulle kunna reagera på en prissättning utan att samtidigt ta hänsyn till de långsiktiga följderna av prissättningen. Om företaget är förhindrat att höja priserna igen efter en sänkning kommer sänkningen troligen inte att göras så långt att man underskrider företagets genomsnittliga kostnader. Det dominerande företagets svar på konkurrentens prisläge kommer därför att ligga på en konkurrenskraftigt låg nivå, men inte så låg att konkurrenterna hotas av utslagning. En sund konkurrens skulle uppnås genom denna regel.[251]

Baumol tar även upp vad han kallar ”*stationary limit pricing*”, som bl.a. bygger på att det dominerande företaget skulle vinstmaximera i förhållande till efterfrågeelasticitet för produkterna eller tjänsterna som företaget tillhandahåller och i förhållande till inträdesbarriärer till marknaden. Enkelt uttryckt skulle det dominerande företaget anta ett prisläge som ligger mycket nära marknadspriset om inträdesbarriärerna var låga.

---

[250] Baumol I, a.a. s. 4 ff.
[251] Baumol I, a.a. s. 4–6.

Det motsatta skulle gälla vid höga inträdesbarriärer. Det är emellertid mycket svårt att på en monopolistisk eller oligopolistisk marknad kunna beräkna exakt hur stor elasticiteten är om det inte finns några reella alternativ eller uppgifter om vilka aktiviteter som man kan förvänta sig av eventuella tillkommande konkurrenter. I anledning av detta anser Baumol att *quasi-permanence*-regeln är en bra approximering till *stationary limit pricing*.[252]

5.5.5.4.1 Baumols regel och problemet med övervakning

Ett allvarligt problem med Baumols modell rent tekniskt är att det troligen kommer att bli mycket svårt att övervaka beteenden hos ett dominerande företag. Även om företaget skulle tillåtas göra prisökningar p.g.a. av inflation eller prisjusteringar till följd av kostnadsökningar så kommer det i princip att krävas någon form av övervakande prismyndighet. Även om det är rimligt att ställa som krav att dominerande företag måste kunna motivera sin prissättning förefaller regeln mycket svår att följa upp eftersom det krävs en kontinuerlig övervakning av priser under en längre efterföljande period. Baumol har själv nämnt 5 år för vissa branscher. Ett annat problem är givetvis hur man skall bedöma prisjusteringar till följd av ändringar i efterfrågebilden, teknisk utveckling etc.

Modellen har även teoretiska svagheter. Ordover och Saloner hävdar att ingenting garanterar att Baumols regel kommer att leda till mer konkurrenskraftiga prisnivåer vare sig konkurrenterna har etablerat sig eller inte.[253] Det dominerande företaget kan mycket väl hålla extremt höga priser så länge som det inte finns något trovärdigt hot mot dess position. Företaget kan även skrämma undan en tillkommande konkurrent genom att hota med en expansion av utbudet, som skulle kunna sänka marknadspriset – under den för konkurrenten lönsamma nivån. Det dominerande företaget behöver inte göra verklighet av sitt hot – det räcker med

[252] Se Baumol I, a.a. s. 25–26.
[253] Ordover/Saloner, a.a. s. 585.

att konkurrenten tar hotet på allvar och avstår från etablering för att en skadlig effekt skall uppstå på marknaden.

Merkin framhåller i sin kritik av Baumols metod att den inte tar hänsyn till hur effektiviteten mellan det dominerande företaget och konkurrenter skiljer sig åt.[254] Vidare kan kravet att hålla priserna på en låg nivå under en längre period ha avskräckande effekt på potentiella konkurrenter. Till sist är det inte säkert att tvåårsregeln är relevant. Rovpriser kan stäcka sig över ännu längre perioder.

Sammantaget verkar Baumols regel vara svår att genomföra i verkligheten och det är tveksamt om vare sig domstolarna eller konkurrensvårdande myndigheter skulle använda en regel som medför en kontinuerlig prisövervakning.

5.5.5.5 Förbud mot prissänkning som svar på tillkommande konkurrens.

En variant på Baumols regel synes vara den regel som föreslagits av Edlin och som väsentligt går ut på att monopolisten inte skall få möjlighet att prismässigt svara på nytillkommande konkurrens. Han har uppmärksammat den strategiska aspekten av rovprissättning och i ljuset av de amerikanska antitrustbestämmelserna föreslagit att rovpriser skall anses föreligga om en monopolist som en respons på avsevärd tillkommande konkurrens gör prisreduktioner eller höjer kvaliteten innan den nya aktören har fått en rimlig chans att återhämta sina inträdeskostnader och få fotfäste på marknaden. Detta skulle innefatta ett prisstopp för den tidigare monopolisten i den meningen att monopolisten inte fick sänka sina priser från det att inträde sker på marknaden. Pristoppet skulle gälla fram till dess att den nya aktören etablerat sig på marknaden eller ”*has made sufficient inroads*”. I så måtto är alltså Edlins regel den motsatta till Baumol eftersom den tar sikte på monopolistens möjlighet att reagera på inträde – inte på att monopolisten skall hindras återhämta sina förluster.

[254] Merkin, a.a. s. 194.

Rationaliteten bakom detta resonemang är att regeln skulle tvinga monopolister att sänka sina priser eller höja kvaliteten i förhållande till nuvarande priser så snart detta var möjligt och inte bara använda detta som ett vapen gentemot nytillkommen konkurrens.[255]

I allt väsentligt går Baumols och Edlins modeller ut på samma sak, nämligen att tillskapa rättsregler som gör det ekonomiskt omöjligt att försöka eliminera tillkommande konkurrens samtidigt som de skapar incitament att agera mer effektivt genom att framtvinga låga priser och/eller bättre kvalitet från början och inte efter det att tillkommande konkurrens visar sig. I praktiken synes även Edlins regel bli svår att tillämpa eftersom det är mycket svårt att fastställa när konkurrenten skall anses ha etablerat sig på marknaden. Dessutom måste spelreglerna tydliggöras för vad som skall gälla efter det att konkurrenten har etablerat sig – i dessa fall skall monopolisten vara fri att konkurrera med den mindre aktören. I vilken omfattning framgår dock inte. Edlin säger dessutom att det skall röra sig om avsevärd tillkommande konkurrens och definierar denna som aktörer med priser som ligger 20 % eller mer under det dominerande företaget. Hur exakt Edlin kommer fram till denna siffra eller om den ens går att ha ett sådant mått måste starkt ifrågasättas. Praktiskt sett synes därför detta test inte kunna användas utan stora svårigheter.

5.5.5.6 Shepherds modell om skillnader i marknadsandelar

Shepherd använder sig av ett något annat synsätt: Alla andra tester är enligt honom både ologiska eller klarar inte att definiera konkurrensbegränsande beteende.[256] Vidare anser han att alla andra tester är alltför svåra att genomföra i praktiken. Han vill istället se att alla *selektiva* ageranden av ett företag som har avsevärt högre marknadsandel skall vara

[255] Se mer utförligt Edlin, A., *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, The Yale Law Journal, 2002, s. 941–991.

[256] Shepherd, William G., Assessing ”predatory” actions by market shares and selectivity, 31 The Antitrust Bulletin, 1, 1986, s. 18.

olagliga *per se*. Shepherd har i sin modell ett extremt strukturfokus. Endast marknadsandelen skall studeras:

> ”That is all: no price-cost test, no measures of effects, no evaluations of relative efficiency and no test of output responses to entry.”[257]

Shepherd ser alltså endast till skillnaden i marknadsandelar mellan det dominerande företaget och dess konkurrenter. Om skillnaden i marknadsandelar mellan t.ex. en monopolist (eller ett dominerande företag) inte överstiger 10 procentenheter skall alla ageranden från monopolisten anses vara lagliga i sig. Omvänt gäller om skillnaden ligger över 25 procentenheter. Då skall alla ageranden från det dominerande företaget anses vara olagliga *per se*. Skulle skillnaden i marknadsandelar till sist ligga mellan 10 och 25 procentenheter skall man använda sig av en *rule of reason* bedömning, dvs. se till omständigheterna i det enskilda fallet. Exakt hur denna bedömning skulle kunna genomföras säger han ingenting om.[258]

Shepherds test är mycket rudimentärt. Det är svårt att se hur ett sådant test verkligen kan användas i praktiken. Även om Shepherd själv gärna vill framhålla att andra författare har sämre tester går det knappast att påstå att Shepherd lämnar något väsentligt bidrag till utvecklingen av ett bättre test. Enkelheten som Shepherd framhåller som den stora fördelen med testen är i själva verket dess akilleshäl. Som Martinez framhåller finns det ingenting som säger att ett dominerande företag måste vara selektivt i sin prissättning för att konkurrenter skall kunna slås ut.[259] Ett dominerande företag kan mycket väl tillämpa en generell policy att slå lika hårt mot alla konkurrenter. Om en monopolist möter konkurrens från endast två nya etableringar och monopolisten behandlar dem likadant, så går det inte att säga att det är fråga om en selektiv behandling. Under de förutsättningarna blir i själva verket *allt* eller *inget* agerande olagligt. Detta kan knappast vara ett bra test. Vidare finns det egentligen

[257] Shepherd, a.st.
[258] Shepherd, a.a. s. 19–21.
[259] Jfr Martinez, a.a. s. 111.

ingen förklaring till varför just dessa procentenheter skulle vara relevanta mått. Shepherd stödjer sig på empiriska data för konstaterandet att detta skulle vara fallet och att det går att påvisa en signifikant kovarians mellan skillnad i marknadsandel och selektiva marknadsbeteenden.

Shepherd förefaller dock darra på manschetten något och säger att det går att göra testet både mer strikt och att vissa ekonomer – framförallt företrädare för Chicagoskolan – skulle kunna acceptera än högre skillnader i marknadsandelar och härigenom höja ribban för i sig lagliga beteenden.[260] När denna osäkerhet läggs in i analysen kommer modellen ytterligare att förlora relevans. Ur juridisk synvinkel går det inte att lita på en modell där de centrala bedömningskriterierna görs flytande och kärnpunkten i testet reduceras till ett principiellt resonemang om statistiska samband mellan skillnader i marknadsandelar och dominerande företags selektiva beteende. Ett sådant test blir tvivelsutan svårt att tillämpa i domstolarna.

5.5.6 Tester av marknadsstrukturer

Med hänsyn tagen till svårigheterna med ett enkelt test liknande A-T-testet anser vissa författare att analysen även måste innefatta en bedömning av den marknad, på vilken det dominerande företaget är verksamt. I konkurrensrättslig bedömning av missbruk av dominerande marknadsställning görs alltid en analys av den relevanta marknaden. Detta görs dock endast för att kunna avgränsa marknaden och härigenom fastställa förekomsten av dominans för det aktuella företaget. Den relevanta marknadens struktur kan även ha stor betydelse för om det finns möjligheter att genomföra en rovprissättning. Vissa författare, som visas nedan, föreslår att ett marknadsstrukturtest skall göras innan prissättningen i sig skall studeras. Genom detta skulle processer om sådana ageranden som enligt författarna aldrig kan leda till rovpriser snabbt kunna undvikas och man skulle hellre kunna koncentrera sig på dem som verkligen har potential att skada konkurrensen.

[260] Shepherd, a.a. s. 21.

5.5.6.1 Joskow och Klevorick om marknadsstrukturens betydelse

Joskow och Klevorick (J-K) konstaterar att det är låg samstämmighet bland författarna till de olika modeller och test som presenterats.[261] Orsakerna till detta anser J-K vara flera. Andra vetenskapsmän stödjer sig på olika ekonomiska modeller, olika uppfattningar om omfattningen på rovprissättning, olika krav på enkelhet i tester, skilda uppfattningar om kompetensen i det juridiska systemet samt olika värderingar om vikten av en enkel regel kontra *rule-of-reason* bedömningar.[262]

J-K konstaterar att det är en svår uppgift att bedöma hur marknaden påverkas långsiktigt utifrån observerbara kortsiktiga beteenden och kortsiktiga marknadsvillkor. Olika marknader kan ha vitt skilda förutsättningar för rovprissättning, varför det är mycket svårt att ställa upp en enkel regel som går att använda för alla branscher, i alla tider och för alla beteenden.[263]

Det föreslås istället att ett tvåstegstest skall användas, där marknadens strukturella förutsättning för en lyckad rovprissättning inledningsvis skall analyseras. Visserligen kan det förefalla svårt och osäkert att genomföra en analys som skall leda till ett i konkurrenshänseende lyckat utfall, men kostnaderna för att *inte* göra det kan vara värre. Om en domstol skulle göra en felbedömning av en rovprissättning kommer detta att medföra stora kostnader för aktörerna på marknaden. Det går att särskilja två huvudsakliga feltyper i den konkurrensrättsliga analysen. Feltyp 1 eller ett positivt fel innebär att ett helt legitimt agerande klassificeras som en olaglig rovprissättning. Feltyp 2 eller negativt fel innebär att ett olagligt prisbeteende undgår påföljder.

Om fel av typ 1 inträffar kommer prisnivån att pressas uppåt och ligga kvar på en alltför hög nivå till följd av att företagen inte vågar möta konkurrensen tillräckligt. Vidare kan mindre effektiva konkurrenter attraheras till marknaden. I ekonomiskt hänseende kommer detta att

---

[261] Joskow, Paul L., Klevorick, Alvin K., *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, The Yale Law Journal, vol. 89:2, 1979, s. 213 ff.

[262] Joskow/Klevorick, a.a. s. 214–217.

[263] Joskow/Klevorick, a.a. s. 217–218.

leda till välfärdsförluster för konsumenterna eftersom resurserna i branschen inte används på ett effektivt sätt. Fel av typ 2 kommer å andra sidan att leda till att konsumenterna drabbas. Om en monopolist tillåts att dra nytta av sin marknadsställning leder det till att resurserna fördelas ojämnt och konsumenterna får betala detta genom att utbudet blir mindre än normalt samtidigt som kostnadsnivån ligger för högt. Detta kan även leda till en negativ spiral där en dominant inte ser anledning att effektivisera verksamheten eftersom konkurrensen är låg. Av denna anledning är det viktigt att ett test inte är vare sig för strikt eller för generöst.[264]

För att kunna undvika båda typerna av fel måste marknadens strukturella förutsättningar undersökas först. Utredningen i första steget syftar till att pröva branschstrukturella faktorer såsom styrkan hos det dominerande företaget, för att se om dessa sammantagna leder till att det finns anledning att tro att rovprissättning kan förekomma och medföra allvarliga ekonomiska samhällsförluster. J-K delar in de relevanta bedömningsfaktorerna i tre olika kategorier, nämligen

- Faktorer som tyder på kortsiktig monopolstyrka
- Inträdesvillkor
- Dynamiska faktorer[265]

5.5.6.1.1 Faktorer som tyder på kortsiktig monopolstyrka

Det går inte att med stor precision vare sig definiera eller mäta monopolstyrka, men det går åtminstone att undersöka sådana faktorer som det dominerande företagets marknadsandel, hur många aktörer som finns på marknaden och hur deras marknadsandelar är fördelade storleksmässigt och geografiskt. Andra viktiga faktorer att undersöka är t.ex. hur stabila marknadsandelarna har varit över tiden och hur vinstutvecklingen har varit för det dominerande företaget över tiden. Detta är i grunden samma analys som används för att fastställa en dominerande

[264] Joskow/Klevorick, a.a. s. 222–224.
[265] Joskow/Klevorick, a.a. s. 225–234.

ställning, låt vara med fokus på priser och vinstutveckling. När en bedömning görs av den relevanta marknaden kommer även frågan om efterfrågeelasticitet att beröras. J-K framhåller att möjligheterna att utvinna monopolvinster är omvänt relaterade till efterfrågeelasticiteten, dvs. ju lägre elasticitet desto större kostnader för att inte betrakta prissättningen som rovprissättning och vice versa.[266]

5.5.6.1.2 Inträdesvillkor

Monopolstyrka är i sig en relativt statisk analysfaktor. Enligt J-K kommer det dominerande företagets möjligheter att bibehålla sin monopolstyrka över en längre period att vara beroende av inträdesvillkoren till marknaden. J-K framhåller att de härmed inte menar inträdesbarriärer, utan snarare de allmänna villkor som gäller nu och senare, vilka är avgörande för att tillkommande konkurrenter skall kunna etablera sig på marknaden. Som exempel på relevanta inträdesvillkor nämner J-K mängden kapital som krävs för att uppnå en kritisk volym, vilken märkeslojalitet som finns på marknaden och hur lätt produktionsresurser kan överföras från en produktionsenhet till en annan (t.ex. korssubventionering av delmarknader för att skrämma bort konkurrenter). En annan viktig faktor att ta hänsyn till är hur informationsflödet ser ut i branschen, speciellt information om inträdesrisker. Om det t.ex. är allmänt känt att en rad konkurrenter har lämnat marknaden snabbt efter varandra är det rimligt att anta att marknaden nu befinner sig i en koncentreringsfas och därmed är mer känslig för aggressiv prissättning.[267]

5.5.6.1.3 Dynamiska faktorer

En utredning bör också göras om de dynamiska effekterna i branschen. Vem leder den teknologiska utvecklingen på marknaden, vem är prisle-

[266] Joskow/Klevorick, a.a. s. 225–227.
[267] Joskow/Klevorick, a.a. s. 227–231.

dande, befinner sig markanden i tillväxt eller nedgång, växer marknaden snabbt eller långsamt?

Alla dessa faktorer kan sammantagna ge en bild av om rovprissättning sannolikt kan vara en framgångsrik taktik för ett dominerande företag.

5.5.6.1.4 Första steget i J-K:s test

J-K förespråkar, som nämnts ovan, att en tvåstegsmodell bör användas för att härigenom kunna undgå fel av typen 1 när kostnaden för ett sådant fel är högt samtidigt som fel av typen 2 kan undgås när kostnaden är hög även för denna form av ”negativa” fel. Marknadsstrukturen har stor inverkan på den konkurrensrättsliga analysen:

> ”Since structural factors that raise the cost of false positive errors lower the cost of false negatives and vice versa, an approach to predatory pricing should employ standards that are carefully conditioned on structural factors.”[268]

Eftersom strukturfaktorerna har en stor inverkan på möjligheterna till fel förespråkar J-K en tvåstegstest, där första steget syftar till att lyfta fram marknadssituationer där ett hot om rovprissättningen verkligen har förutsättningar att lyckas och samtidigt sortera bort sådana marknadssituationer där rovprissättning är verkningslös.

J-K tar upp några exempel[269] för att belysa bedömningsfaktorerna. Utgångspunkten är tre olika marknader med skilda villkor. Exemplen återges nedan:

Exempel 1

a) Kortsiktig monopolstyrka

- Det dominerande företaget har 70 % marknadsandel medan det finns tre andra företag, som vardera har ca. tio procent marknadsandel.

[268] Joskow/Klevorick, a.a. s. 243.

[269] Joskow/Klevorick, a.a. s. 246–248.

- Det dominerande företaget har hela tiden varit prisledare (konkurrenterna följer det dominerande företagets prissättning).
- Antalet företag och storlek på förtagen har varit relativt stabilt under de senaste tio åren.
- Vinstnivåerna ligger klart över vad som vore normalt på en marknad med hög konkurrens.

b) Inträdesvillkor

- Det krävs minst 2 miljarder kronor för att kunna etablera sig och härmed uppnå en kritisk volym för fasta kostnader.
- Inga företag har etablerat sig på marknaden under de senaste tio åren. Tidigare etableringar skedde genom att större företag diversifierade sin verksamhet.
- Det dominerande företaget tar i vissa fall ut ett mycket högre pris för en vara som synbarligen inte skiljer sig mycket från konkurrenternas produkter.
- Det dominerande företag använder stora resurser på att marknadsföra sitt namn istället för att marknadsföra kvalitetsskillnader mellan sina och konkurrenternas produkter.

c) Dynamiska effekter

- De tre mindre konkurrenterna på marknaden är den främsta källan till innovationer och produktutveckling

Exempel 2

a) Kortsiktig monopolstyrka

- Det dominerande företaget, som man tror rovprissätter, har 40 % marknadsandel och det finns åtta mindre konkurrenter med olika marknadsandelar.
- Det dominerande företagets marknadsandel har gradvis minskat under senare tid.
- När det dominerande företaget har försökt att leda en prisökning har detta alltid resulterat i en minskning i efterfrågan på dess produkter.
- Vinstnivåerna hos det dominerande företaget har varit något högre än kapitalkostnaderna de senaste fyra åren, med vinstnivåerna har stadigt sjunkit.

b) Inträdesvillkor

- Det krävs minst 1 miljard kronor för att kunna etablera sig och härmed uppnå en kritisk volym för fasta kostnader.
- Tre nya företag har framgångsrikt etablerat sig på marknaden de senaste fem åren och har växt snabbt. Två andra företag försökte att etablera, men misslyckades.
- Produkterna som säljs av företaget är mycket lika varandra och marknadsföringskostnaderna är förhållandevis låga i relation till totala kostnader. Det finns inga tecken på att någon aktör åtnjuter någon större märkeslojalitet.

c) Dynamiska effekter

- Marknaden kännetecknas inte av någon snabb teknologisk utveckling.
- Innovationer och teknikutveckling har främst fokuserats på nya och förbättrade produkter och det dominerande företaget står för den största delen av denna utveckling.

Exempel 3

a) Kortsiktig monopolstyrka

- Det dominerande företaget har 60 % av marknaden och fyra mindre företag utgör återstoden av marknaden. I vissa geografiska marknader har någon av konkurrenterna en större marknadsandel.
- Det större företagets marknadsandel har i genomsnitt varit 60 % under de senaste 10 åren, men den har varierat avsevärt från år till år.
- När det större företaget har försökt att leda en prisökning har detta i vissa fall medfört att konkurrenterna har följt, men när de inte gjort det har det större företaget tvingats sänka priserna igen eftersom efterfrågan minskat dramatiskt.
- Vinsterna hos det dominerande företaget har i genomsnitt varit något högre än kapitalkostnaderna, men visar en nedåtgående trend.

b) Inträdesvillkor

- Om någon vill etablera sig på alla delmarknader samtidigt kräver detta en investering på minst 2 miljarder kronor. Om en konkurrent dock väljer att etablera sig på en av viktiga delmarknaderna krävs en investering på 200 miljoner kronor.
- Tre nya konkurrenter har etablerat sig på olika delmarknader de senaste fem åren, varav endast en fortfarande är kvar.

- Branschen karaktäriseras av viss produktdifferentiering och annonseringskostnaderna ligger över det normala. Trots detta finns det ingen nämnvärd märkeslojalitet för det dominerande företaget.

c) Dynamiska effekter

- Marknaden kännetecknas av snabb utveckling av kostnadsbesparande tillverkningsmetoder.
- Både det dominerande företaget och två av dess konkurrenter, varav en är ett nyetablerat företag, har kommit fram med kostnadsbesparande processer.

Utifrån de strukturella faktorer som påverkar om någon fortsatt bedömning över huvudtaget är nödvändig sammanfattar J-K att exempel 1 är ett tydligt fall där en fortsatt analys av det dominerande företagets beteende är påkallad. På marknader som denna är det mycket troligt att rovpriser både kan förekomma och har möjlighet att vara en framgångsrik taktik för ett dominerande företag. Det omvända gäller i exempel 2. Här finns inte belägg för att göra en fortsatt utredning om det dominerande företagets prissättningar. Konkurrensen fungerar bra på marknaden och rovpriser kommer inte vara något reellt hot mot övriga marknadsaktörer eftersom marknadsstrukturen inte är lämplig för en sådan prissättning.

Exempel 3 kan sägas ligga mitt mellan exempel 1 och 2. Marknaden är visserligen mindre koncentrerad än i exempel 1, men marknadsandelarna varierar. Faktorer som tillsammans bygger upp marknadsstrukturen ger ingen entydig bild av hur känslig marknaden är för rovprissättning. I fall som detta tror J-K att det blir en bedömningsfråga för domstolen om det förefaller nödvändigt att gå vidare med en fördjupad analys. Om den sammanlagda bedömningen talar för att rovprissättning troligtvis – på denna marknad, given dess struktur – kan vara framgångsrik skall domstolen gå vidare.

J-Ks modell bygger således på att marknadens struktur först skall undersökas noggrant innan en ingående bedömning av företagets agerande genomförs. På sådana marknader där konkurrensen fungerar bra, eller där rovprissättning troligtvis inte är en framgångsrik taktik, behövs

ingen vidare utredning. Om analysen å andra sidan skulle visa att en mer djupgående analys är påkallad skall analysen gå vidare till steg 2.[270]

5.5.6.1.5 Andra steget i J-K:s modell

J-K anser att priser som ligger under genomsnittliga rörliga kostnader alltid kommer att vara olagliga. Det finns ingen rationalitet i att lägga priserna under genomsnittliga rörliga kostnader för ett dominerande företag om inte detta skulle vara för att långsiktigt stärka sin ställning på marknaden och härigenom kunna ta ut överpriser. Eftersom J-K anser att priser under genomsnittliga rörliga kostnader är *per se* förbjudna kan detta test användas som en snabb kontroll.[271]

Priser underskridande genomsnittliga rörliga kostnader är härigenom ett *tillräckligt* villkor för att påvisa en olaglig prissättning, men det är enligt J-K inte ett *nödvändigt* villkor. Även priser som underskrider genomsnittliga totala kostnader men överstiger genomsnittliga rörliga kostnader kan vara rovpriser. J-K säger att

> ”A price below average total cost could drive equally efficient and perhaps even more efficient rivals from the market or deter such firms from entering; in the face of entry lags, the dominant firm could then resume its monopoly pricing behavior.”[272]

J-K hävdar därför att även priser som ligger under genomsnittliga totala kostnader skall presumeras vara olagliga om inte företaget kan visa att dessa priser maximerar kortsiktiga vinster, vilket i sin tur troligtvis

---

[270] Spector stöder J-K:s model men hävdar angående det första att det bl.a. måste tas hänsyn till hur inträdesbarriärerna har tillkommit och framhåller betydelsen av ryktbarhet. Till skillnad från rent objektiva inträdesbarriärer som höga investeringsnivåer borde sådana barriärer som imperfektioner på marknaden eller mer subtila strategiska ageranden som framkommer genom ryktbarhet analyseras före den vanliga marknadsstrukturen. Se Spector, D., Definitions and criteria of predatory pricing, MIT, Cambridge Mass., 2001, elektronisk resurs: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=262027>, s. 22.

[271] Se Joskow/Klevorick, a.a. s. 251–252.

[272] Joskow/Klevorick, a.a. s. 253.

endast kan användas som försvar när det finns avsevärd överkapacitet i branschen. Enligt J-K kan överkapacitet inträffa av tre orsaker. För det första kan branschen befinna sig i en nedgångsfas och för det andra kan en konkurrent ha etablerat sig med en sådan volym att branschen totalt sett får överkapacitet vid ett marknadspris som är lika med genomsnittliga totala kostnader. Dessa två argument kan, som J-K ser det, vara beaktansvärda invändningar mot påstådd rovprissättning. En tredje orsak till överkapacitet – som inte kan användas till det dominerande företagets försvar – är att det dominerande företaget kan ha en medveten strategi att hålla överkapacitet för att härigenom skrämma bort konkurrenter.

J-K går emellertid längre i sin analys och hävdar att även priser *överstigande* totala kostnader kan vara rovpriser under vissa speciella förutsättningar. Det säger sig självt att det är mycket svårt att formulera ett test som täcker in prisbeteenden som har full kostnadstäckning. J-K framhåller även att sådana priser skall förutsättas vara lagliga, om inte priserna efter en sänkning i samband med en nyetablering återigen – inom ca två år – höjs till den gamla nivån eller ännu högre efter det att en konkurrent har lämnat marknaden. J-K:s modell syftar till att prisnivåerna skall hållas kvar på de konkurrenskraftiga nivåer som uppstår när nyetableringar kommer till stånd. Detta kräver dock att man över en längre period övervakar företagen – precis som i Baumols modell. I likhet med Baumol hävdar J-K att detta kommer att leda till att företagen styrs till att sätta långsiktiga marknadsmässiga priser, under förutsättning att regeln upprätthålls konsekvent av rättssystemet.[273]

J-K:s modell är i mångt och mycket en selektiv kombination av andra modeller från Areeda och Turner, Baumol och Williamson. J-K vill inte begränsa analysen till att endast omfatta faktorer enligt 5.5.6.1 ovan och framhåller att analysen

[273] Se Joskow/Klevorick, a.a. s. 254–255.

> ”[…] does not preclude the examination of other evidence that could inform the court about the intent and effect of the pricing behavior, especially if the price and cost analysis turns out to be ambiguous.”[274]

J-K lämnar därför utrymme för analys av syftet eller uppsåtet med en prissättning. Detta skall dock ske inom mycket avgränsande ramar och de framhåller att man endast skall lägga vikt vid uppsåt om det finns skriftliga bevis som indikerar att det dominerande företaget avser att höja sina priser igen efter det att konkurrenten har drivits ut från marknaden. Vikt kan även tillskrivas uppsåt om det klart framgår av skriftlig bevisning att det dominerande företaget har använt priser som mekanism för att försvåra etableringar på marknaden. Allmänna uttalanden – även skriftliga – som talar om att krossa eller döda konkurrenter kan dock lämnas utan avseende.

J-K:s modell ger en mycket mer fyllig analys än många andra modeller och kan sägas ge ett bättre bedömningsresultat i det enskilda fallet. Å andra sidan är modellen inte i harmoni med den praxis som utvecklats i Europa. Som Martinez framhåller har dominansbegreppet i J-K:s modell fått en något annan innebörd än den som utvecklats i EG-praxis.[275] Modellens dominansbegrepp är mycket striktare än det som normalt gäller i fall som rör missbruk av dominerande ställning. Dominansbegreppet används dock olika i modellen. Visserligen är marknadsdominans ett direkt krav för att missbruk alls skall kunna påvisas, men vad J-K menar med dominans är här den grad av styrka på marknaden – givet att dominans i konkurrensrättslig mening föreligger som ger vid handen att rovprissättningen i sig kan påverka marknadsstrukturen. J-K:s utvecklar därför dominansbegreppet.

Skulle det första steget i någon mån vara alltför tillåtande till förmån för ett dominerande företag kan å andra sidan det andra steget vara alltför restriktivt. Det kan finnas goda skäl för att sälja produkter under den totala kostnaden även om detta inte är relaterat till någon överkapacitet.

---

[274] Joskow/Klevorick, a.a. s. 259.
[275] Martinez, a.a. s. 105–107.

Vidare synes J-K:s regel om otillåten överkapacitet och tvåårsregeln vara alltför reglerande av företagets verksamhet. De tar ingen hänsyn till teknikutveckling eller till om nedgångsfasen i produktlivscykeln inträffar mycket tidigare än beräknat.

5.5.6.1.6 Merkins utvecklade strukturanalys

Vad som är mest slående med de teorier som förespråkar en tvåstegsanalys, med särskild hänsyn tagen till marknadsstrukturen, är att mycket av fokus ligger på det första steget. Vad som sedan skall göras när analysen visar att marknaden är lämpad för rovprissättning sägs det inte så mycket om. Införandet av en första sållning – eller förfilter – torde emellertid vara det största bidraget till utvecklingen av ett relevant test för rovpriser.

Merkin förespråkar även ett test i flera steg där en strukturanalys och helhetsbedömning av det dominerande företaget står i fokus.[276] Det första steget omfattar en ingående analys av den relevanta marknaden och företagets relativa styrka, dvs. strukturförutsättningar. Om de strukturella marknadsförutsättningarna saknas finns det heller inga förutsättningar för rovpriser. Priser som sätts på en marknad där de strukturella förutsättningarna saknas måste därför presumeras vara lagliga eftersom prissättningen endast skadar det dominerande företaget. Konkurrensen kommer att förbli opåverkad. Enligt Merkin finns det sex olika förutsättningar som ekonomerna är relativt överens om behöver föreligga om rovprissätning skall kunna genomföras framgångsrikt.[277]

Marknadsdominans. Egentligen kan det verka överflödigt att tala om marknadsdominans mot bakgrund att det är en direkt förutsättning för att artikel 82 EG alt. KL 19 § skall tillämpas. Det förtjänar dock att kommenteras rent principiellt. En aktör som inte har en dominerande ställning och därmed möjlighet att agera oberoende av konkurrenter, leverantörer och kunder kan knappast hoppas på att skörda frukterna av en

[276] Merkin, R, a.a. s. 195 ff.
[277] Diskussionen om de olika strukturella förutsättningarna redovisas i Merkin, a.a. s. 188–190.

rovprissättning. En sådan aktör kommer i långa loppet endast att skada sig själv. Antag t.ex. att en tillverkare genom extrema lågpriser skulle kunna konkurrera ut någon av de andra aktörerna. I det läget uppstår ett tomrum efter aktören som lämnar marknaden. Tomrummet kommer att fyllas inte enbart av tillverkaren utan även av de andra kvarvarande aktörerna. Tillverkaren går därför miste om möjligheten att återhämta förlusterna genom att ta ut ett högre pris efter det att en konkurrent trängts ut. När möjligheterna till återhämtning av förluster inte existerar, finns heller inga förutsättningar för rovprissättning. Eftersom konkurrensen i stort är oskadad även efter en kampanj med extremt låga priser finns det ingen anledning att beivra sådana agerande från en tänkt tillverkare. För det första är det mycket osannolikt att något företag som agerar rationellt och vinstmaximerande skulle ge sig in på en dylik prissättning om det inte vore dominerande på marknaden. För det andra – om företaget ändå skulle göra det – har det på såväl kort som lång sikt ingen möjlighet att påverka konsumenternas situation negativt.[278]

Som är fallet i all konkurrensrättslig analys är det viktigt att inte göra bedömningen av den dominerande ställningen alltför avgränsad. Vid en bedömning om missbruk av dominerande ställning kan det mycket väl vara så att branschen dras med andra problem som aktualiserar bestämmelserna om förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan enligt art. 81 EG och 6 §. KL En grupp företag kan t.ex. ha kommit överens om en marknadsuppdelning och i kraft av den kollektiva dominerande ställningen kan de utse eller bilda ett litet företag med låg marknadsandel som har till enda syfte att ta bort nytillkommande konkurrens eller andra existerande företag. Sådana små företag skulle kunna benämnas ”fighting companies” och är egentligen en analogi från sjöfarten där det funnits exempel på ”fighting ships” (se avsnitt 14.1.2 nedan). Olika grad av dominerande ställning kan göra att rovprissättningar har olika förutsättningar att lyckas. Av denna anledning är det viktigt att nyansera begreppet dominerande ställning noggrant.

[278] Jfr Merkin, R, a.a. s. 188–189.

Det dominerande företagets finansiella styrka. Priskrig som inte ger full kostnadstäckning kan tära mycket på resurserna hos det dominerande företaget. Oftast är det så att det dominerande företaget förlorar mycket mer på rovpriser än konkurrenterna. Eftersom det dominerande företagets volym är större än mindre konkurrenters kommer en generell prissänkning även att ge stora förluster. Ett dominerande företag med begränsade resurser har små möjligheter att föra ett priskrig framgångsrikt. I bästa fall kan det liknas med en Pyrrhus-seger.[279] Dominerande företag med stort och diversifierat utbud med möjlighet till korssubventioneringar är bäst rustade för rovprissättningar. Omvänt gäller att ett dominerande företag kan möta konkurrens från lika stora – kanske större – företag som ännu inte är aktiva på den relevanta marknaden. Om sådana konkurrenter skulle bredda sin verksamhet antingen vertikalt eller horisontellt är det liten mening med att försöka införa rovpriser om konkurrenten har bättre finansiella resurser. Sådana konkurrenter är helt enkelt dåliga måltavlor.[280]

Det dominerande företagets kapacitet. Om ett företag med mycket stor marknadsandel sänker sina priser dramatiskt får detta även effekten att den totala efterfrågan ökar. I kraft av sin storlek kontrollerar det dominerande företaget marknadspriset och när detta sjunker och företaget rör sig längs efterfrågekurvan kommer även en högre volym att efterfrågas. Om inte det dominerande företaget tar hand om volymökningen finns det en chans för konkurrenten att ta marginalförsäljning från det dominerande företaget och härmed övervintra priskriget. Om konkurrenten skulle slås ut och dominanten höjer priserna igen kommer efterfrågan att minska, med överkapacitet som följd. Denna kostnad måste bäras av dominanten. Enligt Merkin måste därför dominanten initialt ha en över-

[279] Det torde vara allom välbekant att begreppet härrör från antikens Rom, där den grekiske kungen Pyrrhus av Eprius lär ha yttrat i samband med en dyrköpt och blodig seger över romarna omkring 280 f. Kr. att ”En sådan seger till och jag är förlorad”.

[280] Se Merkin, a.a. s. 189.

kapacitet eller en stark drift att åstadkomma ett monopol på kort sikt oavsett de kortsiktiga kostnaderna.[281]

Inträdesbarriärer. Olika marknader kan ha olika höga inträdesbarriärer. Enligt Merkin är en förutsättning för rovprissättning att inträdesbarriärerna är höga. Det kan t.ex. krävas stora investeringar i produktionsutrustning för att det skall vara möjligt att tillhandahålla en vara på en marknad. Likväl kan det finnas behov av massiva marknadsföringsinsatser för att göra en inbrytning på marknaden. I båda fallen går det att tala om höga inträdesbarriärer. Etablering på marknaden är alltså förenad med stora kostnader eller resursinsatser i övrigt. Om å andra sidan inträdesbarriärerna är låga finns det goda förutsättningar att konkurrenter söker sig till marknaden. Låga inträdesbarriärer gör att ett monopol troligen inte kan vidmakthållas någon längre tid och om en monopolist skulle försöka hålla konkurrenter ute från marknaden med hjälp av rovpriser skulle det krävas en kontinuerlig rovprissättning. Det blir i praktiken omöjligt att hålla konkurrenter ute från marknaden eftersom nya företag hela tiden kommer att söka sig till marknaden. I syfte att göra marknaden så föga attraktiv som möjligt är det därför optimalt för en monopolist att försöka prisdiskriminera så långt som möjligt eller sätta pris och utbud så nära ett tänkt konkurrensutsatt marknadspris som möjligt.[282] Rovprissättning är därför en dålig strategi för en monopolist som verkar på en marknad med låga inträdesbarriärer. Höga inträdesbarriärer är därför en förutsättning för rovprissättning.[283]

---

[281] Se Merkin, a. st.

[282] Detta brukar kallas ”*limit-pricing*”. Konkurrenterna ser att vinstmöjligheterna är låga på lång sikt och att därmed marknaden blir mindre attraktiv på kort sikt. Merkin framhåller att ”[r]ather than to indulge in constant price adjustments, the monopolist may adopt a policy of limit-pricing; here prices and output are maintained at an almost competitive level, so that the market is less attractive to potential entrants in the short-run, as large post-entry profits will not be available in the long-run. Most of the economists who dismiss predatory pricing as unlikely take a similar view of limit-pricing, on the basis that where barriers to entry are low a monopolist does best by taking whatever monopoly profits are available in the short-run and subsequently by competing”, Merkin, a.a. s. 189–190.

[283] Se Merkin, a. st.

Irrationella konsumenter. Ur den enskilde konsumentens perspektiv kan rovpriser på kort sikt verka mycket lockande eftersom den faktiskt kommer över en vara eller tjänst till ett mycket attraktivt pris. Här finns således en chans att kortsiktigt göra en bra affär. Om köpet är av engångskaraktär kan det vara rationellt för konsumenten att fullfölja en sådan affär. Långsiktigt kommer det emellertid inte att vara någon bra affär. Det kan t.ex. röra sig om varor som kunderna köper kontinuerligt. Om rovprissättningen lyckas så kommer konsumenten att få bära alla kostnader som rovprissättningen medfört och mer därtill när monopolisten återigen höjer priserna. Långsiktigt vore det därför mest rationellt för konsumenten att betala det högre priset till konkurrenten. Det är emellertid mycket osannolikt den enskilde konsumenten någon gång i praktiken har möjlighet att se skillnad på lagliga priser och rovpriser och därefter välja det för honom långsiktigt mest lönsamma alternativet. Irrationalitet, eller bättre uttryckt avsaknad av perfekt marknadsinformation, måste därför anses vara inneboende hos konsumenten. Enligt Merkin förtjänar detta ändock att nämnas eftersom om den osannolika situationen skulle uppstå att konsumenterna skulle börja agera helt rationellt så skulle rovpriser aldrig ha någon effekt.[284]

Praktiskt sett är det, enligt min mening, inte nödvändigt att lägga någon större vikt vid denna strukturförutsättning.

Långsam teknologisk utveckling. För att ett dominerande företag skall kunna återhämta vinsterna måste företaget ha möjlighet att sälja varan eller tjänsten till ett högre pris än tidigare. Detta förutsätter i sin tur att marknaden finns kvar till att sälja produkterna på. Om teknologiutvecklingen går mycket snabbt i en bransch och det dominerande företaget inte hänger med i utvecklingen kan det mycket väl bli så att den avtagande efterfrågan på den föråldrade produkten inte ger möjlighet till någon efterföljande överprissättning.[285]

Denna strukturförutsättning anknyter direkt till möjligheterna till återhämtning eller ”*recoupment*”. Om det dominerande företaget inte

[284] Se Merkin, a.a. s. 190.
[285] Se Merkin, a. st.

har möjlighet att återhämta sina förluster kan det bli svårt att påvisa rovprissättning

5.5.6.1.7 Det andra steget – egenskaper hos rovpriser och kostnadsanalys

Den enda säkra slutsats som kan dras från strukturförutsättningarna är huruvida den relevanta marknaden är lämplig för rovprissättning. Lämplig struktur är alltså ett nödvändigt, men inte tillräckligt villkor.[286] Lagstiftningen är inte tillkommen för att skydda konkurrenter i första hand utan konkurrensen i sig. Det dominerande företaget måste därför få möjligheter att möta konkurrens även på marknader där strukturen är extra känslig. Ytterligare utredning måste därför göras om det dominerande företagets prissättning. Är det i allmänhet fråga om en prissättning som är allvarligt menad gentemot konkurrenterna och är den i så fall skadlig för konkurrensen?[287]

En allmän förutsättning för rovpriser anser Merkin vara att det först och främst måste vara fråga om en rovprissättning, dvs. att priserna verkligen underskrider konkurrenternas priser.[288]

En mer ingående analys av det dominerande företagets syfte eller ”intent” förefaller enligt Merkin vara onödig eftersom det inte säger något om hur företaget i realiteten agerar.[289]

Däremot anser Merkin att prissättningen måste göras under längre period. Introduktionspriser vid lansering av nya produkter, t.ex. gratis annonsering i en tidning, introduktionsrabatter m.m. får inte anses vara rovpriser, eftersom sådant har positiv inverkan på konkurrensen genom att marknaden får fler produkter.[290]

---

[286] Merkin sager att ”[I]t is not suggested that market analysis would do more than filter off the most obvious cases in which predatory pricing could take place, and in particular the court would need to take care to bear in mind the possible geographical isolation of markets which would otherwise appear to consist of a number of competitors”. Se Merkin, a.a. s. 213.

[287] Se Merkin, a.a. s 196 ff.

[288] Merkin, a.a. s. 196.

[289] Merkin, a.a. s. 196–197.

[290] Se Merkin, a.a. s. 197–198.

Antagandet om rovprissättning i kombination med krav på varaktigt beteende kan i viss mån verka motstridigt, varför resonemanget skulle behöva utvecklas mer. Allt detta är emellertid nödvändiga förutsättningar för rovprissättning. Merkin är unik i sin framställning med att bygga ut strukturanalysen med detta mellantest. Även om marknadens struktur ger vid handen att den är lämplig för rovpriser och att risken för att konkurrensen skadas allvarlig därmed är uppenbar, så räcker inte detta. De tre ytterligare begränsningar som Merkin anför är därför kriterier som enligt honom måste tas hänsyn till.

5.5.6.1.8 Tredje steget: kostnadsrelaterat test

Rovpriser kan endast existera om effekten av det dominerande företagets agerande leder till att en lika – eller mer – effektiv konkurrent trängs undan från marknaden. Eftersom effektivitet är knuten till ett företags förmåga att använda minsta möjliga resurser är det relevant att göra en kostnadsanalys. Den relevanta frågan blir enligt Merkin om det är nödvändigt för det dominerande företaget att varaktigt prissätta under sina kostnader för att eliminera en eller flera konkurrenter. Om svaret är ja kan det antas att konkurrenten är mer effektiv och agerandet är skadligt för konkurrens. Blir svaret nej så har marknaden endast förlorat en mindre effektiv konkurrent.

Merkin hänvisar framförallt till Scherer och framhåller att syftet med lagstiftningen är att maximera konsumenternas välfärd genom att ta hänsyn till såväl långsiktiga som kortsikta förluster i den allokerade effektiviteten. Härmed torde Merkin åsyfta huruvida det dominerande företaget lyckas omfördela konsumenternas andel av effektivitetsvinsterna till sig självt. Merkin anser därför att ett strikt test bör användas, där prissättning underskridande genomsnittliga totala kostnader, ATC, borde presumeras vara en rovprissättning. Omvänt skulle prissättning överstigande ATC presumeras vara lagenlig konkurrens.[291]

[291] Se Merkin, a.a. s. 213–214.

5.5.6.1.9 Fjärde steget: Avsteg från presumtionen om laglighet/olaglighet

Till skillnad från andra kostnadsbaserade test som t.ex. Areeda-Turner öppnar Merkin för möjligheten att motbevisa presumtionerna både om laglighet och olaglighet enligt ATC-standarden. Härmed kan alltså ett dominerande företag försvara en prissättning underskridande ATC. Merkin nämner ”any circumstances”, som möjlighet till försvar mot prissättning under ATC. Detta kan t.ex. ske när ett dominerande företag har fattat ett beslut om att inte utnyttja fabrikens fulla kapacitet eller minska kapaciteten och därmed har uteslutit från produktkalkylen sådana kostnader som är hänförliga till den kapacitet som företaget inte planerar att utnyttja.[292]

Möjligheten att motbevisa presumtionen medför även att priser överstigande ATC under vissa omständigheter kan betraktas som en form av missbruk. Merkin tar som exempel upp fallet när det dominerande företaget har kombinerat prissänkningar med andra utestängande åtgärder, t.ex. exklusiva inköpsavtal hos kunder. I sådana fall kan även mycket små prissänkningar beröva konkurrenterna den enda tillgängliga marknaden och agerandet skulle kunna betraktas som ett missbruk av marknadsdominerande ställning.[293]

5.5.6.2 Kollers tvåstegstest

Koller ansluter till J-K och Merkin genom en liknande tankegång när det gäller strukturtester.[294] Enligt honom krävs det fem förutsättningar för att rovpriser skall föreligga.

---

[292] Se Merkin, a.a. s. 203, 214.

[293] Se Merkin, a.a. s. 214. Merkin framhåller särskilt att ”[a]gain, market considerations – perhaps the fact that many customers are *de facto* tied to the dominant firm by virtue of the volume of their orders, so that only a listed number of contracts are in practice available to the new entrant – might dictate that selective price-cutting will be damaging even though the dominant firm remains in profit”.

[294] Koller II, a.a. s. 283–306.

a) Det måste finnas ett företag som blir utsatt för prissättningen, dvs. ett eller flera offer (*a predatee*),
b) höga inträdesbarriärer och
c) det dominerande företaget måste operera på en koncentrerad marknad med tillräcklig styrka att genomföra en rovprissättning. Detta innebär att det oftast är fråga om företag som är monopolister eller oligopolistiska prisledare.

Härutöver krävs även att företaget

d) har ökat produktionsvolymen eller bibehållit en tidigare hög volym när efterfrågan sjunker (s.k. passivt rovbeteende) och
e) tar ut ett pris som ligger under den kortsiktiga genomsnittliga bokförda kostnaden (*short run average accounting cost*, SAAC), eller den kortsiktiga marginalkostnaden om den skulle vara högre, tillsammans med bevis för att det dominerande företaget fattat beslut ”*on an incremental basis*”, dvs. prissatt i förhållande till de specifika tilkommande kostnaderna.

Enligt Koller ger dessa fem faktorer vid handen att ett företag håller på med, eller åtminstone försöker genomföra, en rovprissättning. Huruvida försöket var framgångsrikt, om någon konkurrent tagit skada av det eller om konkurrensen har försämrats måste domstolar bedöma separat.[295]

Kollers modell är mycket enkel i förhållande till J-K:s och Merkins analys av marknadsstrukturen, men framhåller ändå det centrala i deras resonemang att testet inte kan göras som enbart en enkel kostnadsjämförelse.

[295] Angående Kollers förutsättningar för rovprissättning, se Koller II, a.a. s. 304.

5.5.6.3 Ordover och Willigs diskussion om det andra steget i en strukturanalys

Vid analys av rovprissättning omfattar vanligen testmodellerna – åtminstone i något steg – någon form av beräkning av antingen kostnadsläge eller marknadsvolymer. Ett verkligt beteende kan emellertid omfatta en rad olika strategier. I syfte att ytterligare belysa sådana strategier angriper Ordover och Willig (O-W) problemet på ett något annat sätt än genom en mer eller mindre utvecklad räkneoperation.[296] O-W tar sin utgångspunkt i en allmän definition av rovprissättning.

O-W framhåller att om ett företag sänker sina priser under självkostnaden, så uppvisar det företaget en rovsyfte om det kan återhämta sina efterföljande förluster genom att dra nytta av den monopolställning som uppstår genom att konkurrenten tvingas bort från marknaden. O-W anser att rovbeteende är

> ”[…] a response to a rival that sacrifices part of the profit that could be earned under competitive circumstances, were the rival to remain viable, in order to induce exit and gain consequent additional monopoly profit.”[297]

För att det överhuvudtaget skall vara meningsfullt eller processekonomiskt försvarbart att inleda en undersökning om ett prisbeteende, krävs enligt O-W att marknaden uppvisar vissa speciella strukturegenskaper.[298] Såtillvida liknar O-W den modell som framlagts av J-K, Koller och Merkin. Enligt O-W krävs att marknaden måste vara horisontellt koncentrerad med relativt höga inträdesbarriärer. För att rovprissättning skall vara framgångsrik krävs även att det finns återetableringsbarriärer.

---

[296] Ordover, Janusz A., Willig, Robert D., *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, The Yale Law Journal, vol. 91:8, 1981, s. 8 ff.

[297] Ordover/Willig, a.a. s. 9–10. O-W framhåller att definitionen endast avser beteenden som kan orsaka att konkurrenter lämnar marknaden, inte sådana beteenden som enbart avskräcker från inträde på marknaden (s. 10, fotnot 8.), och säger vidare att ”[…] the proposed standard does not penalize the incumbent for legitimate competitive responses, even if they damage the rival, and the standard does not protect a rival that cannot prosper under competitive circumstances”. (s. 10).

[298] Se Ordover/Willig, a.a. s. 10–11.

Vidare kan andra strukturfaktorer vara intressanta att undersöka. Det vore exempelvis otroligt att ett dominerande företag skulle kunna konkurrera bort ett annat företag med en väl etablerad marknadsställning enbart med hjälp av rovpriser eller om konkurrenten skulle vara mycket bättre rustad finansiellt än den som inför rovpriser.[299]

Om inte dessa faktorer uppfylls i kombination med en allmän bedömning av marknadsstrukturen finns det ingen anledning att gå vidare med analysen. Om marknaden å andra sidan skulle vara väl lämpad för framgångsrik rovprissättning inträder steg 2 i O-W:s analys. Enligt den standard som O-W har satt upp skall offrande av vinstmedel med rovsyfte bedömas mot bakgrund av ”*the continued viability of the rival*”.[300] Med detta menar O-W att det dominerande företagets beteende skall bedömas utan att ta hänsyn till återstartkostnader för rivalen, eller – annorlunda uttryckt – som om det inte fanns några återetableringsbarriärer. Ett prisbeteende skall därför enligt O-W anses vara olagligt om det dominerande företaget offrar vinstmedel i rovsyfte, om det samtidigt finns någon alternativ konkurrensstrategi som skulle ge högre vinst, givet att det inte finns några återetableringsbarriärer. Om det finns någon sådan alternativ strategi och det dominerande företaget ändå sätter extremt låga priser visar detta att företaget endast väntar på de senare vinster som det kan få efter det att konkurrenten har trängts bort från marknaden.[301]

En allmän formulering liknande den som O-W har kommit fram till i sitt test är givetvis svår att administrera rent praktiskt. Det är dock en generell och öppen standard för att testa rovpriser och från denna standard kan man härleda mer konkreta test liknande den som framlagts av Areeda och Turner.

Om analysen av marknadsstrukturen ger vid handen att marknaden – ur det dominerande företagets perspektiv – är lämplig för rovprissättning, så säger O-W:s standard att nästa fråga blir om dominantens svar på etableringen omfattar ett ”*predatory sacrifice of profit*”. Ett domine-

[299] Se Ordover/Willig, a.a. s. 11–12 ff.
[300] Ordover/Willig, a.a. s. 13.
[301] Ordover/Willig, a. st.

rande företags svar på en etablering omfattar bl.a. beslut om prisnivå, kvantitet, investeringar och marknadsaktiviteter. Om en annan respons på konkurrentens etablering skulle generera en högre vinst, givet att konkurrenten inte försvinner p.g.a. antagandet om inga återetableringshinder, är detta ett rovpris.[302]

Hur skall då ett användbart test se ut? O-W förespråkar att det används någon form av kostnadsbaserat test. O-W förutsätter att ett högre pris i allmänhet ger en mindre marknadsvolym och vice versa. I ett kostnadsbaserat test behöver det inte tas hänsyn till vilket marknadspris som är rätt och därför är endast relationen mellan företagets prisnivå och dess kostnader relevant att analysera.

O-W hävdar att priser som underskrider såväl det dominerande företagets genomsnittliga kostnader som marginalkostnader är relevanta gränser att diskutera i rovprisbedömningar. Som exempel säger O-W att om det dominerande företagets pris underskrider dess marginalkostnader, så kommer en liten höjning av företagets pris att resultera i högre vinster under förutsättning att det inte finns några återetableringshinder. Om priset å andra sida underskrider genomsnittliga totala kostnader så kommer även här en höjning av priset (och därmed minskning av försäljningen) att leda till samma resultat, givet samma förutsättningar om återetablering. Eftersom båda alternativen är mindre skadliga för konkurrenten är det situationsberoende vilken kostnadsnivå som man får lägga sig under för att inte bryta mot standarden.

Martinez kritiserar O-W för deras syn på en alternativ respons istället för rovprissättning.[303] McGee var en av de första att hävda att fusion eller uppköp var en mycket mer lönsam strategi för det dominerande företaget. Även om det inte kan förutsättas att detta är ett tillräckligt villkor för att avfärda rovprissättning kan ett test som O-W-testet få till konsekvens att oönskade kartellbildningar kommer till stånd. Vidare förbiser O-W de konkurrensbegränsande effekter som signalering och disciplinering kan ha om man endast fokuserar på genomförda prissätt-

[302] Ordover/Willig, a.a. s. 15.
[303] Martinez, a.a. s. 107.

ningar. Modellen ger liten vägledning om vilka prisnivåer som är relevanta att analysera. Såväl rörliga som totala kostnader förefaller vara relevanta nivåer.

O-W:s analys bidrar i min mening inte mycket till att göra det andra steget i en strukturanalys mycket klarare, snarare flyttar de upp analysen till mer generell nivå, där graden av konkretisering minskar, vilket gör att de landar i någon slags helhetsbedömning av prissättningen, där det inte finns några klara regler att följa.

5.5.7 Infallsvinklar från marknadsföringsteori

Gundlach och Guiltinan (G & G) ställer sig frågande till om det är korrekt att anta att företagsledningen alltid försöka maximera vinstnivån när priser skall fastställas och om de verkligen har en fullständig information, som beslutet om prissättning baseras på. Vidare ifrågasätter de om beslut om priser alltid är rationella och om välfärdseffekterna alltid skall baseras på effektivitet och inte på någon annan målsättning. I korthet hävdar de att traditionella ekonomiska antaganden om effektivitet, rationalitet m.m. inte räcker till för att beskriva de verkliga konkurrenssituationerna och beslutsprocesserna i företag. Därmed skulle den traditionella teorin vara otillräcklig för att korrekt hantera rovprissättning. Gundlach och Guiltinan (G & G) hävdar därför att den konkurrensrättsliga analysen skulle vinna på att ta hänsyn till forskningen inom marknadsföringsområdet och de slutsatser som framkommit angående konkurrensbeteende och beslutsprocesser i företag.[304]

G & G visar hur synen på rovprissättning kan förändras genom att i stället för ett ”traditionellt” perspektiv, som baseras på grundläggande mikroekonomisk teori, använda en marknadsföringsorienterad analys. Till att börja anser de att det grundläggande antagandet om att företagsledningen alltid försöker maximera vinster i sina beslut inte nödvändigtvis är sant. Istället finns det situationer där ledningen nöjer sig med god-

[304] Se Gundlach, G., Guiltinan, J., *A marketing perspective on predatory pricing*, The Antitrust Bulletin, Fall-Winter 1998, s. 886–887.

tagbara och inte optimala prisnivåer och där ledningen fattar sina beslut baserade på en rad andra faktorer än bara vinstmaximering.[305] En ofta återkommande orsak till prissättning under kostnader anser G & G vara att företagen ibland försöker maximera försäljningsvolymen i första hand och att vinstmaximeringen därmed kommer längre ned i prioriteringsordningen. Syftet är att försöka behålla kunder och skapa en långsiktig relation mellan företag och kund.[306] Att bygga upp en långsiktig relation kan visserligen vara vinstmaximerande, men det är svårt att kvantifiera den direkta vinsten av en långsiktig relation.[307] I enlighet med traditionell ekonomisk teori skulle ett företag som inte vinstmaximerar bli utkonkurrerad av mer effektiva aktörer. G & G hävdar dock att ett sådant företag ändå kan överleva tack vare att det har andra lönsamma produkter eller avdelningar som stödjer olönsamma enheter.[308] Slutsatsen av G & G:s resonemang är att varje konkurrensrättslig analys som bygger på rationalitet och vinstmaximering kommer att ge felaktiga resultat. Betydelsen av möjlighet till t.ex. återhämtning (*recoupment*) kommer alltså att bli förhållandevis obestämbar i analysen i anledning av att syftet inte är att primärt återhämta en förlust eller avstå från vinst.[309]

Vad gäller förutsättningarna för en lyckosam rovprissättning betonar G & G att dominans eller styrka på marknaden inte i sig är den enda förutsättningen för att ett företag skall lyckas med en prissättning. Det går inte att anta att alla aktörer på marknaden har perfekt information. Modellerna om signalering och rykten har, enligt G & G, en betydelse för om rovprissättningen kommer att lyckas. Alla företag har heller inte samma mål för rörelsen. Ett familjeföretag kan finnas på marknaden utan några mål om volymtillväxt, medan andra företag har som mål att lägga under sig stora marknadsandelar. Målen behöver inte primärt vara att slå ut en annan konkurrent utan snarare att behålla eller öka mark-

[305] Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 889, 891.
[306] Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 892.
[307] Gundlach/Guiltinan, a. st.
[308] Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 893.
[309] Gundlach/Guiltinan, a. st.

nadsandelar.[310] Vidare kan efterfrågestrukturen vara beskaffad så att det finns en klar koppling mellan prisnivåer och upplevd kvalitet eller kundnytta. Om t.ex. ett dominerande företag säljer märkesvaror till höga priser och sänker priserna väsentligt för en viss produkt kan detta ge upphov till att konsumenterna upplever kvaliteten som avsevärt lägre och därmed ointressant att köpa. G & G säger att en konsekvens av detta är att ett företags eget varumärke blir starkt beroende av att andra märken prissätts lika högt. I annat fall kan konsumenterna värdera hela varukategorin lägre och en prissänkning kan få avsevärda följder även vid prissättning med full kostnadstäckning.[311]

Sättet på vilket företagsledningen fattar beslut karaktäriseras, enligt G & G, inte av ett perfekt analytiskt tänkande baserat på perfekt information. Snarare är det så att ledningen har tillgång till asymmetrisk och ofullständig information utifrån vilken de endast kan göra det för stunden bästa valet. Detta skulle medföra att ledningen ibland förbiser konkurrenternas möjligheter, missförstår syftet med olika prissättningskampanjer och gör felaktiga bedömningar som inte tar hänsyn till hur konkurrenterna uppfattar åtgärder från det egna företaget. Ledningens bedömning av risker i olika sammanhang kan vara situationsberoende och bedömningen av konkurrensen kan göras fel i många situationer. G & G hävdar mot bakgrund härav att det kan ifrågasättas huruvida rovpriser skall fastställas på basis av t.ex. möjlighet till återhämtning, speciellt när ledningen själv är oförmögen att från början korrekt göra en sådan bedömning.[312]

Från ett ekonomiskt välfärdsperspektiv hävdar G & G, i likhet med traditionell ekonomisk teori, att välfärden ökar när konkurrensen ökar och inte när svaga konkurrenter skyddas. G & G vill dock utöka välfärdsanalysen och lyfter fram att ett lågt pris inte är det enda avgörande kriteriet för en välfärdsökning bland konsumenter. Härtill bör även räk-

[310] Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 896.
[311] Gundlach/Guiltinan, a. st.
[312] Se Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 897–900.

nas sådana faktorer som hög kvalitet, innovation/produktutveckling och variation i utbudet.[313]

> ”In fact, outside of pure commodity markets, nonprice competition is often the most vibrant aspect of a market, and marketers would argue that markets containing both price and nonprice competitors best serve the welfare of consumers.”[314]

5.5.7.1 Gundlach och Guiltinans modell för test av rovprissättning

I enlighet med hänsynstagande till de faktorer som presenterats ovan anser G & G att ett test bestående av fyra steg måste genomföras innan rovprissättning kan fastställas. Visserligen hävdar de att en komplicering av test av rovprissättning, som detta medför, kan leda till att effektiviteten i den juridiska processen minskar och det kan bli svårare att rent praktiskt påvisa rovprissättning. De lämnar dock öppet för myndigheter och lagstiftare att göra en i så fall mer lämplig avgränsning. I vart fall anser de att de fyra grundstenarna i ett test borde vara

Ekonomisk uppoffring. Traditionella rovpristester kräver att prissättningen skall vara under någon relevant kostnadsnivå. Som i fallet med Areeda-Turner-testet ligger den relevanta nivån vid genomsnittliga rörliga kostnader. I G & G:s analys kan emellertid priser som ligger över kostnader betraktas som en form av missbruk. Kortsiktiga prissänkningar räcker inte till för att påvisa rovpriser, snarare kräver G & G:s modell att det är fråga om prissänkningar som leder till avsevärda uppoffringar av vinstmedel. Sådana uppoffringar kan även uppkomma om ett dominerande företag gör prissänkningar på en produkt som ger stora intäkter eftersom det kan medföra att utvecklingen av andra produkter blir lidande på grund av minskade resurser. Prissänkningarna måste vara avsevärda och räcka längre än en inköpscykel, vilket innebär att enstaka prissänkningar inte kan betraktas som rovpriser.[315]

---

[313] Se Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 900–902.
[314] Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 902.
[315] Se Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 904–905.

Ekonomisk motivering. Logiken bakom rovprissättning enligt traditionell ekonomisk teori är att kunna återhämta förlusterna i ett senare skede när det finns utrymme för prishöjningar tack vare att konkurrensen är eliminerad. Detta syfte måste enligt G & G kompletteras med sådana målsättningar som att kontrollera rabattgivning på marknaden, stoppa minskning av marknadsandelar, hindra vidareförsäljning bland kunder, styra över efterfrågan till för företaget mer lönsamma segment, vinna kunder som kan köpa stora volymer och, som sista exempel, tvinga konkurrenterna att flytta resurser mellan olika produkter, varvid konkurrenten blir mer sårbar för konkurrens. Samtliga dessa åtgärder syftar till att göra det svårare för konkurrenter att operera på marknaden och kan tyda på ett rovbeteende.[316]

Skada för konkurrenterna. De mest uppenbara effekterna av en rovprissättning är att försöka eliminera konkurrens. Härmed förstås att försvåra inträde för konkurrenterna på marknaden om de ännu inte är etablerade. Om det är fråga om existerande konkurrenter blir effekten av rovprissättning att konkurrenterna antingen trängs ut från marknaden eller måste dra ned på verksamheten. Skadorna kan emellertid bli mer subtila såtillvida som en aggressiv prissättning från ett dominerande företag kan förmå konkurrenterna att dra ned på produktutveckling, marknadsföring m.m. i syfte att samla kapital inför ett priskrig som aldrig blir verklighet (Jfr signalerings- och ryktesmodellerna). Vidare kan den tvinga konkurrenter att överge vissa prissegment och bli beroende av försäljning av billigare produkter, vilket kan ge dynamiskt negativa effekter såtillvida som kunderna upplever att företagen står för en lägre kvalitet än tidigare.[317]

Välfärdskonsekvenser. Resultatet av en rovprissättning i traditionell ekonomisk teori är att balansen mellan utbud och efterfrågan förändras och att prisnivån kan komma ligga på en olämpligt hög nivå i ett senare skede. G & G anser dock att rovprissättning kan få allvarliga konsekvenser även på innovation och produktutveckling genom att nya pro-

[316] Se Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 905–906.
[317] Se Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 906–907.

dukter inte kommer ut på marknaden, konsumenterna får mindre antal produkter att välja bland och den allmänna kvaliteten går ned till förmån för ett lägre pris osv.[318]

5.5.7.1.1 Speciellt om konkurrenternas möjlighet till motåtgärder

G & G anser även att analysen måste kompletteras med konkurrenternas möjlighet att svara på det dominerande företagets aggressiva prissättning. I princip är det fyra villkor som har avgörande betydelse i detta sammanhang.[319]

För det första skall undersökas huruvida de olika aktörerna på marknaden har skilda möjligheter att genomföra ett priskrig eller återhämta förluster. Villkoret rör frågan om vilken styrka aktörerna har på marknaden i form av överlägsna finansiella resurser, större marknadsandel, möjligheter till korssubventionering från andra områden och lägre produktions eller kapitalkostnader eller högre vinstmarginaler.

För det andra måste utvärderas om det finns asymmetriskt fördelad information, som tillåter ett dominerande företag att påverka in- och utträde på marknaden, marknadsvolymen eller konkurrenternas prisbeslut. Särskilt allvarligt kan det bli om konkurrenterna tror att ett dominerande företag har överlägsen kunskap om kostnader och efterfrågefunktioner, samt om konkurrenterna tror att det dominerade företaget har stora finansiella resurser. Likaledes allvarligt blir det om de som utsätts för en rovprissättning tror att det dominerande företaget kommer att upprepa tidigare rovprissättningar och om konkurrenterna inte vet vad det dominerande företaget får ut av agerandet. Mycket av detta resonemang knyter an till signalerings- och ryktbarhetsmodellerna.

För det tredje måste analyseras om det finns skillnader i de strategiska produkt- eller marknadsmöjligheterna som gör att en aktör kan använda prissättningar mer aggressivt än konkurrenter i syfte att bygga upp marknaden. För att kunna avgöra detta måste undersökas om det

---

[318] Se Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 908.

[319] Angående villkoren som styr möjligheterna för konkurrenter att svara på en rovprissättning, se Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 912.

dominerande företaget har en fördel vad gäller prisvärdhet i förhållande till kvalitet som skapar en asymmetrisk korselasticitet såtillvida som det dominerande företaget får stor utväxling på användning av låga priser. Vidare undersöks om företaget har ett större antal kompletterande varor eller tjänster som möjliggör återhämtning och huruvida det finns några marknadsnischer som skyddar konkurrenterna från priskonkurrens.

För det fjärde skall granskas huruvida det finns några skillnader i företagens strategiska inriktning som kan motverka betydelsen av lönsamhet. Finns det skillnader i företagets produktmix såtillvida som vissa produkter är kassakor, på nedgång? Finns det andra skillnader i företagens allmänna målsättningar som kan skapa utträdeshinder? Familjeföretag kan enligt G & G t.ex. stanna kvar på marknaden trots att det mest lönsamma alternativet, ekonomiskt sett, hade varit att lämna marknaden. Slutligen studeras om det finns skillnader i toleransnivåer vad gäller riskbenägenhet hos företagen. Företag som har låg riskbenägenhet så snart konkurrensen blir hård – eller är mer alldagligt ”lättskrämda” – har lättare att skadas reellt av konkurrensen. Orsaken kan vara att sådana företag kan lämna marknaden trots att det kanske inte hade varit nödvändigt, p.g.a. ett tomt hot från ett dominerande företag.

Konkurrenternas möjligheter att bemöta eller stå ut med en aggressiv prissättning har inte direkt att göra med huruvida det förekommer dominans eller inte på marknaden. Missbruk förutsätter marknadsdominans på den relevanta marknaden och givet detta kan konkurrenterna ändå ha olika möjligheter att möta rovprissättning. En konkurrent kan ha en gynnsam produktmix och vara väl insatt i ett dominerande företags möjligheter att lyckas med en aggressiv prissättning. Om konkurrenten utnyttjar sina relativa styrkor och innehav av information och därmed inte låter sig skrämmas av en prissänkningskampanj kan detta göra försöket från det dominerande företaget att eliminera konkurrens helt fruktlöst.

5.5.7.1.2 Sammanfattning och utvärdering av marknadsföringsmodellen

Konkurrenternas olika möjligheter att svara på en aggressiv prissättning från ett dominerande företag kan få skilda effekter på välfärden, vilket framgår av tabellen nedan G & G tar emellertid inte hänsyn till huruvida välfärdseffekterna skall ses som skadliga för konkurrensen, utan säger att detta blir en fråga som får bedömas från fall till fall.[320]

G & G:s analysmodell är ett relativt strukturerat sätt att studera rovprissättning, men måste samtidigt anses vara betydligt hårdare – ur det dominerande företagets synvinkel – än de flesta andra tester. Orsaken härtill är att det medger rovprissättning även över någon relevant kostnadsnivå. Med ekonomisk uppoffring avses alltså inte endast förluster utan även minskade vinstnivåer. Modellen innebär strängt taget att alla former av aggressiv prissättning som ger upphov till någon ekonomisk uppoffring kan leda till missbruk, under förutsättning att marknadsstrukturen är lämplig för rovprissättning och att konkurrenterna inte har mycket att sätta emot prissättningen. Det går inte att säga om nödvändigheten av utvärdering av effekterna på den ekonomiska välfärden medför att det blir svårare eller lättare att påvisa rovprissättning. Det är inte säkert att de potentiella skadorna verkligen uppstår och skadans storlek blir beroende av vilken marknad det är, hur konsumenterna värderar låga priser framför kvalitet osv. Alla bedömningar kommer att behöva göras på *ad hoc*-basis, vilket inte kan anses vara bra ur ett rättsligt perspektiv. Förutsebarheten kommer att bli mycket låg och risken för skönsmässiga bedömningar ökar radikalt, varigenom rättssäkerheten kan sättas i fara.

Det måste dock framhållas att G & G:s modell visar att det inte kan vara lämpligt att reducera den rättsliga bedömningen till att omfatta en förenklad och isolerad analys av ett pris/kostnadsförhållande för ett dominerande företag. Risken är överhängande att en sådan analys både släpper igenom skadliga prissättningar och oriktigt klassificerar harmlösa prisarrangemang som missbruk.

---

[320] Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 915.

1 Ekonomisk motivering	2 Ekonomisk uppoffring	3 Konkurrenternas motverkande styrka	4 Potentiell skada på konkurrenter	5 Konkurrenternas reaktioner	6 Potentiell skada på välfärden
Förväntad nytta	Agressiva prissänkningar	Ingen styrka	Allvarlig	Utträde	Överpriser
				Minskat utbud	Förlorad variation
		Viss styrka	Betydande	Samarbete	Samordning av priser och marknadsföring
				Minskning av fasta kostnader för att möta prissänkningar	Minskad produktutveckling och kundservice
				Minskning av rörliga kostnader för att möta prissänkningar	Lägre produktkvalitet och/eller variation
		Avsevärd styrka	Mindre	Ignorera prissänkningar	Ingen
				Möt prissänkningar	Lägre priser

Tabell 5.1. Sammanfattning av Gundlach och Guiltinans analysmodell för fastställande av rovpriser. Källa: Gundlach/Guiltinan, a.a. s. 914.

5.5.8 Bolton, Brodley och Riordans modell baserad på strategiskt beteende

Bolton, Brodley och Riordan (BBR) anser att nuvarande praxis i USA måste utvecklas för att ta hänsyn till framförallt två kritiska faktorer. För det första måste ett test tillåta bevisning baserad på modern ekonomisk teori om strategiskt agerande och för det andra måste analysmodellen även omfatta rättfärdigande argument som inte bara är baserade på effektivitet och affärspraxis utan även på dynamiska konkurrensbefrämjande vinster. Härutöver föreslår de att kostnadsjämförelser inte skall baseras på genomsnittliga rörliga kostnader, utan snarare på kort-

och långsiktiga *incremental costs* (SRIC och LRAIC) samt att bevisbördeomkastning skall användas för olika steg i analysmodellen. De kompletterande kriterierna är inte avgörande i deras modell utan det är mer den strategiska infallsvinkeln som är central i analysen.[321]

Ett test för rovprissättningar bör, enligt BBR, baseras på en analys i fem steg som fokuserar på strategiskt beteende:

Första steget: Utsållningsfaktorer

1. Analys av marknadsstrukturens lämplighet för rovprissättning
2. Påvisande av en plan för rovbeteende
3. Analys av möjlighet till återhämtning

Andra steget: Kostnadsmotivering och bevekelsegrunder

4. Analys av prissättning under kostnader
5. Analys av frånvaron av affärsmässigt eller effektivitetsmässigt rättfärdigande

Modellen är till innehållet lik den tvåstegsmodell som presenterats av Joskow och Klevorick och BBR tar även sin utgångspunkt i denna modell, men fördjupar sig framförallt i strategiska aspekter på ett företags agerande. Den största fördelen med en tvåstegsanalys anser BBR vara att det är möjligt att filtrera bort fall som inte kan påverka konkurrensen negativt utan att gå in på mödosam och svår bevisning avseende kostnader och rättfärdigande faktorer. Bevisbördeomkastningen visar sig så att käranden (oftast konkurrensmyndigheten[322]) bör ha den primära bevisbördan för faktorerna i 1–4, medan svaranden, dvs. det dominerande företaget, bör ha bevisbördan för bevekelsegrunderna[323]

[321] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2262–2263.

[322] I modellen talas om å ena sidan om ”the plaintiff” / ”the predator” / ”the incumbent” och å andra sidan om ”the defendant” / ”the prey” / ”the rival” / ”the victim”. I framställningen nedan används istället den i EG-rättsliga sammanhang mer gängse benämningen ”det dominerande företaget” som ersättning för den förra parten och ”konkurrenten” som ersättning för den senare.

[323] Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2264. Se även Joskow/Klevorick, a.a. s. 242 ff.

5.5.8.1 Marknadsstrukturens lämplighet för rovprissättning

Utgångspunkten i BBRs modell är att rovprissättning måste vara en genomförbar strategi, vilket kräver uthållig styrka på marknaden. I normalfallet är marknadsstrukturen lämplig för rovprissättning om det finns ett dominerande företag samtidigt som det förekommer inträdes- och återinträdesbarriärer.[324]

Så långt kan BBRs modell sägas vara likställd med grundförutsättningen för brott mot artikel 82 EG / 19 § KL, dvs. att företaget har en dominerande ställning på den relevanta marknaden. BBR betonar dock betydelsen av in- och återinträdesbarriärer. En bransch kan karaktäriseras av höga initiala kostnader som begränsar möjligheterna för konkurrenter att etablera sig på marknaden. Om det dominerande företaget redan har gjort investeringar kommer konkurrenterna att bli mycket exponerade för aggressiv prissättning om de inte bara måste klara av samma former av investeringar som det dominerande företaget redan har genomfört, utan dessutom samtidigt klara av att möta onaturligt svår priskonkurrens. Återinträdesbarriärer kan verka i samma riktning. En aggressiv prissättning kan leda till att konkurrenten försvinner från marknaden och tappar anseende bland kunder. Härmed blir konkurrenten återigen exponerad för ett dominerande företags prissättningar. En annan form av inträdesbarriärer kan följa av att det dominerande företaget tidigare har gjort sig känt för att möta tillkommande konkurrens med rovprissättningen. Inför hotet eller risken att blir utsatt för en sådan motåtgärd kan konkurrenter välja att avstå från etablering. Härmed kan således ryktesmodellerna få betydelse för bedömningen av marknadsstrukturen.[325]

Elzinga och Mills anser, till skillnad från BBR, att rykteseffekter inte kan ses som en form av inträdesbarriär. Frånvaron av nyetableringar eller att företag slås ut behöver inte vara länkat till någon form av rovbeteende. Konkurrenten kan ha överskattat sin försäljningsförmåga eller underskattat sina egna kostnader. Ett rykte om att konkurrens med

[324] Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2264–2265. Se även Joskow/Klevorick, a.a. s. 225–234.
[325] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2265.

det större företaget skulle vara meningslös kan även härröra från kunskap om att det dominerande företaget är en överlägset effektiv producent.[326]

BBR anser dock att rykteseffekter kan vara en viktig faktor att beakta i strukturanalysen. Om det inte finns en marknadsstruktur som lämpar sig för rovprissättning skall enligt modellen en talan om rovprissättning ogillas redan på detta stadium. När andra barriärer saknas kan fortfarande rykteseffekter finnas på marknaden, varvid riktiga rovprissättningar kan undgå prövning bara på grund av att traditionella inträdes- eller återinträdesbarriärer saknas. Om domstolarna inte tog hänsyn till rykteseffekter skulle analysen kunna bli alltför trångsynt.[327]

BBR anser härutöver att det i vissa fall inte behöver påvisas någon hög koncentration eller barriärer. Om det dominerande företaget har möjlighet att avsevärt höja priserna när konkurrenten har eliminerats utan att de nya priserna lockar fram nya etableringar, så går det att förutsätta marknadsstyrka. Härmed torde inte avses att icke-dominerande företag även de kan göra sig skyldiga till rovprissättning. Snarare förefaller det vara utveckling av begreppet ”market power”.[328]

Analysen av marknadsstrukturen behöver inte enbart vara fällande i den meningen att den kan påvisa möjligheter för rovprissättning. Tvärtom kan denna delanalys ge information om ekonomiska faktorer som objektivt förklarar frånvaron av konkurrenter, alternativt ger vid

---

[326] Se Elzinga K.G., Mills, D. E., *Predatory Pricing and Strategic Theroy*, The Georgetown Journal, 89, 2001, s. 2480.

[327] Se Bolton, P., Brodley, J. F., Riordan M. H., Predatory Pricing: *Response to Critique and Further Elaboration*, The Georgetown Journal, 89, 2001, s. 2507–2508, där de framhåller att ”[r]ecognizing reputation effect as an entry barrier and allowing rebuttable presumption of entry barriers based on evidence of anticompetitive effects would close an important gap in the proof of market power in predatory pricing cases […] . Our five-element proposal remains valid and effective even if courts were to reject these specifics and limit proof of a facilitating market structure to traditional evidence of concentration ratios, entry barriers and reentry barriers. However, we believe that this narrower application of our approach would underinclusive in identifying predatory pricing.”

[328] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2265.

handen att rovprissättning i objektiv mening inte är möjlig. Överkapaciteter kan vara en sådan faktor.[329]

Marknadsförutsättningarna måste sammanfattningsvis analyseras för att härigenom kunna fastställa om det dominerande företaget, vid förekommande villkor på marknaden, verkligen har möjlighet att framgångsrikt genomföra en rovprissättning. Ger analysen vid handen att marknaden saknar dessa förutsättningar skall prissättningen inte heller bedömas som ett konkurrenssnedvridande beteende.[330]

5.5.8.2 Påvisande av en plan att eliminera konkurrensen

För att rovprissättning skall kunna påvisas anser BBR att eliminering av konkurrenter skall vara antaglig *ex ante*.

I författarnas modell krävs som ett andra steg att det måste påvisas en plan för rovbeteende (*predatory scheme*), enligt vilken företaget sedermera kan förvänta sig att återhämta förlusterna. Det måste finnas synliga bevis för möjligheter till återhämtning. Om det inte säkert kan antas att det finns en plan för rovbeteende, så kommer ytterligare bevisning att krävas. BBR hävdar att rättspraxis i USA har gjort det svårt att påvisa rovprissättning och att beviskraven ställs alltför högt för att en plan att eliminera en konkurrent verkligen skall kunna göras antaglig. BBR anser därför att en plan för rovbeteende måste bygga på en solid ekonomisk teori.[331]

> ”Rigorous economic analysis, developed over the last thirty years using the tools of applied game theory, identifies the economic conditions under which predatory pricing can be rational, profit-seeking conduct by a dominant firm. Extended or anticipated recoupment is intrinsic to these theories,

[329] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2266.

[330] Författarna anser att detta krav ligger väl i linje med amerikansk rättspraxis, framförallt *Brooke*, där amerikanska Supreme Court lade fram ett krav på möjlighet till återhämtning av förluster som företaget lider i anledning av en rovprissättning. se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2266.

[331] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2266–2267.

> because without such an expectation, predatory pricing is not sensible economic behavior."[332]

Med hjälp av modern ekonomisk teori skall det följaktligen bli lättare att fastställa huruvida ett agerande från ett dominerande företag har potential att vara skadligt för konkurrensen som sådan. När teorierna stöds av faktiska omständigheter och bevisning i övrigt behöver det inte vara svårt att påvisa en plan för rovbeteende. Detta steg syftar alltså till att sortera bort sådana ageranden som aldrig kommer att leda till att företaget har möjlighet att återhämta sina förluster. När denna möjlighet saknas kommer heller inte konkurrensen att skadas.

Elzinga och Mills anser att det i en konkurrensrättslig analys inte går att bygga på en löst formulerad ekonomisk teori när detta leder till en risk att man blandar ihop marknadsmisslyckanden som beror på konkurrenterna själva med verkliga rovbeteenden. Varje sådan teori, anser de, måste kunna beläggas medelst företagets verkliga agerande. De anser därför att varje teori om rovbeteende måste bevisas i detalj.[333]

BBR anser att denna kritik är obefogad eftersom Elzinga och Mills själva bekräftar att BBR faktiskt kräver bevisning för varje teori som läggs fram. Beträffande kostnadssignalering skulle därför krävas faktisk bevisning om att företaget medvetet annonserat ett genombrott kostnadsmässigt, avsiktligt skickar ut snedvriden information om sitt kostnadsläge till allmänheten eller branschen eller att företaget faktiskt följer en plan att genomföra kostnadssignalering.[334]

Det andra steget i BBR:s modell syftar därför endast till att fastställa om det finns en plan för rovbeteende (*scheme of predation*), vilket i sin tur endast säger att den identifierade strategin är plausibel mot bakgrund

---

[332] Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2267.

[333] Angående denna kritik av BBR:s model, se Elzinga/Mills, a.a. s. 2482. Kritiken går alltså ut på att BBR skulle favorisera teorier framför faktisk bevisning i syfte att kunna rovprissättning: "Our concern is that they are too eager to give the benefit of the doubt to an anticompetitive theory just because the court may not have encountered the theory previously", (s. 2281, fotnot 26.)

[334] Se Bolton m.fl., 2001, a.a. s. 2509.

av sakomständigheterna. Endast med stöd av övriga kriterier går en rovprissättning slutgiltigt att fastställa.[335]

En annan kritik av Elzinga och Mills är att de teorier som BBR använder bygger på att det dominerande företaget alltid har bättre information än konkurrenten. Det vore enligt Elzinga och Mills övermodigt att alltid förutsätta detta.[336] BBR framhåller emellertid att bevisning om ett flertal olika rovstrategier – speciellt rovbeteende som riktar sig mot konkurrentens möjlighet att erhålla riskkapital – inte förutsätter att det dominerande företaget har bättre information än någon annan. Det räcker istället för det dominerande företaget att skapa tillräckligt med osäkerhet om antingen konkurrentens möjlighet att överleva eller om vilka åtgärder som det dominerande företaget verkligen kommer att vidta.[337]

Inom EG-rätten talas inte om en *predatory scheme* utan om en plan att eliminera konkurrenter. Det är dock, som visats ovan, inte helt klart vad som avses med en plan att eliminera en konkurrent. Analys av en sådan plan är dessutom endast aktuell om ett dominerande företags prissättning överstiger rörliga kostnader, men underskrider totala kostnader. Såtillvida utgör förekomsten av elimineringsplan ingen direkt förutsättning för rovprissättning utan är sekundär i förhållande till en kostnadsanalys. Det kan emellertid konstateras att nuvarande rättspraxis inte torde uppställa några hinder mot att beakta modern ekonomisk teori vid fastställandet av en elimineringsplan även inom EG-rätten.

5.5.8.3 Möjlighet till återhämtning

Som visats ovan är den stora skillnaden mellan EG-rätten och amerikansk rätt att inom EG någon möjlighet till återhämtning inte behöverpåvisas för att missbruk i form av rovprissättning skall anses föreligga. I *Brooke*[338] tog inte den amerikanska högsta domstolen hänsyn till några strategiska faktorer vid bedömningen av möjlighet till återhämtning.

---

[335] Se Bolton m.fl., 2001, a.a. s. 2508.
[336] Elzinga/Mills, a.a. s. 2482.
[337] Se Bolton m.fl., 2001, a.a. s. 2510.
[338] *Brooke Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

Därmed beaktades inte de vinster som ett dominerande företag skulle kunna få genom att det skapat ett rykte om sig att möta tillkommande konkurrens aggressivt eller andra strategiska faktorer som rovprissignalering och den inverkan detta skulle ha på möjligheterna till återhämtning. BBR anser att hänsynstagande till faktorer som agent-principal problematiken på finansiella marknader kan skapa en brygga mellan nuvarande [amerikansk] rättspraxis och modern ekonomisk teori.[339]

I enlighet med *Brooke* och *Matsushita* betonar BBR att de amerikanska antitrustlagarna kräver att det finns *ex post* bevisning, som visar att den påstådda rovprissättningen för det första tränger ut konkurrenter eller disciplinerar dem prismässigt. För det andra krävs att agerandet snedvrider konkurrensen genom att priserna höjs eller att kvaliteten sänks, eller att det finns en allvarlig risk för att detta komma att inträffa. Det tredje steget i BBR:s analys är därför att visa att det *ex post* skall anses föreligga en möjlighet till återhämtning av förlusterna. BBR delar upp resonemanget i två delar och studerar först de utestängande effekterna och därefter snedvridning av konkurrensen.[340]

5.5.8.3.1 Utestängande effekter av rovprissättning

Den största faran med rovprissättning är, enligt BBR, de allvarlig effekter som den kan åstadkomma på konkurrensen och konsumenter genom att konkurrenter eller potentiella konkurrenter disciplineras eller stängs ute eller från den relevanta marknaden eller annan strategiskt relaterad marknad. Som ett minimum krävs att rovprissättningen har kapacitet att uppnå den utestängande effekten. BBR anser dock att det inte behöver påvisas att rovprissättningen har varit den enda bidragande orsaken till att konkurrensen snedvridits. Det räcker med att prissättningen varit en väsentlig orsak, en väsentligt bidragande faktor eller en bland de mer viktiga faktorerna. Prissättningar som endast varit en mindre bidra-

[339] Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2258.

[340] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2267–2268. Jfr även *Brooke Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993) och *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp. et al.*, 475 U.S. 574 (1986).

gande orsak till att t.ex. en konkurrent tvingats lämna marknaden räcker dock inte för att fastställa en utestängande effekt.[341]

Det är inte nödvändigt att en eller flera konkurrenter tvingas lämna marknaden helt för att konkurrensen skall snedvridas. Rovprissättning kan hålla konkurrenter i styr i det att de höjer sina priser och rättar sig efter det dominerande företaget genom att t.ex. upphöra med att priskonkurrera och i stället börjar endast passivt följa efter det dominerande företaget. Enligt BBR krävs att tre faktorer kan påvisas för att rovprissättning skall anses ha haft den effekten. För det första måste offret vara ett företag, vars konkurrens hotar – faktiskt eller potentiellt – det dominerande företagets (*the predator*) lönsamhet. För det andra måste visas att konkurrenten har höjt sina priser, blivit mindre aggressiv, eller i allmänhet minskat sin konkurrens efter det att rovprissättningen avslutats – eller att prissättningen hade kapacitet att åstadkomma detta. Slutligen, och för det tredje, krävs att prissättningen var en väsentlig faktor som orsak till dessa utestängande effekter.[342]

5.5.8.3.2 Skada på konkurrensen och konsumenter

Som ett andra led i BBR:s analys av möjligheten till återhämtning *ex post* måste visas någon form av skada på konkurrensen. Härmed krävs för det första bevisning om att det påstådda rovbeteendet medförde att priserna stigit över den konkurrensmässiga nivån på den relevanta marknaden eller någon strategiskt relaterad marknad. Alternativt kan priserna ha legat kvar på en viss nivå när de egentligen skulle ha sjunkit. För det andra måste styrkas att marknadsvillkoren och det dominerande företagets agerande gör framtida återhämtning av förlusterna sannolik. Återhämtningen behöver inte visas i verkligheten – det räcker med att återhämtning är sannolik. I annat fall skulle företaget kunna vänta med att höja priserna för att härigenom undgå ansvar. Utgångspunkten i BBR:s analys är att det räcker med att visa en ökad möjlighet att höja

[341] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2268.
[342] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2268–2269.

och vidmakthålla en prisnivå som ett resultat en framgångsrik rovprissättning för att kravet på återhämtning skall vara uppfyllt. När det finns tecken på att prishöjningar efter en rovprissättning så är det enligt författarna, och som de tolkar *Brooke*, rimligt att dra slutsatsen att återhämtning också kommer att ske. Författarna anser dock att det är onödigt att påvisa bevisning för att faktisk återhämtning håller på att ske. Det borde vara tillräckligt att styrka ett utestängande beteende som bygger på en följdriktig strategisk teori med stöd av faktiskt agerande och strukturen för marknaden i fråga. Teorin behöver inte vara helt exakt. Det skall således med hjälp av modern ekonomisk teori vara möjligt att påvisa att en prissättning kommer att leda till återhämtning när konkurrenter har trängts ut från marknaden eller disciplinerats.[343]

Sammanfattningsvis innebär det tredje delsteget att det måste styrkas att återhämtning är sannolik (*probable recoupment*). Härvidlag måste det påvisas att prissättningen har orsakat att priserna har ökat till onormala nivåer, eller att prissättningen skapar marknadsvillkor som gör en sådan effekt sannolik.[344]

Bevisningen för möjlighet till återhämtning bör, enligt BBR, göras på en glidande skala. Ju svagare teorin om rovbeteende är, desto högre bör beviskravet ställas på möjlighet till återhämtning och vice versa.[345]

5.5.8.4 Prissättning under kostnader

BBR anser att den inledande analysen ger vid handen att prissättningen allvarligt hotar att skada konkurrensen och att det måste göras ett test av huruvida prissättningen ligger under någon relevant kostnadsnivå. Till skillnad från kostnadsbaserade test av rovprissättning som bygger på analys under genomsnittliga rörliga kostnader (AVC) och genomsnittliga totala kostnader (ATC) förslår BBR att AVC byts ut mot genomsnittliga undvikbara kostnader (*average avoidable cost*, AAC) och att

[343] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2269–2270.
[344] Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2283.
[345] Se Bolton m.fl., 2001, a.a. s. 2514.

ATC byts ut mot långsiktiga genomsnittliga IC (*long-run average incremental cost*, LRAIC)[346]

AAC definierar BBR som den genomsnittliga styckkostnad som det prissättande företaget kunde ha undvikit under perioden av rovprissättning om företaget inte hade producerat varan i fråga. AAC är ett kortsiktigt mått som inte tar hänsyn till ”sunk costs”, dvs sådana kostnader som företaget inte kan få tillbaka vid t.ex. etablering. Däremot ingår både rörliga och fasta kostnader som kunde ha undvikits om företaget inte hade genomfört försäljningen. Visserligen är det inte helt utan svårigheter att korrekt fastställa AAC, men BBR anser att det är teoretiskt mer korrekt i förhållande till marginalkostnaden.[347]

LRAIC för en produkt fastställs genom att först beräkna företagets totala produktionskostnad för produkten i fråga, minskad med vad företagets totala kostnad skulle ha varit om företaget inte producerat produkten. Därefter divideras differensen med volymen för produkten i fråga. LRAIC inkluderar således alla produktspecifika kostnader som uppkommer under bl.a. utveckling och marknadsföring, men även de kostnader som uppkommer under rovprissättningen.[348] BBR framhåller vidare att LRAIC mäter nuvärdet på kostnader för tillgångar med hjälp av återinvesteringskostnader och inte historiska kostnader, vilka BBR anser ger liten vägledning om det verkliga värdet. LRAIC-standarden behövs i allmänhet eftersom försäljning under LRAIC långsiktigt kan ge samma effekter som kortsiktiga försäljningar underskridande AAC. Vidare kan i vissa industrier både kortsiktiga IC, AVC och AAC vara nära noll (t.ex. kostnaden för att tillhandahålla ännu ett telefonsamtal i

---

[346] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2271.

[347] Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2272. Jfr Nicolaides och Polmans som hävdar att AKZO-kriterierna saknar ekonomisk rationalitet och att AAC borde vara ett relevant kostnadsmått i analyser av rovpriser. Se Nicolaides, P., Polmans, R., *Competition in EC Telecommunications: Cross-Subsidisation, Access and Predatory Pricing*, World Competition, 1999, s. 34.

[348] Logiskt sett måste dock själva förlusten som uppstår inte räknas som en kostnad. I annat fall finns det risk för ett cirkelresonemang. Vad som avses här kan vara extraordinära marknadsföringskostnader eller andra åtgärder som medför kostnader för företaget.

ett nätverk). I anledning av detta behövs det mer än bara studier av kostnader underskridande AAC.[349]

BBR anser att priser överstigande ATC måste betraktas som lagliga, men de vill ersätta ATC med LRAIC. Ett pris som underskrider AAC måste i sig presumeras vara olagligt, om strukturförutsättningarna i de tre föregående stegen föreligger. Genom presumtionsregeln ligger således den fulla bevisbördan på det dominerande företaget att styrka att prissättningen verkligen höjer effektiviteten på marknaden och är gynnsamt för konkurrensen. Det prissättande företaget måste således på något sätt styrka att ett representativt företag i branschen skulle ha förväntat sig att agerandet varit vinstmaximerande under förutsättning att inga utestängande effekter skulle inträffa.[350]

Om priset ligger mellan AAC och LRAIC så anser BBR att en omväxlande bevisbörda bör användas. Bevisbördan för att påvisa en märkbar effektivitetsvinst eller något annat legitimt affärsintresse bör initialt ligga på det prissättande företaget. Därefter växlas bevisbördan över på käranden att stryka att agerandet verkligen är ett rovbeteende som syftar till att snedvrida konkurrensen. BBR motiverar kravet på att lägga bevisbördan i första hand på det prissättande företaget med att i detta skede av analysen det redan har fastställts att

- priset underskrider kostnader, samtidigt som
- branschstrukturen gör rovprissättning möjlig,
- de särskilda marknadsvillkoren befrämjar och underlättar den påstådda rovstrategin,
- konkurrenter har trängts ut från marknaden eller disciplinerats och
- priserna har ökat på marknaden eller att en prisökning är sannolik.[351]

Det är alltså först när alla dessa villkor är uppfyllda som det prissättande företaget måste kunna motivera en prissättning som underskrider LRAIC, vilket samtidigt innebär att alla prissänkningar – även under

[349] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2272–2273.
[350] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2273.
[351] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2273–2274.

kostnader – inte kan presumeras vara olagliga eller behöva motiveras. När samtliga förutsättningar är uppfyllda är det även företaget självt som bäst kan motivera sin egen prissättning.

Elzinga och Mills håller med BBR om att priser underskridande AAC bör presumeras som olagliga, men de anser inte att priser mellan AAC och LRAIC kan vara olagliga eftersom prissättningen medför att försäljningen ger ett positivt tillskott till verksamheten, även om den inte ger full kostnadstäckning.[352] Elzinga och Mills anser härutöver att LRAIC kan vara mycket svår att beräkna och standarden kan ge negativa konsekvenser i branscher där de initiala investeringarna är mycket höga – t.ex. telekombranschen, där prissänkningar som kommer konsumenterna till godo skulle kunna utebli.[353]

I likhet med BBR förordar Baumol AAC-standarden framför den nu gällande AVC-standarden. Baumol hävdar att priser som överstiger AAC aldrig kan anses vara rovpriser. Till skillnad från BBR talar Baumol inte om LRAIC som en kompletterande standard, utan baserar sitt resonemang enbart kring AAC, i vilken även alternativkostnader skall ingå, dvs. de vinster eller intäkter som det rovprissättande företaget går miste om i och med att det tillämpar rovpriser. Härutöver anser Baumol att AAC-testet bör täcka alla *kombinationer* av intäkter från produkter. Vad Baumol avser med kombinationer av intäkter är att analysen inte får begränsas till exempelvis enbart en priskategori på flygplan utan att alla kategorier skall bedömas sammantaget. Bakgrund härtill är att ekonomi- och förstaklassbiljetter var för sig kan täcka sina AAC, medan de inte täcker de särskilda tilläggskostnader som uppstår för flygplanet som helhet i form av pilotkostnader, bränsle m.m.

> ”The price of each product by itself must equal or exceed that item’s average avoidable cost. Morevoer, any combination of the firm’s products must be priced so as to yield an incremental revenue that exceeds the avoidable cost incurred by that combination of products”[354]

---

[352] Elzinga/Mills, a.a. s. 2484: ”Prices above AAC would be remunerative regardless of whether they are exclusionary. These prices cannot be predatory by definition”.

[353] Elzinga/Mills, a.a. s. 2482.

[354] Se Baumol 1996, a.a. s. 49–72.

I praktiken synes Baumols resonemang inte ligga så långt från BBR:s resonemang och när olika tidsperspektiv vägs in i bedömningen torde även den AAC-standard som Baumol företräder komma mycket nära LRAIC-standarden.

BBR anser att LRAIC-standarden inte kan göra att nätet blir för finmaskigt i den meningen att testet skulle fånga upp prissättningar som har gynnsamma effekter på effektivitet och ekonomisk välfärd. LRAIC kommer åt långsiktiga ageranden samtidigt som testet ger relativt stora möjligheter att försvara prissättning underskridande LRAIC, vilket skall visas nedan.[355]

5.5.8.5 Bevekelsegrunder för prissättning under kostnader

I steg fyra av BBR:s analys framhålls att det finns möjlighet att dels motbevisa presumtionen om olaglighet för priser underskridande AAC och dels möjlighet att motivera en prissättning underskridande LRAIC, men överstigande AAC. Alla priser underskridande kostnader behöver inte vara ägnade att tränga ut eller disciplinera konkurrenter, vilket skall visas nedan.

5.5.8.5.1 Defensiva prissänkningar

Marknadsförutsättningar kan förändras mycket. Teknologiutveckling förändrar köpvanor och nya företag kan etablera sig på marknaden med en mer effektiv produktionsteknologi. I sådana fall behöver en prissättning underskridande LRAIC inte nödvändigtvis vara olaglig, ej ens om priser underskrider konkurrenternas. Det kan nämligen vara vinstmaximerande för ett företag att sätta priser utan full kostnadstäckning, eftersom företaget i annat fall kanske hade förlorat ännu högre försäljningsvolym. Prissättning under kortsiktiga kostnader är dock inte vinstmaximerande eftersom varje försäljning i så fall ger ett negativt tillskott till rörelsen. Vad som är kännetecknande för en defensiv pris-

[355] Se Bolton m.fl., 2001, a.a. s. 2515.

sänkning är således att det är en mer eller mindre passiv och vinstmaximerande reaktion på rådande marknadsförutsättningar. Den är inte i första hand ägnad att tränga ut eller försvåra för konkurrenter. Prissänkningar under totala kostnader kan vara motiverade av att det dominerande företaget t.ex. har haft stora initiala investeringar och har problem med överkapacitet. Detta gäller dock inte om företaget tidigare har gjort stora omotiverade investeringar för att härigenom kunna använda överkapacitet som argument när konkurrensen tillkommer. Företagets långsiktiga agerande eller strategi kan således vara vinstmaximerande endast om det innebär att konkurrenter elimineras, vilket gör att en på ytan legitim defensiv prissänkning kan vara en del av en långsiktig elimineringsstrategi. BBR är dock mycket försiktiga med att införa en allmän bevekelsegrund baserad på vinstmaximering. Defensiv prissättning är inte tillämplig på priser underskridande AAC, utan endast för de fall när priset ligger mellan AAC och LRAIC och kan därmed i praktiken, och enligt modellen, främst få till effekt att bevisbördan skiftar till käranden.[356]

Det skall i sammanhanget även betonas att prissänkningar ligger i konkurrensens natur. Om produkten har funnits en längre period på marknaden och priskonkurrensen hårdnar kan detta vara ett tecken på att konsumenterna inte längre värderar produkten lika högt på grund av ändrande preferenser. Härmed skulle låga priser kunna vara ett tecken på att branschen har mognat så mycket att det behövs mer produktutveckling eller nya tjänster som konsumenterna värderar högre.[357]

BBR anser inte bevekelsegrunden defensiv prissättning skall tolkas så att det krävs en entydig bevisning om att företaget verkligen agerar vinstmaximerande. Vad som skall styrkas är däremot att det påstådda rovpriset inte är lägre än det pris som ett rationellt verkande företag skulle ha satt under förutsättning att konkurrensen skall fortleva på marknaden, dvs. utan att konkurrenter trängs ut. Jämförelser kan därför

[356] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2274–2275.
[357] Jfr Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2276.

göras med t.ex. andra marknader där det dominerande företaget tidigare inte har trängt ut konkurrenter men har prissatt aggressivt.[358]

5.5.8.5.2 Marknadsexpanderande effektivitetskriterier

I BBRs modell betraktas två marknader, nämligen marknaden på vilken rovprissättningen genomförs och marknaden där återhämtning kan göras. Marknaderna kan vara skilda produktmässigt och/eller tidsmässigt. Återhämtning kan således ske antingen på samma marknad som prissänkningen görs eller på en relaterad marknad. BBR skiljer från rovprissättning sådana effektiva prissättningar under kostnader som leder till välfärdsvinster för konsumenterna på återhämtningsmarknaderna. Välfärdsvinsterna kan komma genom att utbudet ökar eller att kostnaderna minskar. BBR tar som exempel upp fallet när en tidning sänker priserna på abonnemang under kostnader i syfte att öka upplagan för att härigenom locka till sig fler annonsörer. Det viktiga är således att det finns en direkt koppling mellan varan som prissätts under kostnader och varan eller tjänsten där utbudet ökar eller effektivitetsvinsterna i allmänhet uppkommer.[359]

Eftersom marknadsexpanderande utbud innefattar en aktiv och aggressiv åtgärd är de betydligt mer svårbedömda än mer defensiva åtgärder. Med anledning härav anser BBR att åtminstone tre villkor måste uppfyllas. För det första måste den ökade försäljning som kommer av prissänkningen leda till effektivitetsvinster genom t.ex. sänkta kostnader eller andra skalfördelar. För det andra skall effektivitetsvinsterna inte ha kunnat uppkomma med hjälp av andra medel än genom prissättning under kostnader eller genom att hålla låga priser under kortare tidsperiod. För det tredje måste återhämtningen härröra från effek-

[358] Se Bolton m.fl., 2001, a.a. s. 2516. Författarna framhåller att ”[…] a defensive business justification requires only a showing that the alleged predatory price is not less than the price (or range of prices) that a rational incumbent would be likely to charge under the assumption or continued competition – rather than rival exclusion – in the market. This provides a suitable legal standard as it can rest on objective pricing data in comparable markets in which the incumbent has faced sustained competition”.

[359] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2277 och not 199.

tivitetshöjande faktorer som högre kvalitet eller minskade kostnader och inte från vinster av att eliminera en konkurrent. Vad beträffar bevisbördan anser BBR att det prissättande företaget bör ha bevisbördan för det första och det tredje villkoret, medan bevisbördan om det andra villkoret – om inget mindre restriktivt alternativ – bör fördelas mellan parterna. Fördelningen bör gå till så att käranden – t.ex. konkurrensmyndigheten (the plaintiff) – måste identifiera en eller ett par mindre restriktiva alternativ, varpå bevisbördan växlas till företaget, som måste visa att dessa alternativ inte var möjliga att genomföra eller åtminstone inte rimligt förutsebara. Om både effektivitetsvinsterna och de konkurrensbegränsande effekterna är påtagliga måste en avvägning göras dem emellan.[360]

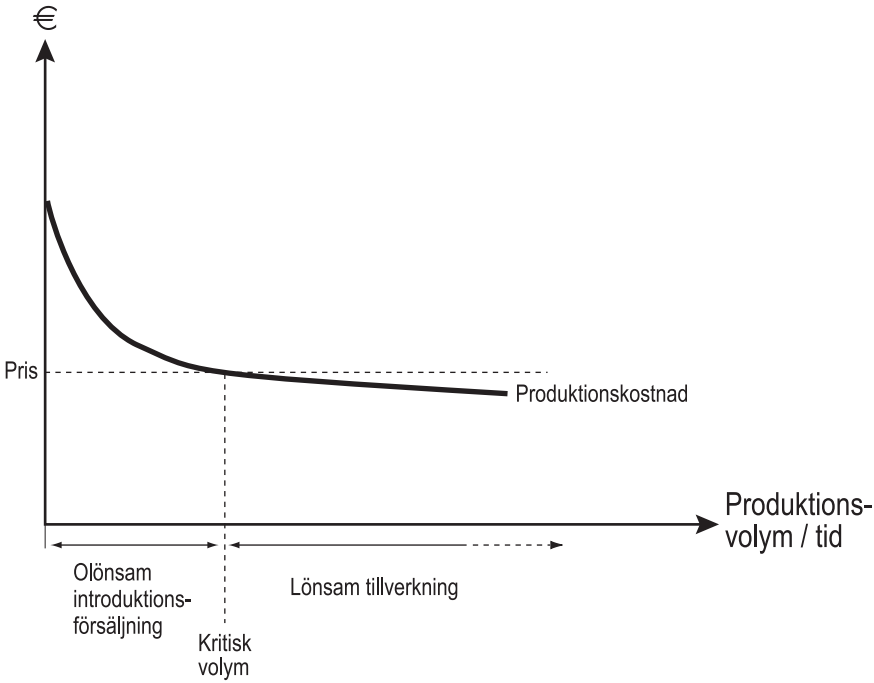
BBR framhåller tre olika effektivitetsrelaterade försvar för prissättning under kostnader som kan ha positiva effekter på den ekonomiska välfärden.

Säljfrämjande prissättning (*promotional pricing*). I syfte att skapa efterfrågan för en ny produkt eller tjänst kan företaget finna det lämpligt att inledningsvis sätta mycket låga priser för att härigenom skapa en volym som senare, tack vare erhållna skalfördelar, medger prissättning med full kostnadstäckning. Introduktionspriser torde vara det mest vanliga exemplet på säljfrämjande prissättning, där företaget i samband med lanseringar sätter mycket låga priser för att skapa uppmärksamhet kring produkten. All form av introduktionsprissättning under kostnader är dock inte nödvändigtvis lämplig ur konkurrensmässig synvinkel eftersom ett mycket känt företag kanske inte behöver ta till prisinstrumentet för att skapa uppmärksamhet kring sin produkt. Dessutom kan det endast vara fråga om en mindre vidareutveckling av en befintlig vara, varför ett introduktionspris inte nämnvärt behöver bidra positivt till att bygga ut marknaden.[361]

Inlärningskurvan (*learning-by-doing*). Kostnaden för produktion kan sjunka i takt med att företaget får mer kunskap om produktionsproces-

[360] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2277–2278.
[361] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2278–2279.

sen och utvecklar mer kostnadseffektiva produktionsmetoder. Avgörande för inlärningseffekten är därför att företaget successivt kan få en stigande volym, vilket kan underlättas genom att initialt sätta priser underskridande faktiska kostnader. I takt med att företaget rör sig längs inlärningskurvan erhålles full kostnadstäckning när en kritisk volym uppnås. Skulle företaget å andra sidan även initialt ha prissatt i enlighet med sina faktiska kostnader så hade försäljningen kanske uteblivit, någon inlärningseffekt hade inte kunnat uppnås och marknaden hade gått miste om en produkt.[362]



Figur 5.3. Inlärningskurvan och introduktionspriser.

[362] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2280–2281.

Det är viktigt att ha i åtanke att låga introduktionspriser även kan gå för långt, så att en monopolsituation uppstår. Som framhållits inledningsvis i detta avsnitt får det inte finnas något mindre restriktivt alternativ för att i konkurrenshänseende uppnå samma effektivitetsrelaterade resultat. BBR betonar därför att företaget måste påvisa att något annat alternativt såsom upplärning av arbetskraft, utbildning, forskning och utveckling i produktionsprocesser etc., är dyrare än alternativet med introduktionspriser. Härutöver kan introduktionspriset vara satt under en mycket lång period med successiva höjningar, där prisnivån inte står i rimlig proportion till uppnådda skalfördelar. Slutligen måste företaget även kunna visa att introduktionspriset var nödvändigt för att uppnå ännu lägre kostnader än konkurrenter som tillhandahåller en lägre volym. I annat fall hade ju ett bättre alternativ varit för tillgängligt när konkurrenterna klarar av det.[363]

Externalitetseffekter i nätverk. Om konsumenterna värderar en produkt eller en vara högre ju fler användare det finns uppstår vad som på engelska kallas *network externalties*. Telekombranschen är ett bra exempel. Nyttan av telefoner är begränsad om endast ett mindre antal användare finns. Ju fler användare som finns desto högre blir emellertid nyttan för den enskilde. Om branschen härutöver karaktäriseras av mycket höga initiala fasta kostnader blir det nödvändigt att försöka uppnå en så hög volym som möjlighet så att den enskilde användaren inte behöver betala så mycket för tjänsten. Ju fler användare desto större möjlighet till lägre priser, vilket leder till ökade möjligheter till ännu fler användare osv. Härigenom kan det finnas incitament för ett företag att initialt sätta priser underskridande kostnader för att uppnå skalfördelar. Det är alltså ett liknande resonemang som i fallet med säljfrämjande priser och inlärningskurvan. Låga priser kan vara direkt en förutsättning för att tjänsten skall kunna tillhandahållas. Ett relativt aktuellt exempel är när telefonbolag subventionerar försäljningen av mobiltelefoner. Telefonerna fungerar inte utan nätverket och vice versa. BBR anser att positiva välfärdseffekter kan uppkomma härav om prissättningen inte

[363] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2281.

sträcker sig längre än nödvändigt för att uppnå skalfördelarna i nätverket. Enligt BBR:s modell innebär det alltså att t.ex. subventionering av ett viss mobiltelefonmärke inte bör fortsätta när nätverket har växt så mycket att en kritisk volym har uppnåtts, eftersom konkurrerande nätverk drabbas om prissättningen under kostnader fortsätter. I och med att nätverket har nått en tillräcklig volym som medger att det kan stå på egna ben finns det inte längre någon anledning att prissätta under kostnader.[364]

5.5.8.5.3 Praktisk användning av BBR:s tvåstegsmodell

Författarna framhåller själva att det kan vara svårt att tillämpa ekonomiska teorier i pratiska juridiska sammanhang, men att modellen samtidigt har kommit till just för att minimera risken med detta.

Inledningsvis säger testet att all form av prissättning där intäkterna ger fullständig täckning för kostnader måste vara laglig. Det innebär att så länge företaget kan visa att prissättningen ger full kostnadstäckning är det irrelevant om det finns någon plan för rovbeteende eller inte. Skulle prissättningen inte ge full kostnadstäckning innehåller testet en serie av objektiva gallringstest som tar bort många ifrågasatta ageranden från en juridisk prövning. Skulle en prissättning under kostnader inte klara den första delen av testet ger analysmodellen enligt författarna en strukturerad uppställning över hur eventuella bevekelsegrunder bör hanteras.

5.6 Internationell jämförelse – Kanada

I Kanada har det utvecklats en tydlig modell för hur rovprissättning kan bedömas. Den kanadensiska konkurrensmyndigheten har härutöver givit ut riktlinjer över hur rovprissättning skall bedömas.[365] I den kana-

[364] Se Bolton m.fl., 2000, a.a. s. 2281–2282.

[365] Angående den följande diskussionen om exempel från Kanada, se Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, *Predatory Pricing Enforcement Guidelines*, 1992.

densiska konkurrenslagen talas om priser som är ”*unreasonably low*”, dvs. orimligt låga priser eller rovpriser. Riktlinjer har tillkommit för att visa företagen hur myndigheten kommer att bedöma olika ageranden.[366]

Analysen är en tvåstegsmodell och börjar alltid med en analys av vilken styrka som det dominerande företaget har på marknaden. Det förutsätts att om ett företag har en mindre marknadsandel än 35 %, så är det osannolikt att företaget kan utöva något inflytande på marknaden. Bedömningen liknar det sätt på vilket dominans på en relevant marknad fastställs inom EG. Undersökningen är emellertid mer kopplad till rovprissättningen i sig. En studie görs även av hur många olika företag det finns på marknaden, hur storleksfördelningen mellan aktörerna ser ut och hur en trend över hur marknadsandelarna har fördelats ter sig historiskt. Ju mer koncentrerad marknaden är, desto större blir sannolikheten att myndigheten kommer att granska prissättningar.[367]

När företagets styrka har fastställts fortsätter analysen med att se till vilka inträdesbarriärer som finns. Skulle utredningen visa att det är svårt att ta sig in på marknaden, är detta ett tecken på att det dominerande företaget har goda möjligheter att utöva marknadsmakt långsiktigt. En bedömning görs även av om företaget har möjligheter att återhämta de förluster som det ådragit sig under prissättningen. I huvudsak görs en prövning av om nya konkurrenter skulle attraheras till marknaden om det dominerande företaget under en tvåårsperiod efter rovprissättningen skulle höja priserna för att återhämta förlusterna. Ju högre inträdesbarriärerna är, desto större är sannolikheten att prissättningen skulle få allvarliga långsiktiga effekter. Inträdesbarriärer kan skilja sig åt mycket. I Kanada talas framförallt om kostnadsfördelar och ”*sunk costs*”. Kostnadsfördelar kan vara att det dominerande företaget har en stor fördel genom tillstånd, tariffer (Jfr t.ex. auktionsförfarande för G3-nät inom

[366] I kanadensiska Competition Act Section 50(1)(c) sägs att ”[e]veryone engaged in a business who […] (c) engages in a policy of selling products at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have such effect, […] is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years”.

[367] Se *Canada Predatory Guidelines*, p. 2.2.1.

mobiltelefoni i vissa länder i Europa), tillgång till knappa resurser m.m. ”*Sunk costs*” innebär att etablering kan vara förenad med stora initiala kostnader som inte går att få tillbaka när företaget lämnar marknaden. Storskalig produktion kan vara en förutsättning för att kunna konkurrera med det dominerande företaget, vilket kan kräva enorma investeringar i fabriker, råmaterial, personal m.m.[368]

Vad som är speciellt med den kanadensiska analysen är att det även anses att strategiskt beteende från det dominerande företaget kan utgöra inträdesbarriärer. Med strategiskt beteende avses här orimliga investeringar i överkapacitet, orimligt stora marknadsföringsinsatser m.m. Även andra former av missbruk som exklusivitetsavtal, instängningsageranden m.m. kan påvisa höga inträdesbarriärer.[369]

Om det dominerande företaget befinns ha tillräcklig styrka för att kunna tillämpa rovprissättning fortsätter bedömningen med en kostnadsanalys.[370] I likhet med AKZO-testet anses priser som underskrider AVC vara olagliga, om det inte finns någon klar motivering till det aktuella priset. En godtagbar anledning till att sälja under rörliga kostnader är att det kan vara fråga om lättförgängliga varor – ”eng. *selling off perishable invetory*”. I Kanada finns således en presumtionsregel om olagliga priser som underskrider AVC. Den kan uttryckligen motbevisas. Priser som överstiger ATC presumeras vara lagliga, i likhet med den standard som finns i Europa. Det förs i riktlinjerna inga diskussioner om andra. Priser som ligger mellan rörliga kostnader och ATC är en gråzon. Precis som i *AKZO* görs här en bedömning av om det finns en plan att eliminera konkurrenterna eller att fastställa ”*predatory intent*”. I riktlinjerna sägs även att det mycket väl kan finnas godtagbara anledningar till varför prissättning sker utan full kostnadstäckning. Branschen kan befinna sig i en nedgångsfas med mycken överkapacitet även efter det att vissa konkurrenter lämnar marknaden (Jfr resonemanget om produktlivscykeln nedan). Skulle det, å andra sidan, visa sig att det domi-

[368] *Canada Predatory Guidelines*, p. 2.2.1.2.
[369] *Canada Predatory Guidelines*, p. 2.2.1.2.
[370] Angående den följande diskussionen om kostnadsanalysen se *Canada Predatory Guidelines*, p. 2.2.2.

nerande företaget missar möjligheter att höja priset om efterfrågan stiger eller förblir stabil kan detta tyda på att företaget inte har någon godtagbar förklaring till sitt agerande.

Tvåstegsanalysen avslutas emellertid inte här. För att priser skall bedömas vara olagliga krävs slutligen att det verkligen är frågan om en försäljningspolicy – det skall vara allvarligt menade strategier från företaget.[371]

> ”In this regard, the Director will be looking for evidence that the alleged predatory prices are not competitive expedients of brief duration, that they are not simply defensive reactions to the pricing initiatives or behaviour of other firms, or that they are not randomly occurring events attributable to specific business circumstances extant in the market at any given point in time.”[372]

Enstaka transaktioner betraktas enligt riktlinjerna inte som en försäljningspolicy, såvida inte det gäller marknader där affärer görs koncentrerat under en begränsad tidsperiod, t.ex. säsongsvaror och där en stor del av marknadsvolymen härrör från enstaka upphandlingar.[373]

När båda stegen har behandlats är det möjligt att uttala sig om prissättningen har varit ”*unreasonably low*”, dvs. huruvida en rovprissättning förekommer. För att en påföljd skall utgå enligt den kanadensiska lagstiftningen krävs härutöver att även de återstående rekvisiten i Section 50(1)(c) av Competition Act är uppfyllda. I syfte att slutligt kunna fastställa rovprissättning ställer därför konkurrensmyndigheten följande frågor:

a) Har prissättningen haft effekten att konkurrensen allvarligt har minskat (substantially lessening competition)?
b) Har prissättningen haft effekten att en konkurrent elimineras från marknaden?

---

[371] *Canada Predatory Guidelines*, p. 2.3.
[372] *Canada Predatory Guidelines*, a. st.
[373] *Canada Predatory Guidelines*, a. st.

Frågorna a) och b) ställs framförallt när den ifrågasatta prissättningen redan har haft medfört påvisbar och mätbar skada. Myndigheten söker bekräftelse på att prissättningen har medfört att makten över marknaden bibehålls eller förstärks och att sannolikheten för tillkommande konkurrens är låg på grund av att inträdesbarriärer bibehålls eller höjs. En konkurrent kan betraktas som eliminerad från marknaden om den tvingats lägga ned verksamheten eller om den i övrigt befinner sig i en situation, där den inte längre hindrar det dominerande företaget från att höja priserna.[374]

c) Har det prismässiga agerandet en tendens att allvarligt minska konkurrensen?
d) Har prisbeteendet en tendens att eliminera en konkurrent?

Frågorna c) och d) ställs av myndighet om den ifrågasatta prissättningen ännu inte har varit i bruk så länge att någon effekt kan påvisas och om myndigheten måste göra en bedömning av om det är möjligt att prissättningen kommer att få negativa effekter.[375]

e) Finns det bevis för att prisbeteendet är eller var ägnat att starkt minska konkurrensen eller eliminera en konkurrent?

Fråga e) relateras till situationen där det finns bevisning för ett syfte eller uppsåt att fullfölja prisbeteende. Myndigheten bedömer ett antal olika faktorer, däribland hur stora prissänkningar som gjorts och vilka förluster detta har medfört, frånvaron av andra rationella förklaringar till prissänkningarna samt skriftlig och muntlig bevisning som styrker uppsåtet att utföra dessa handlingar. Bevisningen betraktas även sammantagen med en bedömning av möjligheten för en part att genomföra en konkurrensbegränsning. Skulle bevisningen tyda på att det finns ett uppsåt eller syfte att eliminera en konkurrent samtidigt som företaget inte har tillräcklig styrka på marknaden, så är sannolikheten mindre för ett olagligt beteende.

---

[374] *Canada Predatory Guidelines*, p. 2.4.
[375] Se *Canada Predatory Guidelines*, a. st.

Den kanadensiska analysen skiljer sig från europeisk praxis främst vad gäller bedömningen av marknadsstrukturen, men även i fråga om uppsåt. Den senare skillnaden kan förklaras av att överträdelse av bestämmelsen är straffrättsligt sanktionerad. I Kanada tas i övrigt större hänsyn till inträdesbarriärernas betydelse för själva missbruket. Vidare ger riktlinjerna uttalade möjligheter att rättfärdiga förlustbringande prissättningar – även sådana som underskrider AVC.

5.7 Utvärdering av AKZO-doktrinen

Genom *AKZO* och de efterföljande fallen – främst *Tetra Pak II* – finns det i praxis ett test som framförallt tar sin utgångspunkt i kostnadsstrukturerna hos det dominerande företaget. Är AKZO-testet en bra måttstock för rovprissättning?

Frågan är givetvis mycket svår att svara på, men det finns anledning att i vissa fall framföra starka tvivel på om testet verkligen fångar upp sådana beteenden som motverkar en effektiv konkurrens samtidigt som oskyldiga prissättningar inte onödigtvis fastnar i dess nät. Det finns i doktrinen kritik mot testet vad gäller dess lämplighet i förhållande till de ekonomiska målsättningar som konkurrensrätten har tillkommit för att upprätthålla, men även i förhållande till praktiska problem.

5.7.1 Dålig anpassning till olika branschförhållanden

Soames och Ryan tar upp behovet av att anpassa testet till de unika förutsättningar som finns i olika branscher.[376] Som exempel tar Soames och Ryan upp de problem som uppstår när man skall använda testet i flygresebranschen. Det är mycket svårt att veta exakt vilka rörliga kostnader som finns för att producera en flygresa. I själva verket är det mycket få kostnader som är rörliga i förhållande till antalet passagerare, vilket gör det svårt att fastställa vad som egentligen är fasta och rörliga

[376] Soames/Ryan, a.a. s. 151–164.

kostnader. Det kan mycket väl vara så att marginalkostnaden för att ta ombord ännu en passagerare på ett i övrigt halvfullt flygplan kan vara nära noll. Eftersom få kostnader varierar i förhållande lasten på flygplanet blir det mycket svårt att tillämpa testets första del. Om t.ex. ännu ett flygplan skulle sättas in på en viss sträcka och flygbolaget håller högre priser än ett annat bolag som försöker fylla tomma platser, kan fler kostnader bedömas vara rörliga och rovprissättning blir därmed lättare att bevisa. Det är därför orimligt att betrakta priset för tillhandahållandet av en enskild flygstol, utan hela sammansättningen av olika priser måste beaktas, varigenom ett genomsnittspris per flight bör beaktas. Ett annat problem med att tillämpa AKZO-testet är att det finns avsevärda tidsmässiga faktorer att beakta.[377] På lång sikt – säg 6 månader – är många kostnader rörliga. Ju närmare avgång bedömningen görs, desto färre blir de rörliga kostnaderna. Mot bakgrund av svårigheterna att allokera och periodisera de olika kostnadsslagen i flygresebranschen föreslår Soames och Ryan att det istället görs en fullständig allokering av kostnader till varje enskild rutt och att prissättning under fullständigt allokerade kostnader skall anses vara rovpriser.

Soames och Ryans inlägg i debatten om ett lämpligt test visar på direkta svagheter i AKZO-doktrinen. Det är svårt att finna ett generellt test som gäller för alla branscher. Om ett test skall få användning och vara vägledande för lagligt beteende hos företagen får den inte uppvisa sådana svagheter.

5.7.2 Kostnadsmåttens lämplighet

Whish har framfört tvivel om AVC och ATC verkligen är lämpliga kostnadsmått vid analys av rovprissättningar.[378] I likhet med Soames och Ryan framhåller han att det finns branscher, t.ex. nätverksindustrier, där de fasta kostnaderna är mycket höga samtidigt som de rörliga kostnaderna kan vara mycket låga. I likhet med Kommissionens tillkän-

[377] Soames/Ryan, a.a. s. 160.
[378] Whish, a.a. s. 651–652.

nagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn[379] anser Whish därför att några andra kostnadsmått är nödvändiga att använda. Kommissionen konstaterar att ”[k]ostnadsstrukturerna i nätindustrierna tenderar att skilja sig ganska mycket från de flesta andra industrier eftersom de förra har mycket större gemensamma kostnader”.[380] Den speciella kostnadsstrukturen i nätindustrierna får därför som konsekvens att prissättning som endast motsvarar den rörliga kostnaden skulle bli väsentligen lägre än vad som skulle behövas för att täcka de verkliga totala kostnaderna.[381] Om AKZO-kriterierna skall kunna användas anser Kommissionen att hänsyn måste tas till ett relevant tidsperspektiv, som varken är mycket kort eller mycket långt. Härutöver bör prissättningen baseras på den totala tillkommande kostnaden för att tillhandahålla tjänsten.[382] Kommissionen förordar således att bedömning av prissättningar i nätindustrier bör baseras på andra kostnadsmått än uppdelningen mellan rörliga och fasta kostnader:

> ”Under dessa omständigheter kommer Kommissionen ofta att behöva undersöka den genomsnittliga marginalkostnaden [sic!] för att tillhandahålla en tjänst och kan behöva undersöka den genomsnittliga marginalkostnaden under en längre period än ett år”.[383]

Av den svenska versionen av tillkännagivandet framgår således att den genomsnittliga *marginal*kostnaden skall undersökas, vilket måste anses både vara en olycklig översättning och något inkonsekvent i förhållande till vilka kostnader som i stycket innan ansågs relevanta. Den engelska versionen talar istället konsekvent om *incremental cost*, och kan närmast översättas med specifika tilläggskostnader, vilket skiljer sig från marginalkostnader. Marginalkostnaden mäter endast kostnaden för att producera en extra enhet av en vara eller tjänst. I beroende av vilken

[379] Tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn – Ramen, relevanta marknader och principer, EGT 265/02, 1998, s. 2–28.
[380] EGT 265/02, 1998, p. 113.
[381] EGT 265/02, 1998, p. 114.
[382] EGT 265/02, 1998, a. st.
[383] EGT 265/02, 1998, p. 115.

utgångspunkt, eller volymintervall som används kan marginalkostnaden blir olika. Oavsett detta är Kommissionens ståndpunkt klar: Det går inte att slaviskt följa AKZO-kriterierna generellt i alla branscher (jfr även avsnitt 6.9.3.16 nedan).[384]

Vid användning av AKZO-kriterierna på priser som skall gälla över tid av en operatör och som skall utgöra grunden för operatörens beslut om att investera bör dessa kostnader inbegripa den totala tillkommande kostnaden för att tillhandahålla tjänsten. Vid en analys måste hänsyn tas till det tidsperspektiv som är lämpligt för att analysera kostnaderna. Det finns i de flesta fall skäl att anta att varken mycket kort sikt eller mycket lång sikt är lämpliga tidsperspektiv.

I Storbritannien tillämpas även *long-run incremental costs* (LRIC) istället för distinktionen mellan rörliga och fasta kostnader vid bedömning av rovprissättningar inom telekombranschen.[385]

Den brittiska konkurrensmyndigheten OFT framhåller även att det alla gånger inte är görligt att använda uppdelningen mellan rörliga och fasta kostnader av samma skäl som presenterats ovan i detta avsnitt.[386] I likhet med Bolton, Brodley och Riordans modell anser myndigheten att det i vissa fall kan vara aktuellt att använda den genomsnittliga undvikbara kostnaderna (AAC) i stället för de genomsnittliga rörliga kostnaderna, AVC:

> ”Where prices are above average variable costs but below average total costs the Director General may consider other evidence on costs. He might, for example, consider whether the undertaking is covering its avoidable costs, those which could be avoided if the undertaking were to cease the

[384] I fallet 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, valde kommissionen att i ärendet, som visserligen primärt rörde korssubventionering och inte rovprisättning, använda IC framför AVC som relevant kostnadsmått. I senare fall synes Kommissionen föredra användning av IC. Se t.ex. ärendet *Wanadoo*, där Kommissionen framförde farhågor för att det dominerande företaget hade prissatt vissa snabba Internettjänster underskridande IC. Se XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken, 2002, s. 51.

[385] Office of Telecommications, Oftel, Guidelines *The Application of the Competition Act in the Telecommunications Sector*, 2000, p. 7.13–7.19.

[386] Se OFT 414, p. 4.9.

activity in question (the activity being the part of the business accused of predating) over the relevant time period."[387]

OFT framhåller i sina riktlinjer att om priserna skulle underskrida AAC är detta ett bevis för rovprissättning. Bevisningen är visserligen inte lika stark som i fallet med prissättning under rörliga kostnader. Prissättning underskridande AAC i reglerade industrier behöver inte alltid vara rovpriser.[388] OFT synes härigenom lämna dörren öppen för motbevisning av presumtionen om olaglighet, t.ex. genom att hänvisa till olika effektivitetskriterier liknande den i Bolton, Brodley och Riordans modell.

5.7.3 Dålig överensstämmelse med ekonomisk teoriutveckling

Mastromanolis tycker att det test för rovpriser som växt fram i Europa inte alls ligger i fas med den utveckling som har skett i USA. Areeda-Turner testet hade stort inflytande på domstolarna under senare delen av 1970-talet och ledde även till en omfattande debatt om dess lämplighet. Enligt Mastromanolis har praxis i USA skiftat mot en mer inledande strukturanalys, liknande den som presenterats av Joskow-Klevorick. Genom att först analysera marknadens struktur och dess villkor kan man fastställa om det alls är lämpligt att genomföra en rovprissättning. Först när marknaden befinns vara lämplig för rovpriser – där möjligheterna till återhämtning härigenom är höga – skall det vara aktuellt att gå vidare med en jämförande analys av kostnader och pris.[389]

Genom att EG-domstolen har ställt upp ett test som direkt tar sin utgångspunkt i kostnadsstrukturen hos det dominerande företaget går det att säga att EG-domstolen åtminstone delvis tillämpar den modell som Areeda-Turner föreslog 1975. Det är idag tydligt att amerikanska domstolar visserligen tog till sig detta resonemang i början, men att de ekonomiska teorierna har utvecklats mycket sedan 1970-talet och häri-

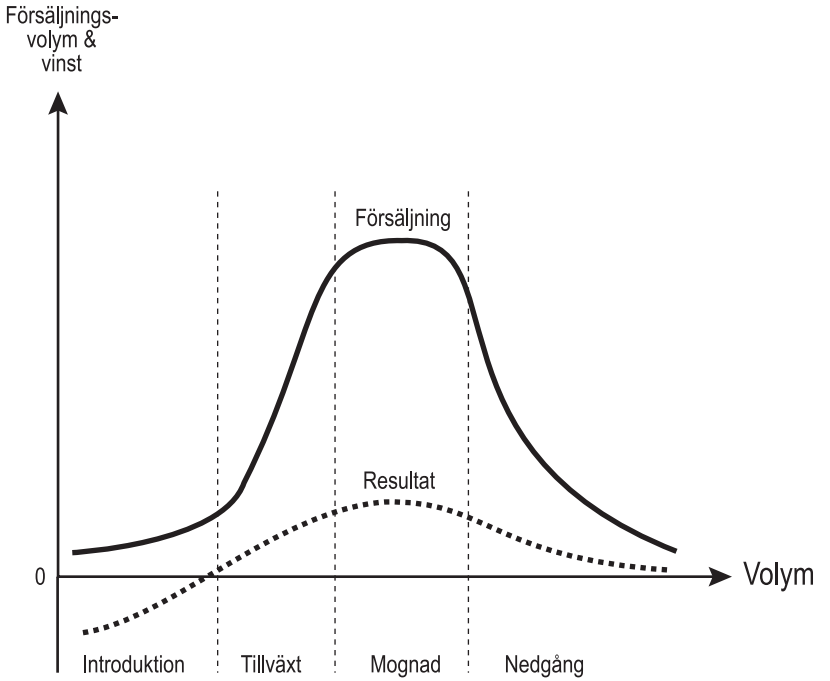
[387] OFT Guidelines 414, Assessment of individual agreements and conduct, 1999, p. 4.10.
[388] Se OFT 414, p. 4.11.
[389] Se Mastromanolis, E. P., *Predatory Pricing Strategies in the European Union: A case for Legal Reform*, ECLR, 1998, s. 211–224.

genom har även de amerikanska domstolarnas bedömningar utvecklats. Som Gifford[390] säger är det svårt att finna enkel och enhetlig regel för hur rovprissättning skall behandlas generellt, men det är dock klart att det i amerikansk rätt inte tillämpas samma principer som framkommit genom AKZO-testet. Teorierna som har presenterats ovan ger vid handen att det är mycket svårt att låta analysen ta sin utgångspunkt i en mekanisk analys av kostnadsstrukturen. Två relativt okomplicerade exempel ger belägg för detta.

5.7.3.1 Problemet med produktlivscykeln

Många produkter följer ett mönster som normalt brukar kallas för produktlivscykeln som omfattar perioderna introduktion, tillväxt, mognad och nedgång. Kurvan kan se ut mycket olika för skilda produkter. Vissa varor har en snabb tillväxt, snabb mognad och därefter en stabil efterfrågan. Andra varor kan försvinna mycket snabbt p.g.a. förändringar i teknologi eller preferenser hos kunderna. Under vart och ett av de olika stadierna skiljer sig marknadsföringsteknikerna åt mycket. I kombination med olika inträdesbarriärer kommer marknaden att vara i varierad mån känslig för rovprissättning.

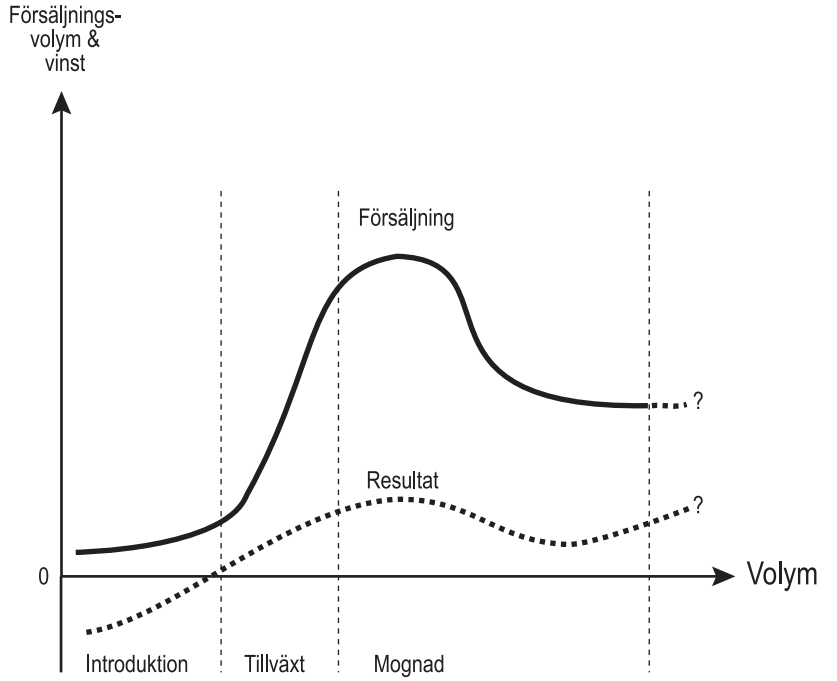
[390] Gifford, D. J., *Predatory pricing analysis in the Supreme Court*, The Antitrust Bulletin, 1994, s. 431–483.



Figur 5.4. Den traditionella produktlivscykeln. Källa: Kotler, Marketing Management. 2002.

Antag t.ex. att teknikutvecklingen går mycket fort inom en marknad och att det finns en stor tillverkare av en produkt som funnits mycket länge. Om ett mindre företag lanserar en banbrytande produkt som är tekniskt överlägsen det dominerande företagets produkt så spelar det ingen roll hur lågt det dominerande företaget sätter sina priser. Den gamla produkten kan befinna sig i slutskedet av nedgångsfasen medan den konkurrerande produkten befinner sig i en introduktionsfas med goda utsikter till en kraftig tillväxt. Ett exempel på detta kan vara mekaniska räknemaskiner och elektroniska räknare. När de elektroniska räknemaskinerna lanserades på marknaden slungades de mekaniska räknemaskinerna in i slutskedet av nedgångsfasen. I ett sådant läge spelar det ingen roll vilket pris tillverkaren sätter för en ”död” produkt.

Ett annat exempel kan vara när en produkt befinner sig i en uthållig mognadsfas. Marknaden växer inte, utvecklingstakten är relativt låg, men det finns goda möjligheter att behålla volymen under en längre period. Under dessa förutsättningar är marknaden mycket känslig för rovprissättningar.



Figur 5.5. Produktlivscykeln för en produkt med uthållig mognadsfas (growth-slump-maturity pattern). Fritt efter Kotler, Marketing Management, 2002.

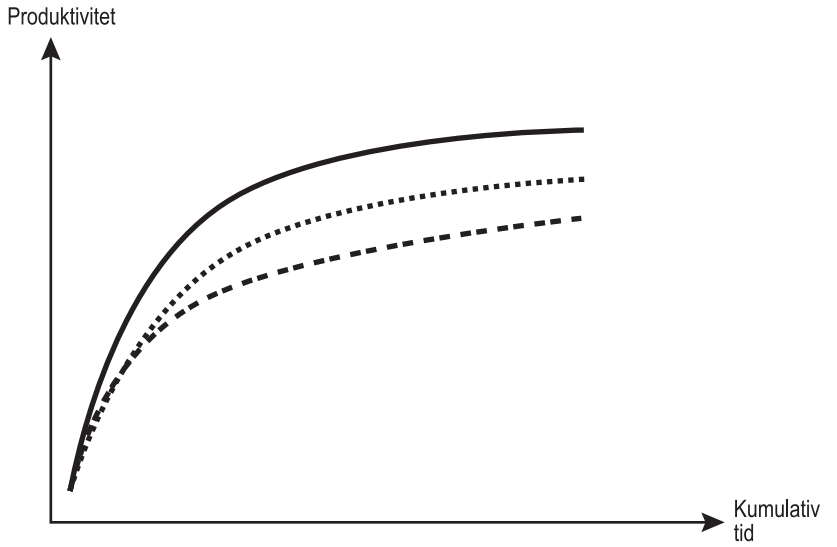
Mer eller mindre obestridligt torde det inte – mot bakgrund av dessa dynamiska faktorer – vara möjligt att enbart förlita sig på en enkel kostnadsanalys för att fastställa rovpriser. Visserligen är AKZO-regeln relativt enkel och klar och skapar därigenom en viss form av förutsebarhet och klarhet för konkurrensreglerna. Testet speglar dock inte den komplexa verklighet på vilken analysen skall appliceras. Koller sade att

Scherers omfattande helhetsanalys var ”*bad law based upon good economics*”.[391] Om nu AKZO-testet inte verkligen mäter vad det skall mäta kan man säga att testet blir ”*good law based upon bad economics*”. I värsta fall är det, som konstaterats ovan, dessutom mycket svårt att applicera generellt och därför blir testet ”*bad law based upon bad economics*”.

5.7.3.2 Problemet med inlärningskurvan – tidsaspekter

Genom att återknyta till Beckenstein & Gabels[392] (B&G) arbete om inlärningskurvan erhålles ytterligare stöd för påståendet att AKZO-testet kan behöva utvecklas. Istället för inlärningskurvan är det även möjligt att tala om dess invers, nämligen produktivitetskurvan. När en produktion startar är produktiviteten ofta mycket låg. Personalen är oerfaren, maskiner har inte trimmats in ordentligt, automatiseringen kan vara mycket låg. I takt med att tillverkningen fortskrider får företaget erfarenheter, personalen arbetar mer effektivt, maskinuppställningar förändras, produktionstekniken finslipas och kostnaderna per enhet sjunker. Kurvan visar en exponentiellt avtagande funktion, dvs. de största produktivitetsvinsterna görs under det inledande skedet och sjunker sedan i takt med att tillverkningen närmar sig något som kan liknas med en optimal produktivitet.

[391] Koller II, a.a. s. 286–287.
[392] Beckenstein/Gabel, a.a. s. 29 ff.



Figur 5.6. Produktivitetskurvan, olika prognostiseringar om utvecklingen.

Under hela perioden har företaget olika kostnader, men marknadsorganisationen måste redan vid introduktionen göra en bedömning av vad som kommer att bli ett lämpligt marknadspris på basis av en prognostiserad kostnadsutveckling. En konkurrent kan etablera sig på marknaden med en produktionsteknik som är ny i förhållande till den som det dominerande företaget för närvarande använder. Om det dominerande företaget så vill börja använda en ny produktionsteknik kräver detta att företaget gör en kvalificerad bedömning av vilket pris som det kan ta ut, under förutsättning av den nya tekniken. Troligtvis kommer företaget att inledningsvis göra förluster för att senare göra vinst när produktiviteten har förbättrats.

Om AKZO-testet appliceras på den här situationen står det ganska snart klart att det blir svårt att enbart använda ett kostnadsbaserat test. Vilka genomsnittliga kostnader är egentligen relevanta? Skall analysen lägga vikt vid de aktuella kostnaderna eller vänta tills produktionen har erhållit sin optimala produktivitet och därefter göra en förnyad bedöm-

ning? Problemet är dessutom tveeggat: Konkurrensvårdande myndigheter löper risken att förbjuda priser som egentligen är fullt legitima. Samtidigt finns det möjlighet för en icke-seriös aktör att gömma en rovprissättning bakom en osann kalkyleringsmetod. Under dessa förutsättningar kommer testet i bästa fall att bli en bra gissning om vad som verkligen pågår. I sämsta fall förbjuder metoden fullt legitim konkurrens och konsumenterna får betala genom en sämre effektivitet och därmed sämre utbud och högre priser.

5.8 Förslag till standard för test av rovprissättning

Även om AKZO-testet inte är en bra väg att bestämma rovpriser behöver det inte betyda att kostnadsbaserade tester alltid ger fel resultat. Det huvudsakliga problemet är att tillämpningen av kostnadsbaserade tester förutsätter att marknadsstrukturen verkligen är lämpad för rovprissättning. Som visats av de olika teorierna ovan är verkligheten inte alltid beskaffad på det sättet. Analysen behöver därför – *de lege ferenda* – byggas ut.

En invändning som kan resas är att ju fler kriterier som införs desto svårare kommer det att bli för myndigheterna att påvisa rovpriser. Företagen kommer dessutom att få det svårare att hålla sig på rätt sida om vad som är tillåtet i och med att reglerna kan upplevas bli krångligare. Det skall emellertid understrykas att ett mer omfattande test inte nödvändigtvis behöver betyda att det blir svårare att påvisa missbruk, tvärtom. Det kan visserligen bli svårare att påvisa just rovprissättning, men även andra förfaranden kan vara missbruk även om de inte innebär rovprissättning. Det finns ett värde i sig i att även skilja mellan olika former av missbruk. Myndigheterna riskerar därmed inte att ”etikettera” ageranden felaktigt och härigenom förlora greppet om klara missbruksärenden bara därför att man yrkat att få en specifik form av missbruk fastställd. Från företagens sida är det givetvis viktigt att veta vilken form av missbruk som företaget riskerar att bli ställt till ansvar för. Att ett agerande skall anses vara ett missbruk i största allmänhet bidrar inte

mycket med klarhet och förutsebarhet och kan därför verka kontraproduktivt för såväl önskade som oönskade marknadsbeteenden.

Utvärderingen av AKZO-testet visar att det finns ett tydligt behov av att komplettera analysen med ett flertal olika kriterier. Ren dominans på en marknad är i sig ingen garanti för att rovprissättning kommer att lyckas. Kostnader är viktiga att beakta, men inte den enda avgörande faktorn. Enligt min mening bör därför *de lege ferenda* ett test av rovprissättning delas in i två huvudsakliga avdelningar. Testet bör dels innehålla ett test för att fastställa om rovpriser verkligen kan förekomma rent objektivt, dels, om så är fallet, ett kostnadstest med möjlighet till rättfärdigande av prissättningen.

5.8.1 Första avdelningen: Fastställande av förutsättningar för rovprissättning

Den första avdelningen får i likhet med modellerna som Joskow och Klevorick, Merkin samt Bolton, Brodley och Riordan utgöra ett filter, som sållar bort sådana aggressiva prissättningar, prissänkningar eller i allmänhet låga priser som i sig inte har potential att snedvrida konkurrensen. Konkurrensmyndigheten eller käranden bör ha den primära bevisbördan för att styrka att dessa förutsättningar föreligger. Att marknaden är lämplig för rovprissättning ur det dominerande företagets synvinkel bör dock inte medföra en presumtion om olaglighet, utan första steget skall endast fungera som en utsållningsfaktor för sådana situationer eller ageranden där prissättningen inte skadar konkurrensen oaktat dess relation till kostnader.

5.8.1.1 Analys av marknadsstrukturen

En inledande strukturanalys liknande den som har presenterats av Joskow och Klevorick samt Merkin måste göras för att härigenom kunna särskilja de marknader där rovpriser aldrig kan lyckas från sådana där rovprisstrategin har möjlighet att bära frukt för dominerande företag.

I detta steg bör således i likhet med Joskow och Klevoricks modell först analyseras vilken kortsiktig monopolstyrka det dominerande företaget har – hur stor marknadsandel det dominerande företaget har, vilka konkurrenterna är, om marknadsandelarna har förändrats kraftigt de senaste åren?. Finns det tecken som tyder på att prissänkningar leder till förlust av marknadsandelar hos konkurrenter?

Analysen av marknadsstrukturen bör även se till etableringshinder. Merkin har, som visats ovan, hävdat att någon form av inträdesbarriärer måste finnas för att rovprissättning skall vara en framgångsrik strategi. Liknande argument har framförts av Bolton, Brodley och Riordan (se 5.5.8 ovan). Om rovprissättning skall kunna löna sig för det dominerande företaget krävs att det finns möjlighet att på något sätt skydda sin ”investering” i låga priser så att det dominerande företaget senare kan återhämta förlusten genom höjda priser eller en högre marknadsandel. Om inträdesbarriärerna eller återinträdesbarriärerna är låga kan det leda till att prishöjningar blir omöjliga av den anledningen att de lockar till sig nya etableringar eller att utslagna konkurrenters marknadsandelar absorberas av andra aktörer. Inträdesbarriärer kan i vissa fall enkelt påvisas om det förekommer klassiska ekonomiska villkor som höga initiala investeringskostnader. Tekniska eller legala hinder kan även förekomma. I likhet med vad som framhållits av Bolton, Brodley och Riordan torde även bevisning om att det dominerande företaget har ett rykte om sig att möta konkurrens med rovprissättning kunna vara en form av etableringshinder. Jag delar därför deras uppfattning att användning av modern ekonomisk teori om strategiskt agerande måste kunna användas i analysen.

Till sist bör även dynamiska faktorer beaktas. I vilken bransch opererar det dominerande företaget? Hur ser teknikutvecklingen ut i branschen och vilken position har det dominerande företaget i den processen? Är det möjligt att uttala sig om hur produktlivscykeln ser ut på den relevanta marknaden och var befinner sig i så fall konkurrenterna och det dominerande företaget? Om produkterna i fråga exempelvis befinner sig i en utdragen mognadsfas med stabil efterfrågan, låg teknologisk utveckling och homogen kvalitet bland aktörerna är sannolikheten hög att konkurrenterna är känsliga för aggressiva prissättningar. Priset kan i

sådana fall vara det primära konkurrensmedlet. Om myndigheterna inte tar hänsyn till dynamiska faktorer kan de i värsta fall motverka en effektiv konkurrens på marknaden och hindra produktutveckling och innovationer.

5.8.1.2 Verkligt rovbeteende – relevant tidsperiod

I den kanadensiska analysen talas om att det skall vara fråga om en försäljningspolicy – dvs. en strategi som är allvarligt menad. Merkin har framfört liknande åsikter när han talar om ett varaktigt beteende hos företaget. Enligt min mening är även detta ett kriterium som bör beaktas i analysen. Mer sporadiska prissänkningar bör få tillåtas eftersom alla former av introduktionspriser annars riskerar att hamna under granskning. Med introduktionspriser avses inte rena upphandlingar som i fallet med *BK Tåg*, eftersom sådana prissättningar till sin natur definitivt är varaktiga och allvarligt menade.[393]

Enligt min mening torde det inte vara nödvändigt att kräva att konkurrensmyndigheter måste påvisa en plan för att eliminera konkurrenter redan på detta stadium av analysen. Såtillvida skiljer jag mig från Bolton, Brodley och Riordan. Vad som bör analyseras är om agerandet t.ex. endast har varit mycket kortvarigt och härmed inte rent objektivt har möjlighet att påverka konkurrensstrukturen. Den avgörande frågan blir därför hur lång den relevanta tidsperioden bör vara. Den bör framförallt inte vara alltför kort. Tidsperioden under vilken prissänkningen görs bör åtminstone vara så lång att det finns en risk för att konkurrensen kommer att snedvridas. Det går inte att generellt uttala sig om hur lång en sådan tidsperiod kan vara – i vissa branscher kan krävas ett agerande under en mycket längre tid än om det är frågan om en serie upphandlingar som görs under en kort tid.

Det torde inte behöva påvisas att någon konkurrent verkligen har trängts ut från marknaden eller har disciplinerats prismässigt. Det bör

[393] Jfr dnr 1548/94, *Norstedts Juridik AB*, där KKV gav uttryck för att vissa tidsmässigt begränsade kampanjerbjudanden i kombination med prissättning överstigande rörliga kostnader inte kunde anses utgöra ett missbruk.

istället vara tillräckligt att visa att det föreligger en uppenbar risk för att någon av dessa effekter kommer att inträffa.

5.8.1.3 Möjlighet till återhämtning

Genom införandet av en strukturanalys kommer det även att bli nödvändigt att släppa på kravet att det inte behövs någon bevisning om möjligheter till återhämtning. I allt väsentligt är trots allt detta vad strukturanalysen går ut på. Om det dominerande företaget rent objektivt saknar möjlighet att återhämta sina förluster saknas även anledning att genomföra prissättning som bara medför förluster. I likhet med amerikansk rättspraxis borde därför ett uttryckligt krav på möjlighet till återhämtning av förlusterna (*recoupment*) även vara en del av den EG-rättsliga analysen. Enligt min mening bör emellertid beviskravet inte ställas så högt att t.ex. konkurrensmyndigheten exakt måste kunna visa hur det dominerande företaget skall genomföra återhämtningen. Det torde i stället vara fullt tillräckligt att myndigheten kan påvisa att det dominerande företaget sannolikt kommer att ha möjlighet att höja priserna, i beaktande av marknadsstrukturen i första steget, och härigenom ta igen vad företaget förlorat på prissättningen i allmänhet. Andra former av återhämtning kan även vara att det dominerande företaget har möjlighet att hämta medel från närliggande eller relaterade marknader. Om det dominerande företaget saknar möjligheter till återhämtning kommer prissänkningsstrategin endast att komma konsumenterna till godo, eftersom någon efterföljande prishöjning inte kan väntas.

EG-domstolen har inte uttryckligen avvisat användningen av återhämtningskriteriet, utan sade i Tetra Pak II att det inte var nödvändigt att undersöka möjligheterna till återhämtning ”*in the circumstances of the present case*”. Domstolen ansåg vidare att det vore orimligt att behöva vänta tills en faktisk återhämtning hade skett. Ett krav på möjlighet till återhämtning strider inte, enligt min mening, mot nuvarande praxis. Kravet bör i vart fall inte avse bevisning om faktisk återhämtning, utan det bör räcka med att påvisa möjlighet till återhämtning.

5.8.2 Andra avdelningen: Kostnadstest och bevekelsegrunder

Om samtliga strukturförutsättningar föreligger i första avdelningen går analysen vidare till andra steget. För att agerandet skall stå i strid med artikel 82 EG / 19 § KL bör krävas att prissättningen ligger under någon relevant kostnadsnivå, men att det samtidigt bör finnas uttryckliga möjligheter att rättfärdiga även sådana priser. Bevisbördan för det andra steget diskuteras nedan.

5.8.2.1 Kostnadstest

Den utbyggda tvåstegsanalysen avslutas oftast med kostnadsanalys och jämförelse mellan försäljningspriserna och olika relevanta kostnadsnivåer. AKZO-testet bör i huvudsak kunna kvarstå i detta steg, men med andra kostnadsmått. Användningen av rörliga och fasta kostnader kan vara lämplig i vissa branscher, men vara direkt olämplig i andra branscher. Om prissättning presumeras vara olaglig endast om den underskrider rörliga kostnader, kommer detta att innebära att rovprissättning i praktiken endast kan påvisas i sådana branscher där de rörliga kostnaderna står för en väsentlig del av de totala kostnaderna. Enligt nuvarande praxis skulle dominerande företag som prissätter extremt lågt kunna undgå ansvar tack vare att de rörliga kostnaderna råkar vara mycket låga i den aktuella branschen och att någon plan att eliminera inte kan konstateras. Det vore emellertid inte överdrivet strängt att kräva att priserna åtminstone täcker de genomsnittliga rörliga kostnaderna.

5.8.2.2 Prissättning underskridande AAC

I enlighet med AKZO-standarden bör prissättning underskridande AVC alltid presumeras vara olaglig, eftersom det oftast är ekonomiskt oförsvarbart att varje försäljning skall medföra en förlust för bolaget. AVC är emellertid, som visats ovan, oftast ingen bra standard att använda. Varje försäljning som företaget vidtar ger inte bara upphov till produkt/tjänstespecifika rörliga kostnader, utan även fasta kostnader som endast

kan relateras till produkten eller tjänsten i fråga. Härmed torde kostnadsbegreppet AAC, dvs. genomsnittliga undvikbara kostnader, vara en bättre standard att använda. Som visats ovan finns det en konsensus bland ekonomer att priser under denna nivå bör presumeras vara olagliga. AAC skiljer sig inte så mycket från kostnadsbegreppet IC, *incremental costs*, men är ett något mer kortsiktigt begrepp än LRIC. Konkurrensmyndigheten bör ha den primära bevisbördan endast för att visa att priset verkligen ligger under AAC. Någon bevisbördeomkastning bör inte ske beträffande rättfärdigande av sådana låga priser, utan det dominerande företaget måste ha den fulla bevisbördan för att styrka sådana bevekelsegrunder.

Enligt min mening måste det finnas utrymme för att vederlägga presumtionen om olaglighet vid prissättning underskridande AVC eller AAC. Testet måste därför utvecklas så att analysen inte ger vid handen att priser underskridande rörliga kostnader *per se* är olagliga. Det har visats ovan – t.ex. när en produkt befinner sig i slutskedet av sin livscykel – att det inte finns någon anledning att kräva full kostnadstäckning när prissättningen ändå inte har någon möjlighet att skada konkurrensen.

5.8.2.2.1 Prissättning underskridande LRAIC

På lite längre sikt måste även långsiktiga produktspecifika kostnader täckas för att varugruppen i fråga skall ge ett positivt bidrag till rörelsen. Nuvarande standard säger endast att prissättning som inte täcker självkostnaden är olaglig om det samtidigt kan påvisas en plan att eliminera konkurrenter. Standarden är svår att tillämpa eftersom den kräver att rörliga och fasta kostnader kan bestämmas korrekt. I sådana fall måste domstolarna börja använda klara principer för allokering och periodisering av kostnader – något som hittills utvecklats mycket litet i praxis. I annat fall riskerar analysen att bli en fråga om vilken sakkunnig inom redovisning som för tillfället har störst trovärdighet. Risken att dominerande företag plockar fram respektive gömmer undan kostnader är uppenbar om det inte finns klara regler i detta avseende. Istället för att använda distinktionen priser mellan AVC och ATC bör regeln ändras så

att priser underskridande LRAIC[394] presumeras vara olagliga om det samtidigt, i enlighet med nuvarande praxis, kan påvisas en plan att eliminera konkurrenter. I likhet med Bolton, Brodley och Riordans modell bör dock olagligheten kunna motbevisas. Konkret bör därför t.ex. konkurrensmyndigheten inledningsvis styrka att prissättningen ligger under LRAIC och att det föreligger en plan för eliminering av konkurrenter. Bevisbördan kastas därefter om till det dominerande företaget att motbevisa elimineringsplanen. Uträkningen av LRIC har beskrivits ovan i samband med redogörelsen om korssubventionering.

Användningen av LRIC kan även motiveras av att ATC ofta inriktar sig på historiska kostnader, medan prissättning är mer framåtblickande. *Incremental cost* och *avoidable cost* – standarderna stämmer bättre överens med sådana prissättningsbeslut. Vidare styr myndigheterna i vissa branscher sättet på vilket företagen skall sätta sina priser. Inom t.ex. telekombranschen pågår för närvarande ett kalkylsamarbete mellan myndigheten och branschen, där företagen i enlighet med en kalkyleringsmodell kommer att styras till att basera prissättningen på FL-LRIC-standarden (*forward looking long-run incremental cost*).[395] Om företagen baserar prissättningen på *incremental costs* vore det orimligt om hörsamhet gentemot reglerande myndigheter skulle medföra ansvar enligt artikel 82 EG / 19 § KL. Kommissionen har även, som visats ovan under kapitlet korssubventionering, baserat bedömningen på *incremental cost*.

Till sist skall sägas att priser med full kostnadstäckning inte bör klassificeras som rovpriser. Detta skulle skapa sammanblandningar med andra former av missbruk och skall därför heller inte analyseras som rovpriser. Full kostnadstäckning är dock, som visats ovan, ingen garanti för att prissättningen är fullt laglig. Diskriminerande och eliminerande effekter kan uppstå även genom andra ageranden än rovpriser, men dessa bör behandlas separat.

---

[394] LRAIC = Long-run average incremental costs. Kostnadsmåttet räknas fram genom att LRIC för den aktuella varan divideras med den aktuella volymen.

[395] Se t.ex. Post- och Telestyrelsen, *Model Reference Paper Guidelines for the LRIC bottom-up and top-down models*, 2002, Dnr 02-2257/23.

5.8.3 Bevekelsegrunder

Även om marknadsstrukturen är lämplig för rovprissättning och en konkurrensmyndighet kan visa att företaget prissätter under sina kostnader borde det finnas möjlighet till rättfärdiga en sådan prissättning. Bolton, Brodley och Riordan tar upp några kriterier om passiv defensiv prissättning avseende priser mellan AAC och LRAIC, men även priser som är effektiva i och med att marknaden expanderar. Det kan här röra sig om introduktionspriser (*promotional pricing*), priser som syftar till att stimulera produktivitetshöjningar (inlärningskurvan) eller andra externa effekter i nätverk där försäljningen av kompletterande varor stimuleras positivt. I Storbritannien har, som visats ovan, Office of Fair Trading tagit fasta på liknande resonemang och lämnar öppet för sådana former av rättfärdigande av priser. Jag anser därför att testet bör ge det dominerande företaget möjlighet att rättfärdiga priser i enlighet med Bolton, Brodley och Riordans samt OFT:s resonemang. OFT förefaller vara något mer generös än Bolton m.fl. i och med att bevekelsegrunderna avser priser underskridande AVC. Bolton m.fl. anser i motsats till OFT t.ex. att defensiva prissättningar underskridande AAC inte kan betraktas som bevekelsegrund. Jag delar författarnas synpunkt vad gäller passiv defensiv prissättning. I övrigt förefaller Bolton m.fl. och OFT resonemang i allt väsentligt stämma överens.

Genom att ge möjlighet till att försvara en prissättning kommer prissättning som underskrider AVC aldrig att kunna betraktas som *per se* olaglig. Snarare inträder en stark presumtion om olaglighet, som kan vederläggas inom vissa ramar. Bevisbördan för bevekelsegrunderna för en sådan prissättning bör följaktligen ligga helt på det dominerande företaget.

5.9 Användning av det förändrade testet på befintliga fall

Om den förändrade standarden skulle användas på t.ex. AKZO, blir frågan om utgången skulle ha blivit en annan.

5.9.1 Analys av marknadsstrukturen

AKZO var den största aktören på marknaden för organiska peroxider och hade haft en relativt stabil marknadsandel på ca 50 % på den europeiska marknaden. Övriga aktörer på marknaden var framförallt Solvay-Laporte-gruppen ”Interox” och amerikanska Lucidol/Luperox.[396] Marknadsandelarna hade varit relativt konstanta under ett flertal år. AKZO egna dokument visade att företaget ansåg sig självt ha den absolut ledande positionen på marknaden tack vare en stark försäljningsorganisation, avsevärt bredare produktsortiment än konkurrenterna, ledande kunskap inom säkerhet och toxikologi, spridning av produktion och marknadstäckning, investeringar i forskning och utveckling samt tillämpning av know-how.[397]

Även inom den mer avgränsade marknaden för tillsatsmedel för bagerimjöl i Storbritannien och Irland var AKZO dominerande, med en marknadsandel på 52 %. ECS hade 35 % och Diaflex endast 13 %[398] Det fanns huvudsakligen tre stora kvarngrupper i Storbritannien och produkten i fråga kunde närmast betraktas som en baskemikalie, som tillverkades i stora bulkmängder. Sammantaget måste därför sägas att branschstrukturen var tämligen koncentrerad med stabila marknadsandelar för aktörerna. Inträdesbarriärerna måste betraktas som relativt höga med tanke på att det var fråga om en processindustri och en låg rörlighet bland köparna. Enligt AKZOs eget resonemang krävdes dessutom en stark försäljningsorganisation, brett produktsortiment m.m. Allt detta ger intrycket av relativt höga inträdesbarriärer. Några påtagliga innovationer hade inte förekommit, såvitt framgick av de offentliga uppgifterna, och AKZO måste anses ha varit ledande beträffande produktutveckling.

Marknadsstrukturen var således relativt känslig för eventuell rovprissättning. och sannolikheten var hög för att en rovprissättning skulle få en avsevärd effekt på marknaden.

---

[396] Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 12–13.
[397] Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 14.
[398] Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 18.

Om marknaden istället hade kännetecknats av en hög omsättning bland leverantörer och att inträdesbarriärerna hade varit låga samtidigt som kunder med lätthet hade kunnat vända sig till andra leverantörer och dessa hade haft tillräcklig kapacitet hade marknaden varit mindre gynnsam för rovprissättning.

5.9.2 Verkligt rovbeteende – relevant tidsperiod

Av handlingarna i målet framgår att AKZO hade framfört hot gentemot ECS att om de inte lämnade AKZOs hemmamarknad så skulle AKZO utföra någon form av ekonomiska hämndaktioner på ECS hemmamarknader. Aktionerna sattes även i verket av AKZO och det kan inte anses råda några tvivel om att åtgärderna gentemot ECS var allvarligt menade och hade potential att allvarligt skada konkurrensen. Således talar även det andra delsteget i analysen för att agerandet uppfyller strukturförutsättningarna för rovprissättning.

5.9.3 Möjlighet till återhämtning av förlusterna

AKZOs åtgärder gentemot ECS skulle få en dubbel effekt om de lyckades. Dels skulle ECS tvingas lämna AKZOs hemmamarknader i framförallt Tyskland och AKZO skulle därmed återigen kunna stärka sitt grepp om leveranser till plastindustrin. Dels skulle ECS utvecklingsmöjligheter bli allvarligt begränsade på sin egen hemmamarknad, nämligen marknaden för tillsatsmedel för bagerimjöl. Utifrån de uppgifter som finns tillgängliga i fallet talar mycket för att AKZO hade möjlighet att återhämta de förluster som uppkommit av den aggressiva prissättningen. Allt som allt kan sägas att förutsättningarna för rovprissättning var uppfyllda.

5.9.4 Prissättning under kostnader

Även om samtliga förutsättningar för rovprissättning är uppfyllda bör detta inte medföra ett brott mot artikel 82 EG/19§ KL om inte prissättningen underskrider någon av de relevanta kostnadsmått som angivits

ovan. Utifrån handlingarna är det inte möjligt att beräkna AAC eller LRAIC, men det kan konstateras att priserna åtminstone hade underskridit ATC och i vissa fall även AVC.[399] Härmed föreligger en presumtion om olaglighet för prissättningen, åtminstone för de priser som underskrider AVC. I och med att även en elimineringsplan kunde påvisas finns likaledes en presumtion om olaglighet för priserna som översteg AVC, men som låg under ATC.

Även om de mer relevanta kostnadsmåtten AAC och LRAIC skulle användas kommer analysen att ge vid handen att en presumtion om olaglighet föreligger för AKZOs prissättning.

Skulle utredningen ha visat att AKZO hade haft täckning för LRAIC så skulle det enligt förevarande test inte ha betraktats som missbruk. Det kan mycket väl förhålla sig så att de fasta kostnaderna är högre än LRAIC, varför förekomsten av en plan att eliminera konkurrenten inte hade varit haft någon avgörande betydelse.

5.9.5 Bevekelsegrunder

Som ett försvar för sin prissättning gjorde AKZO gällande att företaget endast hade justerat sina priser i enlighet med konkurrenterna. Domstolen kunde i likhet med Kommissionen konstatera att åtminstone vad gällde konkurrenten Diaflex hade omfattande kontakter förekommit mellan bolagen beträffande prissättning, så det kunde inte vara fråga om en passiv reaktion på konkurrentrycket. Något egentligt försvar fanns inte för prissättningen:

> ”By maintaining prices below its average total costs over a prolonged period, without any objective justification, AKZO was thus able to damage ECS by dissuading it from making inroads into its customers.”[400]

[399] Se mål 62/86, *AKZO*, där domstolen framhåller att ”It must be pointed out that AKZO's quotations are below their average total costs, but above their average variable costs, […], and that, in the case of the quotation in October 1982 relating to vitamin mixes, they are even below its variable costs.” (p. 106).

[400] Mål 62/86, *AKZO*, p. 140.

Testet som här har föreslagits kommer således fram till samma resultat som EG-domstolen gjorde i *AKZO*. Resultatet av det föreslagna testet är dock inte till sin helhet beroende av en statisk kostnadsanalys. I jämförelse med praxis är testet i bättre harmoni med modern ekonomisk teori och erbjuder ett strukturerat sätt att analysera rovprissättning. Första steget i analysen filtrerar bort sådana ageranden som inte har potential att skada konkurrensen, medan andra steget ger möjlighet att med hjälp av mer relevanta kostnadsmått kunna påvisa missbruk. Samtidigt ger testet möjlighet till rättfärdigande av prissättning under kostnader, även om strukturförutsättningarna är uppfyllda.

6. Korssubventionering

6.1 Allmänt om korssubventioneringar

I samband med avreglering av vissa marknader som postmarknader, kollektivtrafik, elkraftförsörjning och telekommunikation är risken överhängande att prisrelaterade problem uppkommer under övergången från ett tidigare monopol till en helt eller delvis konkurrensutsatt marknad. Om tidigare reglerade områden utsätts för konkurrens, eller om ett dominerande företag vill expandera till andra sektorer och nyttja befintlig infrastruktur, kommer frågan upp hur produkterna eller tjänster skall prissättas korrekt för att konkurrensen inte skall skadas, samtidigt som det dominerande företaget inte skall agera ineffektivt till skada för konsumenterna. Svårigheterna ur konkurrenshänseende visar sig framförallt när vissa sektorer endast avregleras delvis, dvs. när en tidigare monopolist skall operera sida vid sida med andra aktörer på en konkurrensutsatt delmarknad samtidigt som den skall fortsätta en monopolverksamhet inom ett annat område. I samband med en fullständig avreglering av vissa sektorer kommer konkurrensen i praktiken troligen inte att infinna sig på alla områden direkt utan snarare inom sådana områden där lönsamhet kan förväntas uppnås snabbt. Så har även skett inom t.ex. postmarknaden i Sverige, där konkurrensen i samband med avregleringen i början av 1990-talet framförallt växte fram inom det lönsamma området storsändningar av datorsorterad företagspost. Avkastningen på investeringskostnaderna inom detta område var större för konkurren-

terna än om samma operatör skulle ha satsat på att konkurrera med Posten beträffande privatbrev.

En naturlig följd av avregleringar tycks därför bli att en tidigare monopolist opererar både inom sektorer som är konkurrensutsatta och sektorer där den tidigare monopolisten har ett legalt eller *de facto* monopol (en s.k. förbehållen sektor). Situationen är dock inte unik för reglerade branscher – även helt konkurrensutsatta branscher kan uppvisa liknande egenskaper om ett dominerande företag är verksamt inom flera olika segment och där är särskilt starkt inom ett visst område.

Lagstiftaren har i olika sammanhang uppmärksammat att ett speciellt problem vid avregleringar är att en tidigare monopolist kan använda vinstmedel från den förbehållna sektorn till att skapa orimliga villkor på den konkurrensutsatta marknaden, s.k. *korssubventionering*. Mer konkret kan de orimliga villkoren bestå däri att monopolisten med hjälp av vinster från den förbehållna sektorn håller så låga priser på den konkurrensutsatta sektorn att inga andra existerande eller tillkommande aktörer har möjlighet att möta konkurrensen. Den långsiktiga risken är, generellt sett, att konkurrenter trängs ut från marknaden varvid prisnivån höjs och utbudet försämras.

En av de första legala definitionerna av korssubventionering inom EG lades fram av Kommissionen i riktlinjerna för tillämpning av konkurrensreglerna inom telekomsektorn:

> ”Cross-subsidization means that an undertaking allocates all or part of the costs of its activity in one product or geographic market to its activity in another product or geographic market. Under certain circumstances, cross-subsidization in telecommunications could distort competition, i.e. lead to beating other competitors with offers which are made possible not by efficiency and performance but by artificial means such as subsidies. Avoiding cross-subsidization leading to unfair competition is crucial for the development of service provision and equipment supply”[1]

[1] Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, EGT C 233/2, 1991, p. 102.

Det framgår tydligt av Kommissionens definition att korssubventionering *kan* snedvrida konkurrensen genom att andra konkurrenter trängs ut från marknaden. Det är dock inte säkert att så blir fallet. Som skall visas nedan är korssubventionering inte alltid något som leder till negativa konkurrenseffekter.[2]

Vad som vidare lyfts fram är förhållandet att ett företag omfördelar eller allokerar kostnader mellan olika verksamheter på ett felaktigt sätt. Kommissionen har senare framhållit att korssubventionering föreligger när ett företag låter hela eller delar av kostnaden för en verksamhet på en viss geografisk marknad eller produktmarknad bäras av verksamhet på en annan geografisk marknad eller produktmarknad.[3]

Låga priser är i sig inte ett primärt problem i konkurrenshänseende eftersom syftet med avregleringar oftast är att sänka prisnivån och öka utbudet. Om monopolisten tack vare den tillkommande konkurrensen sänker sina priser och andra aktörer inte kan svara med samma låga priser på grund av att monopolisten har mycket lägre kostnader skadas inte konkurrensen när konkurrenterna är mindre effektiva än monopolisten. Konkurrensen kan dock snedvridas om en monopolist skulle allokera kostnader fel mellan den förbehållna och den konkurrensutsatta sektorn. Allokeringsproblemen avser framförallt kostnader för gemensam infrastruktur, dvs. sådana tillgångar som används av både den förbehållna och den konkurrensutsatta verksamheten. Även om kostnader är rätt allokerade kan priset vara så lågt att intäkterna inte genererar kostnadstäckning. Förlusten som uppkommer täcks istället av vinster från den förbehållna sektorn. Genom att låta den förbehållna sektorn bära en

---

2 Jfr Fjell, K., Hagen K., Johansen, G.M., *Kryssubsidiering – operasjonaliserbar definisjon og samfunnsøkonomisk ønsklige tiltak*, SNF-Rapport nr. 19/00, 2000, s. 3–4. Jfr även Heald D. A., *Public Policy towards Cross Subsidy*, Annals of Public and Cooperative Economics, 68:4, 1997, s. 592–593.

3 Se Meddelande från Kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, EGT C 39, 6/2/1998, p. 3.1: ”Cross-subsidization means that an undertaking bears or allocates all or part of the costs of its activity in one geographical or product market to its activity in another geographical or product market.”.

oproportionerligt stor andel av kostnaderna skapas konstgjort låga priser som har potential att skada konkurrensen.

6.2 Olika former av korssubventionering

Korssubventionering är relativt vanlig i ett flertal branscher. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv är det av intresse vilka huvudtyper av korsvisa subventioner som förekommer, till att urskilja sådana subventioner som snedvrider konkurrensen. Heald[4] anser att korssubventionering kan grupperas i 3 huvudkategorier med olika undergrupper.

6.2.1 Subventionering inom reglerade sektorer

En korsvis subventionering kan för det första uppstå när varor eller tjänster säljs som grupperade eller som kombinationserbjudande inom vertikalt integrerade branscher, t.ex. elmarknaden, där ett och samma företag kan vara verksamt inom såväl kraftproduktion som distribution och försäljning till slutkonsument. Konkurrensvillkoren kan vara mycket olika i de skilda leden i distributionskedjan och Heald framhåller att det kan vara den vertikalt integrerade strukturen i sig som motverkar att konkurrens uppkommer i de led där konkurrens vore möjlig. Genom att använda vinster från en verksamhet, t.ex. kraftproduktion där konkurrensen är låg till att erbjuda förmånliga priser i ett efterföljande distributionsled kan korssubventionering få oönskade konkurrenseffekter.

För det andra förekommer ofta inom reglerade sektorer att det finns en prisreglering som garanterar konsumenterna ett maximalt pris. Mot bakgrund av att produktionskostnaderna är olika i olika geografiska områden kommer en korssubventionering att vara nödvändig – annars kan ett system med enhetliga priser inte tillämpas.

---

[4] Heald, D. A., *Cost Allocation and Cross Subsidies*, European Commission, Bryssel-Luxemburg, 1994, s. 28–33. Se även Heald, 1997, a.a. s. 597–600.

För det tredje går det även att påstå att prisdiskriminering kan vara en form av korssubventionering. Genom att ta ett högre pris från de konsumenter som har en högre marginell betalningsvilja än andra kunder går det både att öka volymen totalt sett, och att hålla lägre priser gentemot vissa konsumentgrupper, som enskilda inte skulle ha givit ett positivt resultat för företaget. Heald refererar dock till sådan prisdiskriminering som innebär att vissa konsumenter eller konsumentgrupper ”[…] are treated differently in economically unjustified ways”. Mot detta kan invändas att ett sådant agerande egentligen inte är korssubventionering, utan snarare ett otillbörligt utnyttjande av marknadsmakt som inte medför någon egentlig subventionering av priser gentemot vissa köpare utan snarare någon form av överprissättning gentemot vissa konsumenter/köpargrupper.

6.2.2 Subventionering mellan reglerade sektorer

Prismässiga kombinationserbjudanden kan göras för horisontellt integrerade och reglerade strukturer. Om t.ex. distributionen av el och gas skulle vara reglerad och utfördes av samma bolag så kan det uppstå diversifieringsfördelar för kraftbolaget inom exempelvis faktureringsrutiner. Om gasverksamheten går med förlust samtidigt som eldistributionen inbringar stora vinster subventioneras den olönsamma gasverksamheten. Att det överhuvudtaget finns en reglering som gör att två tjänster eller produkter levereras tillsammans kan ha sin grund i att den ena produkten är för dyr att tillhandahålla separat, men skyddas av t.ex. miljöskäl genom regleringen. Visserligen hindrar regleringen förekomsten av konkurrens mellan olika energislag, men den kan alltså vara uttryck för en medveten strategi från lagstiftaren att åstadkomma just detta. Denna typ av korssubventionering skiljer sig därför inte nämnvärt från den som redogjordes för i 6.2.1, mer än att subventioneringen sker mellan två reglerade områden.

6.2.3 Subventionering mellan konkurrensutsatta sektorer

Kommissionen hävdar att om ett dominerande företag opererar på konkurrensutsatta marknader kan korssubventionering mellan de olika marknaderna i sig inte betraktas som missbruk.[5] Kommissionen säger dock inte uttryckligen att korssubventionering mellan konkurrensutsatta verksamheter under vissa förutsättningar även kan betraktas som ett missbruk. Situationer kan förekomma där ett företag har ett de facto monopol på ett område med en omfattande infrastruktur knuten till verksamheten och sedan beslutar sig för att diversifiera till en ny verksamhet med hjälp av de befintliga tillgångarna såsom nätverk, lokaler, personal m.m. Huruvida den förbehållna verksamheten uppkommit genom reglering eller ekonomiska omständigheter torde vara irrelevant. Från ett konkurrensrättsliga perspektiv torde emellertid en verksamhet som är skyddad av exempelvis enbart höga investeringskostnader inte primärt kunna betraktas som en förbehållen sektor, från vilken subventioner otillbörligt kan hämtas.

6.2.4 Subventionering mellan reglerade och konkurrensutsatta sektorer

Kommissionen ser framförallt till situationen där ett dominerande företag tar vinster från en monopolverksamhet och subventionerar konkurrensutsatt verksamhet, något som i sig, enligt Kommissionen, är ett missbruk av dominerande ställning.[6]

Korssubventionering kan uppkomma när ett företag som åtnjuter ett legalt monopol på ett område använder vinster från den skyddade verksamheten till att erbjuda andra produkter som på olika sätt är anknutna

---

[5] Kommissionen framhåller att ”[…] cross-subsidisation between non-reserved activities is not in itself abusive”, men att ”[…] subsidising activities open to competition by allocating their costs to reserved services is likely to distort competition in breach of Article 86 [nu artikel 82 EG].” Se Meddelande från Kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, p. 3.2–3.3.

[6] Meddelande från Kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, p. 3.3.

till huvudverksamheten, men som är utsatta för konkurrens. Detta kan vara fallet när t.ex. ett kraftbolag gör kombinationserbjudanden för reglerad eller monopoliserad fjärrvärme och konkurrensutsatt elkraft. Fjärrvärme är ofta ett område med liten – om ens någon – konkurrens medan elkraft kännetecknas av högre konkurrensintensitet. I integrerade kraftverk (som producerar både fjärrvärme och elkraft) finns det goda förutsättningar att dra nytta av den gemensamma infrastrukturen. Om kraftbolaget dock drar otillbörlig nytta av situationen och låter t.ex. priset på el bli mycket förmånligt tack vare de intäkter som bolaget erhåller från fjärrvärmeproduktionen kan konkurrensen skadas.

Det är i sammanhanget viktigt att notera att det behöver inte enbart vara frågan om korssubventionering mellan en legalt reglerad verksamhet och en konkurrensutsatt verksamhet. Även om det inte finns några regleringar kännetecknas vissa branscher av att vara naturliga monopol. Om ett företag har ett *de facto* monopol på en marknad – till skillnad från ett *de jure* monopol – och är aktivt på en konkurrensutsatt marknad ger det därför samma effekter som om företaget hade haft en legalt förbehållen verksamhet. Det synes vara lämpligt att göra en avvägning mellan vad som skall anses vara en *förbehållen* och en *skyddad* verksamhet. Om verksamheten är förbehållen finns det vanligtvis inga kommersiella möjligheter att duplicera verksamheten. Kombinerade fjärrvärme- och elkraftverk torde vara ett gott exempel på en förbehållen verksamhet där det saknas möjligheter att sätta upp ett konkurrerande infrastruktur. Avregleringsmarknader kännetecknas ofta även liknande betingelser. I konkurrensrättsligt hänseende är det ett problem om förbehållna verksamheter subventionerar konkurrensutsatta verksamheter eftersom det i dessa fall inte finns några kommersiella möjligheter för andra aktörer att konkurrera på samma villkor. Skyddade verksamheter kan vara sådana verksamheter som under en längre period av konkurrens på marknaden har uppstått tack vare successiva investeringar. Sålunda kan det röra sig om verksamheter med inträdesbarriärer enbart i form av höga investeringskostnader eller skalekonomier. Konkurrensrättsligt torde dessa former av verksamheter inte primärt kunna betraktas som förbehållna och därmed otillåtna att subventionera från, efter-

som det vore att införa ett allmänt förbud mot att utnyttja skal- och diversifieringsfördelar. Se mer om detta i avsnitt 6.5 nedan.

Heald tar som exempel upp när OFTEL, den engelska motsvarigheten till Post- och Telestyrelsen, uttryckte oro över British Telecoms, BT, agerande när BT erbjöd specialpriser på telefoner tack vare subventioner från nätverksamheten.[7] Liknande farhågor har uttryckts i en rapport från svenska Energimyndigheten, fastän på andra områden.[8] Subventioneringar kan utformas på många olika sätt och rapporten tar upp några exempel:[9]

Om det finns beroenden mellan en förbehållen och en konkurrensutsatt sektor kan den förbehållna verksamheten åta sig att överkompensera den konkurrensutsatta verksamheten för utförda tjänster. Ett nätföretag kan t.ex. köpa varor eller tjänster från ett närstående elhandelsföretag till priser som avsevärt överstiger marknadspriset. Detta kan ta sig konkret uttryck däri att nätföretaget t.ex. lånar dyrt av elhandelsföretaget, eller köper distributionstjänster till överpriser.

Omvänt kan givetvis den konkurrensutsatta verksamheten subventioneras genom att den underkompenserar den förbehållna verksamheten för utnyttjade produkter eller tjänster. Ett elhandelsföretag kan exempelvis låna medel av ett nätföretag till en ränta som underskrider marknadsräntan.

Skulle verksamheten bedrivas i ett koncernförhållande finns det risk för att den konkurrensutsatta verksamheten kan sänka sina finansiella kostnader i högre grad än konkurrenterna. Detta kan ske genom att kon-

---

7 Se Heald, 1994, a.a. s. 29. Kommissionen har även givit uttryck för samma farhågor och betonat att ”[c]ross-subsidization can […] exist between monopoly provision and equipment manufacturing and sale. Cross-subsidization can be carried out through […] funding the operation of the activities in question with capital remunerated substantially below the market rate; [and] providing for those activities premises, equipment, experts and/or services with a remuneration substantially lower than the market price.”, Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 104.

8 Se Energimyndigheten: Fjärrvärmen på värmemarknaderna, Rapport över uppdraget att följa utvecklingen på fjärrvärmemarknaden, ER 19:2000, oktober 2000 (Fjärrvärmerapporten), s. 72.

9 Fjärrvärmerapporten, s. 72-73. Se även dåvarande nätmyndighetens vid NUTEK rapport, Korssubventioneringen på elmarknaden, 1997-10-01.

cernbidrag kan lämnas till elhandelsföretaget. Vidare kan även säkerheter ställas till förmån för det konkurrensutsatta bolaget, som därigenom kan få bättre villkor på lånemarknaden.

Ett speciellt problem rör förhållandet om den konkurrensutsatta verksamheten endast är formellt åtskild från en förbehållen sektor. Ett elhandelsföretag kan t.ex. vara ett s.k. brevlådeföretag utan egen personal och vara helt beroende av resurser från nätbolaget. För att konkurrensneutralitet skall råda måste allokering av kostnader eller internprissättningen vara baserad på marknadsmässiga överväganden. Skulle ersättningen för t.ex. utnyttjade av personal eller infrastruktur underskrida marknadspriser föreligger en form av korssubventionering.

Korssubventioner kan vara nödvändiga när ett företag åläggs genom lag eller annan förordning/reglering att erbjuda vissa kompletterande tjänster eller produkter som inte ligger inom företagets kärnområde. Teoretiskt skulle en sådan situation kunna uppstå om ett postföretag även åläggs att tillhandahålla t.ex. kassatjänster med nationell täckning.

Ett sista exempel på verksamheter som subventionerar mellan olika sektorer kan vara när en viss aktivitet är reglerad i en medlemsstat samtidigt som den är avreglerad i en annan medlemsstat och ett företag expanderar verksamheten till medlemsstaten där konkurrens råder. Det finns i sådana fall möjligheter för företaget att låta vinsterna från den i ett land reglerade verksamheten finansiera en inbrytning på en annan marknad, där samma verksamhet är avreglerad.

6.2.5 En inledande avgränsning

Vad gäller fallen med subventionering inom reglerade sektorer och mellan reglerade sektorer är främst fråga om hur prissättning bör utformas för att vara optimal ur effektivitetssynpunkt. Genom att marknaderna redan är reglerade, kanske med tillägg att aktören skall tillhanda en universell tjänst till enhetstaxa, förutsätts korssubventionering i någon mån, varför detta primärt inte blir ett konkurrensrättsligt problem. De fall som framförallt är intressanta att analysera är däremot dem där en konkurrensutsatt verksamhet finansieras med intäkter från en förbehållen sektor. Faran med korssubventionering inom sådana sektorer ligger

i att konsumenterna får en vrångbild av konkurrensen och förmås att köpa varor eller tjänster som kostar mer att producera. Genom att priser sätts under kostnaden lockas konsumenter bort av dessa imaginärt låga priser till nackdelar för tjänster/produkter som är mer korrekt prissatta i kostnadshänseende och som i verkligheten produceras mer effektivt.[10]

Innan en djupare analys kan göras av oönskade korssubventioneringar är det viktigt att utskilja vilka former av korssubventioneringar som typiskt sett inte har potential att skada konkurrensen.

6.3 Samhällsekonomiskt önskvärda korssubventioneringar

Enbart när korssubventioneringar leder till att konkurrensen snedvrids uppstår problem ur konkurrensrättsligt perspektiv. I många fall är korssubventionering en direkt förutsättning för att vissa verksamheter eller politiska målsättningar skall kunna vidmakthållas, eller också leder subventioneringarna till högre effektivitet och högre nytta för konsumenterna.

6.3.1 Korssubventioner inom nätverksindustrier

I 1 § PostL stadgas att det skall finnas en samhällsomfattande posttjänst och att ”[d]et skall finnas en posttjänst i hela landet som innebär att alla kan ta emot brev och andra adresserade försändelser som väger högst 20 kg.” Vidare krävs i samma bestämmelse att enstaka försändelser skall befordras till enhetliga priser. Postbranschen är ett gott exempel på en nätverksindustri, där korssubventionering blir en förutsättning för att uppfylla de lagstadgade servicekraven. Det är i allmänhet billigare att befordra brev till mottagare i tätbefolkade storstäder än till mottagare på den glesbefolkade landsbygden. Sedd isolerad medför utdelning av post på landsbygden därför ofta en förlust för operatören, medan den kan

[10] Se Abbamonte, G. B., *Cross-subsidisation and community competition rules: Efficient pricing versus equity*, European Law Review, 1998, 23(5), s. 415.

inbringa betydande vinster i storstadsregionerna, där utdelningskostnaderna både är lägre och kan fördelas mellan ett större antal kunder. Enhetstaxan innebär därför att storstadskunderna kommer att ”subventionera” utdelningen av post på landsbygden. Subventioneringen är i detta exempel ett resultat av ett politiskt beslut som syftar till att medborgarna skall ha samma möjlighet att skicka och ta emot brev oavsett bosättnings- eller verksamhetsort. Kommissionen framhåller att det kan vara nödvändigt att upprätthålla en sådan subventionering för att en postoperatör skall kunna fullgöra sin skyldighet att tillhandahålla en landsomfattande tjänst på lika villkor oavsett geografisk belägenhet. Ofta förutsätts just att en olönsam utdelning av post på den glesbefolkade landsbygden kan subventioneras med intäkter från den lönsamma utdelningen av post inom tätorterna.[11] Om inte korssubventioneringen skulle få tillämpas, skulle det vara omöjligt att ha ett landsomfattande postsystem, vilket i sin tur kanske är en förutsättning för att kunderna skall välja post som befordringssätt för försändelser.

Positiv korssubventionering av nu aktuellt slag finns även i närliggande branscher till postområdet. Ofta är det t.ex. en konkurrensfördel för kurirföretag att kunna erbjuda landsomfattande utdelning av expresspaket, där kostnaden för utdelning till de mest avlägsna orterna subventioneras av intäkter från orter nära flygplatser, låt vara att de ändock ofta använder zonpriser. Det är således fråga om en – från konsumentens synpunkt – nyttig korssubventionering som leder till ett ökat utbud, vilket i likhet med önskvärd prisdiskriminering inte direkt skall ses som ett missbruk utan som positivt för konkurrensen som helhet.

Inom telekomindustrin är förutsättningarna likartade som för postbranschen, där korssubventionering kan vara en direkt förutsättning för att bedriva verksamhet. Kommissionen säger bl.a. att

> ”Cross-subsidization does not lead to predatory pricing and does not restrict competition when it is the costs of reserved activities which are subsidized by the revenue generated by other reserved activities since there is no com-

[11] Se Meddelande från Kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, p. 3.2.

> petition possible as to these activities.[…] The same could be said of subsidizing the provision of reserved services through revenues generated by activities under competition.”[12]

Vinstmedel kas alltså tas ”internt” inom den förbehållna sektorn för att täcka förlustbringande verksamhet inom samma sektor, t.ex. genom att abonnenter på landsbygden kan nyttja tjänsterna till samma pris som abonnenter i städer trots att landsbygdsabonnenter är dyrare att betjäna. Vidare är korssubventionering acceptabel om vinstmedel tas från en konkurrensutsatt verksamhet till att subventionera verksamhet i en förbehållen eller reglerad sektor. Konkurrensen inom sektorer utanför den förbehållna kommer under sådana omständigheter inte att drabbas negativt. I det första fallet har subventioneringen ingen inverkan alls på konkurrensen; det kan till och med bli så att om den förbehållna sektorn i större grad nyttjar gemensam infrastruktur för förbehållna aktiviteter expansionsmöjligheterna för den konkurrensutsatta verksamheten begränsas, vilket ökar kostnaderna, något som i sin tur gör konkurrenterna mer jämställda. I det andra fallet är det närmast positivt för konkurrenterna som inte behöver bära kostnader för en förbehållen verksamhet. Kommissionen framhåller därför att korssubventioner av detta slag kan vara positiva och nödvändiga.

> ”This form of subsidization is even necessary, as it enables the TOs holders of exclusive rights to perform their obligation to provide a public service universally and on the same conditions to everybody. For instance, telephone provision in unprofitable rural areas is subsidized through revenues from telephone provision in profitable urban areas or long-distance calls.”[13]

Korssubventionering i nätverksindustrier kan även vara en förutsättning för att tillräckligt många användare skall välja att nyttja tjänsten så att därmed höga initiala investeringar kan täckas. Det är viktigt att komma

---

[12] Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 103.

[13] Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, a. st.

upp i en kritisk försäljningsvolym, dvs. att sälja så många abonnemang att intäkterna går jämnt med kostnader. Beslutet för konsumenten att teckna ett abonnemang bestäms till inte obetydlig del av möjligheten att kunna nyttja tjänsten även utanför storstadsregionerna. Nyttjandet av nätverksinfrastrukturen kommer att vara större i storstadsregionerna än sådan infrastruktur som betjänar t.ex. riksvägar i glesbygden. Tillhandahållandet av en basstation i glesbygden kan i många fall förutsätta att detta subventioneras från mer lönsamma basstationer på andra ställen i nätverket, medan nätverket som helhet är beroende av en hög täckningsgrad. Utbyggnad av ett nätverk förutsätter därför att det förekommer någon form av korssubventioner, vilket i vissa branscher alltså är en direkt förutsättning för att utbudet skall bli så stort att priserna hamnar på en – från konsumenternas sida sedd – attraktiv nivå.

6.3.2 Specialområden med tillåten korssubventionering

Vissa speciella typer av försändelser eller tjänster kan, enligt Kommissionen, även förtjäna att undantas från förbudet mot korssubventionering, genom att de omfattas av artikel 86.2 (tidigare artikel 90.2) i EG-fördraget. Verksamheter som berörs av detta är således företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Mer konkret kan det inom postverksamheten röra sig om t.ex. kulturförsändelser, vilka Världspostföreningen kallar intellektuella verk såsom tidningar, böcker och regelbundet utkommande tryck och tidskrifter.

Undantaget gäller även för sådana särskilda tjänster som är avsedda för personer som är missgynnade i socialt, medicinskt eller ekonomiskt hänseende. Det kan även bli aktuellt för Kommissionen att särskilt meddela andra undantag. Kommissionen understryker dock att subventioneringen inte får tillämpas på ett diskriminerande sätt.

6.3.3 Korssubventionering under uppbyggnadsfaser

Korssubventionering behöver inte bara uppkomma genom att samma verksamhet utförs med olika nyttjandegrad. Det kan även vara frågan om tilläggstjänster som i sig är olönsamma, men som tack vare subven-

tionen kan öka utbudet för kunderna/konsumenterna totalt sett. Om ett rederi har en skeppningsrutt mellan Europa och södra Afrika, t.ex. mellan Antwerpen och Kapstaden eller Port Elisabeth kan det samtidigt vara intressant att komplettera rutten med matartrafik till grannländer, t.ex. Namibia. Från början är kanske godsmängden mellan Walvis Bay och Europa inte tillräcklig för att motivera en egen rutt eller också måste gods samlas ihop under en längre period för att fylla ett fartyg, varvid väntetiden blir oekonomiskt lång. Under sådana förhållanden kan det vara ekonomiskt intressant att sätta in ett mindre matarfartyg mellan Walvis Bay och t.ex. Kapstaden. Inledningsvis kan godsmängden vara så liten att inget bolag kan få täckning för kostnaderna för den aktuella rutten. Matartrafiken må därför vara olönsam i sig men om rutten subventioneras under uppbyggnadsperioden kan godsmängden totalt sett öka mellan Europa och Södra Afrika. Priserna kan därmed hållas på en låg nivå samtidigt som destinationer som normalt inte skulle ha större trafik får tätare transporter i och med subventioneringen. När matartrafiken har underhållits under en tid kanske godsmängden blir allt större och direktfartyg kan sättas in på den tidigare mindre destinationen, vilket kan vara utvecklande för hela regionen. Subventionering av olönsamma tilläggstjänster kan därför i vissa fall även vara motiverad såväl från företagets perspektiv som för konkurrensen som helhet.

I sammanhanget bör det framhållas att korssubventionering inte får medföra att fartygstrafiken ger upphov någon otillåten selektiv prissättning i likhet med *fighting ships*, som behandlas i avsnitt 14.1.2 nedan.

6.3.4 Effektivitetsrelaterade korssubventioneringar

En annan form av korssubventionering hänger ihop med skalfördelar och diversifieringsfördelar (*economies of scale and economies of scope*). Ett större företag kan ha erhållit en stark position på en marknad som krävt mycket stora initiala investeringar och där uppbyggnaden av en omfattande infrastruktur kan ha medfört överkapacitet. Om infrastrukturens utformning dessutom medger att överkapaciteten kan användas för att erbjuda nya tjänster eller produkter finns det möjlighet att utan några större investeringar erbjuda mycket låga priser. Det kan

även vara så att ett större företag åtnjuter ett legalt eller *de facto* monopol på ett område, där företaget erhåller monopolvinster, samtidigt som det ser möjligheter att expandera verksamheten till konkurrensutsatta områden med hjälp av infrastrukturen för monopolverksamheten. Ett exempel kan vara när en postoperatör expanderar verksamheten till ett konkurrensutsatt område som expressbefordran av b2b-paket[14] samtidigt som operatören erbjuder mycket låga priser för tjänsten i fråga genom att nyttja den tidigare infrastrukturen för monopolverksamheten. De låga priserna kan vara ett resultat av att de verkliga kostnaderna blir avsevärt lägre genom ett bättre resursutnyttjande, vilket i sådana fall kommer konsumenterna till godo.

De låga priserna behöver dock inte enbart vara ett resultat av ett bättre resursutnyttjande. Om priserna sätts lägre än kostnaderna måste förlusterna täckas med intäkter från andra områden. I sådana fall kan korssubventionering bli ett problem ur konkurrensrättslig synvinkel, genom att det inte längre är fråga om att bättre ta tillvara resurser och bredda utbudet till förmån för kunder och konsumenter utan om att sätta så låga priser att konkurrenter slås ut. Korssubventioneringen blir därmed ett verktyg antingen såsom en finansieringskälla till ren underprissättning eller till annan omotiverad selektiv eller diskriminerande prissättning.

6.3.5 Sammanfattning

I detta avsnitt har redogjorts för vissa typer av korssubventioneringar, där bevekelsegrunderna för deras existens är att tillskapa en högre nytta för konsumenten. Avsnittet visar att påståenden om otillåten korssubventionering inte kan accepteras direkt utan att en analys av förutsättningarna för subventionerna görs. Dessa former av subventionering kommer inte att behandlas ytterligare. Med korssubventionering menas hädanefter sådana subventioneringar som har potential att snedvrida konkurrensen.

[14] ”Business-to-business” torde på svenska närmast sägas motsvara Postens företagspaket.

6.4 Korssubventionering och underprissättning

Korssubventionering har mycket gemensamt med underprissättning eftersom frågan i båda fall rör prissättning under kostnader, som på något sätt snedvrider konkurrensen eller tränger ut andra aktörer från marknaden. Företeelserna kan sägas vara variationer på samma tema. Korssubventionering skiljer sig dock något från traditionell underprissättning eftersom fokus ligger på andra kostnadsmått, tidsmässiga skillnader samt problematiken kring allokering av samkostnader. I grunden behandlar både underprissättning och korssubventionering dock samma fenomen, nämligen prissättning utan kostnadstäckning som har potential att tränga ut konkurrenter och snedvrida konkurrensen. Korssubventionering är dock något mer komplicerat än ett rakt ”rovbeteende” när det även kan beröra frågor om statsstöd, men framförallt de speciella förhållanden som rör nyligen avreglerade marknader.[15]

En annan skillnad mellan korssubventionering och underprissättning är att korssubventionering alltid omfattar två verksamheter – en som tar emot subventioner och en annan som finansierar förlusterna. Vid underprissättning kan det däremot vara frågan om en enda produkt. Vid bedömning av underprissättning fästs i hittillsvarande praxis inget avseende vid huruvida det finns en finansieringskälla till den förlustbringande verksamheten, dvs. det bortses från frågan om möjlighet till återhämtning eller *recoupment*.

Det finns även tidsmässiga skillnader såtillvida som en underprissättning oftast genomförs med förespegling om en senare återhämtning av förlusterna. I fråga om korssubventionering sker dock återhämtningen simultant med förlustverksamheten.

[15] Office of Fair Trading framhåller att korssubventionering inte nödvändigtvis behöver vara ett direkt rovbeteende: ”In general, the assessment of cross-subsidy is similar to the assessment of predatory pricing and will follow the principles described above. However, cross-subsidy (or any subsidy, however it is financed) may significantly affect competition without necessarily being predatory”. OFT 414, p. 4.26.

6.5 Korssubventionering som ett reellt problem

Konkurrensverket har lyft fram problematiken med korssubventionering inom regelreformerade branscher[16] och konstaterat att det ibland har uppstått negativa effekter från konsumentsynpunkt.[17] Det är, enligt KKV, bl.a. inom nätverksbranscherna som problemen med korssubventioneringar kan uppstå, dvs. energimarknaderna inom el och fjärrvärme, transportbranschen (inrikesflyg, järnvägstrafik), telebranschen och postområdet. Inom områdena har ofta de större aktörerna ett monopol eller åtminstone en sådan dominerande ställning att de har möjlighet att subventionera konkurrensutsatta områden, vilket enligt KKV kan medföra en ineffektiv resursanvändning.[18]

Inte bara inom nätverksindustrier och gamla monopol riskerar korssubventionering att förekomma. Praktiskt taget inom alla områden med affärsverksamhet där det finns en i konkurrenslagens mening dominerande aktör med tillgång till skyddad finansiering från någon form av förbehållen verksamhet kan, potentiellt sett, korssubventionering förekomma. KKV lyfter även fram företagshälsovården och vuxentandvården som ett exempel där omregleringar har medfört att dessa tjänster omvandlats till konkurrensmarknader. I rapporten *Vårda & Skapa Konkurrens* nämns att de största aktörerna på marknaden, de olika Landstingen, bedriver vuxentandvården integrerad med barn- och ungdomstandvården, som är skattefinansierad. Om budgetmedel skulle användas för att subventionera en i realiteten förlustbringande vuxentandvård skulle inte konkurrensen med många mindre privata tandläkare ske på samma villkor.[19] Finansieringen behöver alltså inte komma från någon annan affärsverksamhet utan kan alltså även hämtas från skattemedel om det är fråga om ett statligt eller kommunalt bedriven verksamhet.

---

[16] Branscher kan vara helt avreglerade med fri konkurrens, dock med tillståndskrav för verksamhet, eller också kan endast vissa delar av branschen ha öppnats för konkurrens. Härav benämningen regelreformerade och inte avreglerade branscher.

[17] Konkurrensverket, *Vårda och skapa konkurrens Vad krävs för ökad konsumentnytta?*, Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, Stockholm 2002, s. 79.

[18] KKV rapport 2002:2, a. st.

[19] Jfr KKV rapport 2002:2, s. 79–80.

6. Korssubventionering

Den konkurrensrättsliga problematiken med korssubventionering är alltså beroende av förekomsten av en förbehållen verksamhet. Det är dock svårt att finna en exakt definition av begreppet förbehållen verksamhet. Linden hävdar att en detta kan vara en verksamhet som är skyddad från konkurrens som ett resultat av direkt eller indirekt offentlig reglering. Härmed skulle det kunna avses ett legalt monopol eller nödvändiga faciliteter (*essential facilities*) genom att de senare inte kan återskapas på grund av tekniska eller miljömässiga skäl som definieras i lag. Det kan även röra sig om företag som enligt artikel 86 (2) EG anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol. Om den förbehållna verksamheten har uppkommit enbart som ett resultat av kommersiella faktorer, t.ex. alltför höga investeringskostnader utan statsstöd, anser Linden att verksamheten inte kan betraktas som förbehållen.[20]

Effekterna av korssubventionering förefaller vara uppenbara när ett dominerande företag täcker kostnader med vinster från monopolverksamheter. Kommissionen framhåller att detta kan hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom det område där konkurrens råder och att alltför låga priser kan påverka intäkter och vinster, vilket i sin tur påverkar efterfrågan.[21]

---

[20] Se Linden, O., *Application of the EC competition rules in a liberalized electricity market*, i Konkurrens på reglerade marknader – hur långt kan konkurrenslagen tillämpas?, Juridiska Fakulteten vid Stockholms Universitet, skriftserien nr. 59, 1999, s. 191–192. Även Bergman anser att olaglig korssubventionering inte bör tillämpas mekaniskt på alla industrier, där det finns ett monopol. Inom vissa avgränsade marknader skulle tester för korssubventioneringen snarare skada än underlätta för konkurrens. Se Bergman, M. A., *A prohibition aginst losses? The Commission's Deutsche Post decision*, ECLR, 2001, s. 354. Det skulle med utgångspunkt från Bergmans resonemang kunna röra sig om omotiverade ingripanden exempelvis gentemot korssubventionering i endera riktningen mellan nybilsförsäljning och patentskyddade reservdelar (en slags monopolmarknad).

[21] Se Meddelande från Kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, p. 3.4.

6.5 Korssubventionering som ett reellt problem

En rapport från OECD har visat att korssubventionering upplevs som ett stort problem.[22] Bland de branscher där korssubventionering bedöms lättast kunna inträffa finns postbranschen.

> ”Concerns often arise surrounding the potential anti-competitive behaviour in the competitive segments of the postal sector by incumbent postal operators which benefit from exclusive privileges. These concerns particularly related to anticompetitive cross-subsidisation or predatory pricing. Since there are few sunk costs, barriers to entry in postal services are not unduly high, limiting the likelihood of predatory pricing by profit-maximising firms. However, where incentives for profit-maximisation are limited or restricted (as in the case of regulated or state-owned firms), cross-subsidisation might be within the interests of the incumbent.”[23]

Etablering inom postbranschen kräver inga enorma initiala investeringar. Däremot är sannolikheten mycket låg, för att inte säga obefintlig, för att någon aktör skulle omedelbart bli ett fullvärdigt alternativ till ett tidigare postmonopol. Varje aktör som etablerar sig kommer därför att konfronteras med problemet att den dominerande aktören har möjlighet att omfördela resurser från den förbehållna sektorn till den konkurrensutsatta.

Heald framhåller att korssubventionering måste regleras av två huvudsakliga skäl.[24] För det första anser han att närvaron av sådana subventioner inom ett företag kommer att motverka integreringen av medlemsstaterna. Speciellt allvarligt skulle det vara om företag som opererar på en monopolmarknad tillåts använda vinstmedel till att finansiera verksamhet inom konkurrensutsatta sektorer.

För att kunna bedöma huruvida ett företag är effektivt är det för det andra inte tillräckligt att kräva kostnadstransperens, dvs. att reglerade företag måste visa vilka kostnader som företagen verkligen har. Om

---

[22] OECD, *Promoting Competition in Postal Services*, DAFFE/CLP(99)22, Competition Policy report from roundtable on promoting competition in postal services, working party No. 2 of Committee on Competition Law and Policy, February 1999, s. 10.

[23] OECD Postal report 1999, a. st.

[24] Heald, 1994, a.a. s. 49 ff.

företaget hade möjlighet att gömma kostnader funnes även en risk för monopolprissättning med välfärdsförluster som resultat. Enbart ett krav på transperens räcker enligt Heald dock inte – det måste även visas hur prissättningen görs i förhållande till givna kostnader. Av denna anledning krävs att konkurrensrätten verkligen fokuserar problemet och dessutom får verktyg att analysera och hantera detta.

6.6 Objektiva orsaker till korssubventionering

Vad ligger bakom skadlig korssubventionering? Inledningsvis måste ekonomiska förutsättningar finnas för att en skadlig korssubventionering skall kunna uppkomma. Först när förutsättningarna finns blir det aktuellt att analysera huruvida dessa missbrukas av ett dominerande företag.

I allmänhet hänger korssubventionering ihop med felallokerade samkostnader och/eller makt över marknaden samtidigt som det föreligger en förlustbringande verksamhet.[25]

6.6.1 Gemensamma kostnader eller gemensam infrastruktur

Det är vanligt att korssubventionering uppkommer till följd av det finns gemensamma kostnader, dvs. kostnader som är gemensamma för två eller flera skilda produkt-/tjänste-/verksamhetsområden. När flera verksamheter delar resurser finns det en risk att någon av verksamheterna få bära oproportionerligt stor andel de gemensamma kostnaderna.

I praktiken uppkommer därför oftast problematiken kring skadlig korssubventionering där ett företag verkar både inom en förbehållen sektor och en konkurrensutsatt sektor, där verksamheterna nyttjar en gemensam infrastruktur.

[25] Se Heald, 1997, a.a. s. 592.

6.6.2 Makt över marknaden

Korssubventionering kan inte uppkomma om inte företaget förfogar över någon form av makt över marknaden, från vilken finansiering hämtas. Det dominerande företaget kan även ha makt över marknaden där prissättningen genomförs. Dominerande ställning är det eventuellt inte ett tillräckligt villkor för att korssubventionering skall kunna uppstå. Perfekt konkurrens har i ekonomisk teori varit den traditionella måttstocken för huruvida en marknad är effektiv eller inte. Teorin om ”*contestable markets*”[26], innebär bl.a. att företag i kraft av inträdesbarriärer, t.ex. i form av ”*sunk costs*”, kan hindra att effektiv konkurrens kommer till stånd. Om det inte fanns några inträdesbarriärer skulle nya aktörer alltid utgöra ett hot mot de etablerade företagen – oavsett storlek – och korssubventionering skulle inte kunna komma till stånd. Skulle vissa verksamheter å andra sidan skyddas bakom inträdesbarriärer av olika slag finns dock möjligheten att låta förbehållna verksamheter subventionera konkurrensutsatta verksamheter. Även vid avsaknad av inträdesbarriärer på en förbehållen marknad kan givetvis ett dominerande företag låta en konkurrensutsatt verksamhet ta emot korsvisa subventioner från övriga verksamheter, men den förbehållna marknaden

---

[26] Teorin om *contestable markets* eller ”konkurrensmarknader” skiljer sig relativt markant från den traditionella teorin om perfekt konkurrens. Den senare teorin förutsätter att det finns ett stort antal aktörer på marknaden som var och en inte har möjlighet att påverka marknadspriset. Teorin om *contestable markets* utgår istället från möjligheterna till potentiellt inträde på marknaden. En perfekt *contestable market* existerar om det inte finns några kostnader knutna till att träda in på marknaden eller lämna den, dvs. om det saknas inträdes- eller utträdesbarriärer. I situationen med ett monopol kommer aktörer att söka sig till marknaden om det finns förutsättningar för och är lönsamt att erbjuda ett lägre pris än monopolisten. Skulle monopolisten sänka priset kan aktören lämna marknaden utan några kostnader. Risken att bli utsatt för ett priskrig skulle därmed inte utgöra ett hot mot konkurrenter. Den stora skillnaden mellan perfekt konkurrens och *contestable markets* är att det inte behöver finnas ett stort antal aktörer på en *contestable market* för att den skall betraktas som effektiv. Istället är det tillräckligt om det finns möjligheter för konkurrenter att obehindrat ta sig in på respektive ut från marknaden. Marknaden kan därför bestå av endast ett eller ett fåtal företag och fortfarande vara effektiv. Möjligheten till potentiell konkurrens gör att marknaden blir effektiv oavsett antalet företag. Se Baumol W. J., Panzar J. C., Willig, R. D., *Contestable Markets And the Theory of Industry Structure*, San Diego, 1988, framförallt förordet av Elizabeth E. Bailey.

skulle inte på sikt kunna kvarstå som finansieringskälla eftersom konkurrensen gör att verksamheten inte kan bära kostnader från andra sektorer. Följaktligen kan en korssubventionering uppkomma på kort sikt även om det inte finns några inträdesbarriärer, men på lite sikt så eroderas förutsättningarna för en sådan verksamhet och det dominerande företaget tvingas överge en sådan prispolicy. Korssubventionering på kort sikt i en bransch med låga inträdesbarriärer har därför små möjligheter att allvarligt skada konkurrensen. Det är i anledning av detta som det torde krävas något mer än bara dominans – nämligen någon form av inträdesbarriärer som skyddar det dominerande företaget så att prissättningen kan vidmakthållas under längre tidsperiod. Det kan visserligen hävdas att detta redan ligger i definitionen av en dominerande ställning, dvs. förmågan hos ett stort företag att kunna agera oberoende av konkurrenter, kunder och slutligen slutkonsumenter. Definitionen kan dock vara statisk såtillvida som den beskriver en situation här och nu, medan korssubventionering förutsätter att en sådan maktställning består över en längre tid, vilket således kräver någon form av inträdesbarriärer. Det torde därför vara nödvändigt att även beakta en tidsmässig dimension.

En monopolställning på en förbehållen marknad kan ha tillkommit av olika orsaker. Nationella regleringar kan ha givit ett företag privilegier inom ett område, eller också medför utbuds och efterfrågefunktionerna att utrymmet för flera aktörer på marknaden är begränsat. Naturliga monopol – dvs. sådana monopol där de objektiva förutsättningarna för att bedriva verksamhet endast ger utrymme för en aktör – är ett bra exempel på verksamheter som uppfyller båda maktkriterierna: dominans och höga inträdesbarriärer. Vid legala monopol ligger ofta fokus på hanteringen av samkostnader medan vid faktiska monopol korssubventionering kan vara påverkad av hela förhållandet mellan kostnader och priser i allmänhet, dvs. även efterfrågefaktorer.[27]

[27] Jfr Hancher, L., Buendia Sierra, J-L., *Cross-subsidization and EC Law*, Common Market Law Review 35, 1998, s. 904.

6.6.3 Förlustbringande verksamhet

Det räcker inte med att kostnader har allokerats fel. Korssubventionering förutsätter att den orimliga allokeringen även måste avspegla sig i ett orimligt lågt pris för några varor/tjänster eller verksamhetsområde(n). Bedömningen är snarlik den i fallet med rovprissättning med skillnaden att priset/intäkterna kan ha full kostnadstäckning i beroende av företagets allokering. Problemet med korssubventionering är därför att priset/intäkterna inte har kostnadstäckning vid en korrekt allokering av kostnader. Den verksamhet som bär för stor andel av samkostnaderna subventionerar därför en eller flera andra verksamheter, som därmed kan prissättas orimligt lågt. Om ett dominerande företag sätter ett pris som ger kostnadstäckning även med en korrekt kostnadsallokering så föreligger ingen korssubventionering, enbart en felaktig allokering av kostnader som i subventioneringshänseende inte får några negativa konkurrensmässiga konsekvenser.

Kostnader kan givetvis även ha allokerats korrekt samtidigt som varu-/tjänsteområdet prissätts under sina kostnader. Detta skulle kunna betraktas som en öppen korssubventionering.

6.7 Allmänna åtgärder för att stävja korssubventionering

Att korssubventionering är ett problem i konkurrenshänseende förefaller vara relativt okontroversiellt. Åsikterna om hur korssubventionering skall kontrolleras och elimineras går däremot isär. Förstainstansrätten framhöll i fallet *FFSA* svårigheterna i att med säkerhet fastställa huruvida korssubventionering verkligen föreligger i de fall när det saknas en redovisning som skiljer på intäkter och kostnader från en förbehållen och konkurrensutsatt sektor.[28] Den vanligaste lösningen för att undvika korssubventionering är att lagstiftaren kräver någon form av separering

[28] Förstainstansrättens avgörande i T-605/97, *FFSA*, p. 179–187. Se även Griffiths, M., *Failing to install effective competition in postal services – the limited impact of E.C. law*, ECLR, 2000, s. 406.

av verksamheterna, antingen genom att det upprättas separat bokföring för konkurrensutsatt sektor och den förbehållna sektorn med hög kostnadstransparens, eller också krävs en fullständig separering genom att den konkurrensutsatta verksamheten läggs i ett separat bolag.[29] Syftet är att åtminstone skapa en ekonomisk öppenhet och insyn i bolagens prissättningsmetoder.

Kommissionen har i ett flertal fall som rör företagskoncentrationer sökt förebygga uppkomsten av korssubventioneringar. Det är inte ovanligt att Kommissionen ställer som villkor för att en företagskoncentration skall beviljas att företagen accepterar olika åtaganden – s.k. *undertakings* – så att korssubventionering undviks.[30] För att det skall vara

---

[29] Kommissionen utfärdade riktlinjer för telekomindustrin under 1991, där det särskilt framhålls att "[t]ransparency in the TOs' accounting should enable the Commission to ascertain whether there is cross-subsidization in the cases in which this question arises. […]. This transparency can be provided by an accounting system which ensures the fully proportionate distribution of all costs between reserved and non-reserved activities. Proper allocation of costs is more easily ensured in cases of structural separation, i.e. creating distinct entities for running each of these two categories of activities. An appropriate accounting system approach should permit the identification and allocation of all costs between the activities which they support.", se Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 106. I Sverige förskrivs t.ex. i ellagen (1997:857) 3 kap 1 § att en juridisk person som bedriver nätverksamhet inte får bedriva produktion av eller handel med el. Dessutom krävs enligt 3 kap 2 § att nätverksamhet måste ekonomiskt redovisas åtskild från annan verksamhet. Det har under 2001 även lagts fram förslag om skärpning av bestämmelserna. Elnätsutredningen har i sitt delbetänkande Elnätsföretag – regler och tillsyn (SOU 2000:90) förslagit att en majoritet av styrelseledamöterna i ett nätföretag inte samtidigt skulle kunna innha styrelseposter i elproduktions- eller elhandelsföretag. Regeringen har i sin proposition Energimarknader i utveckling – bättre regler och tillsyn (prop. 2001/02:56) föreslagit ändring i enlighet med detta. Enligt regeringen var syftet med ändringarna att "tydliggöra gränsdragningen mellan elnätsverksamheten och elhandels- och elproduktionsverksamheten och minska risken och incitamenten för oönskad subventionering från elnätsföretagen till elhandels- eller elproduktionsföretagen, s.k. korssubventionering." (propositionen, sid 55). Förslaget avvisades emellertid av riksdagens näringsutskott (2001/02:NU09), som ansåg att förslaget var behäftat med problem och som krävde ytterligare beredning och utredning, bl.a. avseende kongruens mellan regelverken som berör el och fjärrvärme. Kammaren biföll Näringsutskottets förslag och gav Regeringen i uppdrag att utreda frågan vidare. Se Rskr 2001/02:180.

[30] Se t.ex. mål nr. IV/M.843 – *PTT Post / TNT / GD Express Worldwide*, EGT C 19, 1996, mål nr. IV/M.1168 – *DHL / Deutsche Post*, EGT C 307, 1998 och mål nr. IV/M.877 – *Boeing / McDonnell Douglas*, EGT L 336, 1997. Se även mål nr. *COMP/M.2220 – General Electric / Honey-*

möjligt att övervaka garantier från företag att inte tillämpa korssubventionering krävs i de flesta fall att det finns en särredovisning av verksamheterna. Saknas en sådan redovisning och det blir svårt att fastställa huruvida en korssubventionering föreligger finns det risk för att Kommissionen kan dra tillbaka ett individuellt undantag eller ett icke-ingripandebesked enligt artikel 81 (3) EG.[31]

Ibland räcker det dock inte med särredovisning utan det kan krävas en juridisk separation av verksamheterna. Kommissionen har inte formellt mandat att bryta upp en existerande företagsstruktur, såvida det inte gäller en koncentration som godkänts med villkor och villkoren inte uppfylls eller parterna har lämnat oriktiga uppgifter.[32] Ibland kan dock

---

well, 2001-07-03, där Kommissionen inte godkände koncentrationen mot bakgrund av att risken för korssubventionering ansågs vara överhängande om koncentrationen skulle tillåtas.

[31] Kommissionen anför att "[…] a guarantee of no cross-subsidization is one of the conditions required by the Commission for exemption under Article [81 (3)]. In order to monitor properly compliance with that guarantee, the Commission now envisages requesting the parties to ensure an appropriate accounting system as described above, the accounts being regularly submitted to the Commission. Where the accounting method is chosen, the Commission will reserve the possibility of submitting the accounts to independent audit, especially if any doubt arises as to the capability of the system to ensure the necessary transparency or to detect any cross-subsidization. If the guarantee cannot be properly monitored, the Commission may withdraw the exemption." Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p 107. I ärendet *Unisource* beviljades individuellt undantag under förutsättning att parterna vidtog åtgärder till förhindrande av korssubventionering innefattande bl.a. regler om korrekt fördelning av kostnader mellan förbehållna och konkurrensutsatta verksamheter, Kommissionens beslut 97/780/EG, *Unisource*. EGT L 318, 1997.

[32] I praktiken har dock förekommit indirekta krav på separering av verksamheter genom frivilliga uppgörelser i vilka företagen åtar sig att separera verksamheter i utbyte mot en nedsättning av böter. Se exempelvis Kommissionens beslut i *Deutsche Post I*, där Kommissionen ansåg att förhållandet att DPAG åtagit sig att återställa fullständig öppenhet och insyn i ekonomiska förbindelser mellan ett reglerat område och ett konkurrensutsatt område – vilket skulle åstadkommas genom bildandet av ett separat bolag – talade emot att företaget skulle åläggas böter. Se Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 47. Enligt Rådets tillämpningsförordning 1/2003 för artiklarna 81 och 82 EG, som börjar tillämpas 1 maj 2004, stadgas i artikel 7 att Kommissionen skall få rätt att förutom beteendemässiga åtgärder även införa strukturella åtgärder (*structural remedies*) som syftar till att bringa överträdelser till upphörande. Huruvida detta i praktiken kommer att innebära att Kommissionen kommer att kunna ålägga företag att enbart separera verksamheter eller om det går så långt att stadgandet även ger möjligheter till åläggande om särskiljning med tillhörande *avyttring* av verksamheter återstår att se. Det senare ligger närmare den amerikanska antitrustlagstiftningens *structural remedies*, som i vissa fall har

en verklig separation – med bibehållen ägargemenskap – vara enda sättet att komma runt presumtionen om missbruk.[33]

Ett grundkrav för alla företag med dominerande ställning torde vara att det finns en god redovisning, där de olika verksamhetsgrenarna redovisas separat, såväl vad gäller intäkter och kostnader som eventuella interntransaktioner.[34]

Generellt sett finns det flera sätt att komma tillrätta med korssubventionering:

- Det säkraste sättet torde vara att eliminera förutsättningarna för korssubventionering genom att tillskapa en struktur där marknaden själv garanterar att korssubventionering inte kan uppkomma. För att en sådan ordning skall gälla måste verksamheterna vara helt åtskilda, såväl juridiskt som ägarmässigt. Så snart det finns en ägargemenskap mellan verksamheterna finns även incitament till att subventionera förlustbringande verksamheter.
- Ett annat sätt att fullständigt eliminera korssubventionering till en konkurrensutsatt sektor är att förbjuda monopolisten att överhuvudtaget verka inom den, eller – mer positivt bestämt – att påbjuda vilka verksamheter som företag får ägna sig åt. Banverket ägnar sig inte åt

---

innefattat *divestiture*, dvs. att företaget åläggs att sälja av tillgångar/verksamheter. Mot bakgrund av att strukturella åtgärder ses som en sista utväg och att hänsyn måste tas till att åtgärden skall vara i proportion till risken för att överträdelsen fortsätter eller upprepas torde avyttring vara ett extremfall som praktiskt sett sällan kommer att användas.

[33] Se t.ex. Kommissionens pressrelease IP/01/419 av den 20 mars 2001, av vilken framgår att DPAG åtagit sig att flytta en konkurrensutsatt verksamhet till ett separat bolag.

[34] Enligt Kommissionen finns det inte några generella krav på särredovisning, men om en sådan saknas och omständigheterna i övrigt indikerar ett missbruk ligger bevisbördan på det dominerande företaget att styrka att prissättningen inte snedvrider konkurrensen: ”[…] if in a specific case there are substantial elements converging in indicating the existence of an abusive cross-subsidization and/or predatory pricing, the Commission could establish a presumption of such cross-subsidization and predatory pricing. An appropriate separate accounting system could be important in order to counter this presumption.”, Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 108. Kommissionen har även för telekomindustrin utfärdat rekommendationer för särredovisning och kostnadsredovisning i enlighet med Direktiv 97/33/EG. Se 98/322/EG, Kommissionens rekommendation av den 8 april 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad (Del 2 – särredovisning och kostnadsredovisning), EGT L 141, 1998.

järnvägstrafik i direkt konkurrens med SJ och andra lokala tågbolag, Luftfartsverket bedriver inte flygtrafikverksamhet i konkurrens med flygbolagen osv.

- Om det dominerande företaget skall vara verksamt inom den konkurrensutsatta verksamheten går det även att eliminera källan till finansiering för korssubventionering. Lättast kan det ske genom att ett pristak införs för den förbehållna verksamheten. Om inte företaget har möjlighet att finansiera korssubventionering är även sannolikheten större att priserna sätts så högt att intäkterna från de konkurrensutsatta verksamheterna blir så höga att de åtminstone täcker sina egna kostnader.
- Ett något mindre effektivt sätt är att ställa krav på separering av verksamheterna i olika bolag. Motivet bakom detta är ofta att komma ifrån problematiken med internredovisning och öka kostnadstransparensen genom att verksamhetsseparering för med sig att såväl bokförings- och skattemässiga regler om extern redovisning blir tillämpliga.
- Om verksamheterna skall behållas inom samma bolag är det vanligt med krav på separata konton i internredovisning mellan verksamheterna. Syftet härmed är att det skall kunna gå att i efterhand kontrollera kostnader respektive intäkter för verksamheten i fråga.
- En variant på kravet att separera konton är att även ställa krav på bolaget att specifikt redovisa vilka verksamheter som subventioneras. Eventuellt kan lagstiftaren i detta sammanhang även bestämma ett visst utrymme som bolagen kan använda till viss korssubventionering.

6.7.1 Utvärdering av åtgärdsalternativen

Tillskapandet av en marknadsstruktur där konkurrenstrycket gör att företag inte har möjlighet att tillämpa korssubventioneringar är naturligtvis det bästa sättet att försäkra sig om att problemet aldrig uppkommer. Att göra en ägarmässig separation av bolagen är en politisk fråga som i dagsläget endast kan bli aktuellt för statliga eller kommunala bolag. I praktiken torde det endast vara möjligt att åstadkomma i sam-

band med fullständig privatisering eller utförsäljning av statliga eller kommunala verksamheter.

Bildandet av separata juridiska enheter ger en bättre trygghet än intern särredovisning eftersom bolagen vid en separering måste iaktta de regler som gäller externredovisning. Krav på att verksamheterna skall placeras i separata bolag med ägargemenskap är dock ingen garanti för att korssubventionering elimineras.

För det första är det många gånger praktiskt komplicerat att bryta upp infrastrukturer – om det ens skulle vara önskvärt. Nätverken har ofta tillkommit i syfte att skapa landsomfattande service som omspänner en rad olika tjänster, som alla baserats på samma bakomliggande infrastruktur. När det gäller postverksamhet kan terminaler och distributionsnätverket i övrigt användas till olika tjänster parallellt.

För det andra kan sådana krav leda till att verksamheterna endast separeras i formell mening så att den verkliga verksamheten ligger kvar i det ursprungliga bolaget. Den konkurrensutsatta verksamheten bedrivs därmed i ett eget bolag, men detta är helt och hållet beroende av moder-/systerbolaget för sin dagliga verksamhet. Bolaget blir därmed ett s.k. brevlådeföretag.

För det tredje väcks frågor om internprissättning, koncernbidrag och vilken måttstock som skall gälla för de affärsmässiga principerna bolagen emellan. Att verksamheter skiljs åt formellt borgar inte i sig för att den konkurrensutsatta verksamheten opererar på samma villkor som dess konkurrenter, åtminstone inte så länge det finns en ägargemenskap i bolagen.[35] Det finns således en risk att korssubventionering kan uppkomma även om lagstiftaren väljer att införa krav på strukturell åtskillnad mellan verksamheterna.

Användningen av separat bokföring för olika verksamheter inom samma bolag är även förenad med svårigheter. Det kan lätt uppstå frågeställningar kring hur kostnader skall värderas och allokeras, vilket

[35] Bergman m.fl. har betonat vikten av att det sker en fullständig separering mellan verksamheterna, dvs. inte bara att verksamheterna bedrivs i olika bolag utan även att bolagen har skilda ägare. Se Bergman, L. m.fl., *A European Market for Electricy*, London, 1996, s. 229–232. Se även Bergman L., *Mot en europeisk elmarknad?*, Stockholm 2000, s. 35–37.

kan medföra att syftet att motverka korssubventionering kanske inte uppnås. En fullständig separering mellan verksamheter till olika juridiska personer anses därför vara en bättre lösning. OECD rapporten fortsätter:

> ”Many countries seek to control anti-competitive cross-subsidisation through accounting separation. This is unlikely to be fully effective. Given the difficulties in obtaining reliable cost information, anti-competitive cross-subsidisation may only reliably be prevented through structural or regulatory measures such as privatisation, liberalisation or horizontal separation.”

Privatisering och avreglering kan vara en lösning på problemet, men i verkligheten kan situationen vara den att konkurrenstrycket förblir lågt och tidigare förbehållna sektorer fortsätter att vara monopoliserade på grund av att det krävs en alltför hög lägsta lönsam volym. Istället söker sig konkurrensen till mer attraktiva delar av marknaden. Om marknadsstrukturen – oaktat avregleringar – ändå lämpar sig för korssubventionering går det inte att bara invänta eventuella effekter av en avreglering utan det måste finnas metoder att hantera korssubventionering fram till dess att konkurrenstrycket eliminerar problemet. Detta kapitel visar att oavsett vilka strukturella åtgärder som vidtas – undantaget ägarmässig separation – så måste det finnas principer eller riktlinjer så att företag och domstolar vet vilka kostnadsmått som är relevanta och vilka övriga förutsättningar som måste uppfyllas för att prissättningen inte skall utgöra en korssubventionering.

Detta kapitel kommer att fokusera på vilka metoder som bör användas vid bedömning av korssubventionering.

6.8 Rättslig reglering av korssubventionering

Korssubventionering kan, som visats ovan, både ha positiva och negativa effekter på konkurrensen och marknadsutbudet. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv är den relevanta frågan vilken form av korssubventionering som har potential att begränsa konkurrensen. Från

konkurrenssynpunkt orsakar subventionering av förbehållen verksamhet oftast ingen skada för konkurrenter eller konsumenter.[36] Det omvända förhållandet – dvs. när en konkurrensutsatt verksamhet subventioneras – är oftast ett problem eftersom det drabbar konkurrenter direkt och på sikt även konsumenter. Denna form av skadlig korssubventionering är inte tillåten inom den europeiska gemenskapen och regleras på olika sätt och på olika nivåer.

6.8.1 Bestämmelser i EG-fördraget

Artikel 82 i EG fördraget skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids inom gemenskapen, vilket enligt artikel 3(g) EG är en av huvudprinciperna för gemenskapen. Prismissbruk och otillbörliga statstöd kan hota en fungerande konkurrens.

6.8.1.1 Utestängande prissättning

Korssubventionering är främst och generellt en form av utestängande prissättning (*exclusionary pricing*) genom att korssubventionering av ett dominerande företag oftast syftar till att skaffa sig otillbörliga prismässiga fördelar *vis-a-vis* andra konkurrenter. Agerandet nämns inte uttryckligen i den primära rättsliga regleringen i artikel 82(1) i EG fördraget[37] avseende bestämmelserna om missbruk av marknadsdominerande ställning, men enligt fast rättspraxis från EG-domstolen är missbruk av dominerande ställning ett objektivt begrepp. Utestängande prissättning i olika former kan därför utgöra missbruk.[38] Korssubventio-

---

[36] Kommissionen har särskilt betonat att denna form av subventionering kan vara en direkt förutsättning för verksamheten, och även till nytta för konsumenterna, se Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 103.

[37] Den svenska motsvarigheten är 19 § KL som är liktydig med artikel 82 EG och inte heller innehåller några uttryckliga bestämmelser om korssubventionering.

[38] EG-domstolen har framhållit att ”[t] he concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which

nering är dessutom mycket likt underprissättning som EG-domstolen i flera fall har betraktat som missbruk.

6.8.1.2 Exploaterande prismissbruk

Kommissionen anser att ett dominerande företag även måste ha en rätt att konkurrera genom lägre priser eller förbättra sitt kassaflöde, samtidigt som företaget endast delvis erhåller bidrag till sina fasta (indirekta) kostnader under förutsättning att det inte gäller alltför låga priser eller sådana priser som strider mot berörda nationella förordningar eller gemenskapsförordningar.[39] Företagets agerande får därmed inte snedvrida konkurrensen. Det otillåtna agerandet omfattas ofta av en kombination av en speciell form av underprissättning och överprissättning, såtillvida som vissa konkurrenter trängs ut från den marknad där underprissättningen genomförs samtidigt som konsumenterna exploateras på en annan – oftast förbehållen – marknad genom att de får betala ett alltför högt pris för att finansiera verksamheten där underprissättning bedrivs.[40]

Överprissättning är dock inget nödvändigt villkor för att korssubventionering skall föreligga eftersom underprissättningen även kan subventioneras av ”normala” vinster från en förbehållen marknad.

---

condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”, mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 91.

[39] Se Meddelande från Kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, p. 3.3.

[40] Överprissättning ansågs av EG-domstolen tidigt vara en form av missbruk. EG-domstolen har framhållit att ”charging a price which is excessive because it has not reasonable relation to the economic value of the product supplied may be an abuse of a dominant position within the meaning of subparagraph (a) of article 86 […]”, Mål 27/76, *United Brands*, sammanfattningen p. 9 och p. 150. Ser mer om överpriser i kapitel 7.

6.8.1.3 Statsstöd

Korssubventionering berör även frågor om statsstöd enligt artikel 86(1) EG, om det är frågan om ett offentligt företag som åtnjuter ett legalt monopol för en viss verksamhet. Skulle ett offentligt företag i skydd av ett legalt monopol subventionera en konkurrensutsatt verksamhet med hjälp av medel från en förbehållen sektor kan agerandet anses vara otillåtet enligt artikel 86(1) jämförd med artikel 82.[41] Som framhållits ovan är det omvända förhållandet, dvs. subventionering av förbehållen verksamhet, oftast inget som skadar konkurrensen, men subventioneringen måste i så fall vara lämplig från allmän synpunkt samtidigt som det måste finnas restriktioner för hur den konkurrensutsatta verksamheten får bedrivas.[42] Vad som avses med restriktioner torde vara att den konkurrensutsatta verksamheten måste täcka sina kostnader.

6.8.2 Sektorsspecifik reglering av korssubventionering

I vissa sammanhang har lagstiftaren – i tillägg till fördragsbestämmelserna – funnit anledning att införa särskilda bestämmelser om korssubventionering. Reglerna förekommer huvudsakligen inom den sektorsspecifika regleringen och främst i nätverksindustrier som telekom, post och energisektorerna, såväl på central EG-nivå som nationellt i Sverige. Inom t.ex. postsektorn finns på EG-nivå ett uttryckligt förbud mot korssubventionering.

---

[41] Se t.ex. Förstainstansrättens dom, T-613/97 *Ufex*. I ett annat fall har Kommissionen även begärt att Deutsche Post AG (DPAG) skulle återbetala 572 miljoner EURO eftersom Kommissionen ansåg att DPAG hade använt statliga medel som bolaget erhållit för drift av allmännyttiga tjänster till att finansiera en aggressiv prissättning syftande till att bjuda under konkurrenter på den konkurrensutsatta företagspaketsmarkanden under åren 1994-1998, IP/02/890, 2002-06-19.

[42] Kommissionen framhåller att "[…] the application of the exception provided in Article [86 (2)] to [the] non-reserved activity could not as a rule be justified by the fact that the financial viability of the TO in question rests on the non-reserved activity. Its financial viability and the performance of its task of general economic interest can only be ensured by the State where *appropriate* by the granting of an exclusive or special right and by *imposing restrictions* on activities competing with the reserved ones." (förf. kursivering), Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 109.

> ”Korssubventionering av samhällsomfattande tjänster utanför den sektor som omfattas av monopol som sker med inkomster från tjänster innanför den sektor som omfattas av monopol skall vara förbjuden […]”[43]

Korssubventionering av konkurrensutsatt verksamhet med hjälp av medel från förbehållna sektorer är alltså inte tillåten. Som visats ovan kan dock vissa former av korssubventionering vara positiva och postdirektivet undantar från förbudet sådan korssubventionering som

> ”[…] är absolut nödvändig för att fullgöra särskilda skyldigheter i fråga om samhällsomfattande tjänster som införts på det konkurrensutsatta området”[44]

Någon direkt definition av korssubventionering eller vägledning om hur beräkningen av en skadlig subventionering skall göras framgår inte av direktivet. Direktivet går heller inte vidare in på vilken form av korssubventionering som kan vara absolut nödvändig, utan det stadgas istället att det ankommer på medlemsstaternas tillsynsmyndigheter att vidare specificera detta. Enligt ordalydelsen förutsätter regeln att det finns ett monopol. Ett rimligt antagande är dock samma principer måste gälla för t.ex. det helt avreglerade svenska postområdet. Direktivet säger visserligen att endast i de länder där det fortfarande finns legala monopol skall tillsynsmyndigheterna anta regler rörande tillåten korssubventionering. Att bestämmelsen inte uttryckligen inbegriper länder med avreglerade marknader kan tyckas vara anmärkningsvärt, men härmed torde inte kunna förstås att företag, som opererar inom medlemsländer med avreglerade postmarknader, kan tillämpa korssubventionering. Direktivet tillåter monopol inom ett successivt snävare område av postmarknaden[45]

---

[43] Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/39/EG av den 10 juni 2001 om ändring av direktiv 97/67/EG för att ytterligare öka konkurrensen inom postsektorn i gemenskapen, artikel 1, p. 2 med tillägg till artikel 12 i direktiv 97/67/EG.

[44] Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/39/EG av den 10 juni 2001 om ändring av direktiv 97/67/EG för att ytterligare öka konkurrensen inom postsektorn i gemenskapen, artikel 1, p. 2 med tillägg till artikel 12 i direktiv 97/67/EG.

[45] Direktivet föreskriver i artikel 1 att monopol för samhällsomfattande tjänster måste vara begränsade till ”insamling, sortering, transport och överlämnade av inrikes brevförsändelser och

och genom att medlemsländerna själva utformar reglerna kring monopolet synes en rimlig tolkning av bestämmelsen vara att medlemsländerna själva i sådana fall även måste utforma specifika regler kring gränsdragningen för tillåten och otillåten korssubventionering. Direktivet påverkar dessutom inte de grundläggande reglerna om konkurrens,[46] varför företag som opererar inom helt avreglerade marknader måste räkna med att korssubventionering mellan ett *de facto* monopol och en konkurrensutsatt marknad inte är tillåten.

Av rådets direktiv 96/67/EG om tillträde till marknaden för marktjänster på flygplatser framgår att en flygplats inte får subventionera sin marktjänstverksamhet med intäkter härrörande från flygplatsens uppdrag som flygplatsmyndighet.[47] Artikel 4 i samma direktiv stadgar att en oberoende kontrollant skall kontrollera att det inte förekommer någon överföring av finansiella medel mellan den verksamhet som ledningsenheten bedriver i egenskap av flygplatsmyndighet och verksamhet i form av marktjänster.

I allmänhet måste alltså subventionering av konkurrensutsatt verksamhet med hjälp av medel som intjänas inom en förbehållen sektor anses vara förbjuden.[48]

---

inkommande gränsöverskridande brevförsändelser, vare sig det gäller ilförsändelser eller inte". Direktivet stadgar även en viktbegränsning, vilken skall vara "100 gram från och den 1 januari 2003 och 50 gram från och med den 1 januari 2006". Viktgränserna gäller dock inte "från och med den 1 januari 2003 om priset är lika med eller mer än tre gånger den allmänna avgiften för en brevförsändelse av första viktklassen inom den snabbaste kategorin, eller från och med den 1 januari 2006 om priset är lika med eller mindre än två och en halv gång denna avgift."

46 Europaparlamentets och Rådets direktiv 2002/39/EG av den 10 juni 2001 om ändring av direktiv 97/67/EG för att ytterligare öka konkurrensen inom postsektorn i gemenskapen, p. 33.

47 Rådets direktiv 96/67/EG av den 15 oktober 1996 om tillträde till marknaden för marktjänster på flygplatserna inom gemenskapen, p. 22.

48 Kommissionen har även tidigt framhållit att "[s]ubsidizing activities under competition […], by allocating their costs to monopoly activities […] is likely to distort competition in violation of Article 86. It could amount to an abuse by an undertaking holding a dominant position within the Community." Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 104.

6.8.3 Nationell reglering av korssubventionering

Regelverket i övrigt kretsar oftast kring hur korssubventionering skall undvikas genom strukturella åtgärder.[49] I svensk lagstiftning och svenska förarbeten finns liten vägledning om hur skadlig korssubventionering skall särskiljas från en acceptabel prissättning i konkurrensmässigt hänseende. I lagstiftningen över olika nätverksbranscher talas ofta att prissättningen måste vara skälig genom att vara kostnadsmotiverad.,[50] men vägledning saknas om vilka relevanta kostnader som avses.

I den ekonomiska litteraturen har med början i det tidiga 1970-talet utvecklats detaljerade tester för att kunna särskilja skadlig korssubventionering från tillåten prissättning dito, något som på senare tid har fått gensvar i praxis och rekommendationer från myndigheter.[51]

Brittiska Office of Fair Trading har definerat korssubventionering – eller *cross-subsidy* – som när ”an undertaking has financed under-per-

---

[49] I t.ex. Kommissionens direktiv 2000/52/EG av den 26 juli 2000 om ändring av direktiv 80/723/EEC om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (EGT L 193, 2000), artikel 1 p. 2, framgår att medlemsstaterna skall säkerställa att den finansiella och organisatoriska strukturen i varje företag som är skyldigt att ha separat redovisning avspeglas korrekt i den separata redovisningen, så att det bl.a. tydligt anges hur kostnader och intäkter härrör från de olika verksamheterna.

[50] Telelagen (1993:597) föreskriver i 28 § att ”[t]axor för användning av telefonitjänst mellan fasta nätanslutningspunkter inom ett allmänt tillgängligt telenät och för tillhandahållande av en hyrd förbindelse inom ett sådant nät skall grunda sig på kostnaderna […]”. I postlagen (1993:1684) stadgas i 7 a § att ”[d]en som tillhandahåller samhällsomfattande posttjänst […] skall […] tillhandahålla tjänsten till priser som grundar sig på kostnaderna […]”. Ellagen (1997:857) 4 kap. 1 § föreskriver att ”[n]ättariffer skall vara utformade så, att nätkoncessionshavarens samlade intäkter från nätverksamheten är skäliga i förhållande till dels de objektiva förutsättningarna att bedriva nätverksamheten, dels nätkoncessionshavarens sätt att bedriva nätverksamheten.” samt att ”[n]ättariffer skall vara utformade på sakliga grunder”. 8 § i samma kapitel stadgar att ”[v]id skälighetsbedömningen av nättariffen för en regionledning skall de beräknade kostnaderna för den prestation som nätkoncessionshavaren har att utföra och hans sätt att utföra prestationen bedömas samlat inom varje normalt spänningsintervall för nätkoncessionshavarens samtliga regionledningar i hela landet.” Ellagen stadgar härutöver även hur kostnader skall fördelas mellan olika regionledningar och stamledningar.

[51] Se Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*.

forming activity form another area of its business where revenues from one market are used to subsidise losses in another market".[52]

Korssubventionering som företeelse kan därför generellt definieras som när ett företag internt överför någon form av finansiella resurser från ett verksamhetsområde eller segment till ett annat verksamhetsområde eller segment där intäkterna inte täcker de relevanta kostnaderna.

Så långt har dock definitionen endast lyft fram subventioneringen – dvs. överföringen av finansiella medel från en verksamhet till en annan. Ur konkurrensrättslig synvinkel är dock den centrala frågan huruvida subventioneringen i sig kan verka konkurrensbegränsande eller om det kanske krävs något ytterligare kriterium. En felaktig allokering av kostnader är inte i sig olaglig i konkurrensrättslig mening. När däremot korssubventioneringen hämmar konkurrensen kan bedömas som en form av missbruk.[53] Konkurrensen kan snedvridas när korssubventioneringen leder till "[…] beating other competitors with offers which are made possible not by efficiency and performance but by artificial means such as subsidies"[54]

6.9 Konkurrensrättsliga test av korssubventionering

Korssubventionering av konkurrensutsatt verksamhet är i allmänhet inte är tillåten, vilket har redogjorts för ovan. Även om åtgärder sätts in för att förebygga korssubventionering räcker det inte att enbart införa ett förbud. En grov sortering av olika former av korssubventioneringar är möjlig att genomföra, men en högre grad av konkretisering eller noggrannare gränsdragning krävs för att krav på rättssäkerhet och förutsebarhet skall uppfyllas i det enskilda fallet.

---

[52] Se OFT 414, p. 4.22.

[53] Problematiken kring kostnadsallokering skiljer sig inte så mycket från området rörande internprissättning inom skatterätten, där det finns drivkrafter för företagen att allokera kostnader mellan olika verksamheter/länder i syfte att åstadkomma en så låg total beskattning som möjligt. Jfr Hancher/Buendia Sierra, a.a. s. 902.

[54] Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, p. 102.

6.9.1 Allmänna svårigheter med framtagandet av ett test

Det måste från början framhållas att det är förenat med stora svårigheter att formulera ett enkelt och absolut rättvisande test som dels tillfredställer krav på rättssäkerhet och förutsebarhet och dels stämmer väl överens med underliggande ekonomisk teori. Bland ekonomer finns inte någon övertygande samstämmighet om vilka kostnadsmått som är relevanta för kostnadsbaserade test och än mindre hur kostnader exakt skall allokeras.

6.9.1.1 Allokering, periodisering och värdering av kostnader

Heald anser att processen hur kostnader skall allokeras och periodiseras är både teknisk och politisk. Sätten på vilka kostnader mäts, allokeras och periodiseras kan påverka resultatet. Om det inte finns några oemotsägliga tekniska skäl till varför kostnader skall allokeras på ett visst sätt ger det utrymme för ett dominerande företag – men även myndigheter – att välja en allokeringsmetod som bäst passar deras egna intressen. Konkurrerande allokeringsmetoder kan därför ge helt olika resultat, vilket gör att tvivel kan resas huruvida kostnaderna verkligen är rätt fördelade.[55]

För det första är ett dominerande företag oftast det som har bäst information om kostnaderna. Det är heller inte orimligt att anta att företaget är väl förtroget med vilka resultat som utifrån företagets perspektiv borde uppnås. Därmed torde det ligga nära till hands att välja en allokeringsmetod som bäst passar det egna företagets behov. För ett dominerande företag är det heller inte önskvärt att skylta med vilka exakta kostnader som olika verksamheter genererar eftersom konkurrenter skulle kunna dra nytta av informationen. Skulle prissättningsmetoder ifrågasättas av myndigheter kan det även finnas incitament att välja en allokeringsmetod som talade mot ett påstående om korssubventionering.

---

[55] Se Heald, D. *Contrasting approaches to the 'problem' of cross subsidy*, Management Accounting Research, 1996, s. 67–68.

För det andra saknas ofta saknas en entydig metod att bestämma vilka kostnader som ett företag har inom en relevant tidsperiod. Speciella svårigheter uppstår när kostnader skall fastställas för en ny tjänst som bygger på helt ny teknik och för en period som ligger framåt i tiden. Avskrivningsregler kan vara svåra att fastställa utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv. Det är heller inte säkert att skattemässiga avskrivningsregler överensstämmer med faktisk/ekonomisk livslängd, som är mer relevant i konkurrenssammanhang.

Vilka kostnader som kommer att uppstå beror dels på hur marknaden kommer att värdera produkten, dvs. vilken efterfrågan som kan förväntas av varan eller tjänsten med hänsyn tagen till dess pris, kvalitet, användningsområde, nyhetsgrad eller nytta i största allmänhet. Med hänsyn tagen till marknadens värdering skiljer sig även kostnaderna åt beroende på var i produktlivscykeln varan eller tjänsten befinner sig. Om efterfrågan exempelvis blir särskilt stark kan detta leda till att företaget investerar mer omfattande i infrastruktur för produktion, vilket förändrar kostnadsbilden. Det är vanligt att nya produkter eller tjänster oftast är olönsamma i introduktionsskedet, men att såväl kostnadssammansättningen som möjligheterna att bära kostnader kan förändras radikalt under en produkts livstid.[56]

För det tredje går det inte att säga att det finns en definitiv konsensus bland redovisningsexperter om hur kostnader bör allokeras. Det kan finnas olikheter i redovisningstraditioner mellan länder. Heald framhåller att kostnadsallokering behandlas olika i olika länder, beroende av vilket ändamålet är med analysen. I USA har allokeringsproblematiken varit ett aktuellt debattämne under många år, medan den i Storbritannien istället har aktualiserats i samband med avregleringar och de speciella förutsättningar som gäller vid avveckling av nationella monopol. Heald varnar även för risken för cirkelresonemang. Det går t.ex. inte att allokera kostnader på basis av intäktsandelar, när nationella regleringar kräver att tariffer måste sättas på basis av kostnader. Teoretiska definitio-

[56] Jfr Curien N., *The theory and measure of cross-subsidies, An application to the telecommunications industry*, International Journal of Industrial Organization 9, 1991, s. 95–96.

ner av korssubventionering är en förenkling av en komplicerad verklighet, vilket gör att de kan vara svåra att tillämpa för t.ex. revisorer och andra.

I redovisningsteorin finns det enligt Heald i allmänhet två olika huvudskäl till varför kostnader överhuvudtaget måste allokeras.[57] Den första anledningen har att göra med beslutsfattande och internredovisning. Företagsledningen måste ha korrekta uppgifter över lönsamheten i rörelsen och kunna göra bedömningar för framtida resursfördelningar och marknadsinsatser. En korrekt allokering av kostnader är en förutsättning för att kunna fatta rätt beslut. Eftersom detta berör interna kalkyler som utifrån marknadsstrategiska målsättningar utgör företagshemligheter kan denna form av allokering betecknas som intern allokering.

Vanligare är de externa kostnadsallokeringarna som oftast görs parallellt med interna allokeringar. I första hand har det att göra med allokeringar och periodiseringar av kostnader i enlighet med externa redovisningsregler som har till syfte att förse skattemyndigheter, kreditgivare, investerare och andra intressenter i bolaget med korrekt och jämför information. Allokering och periodisering av kostnader måste göras i enlighet med t.ex. bokföringslagen (SFS 1999:1078), årsredovisningslagen (SFS 1995:1554) och skattelagstiftningen i allmänhet. Allokering och periodisering av kostnader kan även behöva göras i enlighet med joint venture-avtal eller i enlighet med vad någon reglerande myndighet har givit ett påbud om.

Gemensamma kostnader kan ställa till stora problem för reglerande myndigheter och konkurrensmyndigheter. Heald har lyft fram olika svårigheter som är relaterade till gemensamma kostnader, bl.a.:

- *Allokering av kostnader.* Det kan finnas starka incitament hos t.ex. ett dominerande företag att inte i detalj avslöja alla relevanta kostnader och hur dessa är allokerade. Om ett dominerande företags agerande ifrågasätts av myndigheter eller konkurrenter samtidigt som det inte finns en transperens i prissättningen minskar benägenheten

[57] Se Heald, 1996, a.a. s. 55–56.

att visa kostnader som understödjer ett sådant faktum. Problemet kan alltså vara att den som har bäst kontroll över kostnaderna är den vars agerande ifrågasätts och att det inte ligger i det dominerande företagets intresse att avslöja hur allokeringen är gjord.

- *Konkurrenstryckets inverkan på kostnader.* Om konkurrenstrycket är hårt i en bransch ökar även trycket på effektiviseringar, vilket även minskar kostnader. Storleken på kostnaderna kan därför bli beroende av konkurrenstrycket. Det är inte troligt att konkurrenstrycket är konstant över tiden och heller inte att andra aktörer tvingar fram effektiviseringar förrän konkurrenstrycket har verkat ett tag. Även här finns det risk för ett cirkelresonemang. Om det dominerande företaget svarar på nyetableringar med aggressiv prissättning, ökar trycket på effektiviseringar i branschen, vilket får tillbakaverkningar på det dominerande företaget.
- *Kostnaden för finansiella tjänster.* Kostnaden för kapital i en industri kan vara påverkad av dess branschstruktur genom att både konkurrensen och regleringar kan öka osäkerheten beträffande intjänandeförmågan i förhållande till gjorda investeringar.[58]

Gemensamma kostnader kan ha både positiva och negativa egenskaper. Positiva såtillvida som de möjliggör diversifieringsfördelar, dvs. att samma infrastruktur kan användas till att bredda antalet produkter eller tjänster så att intäkterna ökar proportionerligt mer än kostnaderna. Genom att nyttja en befintlig infrastruktur blir företaget mer effektivt genom att nyttjandegraden stiger och genom att företaget därmed ökar utbudet. En bättre nyttjandegrad kan möjliggöra lägre priser vilket är till nytta för konsumenterna. Samkostnader kan även betraktas som negativa i den meningen att problematiken kring otillbörlig konkurrens och förhållandet att konkurrenter som inte har tillgång till samma infrastruktur har svårt att ta sig in på marknaden kommer i blickfånget. Är det t.ex. önskvärt att låta ett dominerande företag ensamt nyttja en infrastruktur som har byggts upp i skyddet av ett legalt monopol bara för att det gör

[58] Se Heald, 1994, a.a. s. 3–4.

ett företag mer effektivt? Frågan ger i sin tur upphov till två följdfrågor. Den första gäller om konkurrenter till ett dominerande företag skall tvingas dela med sig av infrastrukturen och den andra huruvida det önskvärt att reglerande myndigheter går in och detaljstyr kostnadsallokeringar. Den andra frågan är enligt Heald något av en paradox. Om korssubventionering över huvud taget skall kunna fastställas krävs att det finns klara och jämförbara kostnadsdata, vilket i sig indirekt medför att incitamentet för att kostnadsreduceringar försvinner. Motsägelsen kommer av att om en myndighet vill kunna fastställa korssubventionering måste kostnader kunna mätas tämligen exakt och vara möjliga att jämföra med andra företag. Ett uniformt system kräver att samma allokeringsprinciper används under en längre period, vilket kan göra att möjligheterna till diversifieringsfördelar går om intet på grund av allokeringsmetoderna gör att kostnader blir för höga eller för låga, vilket medför att företaget kan göra sig skyldigt till otillåtet korssubventionering. Totalt sett kan detta leda till en ineffektivitet i branschen.[59]

Hänsyn måste även tas till vilka typer av kostnader som skall allokeras. Normalt är det aktuellt att endast se till faktiska och bokförda kostnader (*accounting costs*) för existerande produkter och kunder. Analysen kan även avse framåtblickande kostnader, s.k. *economic cost*. Heald föreslår dock att det även finns andra metoder att fördela och periodisera kostnader, låt vara att metoderna kan vara svårare att tillämpa i praktiken, men som kanske kan leda till ett mer rättvisande resultat. En sådan metod kan vara att knyta kostnadsallokeringen till likviditeten eller kassaflödet (*cash flow*). I andra fall kan det vara intressant att knyta allokering till hur den nära framtiden kommer att gestalta sig eller basera den på hur förändringar i kund- och produkt/tjänstestrukturen kommer att se ut. I sådana fall kan det vara lämpligt att nuvärdesberäkna ett framtida kassaflöde (*discounted cash flow, DCF*). Historiska data kan vara direkt olämpliga att använda, speciellt i branscher där teknikutvecklingen går snabbt och där konsumentbeteendet ändras mycket. Heald framhåller att för att kunna uttala sig om korssubventionering så

[59] Se Heald, 1996, a.a. s. 68–69.

är det nödvändigt att göra en bedömning av om företaget kommer att klara sig bättre utan vissa produkter/tjänster och att sådana frågor endast kan besvaras med hjälp av DCF.[60] Vad som åsyftas här torde vara att hänsyn måste tas inte bara till historiska kostnader utan även det förväntade framtida kostnadsläget och dess inverkan på lönsamheten framgent.

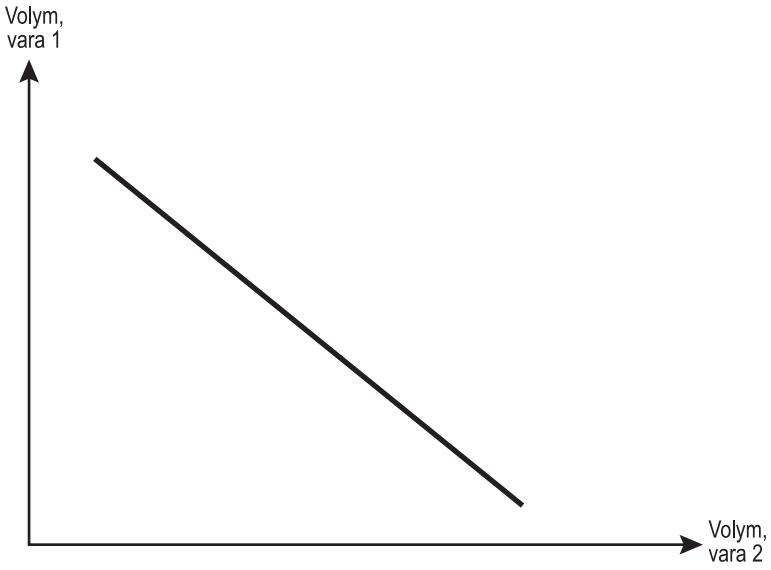
Förutom de svårigheter som är förbundna med allokering av kostnader finns det även olika sätt att värdera tillgångar och periodisera kostnaderna för dessa tillgångar. Skattemässigt kan det finnas klara regler om hur tillgångar skall värderas och skrivas av, dvs. kostnadsföras. En skattemässigt korrekt genomförd värdering, avskrivning och periodisering betyder inte att detta visar de relevanta kostnader som ligger till grund för en prissättning.

Heald framhåller att vid bedömningen av korssubventionering måste hänsyn tas till dessa svårigheter, inte så att det skall uppfattas som omöjligt att bedöma korssubventioneringar, men så att det inte finns några enkla svar.[61]

6.9.1.2 Hänsynstagande till efterfrågefaktorer

Ett annat problem är huruvida ett test av korssubventionering skall ta hänsyn till efterfrågefaktorer. Som skall visas nedan medför beaktande av efterfrågefunktioner bl.a. att analysen kan komma att handla om s.k. optimal prissättning.

[60] Se Heald, 1996, a.a. s. 69.
[61] Se Heald, 1994, a.a. s. 2.



Figur 6.1. Korselastisk efterfrågefunktion mellan två olika produkter.
Vanlig illustration av varor som är substituerbara.

Vid prissättningar är kostnadsstrukturer framförallt viktiga för att fastställa utbudsfunktioner. Priset kan dock inte sättas utan att hänsyn tas till efterfrågan, som är minst lika viktig för att bestämma företagets slutliga pris. Efterfrågan är i sin tur beroende av priselasticiteter för enskilda varor och även korspriselasticiteter mellan olika varor. Frågan huruvida en prissättning med korssubventionering är konkurrensmässigt olämplig riskerar att bli fel besvarad om hänsyn inte tas efterfrågan, såtillvida som resultatet kan rimma illa med den underliggande ekonomiska teorin. Efterfrågefunktioner kan medföra att prissättningen på en vara påverkar efterfrågan och försäljning av en annan vara. Effekten kan bli att försäljningen ökar av en kompletterande produkt eller minskar om det är ett substitut. Alternativt kan varorna ha helt oberoende efterfrågefunktioner och prissättningen av vara 1 påverkar inte försäljningen av vara 2. Skulle olika efterfrågefaktorer tas i beaktande riskerar emellertid analysen att bli mycket svåröverskådlig. Att för en myndig-

het eller domstol fastställa vilket pris som är mest optimalt vid en stor mängd föränderliga faktorer kan vara synnerligen komplicerat – om ens möjligt. Om efterfrågefaktorer inte alls skulle beaktas kommer dock hela analysen att hängas upp på invecklade kostnadsallokeringar, som kan ha relativt dåligt stöd i den ekonomiska teorin.

6.9.2 Kostnadsbaserade test av korssubventionering

Även om det går att hävda att rena kostnadsbaserade test dras med svagheter i relation till underliggande teoretisk bas är det trots allt denna form av tester som är i särklass vanligast och mest artikulerade i såväl praxis som litteratur.

Praxis på området var dåligt utvecklad tills Kommissionen för första gången behandlande korssubventionering i ärendet *Deutsche Post I*.[62]

> I målet ansåg United Parcel Service (UPS) att Deutsche Post AG (DPAG) använde intäkter från det legala brevmonopolet i Tyskland till att finansiera icke kostnadstäckande försäljning på området pakettjänster för företag. Utan korssubventioneringen skulle DPAG, enligt UPS, aldrig ha kunnat hålla de låga priserna under någon längre tidsperiod. DPAG var kommet ur en tidigare legal monopolverksamhet inom postområdet i Tyskland och hade vid tidpunkten för ärendet både ett legalt brevmonopol och ett lagstadgat uppdrag att tillhandahålla tillräcklig reservkapacitet för att när som helst kunna täcka efterfrågetoppar av postkontorstjänster, däribland att utföra pakettjänster åt företagskunder på postkontoren. DPAG hade på postmarknaden därför rollen av en s.k. *carrier of last resort*.[63] Förutom den skyddade verksamheten var DPAG även verksamt inom den konkurrensutsatta sektorn för pakettjänster, där befordran för postorderhandeln var den viktigaste funktionen. Även om DPAG av någon anledning skulle välja att lämna marknaden för pakettjänster så fanns det ett lagstadgat krav att ändå kunna erbjuda sådana tjänster till företagen, vilket var anledningen till att DPAG betraktades som en *carrier of last resort*.

[62] Se Kommissionens beslut, 2001/354/EG, *Deutsche Post I*.
[63] Se Kommissionens beslut, 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 8.

> UPS ansåg att DPAG prissatte pakettjänsterna under de verkliga kostnaderna och att de långlivade förlusterna inte kunde fortsätta utan finansiering i form av överföring av överskott från de reglerade tjänsterna.

Fallet tar för första gången upp den centrala frågeställningen i vilken utsträckning ett dominerande företag kan använda vinster från en icke konkurrensutsatt verksamhet till att täcka förluster inom en konkurrensutsatt verksamhet, dvs. gränsdragningsfrågan för otillåten korssubventionering. Problemet ligger alltså i att ett dominerande företag drar otillbörlig nytta av de unika möjligheterna till att subventionera en konkurrensutsatt verksamhet genom att sätta priser underskridande verkliga kostnader. Den första frågan blir därför hur de verkliga kostnaderna skall definieras. Kommissionen hänvisade inledningsvis i fallet till ett ekonomiskt test för otillåten korssubventionering.

> ”From an economic point of view cross-subsidisation occurs where the earnings from a given service do not suffice to cover the incremental costs of providing that service and where there is another service or bundle of services the earnings from which exceed the stand-alone costs […]. The service for which revenue exceeds stand-alone cost is the source of the cross subsidy and the service in which revenue does not cover the incremental costs is its destination.”[64]

Det framgår av citatet att korssubventionering som begrepp definieras utifrån två centrala kostnadsmått, nämligen *incremental costs* (IC) och *stand alone costs* (SAC). Av dessa kostnader är det framförallt IC eller särskilda tilläggskostnader som är mest avgörande. En riktig bedömning av korssubventionering förutsätter att kostnader kan definieras och beräknas korrekt. Med utgångspunkt från den ekonomiska definitionen av korssubventionering kan missbruksbedömningen grovt indelas i följande steg:

1. Definition och val av relevanta kostnadsmått
2. Beräkning av relevanta kostnader

[64] Se Kommissionens beslut, 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 6.

3. Jämförelse mellan kostnader och relevanta intäkter

6.9.3 Fastställande av relevanta kostnader

I den konkurrensrättsliga analysen läggs stor tonvikt på olika kostnadsmått, t.ex. skillnaden mellan rörliga och fasta kostnader i fall som rör underprissättning. Likaledes stadgas ofta i lagstiftningen att prissättningen skall vara baserad på kostnader. Även i praxis förekommer uppgifter om att prissättning skall vara kostnadsmotiverad.[65] Det är emellertid svårt att finna mer exakta definitioner vilka kostnader som avses, vilket leder till att såväl rättssäkerheten och förutsebarheten blir relativt låg.

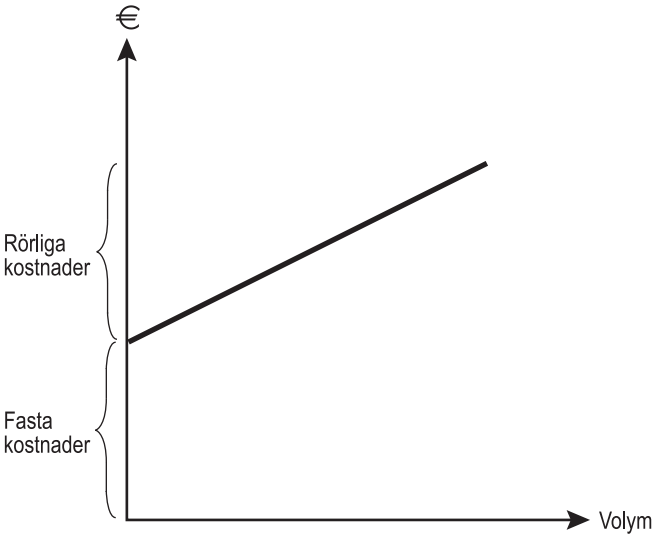
I stora företag med omfattande verksamhet är det även vanligt att det inte är hela företagets agerande eller verksamhet som sätts i fråga i samband med bedömning av missbruk av dominerande ställning. I stället kan det vara ett dotterbolag eller en specifik verksamhet. Skulle prissättningen i någon mån sättas i fråga är det viktigt att hänsyn tas till de relevanta kostnaderna, och inte bara kostnadsslaget. Även om olika kostnader kan identifieras såsom rörliga och fasta är det inte säkert att alla kostnader är hänförliga till en viss verksamhet. Hänsyn måste därför tas till hur stor andel av exempelvis gemensamma kostnader som belöper på den aktuella verksamheten. Allokerings- och periodiseringsfrågor är därför andra viktiga spörsmål att ta hänsyn till.

6.9.3.1 Självkostnad – rörliga och fasta kostnader

Den totala kostnad som uppstår för ett företag som tillverkar en produkt eller tillhandahåller en tjänst kallas självkostnad eller *total cost* (TC). Självkostnaden består i sin tur grovt sett av två huvudkategorier av kostnader: Rörliga kostnader (*variable costs*) och fasta kostnader (*fixed costs*). Det är denna uppdelning som gjorts bl.a. i AKZO-fallet och

[65] Se t.ex. MD 1998:15, *CityMail*, där marknadsdomstolen framhöll att en zonprissättning från Posten Sverige AB kunde vara en form av missbruk om Posten inte kunde visa att prissättningen var motiverad från kostnadssynpunkt.

Tetra Pak II. Rörliga kostnader varierar med volymen medan fasta kostnader inte ändras när volymen ökar. Vad som utgör fasta kostnader beror på vilken bransch som företaget är verksamt inom, men omfattar i allmänhet kostnader för byggnader och fastigheter, vissa försäkringar, ledningskostnader samt i viss mån personal om det alltid behövs ett lägsta antal anställda oavsett produktionsvolym. Även om inte företaget producerar en enhet av en vara/tjänst kommer fasta kostnader att vara desamma. Rörliga kostnader, å andra sidan, omfattar vanligtvis råmaterial och insatsvaror för produktion och lönekostnader, transportkostnader – alltså sådana kostnader som uppstår och varierar med volymen. Om volymen är noll är även de rörliga kostnaderna noll och ökar sedan i takt med att volymen ökar.



Figur 6.2. Förhållandet mellan rörliga och fasta kostnader.

6.9.3.1.1 Den relevanta tidsperiodens inverkan på kostnadsslagen

Så långt har självkostnadens komponenter definierats i teorin, men det måste tilläggas – på ett statiskt sätt. Vad som är rörliga respektive fasta

kostnader beror inte enbart på vilka produktionsmedel som avses utan även på den relevanta tidsperioden. På mycket kort sikt kan i realiteten alla kostnader vara fasta. Material kan redan ha blivit inköpt, motsvarande en bestämd produktionsperiod. Kostnaden för personal inom de närmaste månaderna kan vara konstant p.g.a. uppsägningstider. På mycket lång sikt, t.ex. några år, är däremot alla kostnader rörliga. Att kostnader som normalt är fasta blir rörliga när ett längre tidsperspektiv skall bedömas av en företagsledning beror på att sådana beslut inte bara omfattar vad som skall produceras med den nuvarande kapaciteten utan även beror av vilken kapacitet som företaget skall ha i framtiden. Beslut om förändring av kapacitet kan genomföras inom en mycket kort tidsperiod. När stora industriföretag skall genomföra besparingsprogram är genomförandetiden ofta mycket kort. Skulle ett besparingsprogram som omfattar total nedläggning av en viss verksamhet kunna åtgärdas på sex månader kommer samtliga kostnader för verksamheten att vara rörliga på sex månaders sikt. Med en kortare tidshorisont finns fortfarande uppdelningen mellan rörliga och fasta kostnader. Samma förhållande gäller vid expansion av en verksamhet. Antag att ett företag har en överkapacitet som klarar en tio-procentig volymökning med befintlig infrastruktur och samtidigt bestämmer sig för öka volymen på den aktuella verksamheten med 25 procent. På kort sikt – fram till dess att kapacitetstaket är nått – kommer de fasta kostnaderna att vara konstanta. På lite längre sikt, alltså fram till dess att målsättningen om en 25-procentig volymökning är uppnådd, kommer investeringar i ny produktionskapacitet (byggnader, maskiner etc.) att behöva göras. Kostnaden för dessa investeringar blir rörlig fram till dess att investeringarna genomförts.

Huruvida kostnaden för produktionsfaktorerna är rörliga eller fasta beror sammanfattningsvis på om de varierar med volymen eller inte, men även på vilken tidshorisont som kostnaderna mäts över. När en relevant tidsperiod har fastställts bestäms gränsdragningen mellan rörliga och fasta kostnader bl.a. av

- *Realistisk avvecklingstid eller nyetableringstid för fasta tillgångar* – hur lång tid tar det att sälja av tillgångar resp. vilka tidsintervaller

som gäller vid ökning av kapacitet? Hänsyn tas till uppförandetid för byggnader, tid för inköp och installationer av maskiner m.m.

- *Relevant bindningstid/rekryteringstid för personal* – hur lång tid tar det att avveckla nuvarande personalstyrka i beaktande av tidsåtgång för lagstadgade förhandlingar, underrättelser till Länsarbetsnämnden, varsel, uppsägningstider samt eventuella *outplacement*-program m.m. Omvänt gäller hur lång tid det tar att öka personalstyrkan – tidsåtgång för rekrytering, utbildning/inskolning.
- *Tillgångarna och produktlivscykeln*. Är produktionsmedlen speciellt anpassade till en produkt som just nu tillverkas eller finns det möjlighet att använda samma tillgångar för andra produkter? Behövs vidareutbildning eller omskolning av personal? Om t.ex. maskiner eller programvara är helt anpassat till de nuvarande produkter eller tjänster kommer kostnaderna för tillgångarna att vara beroende av i vilket skede av produktlivscykeln som produkterna befinner sig.

Om det finns anledning att göra skillnad mellan rörliga och fasta kostnader i konkurrensrättsligt hänseende måste därför hänsyn tas till kostnadernas nuvarande status och om det, inom den tidsperiod som bedöms, är aktuellt att betrakta vissa fasta kostnader som rörliga eller vice versa.

6.9.3.2 Direkta kostnader

Förutom att ta hänsyn till uppdelningen mellan rörliga och fasta kostnader är det även nödvändigt att bestämma hur kostnader – både rörliga och fasta – skall allokeras till olika projekt. Direkta kostnader är sådana kostnader som är direkt och otvetydigt hänförliga till en viss vara eller tjänst och som är bokförda direkt mot sådana varor eller tjänster i företagets redovisningssystem. Kostnader som avses är sådana som direkt har förts till ett kostnadsställe – eller, om det är en koncern, har bokförts i det bolag som utfört tjänsten eller sålt produkten. Ett exempel från postbranschen kan vara annonsering av en viss tjänst för B2B.[66] Annon-

[66] B2B = Business-to-Business.

sen avser alltså inte vanlig brevbefordran för privatpersoner och bokförs följaktligen som en kostnad för t.ex. företagspaket.

6.9.3.3 Samkostnader och gemensamma kostnader

Ofta används begreppen samkostnader och gemensamma kostnader synonymt. I vid mening betyder båda begreppen att olika verksamheter använder samma infrastruktur eller tillgångar. Det finns dock en gradskillnad mellan begreppen Om en grupp av tjänster inom ett och samma verksamhetsområde använder samma tillgångar gemensamt, samtidigt som tillgångarna inte används av andra verksamheter benämns dessa samkostnader eller *joint costs*.

Gemensamma kostnader – *common costs* – är däremot sådana kostnader som delas av alla verksamhetsområden i hela företaget, t.ex. kostnader för företagsledning.

6.9.3.4 Direkt och indirekt hänförliga kostnader

Vissa samkostnader och gemensamma kostnader behöver inte ha bokförts till något specifikt kostnadsställe. Det kan även vara så att vissa funktioner i en koncern återfinns i andra bolag trots att det aktuella bolaget drar direkt eller indirekt nytta av verksamheten i moder- /dotter- eller systerbolag. Om det finns kostnader som är direkt hänförliga (*directly attributable costs*) till en viss verksamhet trots att de inte finns bokförda på ”rätt” kostnadsställe eller i rätt bolag skall dessa läggas till andra direkta kostnader. Samma gäller för indirekta hänförliga kostnader (*indirectly attributable costs*), som visserligen inte är direkt hänförliga till en viss produkt eller tjänst, men som har ett nära samband med tjänsten eller till tjänsten hänförliga direkta kostnader. Sådana kostnader skall allokeras ut med hjälp av en lämplig fördelningsnyckel.

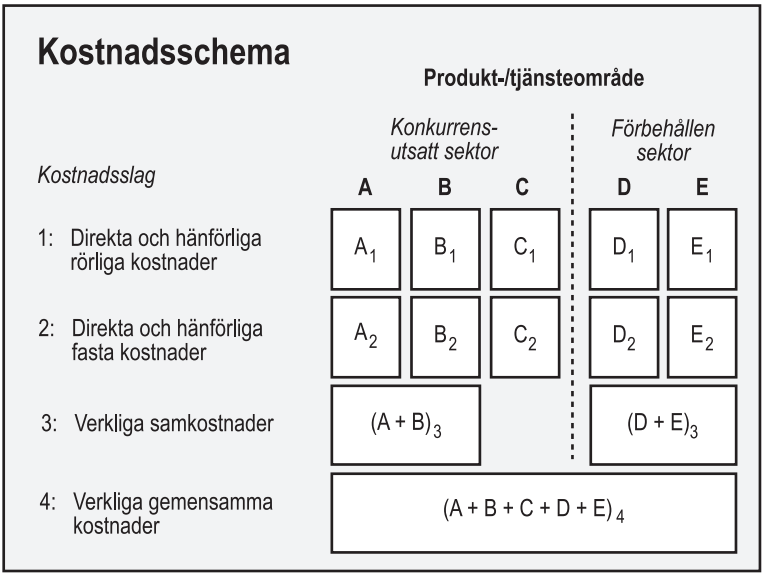
I vissa branscher kan de direkta kostnaderna vara mycket låga samtidigt som samkostnader och gemensamma kostnader är mycket stora, varför de senare blir mycket viktiga att fördela ut. I annat fall kan den faktiska kostnaden bli extremt liten. Om kostnadsmotivering krävs för

att undvika missbruk finns det risk för jämförelsetalen blir alltför låga. Det framhålls i en rapport till Post- och Telestyrelsen (PTS) att

> ”As telecommunications’ joint and common costs make up a substantial part of total costs, they should be distributed in a way closest to the true causal cost structure to avoid cross-subsidies between the services. This is important to stress since the incumbent has a natural incentive to attribute as many of the joint and common costs to the regulated services where he holds a monopoly, thereby minimising the costs he has to recover on his competitive services. […] If successful, the incumbent can make competitors pay a larger part of the joint and common costs and at the same time gain a competitive advantage in the competitive market”.[67]

Vad som återstår sedan alla direkta och indirekta samkostnader och gemensamma kostnader har allokerats ut till de hänförliga produkt-/tjänsteområdena är verkliga samkostnader och gemensamma kostnader; verkliga såtillvida som de inte kan allokeras till någon enskild produkt eller tjänst. I PTS-rapporten kallas dessa ”*residual joint and residual common costs*”. Exakt vad som särskiljer hänförliga och verkliga samkostnader tas inte upp direkt i rapporten och är givetvis beroende av hur branschen ser ut, hur företaget är organiserat, vilken infrastruktur som finns etc. Allokeringsmetoderna kan enligt rapporten baseras på tekniska eller statistiska undersökningar, intervjuer eller ”fältstudier” (*field research*).

[67] Konsultrapport från Andersen Management International A/S, Cost Oriented Access and Interconnection in Sweden, Rapport till PTS, 2001 (nedan PTS-rapporten), s. 31. Rapporten utgjorde underlag för det kalkylarbete som PTS bedrivit tillsammans med aktörerna på telemarknaden som syftar till att ta fram kalkylmodeller för beräkning av kostnadsorienterad ersättning för samtrafik till mobila och fasta nät, samt tillgång till accessnät. Rapporten behandlar utförligt olika former av kostnadsbegrepp och metoder för kostnadsallokering.



Figur 6.3. Kostnadsschema – Självkostnadens sammansättning i olika former av kostnadsslag och schematisk uppdelning mellan verksamhets/tjänsteområden. Anpassat efter förlaga från PTS-rapporten.

6.9.3.5 Historiska, aktuella och framtida kostnader

Ett företags bokföring och internredovisning visar vilka kostnader som företaget har haft fram till och med sista verifikationen. Vad som kan utläsas är sålunda bara vilka kostnader som företaget har haft rent historiskt. Att använda historiska eller reviderade kostnader säger ingenting om vilka kostnader som företaget har för närvarande och än mindre om vilka kostnader som kommer att uppkomma framgent. Att basera framåtblickade prissättningar enbart på historiska data kan bli ödesdigert – som att köra bil bara genom att observera vägen i backspegeln. I engelsk litteratur talas ofta om *accounting costs*, vilka kan sägas motsvara historiskt bokförda kostnader. Vid beslut om prissättning av nuvarande och framtida produkter duger det inte att använda historiska kostnader utan det måste göras en kvalificerad uppskattning om framtida

kostnader eller åtminstone en extrapolering av nuvarande kostnader – *economic costs*, vilken framgår av internkalkyler.

Skillnaden i förhållningssättet till olika kostnader kan illustreras av ett citat från Pindyck & Rubinfeld:

> ”Financial accountants tend to take a retrospective look at a firm’s finances because they have to keep track of assets and liabilities and evaluate past performance. […] Economists – and we hope managers – take a forward-looking view of the firm. They are concerned with allocation of scarce resources. Therefore, they care about what cost is likely to be in the future and about ways in which the firm might be able to rearrange its resources to lower its costs and improve its profitability.”[68]

I ekonomisk teori talas även mycket om begreppet alternativkostnader (*opportunity costs*), dvs. de kostnader som uppstår när företaget inte använder resurserna på bästa möjliga och mest effektiva sätt. Även om den faktiska kostnaden för att inte genomföra en transaktion är noll kan alternativkostnaden vara hög, motsvarande den vinst som skulle ha gjorts om transaktionen fullföljts. Den faktiska eller explicita kostnaden kan skilja sig markant från alternativkostnaden, vilken kan sägas vara en form av *economic costs*.

> Pindyck & Rubinfeldt använder ett exempel för att illustrera skillnaden mellan accounting costs och economic costs. Northwestern University Law School hade sedan länge varit beläget i ett attraktivt område vid i Chicago vid Lake Michigans strand. Universitetsområdet låg emellertid utanför Chicago i förorten Evanston. Under mitten 1970-talet planerades uppförande av en ny byggnad och beslut skulle fattas om lämplig lokalisering. Att vara kvar i Chicago var positivt med tanke på närheten till olika advokatbyråer, näringsliv och domstolar samtidigt som fakulteten ägde marken vid den dåvarande lokaliseringen. Att flytta till Evanston skulle å andra sidan möjliggöra en bättre integrering med resten av universitetet. Nackdelen med en flytt var dock att mark måste köpas in. Den explicita kostnaden att stanna kvar var därför noll eftersom fastigheten redan var betald (den nya byggna-

[68] Pindyck, R. S., Rubinfeld, D. L., *Microeconomics*, 5 uppl. Upper Saddle River, New Jersey 2001, s. 204.

den undantagen eftersom kostnaden skulle bli lika för uppförandet oavsett lokalisering). Alternativkostnaden blev emellertid hög. Det hade gått att sälja den nuvarande fastigheten med god förtjänst och köpa in mark billigt i anslutning till universitetsområdet.[69]

6.9.3.6 Marginalkostnad

Enligt ekonomisk teori anses en prissättning vara effektiv när priset sätts lika med marginalkostnaden, dvs. p = MC. Annorlunda uttryckt skall marginalintäkten sättas lika med marginalkostnaden (MR = MC). Så länge som det råder perfekt konkurrens på en marknad finns det inte utrymme för att ta ut ett högre pris än marginalkostnaden. Innebär detta att marginalkostnad kan användas som måttstock vid bedömning av korssubventionering? Nej, det är inte lämpligt, vilket skall visas nedan.

Marginalkostnaden mäter hur mycket kostnaden förändras när produktionsvolymen ökar en enhet. Marginalkostnad kan därför skrivas som:

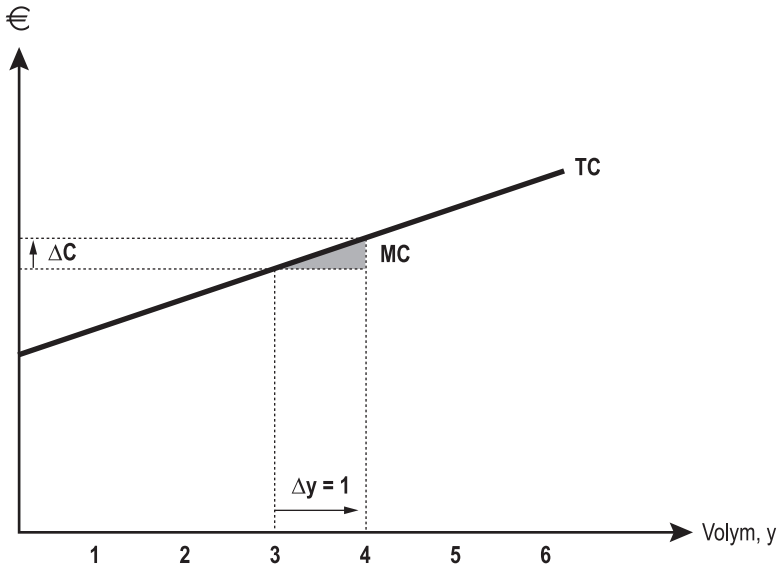
$$MC = \frac{\Delta C_y}{\Delta y} = \frac{\Delta TC}{\Delta y} = \frac{\Delta VC}{\Delta y}$$

Formel 1. Generell beräkning av marginalkostnad.

där ΔC_y är förändringen i kostnad när produktionen ökar till y enheter, dvs. förändringen i totala kostnader, TC. Eftersom fasta kostnader inte ändras kommer ändringen enbart att bestå av förändringen i rörliga kostnader, VC. Ändringen kan vara olika stor, men marginalkostnaden mäter *förändringstakten* i kostnader när volymen ökar. Det är av denna anledning som det vanligtvis sägs att MC motsvarar kostnadsökningen vid en enhet. Hur stor marginalkostnaden är beror även på vilken utgångsvolym som studeras. Om det skulle göras en mätning av margi-

[69] Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 205–206.

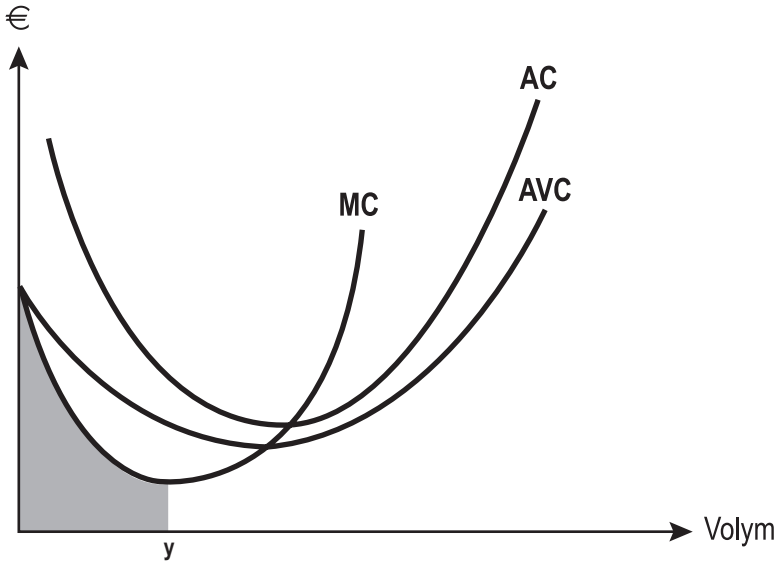
nalkostnaden vid varje given produktionsvolym kan alla MC-värden bindas samman till en kurva.



Figur 6.4. Grafisk illustration för marginalkostnaden när produktionen ökar en enhet. Fritt efter PTS-rapporten.

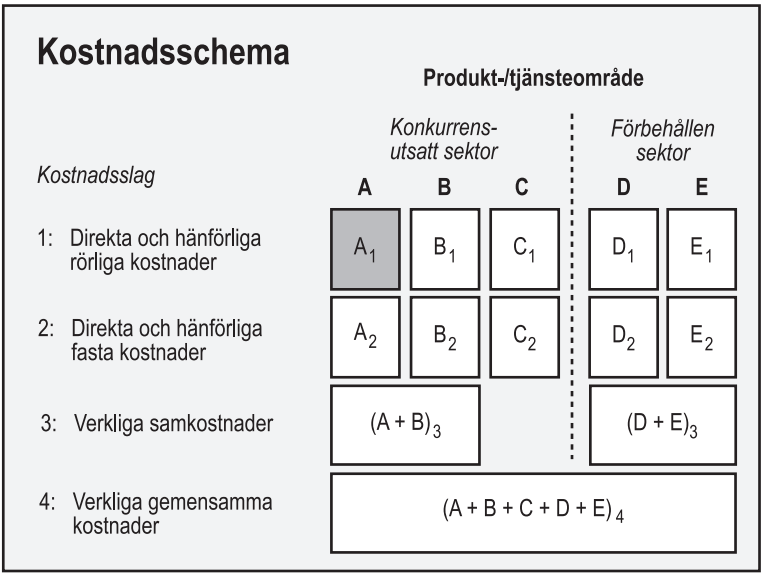
Ett vanligt förhållande när det gäller kostnader är att de genomsnittliga fasta kostnaderna per enhet minskar i takt med att volymen stiger. Omvänt gäller att de rörliga kostnaderna per producerad enhet kan vara låga vid mycket låga volymer, men kommer att öka i takt med att kapacitetstaket nås. När den befintliga infrastrukturen börjar få svårigheter att producera en större volym kommer även de rörliga kostnaderna att öka. Den genomsnittliga kostnaden per enhet kommer därför att inledningsvis minska för att vid en viss volym öka. Så länge som den genomsnittliga kostnaden minskar kommer marginalkostnaden att vara lägre än genomsnittliga rörliga kostnader, eftersom marginalkostnaden mäter förändringstakten i kostnader. När de genomsnittliga kostnaderna ökar

kommer marginalkostnaden att ligga över den genomsnittliga rörliga och totala kostnaden.



Figur 6.5. Marginalkostnadskurvan.

Eftersom marginalkostnaden motsvarar förändringen av rörliga kostnaden per enhet vid varje given volym kommer området under marginalkostnadskurvan i Figur 6.5 att motsvara företagets rörliga kostnader. Vid produktion av y enheter är det således området under marginalkostnader fram till y som motsvarar de rörliga kostnaderna som företaget har för den aktuella varan/tjänsten. Illustrerad med hjälp av kostnadsschemat motsvarar därför marginalkostnaden de direkta och hänförliga rörliga kostnaderna.



Figur 6.6. Marginalkostnaden illustrerad i kostnadsschemat.

Orsaken till varför marginalkostnad inte kan användas som måttstock vid korssubventionering är att resultatet skulle kunna bli fullständigt missvisande. I t.ex. telekombranschen är många gånger marginalkostnaden för att producera ytterligare ett samtal i det befintliga nätverket nära noll. Skulle en dominerande aktör tillåtas att sätta priser enbart motsvarande marginalkostnaden, dvs. de rörliga kostnaderna, kommer inga konkurrenter att kunna möta ett sådant pris. Dominantens pris skulle inte ge täckning för fasta kostnader, vilket skulle innebära att fasta kostnader och sektor 1:s del av samkostnader och gemensamma kostnader (se Figur 6.6 ovan) måste bäras av andra abonnenter. Korssubventionering är därför uppenbar och måttstocken räcker inte till för att påvisa en kritisk gräns som synbarligen ligger ovanför marginalkostnaden.[70]

[70] Jfr Nicolaides/Polmans, a.a. s. 29–33.

Omvänt gäller att om den dominerande aktören skulle tvingas sätta sina priser i paritet med marginalkostnaden så skulle inte priset ge bidrag till fasta kostnader och dominanten skulle därför avstå från att tillhandahålla den uppenbart olönsamma tjänsten.

Marginalkostnaden kan därför inte användas som kriterium för analys av korssubventioneringar; speciellt inte med tanke på att den särskilt är olämplig att använda i branscher där korssubventionering lättast kan uppkomma. En annan måttstock än MC måste därför användas, som både ur det dominerande företagets och konkurrenternas synvinkel ger möjlighet till täckning av fasta kostnader – annars finns det ingen anledning eller möjlighet för konkurrenter att etablera sig eller stanna kvar på marknaden.

Det största problemet med marginalkostnader i traditionell mening är att det är de kortsiktiga marginalkostnaderna som avses, dvs. *short run marginal cost* (SRMC). Som visats ovan slutar analysen när företaget har nått kapacitetstaket. I verkligheten kommer dock prissättningar och investeringsbeslut att vara mer långsiktiga än att inskränka sig till att beröra hur befintliga tillgångar utnyttjas. För att ansluta till diskussionen ovan om *accounting and economic costs* fattas beslut oftast med ett något mer långsiktigt perspektiv. Med den tidshorisonten i åtanke måste priserna även täcka fasta kostnader. På lång sikt är även fasta kostnader rörliga eller åtminstone kvasirörliga och därför används begreppet *long run marginal cost* (LRMC) som en beteckning för marginalkostnaden på lång sikt, dvs. även innefattande marginella kapacitetskostnader. Om LRMC skulle användas som norm för korssubventionering – dvs. att priser/intäkter måste täcka LRMC – förväntas alltså köparna bidraga till fasta kostnader för produkten/tjänsten i fråga, vilket inte skulle krävas om SRMC skulle användas som bedömningskriterium. Spänningen mellan de olika formerna av marginalkostnad förklaras av Heald:

> ”SRMC pricing is designed to encourage efficient use of available capacity whereas LRMC pricing is designed to signal to consumers the marginal costs of capacity expansion. The use of SRMC pricing may stimulate growth in demand which it would be inefficient to meet in the longer term,

> whilst the use of LRMC pricing may leave existing capacity underutilized”[71]

LRMC förefaller därför vara ett bättre mått än SRMC vid bedömning av korssubventionering. Det går emellertid inte att komma ifrån att marginalkostnaden är ett teoretiskt begrepp. LRMC må vara bättre än SRMC, men den är endast summan av alla SRMC kurvor. För att kunna gör en bedömning i praktiken krävs något mer konkret än en teoretisk tankemodell.

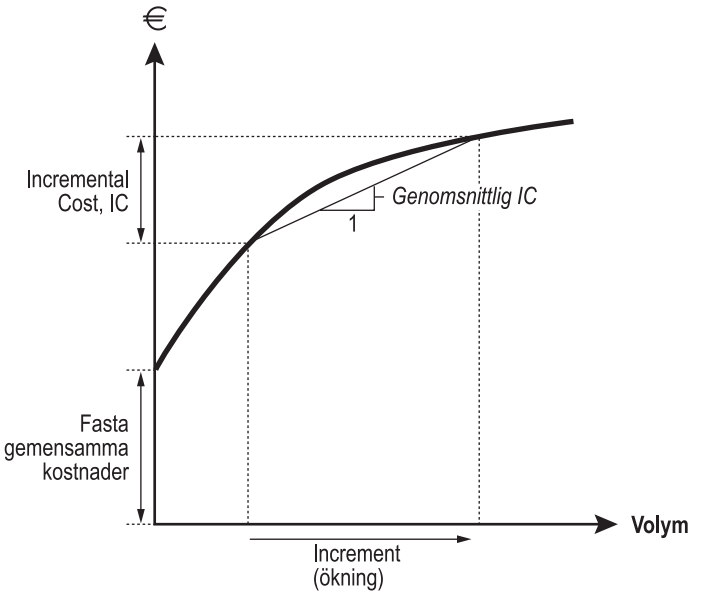
6.9.3.7 Incremental costs eller tjänstespecifika tilläggskostnader

Kommissionen förordar användning av särskilda tilläggskostnader eller *incremental costs* (IC), vilka är de tilläggskostnader som uppstår när ett företag skall producera ytterligare en vara eller tjänst. Det kan även sägas vara de särskilda tilläggskostnader som uppkommer när ett företag skall betjäna ytterligare en kategori av kunder eller konsumenter eller när ett företag skall tillhandahålla en ny produkt eller tjänst med hjälp av befintlig infrastruktur. IC används ibland som synonymt med marginalkostnad.[72] Detta är dock något missledande eftersom marginalkostnaden mäter ökningstakten i kostnader, medan IC mäter den faktiska nominella kostnadsökningen.

---

[71] Heald, 1996, a.a. s. 63.

[72] Se Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 209.



Figur 6.7. Beräkning av totala och genomsnittliga IC. Källa: PTS-rapporten.

När marginalkostnaden beräknar ökningstakten i kostnaderna beskriver sålunda IC istället hur mycket kostnaderna ökar vid en viss volym, oftast den volym som motsvarar en hel tjänst eller ett produktområde. I *Deutsche Post I* ansåg Kommissionen att IC endast omfattar sådana kostnader som uteslutande uppstår till följd av en enskild pakettjänst.

Generellt sett omfattar därför IC

- *Specifika – direkta och hänförliga – rörliga kostnader*, som uppstår att producera en specifik vara eller tjänst, dvs. sådana kostnader som varierar med volymen att producera den specifika varan eller tjänsten
- *Specifika – direkta och hänförliga – fasta kostnader* som uppstår speciellt för den aktuella varan eller tjänsten. En vara, tjänst eller ett helt företagsområde kan komma att kräva en egen infrastruktur, vars kostnad inte varierar med volymen.

Incremental costs omfattar däremot *inte*

- *gemensamma fasta kostnader*, dvs. fasta kostnader som inte är varu- eller tjänstespecifikt förbundna med en viss vara eller tjänst och som uppstår först när hela företagets varor eller tjänster utnyttjas. Detta kan t.ex. röra sig om koncerngemensamma funktioner som centrala ledningsstaber, vars kostnader finns oavsett antalet varor eller tjänster som produceras.[73]

I beräkningen av IC gäller det således att fördela kostnader och intäkter på respektive produkt- eller tjänsteområde och utesluta gemensamma kostnader. IC skall beräknas så att hänsyn tas endast till sådana tjänstespecifika kostnader som uteslutande uppstår vid utförandet av tjänsten i fråga. En alternativ definition av IC för en befintlig verksamhet är de kostnader som företaget undviker om verksamheten eller tjänsten i fråga helt skulle upphöra. Enligt Kommissionen måste det göras en åtskillnad mellan de gemensamma kostnaderna för att tillhandahålla infrastrukturen och de tjänstespecifika kostnaderna för enskilda tjänster. Ingen hänsyn skall således tas till gemensamma fasta kostnader vid uträkningen av IC.

DPAG:s särställning på marknaden medförde att hänsyn måste tas till den speciella funktion som DPAG hade skyldighet att tillhandahålla. Eftersom DPAG alltid måste ställa en viss given infrastruktur till förfogande för att klara det offentliga serviceuppdraget kom även kostnaderna för infrastrukturen att bli mer eller mindre fasta. Oavsett om DPAG tillhandahöll pakettjänster eller inte medförde det nationella serviceåtagandet att kapacitetskostnaderna för större delen av infrastrukturen utgjorde gemensamma fasta kostnader. Fokuseringen på tilläggs-

[73] I fallet 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, konstaterade Kommissionen att Deutsche Post hade en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla en reservkapacitet som var tillräcklig för att när som helst kunna täcka toppar i behovet av postkonstorstjänster inom ramen för lagstadgade kvalitetsramar. Deutsche Post hade rollen som *carrier of last resort*, vilket påverkade beräkningen av fasta kostnader. Genom att det fanns en skyldighet att tillhandahålla en infrastruktur ökade även andelen gemensamma fasta kostnader, eftersom kostnaden för infrastrukturen kvarstod oavsett om andra tjänster utfördes eller inte.

kostnaderna tillät att de merkostnader som DPAG hade för att tillhandahålla den lagstadgade närverkskapaciteten kunde beaktas på ett lämpligt sätt. Det krävdes, enligt Kommissionen, endast en täckning av de tjänstespecifika tilläggskostnaderna i frågan om DPAG:s verksamhet på området pakettjänster åt postorderhandeln för att verksamheten inte skulle anses korssubventioneras av andra verksamheter, t.ex. brevmonopolet. Tanken bakom resonemanget var alltså att den aktuella verksamheten inte skulle belastas med allmänna kostnader för tillhandahållande av nätverk, vilka DPAG fick på grund av ett offentligt serviceuppdrag.[74]

Kommissionen använder *incremental costs* och *attributable costs* parallellt i *Deutsche Post I*, när det sägs att DPAG ”[…] must earn revenue on this parcel service which at least covers the costs *attributable* to or *incremental* to producing the specific service [förf. markering].”[75]

Kommissionen säger även att hänförliga kostnader är sådana kostnader som ”[…] arise only where services other than over-the-counter parcel services are provided. These costs, which are dependent on the volume posted and arise solely as a function of the specific service, cease to exist if the service at issue is stopped.”[76] De relevanta kostnader som avses är således de kostnader som kan undvikas eller upphör om tjänsten eller verksamhetsområdet skulle läggas ned eller om företaget skulle avstå från att utveckla tjänsten. I den tyska versionen av beslutet nämns endast ”Leistungsspezifische Zusatzkosten”, dvs. prestationsspecifika tilläggskostnader.

6.9.3.7.1 Beräkning av storleken på LRIC

Hur stor IC kommer att vara beror av ett antal variabler, bl.a. hur stor omfattning den tillkommande verksamheten kommer att ha, vilken förväntad omsättning den kommer att få (påverkar marknadsföringsbudget, kapacitetskostnader m.m.) och vilken tidsperiod som ligger till

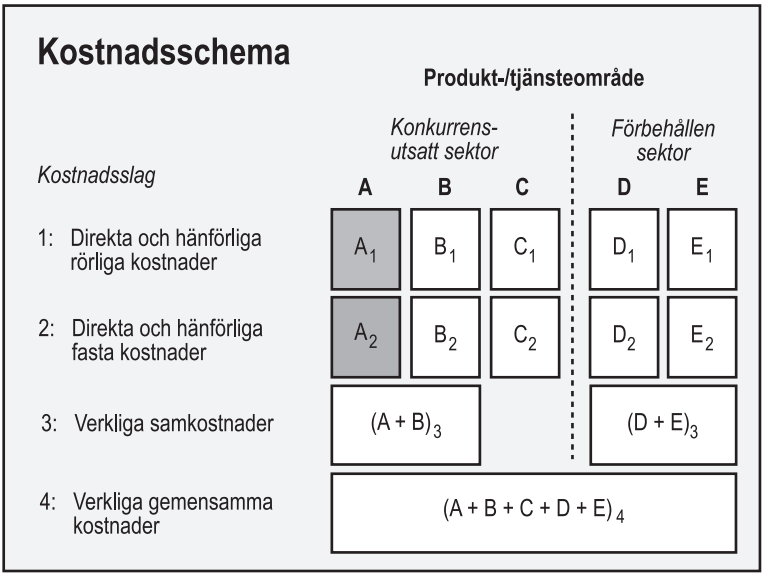
[74] Jfr 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 10.
[75] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 10.
[76] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 9.

grund för kalkylen (ju längre period, desto högre kostnader förutsatt att omfattningen ökar med tiden). I PTS-rapporten anses det dock praktiskt att dela in LRIC i tre huvudsakliga kateogier:[77]

1. En mindre förändring av utbudet genom att befintliga tjänster eller produkter kompletteras med en marginell tilläggstjänst/produkt. Detta kan ske t.ex. när ett postföretag inför en ny kategori av storlek eller vikt på brev – alltså ingen egentlig ny tjänst/produkt utan snarare en utveckling av sortimentet inom ramen för befintlig verksamhet. PTS-rapporten nämner att en sådan volymökning är likställd med en mätbar version av marginalkostnaden. Vad som avses med detta torde vara att tjänsten i fråga inte vänder sig i första hand till nya kunder – eller åtminstone endast marginellt. Det kan även vara fråga om att befintlig verksamhet ökar i volym utan att några nämnvärda förändringar görs kvalitetsmässigt. Volymförändringen medför en kostnadsökning som är hänförlig till tjänsten/produkten i frågan men det är inte något som leder till problem beträffande korssubventionering.
2. En något större förändring av utbudet genom att en helt ny tjänst/produkt införs som utökar det totala sortimentet.
3. En avsevärt stor förändring inträffar när ett företag lägger till en hel grupp av nya produkter eller tjänster. Det kan även röra sig om införandet av ett helt nytt affärsområde som omfattar en rad olika deltjänster/delprodukter.

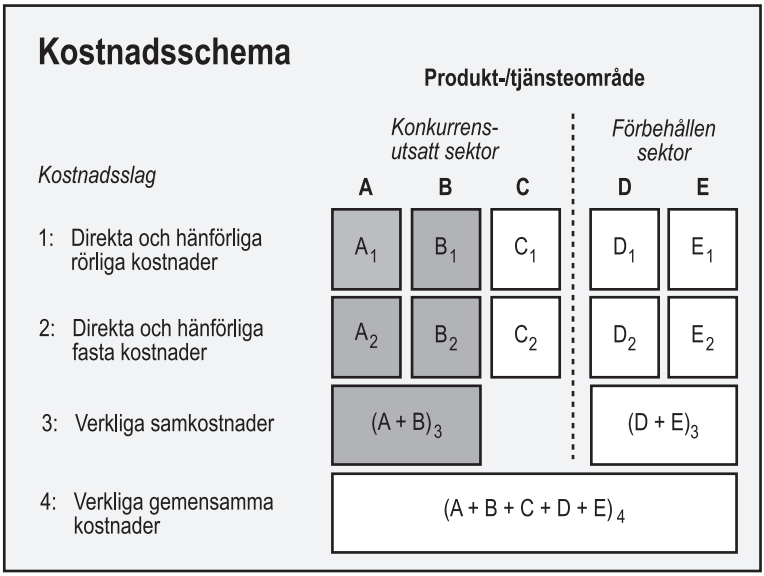
Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv på korssubventionering är det den andra och den tredje kategorin som är intressant att studera. Huruvida det är fråga om en enskild tjänst eller ett helt tjänste-/produktområde kan ha avgörande inverkan på hur stor LRIC slutligen kommer att vara.

[77] PTS-rapporten, s. 36.



Figur 6.8. IC för en enskild tjänst/produkt.

Storleken på LRIC kommer att vara beroende av hur omfattande den tillkommande tjänsten/produkten är. Om en hel grupp av tjänster introduceras och de har gemensamma kostnader som endast är hänförliga till gruppen skall dessa kostnader räknas med i LRIC. Om hela tjänste-/produktområdet inte skall vara mottagare av subventioner från andra områden krävs att intäkterna från området överstiger LRIC.



Figur 6.9. IC för en hel grupp av tjänster eller ett helt tjänsteområde.

De olika formerna av kostnader kan illustreras genom att använda posttjänster. Antag att en postoperatör med många anställda har en mycket omfattande infrastruktur i form av ett nätverk med terminaler och distributionsfordon m.m. Infrastrukturen används i utgångsläget endast för att befordra brev och privatpaket samt företagspost och paket mellan terminaler. Operatören bestämmer sig därefter för att börja konkurrera med några mindre och framgångsrika expressföretag som specialiserat sig på snabba dörr-till-dörr leveranser. Inga extra investeringar görs inledningsvis och de vanliga postbilarna får därför göra extra upphämtningar och utkörningar till/från de berörda företagen. Så småningom blir tjänsten populär hos kunderna och operatören måste investera i fler och större distributionsfordon och komplettera vagnparken med ett antal mindre distributionsbilar för att hantera hämtning/utkörning till/från terminalerna. I utgångsläget och på kort sikt kommer således IC i princip endast att bestå av drivmedelskostnader och andra rörliga kost-

nader eftersom kostnaden för fordon, terminaler och personal ändå måste bäras av operatören om han skulle välja att inte konkurrera på den nya marknaden. På lite längre sikt kommer IC att omfatta investerings- och driftskostnader för tillkommande fordon och personal, datasystem m.m. som enbart används för den tillkommande tjänsten. Det är dock noterbart att kostnaderna för terminaler och övrig infrastruktur fortfarande inte skall medräknas i LRIC.

6.9.3.7.2 SRIC och LRIC – relevant tidsperiod

Exempel i förra avsnittet visar att IC kan delas in i kortsiktiga IC (*short-run incremental costs, SRIC*) och långsikta IC (*long-run incremental costs, LRIC*), där LRIC inkluderar alla de specifika kapacitetskostnader som uppkommer vid producerandet av tilläggsvolymen eller tjänsten/produkten i fråga. Företag som skall fatta beslut huruvida en ny tjänst eller produkt skall tillhandahållas ställs inför faktum att tjänsten eller produkten i fråga kommer att orsaka direkta och hänförliga rörliga respektive fasta kostnader. Skulle företaget avstå från att tillhanda tjänsten/produkten uppkommer aldrig några tjänste-/produktspecifika fasta kostnader, varför dessa med en längre tidshorisont kan betraktas som rörliga. SRIC omfattar dock i princip endast rörliga kostnader.[78]

Som framgår av Figur 6.7 ovan kan kostnaderna vara olika över tiden såtillvida som de kanske ökar kraftigt till att börja med för att senare avta.[79] I anledning av detta kan beräkningsresultaten bli mycket olika om analysen baseras på SRIC. En någorlunda korrekt beskrivning skulle i princip förutsätta en konstant kostnadsfunktion. De kortsiktiga IC torde därför vara ett olämpligt mått.

Om totala LRIC delas med volymökningen erhålles genomsnittlig LRIC eller LRAIC (*long-run average incremental costs*), vilket i praktiken torde vara det mest praktiska måttet och när det talas om LRIC är

[78] Jfr Abbamonte, a.a. s. 416.

[79] Detta torde vara ett vanligt scenario eftersom de flesta tjänster kräver ett viss mått av initiala investeringar och ”sunk costs”, som gör att kostnadsökningen är högre när en ny produkt/tjänst lanseras än efter en viss försäljningsperiod.

det därför oftast LRAIC som avses när kostnaden skall ställas i relation till enhetspriser för en viss tjänst/produkt. LRAIC beräknas så att totala specifika tilläggskostnader (IC) för verksamhetsområdet delas med verksamhetsområdets totalvolym. Med utgångspunkt från kostnadsschemat i Figur 6.9 skulle en förenklad beräkningsmodell för ett kombinerat verksamhetsområde kunna skrivas som

$$LRAIC = \frac{A1 + A2 + B1 + B2 + (A + B)3}{Q_{A,B}},$$

där $Q_{A,B}$ är den totala volymen för verksamhetsområde A och B

Formel 2. Beräkning av genomsnittliga incremental costs.

Att genomsnittliga specifika tilläggskostnader är ett lämpligt mått stöds av att Kommissionen använder genomsnittliga specifika tilläggskostnader i sin bedömning av korssubventionering. I *Deutsche Post I* gjordes en beräkning av de genomsnittliga tilläggskostnaderna per styck för postorderhandeln, AIC-PH, som senare utgjorde underlaget för missbruksbedömningen. Vad avser relevant tidshorisont nämner inte Kommissionen om IC skall beräknas kortsiktigt eller långsiktigt, men bedömningen i *Deutsche Post I* avsåg perioden 1990 – 1998 och Kommissionen kunde konstatera de genomsnittliga specifika tilläggskostnaderna – AIC – hade täckts sedan 1996, dock inte under tiden dessförinnan. Kommissionen kunde konstatera missbruk under perioden 1990 – 1995, vilket tyder på ett långsiktigt analysunderlag, dvs. LRAIC, är relevant. Exemplet med posttjänster ovan visar att kortsiktiga IC inte kan vara en lämplig måttstock.[80] Vid överkapacitet i en monopolverksamhet kan SRIC vara mycket låga, varför det i så fall skulle vara tillåtet att sätta extremt låga priser till skada för andra aktörer. På lite längre sikt tillkommer dock kostnader som enbart är hänförliga till tjänsten i fråga. LRAIC är även av denna anledning ett lämpligt mått.

[80] Jfr även Bergman, M., a.a. s. 354. Bergman framhåller att det är oklart hur länge priserna måste sättas underskridande IC innan det kan anses vara ett missbruk. Om inte denna period är långsiktig finns det en risk för att alla former av förluster från dominerande företag med verksamhet inom en förbehållen och konkurrensutsatt sektor blir olagliga.

6.9.3.7.3 Historiska och framåtblickande kostnadsunderlag för LRIC

Huruvida historiska eller framtida kostnader skall ligga till grund för missbruksbedömningen hänger helt samman med vilket agerande som är ifrågasatt. Tre olika typfall kan illustrera vilka kostnader som är relevanta.

I det första fallet har ett dominerande företag tidigare korssubventionerat en viss verksamhet vilket kan ha fått till följd att konkurrensskada uppkommit, eller också har allvarlig risk därför varit förhanden. Dominanten kan härefter ha ändrat prissättningen avsevärt, ändrat eller upphört med verksamheten. Det avgörande är under alla omständigheter att den nuvarande prissättningen eller verksamheten väsentligen skiljer sig från den som förekom under den tidigare tidsperiod, under vilken prissättningen var satt ifråga. Nuvarande eller framtida kostnader har mycket litet att tillföra analysen i sådana fall och därför måste bedömningen helt baseras på de historiska kostnader som företaget hade under den aktuella perioden.

I det andra fallet tillhandahåller det dominerande företaget en vara eller tjänst till en viss prisnivå, som inte nämnvärt har förändrats sedan den introducerades. De kostnadsmässiga förutsättningarna är i stort likvärdiga i nuläget med den vid introduktionen. Situationen kan även vara den att företaget inte gör några större avvikelser från en ursprunglig kalkyl, där prissättningen visserligen skiljer sig under olika perioder, t.ex. med låga och tillfälliga introduktionserbjudanden och högre priser i senare skeden. Här kommer dels de historiska kostnaderna att vara viktiga att verifiera, men även de kalkylerade framtida kostnaderna eftersom prissättningen endast delvis baseras på de kostnader som hittills har realiserats.

I det tredje fallet kan företaget med god marginal ha täckt samtliga kostnader, eller åtminstone specifika tilläggskostnader fram till och med nu. I syfte att svara på en konkurrents marknadsföring planerar företaget stora ändringar för verksamheten, vilket påverkar sammansättningen och storleken av kostnaderna för den aktuella verksamheten. Vidare prissätts produkterna mycket lågt och kalkylerna tyder på att prissättningen kommer att fortsätta tillsvidare. Agerandet antas få ome-

delbara konsekvenser på marknaden och om en myndighet skall bedöma agerandet går det inte längre att ta hänsyn till historiska kostnader utan endast till de kostnader som kommer att uppstå framgent.

Typfallen visar att uträkningen av LRIC i en konkurrensrättslig analys kan baseras på *historic costs* eller *economic costs*, eller en kombination av båda.

6.9.3.7.4 Efterfrågans inverkan på LRIC

Att enbart se till kostnader kan förefalla vara ett statiskt sätt att se på korssubventionering. Priset bestäms inte bara utifrån vilka kostnader som ett företag har. I verkligheten måste ett företag ta hänsyn till de marknadskrafter som finns på marknaden och framförallt till efterfrågefaktorer. Om hänsyn tas till sådana faktorer kommer beräkningen av IC att bli betydligt mer komplicerad.[81] I utgångsläget är en verksamhet mottagare av en subvention eller otillåten korssubventionering om priset för verksamheten ligger under dess särskilda tilläggskostnader. Under sådana förhållanden kan det även vara nödvändigt att ta hänsyn till korspriselasticiteter. Efterfrågan kan mycket väl vara beskaffad så att om den tillkommande varan Y_2 prissätts under sina kostnader kan detta ha positiv inverkan på lönsamheten hos den ursprungliga produktionsvolymen Y_1, vilket mer än väl kompenserar olönsamheten hos Y_2. Kompletterande produkter kan uppvisa en sådan karaktär, där försäljningen av en produkt har positiv inverkan på försäljningen av en annan. Var för sig kan emellertid produkter ha svårt att klara sig. Omvänt, såsom där produkter är substitut, kan prissättningen på en produkt få en negativ inverkan på försäljningen av en annan produkt. En ren kostnadsbaserad form av IC kan betecknas som brutto IC medan IC, som tar hänsyn till efterfrågefaktorer, kan betecknas netto IC. En exakt uträkning av netto IC kommer med största sannolikhet att vara mycket svår att genomföra i praktiken eftersom det i allmänhet är komplicerat att i verkligheten beräkna efterfrågefunktioner, speciellt korspriselasticiteter. Att

[81] Se Heald, 1996, a.a. s. 59.

mäta korspriselasticiteter är emellertid inget nytt i konkurrensärenden, eftersom detta ingår i analysen av den relevanta marknaden. Redan här torde viss information gå att utläsa. Härutöver torde analys av netto IC kräva att en analys görs av företagets affärsplaner och uppföljningar, där produkters eller tjänsters korsvisa beroenden kan påvisas.

Kommissionen tar i sin analys av korssubventionering ingen explicit hänsyn till efterfrågans inverkan. Det skulle visserligen i *Deutsche Post I* kunna förklaras av att bedömningen endast avsåg en avgränsad tjänst och att pakettjänster för företag och det nationella brevmonopolet vare sig var utbytbara eller kompletterande, dvs. att efterfrågan på de respektive tjänsterna var helt oberoende av varandra.[82] Någon sådan utredning gjordes emellertid inte i fallet. Kommissionen synes därför ha baserat bedömningen av korssubventionering enbart på kostnader.

Ur ekonomisk synvinkel är ett sådant resonemang hållbart endast när olika varor eller tjänster har helt oberoende efterfrågefunktioner. Så snart varor eller tjänster uppvisar korsvisa beroenden i efterfrågan – positivt eller negativt – torde emellertid en uträkning av netto IC behöva göras.

6.9.3.7.5 Processkostnadsberäkning – uträkning av IC i praktiken

För att så exakt som möjligt kunna bedöma vilka kostnader som skulle bortfalla om tjänsten inte längre skulle tillhandahållas använder Kommissionen en arbetsmetod som kallas för *processkostnadsberäkning*, vilket innebär att analysen skall avse hela den värdeskapande kedjan (produktionsprocessen från ax till limpa s.a.s.) och i varje steg fastställa de specifika tilläggskostnaderna. Analysen går därför ut på en studie av samtliga aktiviteter i sekvensordning och att i varje steg fastställa IC. Summan av alla delprocesser blir således de totala specifika tilläggskostnaderna, eller *incremental cost* (IC).

[82] Kommissionen konstaterade i beslutet att ”[b]y reason of their characteristics, costs and uses, mail-order parcel services form one relevant product market.”, 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 26.

Kommissionens resonemang kring *incremental cost* kan illustreras av en sammanfattning av Kommissionens utredning[83]

Processkostnadsberäkning				
Steg	**Kostnadsslag**	**Pakettjänster**	**Nätverket**	**Gemensam andel**
1	Hämtning av storkunders paket	Bärs till 100 % av affärsområdet pakettjänster	Nej, förekommer inte	0 %
2	Stationär hantering kodning & sortering	Personal- och material-kostnader för pakettjänster	Personal- och material-kostnader för brevtjänster och privatpaket	Kapitalkostnader för 33 frakttermi-naler och 476 utdelningsställen
3	Fjärrtransporter mellan inlämnings- och destinations-terminaler	Inga egna tilläggs-kostnader	Inga egna tilläggs-kostnader	Lagstadgad kvalitet gör fjärr-transporter till 100 % gemen-sam kostnad
4	Regionala och lokala transpor-ter mellan frakt-terminaler och utdelningsställen	50 % av kostnaden är tillförlig paket-tjänster	Inga egna tilläggs-kostnader	50 % är gemensamma kostnader till följd av lag-stadgat kvalitets-krav
5	Körning till mottagare	Endast till mindre del tjänstespecifika	Endast till mindre del tjänstespecifika	Till större delen gemensamma kostnader
6	Utdelning till mottagare	Till större delen tjänstespecifik	Till större delen tjänstespecifik	Mycket små gemensamma kostnader

[83] Jfr Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 12–16.

Kommissionens uträkning i de olika stegen är central i analysen och skall därför kommenteras särskilt.

1. *Insamling*. Postfilialerna eller servicekontorens luckor tog inte emot postorderhandelns paket och DPAG ombesörjde hämtning av samtliga paket för direkt transport till fraktterminalerna. Endast en kund levererade själv direkt till fraktterminalen. Kostnaderna för hämtning var därför uteslutande hänförliga till pakettjänsten och skulle bortfalla helt om tjänsten upphörde.
2. *Stationär hantering*. När paketen hade hämtats skulle samtliga avgiftsberäknas, förses med kodetiketter och sorteras. Kostnaderna för fraktterminalen kunde inte tillskrivas någon speciell tjänst så länge som det lagstadgade uppdraget att tillhanda kapacitet kvarstod. Kostnaderna för personal och material var dock beroende av paketvolymerna, varför kostnaderna härför som var hänförliga till pakettjänster skulle räknas in i IC.
3. *Fjärrtransporter.* Transporterna mellan de 33 olika inlämnings- och destinationsterminaler måste, på grund av det lagstadgade kvalitetskravet, genomföras oavsett vilken volym som skulle fraktas mellan terminalerna. Mot bakgrund av att kvalitetskravet stadgade att försändelser måste kunna delas ut inom två dagar från inlämnandet måste varje terminal ha en daglig förbindelse med alla andra terminaler, vilket sammantaget medförde 1.056 dagliga fjärrtransporter (32 turer per terminal x 33 terminaler). Kostnaden för fjärrtransporterna kunde därför inte tillskrivas pakettjänsterna.
4. *Regionala och lokala transporter.* Efter transport till terminalerna skulle försändelserna fördelas ut till de 476 olika regionala utdelningsställena. Enligt Kommissionens beräkning kunde hälften av dessa transporter sparas in om pakettjänsten skulle upphöra, varför pakettjänsterna skulle bära 50 % av kostnaderna för dessa transporter.
5. *Körning / utdelningsrundor.* Från utdelningsställena skulle försändelserna spridas till mottagaren. Kostnaden härför kunde delas upp i körning (av postbilen) och själva utdelningen. Körningen kunde inte sägas vara tjänstespecifik annat än om en hel utkörningsrunda

kunde dras in eller läggas samman med en annan om pakettjänsterna upphörde. Endast en mindre del av körningskostnaden var därför hänförlig till pakettjänster.

6. *Utdelning*. Själva utdelningen när det gällde postorderpaket kunde dock vara helt hänförlig till pakettjänster eftersom den gjordes helt separat från övrig utdelning.

När samtliga tilläggskostnader har beräknats i varje steg i värdekedjan skall delsummorna sammanräknas till en total tilläggskostnad. Härefter beräknas den genomsnittliga tilläggskostnaden för den studerade tidsperioden och den aktuella volymen.[84]

6.9.3.7.6 Hänsynstagande till alternativkostnader

I avsnitt 6.9.3.5 ovan behandlades frågan om *opportunity costs* eller alternativkostnad. Om ett företag står inför ett beslut att välja mellan att tillhandahålla en av två olika verksamheter kan valet av ena verksamheten innebära att kostnader uppstår i form av uteblivna besparingar på ett annat område etc. Fjell m.fl. anser att alternativkostnaden i princip bör inkluderas i beräkning av IC.[85]

Fjell använder som exempel en kommun som väljer att använda en lokal till egen verksamhet utan att belasta verksamheten med kostnader för lokalen. I ett sådant fall blir alternativkostnaden den marknadshyra som kommunen går miste om och bör således räknas in i IC. Anledningen härtill är att konkurrenter inte har samma möjlighet som kommunen att få tillgång till gratis lokaler samtidigt som kommunen kunde ha fått ett bättre resultat om lokalerna hyrts ut. Fjell framhåller dock att när det inte finns någon marknad för en bestämd insatsfaktor, kan det vara svårt att beräkna alternativkostnaden.

Även Nicolaides synes i viss mån ansluta sig till Fjells resonemang. Beträffande de regionala och lokala transporterna mellan fraktterminaler och regionala utdelningsställen i *Deutsche Post I* konstaterade Kom-

---

[84] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 17.

[85] Fjell m.fl., a.a. s. 23–24.

missionen att DPAG nyttjade dessa transporter för både den reglerade verksamheten och den konkurrensutsatta verksamheten. Pakettjänsterna stod för hälften av volymen och i anledning av detta hänförde Kommissionen hälften av kostnaderna såsom tjänstespecifika till paketområdet. Nicolaides anser att detta var felaktigt och att Kommissionen istället borde ha undersökt hur många fraktterminaler och utdelningsställen som skulle behövas för att uppfylla den lagstadgade serviceskyldigheten.[86] Bara för att pakettjänster stod för hälften av leveransvolymen betydde inte detta att pakettjänster måste bära hälften av kostnaderna för terminaler och transporter. I anslutning till sin kritik mot Kommissionens allokeringsmetoder säger dock Nicolaides att det inte finns någon bra och enhetlig metod att allokera kostnader. Ett ständigt återkommande problem är att stora etablerade företag alltid kommer att ha ett försprång mot nya aktörer, som ofta söker sig till vissa nischer i branschen. Det synes ligga i sakens natur att något företag knappast kan etablera en ställning på marknaden liknande den som ett tidigare postverk har efter en avreglering. Marknadspositionen är snarare sprungen ur avsaknaden av någon enskild aktör med incitament eller möjlighet att tillhandahålla en landsomfattande verksamhet liknande den som gamla Deutsche Bundespost hade. När verksamheten sedermera avregleras finns det stora möjligheter för en tidigare monopoloperatör att utnyttja de konkurrensfördelar som en omfattande infrastruktur eller ett nätverk för med sig.

Från ekonomisk synpunkt är argumentet om alternativkostnader riktigt, men det är tveksamt om det i praktiken går att fästa något avseende därvid. Även om det skulle finnas ett marknadspris för att beräkna alternativkostnaden, är det inte säkert att en alternativ användning av resurserna behöver vara den långsiktigt bästa och mest effektiva lösningen för ett dominerande företag. Det skulle dessutom innebära att företaget inte bara måste täcka de specifika tilläggskostnaderna utan även alla de intäkter som uteblir, alternativt kostnader som kvarstår, vid ett visst val

[86] Nicolaides, P., *Effective Competition in Network industries: An assessment of Commission Decision 2001/354 imposing a fine on Deutsche Post for abusing its dominant position in parcel delivery*, ECLR, 2001, s. 392.

av hur infrastrukturen används. Härtill kommer problematiken med att belasta en verksamhet med rent hypotetiska kostnader, dvs. att justera en kostnad med nettobidraget av tänkt användning av resurserna som aldrig blir verklighet. Utrymmet för skönsmässig bedömning kan bli mycket stort. Ett kostnadsunderlag som vilar på en sådan arbiträr bas kan svårligen anses vara lämpligt i en konkurrensrättslig analys.

6.9.3.7.7 Utvärdering av incremental cost standarden

Ur ett ekonomiskt perspektiv och i effektivitetshänseende är det inget fel i att ett företag utnyttjar de diversifieringsfördelar som uppkommer genom möjligheterna att nyttja ledig kapacitet i en befintlig infrastruktur för att tillhandahålla en ny tjänst/produkt. Så länge som intäkterna täcker de specifika kostnader som den tillkommande verksamheten ger upphov till blir företagets verksamheter mer effektiva, totalt sett. Lüder framhåller att möjligheten att erbjuda lägre priser tack vare högre nyttjandegrad gynnar kunderna och att det inte finns något stöd i ekonomisk teori för att det skulle vara mer effektivt att fördela ut totala kostnader – alltså även gemensamma kostnader – till alla verksamhetsområden. Användning av IC som referenskostnad motverkar därför inte de kostnadsmässigt positiva synergieffekter som uppstår genom diversifieringsfördelar eller *economies of scope*. Vidare är det troligt att endast priser som underskrider IC verkligen kan skada konkurrenter. Om intäkterna överstiger IC, täcks de specifika kostnaderna för tjänsten i fråga och ger dessutom ett bidrag till täckande av gemensamma kostnader.[87] Såväl ur praktisk som ur teoretisk ekonomisk synpunkt är därför IC ett lämpligt mått för test av korssubventioneringar.[88]

Metoden har kritiserats för att den inte tar hänsyn till kostnader för infrastruktur som oundgängligen är en förutsättning för att tjänsten i frågan skall kunna tillhandahållas. Med andra ord borde tjänsten i fråga

---

[87] Se tal av Lüder, T., *A new Standard for Predatory Pricing*, Presentation at the IBC Conference on Postal Services, 18 june 2002, Brussels, s. 2–3. Se även Nicolaides, a.a. s. 390–393.

[88] Jfr Bradley, M. D., Colvin, J., Panzar, J. C., *On Setting Prices and Testing Cross-Subsidy with Accounting Data*, Journal of Regulatory Economics, 1999, s. 83–100.

även tvingas bära åtminstone sin andel av de gemensamma kostnaderna. Kritiken går således ut på att metoden överdriver bördan av att vara en *carrier of last resort*.[89] I *Deutsche Post I* konstaterade Kommissionen att alla pakettjänster i Tyskland var avreglerade och sålunda konkurrensutsatta. Marknaden omfattande huvudsakligen pakettjänster för postorderhandeln (s.k business-to-consumer, B2C) och företagspaket (business-to-business, B2B). IC-metoden innebär att varje enskild tjänst måste täcka sina egna tilläggskostnader, vilket framgår av Figur 6.8. Totalt sett måste emellertid samtliga konkurrensutsatta tjänster täcka sina kombinerade tilläggskostnader i form av samkostnader för de kombinerade tjänsterna, se Figur 6.9. Lüder sammanfattar detta så att tre villkor måste vara uppfyllda.

- B2C-tjänsten måste täcka sina egna specifika tilläggskostnader,
- B2B-tjänsten måste täcka sina egna specifika tilläggskostnader,
- Båda tjänsterna måste gemensamt täcka de specifika tilläggskostnader som uppstår för att tillhandahålla de kombinerade tjänsterna.[90]

I *Deutsche Post I* saknades täckning redan för B2C-tjänsten och därmed behövdes ingen vidare utredning av om agerandet klarade det kombinerade testet. Kritiken att metoden underallokerar kostnader torde därför inte vara välgrundad.

En annan kritik, som går i motsatt riktning, menar att IC-metoden kan överallokera kostnader till en viss verksamhet. Anledningen härtill är att om det finns få eller inga synergier mellan tjänster kan IC bli mycket hög.[91] Om tillhandahållet av en konkurrensutsatt tjänst inte på något sätt kan dra nytta av befintlig infrastruktur från en förbehållen verksamhet kommer verksamheten att tvingas bära relativt höga kostnader; även kostnader för infrastruktur. Kritiken missar här faktum att om det inte finns några diversifieringsfördelar i att tillhandahålla ytterligare en

---

[89] Se Lüder, a.a. s. 9-10 och Niederprüm, A., *Quersubventionierung und Wettbewerb im Postmarkt*, Diskussionsbeitrag Nr. 225, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste (WIK), s. 70.

[90] Lüder, a.a. s. 10. Detta framgår även Faulhabertestet, se avsnitt 6.9.3.12 nedan.

[91] Se Bergman, a.a. s. 353–354.

tjänst, så finns det heller ingen korssubventionering. Den tillkommande verksamheten kommer därför att vara helt oberoende av den ursprungliga verksamheten. Visserligen kan en förlustbringande verksamhet även korssubventioneras av helt annan verksamhet som inte har något samband med tjänsten i fråga, men då är det snarare fråga om en traditionell form av underprissättning. IC-testen tar sikte på att komma tillrätta med den speciella problematik som är förenad med *multi-service undertakings*, där tjänsterna delar infrastruktur. Om verksamheterna är helt oberoende av varandra och det inte finns något utbyte dem emellan har förutsättningarna för korssubventionering upphört. Genom att kostnaderna är ”rätt” allokerade och fullt synliga kommer en förlustbringande försäljning likaledes att bli synlig och det blir istället fråga om en traditionell underprissättning. Att sedan IC-testet i sig själv skulle ge ett missvisande resultat stämmer därför inte. Antag att det inte fanns några diversifieringsfördelar och att IC därmed var lika stor som en nyetableringskostnad samt att intäkterna gav full täckning för IC. Skulle andra aktörer i det läget fortfarande konkurreras ut, så är orsaken härtill endast att de är mindre effektiva än det dominerande företaget. Metoden kan därför heller inte sägas överallokera kostnader till en viss verksamhet.

En nackdel med IC eller LRIC ligger framförallt i svårigheterna att göra en mätning av kostnaderna med acceptabel noggrannhet. Det kan vara svårt att se vilken tidsperiod som kommer att vara relevant, men även vilken omfattning som verksamheten kommer att få. Därmed blir själva storleken av kostnaderna svår att förutse. Även om omfattningen kan fastställas, så kan en korrekt uträkning av LRIC bli mycket komplex och svår att genomföra i verkligheten. I och med att uträkningen till stor del baseras på en bedömning av vilka framtida kostnader som företaget kommer att ha finns det en risk för att metoden inte klarar av att bli tillräcklig förutsebar och transperent för att den skall kunna ligga till grund för ett juridiskt test av ett företags prissättningsmetoder.[92] Teoretiskt kan en prissättning ifrågasättas från första dagen den tillhandahålls, i vilket fall företagets interna produkt eller tjänstekalkyler blir avgörande

[92] Se PTS-rapporten, s. 38.

bedömningsunderlag. I praktiken är det mera troligt att verksamheten där prissättningen ifrågasätts åtminstone måste vara etablerad. Därmed torde det även finnas vissa kostnadsunderlag och kalkyler att tillgå, utifrån vilka analysen av prissättningen kan genomföras. Ju närmare en bedömning görs i förhållande till produktens/tjänstens introduktion desto viktigare blir företagets interna kalkyler som underlag. Om verksamheten är väl etablerad torde en rimlig ordning vara att en jämförelse görs mellan kalkylerna och faktiska utfall. Ett visst mått av försiktighet torde, som redan nämnts behöva iakttas vid användning av historiska IC om bedömningen gäller den nuvarande prissättningen. Om kalkyler har reviderats och ändrats i väsentlig mån kan detta ge indikation om hur stort värde som skall fästas vid historiska kostnader. I vart fall torde uppgifter från företagets redovisning samt kalkyler göra det möjligt att fastställa IC. Som visats ovan har företagen i vissa fall en skyldighet att föra en detaljerad redovisning. I enlighet med vad som redogörs för i avsnitt 10.3.7.8 nedan räcker det även för en myndighet att göra sannolikt att en prissättning snedvrider konkurrensen för att bevisbördan skall läggas på företaget att styrka motsatsen. Härmed har dominerande företag att räkna med att intern redovisning samt för- och efterkalkyler kan behöva göras tillgängliga. Sammantaget torde därför det inte finnas några oöverstigliga hinder att beräkna IC.

Ett annat problem är att den *ursprungliga* produkt- eller tjänstevolymen måste bära alla gemensamma kostnader. I fråga om post- och televerksamhet är det kanske uppenbart vilken verksamhet som är ursprunglig och vilken som är tillkommande. Det måste likväl framhållas att det är av stor vikt att klassificera verksamheterna ”i rätt tågordning”. I litteraturen talas om primära och sekundära verksamheter, där primära verksamheter är sådana som företaget har i utgångsläget (dvs. den ursprungliga verksamheten), medan de sekundära är den nya produkten/tjänsten (tillkommande verksamhet). Skulle de olika tjänsterna av någon anledning klassificeras felaktigt samtidigt som de gemensamma kostnaderna är mycket höga, kan resultatet bli helt missvisande.[93]

[93] Se Heald, 1994, a.a. s. 7.

Svårigheterna till trots är dock metoden mycket bra för att fastställa vilka relevanta kostnader som uppkommer när ett företag skall tillhandahålla ännu en tjänst/produkt. Metoden tar ett långsiktigt perspektiv på alla de relevanta kostnader som ett företag måste täcka för att kunna driva verksamheten med lönsamhet. En olönsam verksamhet kan inte fortsätta på lång sikt och måste därför kompenseras med vinstmedel från andra verksamheter.

6.9.3.8 Stand-alone costs

Ett hypotetiskt sätt att beräkna kostnader är *stand-alone costs* (SAC) vilket närmast kan översättas med nyetableringskostnader. SAC tar bort fokus från frågan om allokering av kostnader. Metoden försöker istället fastställa vilka totala kostnader som skulle uppkomma om verksamheten i fråga skulle startas från grunden utan hjälp av en redan existerande infrastruktur. Vad skulle de gemensnittliga kostnaderna vara om verksamheten skulle sättas upp *ex novo*, dvs. utan hjälp av den befintliga infrastrukturen?

I allmänhet sägs att försäljningsvolymen inom ett verksamhetsområde, j, inte är en källa till korssubventionering om intäkterna som erhålles, dvs. priset gånger volymen, är lägre än SAC eller att $p_j = SAC_j$.[94]

Eftersom SAC är en rent hypotetisk kostnad och troligen aldrig uppkommer i praktiken, är den relativt svår att definiera. Heald framhåller att hänsyn måste tas till bl.a. teknikutvecklingen, det stora informationsbehovet, problemet med asymmetrisk information samt problematiken med diversifieringsfördelar.[95]

---

[94] Jfr Heald, 1996, a.a. s. 57 och Abbamonte, a.a. s. 417. Lenard m.fl. betonar att SAC-testet också är framtaget för att försäkra konsumenterna om att den förbehållna sektorn inte tar ut oskäligt höga priser. Se Lenard, T., Bettendorf, M. M., McGonegal, S., *Stand-Alone Costs, Ramsey Prices, and Postal Rates*, Journal of Regulatory Economics, 1992, s. 249. Detta speglar således den konkurrensrättsliga problematiken med korssubventionering, nämligen ett otillbörligt överutnyttjande av en förbehållen sektor, med hjälp av vilket ett otillbörligt lågt pris subventioneras på en konkurrensutsatt sektor.

[95] Se Heald, 1996, a.a. s. 57–58.

För det första krävs kunskap både om den existerande produktionsteknologin och andra alternativa sätt som kanske inte har provats av företaget tidigare för att kunna beräkna den hypotetiska kostnaden för att starta upp vad en ny tillverkning kräver. Det kan vara så att ett dominerande företag sitter kvar i en viss produktionsteknologi tack vare tidigare gjorda investeringar som ännu inte är avskrivna, samtidigt som nydanande teknik gör det möjligt att använda alternativa, kanske mer effektiva och mindre kostsamma metoder.

För det andra kan teknikutvecklingen och graden av skalekonomier ha stor inverkan på det hypotetiska SAC-begreppet. Om teknikutvecklingen går mycket långsamt och/eller skal- och diversifieringsekonomierna är betydande, så kommer SAC att vara mycket höga, vilket kan vara en god grogrund för en monopolliknande ställning, där det dominerande företaget skönsmässigt kan fördela kostnader och göra monopolvinster. Skulle å andra sidan teknikutvecklingen vara mycket snabb och etableringshindren låga kommer SAC att bli relativt låg, vilket kan vara problematiskt för ett dominerande företag med många produkter och höga initiala investeringar som inte kan kapitaliseras vid avveckling – s.k. *sunk costs*. Intäkterna från en tillkommande produkt kan bli relativt stora och kan betraktas som en källa till subventionering av andra produkter inte på grund av att priset överstiger de verkliga kostnaderna för det dominerande företaget utan på grund av att teknikutvecklingen ger ett lågt, hypotetiskt, SAC.

En fråga för konkurrensvårdande myndigheter blir därför om SAC skall bestämmas enbart utifrån från det dominerande företagets befintliga tillverkningsteknologi eller om en alternativ teknik skall utgöra basen för beräkning av SAC. I och med att SAC är en hypotetisk kostnad och skall spegla en tänkt nyetablering kan det finnas goda skäl för att låta en alternativ och billigare teknologi utgöra underlaget för SAC. I så fall finns det dock risk för att det dominerande företaget inte uppvisar någon källa till korssubventionering, åtminstone i teorin. Utan medel att subventionera med kan följaktligen heller inte någon korssubventionering uppstå. Ett sådant resonemang förbiser dock vad som händer i verkligheten, dvs. det kan finnas en verksamhet, för vilken nyetableringskostnaden i befintligt skick verkligen är relativt stor och att en

korssubventionering verkligen sker under nuvarande förutsättningar. Å andra sidan kan det invändas mot ett sådant resonemang att det dominerande företaget genom att använda en föråldrad teknologi gör sig skyldigt till korssubventionering samtidigt som en sådan teknik inte skulle klara konkurrensen från en ny teknik. Frågan blir därför om korssubventionering i ett sådant fall verkligen är skadlig för konkurrensen. Nya aktörer på marknaden kan genom användning av ny teknik konkurrera oavsett om korssubventionering föreligger eller inte. Resonemanget förutsätter emellertid en stor rörlighet i den aktuella branschen, såtillvida som den billigare tekniken är allmänt och omedelbart tillgänglig samtidigt som inträdesbarriärerna är mycket låga. Skulle branschen ha alla dessa förutsättningar skulle även sannolikheten för dominans minska och det verkar praktiskt orimligt att bygga analysen på en sådan typsituation. Trots att en alternativ teknologi i teorin gör det möjligt för konkurrenter att ta stora marknadsandelar kan alltså en korssubventionering i praktiken snedvrida konkurrensen allvarligt, även om den bygger på en äldre teknik. Det förefaller därför rimligt att vid beräkning av SAC hänsyn måste tas det dominerande företagets nuvarande verkliga förutsättningar och inte till vad som i teorin skulle ha varit möjligt.

För det tredje talar ett annat skäl mot användning av alternativa kostnadsunderlag till dem som det dominerande företaget verkligen har, nämligen svårigheten att prognostisera en teknikutveckling under en längre period. Även om möjligheten finns att med tillräcklig säkerhet fastställa vilka alternativa tekniker som står till buds kommer informationsbehovet troligtvis att vara mycket stort, speciellt i sådana branscher där teknikutvecklingen går mycket snabbt. Information måste inhämtas om hur snabbt tekniken utvecklas och vilken inverkan detta har på kostnader.

Slutligen är det ofta svårt att objektivt fastställa vilka kostnader som uppstår i samband med nyetableringar. Heald betonar betydelsen av asymmetrisk informationsfördelning: Det dominerande företaget kan ha mycket bättre kunskaper om kostnaderna för en viss produktionsprocess än myndigheterna och en potentiell konkurrent, medan en nytillkommande aktör kan ha mycket bättre kunskaper om alternativa tekni-

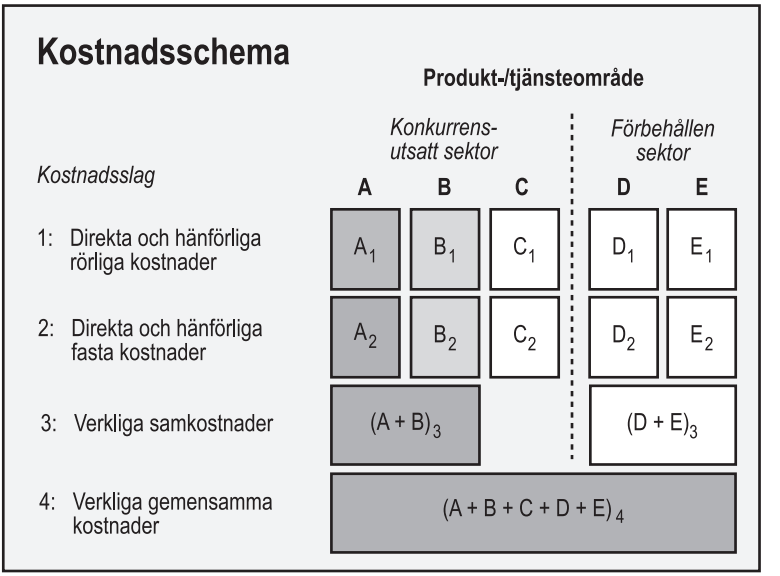
ker än lagstiftaren och det dominerande företaget.[96] I båda fallen kan det vara svårt för en domstol eller myndighet att objektiv fastställa vad som skall vara SAC. Ur praktisk synvinkel torde det dock vara lättare att fastställa SAC utifrån ett företags faktiska kostnader. Hänsynstagande till alternativa tekniker riskerar att leda till en mer skönsmässig bedömning.

6.9.3.8.1 Beräkning SAC i praktiken

Det framgår av kostnadsschemat i Figur 6.10 att SAC kan delas upp i direkta och hänförliga rörliga och fasta kostnader, samkostnader och gemensamma kostnader. Så framgår av framställning om IC i 6.9.3.7 ovan utgör IC för en enskild tjänst/produkt dessa direkta och hänförliga fasta respektive rörliga kostnader. SAC för detta område beräknas genom att samkostnader och samtliga gemensamma kostnader läggs till. Omfattar bedömningen ett verksamhetsområde kan även samkostnader behöva läggas till. Härefter räcker det med vid beräkningen av SAC att lägga till samtliga gemensamma kostnader.

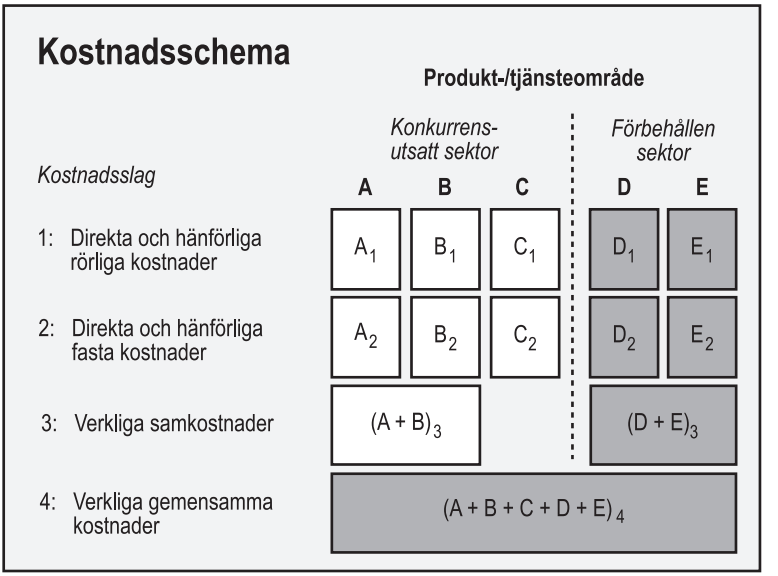
SAC kan beräknas för olika verksamhetsområden, t.ex. ett enskilt konkurrensutsatt produkt- eller tjänsteområde, men även för en grupp av tjänster från samma område.

[96] Heald, 1996, a. st.



Figur 6.10. SAC för ett enskilt produkt-/tjänsteområde. Vid beräkning av SAC för område A och B tillkommer B_1 och B_2.

I konkurrensrättsliga sammanhang är det emellertid större risk att ett dominerande företag använder vinstmedel från den förbehållna sektorn till att täcka låga priser inom den konkurrensutsatta sektorn. SAC kan därför även beräknas för den sektorn.



Figur 6.11. SAC för en förbehållen sektor.

6.9.3.9 Fully distributed costs

Genom att på ett systematiskt sätt allokera samtliga kostnader – även samkostnader – till en viss produkt- eller tjänstevolym erhålles *fully distributed costs* (FDC) eller *fully allocated costs*. Metoden går enkelt uttryckt ut på att fördela ut samtliga kostnader som företaget har till alla de produkter/tjänster som saluförs. Kostnaderna jämförs sedan med priset för den aktuella varan/tjänsten.

6.9.3.9.1 Steg 1: Fastställande av relevanta kostnader

Att fördela ut produktspecifika kostnader medför troligtvis inga större problem men det kan vara svårare att både periodisera och allokera olika former av gemensamma kostnader. Heald framhåller att två olika

frågor måste beaktas.[97] För det första finns det inga givna svar på hur FDC skall genomföras i praktiken och det finns risk för att svaret på vad som är en optimal kostnadsfördelning blir beroende av fördelningsmetoden. För det andra kan myndigheter i reglerade branscher ha förordat någon speciell kalkyleringsmetod som ger detaljerade svar på hur kostnader skall allokeras. Sådana metoder kan ge upphov till allvarliga problemställningar. Visserligen ger detaljerade kalkyleringsmodeller en bra förutsebarhet och goda möjligheter till jämförelser för att fastställa bl.a. korssubventioneringar, men samtidigt kan det uppstå problem genom att det inte med säkerhet går att säga om den valda kalkyleringsmodellen kommer att möjliggöra en hög effektivitet i branschen. Det finns därför ingen enskild ”rätt” metod att applicera på fördelningsnycklar för t.ex. overheadkostnader och andra gemensamma kostnader. Vad som däremot förefaller vara klart är att det rör sig om fördelning av faktiska, redovisade kostnader (*accounting costs*), dvs. sådana kostnader som företaget har, vid tidpunkten för bedömningen, hämtat ut bokföringen. Diskonterade framtida kostnader skall därför inte tas med i beräkningen. FDC är därför ”backward-looking” och ser mer till historiska kostnader.

Enligt Heald finns det tre väletablerade former för fördelning av kostnader enligt FDC.[98]

- *Direct*. Med en direkt fördelningsmetod allokeras kostnader från serviceavdelningar ut till produktionsavdelningarna. Ingen fördelning av kostnader görs mellan serviceavdelningarna. Så snart kostnaden för en serviceavdelning har fördelats tas ingen mer hänsyn till dessa kostnader. Även om det finns serviceavdelningar som använder tjänster hos andra serviceavdelningar är samtliga kostnader redan allokerade och det finns ingen möjlighet att allokera kostnader korsvis mellan serviceavdelningar.
- *Step-down / Stepwise*. En nedåtgående fördelningsmetod innebär att kostnader från serviceavdelningar i ett tidigt skede av förädlingspro-

[97] Heald, 1994, a.a. s. 5.
[98] Se Heald, 1996, a.a. s. 56–57.

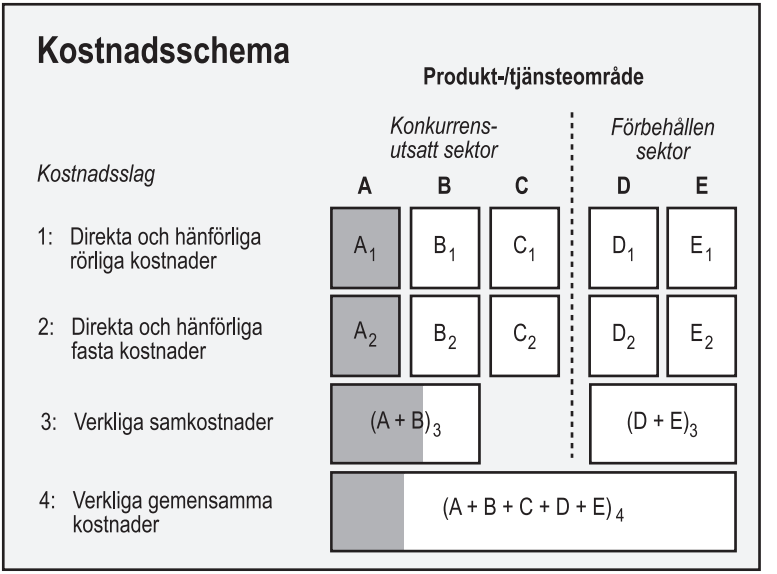
cessen fördelas både ut till produktionsavdelningar och till andra serviceavdelningar. Så snart alla kostnader för en viss serviceavdelning har allokerats fullt ut tas den aktuella avdelningen bort från beräkningen såtillvida som kostnaden för dess användning av andra serviceavdelningar i ett senare led i förädlingskedjan ej kan fördelas tillbaka. Kostnader fördelas således nedåt eller längre fram i förädlingskedjan. Det gäller därför att rätt definiera de olika serviceavdelningarnas sekvensordning för att säkerställa en korrekt fördelning.

- *Reciprocal*. Rent teoretiskt är det kanske mer acceptabelt att tänka sig en modell där kostnader fördelas i enlighet med alla de ömsesidiga bindningar och beroenden som finns mellan olika avdelningar. Genom att ta hänsyn till olika beroenden kan den totala overhead-kostnaden beräknas för varje produktionsavdelning; dock kommer den kumulerade kostnaden inte fram i en modell som bygger på ömsesidig kostnadsfördelning. Enligt Heald är den teoretiskt underlägsna step-down metoden bättre, eftersom den visar alla overhead-kostnader i varje produktionssteg.

Teknologiutvecklingen och nya organisationsstrukturer har på senare tid gjort det möjligt att dels med större precision mäta kostnader i produktionen, dels har nya ledningsstrukturer gjort att overhead-kostnader kan fördelas på många olika sätt. Genom att med högre precision hänföra kostnader till sina rätta kostnadsställen kan kostnader som tidigare betraktades som samkostnader istället allokeras mer korrekt.

En mer utvecklad variant av FDC är en metod som går ut att operationalisera FDC. Den kallas *Activity Based Costing* (ABC). Metoden går ut på att ta bort fokus från allokering av overhead-kostnader och istället se till de bakomliggande faktorerna till kostnaderna, nämligen en hierarki av aktiviteter, volymer och kostnader. Det kan vara så att vid vissa volymer samkostnader föreligger medan samkostnaderna försvinner vid högre volymer. En fabrik kan vid en viss volym därför ha samkostnader tack vare att volymen är för liten för att produkterna var för sig kan motivera en egen anläggning. I takt med att volymen växer kan

det bli aktuellt att särskilja aktiviteterna mer och tidigare samkostnader blir därmed särkostnader för en viss produktgrupp.[99]



Figur 6.12. Beräkning av FDC – fullständig allokering av totala kostnader.

6.9.3.9.2 Steg 2: Jämförelse av kostnader mot priset/intäkter

Ett allmän test för korssubventionering med hjälp av FDC-metoden är att jämföra priset med de fullständigt allokerade kostnaderna. Om priset eller intäkterna ligger under FDC har vi en korssubventionering. Generellt uttryckt föreligger därför ingen korssubventionering om de fullt allokerade totala kostnaderna för en viss tillkommande tjänst eller produkt, S, täcks av de intäkter som de genererar, samtidigt som de underskrider SAC för tjänsten i fråga, dvs.

[99] Se Heald, 1994, a.a. s. 7. Se även Ax, C., Johansson, C., Kullvén, H., *Den nya ekonomistyrningen*, 2 uppl., Malmö 2002, s. 261 ff. för en mer utförlig analys av ABC-metoden. Angående kostnadsbegrepp, se även Bergstand, J., *Ekonomisk styrning*, 3 uppl., Lund 2003.

$$FDC \leq p_S \leq SAC_S .$$

Formel 3. Test för korssubventionering av en enskild tjänst enligt FDC-metoden.

Förekommer flera olika tjänster eller produkter förutom en förbehållen verksamhet föreligger ingen korssubventionering om kombinationerna av alla intäkterna från samtliga deltjänster eller delprodukter täcker de fullt allokerade kostnaderna samtidigt som de är lägre än SAC för verksamheterna i fråga:

$$FDC(y_S) \leq \sum_{j \in S} p_j y_j \leq SAC(y_S), \text{ där } (y_S) = (y_j)_{j \in S} .$$

Formel 4. Test av korssubventionering enligt FDC-metoden.

Sammanfattningsvis kan det därför sägas att FDC-metoden kräver en fullständig kostnadstäckning för alla produkter. Så snart en produkt eller tjänst prissätts under sina totala kostnader måste någon annan produkt bära kostnaden för underskottet eller helt eller delvis bära de gemensamma kostnaderna.

6.9.3.9.3 Utvärdering av FDC-metoden

Fördelen med metoden är att den är relativt enkel att tillämpa i praktiken. Kostnaderna är givna och kan relativt enkelt verifieras från bokföringen.

När ett företag har en stor mix av både produkter och olika kunder kan det icke desto mindre vara svårt att i alla lägen hålla lönsamma priser. FDC kan få den effekten att varje form av olönsam försäljning kan fastna i testet.

Det går heller inte att komma ifrån allokeringsproblematiken, och som visats ovan finns flera sätt att allokera kostnader inom ramen för FDC. Enkelheten och verifierbarheten motverkas dessutom av ett annat mycket stort problem. När bedömningen av en prissättning skall göras så finns det inte tillräckliga kostnadsdata att tillgå. Det är endast möjligt att långt senare i efterhand konstatera om prissättningen varit korrekt eller inte. Metoden tar inte hänsyn till vilka dynamiska effekter på kost-

nadsläget som ny, men ännu oprövad teknik kan ha. Att extrapolera faktiska kostnader baserade på gammal teknik som bedömningsgrund för nya tjänster kan leda till helt felaktiga slutsatser. I och med att priser oftast sätts baserade på *economic costs* kommer det trots allt att vara mycket svårt att använda FDC-metoden i praktiken, varför det är lämpligt att inte använda den i en konkurrensrättslig analys.

Kommissionen har tidigare förespråkat en form av FDC-metod vid bedömning av korssubventioneringar. Beträffande tillhandahållande av posttjänster ansåg Kommissionen 1998 att priset på konkurrensutsatta tjänster åtminstone borde motsvara *genomsnittskostnaden* för att tillhandahålla tjänsterna. Kommissionen konkretiserade detta genom att direkta kostnader och en *skälig del* av operatörens samkostnader och indirekta kostnader skulle täckas. Följdfrågan blev därför hur stor den skäliga delen borde vara och vilka kriterier som borde användas för att bestämma skäligheten. Såsom objektiva kriterier nämnde Kommissionen volymer, tidsåtgång (arbetskraft) eller nyttjandegrad för att bestämma skäligheten. Om t.ex. omsättningen skulle användas som kriterium vid bedömning av korssubventionering fick inte omsättningen från en berörd verksamhet hållas nere på ett konstlat sätt för härigenom möjliggöra fördelning av färre kostnader. Kommissionen framhöll särskilt att ”[o]m tjänster systematiskt och selektivt tillhandahålls till ett pris som låg under den genomsnittliga totalkostnaden, skulle Kommissionen undersöka detta från fall till fall enligt artikel 86 [nu artikel 82], 86 [nu artikel 82] jämförd med 90.1 [nu artikel 86.1] eller artikel 92 [nu artikel 87]”.[100] Texten i meddelandet rimmar illa med Kommissionens eget beslut i *Deutsche Post I*, där istället de särskilda tilläggskostnaderna (IC) lyfts fram som den relevanta måttstocken. Härigenom synes Kommissionen har övergivit kravet på att prissättningen inte bara måste täcka IC utan även en skälig andel av gemensamma kostnader.

Modellen har trots svagheterna vunnit gehör i lagstiftningen. Postdirektivet framhåller att det i redovisningen måste göras en uppdelning

[100] Se Meddelande från Kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, p. 3.4.

”[…] mellan monopoliserade och icke-monopoliserade tjänster så att de faktiska kostnaderna för olika tjänster framgår klart och tydligt och för att säkerställa att subventioner från det monopoliserade till det icke-monopoliserade området inte påverkar det sistnämnda områdets konkurrensvillkor.”[101] Direktivet betonar att företag som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster inom rimlig tid bör införa ett öppet kostnadsredovisningssystem, som gör det möjligt att på ett oberoende sätt få insyn i redovisningen och kontrollera att kostnaderna hänförs till tjänster på ett så exakt sätt som möjligt.[102] I syfte att åstadkomma insyn och möjlighet att kontrollera sägs i direktivet att ”[s]lådana krav kan uppfyllas t.ex. genom att principen om fullständig fördelning av kostnader genomförs.”[103] Det framhålls att ett sådant redovisningssystem inte får krävas när verkligt öppna konkurrensvillkor råder, vilket torde innebära att kravet på ett detaljerat redovisningssystem endast kan frångås om det finns företag som har reell möjlighet att i alla delar vara ett alternativ till de gamla postmonopolföretagen. I verkligheten torde inte detta vara möjligt och fram till dess postmarknaden verkligen är helt konkurrensutsatt krävs därför dessa redovisningsprinciper.

Artikel 14 (2) i postdirektivet föreskriver att postföretag som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster måste ha separata konton dels för var och en av tjänsterna inom den monopoliserade sektorn (den förbehållna sektorn) dels för de konkurrensutsatta tjänsterna. Även inom redovisningen för den icke-monopoliserade verksamheten måste det gå att tydligt skilja mellan sådana tjänster som ingår i den förbehållna verksamheten och de tjänster som är konkurrensutsatta. Internredovisningen måste enligt denna bestämmelse bygga på ”enhetligt tillämpade och

[101] Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, p. 28.

[102] Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, p. 29.

[103] Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, p. 29.

objektivt försvarbara principer för kostnadsredovisning". Artikel 14 (3) i direktivet ger vägledning om vilka huvudprinciper som åsyftas:

> "I de redovisningssystem som avses i punkt 2 skall […] kostnaderna fördelas på var och en av de monopoliserade och på de icke-monopoliserade tjänsterna på följande sätt:
>
> a) Kostnader som direkt kan hänföras till en bestämd tjänst skall hänföras till den tjänsten.
> b) Gemensamma kostnader, dvs. kostnader som inte direkt kan hänföras till en bestämd tjänst, skall fördelas på följande sätt:
> i) När det är möjligt, skall gemensamma kostnader fördelas utifrån en direkt analys av vad som förorsakade dem.
> ii) När en direkt analys inte är möjlig, skall gemensamma kostnadskategorier fördelas utifrån en indirekt koppling till en annan kostnadskategori eller grupp av kostnadskategorier som det är möjligt att direkt hänföra eller fördela; den indirekta kopplingen skall grunda sig på jämförbara kostnadsstrukturer.
> iii) När varken direkta eller indirekta åtgärder för att fördela kostnader står till buds, skall kostnadskategorin fördelas utifrån en allmän fördelningsnyckel uträknad från förhållandet mellan alla utgifter som direkt eller indirekt har hänförts till eller fördelats dels på varje monopoliserad tjänst, dels på de andra tjänsterna."

Genom att det ställs krav på att även gemensamma kostnader skall fördelas är det frågan om en fullständig allokering av totala kostnader, dvs. FDC-metoden. Postdirektivet föreskriver vidare att "*priserna skall grunda sig på kostnaderna*".[104] I och med att det i direktivet inte talas om andra kostnader än dem som framhålls i artikel 14 – dvs. fullt allokerade totala kostnader – synes det sannolikt att direktivet förutsätter att priserna baseras på kostnader enligt FDC-metoden. Huruvida detta innebär en skyldighet för företag att för *varje* tjänst *alltid* ta ut priser som har full kostnadstäckning, dvs. även för produktens/tjänstens andel

[104] Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, artikel 12.

av de gemensamma kostnaderna är emellertid osäkert. Bestämmelsen skulle kunna tolkas så att prissättningen måste utformas så att intäkterna täcker de kostnader som varje tjänst/produkt generar. Att även gemensamma kostnader i redovisningen måste fördelas ut till respektive verksamhetsområde eller produkt/tjänst betyder inte att det finns en konflikt mellan Kommissionens praxis avseende *incremental costs* och direktivets krav på fullständig allokering av kostnader i bokföringen. Om en granskning skall göras av ett dominerande företags prissättning gör kravet på fullständig allokering av kostnader analysen lättare genom att de olika kostnadsslagen framträder tydligt. Att korssubventionering förutsätter att intäkterna inte täcker särskilda tilläggskostnader istället för fullt allokerade kostnader betyder inte att direktivets bestämmelser medför att ett företag har missbrukat sin dominerande ställning om full kostnadstäckning inte har uppnåtts. Direktivet är inte enbart tillkommet för att förhindra snedvridning av konkurrensen utan även för att säkerställa en fullgod förvaltning.[105] Om avreglering och liberalisering av postmarknaden skall kunna utvärderas torde en förutsättning vara att det går att följa den ekonomiska utvecklingen på de områden där tidigare monopolföretag är aktiva. Kravet på kostnadsrelaterade priser är dessutom inte bara tillkommet för att förhindra rovbeteenden – lika viktigt torde det vara att priserna inte sätts för högt inom reglerade områden. Konflikten mellan konkurrensrättslig praxis och direktivet torde därför vara skenbar.

Som har visats ovan kan användning av FDC leda till felaktiga resultat när det gäller bedömning av korssubventionering. I en OECD-rapport framhålls att

> ”[t]he fully distributed cost approach does not yield economically meaningful results and will not yield a reliable price floor for detecting anti-compe-

[105] Postdirektivet framhåller i den inledande texten att ”[f]ör att säkerställa en fullgod förvaltning av de samhällsomfattande tjänsterna och förhindra snedvridning av konkurrensen bör avgifterna för de samhällsomfattande tjänsterna vara objektiva, öppna för insyn, icke-diskriminerande och grunda sig på kostnaderna.” Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, p. 26.

titive cross-subsidisation. In many cases the accounting and information gathering procedures of public postal operators are not sufficiently rigorous."[106]

Ett exempel på problematiken med FDC lyfts fram i Annex A i OECD rapporten:

Ett företag tillhandahåller tre olika tjänster: A,B och C. Stand-alone cost (SAC) för respektive tjänst kan benämnas SAC_A, SAC_B och SAC_C. Kostnaden för att tillhanda A och B tillsammans eller som en egen enhet kan skrivas $SAC_{A,B}$, A och C tillsammans $SAC_{A,C}$ och B och C tillsammans $SAC_{B,C}$. Incremental costs (IC) för tjänsten A kan därför skrivas som

$$IC_A = SAC_{A,B,C} - SAC_{B,C}.$$

Intäkterna eller *revenues* (R) för respektive tjänst kan skrivas som R_A, R_B och R_C. Företaget gör ett nollresultat eller *break even* om $R_{A,B,C} = SAC_{A,B,C}$. Ett företag som gör nollresultat tillämpar inte subventionerade tjänster om intäkterna för var och en av tjänsterna och varje kombination av tjänster täcker de respektive IC, dvs om

$$R_A = IC_A,\ R_B = IC_B,\ R_C = IC_C \text{ och}$$
$$R_{A,B} = IC_{A,B},\ R_{A,C} = IC_{A,C},\ R_{B,C} = IC_{B,C}.$$

Enligt OECD rapporten är den viktigaste slutsatsen av detta resonemang att ett företag som gör ett nollresultat inte gör sig skyldigt till korssubventionering om – och endast om – intäkterna för varje tjänst och varje kombination av tjänster underskrider SAC för de tjänsterna. Detta är vad som kallas "kombinationstestet"[107]

Antag att företaget precis täcker sina självkostnader. Det betyder att $R_A + R_B + R_C = SAC_{A,B,C}$. En kombination av tjänster kan benämnas X (t.ex. samtliga konkurrensutsatta tjänster) varvid samtliga återstående tjänster (t.ex. ett förbehållet område) betecknas Y.

$$\begin{aligned} R_X = IC_{X|Y} \quad &\Leftrightarrow R_X = SAC_{X,Y} - SAC_Y \\ &\Leftrightarrow R_X = R_X + R_Y - SAC_Y \\ &\Leftrightarrow R_Y = SAC_Y. \end{aligned}$$

[106] OECD postal report 1999, s. 11.

[107] Se OECD postal report 1999, s. 61. OECD benämner detta *the combinatorial test.*

Det innebär alltså att intäkterna för den förbehållna verksamheten måste vara lika med eller mindre än SAC för den förbehållna verksamheten samtidigt som intäkterna för den konkurrensutsatta verksamheten (varje tjänst för sig eller i kombination med varandra) måste vara lika med eller större IC för tjänsten/tjänsterna i fråga.

Det är enligt rapporten viktigt att belägga varje steg i ekvationen ovan. Om ett postföretag totalt sett tillhanda tre olika tjänster A,B och C. Tjänsterna kan vara följande:

A	Förbehållen verksamhet (t.ex. brevmonopol på privatpost)
B	Konkurrensutsatt verksamhet (t.ex. företagspost)
C	Icke-kommersiell övrig verksamhet (t.ex. funktioner avsedda för totalförsvaret)

$SAC_{A,B,C}$ =	600	(Totalkostnaden för samtliga tjänster)
$SAC_{A,B}$ =	350	(Totalkostnad för förbehållen och konkurrensutsatt verksamhet)
$SAC_{A,C}$ =	450	(Totalkostnad för förbehållen och övrig verksamhet)
SAC_{A} =	300	(Totalkostnad för förbehållen verksamhet)

Intäkter för respektive tjänst är följande:

R_A =	300
R_B =	100
R_C =	200

De totala intäkterna är därför lika stora som de totala kostnaderna och företaget gör ett nollresultat. Den konkurrensutsatta verksamheten täcker dock inte sina egna kostnader, dvs. $R_B < IC_B$. Eftersom företaget totalt sett täcker alla kostnader måste den konkurrensutsatta verksamheten vara subventionerad av någon annan verksamhet, dvs.

$$IC_{SAC|A,B} = SAC_{A,B,C} - SAC_{A,B} = 600 - 350 = 250.$$

OECD rapporten understryker här att kraven i postdirektivet ger ett felaktigt resultat när detta kräver att kontona skall separeras. Ett företag kan nämligen göra ett nollresultat och ändå korssubventionera vissa konkurrensutsatta verksamheter. I exemplet ovan är $R_A = 300$ och $SAC_A = 300$, dvs. företaget gör ett nollresultat på den förbehållna verksamheten och så

långt syns ingen korssubventionering. Det är dock ändå tydligt att det förekommer någon form av subventionering av den konkurrensutsatta verksamheten. I detta fall tycks det komma från den icke-kommersiella verksamheten, C:

$(R_B = 100) \leq (IC_{B|A,C} = SAC_{A,B,C} - SAC_{A,C} = 600\text{-}450 = 150)$.

Det måste således krävas att hänsyn tas till samtliga verksamheter om det skall gå att upptäcka korssubventionering.

$R_A + R_C \leq SAC_{A,C}$
$\Leftrightarrow R_A + R_B + R_C \leq SAC_{A,C} + R_B$,
$\Leftrightarrow SAC_{A,B,C} - SAC_{A,C} \leq R_B$,
$\Leftrightarrow R_B \geq IC_{B|A,C}$.

OECD:s resonemang i denna del har svagheten att postdirektivet inte gör den skillnad mellan förbehållen, konkurrensutsatt och övrig verksamhet som exemplet visar. Istället föreskrivs en separering av de olika kostnaderna och med detta måste avses de totala kostnaderna. Även om hänsyn tas till samtliga kostnader kvarstår dock problemet med att direktivet förordar FDC-metoden. OECD rapporten framhåller att kostnadsmodeller som baseras på FDC-metoden inte har något ekonomiskt värde och att

> ”The fully-distributed cost concept is unhelpful precisely because it is neither equal to the incremental cost nor the stand-alone cost. The fully-distributed cost will typically be higher than incremental cost, and therefore unreliable in detecting distortionary pricing. On the other hand, the fully-distributed cost will be lower than the stand-alone cost and therefore will not reliably indicate whether or not a service is earning economic rent.”[108]

Härutöver framhålls att det finns andra brister med kostnadssepareringsmetoden. Det kan vara svårt att exakt definiera var gränsen går mellan förbehållen och konkurrensutsatt verksamhet. Teknikutveckling och efterfrågefaktorer kan medföra att tjänster överlappar varandra, vilket även gör att kostnadssepareringen blir otillförlitlig. Vidare är det

[108] OECD postal report 1999, s. 56.

inte säkert att kostnadsseparingen verkligen speglar den faktiska uppdelningen mellan olika avdelningar och funktioner hos t.ex. en postoperatör som är verksam inom både konkurrensutsatt och förbehållen verksamhet. FDC metoden är dessutom tillbakablickande och priser sätts inte enbart på basis av historiska kostnader.[109] Kommissionen förordar uttryckligen användningen av IC framför FDC

> ”The costs of providing a universal service (a comprehensive network of branches, nationwide deliveries at a standard rate) would only be attributed to mail order parcels in full proportion to their volume, if a ‘fully distributed cost’ analysis were undertaken. […] The aim of covering at least the service-specific incremental costs, however, prevents this apportioning of costs arising as a result of the statutory obligation for non-over-the-counter parcel services.”[110]

Skillnaden mellan FDC och IC blir tydlig i industrier med mycket höga investeringskostnader och där kostnaden för att tillhandahålla ännu en produkt eller tjänst är mycket låg. I sådana fall kommer IC att vara låg, medan FDC kan vara åtskilligt högre. Om samtliga gemensamma kostnader skulle fördelas ut även på den tillkommande volymen samtidigt som kostnadstäckning krävs kan priset för den tillkommande bli så högt att kunderna hellre avstår från att köpa tjänsten. Abbamonte använder ett exempel från järnvägsbranschen för att illustrera problemet.[111] Antag att ett järnvägsbolag opererar på en sträcka mellan två städer och att bolaget bestämmer sig för att börja betjäna ännu en stad som ligger längs samma järnvägsspår. Om biljettpriset skulle sättas lika med eller över de tjänstespecifika tilläggskostnaderna (dvs kostnader för utfärdande av biljetter och drift av den tillkommande stationen) skulle prissättningen riskera att betraktas som en form av subventionering enligt FDC-testet eftersom biljettpriset i så fall även måste täcka en proportionerlig andel av de gemensamma kostnaderna (dvs. kostnader för spår, signalsystem, lokstallar m.m.). Subventioneringen är i detta fall endast

[109] Jfr OECD postal report 1999, s. 57.
[110] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 10, fotnot 13.
[111] Se Abbamonte, a.a. s. 417.

skenbar eftersom att avstå från att tillhandahålla tjänsten inte kommer nämnvärt att påverka den ursprungliga kostnadsstrukturen. Prissättning enligt FDC-metoden skulle dessutom kunna medföra att priserna blir så höga att de samlade intäkterna från den tillkommande tjänsten inte överstiger dess kostnader, vare sig de definieras enligt IC- eller FDC-metoden, vilket därmed skulle innebära en verklig subventionering med medel från den ursprungliga verksamheten.

FDC-metoden bör således inte användas vid bedömning av korssubventionering. En av huvudanledningarna härtill är alltså att den riskerar att skapa ineffektivitet och kan framtvinga en verklig subventionering, trots att huvudsyftet är att motverka korssubventioneringar.

6.9.3.10 Olika yrkeskategoriers förhållningssätt till kostnader

Heald framhåller att det kan verka lockande att karaktärisera FDC som en revisors metod medan SAC skulle föredras av ekonomer. IC däremot är deras delade område.[112] Heald förklarar att orsakerna härtill ligger i de olika yrkeskategoriernas skilda intresseområden. Revisorer ser framförallt till verkliga kostnader och genomförda transaktioner medan ekonomer är mer benägna att se till hypotetiska kostnader. Revisorer värderar verifierbarhet högt medan ekonomer ser mer till långsiktiga och dynamiska effekter. FDC görs med hjälp av redovisade kostnader eller explicita kostnader, som även kan användas till att fastställa IC. IC kan emellertid även baseras på ekonomiska kostnader. Eftersom SAC i sig är en uppskattning går det inte att använda några redovisade kostnader eftersom det inte finns några faktiska kostnader att fördela ut. Den konkurrensrättsliga analysen kan gälla ett rent historiskt agerande, men även ett nutida agerande som kan ha inverkningar framledes. I enlighet med diskussionen om lämpligt kostnadsunderlag i 6.9.3.7.3 ovan kommer IC att vara det lämpliga kostnadsmåttet från en konkurrensrättslig synpunkt.

[112] Heald, 1996, a.a. s. 60.

6.9.3.11 Test av korssubventioneringar i praxis

Före Kommissionens beslut i *Deutsche Post I* fanns det i praxis ingen specifik standard för fastställande av olaglig korssubventionering. Kommissionen framhöll i beslutet att det ”[…] ännu inte var klart vilken standard för kostnadstäckning som skulle tillämpas på de tjänster som i konkurrens utförts av ett flerprodukts- eller flertjänstsföretag som förfogar över ett reglerat område.”[113]

I föregående avsnitt har analyserats vilka kostnader som är relevanta att bedöma. För otillåten korssubventionering krävs att intäkterna från en tjänst inte täcker de specifika tilläggskostnader (*incremental costs*) som tjänsten i fråga ger upphov till. Härutöver måste det även finnas någon annan tjänst eller grupp av tjänster, där intäkterna överstiger de separata kostnader (*stand alone costs*) som skulle ha uppstått för denna tjänst eller dessa tjänster om de tillhandahållits helt separat från alla andra tjänster. Otillåten korssubventionering förutsätter därför kortfattat att olönsam verksamhet på ett område mottar subventioner från en lönsam subventioneringskälla på ett annat område. Lönsamheten beräknas separat för varje affärsområde eller produkt/tjänst och om tilläggskostnaderna täcks med god marginal framträder källan till korssubventioneringen och där tilläggskostnaderna inte täcks framträder syftet med subventioneringen.[114] Genom en lönsamhetsberäkning är det således, enligt Kommissionen, möjligt att fastställa den källa där ett dominerande företag hämtar finansiering till en subventionering. Förekommer samtidigt priser eller intäkter för andra produkter/tjänster som inte täcker sina specifika tilläggskostnader (IC), så framträder syftet med subventionering, nämligen att med hjälp av överskott från andra verk-

[113] Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, , p. 47. Att det tidigare varit något oklart vilken relevant måttstock som skall användas vid bedömning av korssubventionering framgår även av Isabella Hartungs avhandling *Prävention und Repression von Quersubventionen im Gemeinschafts recht: Efficency versus Equity* som framlades i juni 2000, alltså före beslutet i *Deutsche Post I*. Hartung refererar bl.a. till *AKZO*-kriterierna, men analyserar även korssubventionering som en form av överprissättning och diskriminerande prissättning.

[114] Jfr 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 6.

samheter täcka förluster bland vissa produkter/tjänster samtidigt som konkurrensen snedvrids.[115]

Kommissionen kräver att intäkterna från en viss verksamhet måste täcka de specifika tilläggskostnader som verksamheten ger upphov till. Allmänt sett anses därför en produkt/tjänst vara mottagare av en korssubvention om priset/intäkterna underskrider de särskilda kostnaderna.[116] I *Deutsche Post I* gjorde Kommissionen en beräkning av de genomsnittliga tilläggskostnaderna per styck för paket till postorderhandeln, AIC-PH, och jämförde dessa med marginalintäkterna per styck, dvs. priset. Den faktiska skillnaden dem emellan var sekretessbelagda uppgifter, med det framgår av beslutet att varje försäljning som DPAG gjorde under perioden 1990 till 1995 medförde en förlust. Varje försäljning av tjänsten i fråga innebar således en förlust av åtminstone en del av AIC och bidrog inte alls till täckningen av företagets kostnader för tillhandahållande av kapacitet. Enligt Kommissionen fanns det på medellång sikt inga företagsekonomiska skäl till varför ett företag skulle behålla en sådan ordning. De enda rimliga alternativen vore i stället att antingen höja priset eller avstå från att erbjuda tjänsten.[117]

Kommissionen framhåller att genom *Deutsche Post I* har det för första gången i praxis utvecklats ett test för att mäta korssubventioneringar mellan en förbehållen sektor och konkurrensutsatta aktiviteter. Konkret innebär testet att

> ”[…] any service provided by the beneficiary of a monopoly in open competition has to cover at least the additional or incremental cost incurred in

---

[115] Även Konkurrensverket har före Kommissionens beslut i *Deutsche Post I* diskuterat användningen av IC och SAC som adekvata kostnadsmått vid bedömning av prissättningar av i liknande förhållanden som i *Deutsche Post I*. Se KKV:s beslut dnr 1337/94, *Oadresserad reklam*. Ärendet gällde Postens prissättning för distribution av oadresserad reklam. KKV kunde konstatera att Posten hade tillämpat prissättning som översteg de rörliga och tillkommande kostnader som var hänförliga till tjänsten i fråga, varför ingen åtgärd vidtogs gentemot Posten.

[116] Kommissionen framhåller särskilt i *Deutsche Post I* att ”*[t]o avoid subsidising mail-order parcel services by using revenue from the reserved area, DPAG must earn revenue on this parcel service which at least covers the costs attributable to or incremental to producing the specific service*.”, 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 10.

[117] Jfr 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 36.

branching out into the competitive sector. The commission considers that any cost coverage below this level is predatory pricing which falls foul of Article 82 of the EC Treaty."[118]

Tjänsteområden som inte täcker sina egna tilläggskostnader betraktas således av Kommissionen som en form av missbruk av dominerande ställning. Enligt vad som kan utläsas av rättsfallet räcker det med att täckning saknas för de särskilda tilläggskostnaderna. Något elimineringssyfte behöver synbarligen inte finnas, däremot förutsätter korssubventionering att det finns en finansieringskälla till den olönsamma prissättningen som kan påvisas.

LRAIC skall alltså ställas i relation till marginalintäkten (*marginal revenue – MR*), dvs. försäljningspris per styck. Om AIC ligger under MR för en varugrupp samtidigt som AIC överstiger MR för en annan varugrupp föreligger ur ekonomiskt synpunkt en otillåten korssubventionering. Beslutet nämner inte explicit hur intäkterna har räknats fram, med det är sannolikt att olika paket betingar olika priser med hänsyn till vikt och volym. När Kommissionen i uppställningen jämför AIC med "*revenue per item*", synes detta – i likhet med kostnaderna – vara ett vägt genomsnittspris baserat på den totala volymen under den relevanta tidsperioden. I annat fall skulle det inte ha varit möjligt att genomföra jämförelsen.

För att korssubventionering inte skall uppkomma måste därför samtliga produkter klara testet som innebär att priset för en given produkt, *j*, ligger mellan IC och SAC,[119] dvs.

---

[118] Kommissionens pressrelease IP/01/419, s. 2.

[119] Baumol har uttryckt att om ett företags intäkter är exakt lika med dess totala kostnader och varje konsumentgrupp, *a*, spenderar $p_a y_a$ för varje mängd av inköp, y_a som överstiger eller är lika med IC för y_a så kommer företagets övriga kunder, *b*, att betala mindre eller lika med SAC för att tillhandahålla deras inköpsmängd, y_b. Omvänt gäller även att om ett företag tjänar in normala vinster och en kundgrupp inte betalar mer för sin inköpsvolym än dess *stand-alone* kostnad, så kommer priserna som tas ut av övriga kunder för att klara IC-testet. Sålunda gäller generellt att om ett företag tjänar in normala vinster och dess priser inte innebär korssubventionering i enlighet med IC-testet så kommer företaget inte att ta ut högre priser av någon av kundkategorierna än vad det kostar att tillhandahålla tjänsten för dem. Se Baumol, W. J., *Superfairness: Application and theory*, Cambridge, Mass., 1986, s. 122–123.

$$(IC)_j \leq p_j \leq (SAC)_j \cdot$$

6.9.3.12 Faulhabertestet

Testet för korssubventioner, som Kommissionen hänvisar till, utvecklades av Gerald Faulhaber 1975. Faulhaber definierar korssubventionering enligt följande:

> ”If the provision of any commodity (or group of commodities) by a multi-commodity enterprise subject to a profit constraint leads to prices for the other commodities no higher than they would pay by themselves, then the price structure is subsidy-free. Thus, a subsidy-free price structure insures that the provision of each commodity by the enterprise is ”Pareto superior” to nonprovision.”[120]

Faulhabers modell bygger på tre centrala antaganden: Effektiv produktion, ingen korspriselasticitet och nollvinstförsäljning.[121] Härutöver skall vidare noteras att Faulhaber inte talar om att marginalintäkten, dvs. priset, utan om intäkterna, som ställs i relation till kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten.

En annan förutsättning är att det måste vara minst lika billigt att producera den tillkommande varan tillsammans med den befintliga verksamheten. I annat fall vore det mer effektivt att producera varan helt självständigt. Häri ligger även själva kärnpunkten med *economies of scope*: För att två varor skall produceras i samma infrastruktur krävs att samdriftsfördelarna gör att det blir billigare att producera dem gemensamt än var för sig. IC skall därför vara lägre än SAC.

I modellen tillhandahåller företaget till att börja med två olika produkter. Som ett första steg måste, som visats ovan, intäkterna från en

---

[120] Faulhaber, G. R., *Cross-subsidization: Pricing in Public enterprises*, The American Economic Review, 1975, vol. 5, no. 5, s. 966–967.

[121] Det kan givetvis ifrågasättas om dessa antaganden är rimliga för ett verkligt fall. Knappast något affärsdrivande företag arbetar efter principen att inte göra någon vinst (non-profit företag/organisationer och vissa statliga/kommunala verksamheter undantagna). Helt effektivt resursutnyttjande är heller inte alla gånger ett rimligt antagande i verkliga situationer. Stora monopolföretag kan t.ex. ha en omfattande överkapacitet.

tjänst eller grupp av tjänster, *S*, vara större än eller lika med de förändring i totala kostnader som tjänsten eller gruppen av tjänster förorsakar, för att tjänsten (-erna) inte skall vara mottagare av en korssubvention. Skillnaden i totala kostnader som uppstår genom att tillhandahålla eller inte tillhandahålla tjänsten eller gruppen av tjänster är alltså *incremental costs* (IC). Priser är fria från subventioner om de ger upphov till intäkter, *R*, som uppfyller likheten

$IC \leq R \leq SAC$ (Likhet 1: Faulhabers generella test av korssubventionering).

Nollvinstbegränsningen gör att IC och SAC kommer att vara ekvivalenta. Antag att ett företag endast tillhandahåller två tjänsteområden (t.ex. A+B+C och D+E i kostnadsschemat ovan) och att korssubventionering är förbjuden. Företagets totala kostnader är SAC för den förbehållna verksamheten och IC för det konkurrensutsatta området. Om den förbehållna verksamheten genererar vinst samtidigt som det finns en nollvinstbegränsning måste vinsten överföras eller subventionera det konkurrensutsatta området för att uppfylla nollvinstbegränsningen, totalt sett. Eftersom korssubventionering är förbjuden blir innebörden att intäkterna från den förbehållna sektorn inte kan vara högre än dess SAC. När det inte längre går att finna en subventionering måste intäkterna för den konkurrensutsatta verksamheten minst täcka sina IC. I det läget kommer IC och SAC att vara lika stora. I en sådan förenklad situation räcker det med att kontrollera ena ledet i ekvationen.

Faulhaber baserade sin modell om korssubventionering på spelteori, där det är bättre att utnyttja de diversifieringsfördelar som uppkommer genom att samma infrastruktur nyttjas för att betjäna flera kunder än om tjänsten skulle tillhandahållas helt separat. Förutsättningarna är som ovan att det finns minst två olika varor som prissätts olika, att verksamheten är effektiv samt har nollvinstbegränsning.

I Faulhabers exempel[122] kan det antas att företaget tillhandahåller vatten till *N* olika områden, där *N* = {område 1, område 2, […] område *N*} och där

[122] Faulhaber, G. R., a.a. s. 967 ff.

q_1, q_2, …, q_n är volymen vatten som säljs inom varje område. Vara (i) är vatten som levereras till område (i). För varje undergrupp av områden $S \subseteq N$ är q^S en n-vektor där

$$q_i^S = \begin{cases} q_i & i \in S \\ 0 & i \in N-S \end{cases}.$$

Kostnaden för att tillhandahålla vatten till undergruppen $S \subseteq N$ är C(q^S). Om område 1 skulle investera i egen pump skulle kostnaden bli C(q^I) = C(q_1, 0, …, 0). Om alla områden skulle göra likadant blir den totala kostnaden

$$\sum_{i=1}^{n} C\left(q^i\right).$$

Om istället ett bolag skulle pumpa vatten till alla områden blir de totala kostnaderna C(q^N). Modellen förutsätter att det är billigare för ett bolag att tillhandahålla vatten till ett flertal områden än att varje område skall hämta sitt eget vatten, För två olika undergrupper, S och T, av N, där $S, T \subseteq N$ med $S \cap T = \emptyset$, och varje $q_i = 0$

$C\left(q^S\right) + C\left(q^T\right) \geq C\left(q^{S+T}\right)$. (Likhet 2: Villkoret om subadditiva kostnader i Faulhabers modell).

Villkoret kallas för ”*the condition of subadditivity*” och likheten är en förutsättning för att två tjänster skall produceras i samma infrastruktur. Om inte (Likhet 2) håller föreligger heller inga kostnadsincitament för att två produkter/tjänster skall tillhandahållas med hjälp av samma infrastruktur. Därmed skulle även förutsättningar saknas för korssubventionering eftersom verksamheterna borde tillhandahållas var för sig.

På efterfrågesidan förutsätter Faulhaber att den efterfrågade volymen, q, för respektive tjänst endast är beroende av det egna priset, p, för tjänsten i fråga. Efterfrågan på vatten i område i blir därför $q_i = q_i(p_i)$. När det förutsätts att det inte finns några korspriselasticiteter kommer intäktera i område i, r_i, att vara $r_i = p_i * q_i(p_i)$. De totala intäkterna från område, S, kan därmed skrivas som

$$R\left(q^S\right) = \sum_{i \in S} r_i = \sum_{i \in S} p_i \times q_i\left(p_i\right).$$

Antagandet om subadditiva kostnader säger att tillhandahållandet av vatten från en producent kommer att vara minst lika billigt som om alla områden skulle betjänas med separata pumpar. Nollvinstbegränsningen kräver ett pris, p_i, där $i \in N$, som uppfyller likheten

$R(q^N) - C(q^N) = \pi(q^N) = 0$ (Likhet 3: Nollvinstbegränsningen i Faulhabertestet).

För att områdena inte skall vilja skaffa en egen pump får heller inte intäkterna överstiga kostnaderna att skaffa en egen pump, dvs. SAC. I så fall finns det inget incitament att samarbeta om en gemensam pump. Nollvinstbegränsningen ger därför likheten

$R(q^S) \leq C(q^S) \quad \forall S \subseteq N$ (Likhet 4: SAC-testet i Faulhabermodellen).

Om varje område $i \in N$ och grupp av områden $S \subseteq N$ skall samarbeta måste det vara mer lönsamt att pumpa upp vatten gemensamt än var för sig. Det måste således vara dyrare för varje område eller grupp av område att investera i en egen pump framför kostnaden att ansluta sig exempelvis till ett kommunalt vattenverk. Genom att kombinera (Likhet 3) och (Likhet 4) erhålls villkoret för subventioneringsfria priser

$R(q^S) \geq C(q^N) - C(q^{N-S}) \; \forall S \subseteq N$. (Likhet 5: Faulhabers test för subventioneringsfria priser, incremental cost testet).

I verkligheten är det emellertid orimligt att förutsätta nollvinstbegränsning. Om begränsningen tas bort och den förbehållna sektorn tillåts göra vinst kan den konkurrensutsatta sektorn fortfarande täcka sina merkostnader. Om den inte gör det är IC-testet ett nödvändigt, men inte tillräckligt villkor för att korssubventionering förekommer, vilket gör att båda leden i ekvationen (IC och SAC) måste beräknas. För korssubventionering skall förekomma förutsätts i så fall att den förbehållna verksamheten gör en vinst som kan täcka underskottet i den konkurrensutsatta verksamheten, annars går företaget – totalt sett – med förlust.

6.9.3.12.1 Faulhabers modell utökad med flera produkter

De inledande uträkningarna i Faulhabers modell utgår från två olika produkter – en som finansierar subventionering och en som är mottagare av subventionen. I *Deutsche Post I* behandlades endast den sub-

ventionerade prissättningen av pakettjänsten för postorderhandeln.[123] Analysen blir emellertid något mer komplicerad när ett dominerande företag tillhandahåller ett flertal olika konkurrensutsatta produkter eller tjänster vid sidan om den förbehållna verksamheten.

Nicolaides anser att Kommissionens resonemang måste vidareutvecklas och anser att det finns tre nödvändiga och tillräckliga villkor som visar huruvida korssubventionering föreligger.[124] Han använder som exempel ett företag med tre olika produkter. Det krävs, enligt honom, att det dominerande företaget bryter mot alla villkor innan korssubventionering kan fastställas.

För det första måste priserna för den enskilda tjänsten/produkten överstiga dess specifika tilläggningskostnader (IC), dvs.

Villkor 1: $p_1 = IC_1, p_2 = IC_2, p_3 = IC_3.$

För det andra måste priserna vara lägre än de separata kostnaderna (SAC) om de skall bedömas vara mottagare av en subvention, dvs.

Villkor 2: $p_1 = SAC_1, p_2 = SAC_2, p_3 = SAC_3.$

Så långt är villkoren lika som i Kommissionens beslut och i enlighet med Faulhaber-testet. Härutöver anser Nicolaides för det tredje att de

[123] Det är även möjligt att betrakta korssubventionering ur perspektivet att olika kundgrupper för samma vara subventionerar varandra. Willig har därför föreslagit ett kriterium som en utveckling av Faulhabertestet vilken kallas för *anonymus equity.* Kriteriet har senare utvecklats av Faulhaber och Levinson. I korthet går det ut på att korssubventionering inte föreligger om varje kund och grupp av kunder betalar tillräckligt mycket för att täcka IC för de konsumerade tjänsterna. Således måste varje försäljning ge täckning för sina IC, vilket innebär att om varje försäljning täcker sina IC så kommer även dess marginalkostnader att täckas. Baumol förklarar detta genom en omskrivning av uttrycket $p_i y_i = IC_i$ till $p_i > IC_i/y_i = AIC_i$, som i sin tur kan jämföras med marginalkostnaden. Se utförligt Baumol, 1986, a.a. s. 124–125 med hänvisningar till Willig, R. D., *Consumer Equity and local measured service*, i Baude, J. A. m.fl. (red.), Perspectives on Local Measured Service, Telecommunicaitons Industry Workshop, Kansas City, 1979, s. 71–80 och Faulhaber, G. R., Levinson, S. B., *Subsidy-Free Prices and Anonymus Equity*, The American Economic Review, 1981, s. 1083–1091. I konkurrensrättsligt hänseende torde detta mer vara fråga om ett prisdiskrimineringsproblem, vilket behandlas i andra kapitel. Här kommer därför denna aspekt av korssubventionering inte att utvecklas vidare.

[124] Nicolaides, a.a. s. 390–393.

kombinerade priserna för en sammanlagd del av produkten/tjänsterna inte får överstiga den motsvarande *sammanlagda* delen av de separata kostnaderna, dvs.

Villkor 3:

$$p_1 + p_2 = SAC_1 + SAC_2;$$
$$p_1 + p_3 = SAC_1 + SAC_3;$$
$$p_2 + p_3 = SAC_2 + SAC_3;$$
$$p_1 + p_2 + p_3 = SAC_1 + SAC_2 + SAC_3.$$

Villkoren visar att det förenklade testet kan ge helt olika resultat. Någon enskild produkt kan eventuellt inte klara sitt individuella test för korssubventionering, samtidigt som kombinationsvillkoret ger vid handen att det inte föreligger någon korssubventionering. På produktnivå kan därför ett företag anses göra sig skyldig till en otillåten subvention, medan summan av alla priser och kostnader för ett givet företagsområde ger vid handen att det inte föreligger någon subventionering.

Med utgångspunkt från Nicolaides kan några räkneexempel illustrera problemet.[125]

Produkt	C/enhet (Common Cost)	IC/enhet	P (Pris/enhet, MR)	SAC/enhet (IC + C)	Korssub-ventione-ring?
A	2	60	50	62	Ja, motta-gare
B		58	60	60	Nej
C		70	70	72	Nej
Totalt	2	188	180	190[126]	Ja, motta-gare

Tabell 2. Korssubventionering på produktnivå och aggregerad nivå.

I Tabell 2 är produkt A föremål för en korssubventionering, medan de andra produkterna inte subventioneras. Totalt sett föreligger även en korssubventionering, synbarligen från andra verksamhetsområden

[125] Se Nicolaides, a.a. s. 391.
[126] $\Sigma SAC = \Sigma IC + C$.

såtillvida som hela verksamhetsområdet är mottagare av korssubventioner. Resonemanget förutsätter emellertid att samtliga varor säljs till samma kvantitet. Om produkt B och C med utgångspunkt från Tabell 2 skulle sälja i större volymer än produkt A, skulle analysen genast se annorlunda ut

Produkt	Q	C	IC(Q)	R(Q)	SAC(Q)	Korssubventionering?
A	50	1.000	3.000	2.500	4.000	Ja, mottagare
B	800		46.400	48.000	47.400	Ja, källa
C	150		10.500	10.500	11.500	Nej
Totalt	1.000	1.000	59.900	61.000	62.900	Nej

Tabell 3. Försäljningsvolymens inverkan på korssubventionering.

Tabellen visar att när hänsyn tas till försäljningsvolym, *Q*, och totala intäkter, *R*, kan Kommissionens definition av korssubventionering medföra att ett dominerande företag gör sig skyldigt till missbruk, trots att den subventionerade produkten i fråga inte har någon nämnvärd betydelse för verksamhetsområdet i fråga. När hänsyn tas till volymer visar det även att verksamhetsområdet inte behöver vara mottagare av subventioner från andra områden, utan sakförhållanden kan mycket väl förhålla sig så, att de totala intäkterna räcker till att subventionera *inom* det konkurrensutsatta området och även ge bidrag till andra verksamheter. I Tabell 3 räcker vinstmedlen från produkt B för att täcka produkt A:s förlust på 500 och dessutom ge 100 i bidrag till de gemensamma kostnaderna. Exemplet visar därför att försäljnings-/produktionsvolymer avsevärt kan förändra bilden av korssubventionering.

Skulle försäljningen av produkt B minska, så kommer intäkterna inte längre att räcka till för att täcka förlusterna för A. Underskottet på 300 måste hämtas från ett helt annat område om inte företaget skall gå med förlust, totalt sett. Trots att området i sig förefaller täcka sina egna tilläggskostnader finns alltså delområden som hämtar subventionering från andra områden, t.ex. en förbehållen sektor.

Produkt	Q	C	IC(Q)	R(Q)	SAC(Q)	Korssubventionering?
A	50	1.000	3.000	2.500	4.000	Ja, mottagare
B	600		34.800	36.000	35.800	Ja, källa
C	150		10.500	10.500	11.500	Nej
Totalt	1.000	1.000	48.300	49.000	51.300	Nej

Tabell 4. Effekt av försäljningsminskning för produkt B.

Redan i Faulhabers modell talas om intäkter och inte om marginalintäkt (dvs. pris per enhet), men även Kommissionen använder uttrycket ”*earnings*” eller intäkter som ställs i relation de relevanta kostnaderna. I den jämförande analysen använde visserligen Kommissionen en jämförelse mellan de genomsnittliga tilläggskostnaderna per styck och priset (*revenue/item*). Detta torde dock kunna förklaras av att bedömningen endast gällde ett affärsområde och att uträkningen var ett praktiskt sätt att illustrera missbruket. Även om Kommissionen hade använt totala IC på årsbasis och jämfört dessa med totala årliga intäkter hade resultatet blivit detsamma. Mot bakgrund av de speciella förhållanden som rådde i fallet samt att Kommissionen själv refererar till intäkter synes det inte förhålla sig så att Kommissionen inte tar hänsyn till försäljningsvolymens inverkan.

Det finns emellertid andra problem med korssubventioneringar. Exemplen blir överskådligare om ingen hänsyn tas till volymer, och det förutsätts därför att samtliga produkter säljer lika stor mängd i utgångsläget. Om priset för någon av produkterna som inte subventioneras i exempel 1 höjs uppstår situationen att produkt 1 fortfarande subventioneras, men verksamhetsområdet i sig är inte föremål för korssubventionering.

Produkt	C (Common Cost)	IC	P (Pris/enhet, MR)	SAC (IC + C)	Korssub-ventione-ring?
A	50	60	50	110	Ja
B		60	65	110	Nej
C		70	110	120	Nej
Totalt	50	190	225	240	Nej

Tabell 5. Korssubventionering på produktnivå, men inte på aggregerad nivå.

Det sammanlagda överskottet på 35 räcker till för att *inom* verksamhetsområdet subventionera det låga priset för produkt A. Resultatet i Tabell 5 är det samma som i Tabell 3, med den skillnaden att det inte går att uttala sig om graden av allvar i subventioneringen. Enkelt uttryckt internsubventioneras verksamhetsområdet.

Så långt har fördelningen av kostnader gjorts så att varje enskild produkt har fått bära alla gemensamma kostnader vid analysen av individuell korssubventionering. Antag att de gemensamma kostnaderna är något lägre än i Tabell 2 och de inbördes pris- och kostnadsförhållanden förändras något. Bilden blir därmed något annorlunda:

Produkt	C (Common Cost)	IC	P (Pris/enhet, MR)	SAC (IC + C)	Korssub-ventione-ring?
A	1	50	50	51	Nej
B		120	120	121	Nej
C		110	110	111	Nej
Totalt	1	280	281	281	Nej

Tabell 6. De gemensamma kostnadernas inverkan på korssubventionering.

Exemplet visar att företaget inte gör sig skyldigt till någon form av korssubventionering. Alla produkter klarar testet både individuellt och sedda gemensamt. Analysen kan dock ge en felaktig bild av verkligheten. Samtliga produkter ger upphov de totala gemensamma kostnader som företaget har idag. Det kan förefalla orimligt att allokera samtliga

gemensamma kostnader till en produkt i ett läge när företaget tillverkar ett flertal olika produkter som var för sig inte skulle sättas på ut marknaden. De gemensamma kostnaderna är de kostnader som finns idag med nuvarande produktmix. Om de konkurrensutsatta produkterna skulle tillhandahållas separat är det inte säkert att kostnaderna kommer att bli desamma. Så snart det förekommer en produktmix aktualiseras frågan om hur kostnader skall allokeras på rätt sätt. Med olika allokeringsmetoder kan det i Tabell 6 leda till att företaget inte korssubventionerar totalt sett, men beroende på val av allokeringsmetod finns det risk för att företaget åtminstone för någon av produkterna anses korssubventionera enligt huvudregeln.

Regeln kan även generaliseras till att gälla olika kombinationer av tillkommande produkter eller tjänster.

Generellt gäller därför att summan av intäkterna av alla kombinationer av tillkommande volymer, *s*, måste överstiga de speciella tilläggskostnader som de förorsakar samtidigt som de underskrider nyetableringskostnaderna för samma volymer. Heald tar i sin generella definition av korssubventioneringar även hänsyn till såld kvantitet av de olika varorna. Algebraiskt kan detta skrivas som[127]

$$(IC)(y_s) \leq \sum_{j \in s} p_j y_j \leq (SAC)(y_s),$$

där $(y_s) = (y_j)_{j \in s}$ (Likhet 6: Generellt test av korssubventioneringar med hänsyn tagen till försäljningsvolymer).

En slutsats av (Likhet 6) är att vissa produkter eller tjänster som erbjuds kan klara testet för korssubventionering, medan de kan ingå som en del i ett antal tjänster som inte klarar testet, totalt sett. Det är därför vara nödvändigt att inte bara se till de enskilda tilläggsprodukterna/-tjänsterna, utan även till om samtliga tilläggsprodukter (-tjänster), totalt sett, är föremål för en korssubventionering. Omvänt måste även fastställas huruvida enskilda produkter korssubventioneras om produkterna totalt sett uppfyller (Likhet 6).

[127] Se Heald, 1996, s. 59.

Beräkningen av SAC torde behöva göras för både den konkurrensutsatta och den förbehållna sektorn. Det viktigaste och första steget i analysen är emellertid att ta reda på om någon produkt eller grupp av produkter inte täcker sina tilläggskostnader. Om samtliga intäkter eller kombinationer av intäkter täcker IC enskilt eller i kombination stannar analysen redan här eftersom någon verksamhet som subventioneras inte finns, oavsett om möjlighet till korsvisa subventioner existerar.

Skulle en verksamhet inte täcka sina tilläggskostnader blir nästa steg att analysera huruvida en källa för subventionering är tillgänglig för företaget. Om utredningen visar att det konkurrensutsatta området inte täcker sina tilläggskostnader eller om enskilda produkter inte täcker sina tilläggskostnader på egen hand eller med hjälp av andra konkurrensutsatta verksamheter, samtidigt som företaget åtminstone gör ett nollresultat, subventioneras prissättningen med medel från en förbehållen sektor. En verifiering bör inte desto mindre göras genom att intäkterna för den förbehållna sektorn jämförs med dess SAC, eftersom företagets totala resultat kan påverkas av kortsiktiga engångsposter som reavinster vid avyttringar av tillgångar, nettoeffekter av valutakurser m.m. Överstiger således intäkterna SAC för den förbehållna sektorn, så subventionerar företaget den konkurrensutsatta verksamheten med hjälp av medel från en förbehållen sektor.

I princip kan finansiering även hämtas ”internt” inom den konkurrensutsatta sektorn, såtillvida som vissa delverksamheter subventionerar andra konkurrensutsatta verksamheter (jfr Tabell 3 ovan). Huruvida prissättningen är så beskaffad att den skadar konkurrensen torde kräva en mer detaljerad analys, eftersom det inte längre primärt är frågan om att företaget utnyttjar sådana subventioneringskällor, som konkurrenterna inte förfogar över. Som visats under 6.3.3 ovan kan vissa konkurrensutsatta verksamheter förutsätta subventionering från andra områden med hänsyn tagen till att produkten är helt ny och det förväntas större intäkter framgent osv.

6.9.3.12.2 Förutsätter korssubventionering överprissättning?

En grundläggande förutsättning för korssubventionering, från ekonomisk synpunkt, är att det finns en befintlig verksamhet som generar ett visst överskott. Det kan även vara så att det finns en befintlig verksamhet som går med förlust, men att ett flertal sidoverksamheter genererar vinster. I vilket fall förutsätter korssubventioneringar alltså förekomsten av någon form av intern finansieringskälla. Enligt Faulhaber-regeln föreligger en finansieringskälla till korssubventionering om priset överstiger SAC. Olönsamma priser inom en konkurrensutsatt sektor måste kompenseras genom att andra sektorer belastas med ett icke-effektivt högt pris, dvs. ett pris som ligger över det som skulle ha gällt under perfekt konkurrens. Överpriser kan vara en sådan finansieringskälla. Oskäligt höga priser kan i teorin vara en form av missbruk av dominerande ställning. Som visats i kapitel 7 nedan är det svårt att fastställa överpriser i praktiken och analysen omfattar en rad komplicerade frågeställningar, bl.a. bedömningar av oskäliga vinstmarginaler m.m. Om överprissättning inom en förbehållen sektor ändå skulle fastställas så kan en sådan prissättning ses som en finansieringskälla till andra aktiviteter, t.ex. orimligt låga priser inom en konkurrensutsatt sektor.

En relevant fråga beträffande missbruk i detta fall är om det över huvud taget krävs någon form av egentlig överprissättning för att korssubventionering skall föreligga. Detta synes inte vara nödvändigt av flera skäl.

För det första har en förbehållen sektor ofta begränsat tillträde för andra aktörer, vilket gör att det dominerande företaget kan ha ett monopol. Oavsett om monopolet är tillkommet genom offentliga regleringar eller om det är ett naturligt monopol så finns det anledning att räkna med högre priser på marknaden än vid perfekt konkurrens. Detta behöver inte nödvändigtvis vara en överprissättning utan mer ett uttryck för en allmänt lägre effektivitet på marknaden i jämförelse med perfekt konkurrens. Alla former av monopol överför åtminstone en del av konsumentöverskottet till producenten, vilket medför att monopolvinster ackumuleras hos producenten. Sådana vinstmedel kan senare användas antingen till återinvesteringar och utveckling av verksamheten eller, i

värsta fall, till att finansiera något slags rovbeteende gentemot konkurrenter.

För det andra kan den förbehållna marknaden inbringa mycket större intäkter volymmässigt än den konkurrensutsatta. Om t.ex. omsättningen på en förbehållen marknad vida överstiger den på en konkurrensutsatt marknad som nyligen avreglerats finns möjligheter att den förbehållna marknaden kan subventionera låga priser på den konkurrensutsatta marknaden, inte genom att vinstnivån i sig är oskäligt hög utan genom att volymen ger det dominerande företaget tillräckliga resurser. Hancher & Buendia Sierra framhåller att även om överpriser skulle kunna fastställas och beivras så har detta låg inverkan på lösningen av problemet med korssubventionering, eftersom det snarare är förekomsten av samkostnader som ger upphov till korssubventioneringar.[128]

En subventionerande verksamhet behöver inte nödvändigtvis generera vinst.[129] I ett integrerat företag kan medel hämtas från en förlustbringande verksamhet som är på väg att läggas ned, vilket gör att den totala förlusten i så fall blir ännu större. Finansiering med hjälp av förluster kan emellertid aldrig vara en egentlig subventionering, utan torde bara kunna betraktas som två olika verksamheter, vilka båda genererar förluster. Förlusterna kan visserligen täckas av framtida vinster men i så fall är det snarare fråga om underprissättning än korssubventionering, förutsatt att alla kriterier för underprissättning är uppfyllda.

6.9.3.12.3 Är det nödvändigt att fastställa SAC?

Företagets möjligheter till subventionering är dock en central fråga i ekonomisk teori såtillvida som korssubventionering inte kan uppkomma om det inte finns någon källa från vilken finansiering kan hämtas, I *Deutsche Post I* gjorde Kommissionen en jämförelse mellan intäkter och kostnader för den förbehållna verksamheten. Kommissionen kunde dock konstatera att verksamheten inom den förbehållna sektorn

[128] Hancher/Buendia Sierra, a.a. s. 912.
[129] Se Abbamonte, a.a. s. 415, fotnot 3.

gick med vinst och här utgjorde en tydlig källa till subventionering av den konkurrensutsatta verksamheten.

> ”The reserved area is a likely and permanent source of funding as the figures presented by DPAG [...] show that overall revenues in the reserved area exceed its stand-alone costs”[130]

Kommissionen fann även att intäkterna inte bara täckte de produktrelaterade tilläggskostnaderna inom den förbehållna verksamheten, utan även de gemensamma kostnader som inte kunde hänföras till monopolområdet.[131] Möjligheterna till subventionering synes således vara centrala även i praxis och såtillvida finns det en god överensstämmelse mellan ekonomisk teori och den begränsade rättspraxis som hittills framkommit.

6.9.3.13 Korssubventionering vid separerade av verksamheter

I syfte att motverka uppkomsten av korssubventionering krävs i vissa fall, som visats i 6.7 ovan, att verksamheterna helt separeras. Om korssubventionering skall kunna undvikas måste det, enligt Kommissionen, finnas en fullständig ekonomisk öppenhet och insyn i de ekonomiska förhållandena mellan ett reglerat område och sådana produkter eller tjänster som utförs under konkurrens. I annat fall finns en risk för att konkurrenter utesluts genom att det dominerande företagets offerter varken bygger på effektivitet eller överlägsen kapacitet utan enbart på korssubventionering. Kommissionen ser helst att det skall finnas en strukturell åtskillnad mellan reglerade och konkurrensutsatta verksamheter.[132]

---

[130] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 6.

[131] Kommissionen framhåller i *Deutsche Post I* att ”*[t]his means that the revenue from the reserved area as a whole is greater than all costs generated there. Therefore the revenue exceeds not only the product-related incremental costs but also the common costs that cannot be attributed solely to the area.*”, 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, fotnot 8 till p. 6.

[132] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 18.

6.9.3.14 Internprissätting på basis av marknadspris

Det har redan visats att separation av verksamheter inte utgör någon garanti för att korssubventionering förekommer. Kommissionen synes ha tagit fasta på problematiken genom att den anser att det härutöver även bör tillämpas ett system av transparent internprissättning (*transparent system of 'transfer prices'*, eller på tyska: *Verrechnungspreise*) för varor och tjänster. Ett system som garanterar insyn och transparens måste således finnas, vilket kan åstadkommas genom att den reglerade verksamheten interndebiterar den konkurrensutsatta verksamheten för nyttjande av infrastruktur. Prissättningen måste brytas ned till att avse varje huvudsakligt steg i den värdeskapande kedjan. Kommissionen uttryckte i beslutet att

> ”The transparency and visibility of transfer prices is effectively guaranteed only, by a system of ‘unbundled’ prices charged for the main processing steps in the value-added chain, which are procured by the company, operating in competition, from the company operating in the reserved area.”[133]

DPAG hade bl.a. åtagit sig att i syfte att åstadkomma ekonomisk öppenhet och insyn mellan det reglerade området och pakettjänster för företag, flytta över den senare delen till ett juridiskt fristående bolag, som i brist på ett slutligt firmanamn kallades för NEWCO. Eftersom även det nybildade bolaget var beroende av infrastrukturen hos DPAG var det enligt Kommissionen viktigt mot bakgrund av ägargemenskapen att NEWCO måste erlägga ett marknadspris till DPAG vid nyttjande av infrastrukturen. Om inte ett marknadspris skulle kunna utrönas måste, enligt Kommissionen, marknadspriset fastställas genom en processkostnadsberäkning av IC. Kommissionen synes med detta återknyta till sin argumentation om den värdeskapande kedjan, dvs. att en konkurrensutsatt verksamhet måste erlägga ersättning motsvarande sina specifika tilläggskostnader för alla de steg i värdekedjan som verksamheten nyttjar i den befintliga verksamheten. I allt väsentligt är kravet på marknadsprissättning baserat på IC liktydigt med testet för korssubventione-

[133] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 19.

ring. Det subventioneringsfria utrymmet i utrymmet som uppstår för verksamheter inom samma bolag är samma som det tillgängliga internprisutrymmet som uppstår mellan två närstående bolag.

Nicolaides anser emellertid att beräkningssättet ger upphov till tre problem.[134] För det första är det inte säkert att IC verkligen motsvarar ett egentligt marknadspris. Om verksamheten har stora gemensamma kostnader kommer IC att vara mycket låg och det kan därför ifrågasättas om en skyldighet att endast ta ut ett pris som motsvarar IC verkligen neutraliserar de konkurrensmässiga nackdelar som uppkommer.

För det andra är det inte säkert att alla relevanta kostnader med tillräcklig säkerhet går att allokera på rätt sätt. Framförallt kan det vara svårt att avgöra vilka kostnader som skall klassas som tilläggskostnader och därmed ingå i prisunderlaget.

För det tredje kan ifrågasättas hur ett marknadspris verkligen skall kunna beräknas när kostnaderna indirekt bestäms av storleken på verksamheten i det reglerade området. Med största sannolikhet var det så att DPAG i förevarande fall åtnjöt skalfördelar i nätverket. Även om kostnader teoretiskt allokerats till exakt rätt verksamhet kvarstår problemet att det finns korsvisa beroenden mellan verksamheterna, såtillvida som kostnaden för tillhandahålla nätverket minskar när utnyttjandegraden ökar hos den konkurrensutsatta verksamheten. Detta är ett förhållande som ingen annan konkurrent kan komma i åtnjutande av. Vad Nicolaides synes mena att är att det är ett statiskt synsätt att bestämma internpriser. Om ett riktigt marknadspris skall kunna fastställas förutsätter det att priset sätts på en marknad – annars kan det aldrig bli något annat än just ett internpris.

Det kan ifrågasättas om Kommissionen verkligen eftersträvat att åstadkomma en marknadsprissättning i meningen av det pris som ett fristående bolag måste betala för att få en liknande tjänst utförd. Om internpriset skulle baseras på konkurrenternas kostnadsmassa blir kravet liktydigt med FDC-metoden, vilket av skäl som presenterats ovan inte kan vara lämpligt. Det synes snarare röra sig om en beteckning av

[134] Nicolaides, a.a. s. 392–393.

de principer som skall gälla närstående bolag emellan för att en korssubventionering inte skall uppstå. Eftersom verksamheten fortfarande bedrivs inom samma infrastruktur och av samma ägare blir separationen av verksamheterna snarare en koncernredovisningsfråga. Kommissionen har i sitt beslut framhållit att en korssubventionering föreligger om priset underskrider IC. Det vore därför ologiskt om Kommissionen i samma beslut skulle ställa kravet att priset måste överstiga även en högre kostnadsnivå för att det inte skall vara fråga om en korssubventionering. Visserligen säger Kommissionen att varor eller tjänster måste betalas till *marknadspriser*, men den säger samtidigt att när ett marknadspris inte låter sig fastställas måste en processkostnadsberäkning göras som syftar till att beräkna de tjänstespecifika tilläggskostnaderna (IC), vilket följdriktigt inte synes betyda något annat än att priset i avsaknad av ett påvisbart marknadspris måste överstiga IC, och ingen annan, högre nivå.

Det torde inte vara lämpligt att läsa in alltför stor betydelse i Kommissionens hänvisning till ”marknadspris”. Hänvisningen till *marknads*pris må vara olämplig i sammanhanget, men en rimlig tolkning av uttrycket torde dock sammantaget vara att Kommissionen kräver att priset måste täcka de specifika tilläggskostnader som uppkommer för att det inte skall vara fråga om en korssubventionering. Huvudproblemet som Kommissionen lyfte fram var, att när två verksamheter ryms inom samma bolag det kan vara svårt att hålla isär aktiviteterna. Risken för att korssubventioneringar mellan t.ex. reglerad och konkurrensutsatt verksamhet inte upptäcks blir då avsevärt mycket större än om den konkurrensutsatta verksamheten skulle överföras till ett självständigt bolag. Separering av verksamheter i olika bolag får till att börja med den effekten att var och en av verksamheterna måste separera sin bokföring, vilket kan göra det enklare att spåra kostnader.

När det gäller internprissättning i allmänhet är det viktigt att se till vilka principer som styr internpriser. I en integrerad koncern, där det finns olika verksamheter som nyttjar samma infrastrukturer, eller där det finns beroenden mellan verksamheter i olika säljled, kommer som alltid målsättningen för hela företaget att vara att maximera vinsterna för bolaget som helhet. Alla avdelningar vill naturligtvis prestera ett så

gott resultat som möjligt, men sett från ett koncernperspektiv är inte säkert att det är lämpligt att samtliga underavdelningar optimerar sina vinster. Kortsiktiga suboptimeringar av egenintresse måste undvikas för att den totala vinstnivån skall bli så hög som möjligt. Om t.ex. en säljande avdelning optimerade sina vinster för en mellanprodukt skulle detta kunna göra slutprodukten olönsam, vilket skulle vara ineffektivt för företaget som helhet. För att lösa ett sådant dilemma talas ofta om reservationspris, en metod att identifiera det lägsta pris som den säljande avdelningen skulle vilja acceptera och det högsta pris som den köpande avdelningen skulle acceptera. Om den säljande avdelningens reservationspris är lägre än den köpande avdelningens reservationspris skall transaktionen göras internt (jfr (Likhet 2) ovan).

Följdfrågan blir därefter hur högt reservationspriset verkligen är. Kommissionen hänvisade till att internpriser skall sättas till marknadspris och i en perfekt konkurrens kommer reservationspriset att vara lika med marknadspriset. Orsaken härtill är att i en perfekt konkurrens finns det ingen ledig kapacitet hos den säljande avdelningen och det finns många aktörer som alla säljer samma produkt samtidigt som inte finns några inträdes- eller utträdeshinder på marknaden. Det finns ingen anledning i ett sådant scenario att sälja till lägre pris än marknadspriset. Samtidigt finns det heller inte någon anledning för den köpande avdelningen att betala mer än marknadspriset, när produkten lika gärna kan köpas externt till marknadspris. Marknadspris är alltså en idealiserad måttstock som skall användas vid internprissättningar under förutsättning att det råder perfekt konkurrens.

I verkligheten förekommer mycket sällan – om ens någon gång – perfekt konkurrens. Själva kärnpunkten i problematiken med korssubventioneringar är att det finns imperfektioner i marknaden som gör att det finns utrymme för att agera oberoende av konkurrenter och slutkonsumenter. Marknadspris för en mellanprodukt eller marknadspris för utnyttjande av en infrastruktur inom samma koncern fungerar därför inte i praktiken. Om ett bolag har en infrastruktur som kan nyttjas internt till flera olika ändamål samtidigt som det finns ledig kapacitet, så kommer reservationspriset egentligen endast att bli IC, eftersom samkostnaderna kvarstår oavsett om den kompletterande verksamheten

utvecklas eller inte. Översatt till internpriser är den säljande avdelningen (t.ex. en reglerad verksamhet) inte beredd att tillhandahålla överkapaciteten för en lägre ersättning än de specifika tilläggskostnader (IC) som uppstår när en ny verksamhet tar infrastrukturen i anspråk. Den nya verksamheten är å sin sida inte beredd att betala mer än det pris som avdelningen skulle få betala på en öppna marknaden (om det nu finns en sådan). Om priset ligger någonstans mellan dessa två reservationspriser skall transaktionen, från ekonomisk synpunkt, göras internt eftersom detta ger upphov till en effektiv situation på marknaden. Om den köpande avdelningen skulle betala mindre än IC är arrangemanget inte längre effektivt och likaledes är arrangemanget ineffektivt om den köpande avdelningen skulle betala mer än vad samma tjänst skulle kosta på den öppna marknaden. Resonemanget stämmer väl överens med Faulhaber-testet, dvs. att priset måste ligga mellan IC och SAC. Här torde även orsaken ligga till varför Kommissionen i *Deutsche Post I* hänvisar till både marknadspris och IC, låt vara tämligen rudimentärt och utan närmare förklaringar.

Ägargemenskapen eller det naturliga bandet mellan bolagen kan dock fortfarande få den konsekvensen att den konkurrensutsatta verksamheten kan få köpa produkter eller tjänster av moderbolaget till alltför låga priser. Vad som separeras är endast den konkurrensutsatta verksamhetens egna direkta kostnader. All odelbar infrastruktur som är gemensam för verksamheterna kan emellertid inte läggas över i bolaget och då kvarstår frågan hur stor del av kostnaderna för den gemensamma infrastrukturen som skall belasta den konkurrensutsatta verksamheten.

Nicolaides föreslår som en lösning på problemet att sådana dominerande företag som innehar exklusiva rättigheter och opererar inom ett reglerat område *de lege ferenda* skulle kunna tvingas att bereda tillträde till sitt nätverk eller infrastruktur till varje konkurrent som vill nyttja nätverket på samma villkor som det dominerande företagets egna dotterbolag.[135] Om alla företag har samma tillträde till en kritisk infrastruktur utjämnas konkurrensförhållandena mellan aktörerna på marknaden

[135] Nicolaides, a.a. s. 393.

och förutsättningarna för såväl underprissättning som korssubventionering utraderas.

6.9.3.15 Rovprissättning och korssubventionering

I den rättsliga bedömningen av *Deutsche Post I* rubricerade Kommissionen handlandet som en form av rovprissättning.[136] Kommissionen betraktade därför inte korssubventionering i första hand som en särskild form av missbruk utan hänvisade i stället till AKZO-doktrinen[137] och konstaterade att prismissbruk är förhanden om priset ligger antingen under de genomsnittliga rörliga kostnaderna eller under de genomsnittliga totala kostnaderna.

I enlighet med AKZO-doktrinen uppstår en otillåten underprissättning när ett dominerande företags priser underskrider dess genomsnittliga rörliga kostnader och skall i så fall i sig betraktas som en form av missbruk. Priser som däremot överstiger rörliga kostnader, men underskrider totala kostnader (självkostnaden) skall betraktas som ett missbruk endast om det samtidigt kan påvisas en plan att eliminera en konkurrent. Följden av prissättningen blir att konkurrenter trängs ut från marknaden eller hålls borta från marknadsinträde, varigenom det dominerande företaget stärker sitt grepp om marknaden.

Korssubventionering har i viss mån berörts i *Tetra Pak II*.[138] Kommissionen fann i målet att Tetra Pak hade missbrukat sin dominerande ställning genom underprissättning i Italien av Tetra Rex kartonger avsedda för icke-aseptiska produkter som bl.a. mjölk. Priserna var ca 20

---

[136] I den engelska versionen rubriceras agerandet som ”predatory pricing” och i den tyska versionen kallas prissättningen för ”Verdrängungswettbewerb”, dvs.ett agerande som syftar till att med hjälp av prissättning utan kostnadstäckning tränga ut en eller flera konkurrenter från marknaden eller avskräcka dem från att etablera en verksamhet och härigenom stärka sin ställning på marknaden. Den svenska översättningen talar emellertid om ”diskriminerande prissättning”, vilket är en något olycklig översättning eftersom den inte träffar rätt definitionsmässigt. Genom hänvisningen till AKZO-fallet torde det dock stå klart att Kommissionen avsett att klassificera agerandet som en form av rovprissättning, eller åtminstone som en form av utestängande/utträngande prissättning. Jfr även kapitel 5 om rovprissättning.

[137] Mål 62/86, *AKZO*, se även T-65/89 *BPB Industries och British Gypsum*.

[138] C-322/94, *Tetra Pak II*.

– 50 % lägre än i andra medlemsstater och täckte inte de rörliga kostnaderna. Härutöver hade Tetra Pak även sålt maskinutrustning i Storbritannien till priser som avsevärt underskred de rörliga kostnaderna. Tetra Pak hade en dominerande ställning på marknaden för aseptiska produkter och använde vinster från den aseptiska marknaden till att subventionera förluster på den icke-aseptiska marknaden. Tetra Pak hävdade att företaget inte kunde ha subventionerat olönsamma priser på icke-aseptiska produkter i Storbritannien eftersom de aseptiska produkterna endast stod för ca 10 % av marknaden och att därmed intäkterna inte skulle räcka till för att korsfinansiera den olönsamma försäljningen av icke-aseptiska produkter. Förstainstansrätten avfärdade dock invändningen mot bakgrund av Tetra Paks världsomspännande ställning. Vidare framhöll Förstainstansrätten att möjligheterna till korssubventionering inte var relevanta:

> ”Detta argument saknar dessutom under alla omständigheter relevans, såtillvida som rätten redan har fastställt […] att sökandens ledande ställning inom den icke-aseptiska sektorn tillsammans med sambandet mellan denna sektor och den aseptiska sektorn, var tillräcklig för att motivera en tillämpning av artikel 86 [nu artikel 82] i fördraget. Det är därför inte ett villkor för tillämpning av fördragets artikel 86 [nu artikel 82] på de icke-aseptiska marknaderna att det bevisas att korsfinansiering förelåg mellan de två sektorerna.”[139]

Slutsatsen kan tyckas vara att det inte behöver påvisas någon konkret finansieringskälla för att fastställa missbruk enligt artikel 82 EG. Att göra vinster på vissa områden är inte ett missbruk i sig, såvida det inte är fråga om övervinster i den meningen att företaget gör sig skyldigt till överprissättning. Normala vinster som används på ett felaktigt sätt, t.ex. till att finansiera ett rovbeteende på marknaden istället för att finansiera långsiktiga investeringsbehov, kan däremot utgöra ett missbruk. I sådana fall kommer fokus att ligga på om företaget verkligen agerar i rovsyfte, inte på om vinster ackumuleras för att eventuellt användas till

[139] T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 186.

ett sådant ändamål. Det är inte medlen i sig som står i fokus utan sättet på vilket de används.

Tetra Pak kan emellertid inte betraktas som ett typfall av korssubventionering. Snarare gällde det traditionell rovprissättning som inte hade sin grund i att två verksamheter delade samma infrastruktur och där den ena verksamheten fick bära en oproportionerligt hög andel av de gemensamma kostnaderna. När Förstainstansrätten talar om korsfinansiering ansluter detta hellre till den allmänna möjligheten till återhämtning av förlusterna, s.k. *recoupment*. Det är av denna anledning som domstolen inte ansåg att det behövde visas någon finansieringskälla till rovprissättningen.

AKZO-doktrinen fokuserar framförallt på uppdelningen mellan rörliga och fasta kostnader och om priser underskrider antingen rörliga eller totala kostnader (rörliga och fasta kostnader). Tester för att påvisa korssubventionering gör inte samma uppdelning, utan fokuserar istället i första rummet på *incremental costs*, IC, vilket inte är samma sak som rörliga kostnader. AKZO-doktrinen dras med den inneboende svagheten att de rörliga kostnaderna för tillhandahålla ytterligare en enhet av en vara eller tjänst inom vissa branscher kan vara så låga att de kan betraktas som försumbara. Telekombranschen utgör ett bra exempel. När nätet väl är utbyggt kostar det mycket litet att ansluta ytterligare en kund till nätet. Kommissionen har uppmärksammat problemet i ett tillkännagivande om tillämpningen av konkurrensreglerna inom telekomsektorn och framhöll att

> ”För att driva en lönsam verksamhet kring en tjänst eller en grupp tjänster måste en operatör anta en prissättningsstrategi som innebär att dess totala merkostnader för att tillhandahålla tjänsten eller gruppen av tjänster täcks av de ökade intäkterna till följd av tillhandahållandet av denna tjänst eller grupp av tjänster. När en dominerande operatör fastställer ett pris för en bestämd produkt eller tjänst som är lägre än dess genomsnittliga totala kostnader för att tillhanda denna produkt eller tjänst bör operatören motivera detta pris i affärsmässiga termer. En dominerande aktör som endast skulle dra fördel av en sådan prissättningsstrategi om en eller flera av dess konkurrenter försvagas, skulle missbruka en dominerande ställning.

> Kommissionen måste i likhet med vad som anges i AKZO-domen fastställa ett priser under vilket ett företag endast kan gå med vinst genom att försvaga eller slå ut en eller flera konkurrenter. Kostnadsstrukturen i nätverksindustrierna tenderar att skilja sig ganska mycket från de flesta andra industrier eftersom de förra har mycket större gemensamma kostnader.
>
> I fråga om tillhandahållande av teletjänster kan ett pris som motsvarar den rörliga kostnaden för en tjänst vara väsentligt lägre än det pris som operatören behöver för att täcka kostnaden för att tillhandahålla tjänsten. Vid användning av Akzo-kriteriet på priser som skall gäller över tid av en operatör och som skall utgöra grunden för operatörens beslut om att investera bör dessa kostnader inbegripa den totala tillkommande kostnaden för att tillhandahålla tjänsten. Vid en analys måste hänsyn tas till det tidsperspektiv som är lämpligt för att analysera kostnaderna. Det finns i de flesta fall skäl att anta att varken mycket kort sikt eller mycket lång sikt är lämpliga tidsperspektiv.
>
> Under dessa omständigheter kommer Kommissionen ofta att behöva undersöka den genomsnittliga marginalkostnaden för att tillhandahålla en tjänst och kan behöva undersöka den genomsnittliga marginalkostnaden under en längre period än ett år."[140]

I tillkännagivandet avviker Kommissionen från AKZO-doktrinen och ansluter sig istället närmast till Faulhabertestet när Kommissionen säger att det är nödvändigt att undersöka *average incremental costs* över en längre period än ett år.[141] Detta är vad som motsvarar *long-run incemental costs*, LRIC. I vissa branscher kommer därför testet av såväl underprissättning som korssubventionering att bli detsamma.

I *Deutsche Post I* ansåg Kommissionen – i motsats till AKZO-doktrinen – att de kostnadsmått som använts i tidigare praxis, dvs. genomsnittliga rörliga kostnader, eller *average variable cost*, AVC, ej kunde användas. Istället för att jämföra prissättningen gentemot AVC fann

---

[140] Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, p. 112–115. Det skall framhållas att i den engelska versionen av tillkännagivandet talas om *average incremental cost* och inte om *average marginal cost*. Den svenska översättningen synes således vara fel i denna del.

[141] Jfr även Abbamonte, a.a. s. 429.

Kommissionen att det var mer lämpligt att använda uppdelning mellan IC och SAC.

> ”In determining which costs vary depending on the quantities produced, the division between common fixed costs and costs attributable to a specific service set forth earlier must be borne in mind in DPAG' s favour.”[142]

EG-domstolen har tidigare definierat AVC som sådana kostnader som varierar med den producerade volymen. Mot bakgrund av att DPAG hade ett offentligt serviceuppdrag varierade endast de tjänstespecifika kostnaderna, IC, med volymen.[143] Utredningen i ärendet visade att varje försäljning inom det aktuella området orsakade företaget en förlust som bestod av hela kapacitetskostnaden och åtminstone en del av tilläggskostnaderna för tillhandahållande av tjänsten, dvs. SAC – IC, samt den del av IC som intäkterna inte täckte. Verksamheten lämnade inget bidrag till de gemensamma kostnaderna, vilket, enligt Kommissionen, inte kunde ligga i företagets egna ekonomiska intresse på medellång sikt. Jämlikt förutsättningarna för DPAG fanns därför bara två rimliga alternativ, nämligen att antingen höja priserna, eller – om det inte fanns efterfrågan på tjänsten vid en högre prisnivå – helt avveckla verksamheten.

Kommissionen framhöll att eftersom det vid tidpunkten för missbruket inte fanns några klara regler om hur korssubventionering skulle bedömas kunde heller inga böter dömas ut för agerandet. Således har Kommissionen valt att frångå den ordning som lagts fast genom AKZO.

> ”In order to establish predatory prices the decision distinguishes between costs for network capacity and network usage. […] In order not to be deemed predatory, prices for a particular product or service must cover at least the incremental costs of producing that service (the costs for network usage).”[144]

[142] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 35.
[143] 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 35.
[144] Kommissionens pressrelease IP/01/419, s. 2.

När priserna inte täckte IC behövdes, i enlighet med principerna i AKZO, inget elimineringssyfte påvisas för att det skulle vara frågan om ett missbruk.

Den stora skillnaden gentemot AKZO-principerna är således att Kommissionen använder ett helt annat kostnadsunderlag i *Deutsche Post I*.

6.9.3.16 En ny standard för rovbeteende?

Av Kommissionens argumentation synes inte följa att den strävat efter att etablera korssubventionering som en särskild form av missbruk. Såväl rubriceringen som den efterföljande analysen tyder snarare på att det endast rör sig om en vidareutveckling av AKZO-principerna i allmänhet och av de relevanta kostnadsmåtten i synnerhet. Huruvida missbruket förtjänar en egen rubrik torde dock vara mindre relevant. Vad som emellertid är viktigt är hur ett missbruk av nu aktuellt slag – i egen form eller som en variant av rovprissättning – skall analyseras och vilka kriterier som skall ställas upp, gentemot vilka ett agerande kan bedömas, vilket har beskrivits ovan.

Frågan kvarstår emellertid hur Kommissionen skulle ha bedömt situationen om intäkterna hade givit täckning för IC samtidigt som det funnits ett elimineringssyfte. Om AKZO-doktrinen skulle följas – med nu gjorda modifieringar för IC och SAC – föreligger även i sådana fall en otillåten underprissättning. Rättsfallet ger inget direkt svar i detta avseende, men *e contrario* följer det av Kommissionens resonemang att om tjänsten har något mer än full täckning för IC så borde detta på medellång sikt ligga i företagets egna ekonomiska intresse, eftersom verksamheten i så fall ger ett bidrag till de gemensamma fasta kostnaderna. Huruvida Kommissionen velat åstadkomma en sådan ändring av AKZO-principerna är oklart. Skulle det ekonomiska resonemanget – som Kommissionen hänvisar till – följas, ger detta vid handen att en sådan prissättning istället måste betraktas som tillåten.

Kommissionen säger uttryckligen att den har etablerat en standard som baseras på IC. En restriktiv tolkning av Kommissionens resonemang kan ge vid handen att standarden enbart gäller i reglerade indu-

strier med samma förutsättningar som i *Deutsche Post I*, dvs. en marknad som karaktäriseras av såväl lagstadgad monopolverksamhet som konkurrensutsatt verksamhet, samtidigt som monopolisten har ett serviceåtagande som gör kostnaderna för nätverk nästan uteslutande till gemensamma fasta kostnader.

Med hjälp av en mer extensiv tolkning skulle å andra sidan ett mer generellt test kunna formuleras såsom att företag som opererar med både en förbehållen (legalt eller *de facto*) och konkurrensutsatt verksamhet måste täcka de särskilda tilläggskostnader som uppstår för den konkurrensutsatta tjänsten(-erna) för att prissättningen inte skall betraktas som en otillåten korssubventionering.

Vilken tolkning som *de lege lata* skall ges företräde är osäkert. Kommissionens beslut visar visserligen på ett nytänkande inom den rättsliga bedömningen av rovbeteenden, men det är svårt att bedöma huruvida samma ordning skall gälla i alla branscher. En försiktig tolkning torde dock vara att liknande bedömningar bör göras i andra nätverksindustrier som till sin karaktär är snarlika postbranschen. Det kan t.ex. röra sig om telekomindustrin, energisektorn, järnvägsbranschen m.m.

Ett problem är att AKZO-standarden gäller generellt för alla branscher samtidigt som korssubventionering är en speciell form av rovbeteende, på vilket det kan vara svårt att direkt applicera AKZO-testet. Detta stöds inte minst av att Kommissionen funnit anledning att avvika från standarden, låt vara under relativt speciella omständigheter. En rimlig ordning, *de lege ferenda*, borde därför vara att ge utrymme för en tillämpning av korssubventioneringstestet även i andra branscher i enlighet med den mer extensiva tolkning som tagits upp ovan. Faktum att ett företag har ett legalt eller *de facto* monopol alternativt dominerande ställning borde inte få inverka på bedömningen, eftersom den praktiska skillnaden häremellan är försumbar, åtminstone sedd ur ett konkurrentperspektiv.

Gemensamma fasta kostnader kan vidare uppkomma utan att ett företag får ställning som *carrier of last resort*. Huruvida ett företag har ett åtagande eller inte att utföra en universell service behöver inte påverka kostnadsstrukturen direkt. Det kan givetvis påverka storleken på de gemensamma fasta kostnaderna, men att gemensamma fasta kostnader

helt skulle försvinna om åtagandet togs bort synes inte vara en rimlig bedömning.

6.10 Tester baserade på effektiv prissättning

Kostnadsbaserade testmetoder i allmänhet dras med inneboende problem vad gäller allokering av kostnader, periodisering och över huvud taget mätning av relevanta kostnader. Problemen till trots är det ett relativt bekvämt sätt att testa huruvida ett företag gjort sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning. Vid en viss relevant kostnadsnivå är det bara för myndigheten eller domstolen att kontrollera huruvida priset eller intäkterna ligger över eller under gränsvärdet för att därpå med utgångspunkt från svaret säga om företaget missbrukat sin marknadsställning.

Utifrån ett strikt ekonomiskt perspektiv är dock inte säkert att testet verkligen leder till en maximering av välfärden, dvs. att summan av producent- och konsumentöverskottet blir så hög som möjligt. Kostnadsbaserade test kan åstadkomma en slags subjektiv rättvisa mellan konkurrenter i den meningen att alla aktörer på marknaden konkurrerar på samma villkor och att ingen aktör kan dra otillbörlig nytta av en viss given ställning på marknaden. Frågan är dock om en policy av detta slag skapar den bästa effektiviteten på marknaden. Rena kostnadsbaserade tester tar inte hänsyn till drivkrafterna bakom kostnader eller snarare de faktorer som har dynamisk potential att sänka kostnaderna och ge utrymme för högre volym och lägre pris – effektivitet – till nytta för konsumenterna. I värsta fall kan det bli så att ett antal ineffektiva aktörer konkurrerar på samma ”rättvisa” villkor men att utbudet samtidigt är alltför litet och priserna alltför höga, något som inte gagnar konsumenterna.

I syfte att åstadkomma en så hög välfärd som möjligt finns det andra metoder att testa korssubventionering som ser mer till effektiv prissättning. En sådan metod säger kortfattat att det inte föreligger en korssubventionering om priset är lika med marginalkostnaden, MC. Om priset däremot ligger över eller under MC är det frågan om en ineffektiv pris-

sättning, antingen i egenskap av mottagare eller finansieringskälla till en korsvis subventionering.

Marginalkostnad är i sig ett teoretiskt begrepp och detsamma kan sägas om optimal prissättning i förhållande till marginalkostnaden. I praktiken kan det vara en svår uppgift att genomföra en relativt komplicerad ekonomisk analys som innefattar såväl mätningar av efterfrågeelasticiteter som beräkning av marginalkostnaden.

6.10.1 Prissättning i förhållande till marginalkostnaden

När det gäller teorier om regleringar av statliga företag och reglerade verksamheter i allmänhet ligger ofta effektiviteten i fokus. Mest kretsar teorin kring priser som skall sättas optimalt i förhållande till marginalkostnaden, t.ex. genom Ramsey-prissättning. Syftet med teorin är då att uppnå en välfärdsmaximering så att utbudet blir så stort som möjligt, eller mer generellt summan av konsument- och producentöverskottet, samtidigt som priserna hålls så låga som möjligt.[145] Även om det går att anföra svagheter gentemot kostnadsbaserade tester är det långt ifrån säkert att modeller om effektiv prissättning är lämpligare att använda vid en praktisk tillämpning. Med utgångspunkt från Heald och Marchand m.fl.[146] synes problemen med att finna en modell för optimal prissättning vara minst lika stora som i fallet med kostnadsbaserade tester.

Den mest grundläggande modellen för effektiv prissättning innebär att priser alltid skall sättas i förhållande till marginalkostnaden för att

[145] Analysen förutsätter att aktörerna strävar efter välfärdsmaximering, vilket inte nödvändigtvis behöver vara sant. Aktörerna kan givetvis försöka att påverka kostnaderna till sin egen fördel och härmed omfördela överskottet till sig själva. I genomgången av *efficient pricing*-metoder förutsätts emellertid inte att företagen enbart agerar i eget intresse. Se mer om diskussion om agent-principal problematiken i Heald, 1996, a.a. s. 62 och Rees, R., *The Public Enterprise Game*, The Economic Journal, vol. 94, Issue supplement: conference papers, 1984, s. 109–123.

[146] Se Heald, 1996, a.a. s. 61 ff och Marchand, M., Pestieau, P., Tulkens, H., *The performance of public enterprises: normative, positive and empirical issues*, i The Performance of Public Enterprises: Concepts and Measurements, Marchand, M. , Pestieau, P., Tulkens, H. (red.), Amsterdam 1984, s. 3–42.

härigenom uppnå de största välfärdseffekterna. Effektivitet står således helt i fokus. Basmodellen tar dock, i likhet med Faulhabertestet, inte hänsyn till sådana faktorer som efterfrågans inverkan på prissättningar, hur kundstrukturer ser ut eller andra makroekonomiska faktorer. Modellen behöver därför modifieras.

I definitionen av marginalkostnader finns stora spänningar mellan kortsiktiga marginalkostnader (Short Run Marginal Cost, SRMC) och långsiktiga marginalkostnader (Long Run Marginal Cost, LRMC). I likhet med IC i Faulhabertestet kan kortsiktiga bedömningar ge helt felaktiga resultat om hänsyn inte tas till bl.a. kapacitetskostnader. SRMC tar mer hänsyn till effektivt utnyttjande av befintlig infrastruktur, medan LRMC mer tar hänsyn till kostnader som uppkommer vid expansion av verksamheten. Ett annat problem är LRMC i sig inte kan definieras helt klart i praktiken. Sanders m.fl. hävdar att LRMC i vissa fall kan definieras som *long run incremental cost*, LRIC, vilket skulle innebära att testet i stort skulle bli det samma som Faulhabertestet.[147]

Det kan finnas obalanser i inkomstfördelningen, som måste byggas in i den optimala prissättningsmodellen. Olikheter i inkomstfördelningen kan göra att efterfrågan ser olika ut i olika geografiska eller demografiska områden, något som även framkommer när modellerna tar hänsyn till olika efterfrågeaspekter.

Den makroekonomiska omgivningen, i vilken ett företag opererar, kan i hög grad påverka hur företaget sätter sina priser, speciellt när det föreligger obalanser. Om det t.ex. råder en omfattande arbetslöshet kan det medföra att skuggpriser på arbetskraft förs in i analysen.

Heald framhåller sammanfattningsvis att

> ”Viewing cross subsidy from the perspective of optimal pricing clearly demonstrates the narrowness of a focus solely upon cost allocation. However, far from simple answers emerging there is a new set of complexities, leading to doubts about operationalization”[148]

---

[147] Se Sanders, R. J., Warford, J.J., Mann, P. C., *Alternative Concepts of Marginal Cost for Public Utility Pricing: Problems of Application in the Water Supply Sector*, World Bank Staff Working Paper No. 259, 1977, s. 20 ff.

[148] Heald, 1996, a.a. s. 64.

6.10.1.1 Speciellt om hänsynstagande till efterfrågefunktioner

Det har redan visats att efterfrågestrukturen kan orsaka problem vid beräkningen av IC. Härmed kan liknande problem även uppstå med Faulhabertestet, vilket skulle kunna tala för att ett annat test är mer lämpligt. Enligt Parsons ligger det en potentiell fara i att kostnadsbaserade tester inte tar hänsyn till eventuella korspriselasticiteter. Om tjänsten, vars prissättning är satt i fråga, skulle vara utbytbar mot en annan tjänst blir IC-testet ett nödvändigt, men inte tillräckligt villkor för korssubventionering. Om tjänsten inte skulle vara substituerbar med en annan tjänst utan endast utgjorde ett komplement blir IC-testet ett tillräckligt, men inte nödvändigt villkor.[149] Parsons framhåller vidare att i teorin skulle alla olika kombinationer av tjänster behöva testas – även där efterfrågefunktionerna är helt oberoende av varandra – för att Faulhabertestet skulle bli helt rättvisande. Under sådana omständigheter riskerar emellertid testet att komma att bestå av ett oändligt antal deltester och härmed bli omöjligt att genomföra.

Det enda rimliga praktiska sättet att testa korssubventioneringar blir därför att analysera IC för en tillkommande tjänst i stället för kostnaden för alla olika kombinationer av tjänster. IC blir därmed den lägsta prisnivå som kan accepteras för en enskild tjänst om den inte skall betraktas som otillåtet subventionerad. Nettotestet – som tar hänsyn till alla former av korspriselasticiteter – kan sägas även ta hänsyn till samkostnader och gemensamma kostnader eftersom frågor om optimalt nyttjande av gemensamma resurser i sådana fall måste behandlas. Samkostnader och gemensamma kostnader kan dock inte ställas i relation till intäkter från en enskild tjänst utan till intäkter från kombinationer av olika tjänster. Det är därför inte troligt att det i verkligheten går att genomföra ett sådant test.

[149] Parsons, Steve G., *Cross-Subsidization in Telecommunications*, Journal of Regulatory Economics, 13, 1982, s. 163.

6.10.1.2 Förbättring av effektiviteten på marknaden

Abbamonte tar som exempel upp situationen med ett naturligt eller legalt monopol. Om investeringskostnaderna för en viss industri är mycket höga, dvs. om de fasta kostnaderna i förhållande till marknadens storlek är mycket höga kan detta medföra att det råder ett naturligt monopol eller åtminstone är utrymmet för antalet aktörer så strängt begränsat att ett företag hamnar i en monopolliknande ställning. Positionen på marknaden kan även ha tillkommit genom regleringar, där vissa verksamheter reserveras för vissa bolag. När investeringskostnaderna är mycket höga kan det vara så att den genomsnittliga kostnaden kommer att ligga högre än marginalkostnaden där efterfrågekurvan skär marginalkostnadskurvan.

Att tvinga ett företag att sätta priserna lika med marginalkostnader kan i sådana fall medföra långsiktiga förluster för bolaget, vilket kan lösas genom att staten täcker upp underskottet med allmänna medel om syftet är att hålla en lägre och enhetlig prisnivå gentemot konsumenterna, vilket skulle kunna komma att betraktas som ett otillåtet statsstöd. Ett annat sätt att lösa problemet är att tillåta optimala avvikelser från marginalkostnaden, dvs att modifiera marginalkostnadskravet för att undvika förluster. Problemet kan lösas genom att tillåta företaget att sätta priser i omvänd relation till efterfrågeelasticiteten, dvs. att sätta höga priser till de konsumenter eller köpare som har en låg elasticitet och låga priser till dem som har en hög elasticitet. Kunder som värderar varan/tjänsten högt och har en hög marginell betalningsvilja får även betala mer i förhållande till dem som har en lägre marginell betalningsvilja. Allmänt kallas detta för *Ramsey-pricing* och innebär att samkostnader allokeras till de konsumentgrupper som är villiga att betala för dem.[150] Vid prissättning likställd med marginalkostnaden, som innebär förluster för företaget samtidigt som underskottet inte täcks av staten, måste korssubventionering bedömas i ljuset av hur priser har satts i förhållande till efterfrågeelasticiteter. Om en optimal avvikelse gjorts har företaget även agerat effektivt och någon subventionering är inte för-

[150] Abbamonte, a.a. s. 418.

handen. Allokering av kostnader saknar betydelse i detta fall eftersom det är effektivt och välfärdsmaximerande försåvitt företaget kan expandera till en närbelägen marknad om företaget kan göra det till lägre kostnad än andra aktörer. Om en monopolist kan nyttja sin nuvarande infrastruktur till andra ändamål än den befintliga samtidigt som den har ledig kapacitet kan en expansion till en närbelägen marknad göra att infrastrukturen används mer effektivt, eftersom kostnaderna kan spridas ut på en större volym. Marginalkostnaden för att betjäna ytterligare en marknad kan vara försumbar när de fasta kostnaderna är gemensamma för både den befintliga verksamheten och den tillkommande. Abbamonte anser oavsett hur de fasta kostnaderna allokeras att etableringen på den närliggande marknaden måste betraktas som effektiv, ty även om företaget allokerade alla kostnader till den befintliga volymen så skulle inte marknadspriset blir högre på den reglerade marknaden. Tvärtom, finns det en möjlighet att priserna skulle bli lägre på den reglerade marknaden om vissa kostnader allokerades till den konkurrensutsatta marknaden.[151] Totalt sett går det enligt modellen inte att argumentera för att det föreligger en korssubventionering så länge som marginalkostnaderna täcks. Abbamonte lyfter fram den dynamiska dimensionen i denna modell, nämligen att en expansion från en tidigare reglerad marknad kan få till effekt att konsumenterna totalt sett får det bättre genom att effektiviteten på båda marknaderna kan bli högre. De kostnadsbaserade testerna ser enbart till vad som händer på den konkurrensutsatta marknaden, medan effektivitetstesten även ser till effekterna på den befintliga marknaden. Ett exempel från Abbamonte kan belysa detta:[152]

Antag att det dominerande företaget expanderar till en marknad med följande utseende:

[151] Abbamonte, a.a. s. 419.
[152] Se Abbamonte, a. st.

	Företag 1	Företag 2	Företag 3	Dominanten	Totalt
Marknadsandel, konkurrensutsatta marknaden	40 %	40 %	20 %	0 %	100 %
Fasta kostnader	€300	€300	€400	€1.000	€2.000

Tabell 7. Utgångsläget i Abbamontes modell om effektiv prissättning.

Antag vidare att det dominerande företaget lyckas bryta sig in på marknaden tack vare att det prissätter till marginalkostnaden samt den lediga kapaciteten och konkurrerar ut företag 3, som tvingas lägga ned verksamheten. Marknadsbilden skulle därmed se ut enligt följande:

	Företag 1	Företag 2	Dominanten	Totalt
Marknadsandel, konkurrensutsatta marknaden	40 %	40 %	20 %	100 %
Fasta kostnader	€300	€300	€1.000	€1.600

Tabell 8. Effekten av det dominerande företagets inträde på marknaden i Abbamontes modell.

Svagheten med detta resonemang är att det inte finns några garantier för att det dominerande företaget inte konkurrerar ut även de andra kvarvarande företag och i kraft av den starka positionen på marknaden sedan höjer priserna och tar ut monopolvinster. Detta kan dock enligt Abbamonte bara ske om det dominerande företaget har så stor ledig kapacitet att det har volymmässig förmåga att tränga ut kvarvarande konkurrenter från marknaden. Om företaget inte har en sådan kapacitet måste ytterligare investeringar göras, vilket höjer det dominerande företagets marginalkostnader och därmed även priserna, vilket i sin tur reducerar möjligheterna att driva ut konkurrenter från marknaden. Det är dessutom, enligt Abbamonte, ett rent hypotetiskt antagande att det dominerande företaget skulle höja priserna när marknadspositionen blir stark. Om inträdesbarriärerna till marknaden är låga samtidigt som det dominerande företaget skulle försöka att höja priserna och omfördela

konsumentöverskottet till sig självt kommer den onormalt höga vinstnivån att attrahera nya konkurrenter till marknaden, vilket skulle göra en sådan strategi olönsam på sikt.

Det finns dock svagheter i Abbamontes resonemang som mycket hänger upp sig på möjligheterna att sänka kostnaderna på båda marknaderna och därmed öka effektiviteten på båda. För det första förutsätts att kostnaderna försvinner från ekonomin i stort om en aktör lämnar marknaden. Detta behöver inte nödvändigtvis vara sant. Företaget kan lämna just den aktuella marknaden, men fortsätta verksamheten på en annan marknad. Förlusterna som uppkommer genom att företaget går ifrån en marknad måste fortfarande täckas på något annat sätt. I så fall har kostnaderna endast flyttats – inte utraderats, såsom görs gällande i modellen. På ett sätt kan det liknas vid att kostnaderna för den överkapacitet som det dominerande företaget hade initialt har flyttats över till det företag som tvingades lämna marknaden. I värsta fall hamnar bolaget på obestånd och kostnaderna lyfts därför över på borgenärerna, finansiärer och aktieägare och drabbar därmed indirekt ekonomin. Kostnaderna försvinner därför inte helt, som modellen kan ge intryck av. Kreditförluster är så, kan det hävdas, en naturlig del av risktagande i affärsverksamheter och måste betraktas som en kostnad. Till modellens försvar kan visserligen göras gällande att företag 3 på grund av sin ineffektivitet aldrig skulle ha trätt in på den aktuella marknaden och att kostnaden för förlusten av företaget på något längre sikt likväl uppvägs av de vinster som en högre effektivitet för med sig.

En annan svaghet i resonemanget är att det närmast är att betrakta som ett notoriskt faktum att en monopolställning alltid för med sig ineffektivitet genom ett lägre utbud och högre priser. Om inte ett monopolföretag kan utföra en perfekt prisdiskriminering kommer marknaden att vara ineffektiv. Det är osannolikt att ett företag någonsin kan genomföra detta och om det skulle vara möjligt omfördelas hela konsumentöverskottet till monopolisten, vilket inte är bra trots att marknaden är effektiv.

Till sist kan det finnas tidsmässiga aspekter att ta hänsyn till. Om inträdesbarriärerna är mycket låga och nya aktörer verkligen skall kunna neutralisera de negativa effekterna av ett monopol förutsätts att

de har kapacitet och möjlighet att kunna ge sig in på marknaden när och om det upptäcks att monopolisten drar nytta av den nyvunna positionen. I verkligheten är det inte alltid möjligt att omedelbart gå in på ny marknad när detta kräver kapacitet i form av produktionsmedel, personal, rörelsekapital m.m. Fram till dess att aktörerna verkligen utgör ett alternativ finns risken att konsumenterna får betala för mycket för ett för litet utbud, vilket med stor sannolikhet blir effekten av om det dominerande företaget tränger ut alla andra företag från marknaden.

6.11 Korssubventionering och statsstöd

Korssubventionering betraktas normalt som en form av missbruk av dominerande ställning när försäljning till förlust internsubventioneras med vinstmedel från andra verksamheter. Om företaget som korssubventionerar är ett statligt företag finns det även risk för att korssubventioneringen kan betraktas som en form av statsstöd.

I enlighet med artikel 86 EG skall medlemsländerna beträffande offentliga företag och företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta eller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i EG-fördraget, i synnerhet artiklarna 12 och 81 till 89 EG. Härutöver stadgar artikel 87 EG att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, där en sådan snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning som det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Bestämmelserna om statsstöd kan naturligtvis inte tillämpas om inte någon form av stöd från statens sida förekommer. Dessutom krävs att stödet måste snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsländerna. En central fråga blir därför hur konkurrenssnedvridande stöd skall definieras. Svaret på frågan huruvida åtgärder i allmänhet – oaktat om de härrör från privata eller offentlig företag – snedvrider eller har potential att snedvrida konkurrensen står främst att finna i artiklarna 81 och 82 EG samt den praxis som emanerar från dessa artiklar. I frågor som rör korssubventionering

torde det därför vara lämpligt att göra bedömningen av missbruk av dominerande ställning och/eller otillåtna statliga stöd mot samma måttstock.

6.11.1 De franska postfallen

I de franska postfallen[153] behandlades frågan om La Poste i egenskap av offentligt företag hade överfört medel till sitt dotterbolag genom att ta ut för lågt pris för att tillhandahålla tjänster, bl.a. vissa logistiktjänster i befintlig infrastruktur.

> I Frankrike var expresspost en konkurrensutsatt verksamhet till skillnad från normal postbefordran, där den franska posten – La Poste – hade monopol. La Poste var verksamt inom expresspost genom dotterbolaget Chronopost, där även andra intressenter var delägare. SFMI bedrev internationell expresspostbefordran och var ett helägt bolag till det internationella bolaget GDEW. Chronoposts verksamhet omfattades endast av nationell befordran och ägdes till 66 % av La Postes dotterbolag Sofipost. Resterande 34 % ägdes av TAT Express, ett dotterbolag till flygbolaget Transport aérien transrégional (TAT). Chronopost fungerade som agent för SFMI i Frankrike. Chronopost hade även en ensamrätt till La Postes nät. Mot slutet av 1990 gjorde det konkurrerande konsortiet *Syndicat français de l'Express international* (SFEI) en anmälan till Kommissionen, där SFEI hävdade att det stöd som SFMI-Chronopost fick från La Poste i form av logistik och försäljning utgjorde ett otillåtet statsstöd. Kommissionen konstaterade sedermera att La Poste endast under 1992 hade fått ersättning som motsvarade de reella kostnaderna plus vinstmarginal och att det för tiden före och efter inte kunde uteslutas att SFMI-Chronopost fått statligt stöd. Parallellt med Kommissionens undersökning hade SFEI även väckt talan vid Tribunal de commerce de Paris, som begärde ett förhandsavgörande hos EG-domstolen.

[153] EG-domstolens avgörande i målet C-39/94, *SFEI*, Kommissionens beslut 98/365/EG, *SFMI-Chronopost*, EGT L 164, 9/6/1998, sedermera överklagat och avgjort av Förstainstansrätten i T-613/97, *Ufex*. Målet är överklagat till EG-domstolen C-94/01 och är i maj 2003 ännu inte avgjort.

Tribunal de commerce de Paris ville i målet *SFEI* bl.a. ha besked om de åtgärder som vidtogs av en medlemsstat, bl.a. bestående i att genom ekonomi- och finansministeriet samt ministeriet för postväsen och telekommunikation i denna medlemsstat subventionerade ett expressbudsbolag genom att tillhandahålla detta logistiska och kommersiella tjänster och genom att inte begära *normalt vederlag* för sina tekniska, kommersiella och ekonomiska prestationer, skulle anses utgöra statligt stöd som snedvred eller som hotade att snedvrida konkurrensen och som påverkade handeln mellan medlemsstaterna.[154]

EG-domstolen ansåg att det fanns anledning att godta uppfattningen att tillhandahållandet av logistiska och kommersiella tjänster av en offentlig verksamhet till sina privaträttsliga dotterbolag, vilka bedriver konkurrensutsatt verksamhet, skulle kunna anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 92 [nu artikel 87 EG] i fördraget, om detta skedde *utan erläggande av normalt vederlag* för tjänsterna i fråga.[155]

Huruvida vederlaget från företaget skall bedömas vara normalt eller inte måste, enligt EG-domstolen, avgöras mot bakgrund av om det mot-

---

[154] C-39/94, *SFEI*, p. 15.

[155] C-39/94, *SFEI*, p. 57. Domstolen framhöll i p. 58 att bestämmelsen [artikel 87] har till syfte att förhindra att handeln mellan medlemsstaterna påverkas av förmåner som beviljats av offentliga myndigheter och som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion. Domstolen framhöll vidare att stödbegreppet inte enbart omfattar direkta subventioner, utan även olika ingripanden som kan minska sådana kostnader som normalt belastar ett företags budget. Även om det inte rör sig om subventioner i strikt bemärkelse, kan sådana ingripanden vara av samma karaktär och ha identiskt lika effekter: ”The aim of Article 92 of the Treaty [numera artikel 87 EG, förf. anm.] is to prevent trade between Member States from being affected by advantages granted by public authorities which, in various forms, distort or threaten to distort competition by favouring certain undertakings or certain products […] the concept of aid is thus wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without therefore being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect.” C-387/92, *Banco Exterior de España*, p. 12–13. Se även mål 173/73, *Italien mot Kommissionen*, p. 26. Mot bakgrund av tidigare praxis kunde domstolen således konstatera att tillhandahållande av varor eller tjänster till förmånliga villkor kunde utgöra statligt stöd. Se C-39/94, *SFEI*, p. 59. Se även de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, *Van der Kooy*, p. 28, samt C-56/93, *Belgien mot Kommissionen*, p. 10).

tagande företaget fått ut ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt *normala marknadsvillkor*. Bedömningen måste därför, enligt domstolen, baseras på en ekonomisk analys, där alla faktorer beaktas som ett företag, vilket agerar enligt normala marknadsvillkor, måste ta hänsyn till när det prissätter de tillhandahållna tjänsterna. Domstolen framhöll sålunda att

> ”en offentlig verksamhets tillhandahållande av logistiska och kommersiella tjänster till sina privaträttsliga dotterbolag, vilka bedriver verksamhet som är öppen för fri konkurrens, kan utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 92 i fördraget [nu artikel 87], om den ersättning som utges för dessa tjänster är lägre än den som skulle ha utgått enligt normala marknadsvillkor.”[156]

Huruvida ersättningen *de facto* var lägre än det vederlag som borde ha utgått enligt normala marknadsvillkor skulle avgöras av den nationella domstolen.

De åtgärder som var föremål för granskning i *SFMI-Chronopost*[157] var

- *Logistikstöd*. SFMI-Chronopost hade tillgång till La Postes infrastruktur för insamling sortering, transport och distribution av försändelser. Priset för logistikstödet var baserat på La Postes totala kostnader för tjänsten i frågan – däri inkluderat gemensamma kostnader. Med vissa undantag låg intäkternas täckningsgrad för La Poste på mellan 116 – 119 % under den aktuella perioden.
- *Försäljningsstöd*. SFEI hävdade att La Poste hade fört över sin kundkrets till SFMI-Chronopost och att dotterbolaget hade dragit nytta av försäljnings- och reklamkampanjer hos La Poste. Frankrike hävdade emellertid i processen att intäkterna för tillhandahållandet av logistikstödet till fullo täckte de kostnader som burits av La Poste. SFEI ansåg att det inte gick att ta hänsyn till de skalfördelar

[156] C-39/94, *SFEI*, p. 62.

[157] Kommissionens beslut 98/365/EG, *SFMI-Chronopost*, sedermera överklagat och avgjort av Förstainstansrätten i T-613/97, *Ufex*.

som låg bakom de faktiska kostnader som låg till grund för prissättningen av logistik och försäljningsstödet. Istället ansåg SFEI att det ”normala marknadspriset” borde beräknas utifrån de kostnader som en grupp konkurrensutsatta konkurrenter hade. Skillnaden mellan faktiska erlagda priser och konkurrenternas priser skulle därmed utgöra statsstöd.

- Nyttjande av La Postes fordon som reklambärare.
- Tillgång till reklamtid hos Radio France.
- *Skatte- och tullförmåner samt andra förmåner.* Enligt SFEI var La Poste undantaget från löneskatt (*taxe sur les salaires*) och en form av stämpelskatt, som SFEI ansåg sammantaget innebära ett indirekt stöd på ca 1,2 miljarder franska franc, något som SFMI-Chronopost kunde dra nytta av genom utläggningen av verksamhet till La Poste. Vidare ansåg SFEI att SFMI-Chronopost erhållit en privilegierad tullbehandling och dessutom stöd från det franska handelskontoret, *Bureau d'échange français*, som ombesörjde tullbehandlingen av företagets försändelser. Härutöver skulle SFMI-Chronopost ha dragit nytta av La Postes investering på 1,2 miljader franska franc i plattformar för hantering av paketpost.

Kommissionen fann det lämpligt att skilja mellan två typer av åtgärder, nämligen logistik och försäljningsstöd å ena sidan och de andra speciella åtgärderna å andra sidan.

Vad gäller den första typen av åtgärder kunde Kommissionen konstatera att Frankrike visat att den totala ersättning som SFMI-Chronopost betalat till La Poste översteg de totala rörelsekostnaderna – inklusive marknadsföringsaktiviteter – för detta stöd under perioden 1986 – 1995. Ersättningen täckte inte bara de specifika tilläggskostnaderna för tjänsterna i fråga utan även SFMI-Chronoposts andel av de fasta kostnaderna och gav därmed ett bidrag till La Postes avkastning på eget kapital. Härigenom ansåg Kommissionen att La Poste hade tillhandahållit tjänsterna under normala marknadsvillkor.

Kommissionen ansåg att SFEI i grunden resonerade fel när de tolkade domstolens dom i *SFEI,* i vad de ansåg att marknadspriset skulle jämföras med de kostnader som en grupp konkurrenter hade. I stället ansåg

Kommissionen att domstolens rättstillämpning inte i något stycke antydde att strategiska överväganden eller samverkansvinster hänförliga till att La Poste och SFMI-Chronopost tillhörde samma koncern, skulle bortses ifrån. Tvärtom, ansåg Kommissionen, att strategiska överväganden spelar en stor roll när beslut skall fattas om att gå in på en ny marknad. Det vore därför mer relevant att göra en jämförelse mellan La Poste/SFMI-Chronopost och en annan privat aktör som var i samma eller liknande position som La Poste. Så länge som internpriserna mellan två företag i samma koncern var beräknade på grundval av full kostnadstäckning (totala kostnader med tillägg av avkastning på eget kapital) ansåg Kommissionen att det inte medförde några som helst ekonomiska fördelar. Generellt kan slutsatsen dras att Kommissionen ansåg att det inte förelåg ett statsstöd om intäkterna översteg kostnader som var uträknade enligt FDC-metoden, eftersom detta speglade normala marknadsvillkor.

Ett alternativt sätt att beräkna om statsstöd förekommer är att använda den s.k. *market economy investor principle*, MEIP. Enligt denna princip skall det undersökas om företaget skulle ha kunnat införskaffa erforderliga medel på den privata kapitalmarknaden. Tanken bakom MEIP är att undersöka huruvida en statlig aktör har uppträtt som en privat investerare skulle ha gjort i en marknadsekonomi. Grovt sett görs bedömningen så att om investeringen är lönsam i det att investeringskalkylen är positiv utan hjälp av statliga medel, så föreligger inget statstöd. Kommissionen betonade att moderbolagets avkastning i form av utdelning och kapitalökning borde undersökas och statsstöd inte kunde vara för handen om investeringens internränta var högre än företagets kapitalkostnad. Härmed avsåg Kommissionen sålunda den normala avkastning som en privat investerare skulle kräva under liknande förhållanden. Även uträkningen med hjälp av MEIP-metoden gav vid handen att något statsstöd inte hade förekommit.

Vid beräkningen av internräntan tog Kommissionen hänsyn till La Postes kapitaltillskott under 1986 och utdelningarna från SFMI-Chronopost under perioden 1986–1991 samt värdet på detta företag 1991. Kommissionen använde sedan vedertagna metoder för investeringskalkyler genom att till-

lämpa en koefficient på de nettokassaflöden som företaget genererade under 1991. Koefficienten var en funktion av nettokassaflödenas genomsnittliga ökningstakt på 10 %, som motsvarade den förväntade tillväxten på den franska marknaden för expresspost i slutet av 1991, och en tillämpad kalkylränta på 13,91 %, motsvarande avkastningskravet på det egna kapitalet. Uträkningen gjordes enligt formeln

$$\frac{C}{r-g}, \text{ där}$$

C = nettokassaflödena 1991,
r = kalkylräntan och
g = marknadens tillväxt.

Marknadsvärdet på SFMI-Chronopost beräknades till 564 miljoner franska franc i slutet av 1991, vilket styrktes av att förvärvssumman för SFMI-Chronoposts internationella gren, som utgjorde en tredjedel av verksamheten, var 180,4 miljoner franska franc när den avyttrades, vilket således knappt motsvarade en tredjedel av värderingen. Kommissionen gjorde sedan en beräkning av internräntan som jämfördes med SFMI-Chronoposts kapitalkostnad 1986 på 13,65 % (baserad på uppgifter från Eurostat och franska finansföreningen). 1986 var året då företaget grundades och inledde sin verksamhet. Det kunde konstateras att investeringens avkastning i sin helhet varit tillräcklig och att den internränta som räknades fram vida översteg kapitalkostnaden för 1986. Härigenom kunde Kommissionen med hjälp av MEIP metoden lägga fast att de transaktioner som ägde rum mellan La Poste och SFMI-Chronopost under 1986 – 1991 inte innehöll några stöd. En liknande slutsats kunde dras för åren efter 1991 eftersom utdelningsbeloppen översteg tidigare nivåer.

Kommissionen ansåg härutöver att SFMI-Chronopost heller inte hade åtnjutit några fördelar såvitt avsåg tullbehandling, stämpelskatt, löneskatt eller betalningsfrister. Dessutom ansåg Kommissionen att nyttjandet av La Postes fordon som reklambärare skulle anses utgöra ett normalt försäljningsstöd mellan ett moderbolag och dess dotterbolag. Vidare hade SFMI-Chronopost inte fått någon specialbehandling vad avsåg reklamsändningar i Radio France.

SFEI efterträddes sedermera av branschorganisationen *Union française de l'Express* (Ufex) som tillsammans med DHL International,

FedEx och CRIE överklagade Kommissionens beslut till Förstainstansrätten där de bl.a. yrkade att Kommissionens beslut skulle ogiltigförklaras med motivering att begreppet statsstöd hade åsidosatts.[158]

Förstainstansrätten tillbakavisade Kommissionens argument i *SFMI-Chronopost* och ogiltigförklarade beslutet genom att inledningsvis hänvisa till EG-domstolens praxis i *SFEI* där det slogs fast att statsstöd förekommer om ersättningen är lägre än vad som skulle ha utgått under normala marknadsvillkor och att detta förutsätter en ekonomisk analys som tar hänsyn till alla de faktorer som ett företag som agerar enligt normala marknadsvillkor måste ta hänsyn till när det skall fastställa vilket vederlag som skall utgå för de tillhandahållna tjänsterna.[159] Kommissionen hade, enligt Förstainstansrätten, brustit i det att någon sådan ekonomisk analys inte hade genomförts utan hänsyn enbart hade tagits till huruvida ersättningarna täckte kostnaderna. Även om ersättningarna skulle ha varit tillräckliga för att täcka La Postes totala kostnader för tillhandahållandet av logistik- och försäljningsstödet var det, enligt Förstainstansrätten, inte tillräckligt för att utvisa frånvaron av statsstöd. I domskälen framhölls att La Poste i egenskap av offentligt företag med monopolställning hade lägre kostnader än privata företag utan samma rättigheter och att en situation därigenom skapats i vilken statligt stöd kunde existera genom att moderbolaget, La Poste, hade en monopolställning och dotterbolaget bedrev verksamhet på en konkurrensutsatt marknad.[160]

Förstainstansrätten fastslog sedan att vederlaget från dotterbolaget borde ha jämförts med vad ett privat finansieringsbolag eller en privat företagskoncern utan monopolställning, men med en övergripande eller sektorsinriktad strukturpolitik, skulle ha begärt.[161]

Fastställandet av vad som är normala marknadsvillkor tycks inte kunna göras utifrån de faktiska förhållanden som råder på marknader utan synes behöva göras genom ett hypotetiskt test av vad marknadspriset skulle ha varit om bolagen var utsatta för konkurrens. Slutsatsen i

---

[158] T-613/97, *Ufex*.
[159] T-613/97, *Ufex*, p. 68, 70. Jfr även C-39/94, *SFEI*, p. 62.
[160] T-613/97, *Ufex*, p. 74.
[161] T-613/97, *Ufex*, p. 75.

resonemanget är anmärkningsvärd genom att Förstainstansrätten lägger fast principen att vederlagets storlek inte kan jämföras med det egna företagets kostnader utan i stället med de kostnader som *konkurrenterna* har, i den mån sådana existerar. Hänsyn kan därför inte tas till eventuella effektiviseringsvinster som uppkommer genom att två olika verksamheter bedrivs inom ramen för samma infrastruktur. Huruvida statsstöd är förhanden synes därför behöva bestämmas utifrån SAC-metoden.

I Danmark synes den danska regeringens Koordinationsudvalg i första hand föredra SAC-metoden vad gäller statsstödsregler. Under 1999 beslutades att tillsätta en kommission i form av en ämbetsmannagrupp, som bl.a. fick till uppgift att ställa upp kriterier för när en offentlig verksamhets försäljning av varor eller tjänster skulle anses innebära korssubventionering enligt statsstödsreglerna. Arbetsgruppen avfärdade användningen av IC-metoden och förordade i första hand användandet av SAC-metoden, eftersom detta skulle innebära att korssubventionering med säkerhet inte skulle föreligga. Det skulle emellertid kunna leda till höga priser, vilket skulle kunna leda till svårigheter för företaget att konkurrera. En praktiskt mer lämplig metod skulle därför vara att använda FDC-metoden.

> ”Incremental Cost-metoden kan […] ikke anbefales som kriterium for, om der sker en krydssubsidiering eller ej. Hvis offentlig erhvervsvirksomhed kan nøjes med at belaste en ny aktivitet med ekstraomkostningerne ved aktiviteten, vil det være meget vanskeligt for private virksomheder at klare sig. […] Hvis virksomhederne ikke kan eller vil opgøre omkostninger ifølge Stand-Alone Cost-metoden, må princippet om fuld omkostningsfordelning anvendes. Dette kræver dog en veldokumenteret og retvisende regnskabsmæssig fordeling af samtlige direkte og indirekte omkostninger for virksomhedens aktiviteter”[162]

[162] Danska Konkurrencestyrelsen *Rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte, Tværministerielt udvalg om forbud med konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte*, 2000. Tillgänglig online från Konkurrencestyrelsen: <http://www.ks.dk/publikationer/2000/KES/rapporten(04)TK-PDF.pdf>

Den danska rapporten ger således först uttryck för samma uppfattning som Förstainstansrättens i *Ufex*, men i praktiskt hänseende tycks rapporten ge uttryck för användandet av FDC-metoden framför SAC-metoden. För att FDC skall vara tillåten att använda ställs dock krav på hög transparens i bokföringen samt tydlig och konsekvent redovisning av kostnader. I den mån detta inte är möjligt måste SAC användas.

6.11.2 Utvärdering av Förstainstansrättens beslut

Det kan ifrågasättas om Förstainstansrätten verkligen har tolkat EG-domstolens praxis korrekt i detta fall. EG-domstolens uttalade har tidigare fastställt att en jämförelse måste göras med vad en privat investerare av jämförbar storlek skulle göra i en liknande situation i syfte att uppnå en långsiktig lönsamhet i allmänhet eller sektoriellt.

> ”In order to determine whether such measures are in the nature of State aid, it is necessary to consider whether in similar circumstances a private investor of a size comparable to that of the bodies administering the public sector might have provided capital of such an amount.. […] It should be added that although the conduct of a private investor with which the intervention of the public investor pursuing economic policy aims must be compared need not be the conduct of an ordinary investor laying out capital with a view to realizing a profit in the relatively short term, it must at least be the conduct of a private holding company or a private group of undertakings pursuing a structural policy – whether general or sectorial – and guided by prospects of profitability in the longer term.”[163]

Förstainstansrätten hänvisade till detta uttalande av EG-domstolen, men det kan, enligt min mening, svårligen tolkas som att EG-domstolen härigenom avsett att jämförelsematerialet skulle baseras på vad som skulle gälla om verksamheten startades *ex novo*. Från konkurrensrättslig synpunkt föreligger ett problem när en medlemsstat direkt eller indirekt genom ett organ utövar inflytande och tillämpar ett lägre pris än vad som skulle ha betingats under normala förhållanden och på så sätt avstår

[163] C-305/89, *Italien mot Kommissionen*. p. 19–20.

från den vinst som normalt hade erhållits. Detta är dock inget statiskt krav som innebär att ett förmånspris i allmän mening alltid utgör ett statsstöd. Tvärtom kan det, mot bakgrund av marknadsvillkoren, ibland vara objektivt befogat av ekonomiska skäl t.ex. för att möta konkurrens på marknaden i fråga.[164] EG-Domstolen framhöll särskilt att

> ”Ett förmånspris kan […] inte anses utgöra stöd om det framgår att det objektivt sett är befogat med hänsyn till ekonomiska faktorer som gäller på den relevanta marknaden, som exempelvis rådande konkurrenssituation”.[165]

Om Förstainstansrättens resonemang skulle följas innebär det att offentliga företag inte kan sätta priser utifrån sina egna kostnadsstrukturer utan att en jämförelse måste alltid göras med vad ett privat företag skulle få för kostnader om verksamheten etablerades *ex novo*. Nicolaides hävdar att Förstainstansrätten härigenom har lagt en omöjlig uppgift på Kommissionen, inte minst med tanke på att sådana kostnadsunderlag skulle bli helt spekulativa.[166] Det är inte säkert att konkurrenterna är ett lämpligt jämförelseobjekt. Att det finns konkurrenter behöver inte nödvändigtvis betyda att de är effektiva eller har valt den bästa av alla lösningar som en privat investerare skulle kunna ha gjort. Marknadsvillkoren kan även vara så beskaffade att konkurrenterna själva kan ha varit

---

[164] Se C-56/93, *Belgien mot Kommissionen*, sammanfattningen p. 5. I målet behandlade domstolen ett system med förmånspriser för leveranser av naturgas som praktiserades av en medlemsstat till förmån för mycket stora industriförbrukare inom en bestämd produktionssektor. EG-domstolen ansåg att förmånspriserna inte utgjorde ett statligt stöd, så länge priset motiverades av ”behovet att bemöta konkurrens i form av import från tredje land för att få behålla en betydelsefull befintlig kundkrets och där det gränspris som en distributör av naturgas som är etablerad i en annan medlemsstat har erhållit är av ett sådant slag att det gör det möjligt för denne att ge ett liknande pris till mycket stora industriförbrukare inom samma produktionssektor i den medlemsstat där distributören är etablerad.” (sammanfattningen p. 5).

[165] C-56/93, *Belgien mot Kommissionen*, p. 10. där EG-domstolen bl.a. konstaterade att ”[e]tt förmånspris kan däremot inte anses utgöra stöd om det framgår att det objektivt sett är befogat med hänsyn till ekonomiska faktorer som gäller på den relevanta marknaden, som exempelvis rådande konkurrenssituation.” Jfr även de förenade målen 67, 68 och 70/85, *Van der Kooy*, p. 28–30.

[166] Nicolaides, a.a. s. 393.

dominerande på sina respektive områden innan det offentliga företaget etablerade sig på marknaden. Vidare kan konkurrenterna ha en liknande sektoriell struktur som det offentliga företaget genom att de drar nytta av en befintlig infrastruktur från ett annat område och härigenom uppnår diversifierings- och skalfördelar.

Om ett offentligt företag i enlighet med Förstainstansrättens dom i *Ufex* skulle tvingas sätta sina priser efter befintliga eller presumtiva konkurrenters kostnadsstruktur innebär detta att företagen inte längre har möjlighet att nyttja den befintliga infrastrukturen på ett mer effektivt sätt. I princip skulle därför offentliga företag i praktiken hindras att diversifiera sina verksamheter inom ramen för befintlig infrastruktur. Därmed tillintetgörs möjligheterna att för ett offentligt företag att agera på en marknad och än mindre att möta konkurrens. Snart sagt varje prissättning som understeg SAC-standarden skulle därmed bli ett olagligt statsstöd.[167]

Skulle begreppet normala marknadsvillkor, som ligger till grund för beräkning av vederlag, vilket skall erläggas för tillhandahållna tjänster inom t.ex. en offentlig koncern, tolkas på nu aktuellt sätt, kan det finnas en risk – i motsats till Förstainstansrättens domskäl – att tolkningen står i strid med föreskriften artikel 295 EG att fördraget inte i något avseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning.[168] Orsaken härtill är att det resas farhågor för att tolkningen medför att alltför kraftiga begränsningar läggs på offentliga företags möjligheter att både möta konkurrens och diversifiera sin verksamhet. En sådan ordning kan svårligen anses behandla offentliga och privata företag lika.

I ekonomiskt hänseende skadar heller inte ett offentligt företag, med full kostnadstäckning och utan korssubventioner, sina konkurrenter. Skulle konkurrenterna ändå slås ut är troligen inte en följd av det offent-

[167] Jfr Eilmansberger, som anser att det inte finns något berättigande för att använda SAC-testet vid bedömning av statsstöd och framhåller att Förstainstansrätten genom sin dom tillämpar hårdare regler för statsstöd än för missbruk av dominerande ställning. Se Elimansberger, T., *Quersubventionen, marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber und das EG-Wettbewerbsrecht*, RIW 2001, s. 902–911.

[168] Jfr T-613/97, *Ufex*, p. 77.

liga företagets agerande utan snarare p.g.a. en lägre effektivitet hos konkurrenterna.

Ufexmålet är överklagat till EG-domstolen, varför det ännu inte säkert går att uttala sig om handlingsutrymmet för offentliga företag. Skulle Förstainstansrättens argumentation vinna gehör i EG-domstolen föreligger en spänning mellan reglerna om missbruk och statsstödsreglerna, där det i ett sådant fall kommer att gälla avsevärt olika regler för dominerande företag, vilka är beroende av ägarförhållanden eller huruvida företaget erhållit någon legal ensamrätt. En sådan utgång borde *de lege ferenda* anses vara olycklig.

Skulle å andra sidan Kommissionens linje vinna framgång i EG-domstolen uppstår en bättre överensstämmelse med både tidigare praxis från EG-domstolen och Kommissionen, men även med vedertagna ekonomiska teorier. Tillhandahållande av tjänster till full kostnadstäckning skulle därmed, i linje med vad som gäller för korssubventionering i allmänhet, vara acceptabelt ur konkurrenssynpunkt.

Generaladvokaten Tizzano har i sitt förslag till avgörande i *Ufex* framhållit orimligheten i Förstainstansrättens resonemang och ansåg att resonemanget var i grunden felaktigt:

> ”Genom att begära att kommissionen skulle uppskatta vilken ersättning som ett hypotetiskt finansieringsbolag eller ett privat moderbolag, som inte var skyldigt att säkerställa att den samhällsomfattande posttjänsten tillhandahölls och som följaktligen inte åtnjöt en monopolställning, skulle ha begärt för ett sådant stöd, har förstainstansrätten följaktligen godkänt en felaktig tolkning av artikel 87 EG, eftersom den som måttstock för att fastställa ett eventuellt statligt stöd har använt en privat aktör som i själva verket inte finns under normala marknadsvillkor.”[169]

Det skulle, enligt Generaladvokaten, kunna vara möjligt att göra en jämförelse med det pris som SFMI-Chronopost betalade och det pris som andra expresspostbolag på marknaden skulle få betala om La Poste hade

[169] Generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet C-83/01 P, *Ufex*, p. 47. Målet var i maj 2003 inte slutligt avgjort och det återstår sålunda att se om EG-domstolen delar Generaladvokatens uppfattning.

erbjudit dem sitt logistik- och försäljningsstöd. Detta föreföll dock enligt Generaladvokaten överdrivet hypotetiskt och abstrakt, varför han istället förordade objektiva och kontrollerbara uppgifter, uteslutande i form av kostnader. De kostnader som skulle täckas ansåg Generaladvokaten – i likhet med Kommissionens beslut – vara de ytterligare fasta och rörliga kostnader som La Poste specifikt burit för att kunna tillhandahålla det aktuella stödet med tillägg av en proportionell del av de gemensamma fasta kostnader.[170]

Sålunda synes Generaladvokaten förespråka användning av FDC-metoden framför den SAC-metod som Förstainstansrätten givit uttryck för.

Härutöver kvarstår dock frågan hur konkurrensreglerna skall tillämpas för offentliga och integrerade marknadsdominerande företag i statsstöds- och missbrukshänseende om det inte finns full kostnadstäckning enligt FDC-metoden. Om inte vederlaget skulle täcka de specifika tilläggskostnaderna kan detta betraktas som både ett statsstöd och missbruk genom korssubventionering. Om vederlaget emellertid ger upphov till intäkter som täcker kostnader i spannet mellan IC och FDC, finnas det en risk för att ett offentligt företags prissättning medför olagligt statsstöd, men inte missbruk. Det blir således inte fråga om en korssubventionering som kan betraktas som ett missbruk av dominerande ställning, men likafullt en subventionering som bryter mot statsstödsreglerna.

Det skulle kunna argumenteras att om det inte är fråga om en prissättning som snedvrider konkurrensen i missbrukshänseende, så borde detta heller inte betraktas som statsstöd, snarare som att ett offentligt företag på ett effektivt sätt nyttjar befintlig infrastruktur.

Genom att olika kostnadsmetoder används avseende missbruks- och statsstödsbestämmelserna föreligger en kollision mellan de skilda konkurrensreglerna. Generaladvokaten Tizzano ansåg i *Ufex* att användningen av IC-standarden skulle göra att stordriftsfördelar enbart kom dotterbolaget SFMI-Chronopost tillgodo. Vid tillämpning av IC-meto-

[170] Generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet C-83/01 P, *Ufex*, p. 49–59.

den skulle dotterbolagets vinst och därmed även koncernens totala vinst öka på ett – i förhållande till andra aktörer – otillbörligt sätt. Den otillbörliga vinstökningen förklaras av att bolaget skulle erhålla en avsevärd konkurrensfördel inte på basis av stordriftsfördelar utan tack vare integrationen med den förbehållna postverksamheten. I anledning härav förespråkar Generaladvokaten alltså FDC-metoden framför IC-metoden, åtminstone vad gäller statsstöd.[171]

Tidigare har i detta kapitel redogjorts för de styrkor och svagheter som finns med IC- och FDC-metoderna. Genomgången ger vid handen, i motsats till Generaladvokatens starka preferens för FDC-metoden, att denna metod kan vara svår att använda. Trots att FDC från ett allmänt rättviseperspektiv förefaller vara att föredra synes det – *de lege ferenda* – kunna ifrågasättas om det är lämpligt att använda olika tester vid bedömning av missbruk och statsstöd.

I en uppföljning på ärendet på *Deutsche Post I* kunde Kommissionen konstatera att DPAG under perioden 1994–1998 hade genomfört en rabattpolitik inom det konkurrensutsatta affärsområdet pakettjänster från dörr till dörr. Prissättningen resulterade i förluster på sammanlagt 572 miljoner euro.[172] Ärendet skiljer sig något från *Deutsche Post I* i det att referensperioderna för beräkning av förlusterna inte är desamma. Dessutom talas endast om pakettjänster från dörr till dörr, dvs. inte specifikt pakettjänster för postorderhandeln och distribution av kataloger. Även om inte Kommissionen uttryckligen hänvisar till *incremental costs* synes beräkningen av förlusten likväl har utformats på liknande sätt som i *Deutsche Post I*. Kommissionen framhåller att

> ”De merkostnader som föranleds av DPAG:s rabattpolitik inom området pakettjänster från dörr till dörr och som därmed inte har något orsakssamband med vad som är stadgat i lag för DB-Postdienst och DPAG, kan anges klart genom en jämförelse mellan de intäkter som skulle ha varit absolut

[171] Generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet C-83/01 P, *Ufex*, p. 52–53.

[172] Kommissionens beslut 2002/753/EG, *Deutsche Post – statsstöd*, EGT L 247/27 2002. I den engelska språkversionen talas om ”net additional costs which can be attributed to DPAG’s rebate policy in the provision of door-to-door parcel services”. Se även Kommissionens pressrelease IP/02/890. Beslutet är överklagat genom T-266/02, ännu ej avgjort.

> nödvändiga på medellång sikt för ett under normala marknadsvillkor arbetande företag, för att det skulle kunna fortsätta tillhandahålla tjänsterna, och de intäkter som faktiskt accepterades av DPAG. Utan motsvarande lagstadgade skyldighet skulle ett under normala marknadsvillkor arbetande företag inte ha något ekonomiskt egenintresse av att fortsätta med pakettjänster från dörr till dörr, vilka inte kan förväntas ge några intäkter på medellång sikt som *åtminstone täcker kostnaderna för den specifika infrastrukturen från dörr till dörr* [förf. markering]. […]"[173]

Kommissionen talar sålunda om "merkostnader" och specifika kostnader för den aktuella infrastrukturen. Gemensamma kostnader för det konkurrensutsatta och förbehållna området har inte tagits med i beräkningen – endast specifika overhead-kostnader för det konkurrensutsatta området. Detta talar för att Kommissionen inte använt FDC-metoden, eftersom fördelning av gemensamma kostnader är en central del i FDC-metoden.

I allt väsentligt synes därför förlustberäkningen ha gjorts enligt LRIC-standarden. Eftersom förlusten kompenserades med medel från den förbehållna sektorn, ansåg Kommissionen detta vara en fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG och således ett otillåtet statsstöd.[174]

Ärendet *Deutsche Post – statsstöd* visar att så snart det blir aktuellt att kvantifiera statsstöd visar sig behovet av en adekvat kostnadsberäkningsmetod, något som är minst lika viktigt vid bedömning av om ett dominerande företaget gjort sig skyldigt till missbruk. Förekomsten av olika beräkningsgrunder för skilda konkurrensreglerna, som i allt väsentligt syftar till att uppnå samma målsättningar, är enligt min mening en olycklig utveckling. Kommissionens nyligen framlagda test för korssubventionering riskerar därvidlag praktiskt sett att bli ersatt av FDC-metoden, åtminstone vad gäller statliga/kommunala företag. Som visats ovan finns det vägande skäl för att istället beakta IC-metoden, något som skulle skapa en bättre överensstämmelse mellan missbruks- och statsstödsbestämmelserna, tillika mellan konkurrensreglerna och ekonomisk teori.

---

[173] Kommissionens beslut 2002/753/EG, *Deutsche Post – statsstöd*, p. 86. Se även tabell 1 i beslutet som till stor del överensstämmer med processkostnadsberäkningen i *Deutsche Post I*.

[174] Kommissionens beslut 2002/753/EG, *Deutsche Post – statsstöd*, p. 107.

7. Överpriser

Artikel 82 (2) (c) EG och 19 § 2 st. 1 p KL stadgar att missbruk särskilt kan bestå däri att ta ut oskäliga priser av en handelspartner. Oskäliga priser kan ta sig olika uttryck. Ett dominerande företag kan exempelvis under vissa perioder sätta mycket låga priser i syfte att eliminera konkurrenter och därigenom missbruka sin ställning genom s.k. rovprissättning. En annan form av missbruk är att exploatera sin marknadsställning och debitera alltför höga priser till skada för köpare eller konkurrenter, s.k. överprissättning.[1]

Överpriser kan ha olika effekter och drabba olika aktörer på en marknad. Det som ligger närmast till hands torde vara ett oskäligt högt pris som drabbar en köpare och som därmed är ett uttryck för en otillbörlig exploatering av en dominerande ställning på en marknad. Överpriser kan även användas för att motverka eller hindra parallellimport. Vidare kan överpriser användas som ett vapen för att utestänga företag från marknader genom oskäligt höga tillträdesavgifter. Oavsett vem som drabbas av överpriser är missbruksbedömningen densamma. I samtliga fall sätts oskäligt höga försäljningspriser. Analysen kommer därför i det följande att söka skapa större klarhet i gränsdragningsfrågan mellan oskäligt höga försäljningspriser och lagliga priser.

---

[1] Angående detta kapitel jfr Henriksson, L., *Överprissättning*, i Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rodhe, Stockholm 1999, s. 125–146. Till skillnad från artikeln har detta kapitel uppdaterats och byggts ut främst med avseende på rättspraxis och metoder för att fastställa överpriser.

Oskäliga försäljningspriser har, trots att dessa i de nämnda laghänvisningarna explicit nämns som ett exempel på missbruk, inte närmare definierats av lagstiftaren vare sig på EG-nivå eller nationellt. Förarbetena till konkurrenslagen ger dessutom mycket liten vägledning. Den vaga formuleringen i lagtext ger därför upphov till en rad frågor. Hur högt pris har ett dominerande företag rätt att ta ut på en marknad, eller rättare sagt, hur hög vinstnivå skall anses vara tillåten för att företaget inte skall anses missbruka sin dominerande ställning. Finns det tillfällen när högre priser än ”normala” marknadspriser kan vara tillåtna och är det överhuvudtaget möjligt att sätta kvantitativa gränser för oskäliga försäljningspriser? Synbarligen är det svårt att ge entydiga svar på dessa frågor.

Den typsituation som här skall analyseras är den där en dominerande säljare tillhandahåller varor eller tjänster till kunder, sina handelspartner. Det går även att tänka sig ett omvänt förhållande med en dominerande köpare, men då går det knappast att kalla förfarandet för ett överpris, utan snarare ett underpris genom att säljarna inte får ut tillräckligt högt pris vid försäljning till den dominerande köparen. Nedan kommer dock situationen med en dominerande säljare att användas konsekvent.[2]

7.1 Mikroekonomisk definition av överpris

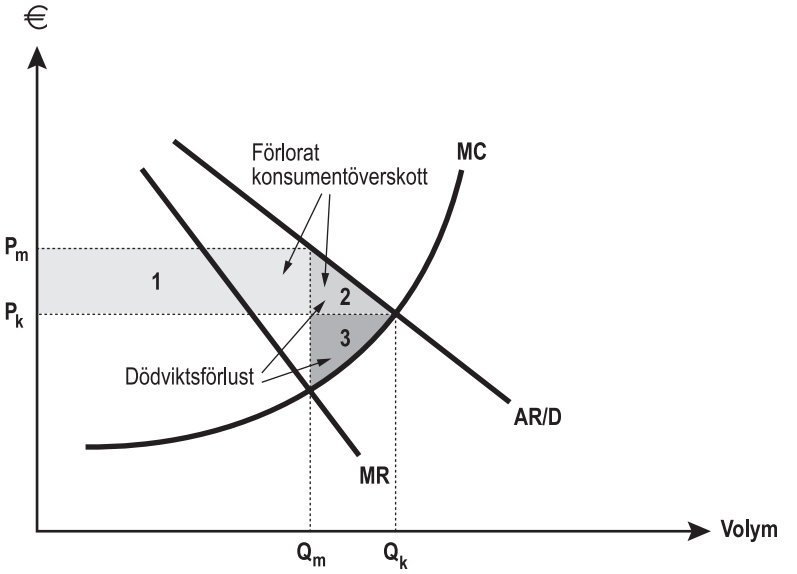
Det framhålls i förarbetena till den nya konkurrenslagen att frånvaron av en effektiv konkurrens kan leda till att ett dominerande företag i kostnadsbesparande syfte underlåter att rationalisera sin verksamhet.[3] Avsaknaden av en effektiv konkurrens medför att priserna blir högre och att risken blir större att ett dominerande företag tar ut ett överpris eller s.k. monopolvinster.[4] Förarbetena hänvisar härmed till centrala mikroekonomiska begrepp. En analys bör därför inledas med att generellt klarlägga vad som karaktäriserar ett överpris eller monopolvinster.

---

2 Jfr även fallet *Cicce*, mål 298/83. Se 5.1 ovan.
3 Prop. 1992/93:56, s. 86.
4 Prop. 1992/93:56, s. 87.

I ekonomisk teori utgår en förenklad modell ofta från ett antagande att företaget har någon form av monopolstyrka, medan den rättsliga analysen kräver dominans. Graden av kontroll över marknaden som följer av en dominerande ställning, såsom den definieras i praxis, kan i analysen med en mikroekonomisk argumentation förenklat antas motsvara en sådan position där företaget har en monopolliknande ställning.

En hypotetisk marknad med perfekt konkurrens skapar ett prisläge som bestäms av det läge där marginalkostnaden är lika med marginalintäkten. Generellt kan sägas att en aktör på en marknad med perfekt konkurrens måste ta full hänsyn till såväl utbuds- som efterfrågefaktorer. Om man antar att den sammanlagda efterfrågan av en vara minskar i takt med att priset ökar, så kommer marknadspriset att ligga där marginalkostnaden är lika med efterfrågan, dvs. det pris där utbuds- och efterfrågekrafterna är jämbördiga och där det skulle bli olönsamt för en leverantör att sälja en extra enhet. På en marknad med perfekt konkurrens sägs att marknadspriset bestäms av det läge där marginalkostnaden är lika med marginalintäkten. Eftersom marginalintäkten är lika med efterfrågekurvan blir marknadspriset det läge där marginalkostnadskurvan skär efterfrågekurvan.



Figur 7.1. Sociala välfärdsförluster av monopolprissättning.
Källa: Pindyck & Rubinfeld, 2001.

I ett monopol behöver en säljare emellertid inte ta hänsyn till utbudsfaktorerna eftersom han till skillnad från fallet perfekt konkurrens helt kontrollerar utbudet. Den enda begränsning som finns är nivån på efterfrågan. I en monopolsituation är emellertid inte marginalintäkten lika med efterfrågan.[5] Detta beror på att samma pris kommer att tas ut av alla när ett företag kontrollerar hela utbudet och inte prisdiskriminerar. Marginalintäkten för en monopolist avtar fortare än efterfrågan. Om t.ex. priset för 1 enhet är €10 och priset för 2 enheter är €9 och företaget väljer att tillhandahålla två enheter, så kommer priset för hela kvantiteten att vara €9, dvs. företaget måste sälja även den första enheten till priset €9. Marginalintäkten sjunker därför inte med €1 utan med hela €2. I ett monopol där företaget inte prisdiskriminerar kommer således den tillhandahållna kvantiteten att vara mindre än vid perfekt konkurrens och

[5] Jfr Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 329 ff.

marknaden blir därmed ineffektiv med alltför höga priser och alltför litet utbud. Skillnaden mellan det hypotetiska marknadspriset och monopolpriset är ett överpris som konsumenterna måste betala.

För att kunna bedöma om en prissättning i ekonomiskt hänseende leder till sämre välfärd är det av intresse att jämföra producent- och konsumentöverskotten. Konsumentöverskotten kan definieras som den totala nytta eller upplevt värde som konsumenterna får utöver vad de betalar för varan. Ett annat sätt att se på konsumentöverskottet är skillnaden mellan vad konsumenten är villig att betala för varan och vad han faktiskt betalar i samband med köpet.[6]

De sociala välfärdsförlusterna utgörs till att börja med av figurens område 1, eftersom konsumenterna nu får betala ett högre pris än vid perfekt konkurrens. Även konsumenter som inte köper produkten till följd av det högre priset, men som skulle köpa vid ett lägre pris, förlorar på monopolpriset, motsvarande figurens område 2. Härigenom utgörs den totala förlusten av konsumentöverskott av område 1 och 2. Producenten vinner istället område 1, men förlorar 3 (dvs. den vinst som uteblir av att inte sälja $Q_k - Q_m$ till priset P_k). Nettovinsten blir därför område 1 minskat med område 3. Den sociala kostnaden för monopolprissättning utgörs därför av områdena 2 och 3, som kallas dödviktsförlusten.[7] Effektivitetsförlusten, oönskade ofördelningseffekter och dödviktsförlusten gör sammantagna att rena monopolpriser i huvudsak torde vara oönskade i konkurrenshänseende.

Marknaden kan dock bli mer effektiv genom att monopolisten inte bara tar ut ett enda högt pris av konsumenterna. Om det exempelvis antas att monopolisten lyckas identifiera alla de konsumenter som är beredda att betala ett annat pris än monopolpriset, så vore det lönsamt för monopolisten att prisdiskriminera, dvs. att ta ut olika priser för samma vara eller tjänst av olika konsumenter (se mer härom i Avdelning II nedan). Som exempel kan nämnas att ett tryckeri torde vara villigt att betala mindre per enhet för ett bra papper än en VD som skall

---

6 Se Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 123–127, 288–293, 347.

7 Se Pindyck/Rubinfeld, a.a. 5 uppl., s. 347–348.

författa en styrelsepromemoria. Om monopolisten lyckas identifiera alla konsumenter och deras respektive reservationspris[8] blir marknaden effektiv igen och dödviktsförlusten försvinner. Problemet är dock att alla konsumenter som värderar en vara eller tjänst högre än marknadspriset tvingas betala exakt det pris som de maximalt är beredda att betala. Alla vinster på marknaden tillfaller därför monopolisten, vilket skapar allokeringsmässiga problem.

I verkligheten existerar sällan vare sig perfekt prisdiskriminering eller rent monopol med enhetsprissättning. Vanligt är dock att t.ex. flygbolag prisdiskriminerar i paket eller klasser när de debiterar olika priser till olika resenärer. Eftersom perfekt konkurrens inte kan uppnås p.g.a. tekniska hinder, transaktionskostnader m.m. kommer därför det verkliga – och utifrån konkurrensreglerna acceptabla – marknadspriset att ligga någonstans mellan dessa två extrempunkter.

En konkurrensrättslig bedömning av ett överpris kommer, som skall visas nedan, att vara mer komplex än den enkla modell som utvecklats ovan.

Det här anförda leder till slutsatsen att ekonomisk teori kan förklara generella konsekvenser av överpriser men att den ger liten hjälp i den juridiska frågan om var gränsen går för när ett pris övergår till att vara oskäligt högt. Några viktiga konsekvenser av resonemanget är dock, dels att det mikroekonomiska marknadspriset inte utgör ett relevant referenspris i bedömningen, dels att onormalt höga priser inte nödvändigtvis behöver vara missbruk. Vidare kan även konstateras att monopolpriser, oavsett om monopolisten prisdiskriminerar eller ej, åtminstone i teorin leder till att välfärden minskar för konsumenterna, vilket inte är önskvärt från konkurrensrättslig synpunkt. Ibland kan dock överpriser vara något som bryter upp ett monopol. Höga vinster kan locka nya aktörer till marknaden som annars aldrig skulle ha etablerat sig.

Effekterna på konkurrensen kan vara svåra att avgöra på basis av en förenklad modell av verkligheten. Från ett juridiskt perspektiv behövs

---

8 Det maximala pris som en köpare är villig att betala för vara eller tjänst. Se Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 371.

mer precisa analysverktyg för att kunna dra upp gränserna för vad som skall anses vara tillåtet.

7.2 Generell definition av överprissättning i rättspraxis

Trots att oskäliga försäljningspriser exemplifieras i artikel 82 EG och härigenom har erhållit en central ställning såsom ett exempel på missbruk av dominerande ställning är praxis förvånansvärt begränsad. Detta har troligen sin förklaring i det att oskäliga vinstmarginaler har ansetts vara mycket svåra att fastställa i praktiken. EG-domstolen har i vissa fall endast kortfattat och generellt konstaterat att oskäligt höga priser kan utgöra missbruk av dominerande ställning.[9]

Ett av de första rättsfallen som berörde frågan om överprissättning var *Parke Davis v. Probel*,[10] där Gerechthof i Haag 1967 begärde ett förhandsavgörande av EG-domstolen. Fallet rörde bl.a. frågan om det kunde anses vara ett missbruk av ett dominerande företag att ta ut ett högre pris för en patentskyddad produkt än en icke-patentskyddad. Patentskyddade produkter eller produkter som i allmänhet skyddas av någon immateriell rättighet kan leda till ett – åtminstone begränsat – legalt monopol. Härigenom uppstår möjlighet för rättighetsinnehavaren att ta ut ett högre pris än en aktör som tillhandahåller en produkt utan en liknande immateriell rättighet. EG-domstolen konstaterade endast att bara för att en patentskyddad produkt har ett högre pris än en icke patentskyddad produkt betyder detta inte nödvändigtvis att det rör sig om ett missbruk.[11] Att prisskillnader mellan olika produkter inte är

---

[9] Se bl.a. mål 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CICRA) and Maxicar v. Régie nationale des usines Renault*, och mål 238/87, *AB Volvo v. Erik Veng* (UK) Ltd.

[10] Mål 24-67, *Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*.

[11] Mål 24-67, *Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*: ”Although the sale price of the protected product may be regarded as a factor to be taken into account in determining the possible existence of an abuse, a higher price for the patented product as compared with the unpatented product does not necessarily constitute an abuse.” (under rubriken p. 72).

missbruk synes vara föga kontroversiellt. En prisskillnad i sig mellan olika produkter säger relativt lite om huruvida det rör sig en överprissättning. Däremot kan prisskillnader ge upphov till frågeställningar om diskriminerande prissättning, vilket behandlas i Avdelning II nedan. Faktum att det finns olika priser på olika varor kan alltså inte säga så mycket om huruvida priset på den ena varan är oskäligt högt, eller för den skull att det lägre priset på något sätt är ett korrekt marknadspris.

Något år senare ville Tribunale civile e penale i Milano i en begäran om förhandsavgörande i målet *Sirena v. EDA* bl.a. veta under vilka omständigheter som utövandet av en rätt till ett varumärke kunde anses vara ett missbruk av dominerande ställning. I det fallet fanns det ett pris som kunde anses vara högt, men EG-domstolen konstaterade i detta hänseende att ett högt pris inte nödvändigtvis var ett tillräckligt kriterium för att påvisa missbruk, men att det dock kunde utgöra ett avgörande indicium, om priset var särdeles högt och i övrigt inte var objektivt motiverat.[12] EG-domstolen gick inte närmare in på frågan mer specifikt när ett pris övergår från att vara lagligt till att bli ett oskäligt och för högt pris. Att överpriser i sig var ett konkurrensrättsligt problem bekräftades därför av EG-domstolen; dock lämnades inget ytterligare klargörande i frågan om gränsdragning mellan normala och olagliga priser.

I målet *Deutsche Grammophon*[13] hade Oberlandesgericht Hamburg begärt ett förhandsavgörande av EG-domstolen om en upphovsrättsinnehavare kunde anses missbruka sin dominerande ställning om den tog ut ett pris inom det nationella territoriet som översteg priset på den ursprungliga varan när den importerades från en annan medlemsstat.[14] Här rörde det sig alltså om samma produkt och företaget tog uppenbar-

---

[12] Mål 40-70, *Sirena S.r.l. mot EDA S.r.l. m.fl.*: ”As regards the abuse of a dominant position, although the price level of the product may not of itself necessarily suffice to disclose such an abuse, it may, however, if unjustified by any objective criteria, and if it is particularly high, be a determining factor.” (p. 17).

[13] Mål 78-70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*.

[14] Mål 78-70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, p. 14.

ligen ut ett högre pris än det pris som återimporterade produkter hade. EG-domstolen konstaterade att det inte kunde anses vara ett missbruk att det finns en prisskillnad till varor som återimporteras från en annan medlemsstat. Härigenom går det alltså inte att hävda att prisskillnader *per se* kan ses som ett överpris. Däremot ansåg EG-domstolen att om prisskillnaderna objektivt sett var speciellt påfallande, kunde detta vara ett tecken på missbruk.[15]

Det första fall som mer ingående behandlade överpriser var *General Motors*,[16] där EG-domstolen lade grunden till en generell definition av överpriser:

> ”[…] an abuse might lie, *inter alia*, in the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided […] by leading to unfair trade in the sense of article 86 (2) (a) [nu artikel 82 (2) (a) EG, förf. anm.]”[17]

EG-domstolen återkom till samma definition i *United Brands* och sade att det generellt måste undersökas om det dominerande företaget genom sin starka marknadsställning härigenom har kunnat tillskansa sig handelsfördelar som inte hade kunnat uppnås i en normal konkurrenssituation. Generellt, vad gäller överpriser, ansåg EG-domstolen även i detta fall att med ett sådant pris avses ett pris som inte står i något rimligt förhållande till den genomförda transaktionens ekonomiska värde.[18]

---

[15] Mål 78-70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*: ”The difference between the controlled price and the price on the product reimported from another member state does not necessarily suffice to disclose such an abuse, it may however, if unjustified by any objective criteria and if it is particularly marked, be a determining factor in such abuse.” (p. 19.)

[16] Mål 26/75, *General Motors Continental NV.*

[17] Mål 26/75, *General Motors Continental NV*, p. 12.

[18] Se Mål 27/76, *United Brands*. EG-domstolen sade att ”[i]t is advisable […] to ascertain whether the dominant undertaking has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition. […] charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be […] an abuse” (p. 249–250).

Att överpriser föreligger när försäljningspriset står i ett oproportionerligt förhållande till det ekonomiska värdet framkommer även i fallet *British Leyland*.[19]

I Storbritannien har Office of Fair Trading givit en generell definition av vad som kan anses vara ett överpris i sina riktlinjer för bedömning av individuella avtal och ageranden.[20] Riktlinjerna ger en detaljerad och djup inblick i frågan om överpriser och generellt anses överpriser (*supra-normal profits*) föreligga om priserna gör det möjligt för företaget att vidmaktmålla högre vinstnivåer än vad företaget skulle göra under normala konkurrensförhållanden.[21]

I riktlinjerna framhålls den närmast självklara ståndpunkten att varje företag måste tillåtas göra tillräcklig vinst för att kunna överleva (dvs. avsättningar för framtida investeringar) och ge tillräcklig avkastning till sina ägare (företagets kostnad för eget kapital) och långivare. Förutom avsättningar för framtida investeringsbehov är det är framförallt ägarnas krav på avkastning på eget kapital och kostnaden för kapital som i slutänden avgör hur mycket vinst företaget måste leverera. Vinstnivån i sig blir därmed beroende av ägarnas och långivarnas krav på avkastning. Ett skäligt avkastningskrav på eget kapital borde i detta hänseende åtminstone vara samma avkastning som ägarna kunde ha erhållit från någon annan jämförbar investering, med vederbörlig hänsyn tagen till den risk som investeringen bär med sig. Om priserna ger möjlighet för företaget att ge en avkastning som är avsevärt och ihållande högre än företagets kostnad för egna kapital, kan detta var indikativt för ett överpris. Motsvarande gäller även för långivare och om avkastningen på både eget kapital och främmande kapital vägs samman erhålles företagets viktade genomsnittliga kostnad för kapital (*weighted average cost of capital*, WACC).[22]

---

[19] Mål 226/84, *British Leyland*.:"An undertaking abuses its dominant position where it has an administrative monopoly and charges for its services fees which are disproportionate to the economic value of the service provided" (p. 27).

[20] OFT 414.

[21] OFT 414, p. 2.6.

[22] Se OFT 414, p. 2.6.

I OFT:s riktlinjer anges att ett sätt att fastställa en onormalt hög vinstnivå är att se på marknadens värdering av bolaget, dvs aktiekursen. Detta är dock en dålig indikator på att företaget på den relevanta marknaden tillämpar ett oskäligt högt pris. Aktiekurser påverkas inte bara av onormalt höga vinster och bör därför inte användas som måttstock för överpriser, utan det är avkastningen inom de enskilda produktlinjerna eller affärsområdena såsom de fastställs i definitionen av den relevanta marknaden som är av betydelse.[23]

I svensk praxis finns det få fall rörande överpriser som har ansetts utgöra missbruk av dominerande ställning.[24]

7.2.1 Priser som inte utgör överpriser

Riktlinjerna från brittiska OFT ger exempel på sådana prissättningar som normalt inte torde ha möjlighet att påverka konkurrensen negativt eller utgöra ett otillbörligt utnyttjande av den dominerande ställningen gentemot företagets handelspartner. Dessa former av prissättningar bör sorteras bort på ett tidigt stadium i analysen för att undvika onödiga processer. I allmänhet framhåller OFT att försiktighet kan vara påkallad i ageranden mot överpriser för att inte störa marknadsmekanismerna, där höga priser och vinstnivåer kan vara fakta som lockar nya aktörer till marknaden, vilket kan vara ett mycket effektivt sätt att bryta upp en monopolstruktur.[25]

Om marknaden emellertid kännetecknas av höga inträdesbarriärer, legala monopol eller naturliga monopol eller i allmänhet där marknadskrafterna inte har möjlighet att motverka monopolstyrkan hos ett dominerande företag, kan detta förhållande medföra att åtgärder mot för höga

---

[23] Se OFT 414, p. 2.7.

[24] Konkurrensverket har i ett flertal avgörande behandlat överpriser, men inte ansett dessa utgöra missbruk av dominerande ställning. Se dnr 1122/93, *Telia flyttning av telefon*, dnr 118/94, *ETM*, dnr 314/94, *Bilspedition*, dnr 713/94, *SSA*, dnr 928/94, *SAS*, dnr 1068/94, *Telia – räckviddsbegränsare*, dnr 1003/95, *TV Fyrstad*, dnr 61/96, *Postens postboxar*, dnr 353/99, *Telenor*. I vissa fall har oskäliga villkor som anknyter till överprissättning inte ansetts utgöra missbruk – se dnr 108/94, *Rosa och Gula Sidorna*, dnr 735/93, *Telia – säkerheter*.

[25] Se OFT 414, p. 2.13.

prissättningar är påkallade.[26] Detta kan exempelvis vara fallet för upphovsrättssällskap. Lang framhåller att

> ”Their economic circumstances change little even when circumstances in the industry alter radically, and there seems to be little possibility of any new performing rights societies being set up which would offer a general service and so compete with the existing societies, or even of one existing society setting up on the territory of another”.[27]

7.2.1.1 Kortsiktigt höga priser

Om marknaden är konkurrensutsatt är det naturligt med svängningar i prisnivåer. Det är inte ovanligt att det finns en inneboende tröghet i prismönstren på en marknad, där marknadskrafterna måste få en rimlig tid att verka gentemot onormalt höga priser. Riktlinjerna tar upp exemplet med en marknad där utbudet är begränsat. Skulle efterfrågan stiga kommer priserna och även vinsterna att stiga initialt. Den ökade efterfrågan och ökade lönsamheten i branschen kommer dock att medföra att nya aktörer tillför ny kapacitet till marknaden, varför priserna snart sjunker igen.[28]

Höga priser kan även vara ett resultat av störningar på marknaden, t.ex. olyckor hos en stor leverantör, handelskonflikter, force majeureliknande händelser m.m. Händelser av detta slag kan begränsa efterfrågan och kortsiktigt även öka vinstnivåerna för något dominerande företag. Snabbt övergående bristsituationer eller snabba ändringar i efterfrågan behöver inte vara ett problem från konkurrensrättslig synpunkt. Det måste i sammanhanget även framhållas att händelser av nu aktuellt slag många gånger kan verka i motsatt riktning.

---

[26] Se OFT 414, p. 2.12.

[27] Lang, T. ”Media, Multimedia and European Community Antitrust Law”, <http://europa.eu.int/comm/dg04/speech/seven/en/sp97070.pdf>, s. 57.

[28] Se OFT 414, p. 2.8.

7.2.1.2 Effektivitetsrelaterade priser

Höga vinstnivåer i ett företag – oaktat om det är dominerande eller inte – behöver inte komma enbart från ett rent utnyttjande av marknadsmakt, utan kan vara ett resultat av ett högeffektivt företag. Jämförelser mellan de ifrågasatta vinstnivåer hos det aktuella dominerande företaget och andra aktörer på marknaden behöver inte nödvändigtvis leda till att dominanten tar ut ett överpris. OFT ger som exempel att det dominerande företaget kan ha utvecklat en mycket effektivt produktionsmetod, utvecklat högre kvalitet eller helt enkelt varit mer framgångsrikt i att ta vara på affärsmöjligheter i förhållande till konkurrenterna. Härigenom kan alltså konkurrenter som har samma prisnivå ha en lägre lönsamhet i förhållande till sina kostnader för kapitalet. OFT framhåller dock, synbarligen som en motvägande faktor, att om branschen verkligen är konkurrensutsatt så kommer fördelarna hos det dominerande företaget på lång sikt att bli standard i branschen.[29]

Det bör dock i sammanhanget erinras om att kostnadsmässiga fördelar i produktion genom en långt mer effektiv produktionsteknik kan vara föremål för immateriella ensamrättigheter, vilket kan ge det dominerande företaget en laglig långsiktig fördel gentemot konkurrenterna.

7.2.1.3 Höga vinster som resultat av forskning och utveckling

Om ett företag utvecklar en ny produkt för marknaden kan detta leda till höga vinstnivåer. Dessa vinster torde inte i normaltfallet kunna betraktas som övervinster. Möjligheten att göra förtjänst på innovationer, forskning och utveckling är trots allt en drivkraft som inte bör undertryckas. Fördelarna med innovationer är många i det att konsumenterna får ett större och kvalitativt bättre utbud samtidigt som det sporrar konkurrenter till att utveckla sina produkter och tjänster.[30]

Bishop och Walker uppmärksammar problematiken med prissättning av immateriella tillgångar och anser att det förefaller vara omöjligt att

[29] Se OFT 414, p. 2.9.
[30] Se OFT 414, p. 2.10.

på ett meningsfullt sätt försöka applicera ett test på huruvida priset för immateriella tillgångar står i rimlig proportion till det ekonomiska värdet av produkten i fråga. De anser det vara oklart om överpriser alls kan vara ett problem i dessa fall.[31]

Det är inte ovanligt att innovationer åtföljs av immateriella ensamrättigheter, vilket ger möjlighet för ett dominerande företag att tjäna avsevärt mer än sina konkurrenter. Svaret på frågan huruvida vinsten i detta fall skall anses som oskäligt hög vilar enligt OFT på två faktorer.[32]

För det första måste det tas ställning om vinsterna var nödvändiga för att ge täckning för de kostnader som innovationen själv har gett upphov till och om vinsterna härutöver är en skälig ersättning i förhållande till de risker som företaget har tagit för ta fram produkten.

För det andra är det av vikt att bedöma huruvida vinsterna är temporära eller inte. Höga vinster kan ge upphov till innovationer hos konkurrenter, vilka framtvingar en respons från det dominerande företaget. Växelverkan mellan olika aktörer på marknaden, där innovationer eller produktutvecklingar avlöser varandra, kan ge upphov till höga priser och vinstnivåer, men behöver inte vara ett problem i konkurrenshänseende eftersom den har positiva effekter på den totala ekonomiska välfärden.[33]

---

[31] Bishop, S., Walker, M., *The economics of EC Competition Law: concepts, application and measurement*, 2 uppl. London, 2002, s. 191.

[32] Se OFT 414, p. 2.11.

[33] Jfr även mål 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar (CICRA) v Régie nationale des usines Renault*, där EG-domstolen framhöll att "[e]xercise of the exclusive right may be prohibited by [Article 82 EC] if it gives rise to certain abusive conduct on the part of an undertaking occupying a dominant position such as […] the fixing of prices for spare parts at an unfair level […]. With reference more particularly to the difference in prices between components sold by the manufacturer and those sold by the independent producers, it should be noted that […] a higher price for the former than for the latter does not necessarily constitute an abuse, since the proprietor of protective rights in respect of an ornamental design may lawfully call for a return on the amounts which he has invested in order to perfect the protected design." (p. 16–17). Jfr även mål 24/67, *Parke, Davis and Co* samt mål 238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd*. "It must […] be noted that the exercise of an exclusive right by the proprietor of a registered design in respect of car body panels may be prohibited by [Article 82 EC] if it involves, on the part of an undertaking holding a dominant position, certain abusive conduct such as […] the fixing of prices for spare parts at an unfair level […]" (p. 9).

7.3 Bestämning av begreppet orimlig relation

Analysen av vad som skall anses vara ett överpris utgår från ett ekonomiskt värde av en produkt eller transaktion i allmänhet. Att generellt fastställa vad som utgör ett ekonomiskt värde är givetvis mycket svårt. Utgångspunkten synes dock primärt vara produktens självkostnad. I *United Brands* uttalade EG-domstolen att frågan om ett överpris kunde bedömas objektivt genom en jämförelse mellan försäljningspriset och självkostnaden, vilket i sin tur skulle påvisa vilken vinstmarginal som företaget har.[34]

Det följer av EG-domstolens resonemang att ett pris som inte har kostnadstäckning, *e contrario* heller inte kan vara överpris. Allt annat synes vara orimligt. Om ett företag tvingas att hålla priser som är lägre än produktionskostnaden kommer konkurrensrätten att få en prisreglerande funktion, vilket kommer att drabba konsumenterna avsevärt eftersom inget företag torde vilja tillhandahålla en produkt till förlustpriser. Detta är heller inte konkurrensrättens funktion.

Visserligen skulle det kunna hävdas att om ett dominerande företag var mycket ineffektivt, så kunde en extensiv tolkning av överpriser även innefatta ineffektiva priser. Det skulle i så fall vara frågan om överprissättning genom att vara ineffektiv i allmänhet. Om ett dominerande företag inte klarar normala effektivitetskrav kommer detta emellertid att ge möjligheter för nya, mer effektiva aktörer att ta sig in på marknaden. Vad som skulle utgöra en effektiv kostnadsnivå är i sig öppet för en skönsmässig bedömning. Överprissättning tar därför i normalfallet sikte på situationen när ett dominerande exploaterar sin dominerande ställning till skada för kunder eller konsumenter (Jfr dock 7.6.1.1 nedan). Överpriser torde sålunda i normalfallet bedömas i förhållande till det dominerande företagets existerande faktiska kostnader och inte en hypotetisk kostnadsnivå. Kommissionen framhåller att den inte skall bevaka höga prisnivåer i sig, utan att den främst ser till sådana ageranden som kan skada konkurrensen.

---

[34] Mål 27/76, *United Brands*, p. 251.

> ”Consumers can suffer from a dominant company exploiting [a dominant position], the most likely way being through prices higher than would be found if the market were subject to effective competition. However, the Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather it examines the behaviour of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directly against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it. A dominant company therefore has a special obligation not to do anything that would cause further deterioration to the already fragile structure of competition or to unfairly prevent the emergence or growth of new or existing competitors who might challenge this dominance and bring about the establishment of effective competition”.[35]

Vad som sammanfattningsvis står i fokus är därför den orimliga relationen mellan självkostnaden och försäljningspriset. Annorlunda uttryckt kan överpriser sägas vara en orimligt hög vinstnivå för ett dominerande företag. Koktvedgaard framhåller att det är fråga om ”[h]vor meget må virksomheden tjene på det omhandlede produkt?”.[36]

Kommissionens beslut i *Chiquita*[37] och sedermera EG-domstolens dom i *United Brands* är det första exemplet på när EG-domstolen mer ingående har behandlat frågan hur överpriser bör beräknas. Trots att Kommissionens beslut i frågan om överpriser i *Chiquita* sedermera blev undanröjt av EG-domstolen innehåller beslutet en intressant argumentation, som åtminstone belyser svårigheterna med att exakt fastställa vad som utgör överpriser. Som en delfråga utredde Kommissionen om United Brands (UBC) hade gjort sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning genom debitering av överpriser för bananer. UBC hade debiterat priser som avsevärt skiljde sig mellan olika länder. Kommissionen konstaterade följande:

---

35 Kommissionen, *XXIV Report on Competition Policy*, 1994, p. 207.

36 Koktvedgaard, M., a.a. s. 318.

37 Kommissionens beslut 76/353/EEC, *Chiquita*, efter överklagande: Mål 27/76, *United Brands*.

a) Det fanns en mycket stor prisskillnad mellan de priser som togs ut i Irland och de priser som togs ut i Belgien, Nederländerna, Luxemburg, Tyskland och Danmark. Prisskillnaden mellan Irland och de andra länderna kunde vara så hög som 100 %. Enligt kommissionens mening var detta ett tecken på att priserna i de andra länderna gav UBC en ”mycket ansenlig vinst”.
b) UBC sålde även bananer av andrasortering som inte marknadsfördes under Chiquitamärket. Kommissionen fann att kvaliteten på dessa bananer endast var obetydligt lägre än Chiquitamärkta bananer. En prisskillnad på 30 – 40 % mellan första- och andrasortering kunde därför inte rättsfärdigas. Enligt kommissionen kunde inte ens hälften av denna skillnad motiveras av skillnader i kvalitet eller kostnader för marknadsföring.
c) Det fanns även prisskillnader mellan UBC:s priser och de priser som togs ut av UBC:s konkurrenter, som inte var dominerande på marknaden. Konkurrenterna gjorde vinster och sökte hela tiden öka sina marknadsandelar trots sina lägre priser för jämförbara banankvaliteter.

Sammantaget konstaterade Kommissionen att UBC hade missbrukat sin dominerande ställning och att priserna var oskäliga i förhållande till det ekonomiska värde som produkten representerande. Enligt kommissionen skulle det vara tillräckligt om UBC sänkte sina priser i Belgien, Nederländerna, Luxemburg, Tyskland och Danmark med åtminstone 15 % för att härigenom komma till en acceptabel prisnivå.[38]

Kommissionen nämnde inte i sitt beslut hur den hade kommit fram till att 15 % borde vara en tillräcklig reduktion. Den föreslagna sänkningen förefaller därför vara skönsmässig. Det framgår av beslutet att UBC hade startat en kampanj i Irland och priserna var därmed mycket lägre där än UBC:s genomsnittspris. Det är emellertid tveksamt om företagets lägsta pris var relevant som jämförelsetal utan att hänsyn skulle tas till skälet för att det irländska priset verkligen var så lågt. Som

[38] Mål 27/78, *United Brands*, p. 241.

Van Bael och Bellis framhåller är bananer färskvara som är mycket förgängliga och priserna på färskvaror varierar typiskt sett mycket beroende på skörd, klimatfaktorer m.m.[39] I detta sammanhang framstår det som svårt göra en bedömning av vad som egentligen var ett oskäligt högt pris. Höga priser kan vara motiverade av faktorer som ligger utanför företagens kontroll och gör det svårt att generellt fastställa vilka priser som skall sänkas. Kommissionens beslut överklagades till EG-domstolen, där beslutet som nämnts undanröjdes.[40]

EG-domstolen betonade att den relevanta frågan är om skillnaden mellan kostnaderna och prisnivån är oskäligt hög och därefter, om svaret är jakande, huruvida priset i sig, eller i jämförelse med priset för konkurrerande produkter, är oskäligt.[41]

Beräkning av kostnader för produkter kan i vissa fall vara en besvärlig uppgift att utföra. I domskälen sägs att produktionskostnader kan innehålla en godtycklig fördelning av indirekta och fasta kostnader och kan variera avsevärt beroende på företagets storlek, verksamhet, komplexitet i tillverkningen, geografisk lokalisering, antal produkter, antal dotterbolag och deras inbördes förhållande. Det är således ofta komplicerat att beräkna kostnader för en produkt. EG-domstolen konstaterade dock att beräkningen av produktionskostnader för bananer inte torde vara ett oöverstigligt problem.[42]

I förevarande fall hade Kommissionen inte gjort någon beräkning av UBC:s kostnadsstrukturer. UBC hade även tillställt Kommissionen dokument som visade att priset som togs ut i Irland var ett kampanjpris i syfte att komma in på marknaden, vilket dessutom förorsakade UBC förluster. Kommissionen hade inte tagit någon hänsyn till detta. EG-domstolen anförde att Kommissionen åtminstone hade skyldigheten att begära att UBC skulle tillställa Kommissionen relevanta kostnadsbe-

---

[39] Van Bael, I., Bellis, J-F., *Competition Law of the European Union*, 3 uppl. 1994, s. 580.

[40] United Brands, C-27/76, p. 235–268.

[41] Mål 27/78, *United Brands*: ”The questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, it [sic!] the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products.” (p. 252).

[42] Mål 27/78, *United Brands*, p. 254.

räkningar. Kommissionen hade genom underlåtenheten att bemöta UBC:s skrivelser inte lyckats styrka att UBC hade debiterat oskäligt höga priser. Bevisbördan ansågs åvila Kommissionen och genom att Kommissionen inte kunnat fastställa en kostnadsnivå, från vilken en oskälig vinstnivå kunde beräknas, fann EG-domstolen att prisskillnaden på denna grund inte kunde anses oskälig.[43]

United Brands hävdade att prisskillnaden mellan första och andra sortering av bananer var motiverad med hänsyn tagen till de åtgärder som företaget vidtog från skörd av bananerna fram till dess de nådde konsumenten. Kommissionen kunde inte styrka att så ej var fallet och inte heller på denna grund kunde priset anses vara oskäligt högt.[44]

EG-domstolen har genom *United Brands* påvisat att beräkningen av överpris inte kan göras godtycklig. En viktig slutsats som kan dras av fallet är att det inte är priset i sig som är intressant, utan mer skillnaden mellan produktionskostnaden och försäljningspriset. Det är därför mer korrekt att tala om oskäliga vinstnivåer eller monopolvinster som i sin tur ger upphov till ett överpris. För att på ett acceptabelt sätt kunna beräkna monopolvinster måste därför kostnadsnivån fastställas först. Kommissionen hade inte gjort denna beräkning och koncentrerade sig mer på prisskillnader i sig, vilket inte kan anses uppfylla grundläggande krav på förutsebarhet och acceptabel precision i tillämpningen av konkurrensreglerna. Synbarligen hade kommissionen tagit fasta på de stora prisskillnaderna och utgick härefter ifrån att de högre priserna måste utgöra överpriser. Vid fastställande av överpriser är det olämpligt att bedöma prisskillnader *per se* utan att se till alla relevanta bakomliggande förklaringar. Vid bedömningen av eventuella överpriser synes självkostnaden vara den första faktor som måste analyseras. När självkostnaden för en vara eller tjänst har fastställts uppstår frågan om den vinstnivå som företaget åtnjuter är oskäligt hög i sig eller i jämförelse med andra konkurrerande produkter. Den senare bedömningen torde vara den svåraste att genomföra och det är enligt min mening tveksamt

[43] Se Mål 27/78, *United Brands*, p. 261–265.
[44] Mål 27/78, *United Brands*, p. 245, 265.

om Kommissionen hade nått framgång i ärendet, även om självkostnaden hade kunnat framräknas.

Redan i *United Brands* framhöll EG-domstolen att det fanns flera olika metoder att fastställa överpriser.[45]

7.4 Produktionskostnadsmetoden

Genom *United Brands* har EG-domstolen etablerat ramarna för en metod att fastställa överpriser som kan kallas *produktionskostnadsmetoden*. Metoden innehåller som ovan visats tre steg:

1. En fullständig kostnadsanalys, där samtliga kostnadsslag och kostnadsställen identifieras.
2. Efter att samtliga kostnader har beräknats skall kostnaderna allokeras eller fördelas på ett korrekt sätt. Rörliga kostnader för varan eller tjänsten är relativt enkla att fördela alltmedan fasta kostnader och övriga rörelsegemensamma kostnader kan vara svårare att fördela på ett korrekt sätt. Härigenom kan självkostnaden för varan/tjänsten fastställas.
3. Produktionskostnaden skall sedan jämföras med försäljningspriset för att bedöma om vinstmarginalen är oskäligt hög.

7.4.1 Korrekt beräkning av kostnader

I ärendet *ITT*[46] hade det nationella belgiska telefonbolaget Belgacom tagit ut avgifter av utgivare av telefonkataloger. En av dessa utgivare var ITT Promedia, ett dotterbolag till US ITT World Directories Company. Avgifterna debiterades som ett procenttal av omsättningen hos utgivarna samt en kompletterande avgift per införd uppgift i respektive kataloger. De ursprungliga avgifterna var 34 % av utgivarnas omsätt-

[45] Se Mål 27/76, *United Brands*, p. 253.

[46] Kommissionens pressrelease IP/97/292, *ITT Promedia N.V./Kommissionen v Belgacom*, 1997-04-11. Se även T-111/96, *ITT-Promedia*, p. 26.

ning med ett tillägg av 200 BFr per införd rad. Avgifterna sänktes 1997 till 16 % av omsättningen och 67 BFr per införd rad. ITT anmälde Belgacom till Kommissionen. Efter förhandlingar med Kommissionen accepterade Belgacom att införa en helt kostnadsbaserad prissättning. De tidigare priserna hade ingen förankring i verkliga kostnadsstrukturer och sattes mer godtyckligt som ett procenttal eller som en slags provision på respektive utgivares omsättning. Efter en omfattande genomgång med hjälp av ett konsultföretag accepterade därför Belgacom att helt slopa den procentuella avgiften på omsättningen eller vinsten och att istället införa en helt kostnadsbaserad prissättning för basuppgifter i telefonkataloger. Den nya prissättningen skulle därmed ge Belgacom täckning för sina kostnader samt en skälig vinstmarginal. Vidare skulle en åtskillnad mellan basuppgifter och kompletterande uppgifter göras i prissättningen. Basuppgifter var sådana uppgifter som Belgacom ensamt förfogade över medan kompletterande uppgifter var datauppgifter som även andra företag kunde tillhandahålla, varför de senare skulle prissättas separat i konkurrens med andra företag. Efter införande av den nya prissättningen träffades en överenskommelse mellan Belgacom om ITT, varvid Kommissionen beslutade att inte driva ärendet vidare. Den totala prissänkningen på datauppgifter till telekataloger uppgick därvidlag till över 90 %.

Ärendet visar att prissättningar åtminstone måste kunna kostnadsrelateras för att inte bedömas som oskäliga. I *ITT* hade prissättningen gjorts helt utan hänsyn till rådande kostnadsstrukturer. Prissättningen var vidare godtycklig eftersom den inte var relaterad till tjänsten i fråga utan mer till köparens maximala betalningsvilja.

Att kostnader i någon mån måste vara kostnadsmotiverade framgår även av fallet *General Motors*.[47] GMC hade en särställning på den belgiska marknaden såtillvida som företaget åtnjöt en legal ensamrätt att utfärda besiktningsintyg för nya GMC-bilar som importerades bl.a. från andra europeiska länder till Belgien. Kommissionen ansåg att GMC hade tagit ut ett för högt pris för sådana intyg av 5 olika kunder. GMC

[47] Mål 26/75, *General Motors Continental NV.*

hade höjt priset från ursprungligen 2.500 BFr exkl. skatt till 5.000 BFr plus 900 BFr i mervärdesskatt medan de flesta andra importörer inte debiterade mer ca 2.500 BFr för sina respektive intyg.

Prissättningen övergavs sedermera av GMC, som började ta ut endast 1.250 BFr för besiktningsintyg för europeiska bilar, varav 123 BFr utgjorde kostnaden för typgodkännande och resterande del var summan av kostnader som uppstod vid undersökningen av varje fordon innefattande kostnad för kontroll, inspektion, typmärkning, intyg, administration samt ett vinstpålägg med 15 %. GM kompenserade de 5 kunder som tidigare hade betalat 5.900 inkl. skatt och återbetalade därför 4.900 BFr i två fall och 4.425 BFr i tre fall.

Att priset var oskäligt högt var, enligt EG-domstolen, ostridigt. Överprissättning kunde konstateras rent objektivt, synbarligen eftersom GMC senare hade betalat tillbaka mellanskillnaden till kunderna. Det var emellertid bl.a. av denna anledning som EG-domstolen fann att GMC *sammantaget* inte hade missbrukat sin dominerande ställning. Att EG-domstolen i detta fall fann det otvistigt att överprissättning förelåg synes inte kunna förklaras av prisskillnaden i sig utan mer av GMC:s frivilliga återbetalning av mellanskillnaden, vilken av EG-domstolen torde ha bedömts som en bekräftelse på en för hög prisnivå. Kompensationen till kunderna innebar inledningsvis att GMC justerade sina priser ”into line with the real economic cost of the operation”,[48] dvs. till att hamna i linje med de faktiska ekonomiska kostnader som tjänsten gav upphov till. Härefter kompenserades alltså kunderna i enlighet med den nya prislistan. EG-domstolen berörde därmed inte frågan om vad som mer exakt kunde anses vara ett oskäligt högt pris i det aktuella fallet. En slutsats är dock att ett pris som låg fyra gånger högre än företagets egna – och även konkurrenters – normala pris synes ha betraktats som ett överpris. Samtidigt har såväl EG-domstolen som Kommissionen inte haft något att erinra mot det nya priset som innehöll en vinstnivå om 15 %. Om denna vinstnivå var en ren bruttovinstnivå, dvs. särintäkter minus direkta särkostnader, är svårt att fastställa mot bakgrund av att det

[48] Mål 26/75, *General Motors Continental NV*, p. 22.

även talas om administrationskostnader, vilket skulle innebära att en del av de indirekta kostnaderna har tagits med i kalkyleringen.

Betydelsen av prisernas koppling till kostnader tydliggörs även av fallet *GZS*,[49] som rörde prissättning för behandling och utdelning av inkommande gränsöverskridande post. EG-domstolen framhöll att ett dominerande företag, som i likhet med Deutsche Post, åtnjuter ett legalt monopol inte kunde kräva porto till full inhemsk taxa utan att ta hänsyn till

> ”[…] skillnaden mellan å ena sidan utgifterna för befordran och utdelning av försändelser som postas i stora kvantiteter hos postväsendet i en annan medlemsstat än den där såväl avsändarna som adressaterna för dessa försändelser har hemvist och å andra sidan de terminalavgifter som betalats av det nämnda postväsendet.”

Skulle ett dominerande företag således ta ut hela de gällande inhemska taxan för inkommande gränsöverskridande post utan att göra avdrag för terminalavgifter,[50] dvs. de verkliga kostnader som den avsändande postförvaltningen måste betala till den mottagande postförvaltningen för behandling och utdelning av posten i fråga, vore detta ett missbruk av dominerande ställning. I annat fall skulle den avsändande postförvaltningen bli tvungen att betala dubbel avgift, dvs. både terminalavgift och inhemsk full taxa, som redan innehåller kostnader för behandling och utdelning. En sådan prissättning skulle enligt EG-domstolen strida mot artikel 86.1 EG jämförd med artikel 82 EG.

I ärendet *Avgifter för elöverföring i Nederländerna*[51] framhöll Kommissionen vikten av att de avgifter som dominerande systemansvariga

---

[49] De förenade fallen Deutsche Post AG mot Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS)(C-147/97) och Citicorp Kartenservice GmbH (C-148/97), p. 57–58.

[50] Med terminalavgifter avses ”avgifter som en postförvaltning tar ut av en annan för utdelningen av den senares internationella försändelser”, Se de förenade fallen Deutsche Post AG mot Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS)(C-147/97) och Citicorp Kartenservice GmbH (C-148/97), p. 7.

[51] Avgifter för elöverföring i Nederländerna PO/DTE (ärende nr. IV/E3/37.770), XXIX:e rapporten om konkurrenspolitiken, 1999, s. 167.

för elöverföring tar ut alltid måste ha samband med de faktiska kostnaderna som uppkommer vid elöverföring.

Kostnadernas betydelse kom även fram i fallet *Der Grüne Punkt – DSD*.[52]

> Bakgrunden till ärendet var den tyska förordningen tillverkares och distributörers återvinningsansvar för förpackningar ”Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen”. Tillverkare och distributörer undantogs från återtagande- och återvinningsskyldigheten som följde av förordningen om de deltog i ett system, vilket inom deras försäljningsområde tillhandahöll en heltäckande insamling av använda förpackning (en s.k. undantagstjänst). Duales Systems Deutschland AG (DSD) administrerade ett nationellt system för insamling och återvinning av förpackningar. Avtalsparter till DSD hade även rätt att använda varumärket ”Der Grüne Punkt” på alla sina förpackningar, vilket var en form av miljömärkning. I avtalet med DSD krävdes att alla anslutna företag skulle applicera miljömärkningen på alla deras förpackningar. Härutöver måste företagen erlägga en avgift för hela mängden förpackningar oavsett om företagen inte alls eller enbart delvis nyttjade DSD:s återvinningstjänst (undantagstjänsten). Om företagen anlitande någon konkurrent till DSD drabbades företagen av en betydligt högre finansiell börda än att bara anlita DSD.

Kommissionen konstaterade att DSD:s prispolitik medförde att det var ekonomisk ointressant att anlita andra entreprenörer eller så måste företagen ta bort miljömärkningen på vissa av sina förpackningar, vilket av praktiska och ekonomiska skäl ansågs vara mycket svårt.[53] Kommissionen anförde vidare att

> ”[b]eviljande av rätten att märka konsumentförpackningar med [der Grüne Punkt] utan att företagets tjänster bevisligen tas i anspråk, orsakar DSD endast låga omkostnader och när det gäller omhändertagande av en delvolym uppkommer inga ytterligare kostnader. Detta framgår av avtalet, enligt vilket licensavgiften är till för att täcka kostnaderna för insamlingen, sorte-

[52] Kommissionens beslut 2001/463/EG, *DSD,* L 166, 2001. Fallet är överklagat till Förstainstansrätten och är ännu inte avgjort. En begäran om interimistiskt uppskov med verkställigheten av vissa centrala delar av beslutet avslogs av Förstainstansrätten i målet T-151/01 R.

[53] Kommissionens beslut 2001/463/EG, *DSD*, p. 102–108.

> ringen och återvinningen samt för förvaltningen av systemet [...]. DSD:s kostnader för användningen av märket kan därför – om alls – bara utgöra en del av de administrativa kostnaderna. Beteckningen ”licensavgift” är därför missvisande, eftersom avgiften i sig – enligt DSD:s formulering i avtalet – i första hand skall täcka kostnaderna för undantagstjänsten. Även om DSD i avtalen gör användningen av miljömärket beroende av betalning av licensavgiften, beror de kostnader som DSD har på omfattningen av den undantagstjänst som avtalsparten faktiskt har tagit i anspråk. Av detta följer att DSD alltid kan anses ta oskäliga priser om antalet förpackningar som försetts med [der Grüne Punkt] är större än antalet förpackningar som samlas in genom undantagstjänsten.”[54]

Slutsatsen av resonemanget var att ”[o]m ett företag använder [der Grüne Punkt] utan att utnyttja DSD:s undantagstjänst, tillämpar DSD oskäliga priser och kommersiella villkor.” Kommissionen ansåg att dessa priser inte stod i proportion till kostnaderna, vilket medförde en överträdelse av artikel 82.2 a EG.[55]

Som EG-domstolen kom fram till i *United Brands* kan det vara en svår uppgift att på ett korrekt sätt beräkna produktionskostnaden. Vilka kostnader skall fördelas och i så fall hur? Om ett dominerande företags verksamhet omfattar flera länder och har olika verksamheter kan beräkningen genast bli svårhanterlig. Ett rättssäkerhetskrav i detta sammanhang måste vara att beräkningssättet är enhetligt inom unionen för att undvika en skönsmässig eller divergerande tillämpning av konkurrensreglerna. Enligt min mening förutsätter en effektiv övervakning av konkurrensreglerna såväl centralt på EG-nivå som nationellt en enhetlighet för att otillåtna förfaranden skall kunna beivras. Vilka principer skall därmed användas för att fastställandet av produktionskostnaden skall bli korrekt?

---

[54] Kommissionens beslut 2001/463/EG, *DSD*, p. 111.
[55] Kommissionens beslut 2001/463/EG, *DSD*, p. 111.

7.4.1.1 Lagstiftning och myndighetsföreskrifter som bas för kostnadsberäkning

I fallet *Ahmed Saeed*,[56] som bl.a. rörde frågan om oskäliga priser, aktualiserades problemet hur ett oskäligt högt eller lågt pris skall beräknas. EG-domstolen fann att vägledning för beräkning av kostnadsstrukturer kan finnas i det EG-rättsliga regelverket, t.ex. i olika direktiv. I det aktuella målet prövades om biljettpriser för flygtrafik kunde vara oskäliga, varför vägledning kunde hämtas från det vid tidpunkten gällande direktivet om biljettpriser för regelbunden luftfart.[57] Av direktivet framgick att biljettpriser måste vara skäligen relaterade till flygbolagets långsiktiga kostnader samtidigt som hänsyn skulle tas till konsumenternas behov, bolagets behov av godtagbar avkastning på investerat kapital, konkurrenssituationen inklusive andra bolags priser som trafikerar rutten samt behovet av att motverka dumpning av priser.

Rådsförordningar, direktiv eller annan lagstiftning kan vara såväl generella som avgränsade till specifika branscher. Vägledning för hur kostnader skall fördelas och speciella beräkningssätt kan därför hämtas från central lagstiftning inom unionen.[58]

I den svenska utredningen avseende en ny lag om elektronisk kommunikation säger t.ex. kommittén i sitt delbetänkande den 8 juni 2002 att

> ”[r]ådande marknadssituation är inte sådan att man kan överge ett system med speciallagstiftning vid sidan av den generella konkurrensrätten. Tvärtom är EG:s nya regelverk att se som ett samexisterande komplement

---

[56] Mål 66/86, *Ahmed Saeed*, p. 43.

[57] Direktiv 87/601/EEC, sedermera upphävt och ersatt genom Rådsförordning nr 2342/90.

[58] I Danmark tillämpas vid bedömning av överpriser den s.k. *enkeltvarekalkulationsprincippet*, som kan sägas innebära att en produktkalkyl för varje produkt skall göras, varefter förtjänstnivån analyseras. Metoden innebär vissa problem med allokering av kostnader eftersom samkostnader och gemensamma kostnader måste fördelas korrekt för att en bedömning skall kunna göras. I vissa förhållanden är det emellertid möjligt att frångå denna princip, t.ex. när det i fråga om forsknings- och utvecklingsintensiva produktionsområden. Se utförligt i Fejø, J., *Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer*, Köpenhamn, 1997, s. 166–168, Koktvedgaard, a.a. s. 316 ff. och Madsen, P. B., *Markedsret del 1 Konkurrencebegrænsningsret*, 4 uppl., Köpenhamn, 2000, s. 108–110.

> till konkurrenslagstiftningen. Konkurrensproblem eller missbruk av konkurrensfördelar kan ofta leda till utslagning av nytillkomna operatörer på en marknad. Syftet med det nya regelverket är att skapa ett lätthanterligt system för att så snabbt som möjligt komma till rätta med sådana problem och undvika risken för missbruk. Åtgärder enligt den nya lagen för att främja konkurrensen skall kunna vidtas i föregripande syfte oavsett ingripanden med stöd av konkurrenslagstiftningen. I de fall regelverken kolliderar förutsätts dock att de tillämpande myndigheterna för en dialog med varandra för att undvika överregleringar."[59]

Underlaget för hur kostnader skall bestämmas kan därför hämtas från lagstiftning om kostnadsallokering och kalkylarbete hos företag.

Förutom lagstiftning kan även myndighetsföreskrifter ligga till grund för bedömning av överpriser. Ett exempel på detta är att i Tyskland har konkurrensmyndigheterna under 2001 tagit fram kriterier för kostnadskalkylering vid prissättning nättjänster inom elbranschen.[60] Dessa kriterier användes första gången i det tyska ärendet *TEAG*,[61] där elnätföretaget Thüringer Energie AG (TEAG) ansågs ha tagit ut oskäligt höga avgifter för nyttjande av elnätet. Genom att inte följa riktlinjerna och allokera kostnader som inte hade att göra med nätanvändning hade TEAG baserat prissättning på ett felaktigt kostnadsunderlag, varvid priset ansågs vara ett överpris.

7.4.1.2 Exempel från telebranschen

Fastställande av självkostnad enligt traditionell metod är dock inte alltid det bästa sättet att korrekt beräkna kostnader. I förarbetena till översynen av telelagen framhöll Regeringen att "[s]jälvkostnadskalkylen innebär emellertid […] ett visst mått av godtycke då historiska kostnader

---

[59] SOU 2002:60, *Lag om elektronisk kommunikation*, s. 22.

[60] Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder zur Höhe der Netznutzungsentgelte und sonstigen Wettbewerbsbehinderungen der Stromnetzbetreiber, Bundeskartellamt, 19.04.2001.

[61] Tyska Bundeskartellamts beslut av den 14 februari 2003, B11 – 40 100 – T – 45/01, *Thüringer Energie AG.*

skall fördelas på enskilda samtal."[62] Visserligen har även andra tekniker att fördela kostnader inneboende svagheter, men i fallet med självkostnadskalkylering, vilken kan sägas kunna liknas med FDC-metoden (se avsnitt 6.9.3.9 ovan) blir det tydligt att det är svårt att sätta priser som avser framtida försäljning på basis av historiska kostnader samtidigt som kostnadsläget kommer att förändras under den period som försäljningen sker.

Inom telebranschen i Sverige har Post- och Telestyrelsen (PTS) under 2002 tagit initiativ till ny reglering om kostnadsorientering.[63] PTS framhäver i sin promemoria reglerna i samtrafikdirektivet[64] och främst artikel 7.2 som stadgar att prissättningen måste följa principerna om öppenhet och kostnadsorientering och att dessa skall baseras på verkliga kostnader inklusive en rimlig avkastning på investerat kapital.

Den svenska telelagen (SFS 1993:597) föreskriver i 34 § 2 st. att

> "[e]rsättning för samtrafik avseende telefonitjänst till fast nätanslutningspunkt skall vara rättvis och skälig med hänsyn till kostnaderna för prestationen. Detsamma gäller för samtrafik avseende telefonitjänst till mobil nätanslutningspunkt, om den bedrivs av någon som har ett betydande inflytande på marknaden för samtrafik och är anmäld enligt 6 §. För annan samtrafik får marknadsmässiga villkor bestämmas"

PTS framhåller i sin promemoria att Kommissionen med stöd av artikel 7.5 i samtrafikdirektivet i en rekommendation av den 8 januari 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarkand tillrått att medlemsstaterna skulle använda den s.k. LRAIC-metoden vid prissättning.[65] Kortfattat innebär LRAIC (*Long Run Average Incremental*

---

[62] Prop 1996/97:61, *Översyn av telelagen (1993:957) m.m*, s. 61.

[63] Post- och Telestyrelsens promemoria av den 16 april 2002, 02-2257, *Ny kalkylmodell – LRIC-metoden*.

[64] Europaparlamentets och rådets direktiv 97/33/EG av den 30 juni 1997 om samtrafik inom telekommunikation i syfte att säkerställa samhällsomfattande tjänster och samverkan genom tillämpning av principerna om tillhandahållande av öppna nät.

[65] Kommissionens rekommendation 98/195/EG av den 8 januari 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad (Del 1 – Prissättning vid samtrafik), EGT L 73, 1998. med tillämpliga ändringar genom 98/511/EG, EGT L 228, 1998 och K(2002) 561, EGT L 58, 2002.

Cost) att prissättningen skall baseras på de relevanta särkostnader som uppstår för samtrafik. Till skillnad mot självkostnadsmetoden, som bygger på historiska kostnader, utgår LRAIC metoden från framtida kostnader för ytterligare kapacitetsutbyggnad. I avvaktan på att LRAIC skulle utvecklas och konkretiseras för praktisk användning ansåg Regeringen i propositionen till översyn av Telelagen under 1997 att kostnadsorienteringen borde baseras på självkostnadsmetoden, men att en övergång till andra beräkningsmetoder kunde bli aktuell på sikt.[66] Nu när rekommendationerna har funnits ett antal år och PTS har förordat en ändring av reglerna torde en övergång till LRAIC-metoden vara nära förestående. Angående överprissättning kommer denna kostnadsfördelningsmetod att vara av avgörande betydelse.

En liknande kostnadsfördelningsmetod har även rekommenderats för prissättningen för tillträde till s.k. accessnät.[67] Kommissionen förordar att priser skall sättas enligt principen om kostnadsorientering.[68] Härigenom rekommenderas vad Kommissionen kallar ”ett framsynt förhållningssätt grundat på löpande kostnader” (*forward-looking approach based on current costs*).[69] PTS tolkar denna bestämmelse som att det innebär att prissättningen skall baseras på LRAIC-metoden.[70] Samma resonemang återkommer i delbetänkandet om ny lag om elektronisk kommunikation.[71]

Sammantaget kan sägas att syftet med den sektorsspecifika regleringen oftast är att skapa bra förutsättningar för att konkurrensen skall fungera på den aktuella marknaden. En faktor som bidrar till detta kan

---

66 Prop 1996/97:61, s. 61.

67 Accessnät definieras av Kommissionen som ”den fysiska kopparledningen i det lokala nät, varmed t.ex. kundens kontor kopplas till operatörens lokala växelstation, koncentrator eller likvärdig anläggning.” Se Kommissionens rekommendation 2000/417/EG, av den 25 maj 2000 om tillträde till accessnät (LLUB) – för att skapa ett konkurrenskraftigt och komplett utbud av elektroniska kommunikationstjänster, däribland bredbandiga multimedietjänster och snabba Internettjänster, EGT L 156, 2000, p. 6.

68 Kommissionens rekommendation 2000/417/EG, artikel 1.6.

69 Kommissionens rekommendation 2000/417/EG, a. st..

70 Post- och Telestyrelsens promemoria av den 16 april 2002, 02-2257, *Ny kalkylmodell – LRIC-metoden*.

71 Se SOU 2002:60, *Lag om elektronisk kommunikation*, bilaga 3.

vara att lägga fast principer för bl.a. kostnadsallokering och kalkylarbeten.[72] Om lagstiftaren har fastställt principer som styr prissättningen måste hänsyn tas till detta vid bedömning av exempelvis överpriser. Det vore självfallet olämpligt om konkurrensreglerna skulle baseras på helt andra principer för kostnadsallokering än vad som ges i gällande i lagstiftning.

Om det inte finns någon generell eller specifik branschreglering för fördelning av kostnader, finns det anledning att dra analogier från telebranschen. Anledningen härtill är att prissättningar oftast görs med sikte på framtida försäljning, varvid hänsyn måste tas även till kommande kostnadsstrukturer. LRIC-metoden är särskilt lämplig att använda för detta ändamål. Som visas i kapitel 6 om korssubventionering och även rovprissättning i kapitel 5 är kanske den största förtjänsten med metoden att ge korrekta underlag för bedömning av för låga priser. Härigenom har t.ex. gemensamma kostnader under vissa förutsättningar kunnat bortses från genom användning av LRIC-metoden. Till sist måste ett företag även få täckning för företagets totala kostnader – inkluderande gemensamma kostnader och samkostnader. Om enbart LRIC skulle användas som underlag finns det en risk att kostnadsunderlaget blir för

[72] Se t.ex. Europaparlamentets och rådets direktiv 97/33/EG av den 30 juni 1997 om samtrafik inom telekommunikation i syfte att säkerställa samhällsomfattande tjänster och samverkan genom tillämpning av principerna om tillhandahållande av öppna nät: ” Prissättningen för samtrafik är en nyckelfaktor för att bestämma strukturen och intensiteten på konkurrensen under omvandlingsprocessen mot en avreglerad marknad. Organisationer med betydande inflytande på marknaden måste kunna visa att deras samtrafiksavgifter fastställs på grundval av objektiva kriterier, följer principerna om öppenhet och kostnadsorientering och är tillräckligt väl åtskilda i fråga om de nätresurser respektive tjänstekomponenter som erbjuds. Offentliggörande av en förteckning över samtrafiktjänster, avgifter och villkor, ökar den nödvändiga insynen och icke-diskrimineringen. Det bör vara möjligt att använda flexibla metoder för att ta ut avgifter för samtrafik, däri inbegripet kapacitetsbaserade avgifter. Avgiftsnivån bör främja produktivitet och uppmuntra till en effektiv och uthållig närvaro på marknaden, och den bör inte ligga under en gräns som på grundval av realomkostnader beräknas med hjälp av metoder för beräkning av långsiktig marginalkostnad, kostnadsallokering och -fördelning, och inte heller över en gräns som bestäms av priset för att tillhandahålla den berörda uppkopplingen fristående. Avgifter för samtrafik som grundar sig på en prisnivå som är nära förbunden med en långsiktig marginalkostnad för tillhandahållande av tillgång till samtrafik är lämpliga för att främja en snabb utveckling av en öppen och konkurrensinriktad marknad.” (p. 10).

litet och det blir därför lätt att bortse från kostnader. I allokeringshänseende är LRIC mycket användbar eftersom den allokerar samtliga särkostnader och hänförliga kostnader till rätt produkt eller affärsområde och endast gemensamma kostnader lämnas. Även dessa återstående kostnader skall allokeras korrekt, men risken för felallokering är totalt sett mycket mindre än om inte LRIC-metoden har använts.

Beträffande överpriser är det således av vikt att samtliga kostnader allokeras på ett korrekt sätt. Först sedan detta har gjorts kan det göras en bedömning av huruvida vinstnivån är oskäligt hög eller inte.

I samband med allokering av kostnader synes det även finnas behov av att rikta speciell uppmärksamhet mot vilka produktlivscykler som råder för produkten eller tjänsten i fråga. Kort livslängd hos en produkt innebär att kortare avskrivningstider kan motiveras och härigenom en högre kostnadsnivå. I likhet med fallen om rovprissättning borde finnas anledning även att hänsyn till inlärningskurvor m.m.

7.4.2 Oskäliga vinstmarginaler i förhållande kostnader

Även om ett pris kan vara kostnadsrelaterat med en klar koppling till enbart produkten i fråga kvarstår således den centrala frågan hur stor vinstmarginal ett dominerande företag kan arbeta med beträffande en vara/tjänst utan att denna skall anses vara oskäligt hög och därmed vara ett överpris.

Eftersom frågan har behandlats mycket sparsamt i praxis är det ännu för tidigt att utifrån praxis ge ett klart och entydigt svar på frågan. Vinsten måste vara oproportionerligt stor eller stå i direkt missförhållande till det ekonomiska värdet av varan eller tjänsten i fråga för att missbruk skall kunna konstateras.

I det följande kommer analysen att förutsätta att kostnader har allokerats och periodiserats på ett acceptabelt sätt. När kostnadsnivån har fixerats skall en bedömning göras om vinstnivån är oskäligt hög. Någon direkt definition av hur stor vinstmarginal som skall anses oskälig följer emellertid inte av EG-praxis. EG-domstolen har konstaterat att överpri-

ser kan vara priser som inte grundas på objektiva kriterier,[73] vilket torde betyda att priser måste vara relaterade till produktionskostnaden.

I *British Leyland*[74] fann EG-domstolen att avgifter som var oproportionellt höga i förhållande till det ekonomiska värdet var olagliga. British Leyland (BL) ansågs ha tagit ut överpriser på utfärdande av vissa intyg.

> Målet avsåg bl.a. BL:s prissättningspolicy avseende intyg om överensstämmelse för personbilar. Intyget var nödvändigt för att kunna erhålla typgodkännande vid återimport av de aktuella personbilarna. BL har före 1981 tagit ut en avgift på £25 för både vänster- och högerstyrda bilar. 1981 ändrade dock BL prissättningen så att priset på intygen för vänsterstyrda bilar höjdes till £100 för privatpersoner och £150 för återförsäljare. Priset för högerstyrda bilar höjdes emellertid inte. I samband med att Kommissionen började undersöka prissättningen infördes senare ett enhetspris på £100 för alla kunder. Priset sänktes sedermera till £50.

EG-domstolen ansåg att mot bakgrund av de små kostnadsskillnader som fanns mellan att utfärda intyg för höger- respektive vänsterstyrda bilar, kunde detta inte motivera en så hög prisskillnad som sex gånger priser för högerstyrda bilar.[75] EG-domstolen anförde vidare att

> ”BL itself admitted at the hearing that the difference […] was not based on the cost but on the consideration that the trader who was carrying out a transaction for a gain could be required to pay a higher fee. The fact that the fee was first reduced to UKL 100 and then UKL 50, whilst for right-hand-drive vehicles it remained at UKL 25, also suggests that it was fixed solely with a view to making the re-importation of left-hand-drive vehicles less attractive”[76]

---

[73] Jfr mål 40/70, *Sirena S.r.l. v Eda S.r.l. and others*.

[74] Mål 226/84, *British Leyland*.

[75] Mål 226/84, *British Leyland*, p. 28.

[76] Mål 226/84, *British Leyland*, p. 29. Jfr även ärendet *Postens postboxar*, dnr 61/96, där postens självkostnad per boxutdelad försändelse var 31,4 öre. I ärendet tog Posten ut en avgift av konkurrenten CityMail på 1,55 kr per försändelse för insortering av försändelser i postboxar. Posten gjorde sedermera ett åtagande att sänka sina priser till 50 öre per försändelse. I anledning härav beslutade KKV att inte vidta några ytterligare åtgärder.

Prisskillnaden mellan privatpersoner och återförsäljare kunde alltså inte motiveras med att återförsäljarna skulle göra en vinst på tillhandahållandet av intyg till sina slutkunder och därför borde betala ett högre pris. Någon koppling till kostnader fanns alltså inte i prissättningen och de höga priserna hade tillkommit enbart för att motverka återimport. Prissättningar som både är oskäligt höga och motverkar handel mellan medlemsländerna betraktas därför som ett missbruk.[77] British Leyland innebär dock inte någon egentlig vidareutveckling av den definition av överprissättning som gavs i *General Motors*, mer än att prissättningar som inte bara medför att en handelspartner får betala oskäligt mycket för en vara, utan även motverkar handeln inom unionen skall anses som ett missbruk. Detta förefaller vara okontroversiellt och tillskapandet av hinder för handeln mellan medlemsländer accentuerar missbruket.

Frågan återstår dock vad som skall anses vara en oskälig vinstnivå. Det synes vara praktiskt omöjligt att fastställa en generell procentsats eller nivå som skall vara heltäckande för bedömningen av överpriser. Oskäligheten i prissättningen blir relativ i förehållande till faktorer som specifik branschstruktur, grad av dominans, tidsskede i avregleringar, produktområde m.m.

I dansk rätt talas om att det relevanta jämförelsetalet är storleken och varaktigheten på den vinstnivå som skulle ha varit rådande om marknaden hade haft en verksam konkurrens. Om det dominerande företaget sålunda även under normala konkurrensförhållanden skulle kunna upprätthålla den ifrågasatta vinstnivån kan det inte vara fråga om ett olagligt pris.[78]

I fallet *Napp* hade det dominerande företaget, som opererade inom läkemedelsbranschen, en bruttovinstnivå på mer 80 %, vilket var indi-

---

[77] Jfr Även Kon, S., Turnbull, S., *Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the Napp Case*, ECLR 2002 (2), s. 83.

[78] Se Koktvedgaard, a.a. s. 314–316. Koktvedgaard tar i anslutning till detta upp att det kan vara mycket svårt att se vad som kan vara ett rimligt intjänande med utgångspunkt från marknadsförhållandena. Om det exempelvis rör sig om varor aktualiseras frågor om den relevanta marknaden verkligen kan utgöra jämförelseobjekt vid bedömning av överpriser. I sådana fall måste hänsyn tas till potentiell konkurrens eftersom marknaden kan vara annorlunda beskaffad vid "normal" konkurrens.

kativt på ett överpris.[79] Mot bakgrund av sekretess är det inte möjligt att uttala sig om hur CCAT har räknat ut bruttovinsten, dvs. vilka övriga kostnader som återstår och som bruttovinsten skall täcka. Även dessa kostnader synes vara relevanta att analysera.

Produktionskostnadsmetoden är trots allt effektiv eftersom den kan användas som verktyg för att analysera åtminstone de mest extrema missbruken. Metoden kan påvisa fall där prissättningen inte har någon som helst rimlig koppling till de rådande kostnadsstrukturerna och därmed utgör otillåten överprissättning. Metoden är alltså effektiv när det gäller att fånga upp relativt grova fall av prismissbruk som inte kan relateras till relevanta kostnader. Största svagheten med metoden är att den, i fall där kostnaden har fastställts och vinstmarginaler har räknats fram, säger mycket litet om gränserna för hur hög vinsten kan vara för att inte bli betraktad som överpris. Härigenom finns därför ett behov av kompletterande metoder.

7.4.3 Oskäliga vinstmarginaler i förhållande till konkurrenternas kostnader

En variant av produktionskostnadsmetoden är att göra en jämförelse med det dominerande företagets priser och kostnaderna hos den mest effektiva konkurrenten. Vinstnivån fastställs härmed inte i förhållande till de egna kostnaderna utan en fiktiv vinstnivå räknas fram, varvid skäligheten i vinstnivån bedöms.

Metoden har inte direkt kommit till uttryck i EG-domstolens praxis, men har använts i brittisk rättspraxis. I fallet *Napp* ansåg CCAT att en

[79] *Napp*, p. 393. I fallet kunde CCAT konstatera att förutom den höga bruttovinsten hade Napp satt priser som i jämförelse med andra mediciner, konkurrenternas prissättning, varaktigheten av prisnivån m.m. utgjorde ett missbruk. Huruvida bruttovinstnivån på 80 % ensam skulle utgöra ett missbruk framgår inte explicit av fallet, men den var i vart fall en starkt bidragande orsak till att agerandet ansågs vara ett missbruk. CCAT använde förutom vad som här benämns produktionskostnadsmetoden ytterligare tre kompletterande metoder, som i stort gick ut på en jämförelse mellan Napps priser och dess mest lönsamma konkurrents, konkurrenternas i allmänhet och till sist de priser som Napp tog ut på andra marknader. CCAT analys ansluter i allt väsentligt till de metoder som presenteras nedan.

jämförelse av det dominerande företagets priser kunde göras med ”*the costs of its next most profitable competitor*”.[80] CCAT konstaterade att det dominerande företaget på basis av konkurrentens kostnader hade en bruttomarginal på mindre än 90 %, samtidigt som konkurrentens motsvarande vinstnivå var mindre än 70 %. Av sekretesskäl offentliggjorde CCAT inga exakta kostnadsunderlag, varför vinstnivåerna endast var approximativa siffror.

Fördelen med att jämföra det dominerande företagets priser med dess konkurrenters kostnader är att det är ett relativt enkelt sätt att undanröja frågor om ineffektivitet hos det dominerande företaget. Om konkurrenternas kostnader är lägre kan detta vara en indikator på att det dominerande företagets kostnader – i avsaknad av någon objektivt godtagbar förklaring – är för höga, vilket skulle kunna accentuera överpriset p.g.a. ineffektivitet. Analysen kan naturligtvis ge vid handen att det dominerande företaget är mer effektivt än dess konkurrenter och har lägre kostnader. I så fall skulle vinstmarginalen bli ännu högre, vilket även detta framhäver missbruket, men denna gång inte p.g.a. ineffektivt utan snarare baserat på rent exploaterande av marknadsmakt.

Försiktighet måste iakttas vid jämförelse mellan skilda aktörer på en marknad. Ett företags kostnadsmassa är i högsta grad föränderlig och kan inte ses helt statisk. Olika företag kan befinna sig i olika utvecklings- och investeringsstadier, varför en direkt jämförelse mellan företagens kostnader och priser kan ge missvisande resultat. Dessa faktorer måste – om möjligt – tas hänsyn till och på någon sätt neutraliseras.

CCAT talar i Napp om bruttovinstmarginaler i samma stund som det inte fanns tillgängligt några uppgifter om kvarstående kostnader för uträkning av nettovinstmarginalen. Enligt min mening är bruttovinsten i allmänhet ett olyckligt val som analysobjekt. Om ett dominerande företag har en stor lånebörda på grund av höga investeringar – och härmed höga finansiella kostnader – samtidigt som de rörliga kostnaderna är mycket låga finns det risk att en prissättning i extremfallet kan anses vara ett överpris samtidigt som företaget gör betydande förluster.

[80] *Napp*, p. 392–393.

Invändningen mot detta skulle kunna vara att det dominerande företaget är mycket ineffektivt, men dessa faktorer neutraliseras genom jämförelser med andra företags kostnader.

7.5 Jämförelsemetoden – ”benchmarking”

Produktionskostnadsmetoden i dess olika former kan ibland behöva kompletteras med andra metoder för att bilden av överprissättning skall bli tydligare. Det skall framhållas att överprissättning kan vara svår att fastställa endast på basis av en bestämd vinstnivå, såvida inte den helt saknar koppling till kostnader. I allmänhet torde det vara lämpligt att inte använda en enda metod för att fastställa överpriser. I fallet *STIM* kunde Konkurrensverket konstatera att det vid bedömning av oskälighet i STIMs prissättning gentemot vissa TV-bolag inte var möjligt att jämföra försäljningspriser med produktionskostnaden för musik som i vissa fall hade producerats för en lång tid sedan. Däremot ansåg KKV att det var möjligt att göra prisjämförelser på den relevanta geografiska marknaden, vilket i fallet var Sverige. I viss mån ansåg KKV det även var intressant att göra jämförelser med priset för musik i TV i andra länder.[81]

Som har nämnts ovan användes i fallet *Napp* fyra kompletterande tillvägagångssätt för att fastställa överpriser, av vilka två anknöt till produktionskostnadsmetoden. Resterande metoder anslöt till den huvudmetod som EG-domstolen ibland har använt, vilken jag har valt att kalla för *jämförelsemetoden*. Metoden kan delas upp i fyra varianter, beroende av jämförelseobjekt.

---

[81] Konkurrensverkets beslut dnr 712/94, *STIM*. Fallet avsåg ifrågasatt missbruk av dominerande ställning och handlades gemensamt med med en begäran om icke-ingripandebesked, dnr 1302/93. KKV kunde konstatera att STIMs priser jämförelsevis var höga, men det gick inte att med tillräcklig säkerhet fastslå att det förelåg någon överprissättning. Ärendet överklagades till Stockholms tingsrätt, som dock i allt väsentlig delade KKV:s uppfattning angående de påstådda överpriserna. Målet överklagadet sedermera till MD, men käranden, TV3, frånföll där påståendet att STIM hade tillämpat överpriser. Se MD 1998:5, *STIM mot TV3 Broadcasting Group Ltd.*

7.5.1 Företagsintern jämförelse

Som ett första analysinstrument kan nämnas en *företagsintern* metod, vilken innebär att en jämförelse görs mellan prisnivåer för de marknader inom vilka företaget opererar.

I fallet *Tournier*[82] var frågan om en organisation som bevakade upphovsrätter i Frankrike – Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) – hade tagit ut oskäligt höga avgifter framförallt bland olika diskotek. EG-domstolen sade att

> ”[w]hen an undertaking holding a dominant position imposes scales of fees for its services which are appreciably higher than those charged in other Member States and where a comparison of the fee levels has been made on a consistent basis, that difference must be regarded as indicative of an abuse of a dominant position. In such a case it is for the undertaking in question to justify the difference by reference to objective dissimilarities between the situation in the Member State concerned and the situation prevailing in all the other Member States.”[83]

Tournier lyfter fram två väsentliga frågor i missbruksbedömningen. För det första kan prisskillnader i sig utgöra ett missbruk om det inte finns objektivt konstaterbara faktorer som motiverar prisskillnaderna. För det andra kommer beräkningen av produktionskostnaden att vara central för att kunna påvisa en objektiv motivering till prisskillnaderna. Produktionskostnads- och jämförelsemetoden kompletterar därför varandra.

Korah välkomnar EG-domstolens uttalanden i *Tournier* och *Lucazeau* eftersom de ger möjlighet att rättfärdiga skillnader prissättningar inom olika regioner av unionen. En svaghet med jämförelsemetoden anser hon dock vara att det kan vara mycket svårt göra jämförelser mellan olika områden i Europa, eftersom villkoren kan skilja sig avsevärt. Lönekostnader kan vara högre samtidigt som drivmedelskostnader är

---

[82] Mål 395/87, *Tournier.*

[83] Mål 395/87, *Tournier*, p. 38. En identisk formulering finns även de förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, *Lucazeau*, p. 25.

lägre osv. Vidare anser Korah att rättspraxis inte är entydig i frågan om hur överpriser skall definieras:

> ”In *Lucazeau* v. *SACEM*, the Court added that if the dominant firm’s costs were higher than those of firms providing the same service elsewhere, prices might be excessive, even if profits were not.”[84]

Vad Korah lägger fokus på är att EG-domstolen i sitt uttalande endast betonade prisskillnaderna utan någon uttrycklig hänvisning till skillnad i kostnader, vilket skulle kunna stå i kontrast till EG-domstolens uttalande i *United Brands* att priser med kostnadstäckning och en rimlig vinstnivå inte är överpriser.[85] Enligt min mening tyder dock mycket litet på att EG-domstolen med sina uttalanden i *Tournier* och *Lucazeau* skulle ha avsett prisskillnader utan hänsynstagande till den underliggande kostnadsstrukturen. EG-domstolens uttalande torde bedömas kontextuellt när det talas om att jämförelsen skall göras ”*on a consistent basis*” samtidigt som det görs möjligt att ta hänsyn till rättfärdigande faktorer. Härigenom torde inte kunna förstås att det skall göras en jämförelse utan hänsyn till underliggande kostnadsstrukturer. Härmed torde dock förstås det allmänna kostnadsläget och faktorer som inte härrör från det dominerande företaget. Om t.ex. lönekostnaderna i ett land är högre kan det vara en faktor som bör tas hänsyn till i missbruksbedömningen. Detta betyder dock inte att företaget kan hålla sig med onaturligt mycket personal och sedan motivera de höga priserna med kostnaderna för personalen. I *Tournier* framhöll även EG-domstolen att avsaknaden av effektivitet hos ett dominerande företag kunde förklara det höga kostnadsläget och följaktligen även priset.

> ”Where […] the staff of a management society is much larger than that of its counterparts in other Member States and, moreover, the proportion of receipts taken up by collection, administration and distribution expenses rather than by payments to copyright holders is considerably higher, the

---

[84] Korah, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7 uppl. Oxford, 2000, s. 134

[85] Jfr mål 27/78, *United Brands*, p. 251.

possibility cannot be ruled out that it is precisely the lack of competition on the market in question that accounts for the heavy burden of administration and hence the high level of royalties .”[86]

Att jämförelsen skall göras på konsistent basis synes således innebära att hänsyn kan tas till skillnader i kostnader under förutsättning att det dominerande företaget är åtminstone lika effektivt som dess jämförelseobjekt.

Såväl i *Tournier* som i *Lucazeu* hävdade det franska upphovsrättssällskapet SACEM att de höga avgifter som det tog ut skulle vara motiverade av de höga priser som togs ut av diskoteken i Frankrike, den traditionellt höga skyddsnivån för upphovsrättigheter i Frankrike samt speciella egenskaper i den franska lagstiftningen, bestående i att avgiften delades upp i en framförandeavgift och en kompletterande reproduktionsavgift. EG-domstolen avfärdade dock SACEMs argument och fann att dessa argument inte kunde motivera en ansenlig prisskillnad. Diskotekens priser till sina gäster kunde även vara ett resultat av SACEM:s höga avgifter. På vilket sätt som olika medlemsstater valde att ta ut avgifter för nyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk behövde, enligt EG-domstolen, inte betyda att upphovsrättsskyddet var lägre i andra länder. Ej heller medförde uppdelningen i två olika avgifter att den totala ersättning som skulle erläggas till SACEM för nyttjande av verken kunde motiveras vara högre än i andra medlemsländer.[87]

Det är således den totala ersättningen som är aktuell att jämföra. Att ersättningarna tas ut på olika sätt i skilda medlemsländer synes alltså inte ha någon inverkan på missbruksbedömning i detta avseende.

I avsaknad av objektivt förklarande faktorer (t.ex. olika kostnadsnivåer för varje marknad) uppkommer frågan om hur stor skillnaden måste vara för att vara väsentlig. EG-domstolen har tyvärr inte kvantifierat hur hög en sådan väsentlig prisskillnad måste vara för att det skall

---

[86] Mål 395/87, *Tournier*, p. 42. Se även de förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, *Lucazeau*, p. 29.

[87] Se mål 395/87, *Tournier*, p. 39–40 och de förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, *Lucazeau,* p. 26–27.

anses vara ett missbruk, mer än att priset skall vara en avsevärt högre (*appreciably higher*). Det är dock intressant att notera att jämförelsen mellan olika priser i detta fall är helt olik den i *United Brands*. Som framgår av domskälen i *Tournier* är normalpriset, eller utgångspriset som skall utgöra bas för jämförelse, den genomsnittliga eller medianmässiga prisnivå som gäller i *alla* andra medlemsländer. I *United Brands* valde Kommissionen att jämföra priserna i fem olika länder med priset i Irland, som endast stod för 1,6 % av den totala importerade volymen till den relevanta marknaden.[88] Vidare hade priset, enligt uppgift från UBC, medfört en förlust för UBC, vilket Kommissionen inte kunde vederlägga.[89] En slutsats som kan dras av detta är att valet av jämförelsetal särskilt viktig vid jämförelser mellan olika marknader och att det inte går att okritiskt använda det lägsta priset som jämförelsetal gentemot andra priser. Prisskillnaderna måste på något sätt neutraliseras, vilket kan vara en mycket grannlaga uppgift. Generaladvokaten Jacobs framhöll i Tournier att när det gällde inkassering av royaltys måste sätten på vilka dessa avgifter tas ut på något sätt jämföras på ett objektivt sätt, för att härigenom kunna möjliggöra en jämförelse.[90]

Detta torde dock inte kunna tolkas som att genomsnittspriset – oavsett hur objektivt det har fastställts – alltid utgör en fungerande jämförelsebas, eftersom även genomsnittspriset kan vara ett överpris till följd av en stark marknadsdominans (se 7.6.1.1 nedan). I *Tournier* gjordes emellertid inte någon sådan totalbedömning av kostnadsstrukturerna utan EG-domstolen skisserade istället ett sätt att konstatera överpris genom prisskillnader.

I fallet *Napp* kunde CCAT konstatera att det dominerande företagets priser var mellan 1.400 och 2.000 % högre på marknaden för läkarförskrivna mediciner i jämförelse med priser som företaget tog ut av sjuk-

---

88 Mål 27/76, *United Brands*, p. 244.

89 Mål 27/76, *United Brands*, p. 261–264.

90 Se Generaladvoakten Jacobs förslag till avgörande i målet 395/87, *Tournier*: ”The difficulty with this comparative method is that it is necessary to devise an objective means of comparison between the rates charged in the different Member States. This is no easy task, given the differences in national legislation and in the methods of assessment and collection of royalties used by the different copyright management societies.” (p. 60).

husen för samma läkemedel. De engelska priserna var mer än 500 % högre i jämförelse med det dominerande företagets priser i utlandet för kontrakterad produktion, där Napp hade konkurrens.[91]

En variant av den företagsinterna jämförelsen är att en jämförelse görs mellan olika produktgrupper som det dominerande företaget tillhandahåller. I fallet *Napp* hade det dominerande företagets prissättning av morfintabletter ifrågasatts och CCAT fann att en bruttomarginal på mer än 80 % kunde jämföras med priser för andra mediciner som hade en bruttomarginal på mellan 30–50 %. CCAT ansåg att denna prisskillnad bidrog till vinstnivåer som utgjorde en missbrukande överprissättning.[92]

7.5.2 Jämförelser inom branschen

Om jämförelse mellan företagets egna marknader inte ger något klart besked kan en jämförelse göras med den egna branschens prisnivå.

EG-domstolen använde jämförelser inom branschen redan i *United Brands*, där prisskillnaden mellan Chiquitabananer och andra billigare märkesbananer undersöktes, varvid det konstaterades att den genomsnittliga prisskillnaden var ca 7 %. EG-domstolen fann att en sådan skillnad inte automatiskt kunde betraktas som oskäligt hög.[93] Metoden måste således anses vara väl etablerad i praxis. Att EG-domstolen inte fann en prisskillnad på 7 % vara oskäligt hög måste dock ses i ljuset av samtliga omständigheter i fallet. EG-domstolen anförde endast att en skillnad på 7 % inte i sig kan ses som ett missbruk. Härmed synes EG-domstolen har lämnat öppet att en liknande prisskillnad i andra sammanhang, branscher och/eller med andra förutsättningar eventuellt kan ifrågasättas.

Telemarknaden är en bransch som karaktäriseras av en omfattande avreglering och med anledning härav har Kommissionen funnit det särskilt angeläget att bevaka att inte gamla operatörer stänger ute nya ope-

---

[91] *Napp*, p. 393, 395.
[92] *Napp*, p. 393.
[93] Se mål 27/78, *United Brands*, p. 266.

ratörer genom att debitera överpriser för tillträde till nätverken.[94] Ett antal ärenden har av denna anledning uppkommit som är av intresse för klarläggandet av vad som bör anses utgöra överpriser.

Kommissionen har behandlat ett ärende, *Deutsche Telekom*, som är intressant. Ärendet rörde problemet med nya operatörers kostnad för tillträde till det tyska telenätet. Mot bakgrund av att de nytillkomna aktörerna ansåg att tillträdesavgiften till det tyska telenätet var för hög gjordes en anmälan till Kommissionen, som fann att kostnaderna ledde till en missbrukande kostnadspress på konkurrenterna. Deutsche Telekom (DT) sänkte enligt Kommissionen inte priserna i tillräcklig omfattning. Kommissionen genomförde därefter en jämförande studie och fann att DT:s priser var orimligt höga. I studien antogs att ett överpris med stor sannolikhet råder om det överstiger andra jämförbara konkurrensutsatta priser med 100 % under förutsättning att överpriset kan förväntas bestå och inga andra speciella omständigheter råder. Efter Kommissionens studie sänkte DT sina priser med 38 % för tillträde till lokalnätverk och med 78 % för tillträde till långdistansnätverket.[95]

I ett senare ärende,[96] som också berörde Deutsche Telekom, inledde Kommissionen i slutet av 1997 en undersökning angående avgifter för tjänsterna förval och överflyttat samtal av telefonnummer. I syfte att kunna fastställa om det rörde sig om överpriser i mening av artikel 86 mening (nu artikel 82 EG) inhämtades information från företag och branschorganisationer i alla EU-stater. Med hjälp av detta material kunde sedan Kommissionen göra en jämförande marknadsanalys, som sedan kunde användas för en bedömning av om missbruk kunde anses föreligga. I samband härmed sänkte emellertid DT priserna med nästan 50 % och Kommissionen avslutade ärendet.

Sammantaget kan konstateras att åtminstone Kommissionen anser att prisnivåer som är dubbelt så höga som de som tillämpas av övriga före-

---

[94] Haag, M., Klotz, R., *Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications*, i Commission Policy Newsletter 1998 / 2, s. 35 ff.

[95] Se, Haag/Klotz, a.a. s. 37. Se även Kommissionens pressrelease IP/96/975 den 31 oktober 1996, *Deutsche Telekom.*

[96] Se Press Release IP/98/430, 1998-05-13.

tag i branschen kan betraktas som överpriser, under förutsättning att inga andra speciella omständigheter föreligger.

7.5.3 Jämförelse med liknande marknader

Jämförelser mellan olika priser kan även göras på annat sätt. I vissa fall kan det vara svårt att göra jämförelser mellan priser i olika länder för ett och samma dominerande företag. Detta kan t.ex. vara fallet när ett dominerande företag visserligen har en relativt homogen prisnivå, men där genomsnittspriset antas utgöra ett överpris och där det i övrigt inte har etablerats en jämförbar prisnivå hos konkurrenterna. I sådana fall måste andra jämförelseobjekt användas. Den tredje metoden går därför ut på att en jämförelse görs mellan det ifrågasatta priset och ett pris som råder på jämförbara och konkurrensutsatta marknader. Om skillnaden är oskäligt hög råder därmed ett överpris i mening av artikel 86 (nu artikel 82 EG).

Domstolen anförde i domskälen till *Bodson*[97] att en sådan jämförelse måste vara möjlig att genomföra i syfte att använda dem som bas i en bedömning av om ett pris är oskäliga.

> En tvist hade uppkommit mellan företaget Pompes Funèbres des Régions Libérées S.A. (PFRL), och Corinee Bodson angående prissättningen av begravningstjänster i staden Charlewille-Mézières. Sedan 1972 hade PFRL, med stöd av nationell lagstiftning, en exklusiv koncession att bedriva ”externa” begravningstjänster inom en ”commune” (transport av den döde, tillhandahållande av kistor, fortskaffningsmedel för sörjande, personal och utrustning för gravsättning, gravöppning och kremering m.m). Corinne Bodson ansåg att PFRL tog ut oskäligt höga priser för sina tjänster.

Såväl den franska regeringen som PFRL bestred att de aktuella priserna var oskäliga. Sakfrågan huruvida priserna verkligen var oskäliga kunde inte avgöras på basis av de handlingar som presenterats för EG-domstolen. I domskälen anförde dock EG-domstolen att mot bakgrund av det

[97] Mål 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*.

fanns 30.000 ”communes” i Frankrike som antingen hade lämnat tjänsten i fråga oreglerad eller ombesörjde den på egen hand, så måste det vara möjligt att göra en jämförelse mellan priser som tas ut av företag med exklusiv koncession och de priser som tas ut på annat håll. Jämförelsen skulle därmed kunna utgöra basen för en bedömning av huruvida de ifrågasatta priserna var oskäliga eller inte.[98]

En utveckling av metoden för jämförelser mellan liknande marknader har på senare tid framkommit genom beslut från Kommissionen, där jämförelser kan göras även med företag utanför den relevanta geografiska marknaden. I vissa fall är det svårt att finna något lämpligt jämförelseobjekt eftersom jämförbara marknader inte alltid är konkurrensutsatta. I *Deutsche Post II*[99] hade kommissionen bl.a. att ta ställning till om Deutsche Post AG (DPAG) hade tagit ut oskäligt höga avgifter för distribution av s.k. A-B-A-remail.[100] Den aktuella tariffen för inrikesbrev var vid tidpunkten för beslutet 0,56 euro. DPAG beräknade att kostnaden för att dela ut ett inkommande internationellt brev till adressater i motsvarande kategori kunde uppskattas till 80 % av inrikestariffen. Den genomsnittliga kostnaden för att dela ut ett inkommande internationellt brev kunde därför uppskattas till 0,45 euro. Trots detta tog DPAG ut full tariff för inkommande internationella brev som DPAG bedömde vara ”faktisk” A-B-A-remail, dvs. ett pris som låg 25 % över den uppskattade snittkostnaden.

---

98 Mål 30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées* (styckenumrering saknas i fallet).

99 Kommissionens beslut 2001/892/EG, *Deutsche Post AG – innehållande av internationella postförsändelser (Deutsche Post II).* Överklagat genom T-266/02, ännu ej avgjort.

100 Remailing innehär att post vidaresänds mellan länder genom att utnyttja konventionella transporttjänster, budfirmor och andra postjänster. Den kommersiella nyttan av remailing förklaras av att posttariffer kan variera mycket mellan länderna. Vid internationella brevförsändelser ersätter den sändande postoperatören den mottagande för utdelningen av internationell post, vilket kallas terminalavgifter. Om ett land har höga inrikesavgifter och låga terminalavgifter ökar chanserna för lönsam remailing. Det kan därför vara lönsamt att posta inrikesbrev från land A i land B för att senare skicka tillbaka breven till land A (A-B-A-remailing). Terminalavgiften bestäms ofta som en procentsats på inrikestariffen. Jfr 2001/892/EG, *Deutsche Post II*, p. 8, 11–14, 155–165.

Kommissionen hänvisade till EG-domstolens praxis att ett pris som anses för högt i förhållande till det ekonomiska värdet kan utgöra en överträdelse mot artikel 82 i fördraget, om det leder till att parallellhandeln bromsas eller att kunder oskäligen utnyttjas.[101]

Skälighetsbedömningen av ett pris kunde, enligt Kommissionen, prövas genom en jämförelse mellan priset i fråga och det ekonomiska värde som en viss vara eller tjänst erbjuder. Kommissionen ansåg att en sådan analys kräver, dels att det ekonomiska värdet kan fastställas med en rimlig grad av objektivitet, dels att det går att fastställa vad som är oskäligt i förhållande till det ekonomiska värdet. Rent generellt gäller enligt Kommissionen att ett pris som inte har någon rimlig koppling till det ekonomiska värdet i den tjänst som erbjuds, måste i sig betraktas som för högt, eftersom det leder till ett oskäligt utnyttjande av konsumenter.[102]

Kommissionens argumentation så långt ligger väl i linje med vad som presenterats ovan. Hur skall då ett test utformas för att kontrollera om ett pris är oskäligt högt? Det normala borde, enligt Kommissionen, vara att använda ett test där det dominerande företagets pris jämförs med de priser som tas ut av konkurrenterna. Kommissionen föredrog således en jämförelsemetod med andra konkurrenter inom branschen. En av förutsättningarna för att kunna ta ut överpriser är emellertid att företaget verkligen har makt över marknaden, varför det inte är ovanligt att överpriser är mest vanliga på marknader där det råder monopol eller nära monopol. Mot bakgrund av DPAG:s vidsträckta monopol saknades emellertid möjligheter att göra jämförelser med konkurrenter på den tyska marknaden. Eftersom det var svårt att erhålla tillförlitliga uppgifter om kostnadsnivåerna ansåg Kommissionen att en alternativ jämförelsemetod måste tillämpas. Kommissionen gick därför vidare till en annan metod, där priset ställdes dels i relation till de kostnader som tjänsten medförde, dels till hur andra postföretag i andra medlemsländer prissatte samma tjänster.

---

[101] Kommissionens beslut 2001/892/EG, *Deutsche Post II*, p. 155, Se även mål 26/75, *General Motors*.

[102] 2001/892/EG, *Deutsche Post II*, p. 159.

Det gällde i beslutet att kunna fastställa någon form av ekonomiskt värde för tjänsten i fråga. I detta fall kunde Kommissionen endast stödja sig på det s.k. REIMS II-avtalet. I signatärernas anmälan till Kommissionen – däribland DPAG – framhölls att genomsnittliga kostnaden för att befordra och dela ut inkommande internationell post (inklusive en rimlig vinstmarginal) kunde vara omkring 80 % av inrikestariffen. I brist på bättre information accepterades denna beräkning av Kommissionen.[103]

DPAG anförde att kostnaden för tjänsten i fråga egentligen var högre, men mot bakgrund av att DPAG inte kunde styrka detta förhållande samt att andra postoperatörer hade beräknat denna kostnad till lägre nivåer, ansåg Kommissionen att ett sådant argument inte var trovärdigt.[104] I brist på bättre uppgifter om vad som verkligen utgjorde kostnaden för befordran och utdelning av inkommande internationell post använde Kommissionen jämförelsetalet 80 % av inrikestariffen, vilken därmed fick anses vara det uppskattade ekonomiska värdet för den aktuella tjänsten och tillika marknadsvärdet eftersom det innefattade en skälig vinstmarginal. När DPAG:s tog ut samma pris för tjänsten för A-B-A-remail som för inrikes post var alltså priset emellertid 25 % högre än det ekonomiska värdet.

Den slutliga frågan blev därför om skillnaden på 25 % kunde anses vara oskälig. Kommissionen ansåg att prisskillnaden saknade tillräcklig eller rimlig koppling till faktiska kostnader eller det reella värdet av den utförda tjänsten. Kommissionen ansåg därför att DPAG hade överutnyttjat konsumenterna genom att tillämpa ett oskäligt högt pris.[105]

Det kan i sammanhanget konstateras att ett överpris på 25 % i förhållande till det ekonomiska värdet kan betraktas som en form av missbruk

---

[103] Se 2001/892/EG, *Deutsche Post II*, p. 160. Se även Kommissionens beslut 1999/695/EG, *REIMS II*, EGT L 275, 1999, p. 68.

[104] Enligt beslutet verkar svenska Posten AB i likhet med DPAG som en högtariffoperatör i en medlemsstat med högkostnadsläge. Trots att de geografiska förutsättningarna i Sverige (stort men glesbefolkat land) borde medföra högre kostnader räckte det för Posten AB likväl med endast 70 % av inrikestariffen för att täcka Postens kostnader för befordran och utdelning av inkommande internationella brev. Se 2001/892/EG, *Deutsche Post II*, p. 158, 161, 165.

[105] Kommissionens beslut 2001/892/EG, *Deutsche Post II*, p. 167.

av marknadsdominerande ställning. Det bör dock noteras att i beslutet ansågs nivån 80 % innehålla en skälig prisnivå, varför ett överpris inte får uppfattas så att 20 % vinst utgör en oskälig marginal. Den enda säkra slutsats som kan dras av fallet är att ett pris som med 25 % överstiger ett normalt marknadspris – inkluderat en skälig vinstmarginal – är ett överpris. Av beslutet framgår vidare att vinstmarginalen per utdelat brev var endast 3 % i genomsnitt.[106] Om DPAG verkligen hade haft dessa kostnader såsom det formulerats i REIMS II avtalet, skulle DPAG alltså ha haft en vinstmarginal på ca. 22 %, vilket alltså ansågs vara oskäligt högt.

Att en vinstmarginal på 22 % i ett enskilt fall kan anses som oskäligt högt torde dock enligt min mening inte kunna generaliseras till andra branscher eller andra företag. I *Deutsche Post II* rörde det sig om ett monopol, samtidigt som jämförbara vinstnivåer i andra medlemsstater var tämligen låga i procent räknat. I andra branscher kan det behövas större vinstmarginaler för att klara av framtida investeringar, produktutveckling m.m.

7.5.4 Marknader utan konkurrens och reglerade marknader

Det kan finnas fall där det är svårt att finna tillräckliga och adekvata data för jämförelser mellan ett dominerande företags prissättning och priser på en jämförbar marknad. En orsak kan vara att det är svårt att finna jämförbara marknader samtidigt som dominansen är så stor att något företag med jämförbar kostnadsstruktur inte står att finna. Kommissionen konstaterar i ett tillkännagivande att jämförelser i sådana fall kan göras mellan ett ifrågasatt pris och ett uppskattat konkurrenskraftigt pris som baseras på ett av tillsynsmyndigheterna framtaget regelverk som bestämmer principerna för prissättning under den förutsättningen att marknaden hade varit konkurrensutsatt.[107] Haag och Koltz framhåller att eftersom många av de dominerande företagen i telekombranschen har varit statliga verk är det i många fall omöjligt att genomföra en kor-

[106] Kommissionens beslut 2001/892/EG, *Deutsche Post II*, p. 162.

[107] Se Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, p. 109.

rekt allokering av kostnader.[108] Användning av denna mer hypotetiska metod fordrar därför att det finns branschvisa regler för hur kostnader bör allokeras. Metoden är framförallt ändamålsenlig för nyligen avreglerade marknader. Metoden hänger mycket ihop en korrekt fördelning av kostnader, som är av avgörande betydelse för analysen, vilket alltså direkt hänger ihop med diskussionen i 7.4.1 ovan.[109]

7.5.5 Överpriser inom skatterätten

Överpriser är ett begrepp som även förekommer inom skatterättsområdet och då specifikt vad gäller frågor om internprissättning. Det kan synas vara svårt att göra jämförelser mellan konkurrensrättsliga regler och skatterättsliga regler som syftar till en korrekt fördelning av multinationella företags skatteunderlag, men beräkningssätten uppvisar inte så stora skillnader. I skatterättssammanhang kan överpriser förekomma när en koncern har intresse att uppvisa så lågt skatteunderlag som möjligt i en stat och försöker överföra skatteunderlag till en annan stat. Detta kan åstadkommas genom att de interna transaktionerna överprissätts så att skatteunderlaget blir större hos t.ex. ett dotterbolag i en stat där företaget finner det förmånligare att uppvisa en större skatteunderlag. Reglerna om internprissättning syftar till att neutralisera effekterna av intressegemenskap mellan koncernföretag.[110]

---

[108] Haag/Klotz, a.a. s. 36.

[109] Se Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn: ”Det är nödvändigt för kommissionen att fastställa de faktiska kostnaderna för den berörda produkten. En korrekt kostnadsfördelning är därför av grundläggande betydelse för att bestämma om ett pris är oskäligt. Om ett företag t.ex. är inblandat i flera verksamheter är det nödvändigt att fördela de aktuella kostnaderna på de olika verksamheterna, tillsammans med ett rimligt bidrag till gemensamma kostnader. Det kan också vara lämpligt att kommissionen fastställer den rätta kostnadsfördelningsmetoden när detta är föremål för diskussion.” (p. 107).

[110] Se Wiman, B., *Utvecklingen på internprissättningsområdet*, SkatteNytt 1997, s. 500–523. Se även OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2001. Siragusa hävdade i en tidig artikel som berörde målet United Brands att internprissättning kan studeras användas vid bedömning av överpriser, Siragusa, M., *The Application of*

7.5 Jämförelsemetoden – ”benchmarking”

Utgångspunkten i den skatterättsliga analysen är att koncernbolag skall behandlas efter den s.k. armlängsprincipen (*arm's length principle*), vilket innebär att transaktionerna inom ett koncernbolag skall vara desamma som om bolagen varit fristående från varandra och handlar med varandra på armlängds avstånd.[111] Vad analysen i huvudsak syftar till är alltså att bestämma ett skäligt marknadspris för transaktionerna i fråga. I denna del liknar analysen mycket den konkurrensrättsliga.

De finns flera olika metoder för att bestämma korrekt armlängdspris (dvs. det pris som i konkurrensrättsliga sammanhang torde motsvara ett lagligt pris). De traditionella transaktionsbaserade metoderna, som bäst kan användas i konkurrensrättsliga sammanhang, är marknadsprismetoden, försäljningsprismetoden och kostnadsplusmetoden.[112]

7.5.5.1 Marknadsprismetoden – comparable uncontrolled price method (CUP-method)

Marknadsprismetoden går ut på att finna en oberoende jämförbar transaktion, vilket mycket liknar metoden ovan om jämförelser mellan liknande marknader. De speciella svårigheter som är förknippade med denna metod har att göra med huruvida olika transaktioner är jämförbara eller inte. Så snart metoden går utanför den egna branschen blir svårigheterna direkt uppenbara.

---

article 86 to the pricing policy of dominant companies: Discriminatory and unfair prices, 16 C.M.L.Rev. 1979, s. 188–189.

[111] Wiman, a.a. s. 503.

[112] Wiman, a.a. s. 507. Se även OECD transfer pricing, chapter II. Härutöver finns även andra metoder som benämns transaktionsbaserade vinstmetoder innefattande vinstfördelningsmetoden (*profit split method*, PSM) och nettomarginalmetoden (*transactional net margin method*, TNMM) – se Wiman s. 508 ff. Dessa metoder utelämnas dock i denna jämförande studie, som endast avser ge en kort beskrivning av hur överpriser behandlas inom skatterättsområdet och om det går att dra några analogier till konkurrensrättsområdet.

7.5.5.2 Återförsäljningsprismetoden – resale price method

Enligt återförsäljningsprismetoden skall armlängdspriset bestämmas för två närstående bolag, t.ex. moderbolag och dotterbolag. Analysen utförs genom att priset mellan t.ex. dotterbolaget och en oberoende part minskas med den bruttovinstmarginal (resale price margin) som krävs för att täcka dotterbolagets driftskostnader och vinst. Anledningen till att metoden kallas för återförsäljningsprismetoden är att den är speciellt lämpad för fall med t.ex. ren återförsäljning, där dotterbolaget i exemplet ovan inte tillför något större förädlingsvärde. I ett konkurrensrättsligt sammanhang är det inte av primärt intresse att se till det justerade internpriset. Däremot kan metoden ge besked om vad som skall anses vara en skälig bruttovinstmarginal, något som jämförelsevis kan användas i missbruksbedömningen. Wiman framhåller att ett oberoende vinstpåslag kan räknas fram genom att se till oberoende transaktioner hos samma återförsäljare.[113] I konkurrensrättsligt hänseende torde emellertid en jämförelse med andra återförsäljare ge en mer korrekt jämförelsebild eftersom missbruksanalysen främst syftar till att ge besked om huruvida vinstnivåerna hos ett dominerande företag är ett överpris generellt sett för den aktuella produkten. Av denna anledning kan en jämförelse med andra – av det dominerande företaget oberoende – jämförbara återförsäljare vara mer korrekt.

7.5.5.3 Kostnadsplusmetoden – cost plus method

I likhet med produktionskostnadsmetoden ovan går den skatterättsliga kostnadsplusmetoden ut på att först korrekt bestämma produktionskostnaden och därefter ett jämförbart nettovinstpåslag. Enligt Wiman kan ett lämpligt vinstpåslag bl.a. vara det påslag som andra oberoende producenter tillämpar vid jämförbara oberoende transaktioner.[114] I konkurrensrättsliga sammanhang torde denna jämförelse alltså kunna göras

[113] Wiman, a.a. s. 507.
[114] Wiman, a.a. s. 508.

med konkurrenternas vinstmarginaler, vilket rimmar väl med jämförelsemetoden ovan.

7.5.5.4 Begränsningar vid jämförelser med skatterättsområdet

Trots att skatterätten kan ge vägledning i bestämmandet av ett marknadspris, finns det en fundamental skillnad mellan skatterätten och konkurrensrätten avseende överpriser. Antag att marknaden består av några ytterst få och små företag samt ett helt dominerande företag. Monopolstyrkan hos det dominerande företaget kan därmed göra att prisnivån kommer att bli relativt hög (se 7.1 ovan). Från ett skattemässigt perspektiv skulle en hög prisnivå kunna accepteras som ett marknadspris, eftersom marknaden består av ett nära nog monopol, samtidigt som det från ett konkurrensrättsligt perspektiv är nivån i sig som är i fokus för analysen. Om det inte finns någon oberoende jämförbar transaktion kan de skatterättsliga reglerna således acceptera ett marknadspris, som från ett konkurrensrättsligt perspektiv är ett överpris. Samma resultat skulle kunna uppkomma om jämförelsetransaktionen sker i ett annat monopol. Skatterätten syftar i detta avseende inte till att fastställa ett ur välfärds- och konkurrensperspektiv korrekt pris, utan accepterar branschstrukturer som de är – även om de karaktäriseras av monopol med monopolpriser.

Härigenom torde ett dominerande företag inte kunna räkna med att undgå ansvar från konkurrensreglerna enbart på den grunden att priserna skattemässigt sett inte anses vara överpriser. Omvänt torde dock gälla att ett korrekt marknadspris i konkurrensmässigt hänseende inte medför att företaget även skattemässigt använt sig av ett felaktigt pris.

7.5.6 Speciellt om oskäliga vinstnivåer

Som har visats ovan finns det vissa grundläggande metoder för att analysera överpriser. Metoderna torde emellertid endast fånga in de fall där vinstmarginalerna hos ett dominerande är avsevärt oskäliga (prisskillnader på 100 % och mer). Det framstår inte som anmärkningsvärt att överpriser har konstaterats i fall där ett dominerande företag har haft

möjlighet att sänka priserna med 50–90 % och i vissa fall där ingen koppling funnits till aktuella kostnadsnivåer eller där syftet varit att stänga ute konkurrenter från marknaden. Lagtexten säger emellertid explicit att *oskäliga* försäljningspriser är förbjudna. Metoderna ovan förefaller emellertid bäst kunna hantera *avsevärt* oskäliga priser. Priser eller vinstmarginaler som är lägre kan således omfattas av förbudet, vilket även har visats av fallet *Deutsche Post II*, där en prissänkning med 20 % hade medfört ett acceptabelt pris.[115] I vissa fall kan emellertid noteras en viss resignation inför svårigheterna att hantera problemställningen. I Konkurrensverkets rapport beträffande småföretag[116] sägs att ”det är mindre meningsfullt att försöka lösa problemet med s.k. överpriser på varor och tjänster till konsumenter eller slutförbrukare med konkurrenslagstiftning”. Konkurrensverkets principiella uppfattning uttrycks istället genom att lösningar i första hand bör ”[…] sökas i åtgärder som kan öka konkurrensen på området”.[117] Detta innebär att verket förordar att man skall avvakta en eventuell avreglering för att sedan hoppas att nytillkommande konkurrens löser problemen i framtiden. Mot bakgrund av Kommissionens åtgärder mot monopoliserade marknader kan detta inte anses vara en acceptabel inställning till ett så centralt förbud i konkurrenslagstiftningen och det finns sätt att hantera även mindre oskäliga vinstmarginaler än de mest extrema fallen. Trots att det kan finnas s.k. naturliga monopol betyder detta inte att förbudsbestämmelserna inte skall appliceras på sådana dominerande företag bara på den grunden att det upplevs som svårt att fastställa överpriser.[118]

---

[115] Jfr även målet 247/86, *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'electronique (Alsatel) v SA Novasam*, p. 10. Målet avsåg ett hyresförhållande avseende telefonutrustning, där den inledande hyrestiden sattes till 15 år. EG-domstolen ansåg att en hyreshöjning om 25 % som genomfördes tillsammans med en förnyad 15-års period i anledning av förändringar av en telefonanläggning kunde vara oskälig när den genomfördes av ett dominerande företag.

[116] Sundbom, P-A., Larsson, P., *Konkurrenshinder för småföretag. En studie av klagomålsärenden*, Konkurrensverkets rapportserie 1998:2, st. 6.2.

[117] Sundbom/Larsson, a.a. st. 6.2.

[118] Brittiska CCAT uttryckte i målet *Napp* att ”[m]easuring whether a price is above the level that would exist in a competitive market is rarely an easy task. The fact that the exercise may be difficult is not, however, a reason for not attempting it.”, p. 392.

De metoder som har beskrivits ovan går i stort ut på att göra en jämförelse av företagets egna marknader, konkurrenternas prissättning eller gentemot gällande lagstiftning som mer eller mindre tillför analysen ett jämförelseobjekt. Frågan kvarstår dock vad som i avsaknad av jämförelseobjekt kan utgöra ett oskäligt pris. EG-domstolen lämnade redan i *United Brands* öppet för användning av andra metoder än dem som beskrivits ovan.

> ”Other ways may be devised – and economic theorists have not failed to think up several – of selecting the rules for determining whether the price of a product is unfair”[119]

7.6 Kompletterande beräkningsmetoder för överpriser

Den grundläggande problematiken med kontroll av överprissättning är att bedömningen av huruvida vinstnivån är oskäligt hög kan vara skönsmässig. Koktvedgaard framhåller att det i dansk rätt skall tas hänsyn till den risk som är knuten till produktionen och försäljningen av den aktuella produkten, men att detta i sig inte svarar på huvudfrågan hur mycket det dominerande företaget får tjäna på den aktuella produkten.[120]

Enligt OFT finns det ett flertal sätt att räkna fram övervinster (*supranormal profitability*).[121] Generellt sett kan de definieras som vinster

---

[119] Mål 27/76, *United Brands*, p. 253.

[120] Koktvedgaard, a.a. s. 318.

[121] Ett vanligt sätt att mäta lönsamheter har t.ex. varit *Tobin's q*, som är ett mått på ett företags marknadsvärde i förhållande till återskapandekostnaden för företagets kapital. Nackdelen med detta mått är dock att det endast går att använda för hela företaget – inte för ett enskilt affärsområde. Det är dessutom svårt att uppskatta återskapandekostnaden för immateriella tillgångar. Andra sätt att mäta lönsamhet är ROCE (*Return of Capital Employed*), där avkastningen på sysselsatt kapital jämförs med samma lönsamhetsmått för en jämförbar sektor eller andra företag med hjälp av uppgifter från bokföringen. Problemet är dock att historiska bokförda kostnader kan vara svåra att använda eftersom de mot bakgrund av bl.a. försiktighetsprinciper i redovisningen inte direkt speglar det affärsmässiga värde som företaget kalkylerar med i sin prissättning. Hänsyn tas heller inte till vilken risk som lönsamheten måste justeras för. Se utförligt i Graham, M., Steele, A., *The assessment of profitability by Competition Authorities*, OFT Resarch Paper 10, East Molesey, 1997, s. 22–25.

som intjänas på en marknad och som ihålligt kan hållas över den riskjusterade kapitalkostnaden för investeringen i den verksamhet som betjänar marknaden i fråga. OFT ger två exempel på metoder för att räkna fram övervinster: CAPM[122]- och CARR[123]-metoden. Vilken metod som väljs från fall till fall beror bl.a. av vad företaget i fråga anser om hur dess lönsamhet skall mätas och hur känsligt det är för olika lönsamhetsmått.[124]

Som ett alternativ till CAPM- och CARR-metoden anser OFT att det även är möjligt att se till stand-alone costs, SAC,[125] dvs. nyetableringskostnader (se mer om SAC i kapitel 6 ovan). SAC för en aktivitet är alltså den minsta kostnad som skulle uppstå för ett tänkt effektivt företag som endast skulle tillhandahålla produkten eller tjänsten i fråga med

---

[122] CAPM står för *Capital Asset Pricing Model* och är ett sätt att mäta vilken avkastning som krävs för att täcka vad som benämns en investerings *beta*. I korthet går det ut på att att en investerare måste ta hänsyn till två olika former av risker: Sådana risker som går att diversifiera sig bort ifrån och sådana som inte kan påverkas. Det är endast den senare typen av risk som är av intresse. Det är möjligt att mäta eller estimera denna marknadsrisk för en investering genom att se hur värdet på alla tillgångar i en ekonomi påverkas av en förändring i det aggregerade värdet av alla tillgångar i en ekonomi. Enligt finansiell teori måste därför avkastningen på en tillgång öka i takt med dess beta. Se utförligt i Brealey, R. A., Myers S. C., *Principles of Corporate Finance*, Boston 2003, s. 194 ff och 995–996. Vad som är det lämpliga referensmåttet, dvs. hur stor skillnaden får vara mellan avkastningen och dess beta framgår dock inte direkt, vilket gör att metoden i konkurrensrättsligt hänseende i första hand kan användas som en indikation på överpriser.

[123] CARR betyder *Certainty equivalent Accounting Rate of Return* och är en utveckling av ett annat sätt att mäta lönsamhet hos ett företag: ACC (*Accounting Rate of Return*). ACC kan i stort sägas vara förhållandet mellan avkastningen före finansnetto (nettoförtjänsten) och det bokförda värdet av det egna kapitalet, dvs. ett avkastningsmått på det egna kapitalet. Lönsamhetsmåttet skiljer sig inte så mycket från en uträkning *ex ante* av den kalkylmässiga internräntan, IRR (*Internal Rate of Return*), med skillnaden att den görs *ex post* utifrån officiella uppgifter i årsredovisningen. Om ARR ligger högre än den riskjusterade kostnaden för eget kapital indikerar detta att företaget har en viss makt över marknaden och att det härmed föreligger ett prismässigt konkurrensproblem. Problemet med ARR är emellertid att den bl.a. inte tar hänsyn till olika risknivåer som är knutna till de tillgångar som det egna kapitalet investeras i. CARR utgår istället från nuvärdet av kassaflöden av alla investeringar och nollställer risken som är knuten till en investering och avkastningen på densamma. Se utförligt i Graham/Steele, a.a. s. 26–35.

[124] Se OFT 414, p. 2.14.

[125] Se OFT 414, p. 2.16.

hjälp av en optimalt dimensionerad och fullt utnyttjad infrastruktur. Vid beräkning av SAC måste även hänsyn tas till kapitalkostnaderna.

Skulle intäkterna hos företaget för produkten eller affärsområdet i fråga vara avsevärt och ihållande högre än SAC-kostnaden kan detta vara ett tecken på att företaget tar ut överpriser.

Samkostnader och gemensamma kostnader kan vålla problem vid användning av SAC-metoden. Ett företag med flera olika produkter och produktlinjer har ofta gemensamma funktioner för samtliga produkter, men vid användningen av SAC-testet ingår alla gemensamma kostnader trots att de normalt sett fördelas på ett flertal olika produkter. För att jämförelsen skall bli så rättvisande som möjligt torde det behöva göras justeringar för detta förhållande.[126]

Koktvedgaard ansluter i stort till samma resonemang som OFT och hävdar att det kan göras en bedömning av avkastningen på kapitalet. Det lämpliga jämförelseobjektet är enligt honom den avkastning som företaget kunde ha fått från en passiv investering av samma kapitalmängd, t.ex. investering i obligationer m.m. Denna avkastning kan sedan jämföras med avkastningen på kapitalet för den aktuella produkten. Det går därefter att sedan hänsyn är tagen till branschspecifika affärsmässiga risker uttala sig om vinsten är för hög.[127]

Koktvedgaard framhåller dock att avkastningen på en passiv kapitalinvestering inte kan ses som hänförlig till en maximal vinstnivå. Enligt min mening är detta korrekt, eftersom ett dominerande företag i annat fall aldrig skulle ha incitament att investera kapital i en affärsrörelse. Konkurrensreglerna skulle i ett sådant annat fall ge upphov till att dominerande företag hellre skulle göra passiva investeringar. Det relevanta jämförelsetalet skulle enligt Koktvedgaard istället vara avkastningen i liknande branscher, men med ett långt tidsperspektiv.[128]

---

[126] Jfr OFT 414, p. 2.17.

[127] Koktvedgaard, a.a. s. 318.

[128] Se Koktvedgaard, a. st. Att avkastningen på passiv kapitalinvestering med lämpligt risktillägg inte passar som jämförelsebas förklarar Koktvedgaard vidare med att ”[…] afkastet af de finansielle fordringer indeholder en (delvis) kompensation for den udhuling af realværdierne, der finder sted under varige prisstigninger, og at en tilsvarende udhuling ikke finder sted fsv angår virksomhedernes realværdier og dermed for deres egenkapital”. (s. 318).

Användningen av den effektiva obligationsräntan som jämförelsebas för passiva investeringar kan ibland medföra svårigheter. Vad är det som säger att just obligationer eller statspapper skall vara den bästa jämförelsebasen och inte andra passiva investeringar med högre risk? En placering i obligationer torde visserligen vara motiverad när andra värdepapper ger låg eller t.o.m. negativ avkastning, men över en längre period torde passiva placeringar även innefatta andra värdeinstrument än bara obligationer. Placering i obligationer kan även sägas motsvara den riskfria avkastningen på eget kapital, varför denna inte är relevant att använda som jämförelsebas, eftersom all affärsverksamhet torde innefatta varierande riskstorlekar. Jämförelser mellan andra motsvarande branscher utgör därför ett bättre jämförelseunderlag. Det är emellertid inte möjligt att säga hur stor avvikelse i förhållande till andra branscher som skall anses vara tillåten. Detta torde bero på omständigheterna i det enskilda fallet, som t.ex. risknivå, relevant tidsperiod, typ av produkt m.m. Madsen framhåller att måste vara fråga om att vinstnivån *klart* överstiger vad som med hänsyn tagen till storlek och varaktighet kan anses vara normalt med fungerande konkurrens. Han tillägger

> ”Kravet om, at prisen eller avancen ”klart” skal overstige det niveau, som formodes at ville være gældende under viksom konkurrence, referer ikke til prisafvigelsens *tydlighet*, men til dens *be*tydlighet. Prisafvigelsen skal således være *væsentlig* og *længerevarende*.”[129]

Hordijk framhåller problematiken med jämförelser mellan olika avkastningsmått. Enligt honom har den nederländska konkurrensmyndigheten, NMa, i sin användning av WACC och CAPM-metoden inte bara varit mycket djärv utan även gjort fundamentala misstag. Enligt Hordijk går det nämligen inte att säga att det föreligger ett överpris enbart på den grunden att vinsten överstiger dessa avkastningsmått. Avkastningsmåtten är inte utformade för att mäta lämpligheten av vinsterna, än mindre deras laglighet.[130] Enligt min mening är detta en korrekt bedömning och

[129] Madsen, a.a. s. 105–106.

[130] Hordijk, E. P., *Excessive pricing under EC competition law; an update in the light of ”Dutch Developments”*, 2001 Fordham Corp. L. Inst. (B. Hawk, red. 2002), s. 492–493.

i enlighet med Madsen ovan torde det krävas en avsevärd differens mellan faktiska vinstnivåer och avkastningsmåtten.

Vid lönsamhetsberäkning finns det sålunda alltid spörsmål som måste tas hänsyn till, t.ex. hur risken skall beräknas i förhållande till kapitalkostnader, värdering och allokering av tillgångar m.m. I anledning av denna inneboende osäkerhet anser OFT att det inte går att fastställa missbruk enbart med hjälp av beräkningsmodeller. Det krävs således något mer av det dominerande företaget för att prissättningen skall anses vara ett missbruk av dominerande ställning.[131]

Härutöver borde analysen, *de lege ferenda*, kräva något mer agerande eller något ytterligare förhållande, t.ex. såsom det beskrivs i 7.6.1 nedan, så att bedömningen inte enbart hängs upp på ren vinstnivåskillnad mellan olika företag eller en upplevt hög vinstnivå i förhållande till kostnader.

7.6.1 Kompletterande analys i svårbedömda fall

Som visats ovan kan överpriser inte bestämmas eller beräknas som en för alla branscher och tider gällande procentuell andel av försäljningspriset. Verkligheten är betydligt mer komplex än så. Troligen krävs hänsyn till fler omständigheter för att en prissättning skall kunna betraktas som överpris. Enligt min mening är dock frågan hanterbar. Svårigheterna överdrivs, eftersom det oftast sker en fokusering på hur stor en vinstmarginal får vara för ett dominerande företag. Det har redan konstaterats att frågan förefaller omöjlig att besvara enhetligt och det måste därför ifrågasättas om analysen verkligen skall fokusera på vinstmarginalerna i sig.

Temple Lang hävdar att den avgörande frågan *inte* är vad som kan anses vara en ”oskälig” vinstmarginal. Det finns istället andra kriterier, genom vilka överpriser kan fastställas och som för jurister kan verka mer naturliga att använda.[132] OFT har visat att verkligen går att räkna på

[131] Se OFT 414, p. 2.15.
[132] Lang, a.a. s. 52.

oskäliga vinstnivåer, men att det är svårt att enbart på basis av en hög vinstmarginal kunna uttala sig bestämt om huruvida prissättningen är ett missbruk eller inte.

Analysen bör dock alltid inledas med metoder som har beskrivits ovan. I många fall kan emellertid dessa vara olämpliga verktyg att använda. Exempelvis är produktionskostnadsmetoden relativt oanvändbar för immateriella produkter.[133] Hur skall t.ex. en kompositör kunna fastställa vilken kostnad han har haft för sitt intellektuella arbete? Temple Lang har mot bakgrund av svårigheterna att bestämma överpriser ställt upp ett antal kriterier som kan vara användbara i analysen och komplettera övriga tester[134] De mest intressanta av dessa synes vara:

- Oförmåga att effektivisera verksamheten
- Omotiverade kortsiktiga prishöjningar
- Omotiverat höga priser under långa perioder
- Omotiverade paketpriser för tjänster
- Jämförelse av avkastningsgrad inom branschen
- Riskanalys
- Förhållanden vid prisets uppkomst
- Efterhandskonstruktioner till motivering av prisnivåer
- Förändring av priselasticitet

7.6.1.1 Oförmåga att effektivisera verksamheten

Lang hävdar att ett dominerande företag, trots en mycket blygsam prisnivå, kan ta ut överpriser till följd av att verksamheten är ineffektiv och dåligt organiserad. Överpriser torde i dessa fall kunna konstateras om ett dominerande företag inte har förmåga att leva upp de krav på att sänka sina kostnader som rimligen kan begäras av ett modernt och effektivt företag, t.ex. att datorisera verksamheten.[135] Det är svårt att säga hur höga krav på effektivitet som kan ställas på ett dominerande

[133] Jfr Lang, a.a. s. 52.
[134] Lang, a.a. s. 53–57.
[135] Lang, a.a. s. 53.

företag. I många fall är det, som Konkurrensverket hävdar i ovannämnda rapport, svårt att se de slutliga effekterna förrän en avreglering har genomförts. Temple Lang torde dock ha ett beaktansvärt argument däri att om inte ett dominerande företag tillgodogör sig ny teknik som är till uppenbar fördel för verksamheten skulle detta tyda på ovilja på att effektivisera verksamheten och därmed vara ett tecken på överpriser.

Temple Langs argument synes överensstämma med EG-domstolens uttalande i *Tournier* och *Lucazeau*, där det franska upphovsrättssällskapet SACEM ansågs ha mycket högre driftkostnader för utförandet av samma uppgifter än andra upphovsrättssällskap inom den europeiska gemenskapen.[136] SACEM hade härmed en lägre effektivitet, vilket resulterade i högre priser än hos andra jämförbara upphovsrättssällskap. Kauper anför att EG-domstolen härigenom har fastslagt en princip, enligt vilken det det dominerande företaget måste kunna visa att det inte bedriver sin verksamhet ineffektivt, eller åtminstone minst lika effektivt som jämförbara företag.[137] Denna åsikt delas emellertid inte av Hordijk, som framhäver att detta är en orimligt extensiv tolkning av EG-domstolens dom. Han betonar att administrationskostnaderna i förevarande fall var utomordentligt höga och att hänsyn till ineffektivitet enbart skall tas under exceptionella omständigheter.[138] Kauper och Hordijk synes enligt min mening företräda en alltför extensiv respektive restriktiv tolkning av EG-domstolens uttalande. Det emellertid inget som tyder på att EG-domstolen i det aktuella fallet hade velat inskränka sitt uttalande till de speciella omständigheter som gällde i fallet. Snarare synes EG-domstolen ha lyft fram ineffektivitet som en speciell omständighet som kan bidra till att prissättningen anses som ett missbruk. Att ineffektivitet i sig skulle kunna vara ett missbruk torde dock vara att dra alltför långtgående slutsatser av EG-domstolens uttalande.[139]

---

[136] Se mål 395/87, *Tournier*, p. 42. Se även de förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, *Lucazeau*, p. 29.

[137] Kauper, T. E., *Whither article 86? Obeservations on excessive prices and refusals to deal*, 1989 Fordham Corp. L. Inst. (B. Hawk, red. 1990), s. 662.

[138] Hordijk, a.a. s. 471–472.

[139] Jfr även Gyselen som framhåller att fastställande av överpriser på grund av ineffektivitet vore detsamma som att förbjuda monopolmakt i sig. Han anser därför att det är olämpligt att dra långt-

Ytterligare stöd för att ineffektivitet kan bidra till ett dominerande företags agerande skall anses vara överprissättning är att en begränsning av produktionen, marknaden eller teknisk utveckling till nackdel för konsumentern i sig kan utgöra ett missbruk enligt 19 § 2 st 2 p KL / artikel 82 EG 2 st 2 p.[140]

Det omvända förhållandet synes emellertid även behöva beaktas, nämligen när en hög vinstnivå är resultatet av en höjning av effektiviteten. En hög vinstnivå kan ha tillkommit genom att det dominerande företaget har varit framgångsrikt i strävanden att sänka kostnader. Madsen framhåller att ingripanden mot sådana vinstnivåer skulle skapa

---

gående slutsatser av domstolens uttalande och tillägger att ”[s]ince SACEM does not have to fear the entry of potentital competitors, the market concerned is one which is unable to correct whatever imperfections it produces”, Gyselen, L., Abuse of Monopoly Power within the meaning of article 86 of the EEC Treaty: Recent developments, 1989 Fordham Corp. L. Inst., s. 612–613. (B. Hawk, red. 1990).

[140] I fallet C-179/90, *Merci*, ansåg EG-domstolen att underlåtenhet att utnyttja modern teknik kunde utgöra ett missbruk av dominerande ställning: ”According to subparagraphs (a), (b) and (c) of the second paragraph of Article [82] of the Treaty, […] abuse may in particular consist in imposing on the persons requiring the services in question unfair purchase prices or other unfair trading conditions, in limiting technical development, to the prejudice of consumers, or in the application of dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties. […] the undertakings enjoying exclusive rights in accordance with the procedures laid down by the national rules in question are, as a result, induced either to demand payment for services which have not been requested, to charge disproportionate prices, to refuse to have recourse to modern technology, which involves an increase in the cost of the operations and a prolongation of the time required for their performance, or to grant price reductions to certain consumers and at the same time to offset such reductions by an increase in the charges to other consumers. […] In these circumstances it must be held that a Member State creates a situation contrary to Article [82] of the Treaty […]” (p. 18–20). I målet C-41/90, *Höfner och Elser*, där EG-domstolen anförde att ”[p]ursuant to Article 86(b), such an abuse may in particular consist in limiting the provision of a service, to the prejudice of those seeking to avail themselves of it. […] A Member State creates a situation in which the provision of a service is limited when the undertaking to which it grants an exclusive right extending to executive recruitment activities is manifestly not in a position to satisfy the demand prevailing on the market for activities of that kind and when the effective pursuit of such activities by private companies is rendered impossible by the maintenance in force of a statutory provision under which such activities are prohibited and non-observance of that prohibition renders the contracts concerned void.” (p. 30–31). Wetter m.fl. kallar dessa ineffektiva företag för *sleeping giants* och framhåller att konkurrensbegränsningen i *Höfner och Elser* uppkom genom att det dominernade företagets handelspartner inte hade något alternativ till det dominerande och ineffektiva företaget. Se Wetter m.fl., a.a. s. 540.

negativa incitament för effektiviseringar, varför det, enligt honom, aldrig synes vara lämpligt att ingripa mot effektivitetsbetingade ökningar av vinstnivåer.[141]

I övrigt framhåller Madsen att ett dominerande företag kan göra sig skyldigt till överprissättning om det driver verksamhet med orimligt höga omkostnader, vilket leder fram till ett krav på att ett dominerane företag måste vara effektiva, dock inte onormalt effektiva.[142]

7.6.1.2 Omotiverade kortsiktiga prishöjningar

Om ett dominerande företag under kort period höjer priserna utan att detta motsvaras av en liknande höjning av kostnadsstrukturen, så tyder detta enligt Temple Lang på ett överpris. Det förefaller vara en variant av kravet på objektiva olikheter i kostnadsstrukturer, men denna fråga tar mer sikte på agerandet i sig, dvs. förmågan att utan rimliga skäl kunna höja priset under kortare period.

Detta förhållande har även framhållits av OFT. Det anges i OFT:s riktlinjer att hänsyn kan tas i bedömningen till prisförändringar som ligger nära i tiden, t.ex. hur företaget har justerat sina priser i förhållande till ökningar i kostnader eller skatter eller hur företaget har reagerat på nedgång i efterfrågan eller ökad konkurrens.[143]

Att omotiverade kortsiktiga prishöjningar skulle vara indikativa för att det rör sig om ett överpris bör enligt min mening dock användas som kriterium med stor försiktighet. Hänsyn måste tas till huruvida det är fråga om prishöjningar som är en naturlig del av prisrörelser på marknader såsom de beskrivits i 7.2.1.1 ovan. OFT framhåller speciellt att snabbt övergående eller kortvariga höga priser inte kan vara ett missbruk. OFT säger att

> ”Excessive prices may be considered to be an abuse only if they have persisted in the absence of continuing successful innovation and/or without sti-

[141] Madsen, a.a. s. 106–107.
[142] Madsen, a.a. s. 106–107.
[143] Se OFT 414, p. 2.18.

mulating successful new entry or a significant loss of market share. The Director General will consider action […] where the evidence suggests that prices are persistently and, for no objective reason, significantly above the level that could be sustained if the undertaking were subject to more effective competition".[144]

7.6.1.3 Omotiverat höga priser under långa perioder

Som ett variant av 7.6.1.2 kan även tänkas att ett dominerande företag bibehåller en hög prisnivå under en lång period. Om en sådan nivå kan bibehållas oaktat att kostnader eller andra omständigheter förändras under samma period, kan detta tyda på att överprissättning råder. I detta sammanhang analyseras således inte vinstmarginalen i sig utan förmågan att under en längre period hålla omotiverat höga priser, vilket kan komplettera analysen. Temple Lang nämner exemplet med upphovsrättssällskap som tar ut höga avgifter under en lång tid och inte gör några motsvarande utbetalningar till upphovsrättsinnehavararna. Härigenom tjänar sällskapet en ränta på medlen som det annars inte skulle ha kunnat göra. Om det saknas objektiva anledningar till att hålla priserna uppe under en längre tid samtidigt som sällskapet inte ger medlemmar en effektiv service kan detta tyda på ett överpris.[145]

7.6.1.4 Omotiverade paketpriser för tjänster

Priser kan ibland sättas som ett enhetspris för pakettjänster. Om dessa paketpriser omfattar t.ex. en grupp av tjänster och köparen inte har någon rimlig användning av alla ingående tjänster kan detta utgöra ett överpris. Köparen kan exempelvis endast ha möjlighet att använda en liten del av de tjänster som erbjuds.[146] Om t.ex. ett dominerande teleföretag, som är ensam operatör på en telemarknad endast skulle erbjuda fasta abonnemang till sina kunder inkluderande mobiltelefonsabonne-

[144] Se OFT 414, p. 2.19.
[145] Lang, a.a. s. 54.
[146] Jfr bl.a. C-395/87, *Tournier.*

mang och telefaxabonnemang, skulle köparen tvingas betala för alla dessa tjänster samtidigt som han endast skulle ha nytta av det vanliga fasta telefonabonnemanget. I så fall blir priset orimligt högt i förhållande till det ekonomiska värdet och därmed ett överpris.[147]

Det bör framhållas att kombinationserbjudanden av detta slag även kan betraktas som ett otillbörligt agerande enligt Artikel 82 EG (2) (d) eller 19 § 2 st 4 p KL.

7.6.1.5 Jämförelse av avkastningsgrad inom branschen

Lang framhåller ett fall där överpriser kan vara mycket svåra att fastställa.[148] I mediabranschen sätts ofta priserna i form av en royalty. Var går gränsen för överprissatt royalty? Ett sätt att tillämpa vid prövningen vore enligt Temple Lang att jämföra avkastningsgraden mellan det dominerande företaget/sällskapet och övriga företag i branschen. Hänsyn måste dock tas till förhållandet att sällskapen omfattar såväl individuella kompositörer och musiker som stora ljudåtergivningsföretag. Om avkastningsgraden hos det dominerande företaget är avsevärt högre än andra företag på samma relevanta marknad skulle detta kunna vara ett tecken på överprissättning.[149]

Vad som är intressant med denna jämförelsemetod till skillnad från den som presenteras under 7.5 ovan är att den inte tar sikte på själva priset, utan på avkastningen för produkten eller tjänsten i fråga. Såtillvida liknar den OFT:s resonemang.

7.6.1.6 Riskanalys

Ett relativt okontroversiellt antagande är att affärsprojekt som innebär stora risker måste ha goda möjligheter att ge hög avkastning om de lyckas. Högt risktagande motiverar därför en hög prisnivå. Ett exempel är att försäkringspremier för ensamexpeditioner till Sydpolen är extremt

[147] Lang, a.a. s. 54.
[148] Lang, a. st.
[149] Lang, a. st.

höga i jämförelse med vanliga hemförsäkringar, som omfattar objekt med låg riskexponering. Om ett dominerande företag arbetar med höga vinstnivåer samtidigt som affärsrisken är låg och andra företag i branschen har riskexponering och väsentligt lägre vinstnivåer, kan detta vara en indikation på överpriser.[150]

Riskproblematiken har även diskuterats ovan beträffande vad som skall anses utgöra en normal avkastning på eget och främmande kapital. Riskfaktorn behöver dock inte alltid ses från ägarnas eller långivarnas perspektiv. Att investera i ett försäkringsbolag som i sin tur har som uppgift att hantera olika risker gör att risken måste bedömas både med hänsyn till ägare, långivare och andra intressenter, men även med hänsyn till den enskilda produkten och – framförallt i fallet med riskhanterande bolag – portföljen av produkter.

7.6.1.7 Förhållanden vid prisets uppkomst

Priser på en marknad tillkommer normalt som ett resultat av någon form av förhandling mellan köpare och säljare. Detta medför att prisanpassningar kan ske i förhållande till köparnas behov både i tid och rum. Om ett dominerande företag inför prishöjningar utan att någon hänsyn tas till köparnas behov eller åsikter eller endast gentemot vissa av dem, t.ex. den som inte har någon förhandlingsstyrka, så minskar sannolikheten för att det nya priset skulle bedömas vara lagligt.[151]

7.6.1.8 Efterhandskonstruktioner till motivering av prisnivåer

Som visats ovan är det mycket viktigt att kunna motivera sin prissättning. Det ställs höga krav på dominerande företag att dessa alltid skall kunna motivera sin prissättning. Det är mycket bättre att kunna motivera sin prissättning vid tidpunkten för införandet än när priset har blivit ifrågasatt av någon tillämpande myndighet. Visserligen är det aldrig för

[150] Lang, a.a. s. 54–55.
[151] Lang, a.a. s. 55.

sent att kostnadsmässigt motivera en prisnivå, men företaget löper ändock risken att avsaknaden av underlag leder till misstanke om efterhandskonstruktioner.[152] Efterhandskalkyler torde därför tala till det dominerande företagets nackdel.[153]

7.6.1.9 Förändring av priselasticitet

Kunder till dominerande företag kan över tiden vara i olika mån beroende av sin dominerande leverantör eller licensgivare. Om ett företag gör stora investeringar eller på annat sätt binder upp sig för att köpa en produkt eller tjänst av ett dominerande företag, så minskar priselasticiteten, dvs. köparen kan hamna i en situation där hans betalningsvilja ökar markant för en vara p.g.a. inlåsningseffekter. Till följd av att kunden blir mer beroende av sin leverantör är han alltså beredd att betala mer för varan/tjänsten än han var innan. Om det dominerande företaget drar nytta av en sådan situation och efter kundens investeringar höjer priset, kan detta vara ett tecken på överpris eftersom kunden i det läget anser sig tvingad att acceptera ett pris som han annars skulle ha vägrat att betala.[154]

7.7 Allmän kritik mot kontroll av överprissättning

Svårigheter att göra korrekta bedömningar av oskäliga prisnivåer kan vara en orsak till varför myndigheter undviker problemet med överpriser. Varför överpriser inte bör beivras kan även motiveras av att det i grunden kanske är fel att motverka överprissättning. Kritiken mot rättspraxis har inte varit stor, men det finns trots allt en viss skepsis bland vissa författare, som är mer eller mindre berättigad.

---

[152] Jfr t.ex. MD 1998:15, *CityMail*, där Posten med hjälp av efterhandskalkyler lyckades kostnadsmotivera sin prissättning, men där det sammantagna agerandet kunde bedömdes som en form av missbruk.

[153] Se Lang, a.a. s. 54–55. Jfr även avsnitt 10.3.7.9 nedan.

[154] Lang, a.a. s. 56–57.

7.7.1 Skepsis mot överpriser i amerikansk rätt

Kon och Turnbull konstaterar att amerikanska domstolar har förkastat argument om överprissättningar, vilket de tycker betonar den inneboende osäkerheten i vad som skall anses vara ett skäligt pris. Enligt deras mening tycks domstolarna i USA vara av den uppfattningen att det inte är domstolarnas uppgift att sätta begräsningar på företagens intjänandeförmåga genom att fixera priser. Av denna anledning skulle de amerikanska domstolarna – till skillnad från de europeiska domstolarna inom EU – inte anse att höga priser primärt utgör ett missbruk.[155]

Konstrasteringen mot amerikansk rättspraxis i detta avseende torde dock vara omotiverad. Den amerikanska lagstiftningen saknar den europeiska motsvarigheten om oskäligt höga priser. Enligt Section 2 i den amerikanska Sherman Act framgår att

> ”[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce […]”[156]

Ett explicit förbud mot exploaterande missbruk i form av att ta ut oskäligt höga priser av köpare eller konsumenter saknas således i amerikansk lagstiftning, vilket torde vara den huvudsakliga förklaringen till varför överpriser inte har behandlats i amerikanska antitrustmål och inte att överpriser i materiellt hänseende skulle anses tillåtna enligt de amerikanska antitrustlagarna.[157] Med ledning härav bör avsaknaden av rättspraxis kring överprissättning i amerikansk rätt inte ses en kritik mot europeisk rättspraxis.

---

[155] Kon/Turnbull, a.a. s. 84.

[156] Sherman Act, 15 U.S.C. § 2

[157] Jfr Hovenkamp, a.a. s. 267 ff. Se även Hordijk, a.a. s. 464, 477 ff och Kauper, a.a. som hävdar att de första två exemplen i artikel 82 inte har någon motsvarighet i amerikansk rätt: ”[t]he imposition of of *liability because* the monopolist behaves as we assume it inevitably will not only finds not support in American law but is contrary to its entire anti-regulatory philosophy” (s. 653).

7.7.2 Prissättningens betydelse för incitament för utveckling

Korah intar en skeptisk hållning till kontroll av överpriser och anser att det kan vara mycket svårt att fastställa vad som är det ekonomiska värdet av en produkt om marknadskrafterna inte tillåts påverka prisbesluten. Hon framhåller att många anser att i avsaknad av naturliga inträdesbarriärer på en marknad så bör konkurrensens ”osynliga hand” få verka på prisbildningen. Höga vinster på en marknad behöver inte vara av ondo utan kan istället locka nya aktörer till marknaden, åtminstone om det finns måttliga inträdesbarriärer. Hon fortsätter:

> ”Because of the impreciseness of the legal criteria, price regulation *ex post facto* – the condemnation of excessive prices in the past – is even more worrying than regulation for the future. It is seldom possible to tell what level prices would reach in a more competitive market. Moreover, price regulation is a far cry from the liberal inspiration of the treaty, and made more serious where, as in *United Brands*, the Court treated as dominant a firm subject to substantial competition and with no power over price”.[158]

Korah framhäver härigenom en konflikt mellan å ena sidan intresset av att undvika överutnyttjande av köparna och drivkrafterna för att utveckla produkter å andra sidan. Hon har tidigare använt exemplen med fallet *Volvo v Veng* och *Renault*. EG-domstolen konstaterade nämligen å ena sidan att möjligheten att hindra andra aktörer från att nyttja det skyddade objektet är själva innehållet i rättigheten. Det finns heller ingen generell skyldighet att bevilja licenser, även om andra aktörer skulle betala ett rimligt pris för licensen. Skulle ett företag som innehavare av en immateriell rättighet tvingas att licensera rättigheter – även mot en rimlig ersättning – så skulle företaget berövas sin exklusiva rätttighet, varför en vägran att bevilja en licens i sig inte betraktas som ett missbruk.[159]

---

[158] Korah, 2000, a.a. s. 134

[159] Mål 238/87, *Volvo v. Erik Veng*, p. 8 och mål 53/87, *CICRA*, p. 15. Enligt den s.k. *essential facilities* doktrinen måste emellertid dominerande företag under vissa omständigheter ge tillgång till nödvändiga faciliteter. Jfr t.ex. C-7/97, *Oscar Bronner*. Se även Korah, V., *An intro-*

Om en rättighetsinnehavare däremot beslutar att licensiera rättigheter synes EG-domstolens rättspraxis ge vid handen att en dominerande aktör inte får överutnyttja den skyddade position som en exklusiv rätttighet bär med sig. EG-domstolen tillade nämligen i *CICRA* att ett missbruk kunde bestå i

> ”[…] the arbitrary refusal to supply spare parts to independent repairers, the fixing of prices for spare parts at an unfair level [förf. kurs.] or a decision no longer to produce spare parts for a particular model even though many cars of that model are still in circulation […]”[160]

Korah anser att möjligheten att vägra licensiering inte går ihop med skyldigheten att inte ta ut ett för högt pris för den skyddade produkten. Hon anser att om immaterialrättigheter rättfärdigas av att de skapar incitament för vidare produktutveckling, så följer att innehavaren skall ha en rätt att ta ut det pris som marknaden kan bära.[161] Detta argument motsägs visserligen inte av EG-domstolen, som i *CICRA* anförde att

> […] the proprietor of protective rights in respect of an ornamental design may lawfully call for a return on the amounts which he has invested in order to perfect the protected design.”[162]

Som Korah framhåller lämnade dock EG-domstolen till den nationella domstolen den svåra uppgiften att bestämma exakt vilken prisnivå som skulle anses vara en acceptabel monopolvinst. Korah beklagar att det i rättspraxis används en ”*cost plus*”-metod och anser att marknaden istället skall tillåtas sätta värdet på innovationen. Om prissättningen begrän-

---

ductory Guide to EC Competition Law and Practice, 6 uppl., Oxford 1997, s. 113–114 (finns ej med i 7 uppl.).

[160] Mål 53/87, *CICRA*, p. 16

[161] Korah, 1997, s. 113–114 (finns ej med i 7 uppl.).

[162] Mål 53/87, *CICRA*, p. 17. Av generaladvokatens Mischos förslag till avgörande i samma mål framgår även att ”[i]t should be remembered, however, that in the Parke, Davis and Co. judgment […] the Court declared that a higher price for the patented product as compared with the unpatented product does not necessarily constitute an abuse. This appears to mean that ‘the inventor’ is entitled to recover not only his production costs in the strict sense and a reasonable profit margin but also his research and development expenditure.” (p. 62).

sas till kostnader med tillägg för en skälig vinst riskerar detta att drastiskt sänka incitamenten för riskfyllda innovationer. Korah framhåller även att det i fallet med immateriella rättigheter är osäkert om *cost plus*-metoden verkligen tar hänsyn till kostnader för avbrutna eller misslyckade innovationer som föregår den aktuella innovation som är föremål för prövning. Härutöver är det inte säkert, som i fallet med motorfordon, att alla mönsterskyddade delar omsätts lika mycket som andra. Att allokera gemensamma kostnader för utveckling kan därmed bli mycket svårt.[163]

Enligt min mening har kritiken fog för sig och beivrandet av överpriser borde inte gå så långt att konkurrensreglerna får karaktär av prisreglering.

7.7.3 Portföljprissättning

En annan kritik mot att överpriser skall betraktas som missbruk framkom i fallet *Napp*, där det dominerande företaget konstaterade att det ibland finns anledning att tillämpa en s.k. portföljprissättning eller *"portfolio"-pricing*. Med läkemedelsbranschen som exempel är rationaliteten bakom ett sådant argument att utvecklingen av nya läkemedel är mycket kostsam och det endast är ett fåtal mediciner som verkligen blir framgångsrika, kommersiellt sett. För att kunna täcka utvecklingskostnader och driftkostnader för samtliga av det dominerande företagets produkter skulle det följaktligen vara nödvändigt att på vissa, framgångsrika, läkemedel ha ett högre pris för att totalt sett uppnå en rimlig avkastning.

Det fanns flera skäl till att CCAT inte accepterade Napps argument.[164] Produkten i fråga var föremål för en frivillig prisreglering, kallad PPRS (*Pharmaceutical Price Regulation Scheme*), vilken skulle se till att läkemedelsindustrin inte tog ut övervinster på den sammanlagda försäljningen till patienter. Härigenom var prisregleringen inte riktad

[163] Korah, 1997, s. 114–115 (finns ej med i 7 uppl.).
[164] *Napp*, p. 412–427.

mot individuella produkter. CCAT ansåg att Napps argument om portföljprissättning inte hade någon laglig eller logisk förankring eftersom det skulle ta fokus från den specifika produktmarknad, som var föremål för bedömning

> ”In our view, it is not appropriate, when deciding whether an undertaking has abused a dominant position by charging excessive prices in a particular market, to take into account the reasonableness or otherwise of its profits on other, unspecified, markets comprised in some wider but undefined ’portfolio’ unrelated to the market in which dominance exists”.[165]

Ett annat tungt vägande skäl till varför CCAT inte accepterade portföljprissättningen var att en tillverkare med en innovativ produkt inte kan räkna med att priser skall vara kvar på en oskäligt hög nivå i all framtid. Patentsystemet syftar primärt, enligt CCAT, till att tillförsäkra rättighetsinnehavaren en nivå av exklusivitet som möjliggör för denne att återhämta höga forsknings- och utvecklingskostnader och investeringar i nya mediciner. Efter utgången av skyddstiden för ett patent så kan ett dominerande företag däremot inte använda portföljprissättning som ett argument för oskäligt höga priser. I allmänhet brukar utgången av ett patent, enligt CCAT, följas av att konkurrerande produkter kommer in på marknaden. Ett resultat av detta är att den ursprungliga rättighetsinnehavaren antingen sänker sina priser och/eller förlorar marknadsandelar, vilket dessutom kan gå relativt fort. I *Napp* kunde emellertid det dominerande företaget bibehålla både det höga monopolpriset och en hög marknadsandel även ca tio år efter utgången av patentet. Det dominerande företaget hade till yttermera visso inte kunnat visa hur stora dess initiala investeringar var. CCAT ansåg, i ljuset av den tid som hade förflutit sedan patentet ursprungligen beviljades, att Napp för länge sedan borde ha genererat tillräckliga vinstmedel för att täcka sina investeringar. När det inte fanns någon indikation om ett motsatt förhållande kunde det dominerande företaget heller inte stödja sig på detta argument.

[165] *Napp*, p. 413.

CCAT:s resonemang synes utvisa att ett dominerande företag enligt brittisk rätt inte kan hänvisa till generella ekonomiska argument för sin prissättning om det inte samtidigt kan belägga detta med dokument eller annan bevisning. Om en portföljprissättning har någon relevans måste den avse produkter inom samma relevanta marknad och det dominerande företaget måste kunna styrka de kostnader som det anser sig behöva täcka. Allmänna hänvisningar till lönsamhet utan stöd i verkliga kalkyler torde inte kunna beaktas; i annat fall skulle bedömningen lämnas öppen för – i värsta fall – ogrundade efterhandskonstruktioner.

Om ett dominerande företag skall kunna åberopa objektivt rättfärdigande av de priser som sätts, måste företaget enligt brittisk rätt vara berett att förete bevisning om bevekelsegrunderna (jfr avsnitt 10.3.7.8 nedan). Det synes, enligt min mening, vara en rimlig ordning att ett liknande resonemang som i *Napp* även är relevant för svenskt vidkommande.

7.7.4 Skillnader i redovisningsprinciper

En allmän nackdel med framförallt jämförelsemodellen är att det inte är säkert att intäkter eller än mindre vinstnivåer låter sig jämföras utan vederbörlig hänsyn till skillnader i företagens redovisningar. För att en jämförelse överhuvudtaget skall vara meningsfull krävs att jämförelseobjekten tillämpar samma redovisningspriniciper eller att skillnader demellan neutraliseras. Detta kan gälla lagervärderingsprinciper, avskrivningsregler, periodiseringar och kostnadsallokeringar i allmänhet. Föreligger stora skillnader i redovisningen finns en överhängande risk för att jämförelser kan ge felaktiga resultat.[166]

[166] Se Bishop/Walker, a.a. s. 193.

7.8 Helhetsbedömning och strukturanalys

De huvudmetoder som har beskrivits ovan under avsnitten utgör var för sig användbara verktyg i bedömningen av överpriser. I svårbedömda fall kan de kompletterande metoderna i avsnitt 7.6 ovan vara användbara. Det är emellertid möjligt att metoderna var för sig inte ger klart besked eller i vissa är motstridiga. I sådana fall är det viktigt att inte endast stanna vid en metod. Nerep har framhållit att analyser av missbruk måste göras som en helhetsbedömning, där samtliga relevanta faktorer vägs in.[167] Ett sådant resonemang har även accepterats av Marknadsdomstolen, som bland annat i *CityMail*[168] gjorde en helhetsbedömning av Postens prissättning. Trots att denna bedömning gällde missbruk i stort torde samma princip även böra användas för specifika missbruk som oskäliga försäljningspriser.

Härutöver synes även *de lege ferenda* behöva göras en kvalificering av vad som skall anses utgöra överpriser. I fallet *Napp* ansåg CCAT att ett överprissättningsresonemang bör baseras på att det i allmänhet går att visa

1. att priserna är högre än på konkurrensutsatta marknader och
2. att det inte finns något effektivt konkurrenstryck som pressar ner priserna till sådana nivåer som skulle ha rått under konkurrens och att sannolikheten är hög att det fortsätter.[169]

Det första kriteriet synes ansluta direkt till analysen av oskäligheten av priser som genomförts ovan med hjälp av olika test. Det andra kriteriet tycks emellertid antyda att det skulle behövas någon strukturförutsättning för att det dominerande företaget skall kunna skada marknaden och framförallt sina egna kunder. Som visats av Korahs kritik ovan kan höga vinster eller priser vara något som attraherar nya aktörer till marknaden,

---

[167] Nerep, E.,"Current competition law issues in regard to the de-(re-)regulation of the Swedish postal services market – especially the problems of defining the relevant market, and establishing price discrimination and predatory pricing", Handelshögskolan, Stockholm: 1996, s. 5.

[168] MD 1998:15, *CityMail.*

[169] *Napp*, p. 390.

vilka i avsaknad av just detta aldrig skulle etablera sig på marknaden. Ett sätt att hålla bort konkurrenter kan, som i fallet med rovprissättning, vara att signalera olönsamhet. Skulle konkurrenslagstiftningen verka för att alla former av höga priser alltid måste sänkas finns risken att detta snarare upprätthåller monopolpriser än motverkar dem. I anledning av detta synes det finnas behov av att *inledningsvis* analysera om de höga priserna sannolikt kommer att leda till ökad konkurrens eller om de istället sannolikt kommer att medföra ett otillbörligt utnyttjande av marknadsmakt.

Bishop och Walker anser att prisjämförelser endast är meningsfulla om köpare eller konsumenter i någon mening stängs inne i ett affärsförhållande (*consumer lock-in*). Detta skulle exempelvis kunna röra sig om köp av en produkt som efter köpet kräver förnödenheter eller förbrukningsartiklar, vilka endast kan köpas från den dominerande säljaren.[170]

Vad som sålunda är bestämmande i detta avseende torde vara hur lämplig marknaden är för överprissättning. Innan metoderna för att fastställa om överpris föreligger används, synes – *de lege ferenda* – i anledning av detta en strukturanalys behöva göras i enlighet med den som föreslås som lämplig av Joskow och Klevorick (se avsnitt 5.5.6.1 ovan). Modellen beskrivs i kapitlet om rovpriser, och för att bättre passa bedömningen av överpriser anser jag att kravet på kortsiktig monopolstyrka bör bytas ut mot långsiktig monopolstyrka, eftersom det är det dominerande företagets möjlighet att under en längre tid kunna bibehålla en oskäligt hög prisnivå. Sammanfattningsvis borde därför analysen omfatta följande faktorer:

- Sådana som tyder på långsiktig monopolstyrka
- Inträdesvillkor
- Dynamiska faktorer[171]

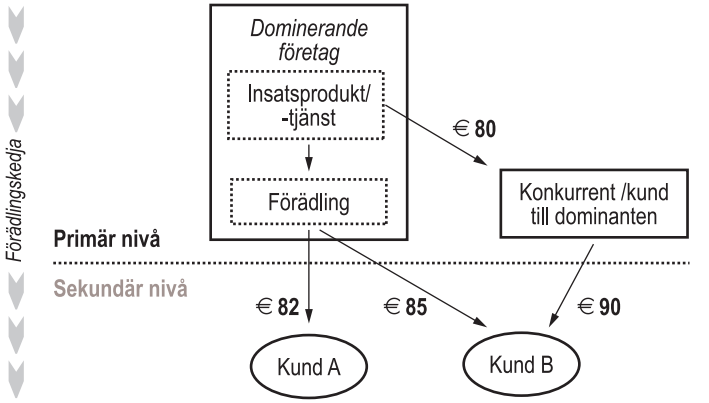
En inledande analys av den relevanta marknadens strukturförutsättningar kan ge intrycket av att det skulle behöva vara fråga om ett lång-

[170] Bishop/Walker, a.a. s. 192–193.
[171] Jfr Joskow/Klevorick, a.a. s. 225–234. Dessa faktorer behandlas mer utförligt i kapitel 5.

varigt eller utdraget agerande från det dominerandet företagets sida, speciellt med tanke på att här förordas långsiktig monopolstyrka. Så är dock inte fallet. Detta inledande test syftar till att skilja ut sådana fall där den relevanta marknadens strukturförutsättningar gör tillämpning av monopolprissättning utsiktslös i och med att en sådan skulle attrahera ny konkurrens som direkt skulle motverka kortvariga negativa konkurrenseffekter jfr även 7.2.1.1 ovan). Det rör sig således om objektiva faktorer som kan motverka att ny konkurrens etablerar sig. Vissa branscher kan kännetecknas av långa kontrakt som upphandlas under en kort tidsperiod, vilket måste tas hänsyn till i analysen. Att branschen i högsta grad är dynamisk såtillvida som den teknologiska utvecklingen går mycket fort kan motverka överpriser. Antag att ett dominerande företag får ett patent på en ny medicin och en konkurrent får patent på en likvärdig, utbytbar medicin. I sådana fall skulle de inträdesbarriärer som patentet för med sig motverkas av konkurrerande patent. Således är det av intresse att undersöka de underliggande strukturella faktorer, som möjliggör överprissättning.

8. Prispress

Missbruk av dominerande ställning genom prisdiskriminering kan även uppstå när ett dominerande företag är verksamt i flera distributionsled. Exempelvis kan ett företag vara verksamt både inom tillverkning av en mellanprodukt och en förädlad produkt av mellanprodukten. Härmed kan företaget vara både leverantör och konkurrent till andra aktörer på den primära nivån.



Figur 8.1. Illustration av ett förhållande där den dominerande säljaren har en intressegemenskap med ett företag / en verksamhet i ett senare distributionsled.

Förstainstansrätten har i fallet *Industrie des poudres sphériques* ansett att prispress (eng. *price squeeze*) föreligger

> ”[…] när ett företag som innehar en dominerande ställning på marknaden för en ursprungsprodukt och själv använder en del av sin produktion för att tillverka en mer förädlad produkt, samtidigt som det säljer överskottet av ursprungsprodukten på marknaden, fastställer de priser till vilka det säljer ursprungsprodukten till tredje män till en sådan nivå att de senare inte förfogar över en tillräcklig marginal för förädling för att förbli konkurrenskraftiga på marknaden för den förädlade produkten.”[1]

Prispress är en bra illustration till hur olika former av missbrukande prissättningar kan överlappa varandra. Prispress kan framkomma genom att det dominerande företaget överprissätter insatsprodukter till sin kund/konkurrent på den primära nivån. Alternativt skulle det dominerande företaget kunna sätta ett alltför lågt pris på den sekundära nivån, så att prissättningen utgör en rovprissättning. Ett tredje alternativ är att det är fråga om någon form av korssubventionering av en konkurrensutsatt verksamhet som utgör en förädling av utflödet från en förbehållen sektor. Ett fjärde sätt att betrakta prispress är att det dominerande företaget diskriminerar mellan vissa av sina egna verksamheter (t.ex. dotterbolag) och en konkurrent, varigenom konkurrenten – tillika kunden – får en konkurrensnackdel. Trots att prispress kan vara ett uttryck för ett flertal olika missbrukande prissättningsmetoder har agerandet behandlats i vissa fall separat, framförallt i samband med avreglering av telesektorn (se avsnitt 8.3 nedan).[2] Prispress kan förekomma om det

---

1 T-5/97, *Industrie des poudres sphériques*, p. 178. Se även KKV:s beslut dnr 107/95 *Telia AB*, där KKV behandlade vad som de benämnde en ”klämeffekt”. Telia hade av sina konkurrenter tagit en samtrafikavgift för bl.a. lokalsamtal vilka översteg Telias egna rörliga samtalsavgifter. Andra operatörer av fasta nät kunde därmed inte konkurrera med Telia eftersom de inte kunde tillhandahålla vissa tjänster till sina kunder. Stockholms Tingsrätt upphävde KKV:s interimistiska beslut. Därefter sänkte Telia sina samtrafiksavgifter från 35 till 8,9 öre per minut. Efter sänkningen av dess samtrafikavgift upphörde klämeffekten eller vad som mer generellt kan kallas prispressen gentemot Telias konkurrenter.

2 Jfr dock Bergmann som inte anser att prispress är en egen form av missbruk, utan kan hanteras som en form av rovprissättning, överprissättning eller diskriminerande prissättning. Visserligen kan prispress ses som en indikation på missbruk, men inte som att det kan föreligga någon presumtion om missbruk. Se Bergmann, B., *Maßstäbe für die Beurteilung einer Kosten-Preis-*

dominerande företaget har tillgång en nödvändig facilitet (*essential facility*). Det kan röra sig om prissättning för tillgång till accessnät i telekomindustrin, tillgång till hamnanläggningar m.m. Rationaliteten bakom prispress är oftast att eliminera konkurrens eller försvåra för konkurrenter att agera på en efterföljande marknad. Detta kan åstadkommas genom att sätta ett alltför högt pris på en insatsprodukt eller genom att hålla en orimligt låg marginal på de förädlade produkterna. Prispress skiljer sig från rovprissättning genom att det inte behöver vara fråga om prissättning under kostnader. Verksamheten kan således vara lönsam, men likväl snedvrida konkurrensen. I praxis har prispress även i viss mån behandlats åtskild från övriga former av prismissbruk. I jämförelse med rovprissättning och korssubventionering är det ett område som har behandlats relativt sparsamt i litteraturen.

Under 1988 behandlade Kommissionen ärendet *Napier Brown – British Sugar*[3] som bl.a. omfattade en speciell form av diskriminerande priser som angränsar till problematiken med rovprissättning, men som framförallt belyser problematiken med prispress.

> Napier Brown (NB) var den största sockergrossisten i Storbritannien medan British Sugar (BS) – i skydd av ett legalt monopol – var den enda producenten av socker inom samma område. NB klagade till Kommissionen att BS hade försökt vinna över kunder från NB genom att sätta priser underskridande NB:s egna priser. NB köpte strösocker från BS som senare

---

Schere im Kartellrecht, WuW 3/2001, s. 243–244. Bergmann anser sålunda att prissättning av en insatsprodukt inte i sig kan betraktas som ett missbruk enbart på den grunden att en avnämare av produkten har svårt att konkurrera med det dominerande företaget som tillhandahåller insatsprodukten eller att konkurrenten har lönsamhetsproblem i allmänhet. I detta avsnitt kommer att analyseras under vilka förutsättningar som prispress kan betraktas som ett missbruk. Även om prispress kan vara ett resultat av rovpriser m.m. finns det fall där prissättningen av insatsvaran vare sig utgör rovpris eller överpris. I anledning härav kommer att analyseras en bedömningsmodell av prismetoden, vilket kan betraktas som ett verktyg för bedömning i de fall där andra former av prismissbruk inte kan påvisas. I så måtto kan prispress trots allt ses som en särskild form av missbruk, men jag delar Bergmann uppfattning att lönsamhetsproblem hos konkurrenter som är köpare av insatsprodukt i sig inte kan ge upphov till en presumtion om missbruk.

[3] Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*.

förpackades och såldes i konsumentförpackningar. BS sålde även förpackat strösocker och var således både leverantör och konkurrent till NB. BS befanns vara dominerande både på marknaden för industrisocker och konsumentssocker (*retail sugar*). Kvalitetsmässigt fanns det ingen skillnad mellan strösockerprodukterna utan det enda som skiljde dem åt var förpackningsstorleken. NB hävdade att BS upprätthöll en konstgjort låg marginal på sitt butikssocker, dvs. skillnaden mellan priset på industrisocker och butikssocker var mycket liten. NB, som inte hade egen tillgång till industriellt socker, hade härmed svårt att få ut priserna på sitt konsumentsocker och marginalerna blev otillräckliga för att överleva på sikt.

Problemet med prissättningen i detta fall var att BS hade olika kostnader för att sälja butikssocker och industriellt socker. Butikssocker utgjorde en förädling av industrisocker, företrädelsevis i form av omförpackning och distribution. Någon förädling av själva strösockret var det emellertid inte fråga om. Prisarrangemanget kan sägas bära många likheter med traditionell rovprissättning: Ett dominerande företag sätter priser som inte ger täckning för kostnader och som har till syfte eller får som effekt att konkurrenter trängs ut från marknaden. I detta fall kan dock inte primärt talas om en rovprissättning, utan det är mer fråga om en speciell form av diskriminerande prissättning med utestängande effekter.

I situationer där ett företag är dominerande både på en råmaterialmarknad och i ett efterföljande distributionsled, samtidigt som företaget misstänks hålla en konstgjort låg marginal mellan priset för råmaterialprodukten och den förädlade produkten ansåg Kommissionen att analysen måste koncentreras på skillnaden mellan försäljningspriset på råmaterialprodukten och den förädlade produkten. I *Napier Brown* skulle således undersökas skillnaden i pris mellan industrisocker och konsumentsocker, dvs. omförpackningsmarginalen. Den kan definieras som de tillkommande kostnader som BS hade för att tillhandahålla konsumentsocker istället för industrisocker.[4] Analysen om lagligheten av prissättningen fokuserar således på det dominerande företagets egna kostnader, dvs. om prisskillnaden kan motiveras av kostnadsskillnader.

[4] Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, p. 25.

I detta fall hade BS satt priser som understeg NB och frågan blev därför om det fanns några objektiva skäl till varför prisskillnaden mellan BS industrisocker och konsumentsocker var så låg att NB inte hade möjlighet att konkurrera med BS.

Generellt ansåg Kommissionen att det var ett missbruk när ett dominerande företag som agerar både som leverantör och konkurrent till ett företag på en härledd marknad håller så låga marginaler för förädlade produkter att de egna kostnaderna inte täcks och att konkurrensen begränsas på den härledda marknaden.

> ”The maintaining, by a dominant company, which is dominant in the markets for both a raw material and a corresponding derived product, of a margin between the price which it charges for a raw material to the companies which compete with the dominant company in the production of the derived product and the price which it charges for the derived product, which is insufficient to reflect that dominant company’s own costs of transformation (in this case the margin maintained by BS between its industrial and retail sugar prices compared to its own repackaging costs) with the result that competition in the derived product is restricted, is an abuse of dominant position [fotnot utelämnad]”[5]

I förevarande fall sålde BS konsumentsocker till ett pris som inte motsvarade BS:s egna förädlingskostnader, vilka uppkom när BS ompaketerade industrisocker och levererade produkten som konsumentsocker. BS gynnade härmed sin egen verksamhet på konkurrenternas bekostnad genom att marginalen var så låg att inga konkurrenter långsiktigt kunde möta BS:s låga pris på konsumentsocker. Om NB skulle matcha BS:s pris på konsumentsocker skulle NB inte kunna vara kvar på marknaden. BS hade dubbla roller på marknaden: Både som leverantör och konkurrent till NB. Därmed kunde BS i rollen som leverantör ha diskriminerat NB genom att NB inte fick samma låga pris som BS i praktiken beviljade sig självt. Alternativt borde BS ha kostnadsbelastat den egna slutprodukten i samma utsträckning som NB fick betala och dessutom ha låtit detta få genomslag i prissättningen.

---

[5] Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, p. 66.

Det huvudsakliga problemet, som det visade sig, var att BS tillämpade ett system med ”*delivered prices*”, dvs. samtliga priser inkluderade transportkostnaden från BS till kunden. Arrangemanget gällde såväl kunder av industrisocker som kunder för konsumentsocker, låt vara att priset var högre för konsumentsocker än industrisocker. NB var alltså tvungen att betala för en transportkostnad, även om de själva hade velat köpa industrisocker t.ex. till leveransvillkoret EXW (Ex Works). NB var alltså tvunget att köpa råvaran (industrisocker) med ett standardpåslag för transportkostnader, vilket BS självt inte behövde betala internt. Kommissionen fann att BS härigenom hade förbehållit sig själv en tilläggstjänst på en angränsande marknad som under normala konkurrensförhållanden kunde ha tillhandahållits av tredje part. Systemet med levererade priser utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.[6]

En annan orsak till varför förbehållande av en tilläggstjänst kan anses vara ett missbruk är risken att ett dominerande företag kan ta ut oskäligt höga priser för en sådan tjänst när ingen konkurrens finns om tjänsten i fråga. Monopolställningen – om än tämligen avgränsad – kan föra med sig att det dominerande företaget har möjlighet att skönsmässigt prissätta tjänsten utan vederbörligt hänsynstagande till efterfrågans motvägande kraft.[7]

Kommissionen konstaterade att BS reducerade marginalen mellan industrisocker och butikssocker så mycket att BS:s pris för butikssocker inte speglade de förädlingskostnader som var förenade med förpackning och distribution av butikssocker. Om BS hade upprätthållit prissystemet under en längre tid skulle NB eller någon annan förpackare som

---

6 Se Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, p. 69–71. EG-domstolen har tidigare framhållit att ”[…] an abuse within the meaning of article 86 is committed where, without any objective necessity, an undertaking holding a dominant position on a particular market reserves to itself or to an undertaking belonging to the same group an ancillary activity which might be carried out by another undertaking as part of its activities on a neighbouring but separate market, with the possibility of eliminating all competition form such undertaking.”, Mål 311/84, *Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)*, p. 27.

7 Jfr Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, p. 69.

var lika effektiv som BS och utan egen tillgång till industrisocker ha tvingats lämna den brittiska marknaden för butikssocker. Kommissionen sade sedan att i ljuset av andra missbruk – däribland leveransvägran till NB – och att syftet eller den naturliga och förutsebara konsekvensen av prispolitiken var att NB skulle trängas ut från marknaden. BS:s prissystem utgjorde därmed ett missbruk av marknadsdominerande ställning.[8]

Det synes inte vara så att Kommissionen gjorde bedömningen av prissättningen beroende av andra former av missbruk utan det substantiella i Kommissionens resonemang är att ett dominerande företag som är verksamt och dominerande på flera nivåer i distributionskedjan inte kan sätta sådana priser att konkurrenter trängs ut från marknaden. Det kan sägas att det dominerande företaget prisdiskriminerat till förmån för sig självt genom att bevilja sig självt lägre priser än vad konkurrenterna erhöll. Om inte det dominerande företaget hade varit integrerat eller opererat på flera olika nivåer i distributionskedjan och konkurrenten till NB hade varit ett annat företag – oavsett om det varit ägt av BS eller inte – hade missbruket blivit mer uppenbart och synligt.[9]

Situationen kan direkt liknas vid när en dominerande råvaruproducent beviljar ett dotterbolag bättre villkor än dotterbolagets konkurrenter. I fall som det förevarande blir det i praktiken svårare att fastställa en omotiverad prisskillnad, men under förutsättning att konkurrenten är lika effektiv som det dominerande och integrerade företaget med dubbelrollen som leverantör och konkurrent borde försäljningspriserna bli likartade i genomsnitt. Om det dominerande företagets pris underskrider konkurrentens samtidigt som det i någon objektiv mening kan fastställas att konkurrenten är effektiv torde sannolikheten för missbruk öka i takt med storleken på prisskillnaden.

---

8 Se Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, p. 66.

9 Jfr Även Furse, M., *Monopoly Price Discrimination, Article 82, and the Competition Act*. ECLR, 2001, vol. 5, s. 151, där han sager att ”The discrimination here lay in the fact that British Sugar operated in both the markets for bulk supply and retail sugar, and was in effect charging itself a lower price for bulk sugar than it was charging Napier Brown, allowing it to undercut Napier Brown in the retail market”.

8.1 Betydelsen av företagsekonomisk motivering av prispress

Som en särskild delfråga behandlades i fallet *Irish Sugar* problemet om diskriminering under vissa förutsättningar kunde godtas. Irish Sugar sålde ju socker på två delmarknader: socker avsett för livsmedelsindustrin (industriellt socker) och socker avsett för detaljhandeln. Irish Sugar var själv verksamt på marknaden för detaljhandelssocker och levererade även till konkurrerande förpackningsföretag. Kommissionen konstaterade att Irish Sugar inte hade givit rabatter på industriellt socker till de kunder som var konkurrerande sockerpaketeringsföretag, medan vissa andra företag hade fått rabatt när de inte konkurrerande med Irish Sugar. Kommissionen fann att det främsta syftet med detta kanske inte direkt var att diskriminera de konkurrerande företagen, men systemet i sig innebar en mer aktiv särbehandling av dessa företag, som medförde olika villkor för likvärdiga transaktioner.[10]

Irish Sugar hävdade att även om syftet varit att diskriminera företagen, skulle en sådan diskriminering vara berättigad eftersom det fanns en principiell skillnad mellan å ena sidan sockerpaketeringsföretagen och å andra sidan förädlingsindustrin i egenskap av köpare av industriellt socker. Bolaget påstod att det endast var förädlingsindustrins konsumtion av industriellt socker som minskade Irish Sugars strukturella överskott, vilka följaktligen tillhandahöll bolaget en tjänst som paketeringsföretagen inte gjorde. Härutöver argumenterade Irish Sugar att transaktionernas likvärdiga karaktär inte enbart kunde bestämmas av den sålda produktens beskaffenhet eller av leverantörens leveranskostnader. Vidare ansåg Irish Sugar att om den missgynnade avtalsparten inte hamnade i underläge kunde inte särbehandling av handelspartner anses hindra konkurrensen.[11]

En generell fråga som väcks utifrån Irish Sugars argumentation är om hänsyn över huvud taget kan tas till vilka effekterna blir för det domi-

[10] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 150.
[11] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 154–155.

nerande företagets ekonomiska mål. Förstainstansrätten hävdade att den åtskillnad som Irish Sugar ville framhäva inte kunde godtas. Detta motiverades enligt Förstainstansrätten av att

> ”[e]tt sådant resonemang innebär nämligen att tjänster som, med hänsyn till samtliga villkor, är identiska i affärsmässigt hänseende inte anses likvärdiga i den mening som avses i artikel 86 andra stycket c i fördraget [nu artikel 82 (2) (c) EG,], beroende på om de – oavsett skälet – bidrar eller ej till uppnåendet av de ekonomiska mål som fastställts av det företag som har en dominerande ställning.”[12]

I anslutning till detta uttalande underströk Förstainstansrätten att ett sådant rabattsystem inte skulle vara förenligt med artikel 86 c i fördraget (nu artikel 82 (2) (c) EG), eftersom två köpare som köper samma kvantitet av samma produkt betalar olika priser i beroende av om de är konkurrenter eller ej till leverantören på en annan marknad.

Förstainstansrätten hävdade härutöver att Irish Sugar inte hade styrkt att de inköp som gjordes av kunder för industriellt socker kunde minska det dominerande företagets strukturella överkapacitet, om det inte skulle anses att inköpen från konkurrenter inom detaljhandelssocker skulle hindra det dominerande företaget från att självt avsätta sådana kvantiteter på marknaden för detaljhandelssocker. Detta skulle därmed betyda att det dominerande företaget skulle missbruka sin ställning på marknaden för industriellt socker till att missgynna konkurrenter på marknaden i ett efterföljande handelsled.[13]

8.2 Speciellt om kravet på internredovisning

I fallet *GT-Link*[14] hade Østre Landsret i Danmark begärt ett förhandsavgörande i ett mål som omfattade uttag av hamnavgifter för nyttjandet av

---

[12] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 164.
[13] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 164.
[14] C-242/95, *GT-Link*.

Gedsers hamn, som ägdes av De Danske Statsbaner (DSB), som i sin tur ägdes av den danska staten..

> Mellan Gedsers hamn och GT-Link fanns ett avtal, som gav GT-Link rätt att använda den aktuella hamnen. Användarna av hamnen fick betala avgifter främst i form av fartygsavgifter och varuavgifter, som beräknades utifrån fartygens bruttoton eller bruttoregisterton respektive ett visst belopp per ton. I enlighet med den danska lagen om handelshamnar fastställdes avgifterna av trafikministern efter överläggningar med ledningen för hamnarna. Mellan 1956 och 1990 tillämpades ett tillägg till varuavgifterna för importvaror från utlandet med 40 %. Gedsers hamn var föremål för en speciell ministerförordning där det stadgades att DSB:s fartyg (även förhyrda) skulle befrias från hamnavgifter. Fartyg som tillhörde Deutsche Bahns (DB) dotterbolag Deutsche Fähregesellschaft Ostsee mbH (DFO) befriades också från hamnavgifter. DSB erhöll samma förmåner i Tyskland för sina fartyg. GT-Link, å andra sidan, fick inga befrielser från avgifterna.

I sin bedömning av avgiftssystemet ansåg EG-domstolen bl.a. att ett offentligt företag som förvaltar och äger en hamn kan missbruka sin dominerande ställning genom att befria sin egen verksamhet och – under förutsättning av ömsesidighet – endast vissa av sina handelspartners färjetrafik från avgifter. Företaget skulle härmed göra sig skyldigt till en otillåten prisdiskriminering genom att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner till skada för andra av det dominerande företagets handelspartners.[15]

Om olika verksamheter är integrerade med varandra kan det vara svårt att se prisdiskrimineringen om alla externa konkurrenter erlägger samma avgifter. För att kunna se om det dominerande företagets verksamhet verkligen debiterades samma avgifter som konkurrenterna ställde EG-domstolen ett krav på att det dominerande företaget måste behandla sin egen verksamhet lika med sina konkurrenter genom att interndebitera eller kostnadsföra tjänsten. I annat fall blev det fråga om diskriminering:

---

[15] Se C-242/95, *GT-Link*, p. 41.

> ”Vad beträffar avgiftsbefrielse för dess egen färjetrafik skulle [prisdiskriminering kunna föreligga] om det föreföll som om det offentliga företaget i sin bokföring inte avsatte ett belopp som motsvarade det sammanlagda beloppet av de hamnavgifter som det normalt skulle ha varit skyldigt att erlägga på grund av den del av verksamheten som har att göra med driften av färjetrafik.”[16]

DSB hade invänt i målet att eftersom de bar kostnaderna för driften av hamnen kunde det inte vara diskriminerande att befria sig självt från avgifter. Om det skulle finnas ett krav på interndebitering skulle detta enligt DSB enbart vara en ren formalitet eftersom de skulle betala till sig själva.[17]

Argumentationen hos DSB håller inte enligt min mening. En naturlig följd av interndebitering av kostnader är att denna även måste visa sig i prissättningen. I annat fall skall några av konkurrenterna eller någon annan verksamhet bära de kostnader som egentligen skulle ha burits av DSB:s färjetrafik. Detta är en speciell form av subventionering som dock inte direkt kan liknas vid en korssubventionering eftersom det är frågan om att det är konkurrenterna, och inte någon förbehållen sektor, som får betala kostnader för driften av hamnen.

Generaladvokaten Jacobs ansåg att det under dessa omständigheter var nödvändigt att fastställa om DSB:s priser var tillräckligt höga för att täcka DSB:s andel av driftkostnaderna för hamnen jämte en skälig vinstmarginal.[18]

Om ett dominerande företag underlåter att kostnadsföra vissa verksamheter, eller det kan vara svårt att påvisa konkreta kostnader, behöver dock detta inte göra det omöjligt att fastställa ett missbruk. En prisjämförelse med konkurrenterna kan i sådana fall ge en viss vägledning:

> ”I avsaknad av en öppen bokföring kan den omständigheten att de priser som företaget tillämpar för sin egen färjetrafik är onormalt låga i jämförelse

[16] C-242/95, *GT-Link*, p. 42.
[17] Se Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i C-242/95, *GT-Link*, p. 130.
[18] Se Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i C-242/95, *GT-Link*, p. 135.

med dem som tillämpas av konkurrerande färjeföretag utgöra ett indicium på att denna avsättning inte har ägt rum."[19]

Om det dominerande företaget skulle ha avsevärt lägre priser kan det alltså peka i riktning mot ett missbruk. Det är emellertid viktigt att framhålla att det endast är ett indicium. Prisskillnaderna behöver inte vara motiverade av att det dominerande företaget har underlåtit att kostnadsbelasta en verksamhet. Det kan även förklaras av andra orsaker i företagets kostandsstruktur vad gäller fasta kostnader, effektivitet m.m.[20]

EG-domstolen framhöll att:

"Även befrielse från betalning av avgifter, under förutsättning av ömsesidighet, för vissa av det offentliga företagets handelspartner kan utgöra en överträdelse av artikel 86 andra stycket c i fördraget om det skulle visa sig att det sammanlagda beloppet av de avgifter som de senare är skyldiga på grund av användningen av det offentliga företagets hamnanläggningar under en bestämd tidsperiod överstiger beloppet av de avgifter som det offentliga företaget normalt sett skulle ha varit skyldigt att erlägga för de tjänster som det under samma tidsperiod har utnyttjat i sina handelspartners hamnar."[21]

Uttalandet synes ta sikte på situationen när någon av DSB:s handelspartner, t.ex. Deutsche Bahns (DB) dotterbolag, normalt skulle betala ett högre pris för nyttjande av hamntjänster i DSB:s hamnar än vad som DSB skulle få betala för en motsvarande tjänst i DB:s hamnar. Det är alltså en hypotetisk situation, där det bortses från att parterna i utgångsläget inte betalar något för nyttjande av varandras hamnar och där det

---

[19] C-242/95, *GT-Link*, p. 42.

[20] Jfr även Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i C-242/95, *GT-Link*, p. 135, där han framhåller att det kan vara relevant att undersöka huruvida prisskillnaderna kan motiveras av andra faktorer.

[21] C-242/95, *GT-Link*, p. 43. Den engelska versionen lyder: "Reciprocal exemption of some of the public undertaking's trading partners from payment of the duties could constitute breach of Article 86(c) if it was clear that the total amount of the duties ordinarily payable by those partners for the use of the public undertaking's port facilities for a given period was higher than the amount ordinarily payable by that undertaking for the port services which were supplied to it over the same period in its trading partners' ports."

samtidigt antas att den ena parten tar ut ett högre pris än den andra. Förenklat skulle det kunna antas att om priset för DB:s nyttjande av danska hamnar var t.ex. 100 och DSB:s nyttjande av tyska hamnar var 85, så skulle detta, *ceteris paribus*, kunna utgöra ett missbruk enligt uttalandet. Innebär detta att en prisdiskriminering kan uppkomma i ett obligationsrättsligt förhållande bara på grund av att den ena parten tar ut ett högre pris för att tillhandahålla samma tjänst som motparten?

Inledningsvis torde denna situation inte direkt kunna betraktas som en där ett dominerande företag tillämpar olika villkor på likvärdiga transaktioner, eftersom det inte förekommer någon diskriminering när det inte finns någon att diskriminera mot, åtminstone inte så länge som båda parter interndebiterar sina egna kostnader. Att ena parten tar ut en avgift av motparten och av sig själv som är högre än vad motparten tar för samma tjänst – i den mån de är helt jämförbara – kan inte anses leda till en prisdiskriminering. Möjligen skulle prisskillnaden kunna ge upphov till frågor om överprissättning.

Det synes vara svårt att dra alltför stora slutsatser av EG-domstolens uttalande och det förefaller saknas något rekvisit för att ett handlade, såsom det beskrivs av EG-domstolen, skall strida mot artikel 82 (2) (c) EG. Av allt att döma krävs här att någon mer handelspartner är iblandad och behandlas olikt någon gynnad partner, eller att ena parten själv bedriver en verksamhet som gynnas i motsvarande mån. EG-domstolen säger i fallet att det kan strida mot artikel 86.1 EG jämförd med artikel 82 EG om ett offentligt företag med dominerande ställning som äger och förvaltar en handelshamn befriar sin egen färjetrafik eller, under förutsättning av ömsesidighet, vissa av sina handelspartners färjetrafik, från avgifter, såvitt denna befrielse medför att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner.[22]

Att EG-domstolen i rättsfallet betonar ”under förutsättning av ömsesidighet” synes bero på att så länge som DB inte betalar något för utnyttjandet av danska hamnar och vice versa, kunde dessa två företag gemensamt betraktas som den gynnande parten och GT-Link som den ensamt

[22] Se C-242/95, *GT-Link*, p. 46.

missgynnade parten. Skulle DSB å andra sidan ha tagit ut någon avgift även av DB samtidigt som DSB skulle ha åtnjutit avgiftsfrihet i tyska hamnar missgynnades både DB och GT-Link. I generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande framgår att DSB ansåg att ett krav på ömsesidig betalning mellan DSB och DB endast skulle vara en ren formalitet.[23]

För att ett agerande skall stå i strid med artikel 82 EG (dåvarande artikel 86) var det enligt generaladvokaten nödvändigt att fastställa vilket marknadspris som nyttjande av hamnen betingade. Detta pris måste sedan användas i ett avräknings- eller kvittningssystem mellan DSB och DB. När priset väl fastställts torde det inte finnas några hinder mot att hamnarna, under förutsättning att de bokförde transaktionerna, tillämpade ett vederlagsfritt avräkningssystem, dvs. ett system utan nyttjande av likvida betalningsmedel.[24]

Någon form av bokföring och prissättning torde således krävas även om det endast sker ett ömsesidigt utbyte av likartade tjänster. Ömsesidigt nyttjande av hamntjänster utan betalning och speciell bokföring synes i annat fall förutsätta en fullständig symmetri i antalet anlöp och avseglingar till resp. från hamnarna, storlek på färjor och en identisk kostnadsstruktur hos alla berörda hamnar m.m. Ändras dessa förutsättningar uppkommer ett behov av någon form av internprissättning partnerna emellan med tillhörande bokföring, eftersom tjänsterna inte väger jämnt. Finns det härutöver andra aktörer som nyttjar hamnarna blir fastställande av värdet för nyttjande av respektive hamn och vederhäftig bokföring nödvändig för att kunna påvisa att ingen part diskrimineras och får en konkurrensnackdel i förhållande till någon annan part – däri inräknat huvudmannen för hamnen i den mån han själv opererar på samma nivå i förädlingskedjan.

Om det i ett avräkningssystem senare skulle visa sig att t.ex. DB betalar mer för nyttjande av de danska hamnarna än vad DSB betalar för nyttjande av tyska hamnar kan detta utgöra en otillåten prisdiskrimine-

---

[23] Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i C-242/95, *GT-Link*, p. 131.

[24] Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i C-242/95, *GT-Link*, p. 136.

ring, eftersom DSB inte betalar någonting för sin egen trafik. Även i ett tvåpartsförhållande kan därför en prisdiskriminering uppkomma. Situationen kan närmast liknas med den i *Napier Brown*. Skulle DSB i ett sådant läge interndebitera sin egen trafik med samma avgift som DB får betala föreligger naturligtvis ingen diskriminering.

Antag som en komplicerande faktor att det skulle vara billigare att nyttja hamnarna i Danmark än i Tyskland samtidigt och att partnerna i övrigt har samma trafikvolym, storlek på fartyg etc. I sådana fall skulle den danska parten hamna i ett överläge gentemot den tyska parten till följd av den kan nyttja en dyrare tjänst utan att behöva betala merkostnaden för detta. Om den samtidigt inte interndebiterar sig själv för sin egen trafik i de egna hamnarna kan en diskriminering uppkomma.

Sammantaget torde EG-domstolens uttalanden kunna tolkas som att om ett dominerande företag beviljar sin egen verksamhet avgiftsfrihet samtidigt som det tar ut avgifter för samma verksamhet av andra handelspartners, utgör detta en otillåten prisdiskriminering. Skulle även avgifterna som det dominerande företaget tar ut av andra handelspartners skilja sig åt torde detta enbart förstärka diskrimineringen i prissättningen.

8.3 Reglering av prispress och praxis inom telesektorn

I Europaparlamentets och rådets förordning om tillträde till accessnät framhålls särskilt att

> ”[k]ostnads- och prissättningsbestämmelserna för accessnät och tillhörande faciliteter bör vara klara och tydliga, icke-diskriminerande och objektiva för att garantera rättvisa villkor. […] Prissättningsbestämmelserna för accessnät bör främja en sund och hållbar konkurrens […] och säkerställa att det inte förekommer någon snedvridning av konkurrensen, *särskilt inte genom att en anmäld operatör pressar marginalerna mellan priser för grossister respektive slutkunder* [förf. kurs.].”[25]

[25] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2887/2000 av den 18 december 2000 om tillträde till accessnät, p. 11.

Information om villkoren för tillträde bör enligt förordningen tillhandahållas tredje part på samma villkor och av samma kvalitet som för de anmälda operatörernas egen verksamhet i form av adekvata referensanbud. Nationella myndigheter har vidare enligt förordningen möjlighet att, när det är motiverat, framtvinga ändringar i referensanbudet för tillträde till accessnätet och tillhörande faciliteter, men även i fråga om avgifter.[26]

I Kommissionens rekommendation om tillträde till accessnät understryks att principen om icke-diskriminering. För det fall att anmälda operatörer[27] tillhandahåller egna s.k. DSL-tjänster[28] (Digital Subscriber Loop) samtidigt som de tillhandahåller tillträde till accessnätet rekommenderar Kommissionen att de nationella myndigheterna skall kräva att konkurrenterna får betala samma pris som den anmälda operatören tillämpar på sina egna DSL-tjänster.[29]

Kommissionen har i tillkännagivandet om tillträdesavtal inom telesektorn speciellt framhållit att om en operatör där är dominerande inom både produkt- och tjänstemarknaden det är möjligt att prispress kan utgöra ett missbruk.[30] Frågan blir därför hur prispress rent generellt kan fastställas. I likhet med den praxis som framkommit anser Kommissionen i tillkännagivandet att prispress kan påvisas om det dominerande företagets egen verksamhet i det påföljande ledet inte skulle ha varit lönsam om företaget självt hade fått betala samma pris som konkurrenterna. Kommissionen tar i anslutning till den generella definitionen av

---

[26] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2887/2000 av den 18 december 2000 om tillträde till accessnät, p. 12 och artikel 4.

[27] En anmäld operatör är enligt artikel 2 i förodning 2887/2000 ”varje operatör av fasta allmänt tillgängliga telefonnät som av sina nationella regleringsmyndigheter har anmälts ha ett betydande inflytande på marknaden när det gäller att tillhandahålla fasta allmänt tillgängliga telefonnät och tjänster enligt bilaga I avsnitt 1 i direktiv 97/33/EG eller direktiv 98/10/EG”.

[28] DSL = Digital Subscriber Loop.

[29] Kommissionens rekommendation av den 25 maj 2000 om tillträde till accessnät (LLUB) – för att skapa ett konkurrenskraftigt och komplett utbud av elektroniska kommunikationstjänster, däribland bredbandiga multimediatjänster och snabba Internettjänster, 2000/417/EG., artikel 1, p. 7.

[30] Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, p. 117.

prispress upp betydelse av särredovisning av de olika rörelsegrenarna. I avsaknad av en uppdelad redovisning kan det vara möjligt att dölja olönsamma verksamheter genom felallokering/-periodisering av kostnader.[31]

Ett annat sätt att fastställa prispress kan vara att som i *British Sugar – Napier Brown* analysera om marginalen mellan det tillträdespris som tas ut av konkurrenterna på den efterföljande marknaden – inklusive det dominerande företagets egna verksamheter i den mån sådana existerar – och priset som det dominerande företaget självt tar ut av slutkonsumenten på den efterföljande marknaden ger otillräckligt utrymme för en normalt effektiv aktör att uppnå en normal vinstnivå. Ett undantag kan då vara om det dominerande företaget kan visa att dess egna verksamheter på den efterföljande marknaden är osedvanligt effektiva, vilket därmed skulle kunna motivera ett lägre pris än det pris som konkurrenterna skulle ta ut i beaktande av tillträdespriset och normal vinstnivå.[32]

Tillkännagivandet anger huvudsakliga principer och det är givetvis svårt att fastställa vad som skall anses vara en normalt effektiv aktör (*reasonably efficient service provider*) och kanske ännu svårare vad som skall anses vara en normal vinstnivå. Dessa rekvisit torde inte kunna fastställas annat än från fall till fall med hänsynstagande till branschförhållanden, teknisk utveckling, finansiella frågor osv.

Om det dominerande företagets prissättning avser tillträde till exempelvis ett nätverk kan en diskriminerande avgift få effekter såväl bland det dominerande företagets kunder som bland dess konkurrenter.

En form av prispress framkom i fallet *Telia – överlämnat samtal*,[33] där KKV hade ålagt Telia att inte använda tjänsten ”överlämnat samtal” och de villkor som var knutna till tjänsten.

---

[31] Se Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, p. 117.

[32] Se Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, 98/C 265/02, p. 118.

[33] KKV dnr 587/96 och Stockholms Tingsrätt ärende nr. Ä 8-170-96. Se även MD 2002:32, *Telia AB mot Konkurrensverket.*

Fallet avsåg de avgifter för s.k. samtrafik som Telia tog ut av sina kunder vid samtal till konkurrerande telefonnät. Telias kunder skulle upplysas i ett talsvarsmeddelande, som visserligen kunde kopplas bort, att samtalet gick över i ett annat nät och att priset därmed skulle bli ett annat än för ett vanligt telefonsamtal inom Telias eget nät. Konkurrenterna till Telia hävdade att tjänsten skulle medföra en ohållbar situation för dem när ett samtal till deras nät skulle bli mellan 35 och 50 öre dyrare under högtrafik. Telia hade vid tidpunkten för ärendet – 1996 – fyra olika kategorier för samtalsavgifter: när-, region-, fjärr- och utlandssamtal. Beträffande närsamtalen hävdade Telia att de gjorde en förlust vid samtal som slutade i andra operatörers nät p.g.a. samtrafikavgiften, dvs. den avgift som Telia fick erlägga för att en egen abonnent skulle kunna ringa till andra nät. Telia gjorde även gällande att om inte varje tjänst skulle få prissättas var för sig skulle detta innebära en förkastlig korssubventionering och att det inte fanns någon skyldighet att subventionera konkurrenternas verksamhet. Samtrafikavgiften var emellertid ömsesidig och konkurrenterna till Telia fick betala Telia för samtal som påbörjades i konkurrenternas nät och avslutades i Telias nät. Balansen av samtal talade även till Telias fördel såtillvida som Telia hade högre samtrafiksintäkter från konkurrenterna än samtrafikskostnader för samtal som slussades vidare till konkurrenternas nät.

Prissättningen skulle kunna få till följd att kunder skulle dra sig för att teckna abonnemang för fast nätanslutning hos konkurrenterna, speciellt de kunder som var beroende av inkommande telefonsamtal. Konkurrensverket accepterade inte Telias argument att det var konkurrenternas samtrafikavgifter som medförde att Telia fick förluster. Telia tog även ut samtrafikavgifter av de andra teleoperatörerna som var lika stora som konkurrenterna. Konkurrensverket såg inget anmärkningsvärt i att konkurrenterna tog ut lika höga samtrafikavgifter som Telia. Problemet hängde samman med Telias höga avgifter för samtrafik. Konkurrenterna ville hålla nere samtrafikavgifterna medan Telia ville hålla dessa så höga som möjligt. Det synes följa av Konkurrensverkets argumentation att samtrafikavgifterna tog ut varandra och att storleken i sig enbart berodde på Telias vilja att hålla dessa så höga som möjligt.

Telia utgick även från att konkurrenterna skulle införa en liknande prissättning, något som KKV fann oriktigt. Om konkurrenterna skulle

ta ut en avgift för koppling till Telias nät skulle det inte längre finnas någon anledning att teckna abonnemang hos Telias konkurrenter. Under sådana förutsättningar skulle det nämligen bli dyrare både att ringa till och från konkurrenternas nät, medan samtal inom Telias avsevärt större nät skulle ha oförändrade priser. Telia hade i kraft av sin marknadsställning och genom sin prissättning möjlighet att dels direkt påverka konkurrenternas kostnader, dels hindra andra operatörer från att konkurrera. KKV fortsatte:

> ”För att skapa bästa möjliga förutsättningar för mångfald och ett effektivare resursutnyttjande i samhällsekonomin (till nytta för konsumenterna) är det av fundamental betydelse att Telia inte får införa en diskriminerande prissättning gentemot sina egna kunder beroende på till vem (vilket nät) inom Sverige de ringer, en prissättning som innebär att det är dyrare att ringa närsamtal till dem som inte har sin fasta anslutning till Telias nät”

Agerandet från Telias sida var, enligt KKV, ägnat att knyta existerande kunder till Telia samtidigt som nya kunder eller kunder hos konkurrenterna skulle förmås att anlita Telia, något som begränsade både marknader och teknisk utveckling inom landet, varigenom konkurrensen påtagligt hämmades.

Enligt KKV fanns det andra sätt för Telia att erhålla kostnadstäckning för de aktuella samtalen utan att dessa åtgärder hotade att hämma konkurrensen.

För det första kunde Telia sänka samtrafikavgifterna, vilket skulle tillmötesgå konkurrenternas krav. En sänkt samtrafikavgift skulle medföra att konkurrenterna kunde sänka sina motsvarande avgifter och förlusten för Telia skulle därmed kunna åtgärdas. Att Telia inte redan hade gjort detta synes förklaras av att Telia torde ha haft ett stort nettoinflöde av samtrafikavgifter eftersom konkurrenterna i större utsträckning måste använda Telias nät än vice versa. För det andra kunde Telia ändra på förhållandet mellan fasta och rörliga avgifter. Genom att höja de fasta avgifterna skulle de konkurrensbegränsande effekterna kunna elimineras, något som hänger ihop med KKV:s uppfattning att Telia kunde se till att kostnaderna för upplåtelse av nät för samtrafik påfördes hela kundkollektivet och inte bara vissa kunder i vissa speciella trafikfall.

Efter konkurrensverkets beslut ändrades emellertid både pris- och kostnadsnivåerna. Utvecklingen på telemarknaden blev radikal och Telias betalningsnetto var positivt. Telia ansåg sig dessutom inte längre göra några förluster på ”överlämnat samtal” varför det inte längre var aktuellt att införa den nu aktuella taxan. Likväl överklagade Telia ärendet till Stockholms tingsrätt och yrkade att tingsrätten skulle upphäva KKV:s beslut. Anledningen till överklagandet var att Telia ville få fastslaget att företaget vid behov hade rätt att införa en kostnadsbaserad prissättning. Tingsrätten konstaterade att det utkast till taxa som KKV:s beslut omfattade hade förlorat sin aktualitet och att Telia ville ha ett vägledande avgörande om en kostnadsbaserad prissättning. Tingsrätten sade dock att det inte var ”[…] rättens uppgift att bedöma frågor som är av enbart teoretiskt juridiskt intresse. Domstolarnas uppgift är att lösa konkreta tvister och inte att syssla med frågor som saknar kontakt med det praktiska livet”. Vidare fann tingsrätten att partnerna inte hade åberopat ett tillräckligt beräkningsmaterial till ledning vid bedömningen. Den som skulle ha lagt fram ett sådant material efter det att Konkurrensverket framfört grundade skäl för att agerandet utgjorde ett missbruk, var närmast Telia som var i besittning av materialet. Utan sådant underlag fann tingsrätten heller inte skäl att ändra Konkurrensverkets beslut.[34]

Fallet kan ses som ett exempel på de negativa effekter som kan uppkomma när ett dominerande och integrerat företag tar ut orimliga avgifter för tillträde eller tillhandahållande av en produkt (vara eller tjänst), där tillgång till produkten är nödvändig för konkurrenterna för att överhuvudtaget kunna konkurrera med dominanten.

[34] Det var senare inte aktuellt att införa den nu aktuella tjänsten men eftersom Konkurrensverkets åläggande hade fastställts av tingsrätten överklagades domen till marknadsdomen. MD upphävde åläggandet, något som även KKV hade medgivit. Se MD 2002:32, *Telia AB mot Konkurrensverket*.

8.4 ONP Kommitténs dokument om prissättning

Som en uppföljning till förordningen om tillträde till accessnät har Kommissionen inom ramen för ONP-kommittén presenterat ett diskussionsunderlag, i vilket prispress är en av de huvudpunkterna.[35] Enligt dokumentet är det tre huvudsakliga faktorer som skall undersökas vid prispress[36]

1. Pris för tillträde (*access price,* A_i), dvs. det pris som den integrerade operatören[37] tar ut av konkurrenterna.
2. Den integrerade operatörens eget pris till slutkonsumenterna (*incumbent's retail price of the corresponding service,* P_i) under förutsättning att tillträdes- och slutförbrukartjänsterna kan jämföras[38]
3. Den integrerade operatörens kostnad för att tillhandahålla slutförbrukartjänsten (*cost incurred by the incumbent in delivering the retail service,* IC_i), dvs. de tillkommande kostnader som uppkommer utöver kostnaderna för A_i.

Svårigheten med testet ligger framförallt i att korrekt fastställa IC_i. Under förutsättning att denna kostnad kan fastställas, så uppkommer prispress om operatörens pris för tillträde tillsammans med de tillkommande kostnaderna är högre än operatörens eget pris till slutkonsumenterna, dvs. om

$$A_i + IC_i > P_i.$$

---

35 Europeiska Kommissionen, ONP Committee, *Pricing issues in relation to unbundled access to local loop*, ONPCOM 01 – 17, 2001. Nationella myndigheter inom telesektorn börjar även komma med mer detaljerade riktlinjer för hur prispress skall kunna undvikas och tar upp riktlinjer över hur prispress skall fastställas för olika teletjänster. Se t.ex. riktlinjer från Nederländerna: OPTA en NMA, *Richtsnoeren prijssqueeze*, OPTA, EGM/2000/200494, NMa/2201/12, 2001.

36 Europeiska Kommissionen, ONP Committee, *Pricing issues in relation to unbundled access to local loop*, ONPCOM 01 – 17, 2001. s. 5.

37 I det följande kommer benämningen integrerat företag att användas synonymt med ett integrerat och dominerande företag.

38 Jfr artikel 82 (2) (c) – kriteriet "likvärdiga transaktioner".

Empiriskt ger detta enligt ONP dokumentet upphov till tre effekter. För det första skulle operatören inte kunna tillhandahålla tjänster med lönsamhet vid priset P_i om operatören själv skulle vara tvungen att betala A_i. För det andra speglar inte IC_i de verkliga kostnaderna. Slutligen, och för det tredje, är operatörens marginal negativ för slutkonsumenttjänsterna, dvs.

$(P_i - (A_i + IC_i) < 0.$[39]

Det skall noteras att ONP dokumentet genom detta test inte eftersträvar att åstadkomma ett test som ger besked om lagligheten för varje prissatt tjänst, utan snarare ett arbetssätt för att fastställa huruvida operatörens prisstruktur i allmänhet är laglig. För att kunna uttala sig om ett pris utgör ett missbruk måste de tillkommande kostnaderna (IC_i) kunna bestämmas med relativt hög precision och det är inte alltid möjligt att genomföra detta, t.ex. eftersom redovisningssystemet inte specificerar detta. Fastställande av relevanta prisnivåer utifrån kostnader benämns ofta en ”*bottom-up*” analys i anledning av att kostnaderna läggs ovanpå varandra för att härigenom utgöra underlaget för en korrekt prissättning. Vid en konkurrensrättslig analys kan även en sådan metod användas för att kontrollera huruvida en prissättning lämnar tillräckligt utrymme för en effektiv aktör att konkurrera med det dominerande företaget på basis av de verkliga kostnaderna hos det dominerande företaget. Fastställandet av kostnader är därför av central betydelse. Svårigheter att påvisa kostnader behöver dock inte omöjliggöra en konkurrensrättslig analys.

8.4.1 Alternativa testmetoder

ONP-dokumentet framhåller att prispress även innebär att operatörens marginal i detaljhandelsledet (M_d) är negativ (se ovan). Antag att priset för tillträde till nätet även gäller lika för operatörens egen verksamhet i det efterföljande ledet. I så fall skulle det totala marginalen (M_{tot}) utgö-

[39] Europeiska Kommissionen, ONP Committee, *Pricing issues in relation to unbundled access to local loop*, ONPCOM 01 – 17, 2001, s. 6.

ras av marginalen för accessnätet (M_a) och marginal för detaljhandelsledet (M_d), dvs.

$$M_{tot} = M_a + M_d.$$

Om både M_a och M_{tot} är kända är det härigenom lätt att fastställa om det föreligger en prisspress, dvs. om M_d är negativ. Genom att ha kunskap om det dominerande företagets totala marginaler och marginaler i tidigare handelsled är det härigenom möjligt att fastställa prispress, även om de tillkommande kostnaderna, IC_i, är okända.[40]

8.5 Allmänna test för prispress

På basis av vad som har framkommit i rättspraxis och de rekommendationer som har utfärdats av Kommissionen är det möjligt att som ovan visats formulera vissa enkla test för fastställande av olagligt beteende. Dessa test förefaller dock vara alltför rudimentära för att kunna användas i ett verkligt sammanhang och det finns sålunda ett behov av att utveckla. King och Maddock har utförligt behandlat problemet med prispress och på basis av deras arbete och slutsatser kommer i det följande förslag till utveckling av konkurrensrättsliga test för prispress att presenteras.[41]

---

[40] Se Europeiska Kommissionen, ONP Committee, *Pricing issues in relation to unbundled access to local loop*, ONPCOM 01 – 17, 2001, s. 6.

[41] Se King, S. P., Maddock, R., *Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze*, Australian Business Law Review, 2002, s. 43–60. Resonemanget är i stort utvecklat på basis av Hausmans och Tardiffs regel för prissättning av grossist/detaljistprodukter. Se Hausman, J. A., Tardiff, T. J., *Efficient local exchange competition*, The Antitrust Bulletin, 1995, s. 529–556. Regeln kallas för en ”imputation rule”, eftersom det integrerade företaget debiterar sig själv en internkostnad för en accessprodukt: ”[The integrated firm] is imputing (charging itself) the wholesale price into its retail service” (s. 543). Enligt den regeln måste ett integrerat företag interndebitera sig självt samma kostnader som det tar ut av sina konkurrenter för konkurrerande produkter: ”The imputation rule states that an [integrated firm] will be required to provide ’monopoly service elements’ where the price it charges to competitors is imputed into its own price for competing services […]” (s. 543).

8.5.1 Marginaltestet

Den enklaste formen av tester kräver att det integrerade och dominerande företagets marginalintäkt (dvs. pris per enhet) för en produkt inte får vara lägre än produktens marginalkostnad. Marginalkostnaden skall beräknas utifrån förutsättningen att det integrerade företaget köpte access-/insatsprodukten till samma pris/priser som konkurrerande icke-integrerade företag.

Förutom de faktorer som har definierats av ONP-kommittén är det viktigt att analysera det integrerade och dominerande företagets egna kostnader för tillhandahållande av access- eller insatsprodukten, C_a. Antag att det integrerade företaget och konkurrenterna har samma förädlingskostnader, dvs. $IC_i = IC_k$. Om C_a är mindre än A_i kommer det integrerade företaget i så fall att kunna pressa konkurrenter om $A_i + IC_i > P_i$, så länge som $P_i - IC_i - C_a > 0$. Det integrerade företaget behöver alltså inte sätta sina priser underskridande kostnader för att pressa sina konkurrenter. I förlängningen kan detta medföra eliminering, eller åtminstone snedvridning av konkurrens. Detta är även den främsta orsaken till varför prispress inte kan hanteras med hjälp av de test som utvecklats för rovprissättning. Det integrerade företaget gör i detta exempel inte en förlust, men avstår likväl från en högre vinstnivå, vilket kan betraktas som en alternativkostnad. Själva tanken med ett prispresstest är att skapa lika villkor för såväl det integrerade företaget som dess konkurrenter mot bakgrund av att konkurrenterna inte klarar sig utan tillgång till den nödvändiga faciliteten/insatsprodukten – ett *level playingfield*.[42]

8.5.2 Intäktstestet

Marginaltestet ger endast besked om det integrerade företaget utsätter sina konkurrenter för prispress på marginalen. Om hänsyn även tas till försäljningsvolymen kommer ett alternativt test att bli nödvändigt att använda. I stället för att se till marginalintäkten sätts fokus på att de

[42] Se King/Maddock, a.a. s. 47–48.

samlade intäkter som det integrerade företaget erhåller vid försäljning av den förädlade produkten överstiger de kostnader som det integrerade företaget har för framställning av produkten. De samlade kostnader skall beräknas som om det integrerade företag fick betala lika mycket för access-/insatsprodukten som icke-integrerade konkurrenter.

Vid samma förutsättningar som vid användning av marginalkostnadstestet föreligger en prispress om

$P_i q_i < q_i(A_i + IC_i)$, där q_i är det integrerade företagets försäljningsvolym.

Anledningen till att det bör finnas två grundläggande och kompletterande test är de är olika känsliga för storleken på fasta kostnader och om marginalkostnaderna är stigande eller avtagande. Skulle det exempelvis finns höga fasta kostnader, så fångas de inte upp av marginaltestet, men däremot av intäktstestet. Effekten av avtagande eller stigande marginalkostnader kan även neutraliseras genom användning av intäktstestet. Om det integrerade företaget skulle sätta en fixerad avgift på access-/inträdesprodukten så kan företaget klara intäktstestet, men däremot inte marginaltestet. Det är sålunda av vikt att beakta båda testerna och om det integrerade företaget inte klarar någondera av testerna är detta en indikation på att en prispress förekommer.[43]

8.5.3 Test för prispress vid försäljning av flera produkter

I verkligheten är endast sällan som ett integrerat företag endast tillhandahåller en produkt. Oftast finns det ett flertal produkter som är beroende av samma insatsvara och det kan finnas samkostnader vid tillverkningen av dessa produkter. Som i fallet med korssubventionering är allokering och periodisering av kostnader en faktor som komplicerar analysen och gör det mycket svårt att använda sig av de kraftigt förenklade test som bl.a. diskuterats av Kommissionen. King och Maddock har identifierat olika situationer där de ursprungliga testerna måste modifieras.

[43] Se King/Maddock, a.a. s. 48–49.

8.5.3.1 Intäktstestet justerat för flerproduktförsäljning

Basuppgifter	**Produkt 1**	**Produkt 2**
Accesskostnad/enhet, A_i	€100	€100
Förädlingskostnad/enhet, IC_i	€100	€200
Samkostnader		€1.000
Försäljningsvolym, q_i	20 st	20 st
Försäljningspris/enhet, P_i	€200	€300

Resultaträkning	**Produkt 1**	**Produkt 2**	**Totalt**
Totala intäkter	€4.000	€6.000	€10.000
Förädlingskostnader	- €2.000	- €4.000	
Samkostnader		- €1.000	- €7.000
Vinst utan accesskostnad			€3.000
Accesskostnad	- €2.000	- €2.000	- €4.000
Resultat inkl. accesskostnad			**- €1.000**

Tabell 8.1. Illustration av problemet med samkostnader och prispress.

Tabellerna ovan ger vid handen att det integrerade företaget vid dessa prisnivåer och volymer skulle göra en vinst så länge som inte A_i var högre än €75 (€3.000 / 40 enheter). Allt annat lika skulle konkurrenterna emellertid inte kunna klara av dessa prisnivåer eftersom de måste betala €100 för access-/inträdesprodukten, vilket inte ger någon lönsamhet, utan de kommer att förlora €1.000 vid detta pris på A_i.

Det integrerade företaget kanske klarar marginaltestet, men eftersom de totala kostnaderna ger vid handen att prissättningen är olönsam för en lika effektiv konkurrent så föreligger en prispress från det integrerade företaget. Mot bakgrund av detta räkneexempel anser King och Maddock att intäktstestet bör utvidgas till att omfatta alla individuella produkter och alla olika kombinationer av produkter, vilket skulle kunna eliminera problemet med allokering av gemensamma kostnader.[44]

[44] Se King/Maddock, a.a. s. 52.

Enligt min mening är detta är ett orimligt högt ställt krav. Om det integrerade företaget sålde 100 olika produkter skulle de multipla kombinationerna av olika produkter bli praktiskt omöjliga att överblicka, såväl för det integrerade företaget som för konkurrensvårdande myndigheter. Komplexiteten i testen risker därmed att bli så hög att den praktiska användbarheten kan ifrågasättas. Testet synes därför endast vara lämpligt att använda när det finns ett begränsat antal kombinationer av produkter. Ett mer praktiskt sätt skulle kunna vara att istället utföra intäktstestet för de produktgrupper eller produktområden som det integrerade företaget tillhandahåller. Detta skulle begränsa analysen till en bättre hanterlig nivå.

8.5.3.2 Verksamhet på konkurrensutsatt och förbehållen marknad

Ett problem som anknyter till korssubventionering är vilket test som är lämpligt att använda när det integrerade företaget opererar inom både en konkurrensutsatt och förhållen sektor av efterföljande handelsled med produkter som kräver samma access-/insatsprodukt. Om det integrerade företaget tar ut högre priser för produkter inom den förbehållna sektorn än den konkurrensutsatta finns det risk att en utestängande prissättning inte fångas upp av det justerade intäktstestet.

Enligt King och Maddock bör fokus i dessa fall ligga på orsakerna till varför det integrerade företaget opererar inom olika verksamheter. Om den förbehållna sektorn inte har några egentliga inträdesbarriärer mer än höga investeringsnivåer borde detta inte medföra att marknaderna inte kan räknas samman, varvid det integrerade företaget skulle klara det justerande intäktstestet. Skulle, å andra sidan, den förbehållna verksamheten vara ett resultat av reglering vore det orimligt att låta det integrerade företaget dra otillbörlig fördel av vinster från det skyddade monopolområdet för att subventionera prispress mot konkurrenter. I sådana fall måste en lämplig fördelning göras av eventuella samkostnader mellan den förbehållna och konkurrensutsatta verksamheten och

intäktstestet skall därefter göras separat för produkter inom den konkurrensutsatta verksamheten.[45]

Ett annat sätt att illustrera problem vid försäljning till två olika kundkategorier kan uppkomma när det finns olika kostnader för att betjäna de olika kundkategorierna, samtidigt som det integrerade företaget tillämpar ett enhetspris. Antag att Kund 1 är en kund som av någon anledning – t.ex. omställningskostnader – är fastlåst i ett affärsförhållande med det dominerande företaget och att Kund 2 kan betjänas av både det dominerande företaget och dess konkurrenter. Antag vidare att basuppgifterna ser ut som följer och att det integrerade företagets konkurrenter enbart opererar inom den konkurrensutsatta sektorn.

Basuppgifter	**Kund 1**	**Kund 2**
Accesskostnad/enhet, A_i	€100	€100
Förädlingskostnad/enhet, IC_i	€100	€100
Fasta försäljningskostnader	€200	€500
Försäljningsvolym, q_i	20 st	20 st
Försäljningspris/enhet, P_i	€220	€220

Sammantaget gör detta att det integrerade företaget kommer att göra ett positivt resultat inom den förbehållna sektorn och en förlust inom den konkurrensutsatta enligt följande.

Resultaträkning	**Kund 1**	**Kund 2**	**Totalt**
Totala intäkter	€4.400	€4.400	€8.800
- Accesskostnader	- €2.000	- €2.000	
- Förädlingskostnader	- €2.000	- €2.000	
- Fasta försäljningskostnader	- €200	- €500	
Totala kostnader	- €4.200	- €4.500	- €8.700
Totalt resultat	**€200**	**- €100**	**€100**

[45] Se King/Maddock, a.a. s. 52–53.

Sålunda använder det integrerade företaget vinstmedel från den förbehållna sektorn och subventionerar den konkurrensutsatta. Det integrerade företagets konkurrenter och tillika kunder för access-/inträdesprodukten kommer därigenom att utsättas för en prispress, eftersom de aldrig kan hålla lika låga priser som det integrerade företaget. Trots detta förhållande kommer det integrerade företaget att klara intäktstestet eftersom verksamheten, totalt sett är lönsam vid dessa prisnivåer för accessprodukten och slutprodukten.

Lösningen på detta problem är liksom tidigare, enligt King och Maddock att betrakta kunderna som helt separata och inte göra sammanräkningar av intäkterna som totalt sett ger lönsamhet för det integrerade företaget.[46]

Denna slutsats bör enligt min mening användas med försiktighet. Om företag tillåts söka den mest optimala kombinationen av produktutbudet kan detta inverka positivt på effektiviteten. Problem kan emellertid uppkomma när det är omöjligt för konkurrenter att möta en liknande kombinationsintäkt. Vore båda marknaderna öppna för konkurrenterna är konkurrensförutsättningarna lika, förutsatt att det integrerade företaget klarar intäktstestet. Om den ena marknaden är stängd för konkurrenter p.g.a. av legala hinder kan det vara lämpligt att använda ett separat intäktstest för den konkurrensutsatta marknaden.

8.5.3.3 Skillnader i kostnaderna för access-/inträdesprodukten

Testen som hittills presenterats förutsätter att access-/inträdesprodukten är helt identisk och/eller att kostnaden för att framställa produkten är densamma oavsett om den säljs internt inom det integrerade företaget eller externt till konkurrenter.

I vissa fall kan det vara så att det integrerade företaget har olika kostnader vid försäljning internt i förhållande till extern försäljning. Orsakerna härtill kan variera, t.ex. i det att det externa företaget köper oregelbundet eller vissa varianter av en accessprodukt. Om det går att

[46] Se King/Maddock, a.a. s. 53–54.

styrka att det integrerade företaget verkligen har lägre kostnader för internförsäljning har det i litteraturen ansetts nödvändigt att modifiera testerna för prispress. Hausman och Tardiff föreslår att marginaltestet kan justeras för dessa förhållanden. Hänsyn måste således tas till att kostnaden för accessprodukten, C_i, kan delas upp i kostnaden för att sälja internt ($C_{i\text{-}internt}$) och externt ($C_{i\text{-}externt}$).[47] Härmed behöver även prispresstestet göras om, varvid prispress i sin grundläggande form kan sägas föreligga om

$$P_i < (IC_i + A_i - (C_{i\text{-}externt} - C_{i\text{-}internt})).$$

Härigenom har en justering gjorts för den reella kostnadsskillnad som uppkommer vid intern respektive extern försäljning av access-/inträdesprodukten.

King och Maddock anser emellertid att Hausman och Tardiffs justering av testet likafullt kan leda att prispress inte kan upptäckas. Om det integrerade företaget och dess konkurrent är lika effektiva kommer priset på slutprodukten att bestämmas av accesspriser. I det läget kommer det integrerade företaget alltid att ha en lönsamhetsfördel framför sina konkurrenter. Om det integrerade företaget låter kostnadsfördelen ta sig uttryck i lägre priser på slutprodukten kommer det kortsiktigt att gå miste om vinsterna (alternativkostnad), vilket enbart är optimalt om det därigenom kan eliminera en konkurrent och senare återhämta dessa alternativkostnader. Det mest optimala på både lång och kort sikt vore därför att ta ett marginellt lägre pris, eftersom detta både ger högre vinster härrörande från kostnadsfördelen och åstadkommer prispress på konkurrenten. Härigenom kan det integrerade företaget åstadkomma en prispress även vid ett marginellt utnyttjande av sin kostnadsfördel. I och med att det är mycket svårt att med någon acceptabel exakthet fastställa hur stor denna marginella prisskillnad skall vara för att få effekt anser King och Maddock därför som utgångspunkt och av praktiska skäl att

[47] Se Hausman/Tardiff, a.a. s. 543, 546. ”If the [integrated firm] can serve itself at a lower cost than a competitor […] the imputation rule needs to account for the cost difference.” (s. 543).

även om det integrerade företaget har en kostnadsfördel vid internförsäljning bör det ursprungliga testet inte ändras.[48]

En möjlig modifikation av testet som enligt King och Maddock dock skulle kunna vara motiverad är att det integrerade företaget inte bara måste visa på en kostnadsfördel för access-/inträdesprodukten vid intern försäljning utan att det dessutom måste visa att det har en kostnadsnackdel i det efterföljande handelsledet. I så fall skulle en rabatt maximalt motsvarande kostnadsfördelen vara motiverad. King och Maddock anser att Hausman-Tardiff-justeringen av den ursprungliga regeln endast måste betraktas som halva lösningen; den skulle ge alltför stort spelutrymme för det integrerade företaget. Tvåstegslösningen med påvisande av fördelar i produktionen av insatsvaran och nackdelar i det efterföljande handelsledet är enligt King och Maddock bättre även om den skulle kunna leda till ineffektiv produktion vid felbedömningar från myndigheterna.[49]

Resonemanget från King och Maddock förefaller enligt min mening vara rimligt från ett konkurrensrättsligt perspektiv. Problemet med prispress förekommer oftast, som nämnts ovan, när det är fråga om tillhandahållande av någon form av nödvändig facilitet. Under dessa förutsättningar kan det röra sig om ett nära nog *de facto* eller *de jure* monopol. Såsom visats tidigare ökar kraven på dominerande företag i takt med att företagets dominans ökar. Den eventuella risk som uppkommer från en alltför strikt prissättningsregel i detta sammanhang torde därför uppvägas av intresset att upprätthålla en långsiktigt hållbar och effektiv konkurrens.

---

[48] Se King/Maddock, a.a. s. 56.

[49] Se King/Maddock, a.a. s. 56–57.

AVDELNING II

Prisdiskriminering

9. Prisdiskriminering i ekonomisk litteratur

Variationer i prisnivåer är vanliga inom affärslivet. Konsumenter i allmänhet kanske inte reagerar när en vara, som betraktas som mycket högkvalitativ, säljs till ett avsevärt högre pris än en vara av lägre kvalitet. På samma sätt torde inte många sommarturister känna sig missgynnade i förhållande till någon som till avsevärt lägre pris hyr en strandstuga i mitten av januari, när den ljuvligt varma sandstranden bytts mot minusgrader, snö och is. Om förutsättningarna ändras och samma vara säljs till olika priser – till synes utan motivering – ligger det nära till hands att börja ifrågasätta agerandet, speciellt om det tillämpas av en dominerande säljare. Antag att vi har två konkurrerande företag som ligger lika långt från en säljare och har ungefär lika höga inköpsvolymer. Om dessa får köpa samma insatsvaror till helt olika priser och säljaren är helt dominerande, så ligger det nära till hands att dra slutsatsen att säljaren tillämpar en olagligt diskriminerande prispolitik. Å andra sidan kan det vara så att säljaren påstår att han endast svarar på en tillkommande konkurrens från en konkurrerande leverantör, som endast opererar i den första kundens område. Ett annat alternativ är att det dominerande företaget på grund av sin kostnadsstruktur finner det lämpligt att ta ut ett högre pris av den ena köparen eftersom detta maximerar säljarens vinster, vilket garanterar den långsiktiga överlevnaden för den dominerande säljaren.

Ett grundläggande problem vid en juridisk prövning av ett prissystem är till att börja med terminologiskillnader mellan ekonomisk teori och

juridik. Inom juridiken och speciellt inom konkurrensrätten är diskriminering oftast något som avser ett oönskat beteende. Diskriminering är ett laddat begrepp såtillvida som det för tankarna till någon form av negativ och olaglig särbehandling av någon affärspartner eller konkurrent eller till att någon affärspartner otillbörligt gynnas i förhållande till någon annan aktör på marknaden. Förbud mot diskriminering förekommer även inom andra rättsområden, t.ex. arbetsrätten, där diskriminering på grund av kön, etnisk härkomst etc. inte är tillåten. Inom EG-rättten anses diskriminering p.g.a. nationell tillhörighet vara otillåten eftersom den kan hindra förverkligandet av den inre marknaden. Diskriminering är därför något som inom juridiken betraktas som någon form av oönskat beteende. Inom den ekonomiska vetenskapen läggs inga värderingar i begreppet prisdiskriminering så att detta skulle ses som någon form av oönskat beteende. Beteckningen är istället mer beskrivande i det att den är en förklarande term för ett företags priser i förhållande till dess kostnader.

Kanske mot bakgrund i terminologiskillnader, kanske till följd av en låg förståelse av den ekonomiska teorin så har prisdiskriminering i juridiska sammanhang betraktats som relativt dubiös.[1] Inom den ekonomiska teoribildningen är emellertid prisdiskriminering inte nödvändigtvis något som utgör ett oönskat beteende.

Från juridisk synpunkt kan en vag definition av prisdiskriminering förefalla vara svår använda i en konkurrensrättslig analys. Det kan finnas goda och objektivt förklarliga skäl till att sälja samma produkt eller tjänst till olika priser. Så kan t.ex. transportkostnader förklara varför varor kostar mindre i region A än i region B. Utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv avses med prisdiskriminering generellt sett något som skadar konkurrensen och överför otillbörligt mycket av välfärdsvinsten från konsumenter till producenterna. Även om vissa kunder kan gynnas kommer genomsnittet av konsumentkollektivet att missgynnas och får

[1] Jfr bl.a. Varian, H.R., *Price Discrimination* i Handbook of Industrial Organization, 1989, s. 643.

antingen betala för mycket för varan eller tjänsten, acceptera ett för lågt utbud eller se att priset inte står i rimlig proportion till den ekonomiska – alternativt ideella – nytta som varan eller tjänsten ger konsumenten. Prisskillnader är i sig inte något olagligt – tvärtom – i många fall har prisskillnader helt naturliga förklaringar. Sådana skillnader i företagens prissystem måste betraktas som helt laglig *prisdifferentiering*.

Här skall analyseras vilka prissättningsmetoder som kan – och möjligen bör – anses vara olagligt diskriminerande i juridisk mening. Detta avsnitt kommer att behandla hur prisdiskriminering regleras i konkurrenslagstiftningen och vilken praxis som har utvecklats av domstolar och myndigheter i anslutning härtill. En analys kommer även göras *de lege ferenda* huruvida nuvarande lagstiftning och praxis leder till en bättre konkurrens och ett bättre utfall för konsumenterna. Innan de specifika bestämmelser som reglerar prisdiskriminering behandlas skall dock här följa en genomgång av ekonomisk teori om prisdiskriminering för att härigenom söka kunna definiera den ekonomiska företeelse som konkurrenslagstiftningen skall reglera.

9.1 Förekomst av prisdiskriminering i näringslivet

Det är svårt att presentera en heltäckande bild eller göra en korrekt kategorisering av hur prisdiskriminering förekommer i vardagen eftersom prisskillnader uppträder i många olika former. En översiktlig klassificering av hur prisdiskriminering kan observeras i vardagen har gjorts av Scherer och Ross och avsnitten 9.1.1–9.1.4 nedan baseras på denna klassificering.[2] Scherer och Ross tar ingen ställning till huruvida förfa-

[2] Se Scherer/Ross, a.a. s. 491–494. Uppställningen har enligt författarna efter vissa ändringar baserats på Fritz Machlup, *Characteristics and Types of Price Discrimination*, i National Bureau of Economic Research conference report, Business Concentration and Price Policy, Princeton, 1955, s. 400–423. Rapporten är i sin tur baserad till viss del på Ralph Cassady, Jr., *Techniques and Purposes of Price Discrimination*, Journal of Marketing, 1946, s. 135–150. Cassady talar om direkta, halv-direkta och indirekta metoder för prisdiskriminering. Den första kateogin handlar om vad han kallar personlig diskriminering, dvs. olikabehandling av skilda indi-

randen skall anses vara otillåtna eller konkurrensbegränsande utan bidrar snarare med en strukturerad bild över diskriminerande prissättning i allmänhet.

9.1.1 Diskriminering av enskilda konsumenter/köpare

Den mest klassiska formen av prisdiskriminering torde vara basaren eller en persisk marknad där varje kontrakt förhandlas individuellt. Vid köp av t.ex. en orientalisk matta på en marknad i Istanbul sätts priserna helt beroende på hur duktig köparen är att förhandla om priset. En liknande situation kan vara när en privatperson skall köpa en begagnad bil.

I en koncentrerad marknad kan en köpare ibland spela ut säljarna mot varandra och till sist kommer säljaren och köparen överens om ett pris som skiljer sig från det ordinarie listpriset. Ett exempel kan vara när det föreligger en kartellsituation och någon av de mindre tillverkarna ser sitt handlingsutrymme begränsat p.g.a. kartellen och beviljar hemliga rabatter till vissa kunder.

Prissystem utformas i vissa fall efter köparens förmåga att betala. Mindre bemedlade köpare får betala ett lägre pris eftersom de är mer priskänsliga (hög efterfrågeelasticitet) än rikare kunder. Om företaget höll kvar ett högt pris skulle de mer priskänsliga kunderna inte köpa några varor/tjänster. Ett exempel kan vara advokatfirmor där det finns en pristariff för brottmål, som kan avspegla den statliga ersättningen för offentlig försvare, medan samma byrå kan ta ut ett avsevärt högre timarvode för affärsjuridiska ärenden.

Ett relativt vanligt sätt att ta ut olika priser av olika kunder är genom mätning av användningen. Konsumenter som använder varan eller tjänsten mindre än andra får betala ett högre pris per enhet (exempelvis tid) än andra, även om skillnaden i kostnader kan vara försumbar. Det är t.ex. vanligt att större kopieringsmaskiner innehåller ett räkneverk

---

vider. Halvdirekt diskriminering förekommer enligt Cassady när olikabehandlingen träffar skilda grupper av individer. Indirekta metoder, slutligen, innebär att produkten tillhandahålls till olika priser, men någon form av produkt- eller servicedifferentiering förekommer för att kunna skilja olika grupper från varandra.

och där hyran eller kostnaden för serviceavtal är beroende av hur många kopior som maskinen har kört. Ett annat exempel kan vara telefonabonnemang. Telekomindustrin kännetecknas av stora initiala investeringar i infrastruktur, t.ex. fasta telefonledningar/växlar eller basstationer för mobil kommunikation. Priset för att nyttja tjänsten består ofta av en fast avgift och en rörlig avgift. Kostnaden för att tillhandahålla ett enskilt telefonsamtal är ofta mycket låg i förhållande till den avgift som ett enskilt samtal betingar.

9.1.2 Gruppdiskriminering

Tillhandahållande av produkter med ett enhetligt fraktvillkor kan göra att vissa får betala för mycket i förhållande till leveransavståndet. Kunder som belägna på olika avstånd från säljaren och som köper varan fritt levererad enligt t.ex. DDP (angiven ort) enligt Incoterms 2000 kommer, beroende på den ort på vilken köparen är belägen, att medföra olika höga kostnader för säljaren. Om säljaren tar ut samma frakt av alla köpare även om köpare 1 är belägen mycket närmare än köpare 2 föreligger en form av diskriminering.

Vissa former av prisskillnader kan vara ägnade att eliminera konkurrenter. Priskrig kan ha olika orsaker och ibland kan ett stort företag se en mindre konkurrent som ett hot mot sin egen verksamhet och sänka priserna dramatiskt och systematiskt i syfte att vinna över så många av konkurrentens kunder som möjligt för härigenom driva rivalen i konkurs, bort från marknaden eller på något sätt disciplinera honom. Detta har i amerikansk litteratur oftast betecknats som *predatory pricing*, vilket avspeglar något slags rovbeteende. Rovprissättning är en central del av detta arbete och behandlas mer detaljerat i kapitel 5 ovan.

Vid kraftig överproduktion uppkommer emellanåt ett behov av att dumpa överskott. Vissa branscher kräver mycket stora investeringar för att uppnå en lönsam volym. Tidvis kan kapaciteten temporärt även överstiga efterfrågan, vilket ger behov att snabbt bli av med produktionen för att undvika lageruppbyggnad. Skulle företaget sälja bort överkapaciteten på sina reguljära marknader är risken stor att bolaget gör förluster eftersom priset skulle sjunka för mycket på grund av utbudsö-

verskottet. Det vore därför bättre att sälja överskottet på en avlägsen marknad, vilket kan vara en drivkraft till dumpning av priser på någon exportmarknad.

Om konkurrensen är eftersatt inom ett område kan ett dominerande företag försöka få ut så mycket som möjligt av varje region. Priser hålls lägre i de regioner där konkurrensen är hårdast. Där ett dominerande företag inte möter så hård konkurrens finns det utrymme för att hålla ett högre pris. Stora prisskillnader på bananer förekom inom Europa under 1970-talet, vilket medförde att United Brands ansågs hade missbrukat sin marknadsdominerande ställning.

Det är vanligt att attrahera nya kunder genom att använda introduktionspriser i olika former. Kunderna offereras lägre priser än vad som redan etablerade kunder betalar i hopp om att få trogna kunder i framtiden. Detta är ett vanligt sätt för t.ex. tidningar att skaffa nya prenumeranter. Studenter erbjuds t.ex. en låg prenumerationskostnad i hopp om att de tycker om tidningen och fortsätter att prenumerera till fullpris sedan de har tagit examen. Liknande erbjudande ges alltemellanåt även till nya presumtiva prenumeranter, där det inte är ovanligt att tidningen skickas ut gratis under en kortare period i syfte att väcka intresse för tidningen. Lösnummerpriset kan vara 15 kr och tidningen ger alltså en 100 % rabatt i syfte att vinna en prenumerant.

Rabatter kan även användas för att skapa lojalitet hos köparen. Vissa rabattsystem belönar kunder direkt för att de lägger en stor del av sina inköp hos säljaren. Sådana rabatter benämns ofta lojalitetsrabatter eller *fidelity rebates / loyalty rebates* och innebär att kunden erhåller en rabatt inte för att inköpsvolymen är hög utan för att kunden i förhållande till sitt eget inköpsbehov är mer lojal mot en viss leverantör än en annan. Vissa rabattsystem som visserligen endast baseras på hur mycket som en köpare använder en tjänst kan även få samma effekter – t.ex. SAS Eurobonus program, som bedömdes vara en form av missbruk (se mer om lojalitetsrabatter i avsnitt 12.4 nedan).

Prisdiskriminering kan utföras i förhållande till hur kunden värderar tid. Gruppreklam till hushållen från olika livsmedelskedjor är vanliga. Reklamen innehåller ofta rabattkuponger för vissa varor som kunden skall klippa ut, kanske skriva under och visa upp vid köpet i varuhuset.

Vissa livsmedelfabrikanter erbjuder även rabatter genom att samla på streckkoder, kapsyler eller liknande. Tanken bakom denna form av differentierad prissättning är att fånga upp de kunder som normalt inte köper vissa varor till normalpris, dvs. priskänsliga kunder (hög priselasticitet). Kanske handlar kunderna varorna endast på stormarknader eller väljer billigare alternativ. Med hjälp av kupongerna kan leverantören eller varuhuset öka försäljningen, visserligen med längre vinst än vid försäljning till ordinarie pris, men ändock med kostnadstäckning. Ordinarie pris för ett visst tvättmedel kan vara t.ex. €2 per förpackning medan priset med rabattkupong endast är €1,6. Visserligen säljer varuhuset samma förpackning för €2, men hellre €1,6 än ingen försäljning alls. Hantering av kuponger – insamling, urklipp, eventuellt inskickande med post – kräver av kunden att den lägger ned ett visst mått av tid. Säljaren diskriminerar således kunderna efter hur mycket tid de är beredda att lägga ned på att leta efter ett bra pris.

Olika priser till olika köpar-/konsumentgrupper kan genomföras i förhållande till kön, ålder, yrke, bosättningsort, boendeform m.m. Det antas att vissa förbestämda grupper har något slags gemensamt genomsnittligt reservationspris eller någon gemensam priselasticitet. Ett exempel kan vara flygresor, där resenärer inom gruppen affärsresenärer ofta inte kan styra när de måste resa, samtidigt som arbetsgivaren ofta betalar resan. Semesterresenärer, kan å andra sidan ha mindre resurser samtidigt som de inte värderar avgångs-/ankomsttid lika högt och kan tänka sig att köpa biljetten långt i förväg, dessutom med restriktioner för ombokning, avbokning m.m. Flygbolag lämnar ofta rabatter till barn och ungdomar trots att det kostar lika mycket att producera en plats för barn som för vuxna, kanske ibland mer eftersom kabinpersonalen måste ta hand om barn när de reser ensamma.

9.1.3 Produktdiskriminering

När det talas om prisdiskriminering menas ofta att ett företag diskriminerar genom att ta ut olika priser för likvärdiga varor. Ett sätt att komma förbi diskriminering är att få varorna att verka olika. Ingen skulle säkert reflektera över varför det finns en avsevärd prisskillnad mellan en Rolls

Royce och en Skoda. Det går genast att associera prisskillnaden till påtagliga skillnader som storlek, inredning, motorstyrka, karosskvalitet m.m. Problemet uppstår när man jämför en Skoda med Volkswagen, som kommer från samma koncern. Trots att bilarna tekniskt sett kan vara likvärdiga är Volkswagen typiskt sett dyrare än Skoda. Samma förhållande gäller för böcker. Halvfranska band betingar ofta ett mycket högre pris än böcker med pappersrygg, trots att prisskillnaden inte står i proportion till skillnaden i produktionskostnad.

En del produkter inom läkemedel har väl inarbetade namn. För att komma åt en bredare grupp av kunder kan företaget marknadsföra samma produkt under ett annat namn och till lägre pris för att härigenom komma åt mer priskänsliga kunder.

Realisationer innebär oftast att butiker sätter ned priserna för det ordinarie sortimentet under en begränsad tid. Realisationer är vanliga för säsongvaror, där resterande lager säljs ut efter jul eller under sommaren. Syftet är dock inte bara att rensa ett gammalt lager och bereda plats för nya varor. Realisationer möjliggör även för varuhus och butiker att bredda kundunderlaget t.ex. till sådana kunder som inte har råd att köpa till ordinarie pris och som kan stå ut med trängsel och köer under mellandagarna. Numera är realisationer så vanliga att de kan uppträda i många olika sammanhang, t.ex. flyttrea, ombyggnadsrea, höstrea m.m. Ett sätt att göra denna form av differentierad prissättning mer permanent är framväxten av s.k. outletbutiker i förortsområden.

Under sommarmånaderna kan det vara svårt att finna billiga rum på hotell i de kända badorterna. Tillströmningen av turister är stor och efterfrågan på hotellrum är likaledes hög. Under vintermånaderna har kalla hav och isiga stränder mindre dragningskraft och hotellen stänger i vissa fall. För dem som inte kan stänga är det lönsamt att ge speciella priser när bokningsfrekvensen är låg. Återigen – hellre en lågbetalande gäst än ingen gäst alls. Det kan även finnas anledning för t.ex. elbolag att försöka styra över elförbrukning till tider då belastningen på nätet är lägre. Genom att sätta lägre priser för nattförbrukning kan det vara möjligt att balansera produktionen på ett för producenten mer lönsamt sätt.

Vid försäljningen av en vara är det inte ovanligt att säljaren endast gör en paketförsäljning, där köparen, som helst bara vill ha en vara,

även måste betala för en annan. Kabel- /satellit-TV abonnemang är exempel där sportintresserade ofta måste abonnera på ett helt paket med kanaler för att kunna se precis den kanal som de är intresserade av. Även om de inte har något intresse av att se naturkanaler och barnprogram får de betala för hela paket för att se just de kanaler som de är intresserade av.

I samband med introduktionen av en helt ny och avancerad produkt ligger priset ofta mycket högt. När en ny avancerad handdator släpps på marknaden är priset ofta mycket högt och attraherar endast mycket intresserade köpare med höga reservationspriser. För att i ett senare läge kunna täcka en bredare marknad sänks priset gradvis. Om företaget har dålig information om hur marknaden kommer att värdera produkten kan det finnas anledning att prova olika priser under en testperiod – s.k. *skimming*.

9.1.4 Övriga diskrimineringsformer

En ytterligare form av diskriminering föreligger när ett företag försöker få ut mesta möjliga av varje konsumentgrupp och kan sägas vara en samlingsform för alla prissättningar som inte direkt ryms under andra grupper. Exempel kan vara ett företag med många olika produkter, där företaget har höga priser/lönsamhetsnivåer för de produkter där företaget inte möter någon konkurrens eller där elasticiteten är mycket låg.

9.2 Ekonomisk definition av prisdiskriminering

Om samma vara säljs till två skilda kunder till olika priser föreligger i ekonomisk mening ingen prisdiskriminering. Skillnaden i pris kan vara ett resultat av skillnader i kostnader för att sälja till olika kunder. Transportkostnader kan vara olika höga till olika kunder. Ett enhetspris behöver av samma anledning inte alltid vara ett icke-diskriminerande pris, eftersom det kan vara dyrare att tillhandahålla en vara eller tjänst för en kund än till en annan. Philips anser att prisdiskriminering i ekonomisk mening är förhanden när två varianter av en vara säljs – av samma säl-

jare – till två köpare till olika *nettopriser*, där nettopriset (som betalas av köparen) är korrigerat för de kostnader som är hänförliga till produktdifferentiering.[3]

Likalydande definitioner har i allt väsentligt även framförts av andra ekonomer. Varian ansluter sig till Stiglers definition av prisdiskriminering, enligt vilken en prisdiskriminering föreligger när två eller fler likvärdiga varor säljs med olika relation till marginalkostnaden.[4] Det synes således finnas en hög samstämmighet bland ekonomer angående en generell definition av prisdiskriminering som alltså främst tar sikte på förhållandet att ett företag säljer likvärdiga varor till olika kunder med olika lönsamhetsnivåer, där lönsamheten är skillnaden mellan marginalintäkten och marginalkostnaden. I allmänhet är denna lönsamhet skillnaden mellan försäljningspriset och de särkostnader som uppkommer för att tillhandagå den specifika kunden.

Även om definitionen tycks vara robust och enkel lämnar den likväl viktiga frågor obesvarade. För det första kan det vara svårt att avgöra vad som utgör likvärdiga eller samma varor. Överensstämmer detta med den legala avgränsningen av den relevanta marknaden eller finns det anledning att betrakta olika kunder inom den relevanta marknaden som icke jämförbara? För det andra kan det vara mycket komplicerat att exakt fastställa marginalkostnaden för varje kund. Vilken tidsperiod skall ligga till grund för uträkning av marginalkostnaden – ett kortsiktigt eller långsiktigt perspektiv? För det tredje tar definitionen inte upp något om när en prisdiskriminering skall anses vara olaglig. *Är all form av prisdiskriminering olämplig i den mening att den skadar konkurrensen?*

Det är framförallt den tredje frågan som står i fokus för detta arbete.

---

[3] Se Philips, L., *The economics of price discrimination*, Cambridge 1981, s. 6. Se även Norman, G., *The Economics of Price Discrimination*, Cheltenham, 1999, s. xi.

[4] Se Varian, a.a. s. 598. Se även Stigler, George J., *The Theory of price*, 3:e uppl. New York, 1987, s. 223–226, 263–265.

9.3 Ekonomisk motivering till prisdiskriminering

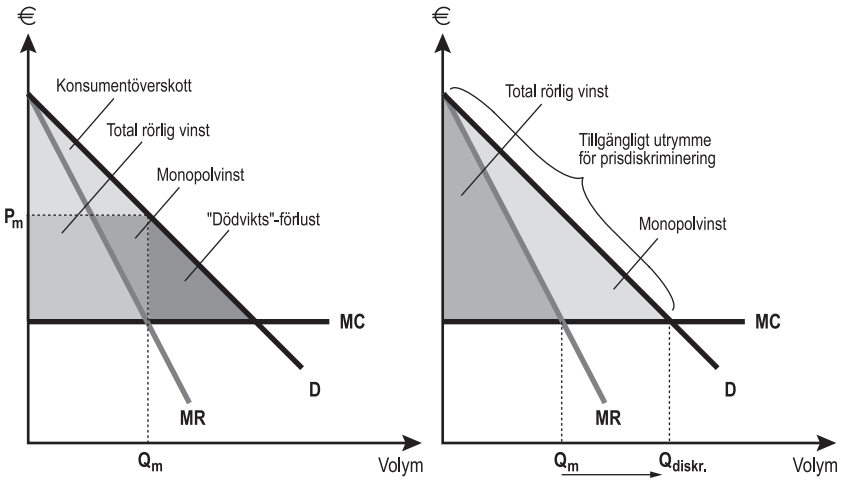
Skulle verkligheten se ut som den framställs i ekonomiska modeller med perfekt konkurrens och perfekt information samt inga transaktionskostnader vore det mycket enkelt för det enskilda företaget att fastställa sin prisnivå. Marknadspriset kommer i sådana extrema fall alltid att vara lika med marginalkostnaden. Perfekt konkurrens råder och alla marknadsaktörer har samma information, varvid ingen enskild aktör har möjlighet att påverka prisnivån. När marknadspriset är givet skulle företagen i en förenklad modell endast behöva se till kostnadsstrukturen och välja en lämplig produktionsvolym som maximerar företagets vinst. Perfekt konkurrens gör det omöjligt för det enskilda företaget att ha olika priser, såvida inte kostnadsstrukturen förändras eller företaget inte vinstmaximerar.

Det är givetvis orealistiskt att i en juridisk analys förutsätta perfekt konkurrens och än mindre att alla företag skulle ha tillgång till samma fullständiga information eller att sök- och transaktionskostnader inte existerar. Många marknader är koncentrerade, där det finns någon eller några dominerande aktörer och informationen om marknadsvillkoren är långt ifrån lika fördelad aktörerna emellan. Under sådana omständigheter kan det dominerande företaget påverka marknadspriset. När det inte finns perfekt information om hur efterfrågestrukturen ser ut, dvs. vilket pris konsumenten är beredd att betala för olika volymer, måste det dominerande företaget försöka göra en uppskattning av vad konsumenterna är beredda att betala. Bedömningen kan aldrig bli helt korrekt men det uppkommer ett närmevärde av rationella konsumenters efterfrågeelasticitet.

För att generellt kunna besvara frågan vad som utgör prisdiskriminering och vad som träffas av en prisdiskriminering måste emellertid en mer detaljerad och precis modell presenteras. För att vidare kunna analysera huruvida prisdiskriminering i allmänhet påverkar ekonomisk välfärd, vilka former av differentiering som bör uppmuntras och vilka som bör undvikas måste ekonomisk teori användas som förklarande och utvärderande verktyg.

9.3.1 Prisdiskriminering är lönsam för företagen

Det är inte optimalt för det dominerande företaget att sätta endast ett pris, Q_m. Ett enhetligt pris innebär att företaget missar både de kunder som vill betala mindre för varan eller tjänsten samtidigt som det säljer produkten för billigt till dem som kan tänka sig betala ett högre pris. När det endast finns någon eller några producenter på en marknad blir det därför vinstmaximerande för det dominerande företaget att nyttja sin ställning på marknaden och försöka sälja till alla eller åtminstone flertalet konsumenter. Detta gäller åtminstone så länge som priset överstiger eller är lika med marginalkostnaden.



Figur 9.1. Fånga upp konsumentöverskottet genom perfekt prisdiskriminering.

Om det dominerande företaget generellt sänker priserna för att kunna fånga upp kunder med låga reservationspriser[5] ger detta totalt sett en lägre vinst än om företaget behåller den ursprungliga prisnivån. Skulle företaget höja priserna i syfte att få kunder som är villiga att betala ett

[5] En konsuments reservationspris är vad den maximalt kan eller är villig betala för en vara eller tjänst.

högt pris försvinner vissa kunder med lägre betalningsvilja och lönsamheten minskar. Lösningen ligger i stället i att identifiera olika kunder och deras individuella reservationspriser och sedan sälja till varje kund för det maximala pris som den är villig att betala. Det vore därför optimalt ur det dominerande företagets eller monopolistens perspektiv att sätta olika priser till alla kunder eftersom hela konsumentöverskottet skulle omvandlas till en vinst. Från effektivitetssynpunkt skulle detta dessutom skapa en s.k. paretoeffektiv situation, dvs. ingen aktör på marknaden kan få det bättre utan att någon annan får det sämre. Volymen skulle maximeras till den nya nivån $Q_{diskr.}$, men är detta en önskvärd situation i välfärdshänseende/konkurrenshänseende? Marknaden är visserligen effektiv, men de allokativa problemen är uppenbara: Monopolisten suger upp hela konsumentöverskottet och omvandlar det till vinstmedel. Konsumenterna har således inte tjänat något på att marknaden har blivit effektiv.

Exemplet ovan visar att det i teorin är optimalt för ett dominerande företag att tillämpa diskriminerande prissättning eftersom det leder till vinstmaximering. Exemplet är dock mycket förenklat och bygger på förutsättningar om fullständig information om marknaden, kostnader och en närmast total kontroll över marknaden. Så snart andra förutsättningar förs in i analysen kan det bli omöjligt för det dominerande företaget att prisdiskriminera. Innan det åtminstone ur ekonomisk synvinkel blir aktuellt att bedöma eventuella välfärdseffekter av en differentierad prissättning måste därför vissa grundförutsättningar vara uppfyllda för att prisdiskriminering överhuvudtaget skall vara ett framgångsrikt agerande för företaget.

9.4 Förutsättningar för prisdiskriminering

I den ekonomiska litteraturen anses att åtminstone tre olika förutsättningar måste vara uppfyllda för att prisdiskriminering skall kunna nå företagets mål om en ökad vinst. Företaget måste därför inledningsvis ha någon form av makt över marknaden. Vidare måste företag ha möj-

lighet att kunna sortera kunder och till sist måste företaget kunna förhindra arbitrage, dvs. hindra handel mellan olika köpare.[6]

9.4.1 Kontroll över priset

Om en marknad hade perfekt konkurrens skulle varje kund som tvingades betala mer än marknadspriset genast gå till en annan säljare, som kunde erbjuda marknadspriset. På en hypotetisk marknad med perfekt konkurrens är det därför omöjligt för en säljare att ta ut olika priser av skilda köpare.

Verkligheten liknar emellertid inte alls denna idealbild av en marknad. Det är givetvis orimligt att anta att alla köpare har exakt samma information om marknadsutbudet, att det finns obegränsad kapacitet, att säljarna exakt vet vad köparna efterfrågar och till vilket pris samt att det inte finns några ekonomiska eller tekniska hinder att byta leverantör. Den verklighet som juristen har att bedöma är långt mer komplex och föränderlig. En rad olika beslut påverkar den enskilde aktören, t.ex. politiska beslut, teknisk utveckling, strejker, olyckor, krig och naturkatastrofer, väder, trendfaktorer, ändringar i efterfrågestrukturen m.m. Det finns således många faktorer som direkt eller indirekt kan påverka prissättningen hos ett företag.

Antag t.ex. att det inom datorindustrin finns ett flertal underleverantörer av komponenter, t.ex. minneskretsar, i olika länder och att en allvarlig brand uppstår hos en de största tillverkarna, leverantören A, vilket leder till att A inte kan leverera minneskretsar de närmaste sex månaderna. Det uppstår därmed en bristsituation, där utbudet underskrider efterfrågan, vilket får till följd att priserna stiger. I det enskilda fallet kan en tillverkare, leverantör B, ha levererat en viss minneskrets för t.ex. €10 till sina kunder dagen före olyckan. Dagen efter olyckan stiger dock priserna till €14 och B tar ut ett långt högre pris för samma produkt och har faktiskt diskriminerat mellan köparna. Efter sex månader öppnar sedermera A en ny anläggning och meddelar samtidigt att

[6] Se bl.a. Varian, a.a. s. 599, Philips, a.a. s. 14–16 och Norman, a.a. s. xii.

A:s fabrik numera har långt högre kapacitet än tidigare, vilket leder till en kraftig ökning av utbudet. Det totala utbudet överstiger marknadsvolymen före olyckan och som en reaktion på detta är vissa av B:s köpare inte villiga att köpa till €14 längre utan vänder sig till andra leverantörer. B:s pris sjunker till €8 och B har återigen diskriminerat mellan olika köpare. Det kan förefalla som om B har makt över köparna och priset såtillvida som han är i stånd att prisdiskriminera. Inflytandet är emellertid skenbart. Så snart A:s fabrik är återuppbyggd kan B inte längre påverka priset.

Temporära störningar av marknaden inträffar ofta, vilket medför att priserna ofta fluktuerar. Marknadskrafterna strävar efter ett jämviktsläge, men eftersom det läget inte kan uppnås i verkligheten är det rörelserna mot jämviktsläget som kan observeras, eller snarare avsaknaden av rörelser mot jämviktsläget. Rörelsemönstret är ofta svårt att bedöma, eftersom vissa effekter är förutsebara medan andra är slumpmässiga. Antag att efterfrågan minskar dramatiskt på en ort till följd av att en större fabriksanläggning stängs och utflyttningen ökar från orten. Kedjeföretagens butiker ser snart att kundunderlaget minskar i förhållande till utbudet, vilket endast kan få till följd att priserna sjunker eller att utbudet minskar motsvarande. Till slut måste kanske någon butik lämnar marknaden och priset ökar till den gamla jämviktsnivån, men med en lägre utbudsvolym. Marknaden befinner sig därför i ständig rörelse. Dessa prisvariationer tillhör ett normalt marknadsbeteende. Hovenkamp kallar detta för ”*sporadic price discrimination*”.[7] Ena dagen gynnas en kund och nästa dag missgynnas samma kund. Sporadisk prisdiskriminering är därför enligt Hovenkamp inget större problem för konkurrensen.

Problem uppstår emellertid när ett företag har tillräckligt stor makt att själv styra marknadskrafterna, t.ex. genom att hindra rörelserna mot jämvikt eller genom att på ett mer än sporadiskt sätt sätta olika priser för

[7] Hovenkamp, a.a. s. 566 ff.

likvärdiga transaktioner.[8] Företaget måste därför besitta någon grad av monopolstyrka för att kunna prisdiskriminera med lönsamhet. Prisdiskriminering har i allmänhet de bästa förutsättningarna för att uppkomma där det finns ett monopol eller oligopol.

Från juridisk synpunkt torde innebörden av dominerande ställning i sig innebära att företag med en sådan position på marknaden även besitter den makt som är en förutsättning för att kunna praktisera prisdiskriminering. Förmågan att kunna agera oberoende av konkurrenter, leverantörer och slutligen sina egna kunder gör att dominans på den relevanta marknaden inbegriper makt över prissättningen. I en konkurrensrättslig analys är den första av de under 9.4 nämnda förutsättningarna därför vara uppfylld så snart dominans har kunnat fastställas på den relevanta marknaden.

9.4.2 Möjlighet att sortera kunder

En framgångsrik prisdiskriminering kräver att det dominerande företaget kan identifiera skilda kunder med olika priselasticiteter och härefter konsekvent ta ut olika priser bland grupperna. Skulle det inte gå att skilja kunderna åt utifrån vad de är maximalt villiga att betala för varan eller tjänsten så kommer prisdiskrimineringen att bli sporadisk. Philips tar även upp ett ytterligare krav, som kan betraktas som en underförstådd förutsättning, nämligen att det verkligen finns skillnader i efterfrågan bland köparna.[9]

Sorteringen av kunder kan ske genom exogena faktorer, t.ex. ålder, där vissa objektiva förhållanden typiskt sett ger vid handen att vissa köpare har en lägre betalningsvilja/betalningsförmåga än andra kategorier.[10] Studenter har t.ex. vanligtvis mindre ekonomiska resurser än förvärvsarbetande och har därmed en lägre betalningsvilja, men de kan

---

8 Hovenkamp benämner detta ”*persistent price discrimination*”, vilket inträffar när en säljare med marknadsstyrka systematiskt delar in kunder i olika klasser och får olika lönsamheter från olika kundklasser. Se. Hovenkamp, a.a. s. 566.

9 Philips, a.a. s. 16.

10 Se t.ex. Varian, a.a. s. 599.

samtidigt ha en högre betalningsvilja avseende vissa produkter än andra konsumenter. Härmed kan de som köpare betraktas som en separat grupp baserad på yttre betingelser.

Mer förfinade system att sortera köpare kan göras genom att användning av endogena faktorer, dvs. sådana faktorer som endast köparen själv känner till. Det är framförallt sådana faktorer som företag söker efter när prissättningen utformas med alternativ där köparen själv väljer det som passar honom bäst. Det kan röra sig om höga månadsavgifter på telefonabonnemang i utbyte mot lägre trafikavgifter och vice versa för att härigenom kunna särskilja högförbrukare med låg betalningsvilja för trafikavgifter från lågförbrukare med hög betalningsvilja för trafikavgifter eftersom de senare ringer förhållandevis litet. Om företaget lyckas med att införa många olika varianter kommer det att ge företaget värdefull information om hur mycket köparna är beredda att betala vid vissa volymer och om storlek på konsumentgrupper, trots att det inte är möjligt att observera betalningsviljan utifrån yttre faktorer. Kombinationer av exogena och endogena system är även vanliga. För tåg- och flygresor är det exempelvis vanligt med student- och pensionärsrabatter (exogena faktorer) såsom olika priser baserade på tidpunkt för bokning, återbetalnings- och ombokningsbegränsningar (endogena faktorer).

I konkurrensrättsligt hänseende torde det vanligtvis gå att förutsätta att företagen åtminstone i tillräcklig mån har förmåga att sortera kunder och därmed kan identifiera tillräckliga många kunder för att en prisdiskriminering skall vara möjlig. Villkoret om möjlighet att sortera kunder torde därmed kunna påvisas utan större svårigheter i en konkurrensrättslig analys. Om marknaden emellertid har nått en hög mognadsgrad och ny teknik förväntas ändra efterfrågestrukturen kan det bli svårt att sortera kunder med hjälp av endogena prissystem, vilket kan erodera premisserna för prisdiskriminering. Antag t.ex. att den relevanta marknaden även med den nya tekniken förblir densamma och att de gamla aktörerna i allt väsentligt består samt att det finns ett dominerande företag inom marknaden. Gamla prissystem kan i en sådan situation eventuellt inte vara anpassade till den nya tekniken på grund av att tekniken ändrar kundernas sätta att köpa varan/tjänsten.

Sammanfattningsvis borde den juridiska analysen inte ta för givet att det alltid är möjligt att effektivt sortera kunder så att en skadlig prisdiskriminering kan uppkomma.[11] Mycket talar dock för att möjlighet till sortering kan presumeras.

9.4.3 Förhindra arbitrage/handel mellan kunder

Möjligheterna till att kringgå en diskriminerande prissättning måste vara mycket små för att vara lönsamma. Om en kund har möjlighet att sälja varor vidare till andra kunder kommer diskrimineringen att bli verkningslös eftersom de kunder som betalar mest istället kan köpa samma vara billigare från andra kunder. Parallellimport är ett exempel på verksamhet.[12] Med arbitrage avses i det följande möjligheten för kunder till ett dominerande företag att handla mellan varandra. Arbitrage är t.ex. när någon köper en vara i London och säljer den vidare i Göteborg, där priset för samma vara är högre. Härmed avses alltså möjligheter att tack vare prisskillnader göra vinst på vidareförsäljning.[13]

Vissa varor eller tjänster kan vara direkt omöjliga att sälja vidare, t.ex. elektricitet, flygresor, advokattjänster, vårdbehandlingar etc. Även om en köpare tog ut ett högre pris i ett annat område än en annan köpare så går det inte att dra nytta av prisskillnader för t.ex. parallellimport eftersom nyttigheten i sig inte går att sälja vidare.

Även varor kan vara olämpliga för arbitrage på grund av olönsamhet. Antag t.ex. att ett företag säljer samma produkt till London och Göteborg. I London, där säljaren har konkurrens från andra varumärken kostar varan €10, medan den kostar €15 i Göteborg. Om transportkostnaden mellan London och Göteborg är mindre än €5 och täckning finns för övriga kostnader så finns ett incitament att göra arbitrage. Fysiska

---

[11] I Storbritannien betonar Office of Fair Trading att för att prisdiskriminering skall vara möjlig, så måste företaget ha möjlighet att segmentera marknaden på något sätt. Se OFT 414, p. 3.4.

[12] Exemplen i detta avsnitt bygger bl.a. på faktorer som kan förhindra mellan- eller vidareförsäljning mellan olika konsument-/köpargrupper från Carlton, D. W., Perloff, J. M., *Modern Industrial Organization*, 3 uppl., Reading, Massachusetts, 2000, s. 278–280.

[13] Se även Cabral, Luís M. B., *Introduction to Industrial Organization*, Cambridge Massachusets, MIT Press 2000, s. 168.

avstånd, skatter, tullar eller handelshinder i allmänhet kan således göra det möjligt för ett dominerande företag att hålla isär delmarknader, vilket kan förhindra handel mellan köparna.

Vissa produkter kan ha egenskaper som gör dem direkt olämpliga för arbitrage. Det vore t.ex. osannolikt om svenska dagligvarubutiker skulle börja köpa grekisk mjölk, eftersom distributionstiden för närvarande gör att hållbarhetsperioden blir för kort i jämförelse med svensk mjölk. Dessutom kräver mjölk som regel en obruten kyldistribution, vilket ökar transportkostnaden. Produkter med längre hållbarhet – t.ex. fårost – har emellertid inte dessa begränsningar.

Det har nämnts ovan att flygresor är svåra att sälja vidare och att dessa därmed lämpar sig väl för prisdiskriminering. Det finns dock möjligheter att ”saxa” biljetter genom att köpa en tur och retur resa i ett land och en omvänd annan resa i ett annat land för att senare endast nyttja ena sträckan på bägge biljetterna. I sådana fall kan företagen införa begränsningar för antalet tillgängliga biljetter eller införa ytterligare begränsningar med förköpskrav etc.

Ett annat sätt att förhindra mellanhandel är att ge produkterna vissa egenskaper för vissa kunder eller till vissa länder. Antag att en skrivare säljs i två varianter. Den ena klarar dubbelsidig utskrift och den andra endast enkelsidig. Prisskillnaden mellan skrivarna är €300. Antag vidare att det är möjligt att uppgradera den enklare skrivaren till dubbelsidig utskrift med hjälp av ny programvara, som kan köpas till för €450. Med hjälp av mindre modifikationer kan således ett företag hindra mellanhandel inom samma relevanta marknad.

Vissa varor kan tillföras egenskaper som gör dem olämpliga för vidareförsäljning utanför de kundkategorier som företaget ursprungligen sålde dem till. Ett exempel på detta kan vara när alkoholhaltiga varor tillförs substanser som förhindrar dryckeskonsumtion. Härigenom kan alkohol för tekniska ändamål skiljas från andra användningsområden. Carlton & Perloff kallar detta för ”*adulteration*”.[14]

[14] Se Carlton/Perloff, a.a. s. 278–279.

Företag kan även hindra vidareförsäljning genom vertikala begränsningsavtal, t.ex. vidareförsäljningsförbud. Detta kan göras i enlighet med eller i strid med konkurrenslagstiftningen. Problemet uppstår när en laglig vertikal begränsning kombineras med en diskriminerande prissättning. Det kan t.ex. uppkomma en situation där prisdiskrimineringen i sig inte skulle kunna tillämpas framgångsrikt p.g.a. möjligheter till parallellimport. Med hjälp av en legal vertikal begränsning hindras emellertid parallellimporten och diskrimineringen uppnår därmed avsedd effekt.

Det sista villkoret om förhindrande av arbitrage är viktigt för den konkurrensrättsliga analysen. Om möjligheterna till mellanhandel/arbitrage är mycket goda kommer en prisdiskriminering inte att ha möjlighet att i någon väsentlig mån skada konkurrensen. Snarare kan prisdiskriminering i sådana fall skapa ny konkurrens genom att det öppnas nya möjligheter för handel mellan kunderna, vilket därmed ökar konsumentöverskottet. Missbruksbedömningen borde därför ta hänsyn till om det inledningsvis finns möjligheter för det dominerande företaget – objektivt sett – att förhindra arbitrage.[15]

9.5 Olika former av prisdiskriminering enligt ekonomisk teori

Inom den ekonomiska teorin anses prisdiskriminering kunna uppträda i tre olika former och benämns första, andra och tredje gradens prisdiskriminering.[16]

---

[15] Se även OFT 414, där det framhålls att ”[…] an undertaking […] has to be able to enforce the segmentation, so that trading between the different categories of customer who are charged different prices is not possible.” (p. 3.4).

[16] Uppdelningen i olika former av prisdiskrimineringar har framförallt tillskrivits Pigou: ”[…] [W]e may distinguish three degrees of discriminating power, which a monopolist may conceivably wield. A first degree would involve the charge of a different price against all the different units of commodity, in such wise that the price exacted for each was equal to the demand price for it, and no concumers’ surplus was left to the buyers. A second degree would obtain if a monopolist were able to make *n* separate prices, in such wise that all units with a demand greater

9.5.1 Första gradens prisdiskriminering

Den mest grundläggande formen av prisdiskriminering föreligger när ett företag säljer alla varor eller tjänster till respektive konsuments reservationspris. Varje enskild kund har ett högsta pris som den enligt sina egna förutsättningar är villig att betala för en vara eller tjänst. Första gradens prisdiskriminering kan även kallas perfekt prisdiskriminering. I stället för att sätta ett enhetspris är det totalt sett mer lönsamt för företaget att identifiera alla kunder och vad var och en är villig att betala för att därefter för varje enskild kund ta ut det maximala pris som den är villig att betala. Kunder med lägre marginell betalningsvilja än vad som kan täcka det dominerande företagets marginalkostnad kommer dock inte att vara intressanta. En annan illustration av perfekt prisdiskriminering är när en säljare erbjuder ett enda – icke förhandlingsbart – pris till varje köpare. Det enda pris som erbjuds är det maximala som varje köpare är beredd att betala.[17]

Första gradens prisdiskriminering anses i allmänhet vara paretoeffektiv, dvs. ingen aktör på marknaden kan få det bättre utan att någon annan får det sämre. Vid perfekt prisdiskriminering tar säljaren ut det maximala pris som varje kund är villig att betala, vilket även ger den högsta lönsamheten i förhållande till säljarens marginalkostnader. Om monopolisten skulle sätta ett pris som var lägre än köparens reservationspris, skulle säljaren förlora lika mycket som köparen vann. Genom att i varje transaktion ta ut det maximala pris som köparen är beredd att betala kan säljaren inte höja priset ytterligare utan att förlora försäljningsvolym. Skulle det vara möjligt att genomföra en perfekt prisdiskriminering kommer utbudsvolymen att bli lika hög som i perfekt konkurrens. Trots att marknaden är effektiv betyder det inte att en ur ett välfärdsperspektiv

---

than *x* were sold at a price *x*, all with a demand price less than *x* and greater than *y* at a price *y*, and so on. A third degree would obtain if the monopolist were able to distinguish among his customers *n* different groups, separated from one another more or less by some practicable mark, and could charge a separate monopoly price to the member of each group", A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, London, 4 uppl. 1932 (1950), s. 278–279. Se även Philips, a.a. s. 11-14, Norman, a.a. s. xii–xviii och Varian, a.a. s. 600 ff.

[17] Jfr Varian, a.a. s. 601

optimal situation har uppkommit. Genom den höga effektiviteten finns det visserligen ett högt utbud, men köparna får alltid betala precis så mycket som de maximalt vill/kan betala och säljaren omfördelar hela konsumentöverskottet i form av monopolvinster till sig själv. Från allokeringssynpunkt är således situationen inte önskvärd när hela välfärdsöverskottet finns hos säljaren medan konsumenterna inte får någon del av effektivitetsvinsterna.

Perfekt prisdiskriminering kan emellertid knappast uppkomma i verkligheten. Samtliga konsumenter måste identifieras på en marknad och för var och en av konsumenterna måste företaget fastställa vad de är villiga att maximalt betala. Sökkostnaden för att identifiera varje enskild konsument kommer att bli enormt höga. Sökkostnaden blir dessutom en tillkommande kostnad som monopolisten inte hade före diskrimineringen och när kostnaderna ökar är det inte säkert att diskrimineringen verkligen ger någon större marknadsvolym. Vidare är det inte sannolikt att ett dominerande företag kan få ett korrekt svar på vad konsumenten egentligen är beredd att betala. En rationell konsument skulle istället hävda att han var beredd att betala ett lågt pris i hopp om att det dominerande företaget skulle tro att detta var hans reservationspris. Det vore därför att överskatta monopolistens kognitiva kapacitet att tro att han kan exakt bestämma vilka preferenser alla människor har. Det är heller inte troligt att det fungerar för en säljare att till alla köpare i alla tider lämna icke förhandlingsbara priserbjudanden. En säljare kan omöjligen skaffa sig perfekt information om alla relevanta faktorer som påverkar efterfrågebilden.

Det går dock inte att helt avfärda teorin om perfekt prisdiskriminering på grund av att den är en starkt förenklad modell av verkligheten. Situationer kan uppstå, där säljaren med relativt stor precision både kan identifiera sina kunder och bedöma deras betalningsvilja. Det går att föreställa sig att det på en starkt avgränsad marknad endast finns ett begränsat antal köpare och att de är tvungna att köpa sina produkter från en ensam säljare. Antag att en tillverkare tillverkar ett tillsatsmedel för jordbruksindustrin. Antag sedan att det i varje land finns en eller ett mindre antal köpare av storlek som distribuerar tillsatsmedlet till olika lantbrukare. Tillverkaren har nu en relativt god bild över hur marknaden

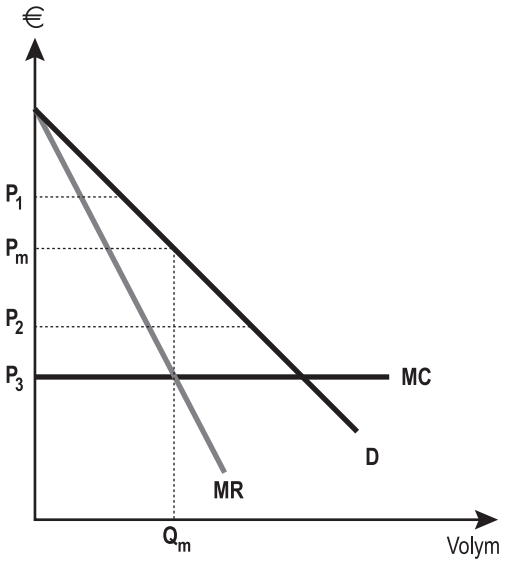
ser ut. Erfarenheter av flera års tillverkning och försäljning har givit tillverkaren en god insyn i vad de enskilda kunderna är beredda att betala. Säljaren vet inte vad var och en av kunderna kan betala, men det går åtminstone att identifiera fyra olika prisnivåer. Klimatet gör att tillsatsmedlet har större nytta för de kunder som opererar på nordliga breddgrader, medan nyttan av medlet är mindre i länder med längre odlingsperiod. Oaktat transportkostnader kan nu det dominerande företaget ta ut ett högre pris av de nordligare kunderna, medan företaget tar ut ett lägre pris för kunder i sydligare regioner.

Bilbranschen är ett annat exempel där försäljaren måste ha goda kunskaper i prisdiskriminering.[18] Listpriset för en bil är sällan lika med det slutliga pris som köparen erlägger för en bil vid köp eller inbyte. Om bilföretaget har en given vinstmarginal gentemot listpriset så finns det möjlighet att ge rabatter på marginalförsäljning. Vissa köpare med låg priselasticitet kanske vänder sig endast till en bilhandlare medan andra lägger ned stora insatser i att jämföra priser hos olika handlare och matcha priserna mot varandra. Den senare kategorin har en hög priselasticitet och det kan vara lönsamt för bilhandlaren att ge en högre rabatt till honom eftersom han annars förlorar kunden. Kunden som endast besökte en handlare erhåller emellertid inte samma rabatt när säljaren vet att köparen kommer att köpa bilen hos den aktuella handlaren.

Även om det är svårt att genomföra en perfekt prisdiskriminering i verkligheten kan det finnas situationer som påminner om första gradens prisdiskriminering. Eftersom både sök- och transaktionskostnaderna för att fastställa varje enskild köpares reservationspris kommer att vara mycket höga är det troligare att säljaren identifierar några grupper av konsumenter med något slags genomsnittligt reservationspris för varje grupp. Säljaren kan därefter sätta ett pris för varje grupp.

---

[18] Jfr Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 373.



Figur 9.2. Första gradens prisdiskriminering i praktiken.
Fyra olika prisnivåer inklusive monopolpriset identifieras.

Ur ett konkurrens- och konsumentperspektiv är inte denna form av prisdiskriminering helt skadlig. Genom att sätta olika priser till olika kunder kommer marknadsvolymen att öka och de kunder som normalt inte skulle vara beredda att betala ett högre pris har nu möjlighet att ta del av den högre marknadsvolymen. Genom att det inte är fråga om perfekt prisdiskriminering kan även köparna/konsumenterna erhålla en viss del av den välfärdsvinst som uppkommer genom att marknaden blir mer effektiv. Ju fler konsumentgrupper som kan identifieras, desto närmare kommer dock prissättningen en perfekt prisdiskriminering, vilket leder till att konsumentnyttan avtar och prissättningen kan därmed i stigande grad ifrågasättas från välfärdssynpunkt.

Posner framhåller att i praktiken är det mycket svårt att avgöra om marknaden verkligen expanderar och i teorin är det endast perfekt prisdiskriminering som leder till ett sådant utfall. Huruvida de prisdiskrimineringar som förekommer i praktiken verkligen åstadkommer samma

resultat varierar från fall till fall. Anledningen härtill säger han framförallt vara att prisdiskriminering kan vara mycket kostsam både i termer av sökkostnader och i form av kostnader för att förhindra arbitrage mellan kunder.[19]

Icke-perfekt prisdiskriminering som faktiskt leder till att marknaden expanderar kan enligt Posner uppkomma i tre olika situationer. För det första förekommer situationer med avtagande totala kostnader. Om ett företag har skalfördelar i den mening att de genomsnittliga kostnaderna minskar i takt med volymen, dvs. avtagande totala kostnader, kan företaget finna att prisdiskriminering är enda sättet att öka volymen och härigenom pressa ned de genomsnittliga kostnaderna. Marknaden kan expandera så länge som skalfördelar föreligger. I vissa branscher kan skalfördelarna vid en given nivå bli negativa om ytterligare kapacitet skall tillföras. För det andra kan ett företags prissättning styras av regleringar. Lagstiftaren kan ha ålagt en monopolist att iaktta ett pristak eller enhetspris för vissa tjänster. I sådana fall kan s.k. Ramsey-prissättning var ett alternativ som skapar högre utbud än ett enhetspris. Till sist kan prisdiskriminering förekomma bland non-profit företag. Företag som inte opererar för vinstmaximering kan börja tillämpa prisdiskriminering om det medför att utbudet blir större. Även non-profit företag kan inte vara helt okänsliga för kostnader, och prisdiskriminering kan hjälpa till att uppfylla målsättningar om att nå ut till så många kunder som möjligt m.m.[20]

Posner förefaller inta en mycket restriktiv syn på prisdiskriminering i allmänhet och framhåller farorna med att ett dominerande företag kan förslösa resurser på en systematisk prisdiskriminering i syfte att öka sin makt över marknaden. Från en ekonomisk synvinkel skulle det därför kunna finnas skäl för att förbjuda prisdiskriminering. I praktiken kan det emellertid vara enormt svårt att bestämma om ett pris verkligen är – i ekonomisk mening – diskriminerande och likaledes om det är frågan om en systematisk och inte endast en ofarlig sporadisk diskriminering. Spo-

[19] Se Posner, a.a. s. 82–83.
[20] Se Posner, a.a. s. 83–84.

radisk prisdiskriminering kan även vara ett tecken på att marknaden håller på att bli mer konkurrensutsatt genom att karteller bryts upp. Ett allmänt förbud mot diskriminerande priser skulle riskera att cementera gamla marknadsstrukturer och till och med uppmuntra konkurrensbegränsande beteende i och med att möjligheterna att göra vinst av egen drift minskar. Mätning av marginalkostnaden kan vara mycket svår att göra i praktiken och det kan vidare ifrågasättas om det alls är önskvärt alla gånger att kräva prissättning i direkt relation till marginalkostnaden. I många fall kan marginalkostnaden vara extremt låg och en icke-diskriminerande prissättning skulle därmed inte ge täckning för samtliga kostnader.[21]

Posners slutsats är att trots alla eventuella nackdelar med prisdiskriminering den ändå bör tillåtas.

> ”The solution I find most appealing is to […] deferring, probably for a very long time, a decision on whether to institute […] a general ban on systematic price discrimination”[22]

Det är svårt att dra generella slutsatser utifrån ekonomisk teori huruvida en prisdiskriminering skall anses vara *per se* laglig. Redan utifrån genomgången ovan kan dock konstateras att prisdiskriminering i ekonomisk mening åtminstone inte kan anses vara olaglig i sig. Under vissa speciella omständigheter, beroende av efterfrågans struktur, kostnader, reell makt över marknaden, varan eller tjänstens natur, så kan oönskade effekter uppstå som leder till att konsumenterna utnyttjas och inte får del av de vinster som uppkommer genom att marknaden expanderar.

9.5.1.1 Tvåstegspriser

Ett till prisdiskriminering av första graden närliggande område är de prissättningar där tariffen för tjänsten sätts i två steg (eng. *two-part*

---

[21] Se Posner, a.a. s. 204–205.

[22] Posner, a.a. s. 205. Posners slutsats förefaller vara väl övervägd när han själv framhåller att kommit fram till samma slutsats i första upplagan av nu aktuellt arbete och att ingenting har hänt under 25 år som fått honom att ändra uppfattning.

tariffs). Ett välkänt exempel är telefonabonnemang, där priset för utnyttjande av tjänsten är uppdelat på en fast och en rörlig avgift. Ett annat exempel är fasta och rörliga avgifter vid köp av elkraft, kopieringsmaskiner m.m. Den fasta avgiften kan motiveras med att det är ett pris som skall betalas för utbyggnad och underhåll av själva infrastrukturen, t.ex. telefonledningar och växlar/basstationer, medan den rörliga avgiften speglar själva kostnaden för belastningen av nätet. Även om det till viss del kan motiveras att vissa fasta kostnader borde faktureras separat är det ändå tveksamt om en tvåstegsprissättning verkligen sätts som en direkt relation till kostnadsstrukturer. Det kan exempelvis ifrågasättas om det för en nöjespark är förenat med särkostnader att bara släppa in besökare som sedan inte nyttjar attraktionerna i parken.

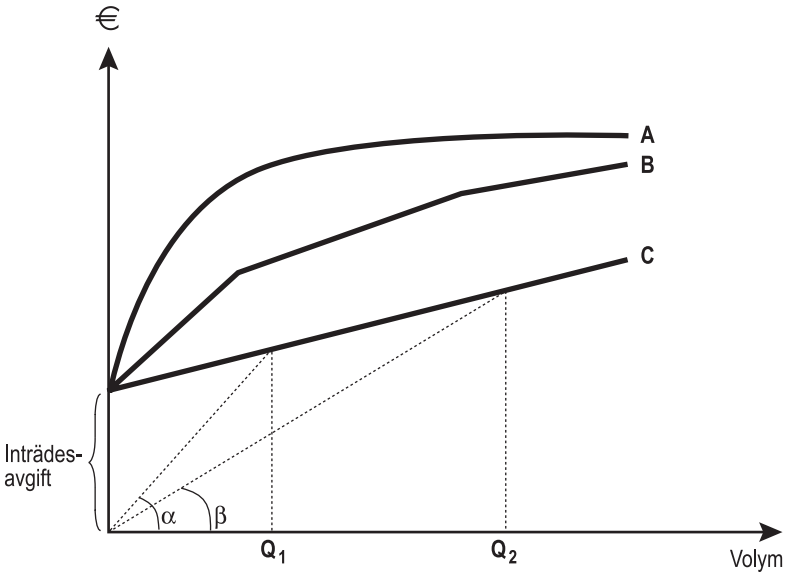
Vad det egentligen handlar om är att utvinna så stor del av konsumentöverskottet som möjligt. Istället för att tillämpa en enhetstaxa som varierar med kvantiteten kan det vara intressant att finna en rörlig avgift tillsammans med en startavgift för att härigenom fånga upp kunder som är villiga att köpa högre volymer men som inte vill betala lika mycket som vid enhetstaxan. Introduktion av en tvåstegstariff medför dock att vissa kunder som endast efterfrågar låga volymer kan finna prissättningen mindre intressant och därför avstår från köp. För ett vinstmaximerande företag gäller det därför att finna den optimala kombinationen av fast och rörlig avgift för att kunna tillgodogöra sig maximalt av konsumentöverskottet.

Ett sätt att skapa en perfekt diskriminerande prissättning är att sätta den rörliga avgiften lika med marginalkostnaden samtidigt som olika inträdesavgifter tas ut av konsumenterna i beroende av konsumenternas marginella betalningsvilja, som i sin tur baseras på inkomster, smak eller preferenser i största allmänhet. De olika höga avgifterna kan vara ett lätt sätt att praktisk överföra så mycket som möjligt av konsumentöverskottet till vinstmedel.[23]

---

[23] Se Oi, W. Y., *A Disneyland dilemma: two-part tariffs for a Mickey Mouse monopoly,* Quarterly Journal of Economics, LXXXV, 1971, s. 80–81.

Om det dominerande företaget skulle tillämpa en enhetlig tvåstegstariff är det inte direkt fråga om en diskriminerande prissättning eftersom samtliga konsumenter möter samma prisstruktur. Däremot är inte prissättningen linjär eftersom det genomsnittliga priset är olika vid varje kvantitet. Högre volymer ger således ett lägre genomsnittspris än lägre volymer. Kombinationer är givetvis möjliga, där ett dominerande företag exempelvis sätter priser i intervaller. I Figur 9.3 illustreras olika former av icke-linjära prisstrukturer, där A ger exempel på en fast avgift och en enhetlig rörlig avgift. Kurvorna B och C belyser situationer när ett företag sätter rörliga priser i olika intervall respektive har helt olika priser för varje volymnivå. Vinklarna α och β visar att det genomsnittliga priset alltid är olikt, vilket är kännetecknande för icke-linjära prisstrukturer.

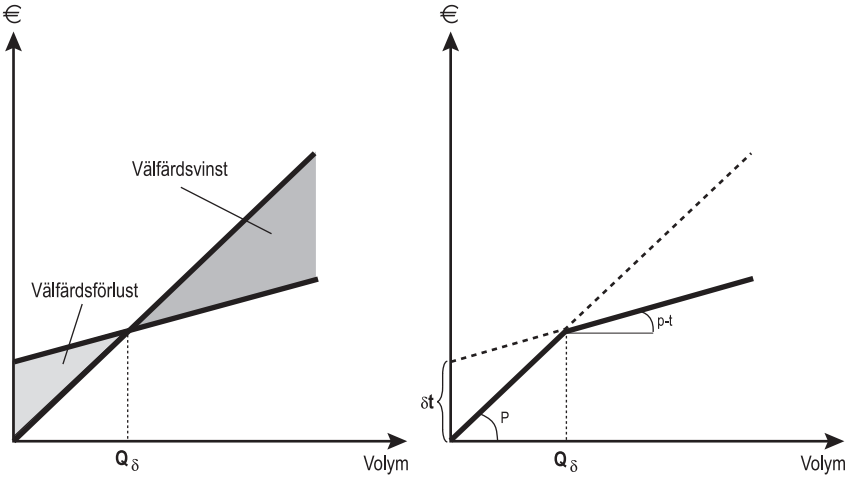


Figur 9.3. Exempel olika former av icke-linjära prissättningar. Källa: Philips, The economics of price discrimination, 1981, s. 167.

Tvåstegstariffer eller icke-linjära prissättningar behöver dock inte automatiskt medföra att konsumenterna får det sämre. Tvärtom kan vissa former av tvåstegstariffer vara eftersträvansvärda både ur företagets och konsumenternas synvinkel.

Philips påvisar att tvåstegstariffer faktiskt kan vara optimala från välfärdsynpunkt, eftersom de leder till en högre välfärd för hela konsumentkollektivet.

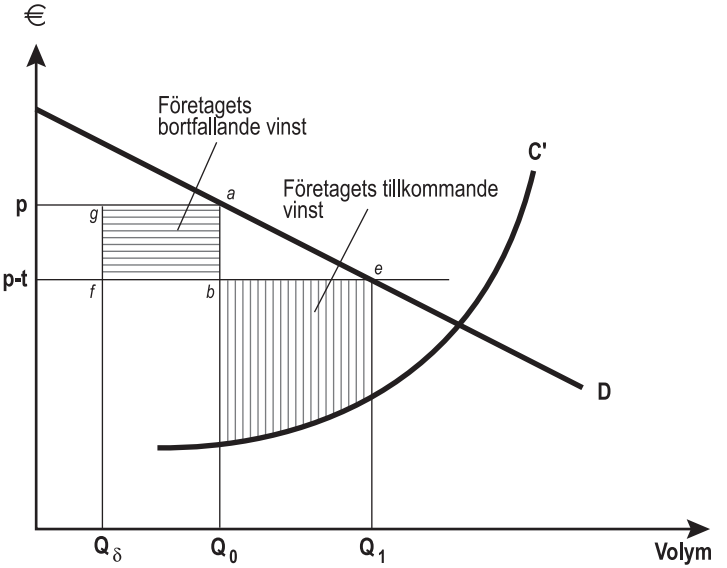
Genom att införa en inträdesavgift och därefter en lägre rörlig kostnad kan välfärdsvinsten totalt sett bli större på marknaden eftersom den kan bli högre än den förlust som uppstår. Huruvida denna effekt generellt uppkommer är självfallet situationsberoende. Ju högre inträdesavgiften är desto mindre blir välfärdsvinsten, men hänsyn måste samtidigt tas både till hur hög den linjära avgiften skulle ha varit och hur hög den rörliga avgiften är i tvåstegstariffen (hur kurvornas lutning ser ut).[24]



Figur 9.4. Välfärdseffekter av tvåstegstariffer på aggregerad nivå och optimal prissättning på individuell nivå.

[24] Se Philips, a.a. s. 171–172. och Willig, R. D., *Pareto-superior nonlinear outlay schedules*, The Bell Journal of Economics, 9, 1978, s. 61–62.

Ett problem med tvåstegstariffer är att det är konsumenterna med lägst inkomst som drabbas om en startavgift införs. Man kan också säga att det är lågvolymkonsumenterna som får bekosta prissystemet till fördel för högvolymskonsumenterna. Det går emellertid att undvika dessa oönskade allokeringseffekter genom att ge konsumenterna ett val mellan enhetspris och tvåstegstariff. Vad som är speciellt intressant med detta är att det går att öka konsumenternas nytta samtidigt som företaget kan öka sina vinster.



Figur 9.5. Wiligs illustration av ett ickelinjärt pris som är överlägset ett vanligt enhetspris. Källa: Willig, R.D., Pareto-superior nonlinear outlay schedules.

Willigs illustration utgår från en förenklad efterfrågekurva för en enskild konsument, D. Enhetspriset för inköp mindre än Q_δ är *p* och det lägre priset (*p-t*) gäller för alla volymer i tillägg till Q_δ. Som en respons på prissänkningen kommer konsumenten att röra sig längs sin efterfrågekurva från punkten *a* till punkten *e*, varvid han kommer att köpa Q_1 istället för Q_0. Välfärdsvinsten i pengar räknat som konsumenten ifråga

gör av detta utgörs av området *g-a-e-f*. Nettoeffekten för företaget är differensen mellan det tillkommande vinstområdet och det bortfallande vinstområdet. Så länge som inträdesavgiften är mindre än enhetspriset minskat med företagets kostnader, dvs $t < (p\text{-C'})$ kommer det vertikalt streckade området att vara positivt. Ju högre Q_δ är, desto mindre blir det horisontellt streckade området. Om t är tillräcklig lågt och Q_δ är är tillräcklig högt, så innebär det alltså att både säljaren och den större konsumenten är mer nöjda med ett icke-linjärt prissystem än med ett linjärt enhetspris.[25]

Genomgången ovan av tvåstegstariffer visar att denna form av prissättning kan ha önskvärda välfärdseffekter och att konsumenterna kan dra nytta av prisarrangemanget. I allmänhet torde även i detta fall gälla att konsumenterna kan ha nytta av ett högre utbud genom att detta möjliggör ett lägre rörligt pris. En ökning av marknadsvolymen eller att marknaden öppnas upp för konsumenter som tidigare inte hade tillträde till den måste i allmänhet ses som positivt i konkurrenshänseende. En möjlighet för konsumenterna att välja mellan enhetspriser och tvåstegstariffer kan vidare öka konsumentöverskottet. Ett dominerande företag som finner alltfler kombinationer av inträdesavgifter och rörliga kostnader kan vara en indikation på att det ändå är frågan om en form av prisdiskriminering. Vad som skall anses vara otillbörligt många kombinationer av priser måste anses vara branschberoende.

9.5.2 Andra gradens prisdiskriminering

Vissa marknader kännetecknas av att det finns en stor efterfrågan för en vara eller tjänst och avtar drastiskt efter en viss volym. Med ledning av detta kan man kalla efterfrågan för icke-linjär eller degressiv. Marknaden för hushållselektricitet är ett bra exempel. I de flesta hushåll finns det ett stort behov av en grundförbrukning av el för att driva uppvärmning, vitvaror, hushållsapparater m.m. I normalfallet finns det inget större behov av ytterligare förbrukning utöver grundbehovet. Betal-

[25] Se Philips, a.a. s. 172–175. och Willig, 1978, a.a. s. 63 ff.

ningsviljan kan därför vara hög initialt, medan den avtar dramatiskt när grundbehovet har täckts. Samma resonemang kan gälla villaolja och vatten för hushåll. När efterfrågesituationen har dessa egenskaper finns det anledning för det dominerande företaget att ta ut olika priser i förhållande till vilken mängd som efterfrågas, vilket i ekonomisk teori benämns andra gradens prisdiskriminering. Prissättningen sätts oftast i ”trappsteg” där grundvolymen betingar ett högre pris än ett intervall med högre volym. Denna form av prisdiskriminering kan vara positiv för hela konsumentkollektivet om det föreligger skalfördelar. Vid produktion av elkraft kan stora anläggningar ge stora kostnadsfördelar. Rabatter som ökar underlaget för elproduktionen kan därför medföra att grundtarifferna kan sättas lägre tack vare skalfördelarna. Volymrabatter är ett typiskt exempel på andra gradens prisdiskriminering.

Andra gradens prisdiskriminering kan i många fall vara en direkt förutsättning för en så hög nytta som möjligt för konsumenter. För att återvända till exemplet med elkraft är det från kraftbolagets (producentens) synpunkt intressant att få en så stor kundbas som möjligt för att härigenom kunna nyttja de skalfördelar som är knutna till elkraftsproduktion. En mycket stor anläggning kan ge ett lägre pris per kWh än en eller fler små anläggningar. En köpare med stort behov av elkraft, t.ex. ett aluminiumsmältverk, kan naturligtvis inte betala samma pris per kWh som en villaägare med direktel som uppvärmning – det skulle ge helt orimliga produktionskostnader. Genom att ge rabatter till storkonsumenter kommer producenten att ta ut olika priser av olika kunder trots att det inte är någon skillnad att producera el för villabruk och för industribehov. Den differentierade prissättningen gör att producenten får möjlighet till skalfördelar i en stor anläggning. Därmed kan även den allmänna prisnivån hållas lägre än om producenten inte hade kunnat dra nytta av skalfördelar.[26]

[26] En annan sak är givetvis om producenten (säljaren) inte låter skalfördelarna komma hela konsumentkollektivet tillgodo. Det kan trots allt vara så att enskilda konsumenter inte har möjlighet att använda någon annan leverantör, medan en mycket stor köpare kan förhandla till sig bättre priser.

Välfärdeffekterna av en icke-linjär prissättning kan vara olika, men i allmänhet torde lågvolymkunder få betala ett högre pris i förhållande till sin marginella betalningsvilja än en högvolymkund.[27]

I övrigt är de sociala välfärdeffekterna knutna till om det verkligen sker en ökning av marknadsvolymen. Som framgår av resonemanget ovan kan det vara positivt för konsumenterna att säljaren genomför en andra gradens prisdiskriminering åtminstone så länge som utbudet ökar och skalfördelarna även kommer konsumenterna tillgodo.[28]

9.5.3 Tredje gradens prisdiskriminering

En vanlig praxis inom handeln är att det finns olika varor som är identiska eller snarlika och som säljs till olika priser under olika varunamn. Marknaden för värktabletter är ett bra exempel, där den aktiva substansen paracetamol ingår i flera olika produkter från samma tillverkare. Tabletterna är mer eller mindre identiska till innehållet men har olika varunamn och form och den ena produkten är väsentligt billigare än den andra. Listan på andra exempel kan göras lång och omfattar bl.a. ekonomi- och affärsklassbiljetter på flyget, student- och pensionärsrabatter osv.

Varian säger att tredje gradens prisdiskriminering inträffar när ”[…] consumers are charged different prices but each consumer faces a constant price for all units of output produced”.[29] Olika konsumenter får alltså betala olika mycket för samma vara oavsett mängd. Även om det i praktiken förekommer tredje gradens prisdiskriminering i kombination med mängdrabatter är det ändå prissättningen i relation till elasticiteten som är den bärande komponenten i prissystemet.

Anledningen till att säljaren är intresserad av att hålla olika priser till olika kunder för samma vara eller tjänst är helt enkelt att säljaren är intresserad av att fånga upp både dem som kan betala mer och dem som endast vill betala ett lägre pris i förhållande till det dominerande företa-

---

[27] Se Norman, a.a. s. xvi.
[28] Jfr Varian, a.a. s. 617.
[29] Varian, a. st.

gets optimala pris. Säljaren delar upp köparna i två eller flera olika grupper, med olika efterfrågefunktioner. För att kunna upprätthålla en sådan prissättning knyts möjligheten att erhålla ett visst pris till t.ex. ålder (t.ex pensionärsrabatter), grupptillhörlighet eller andra restriktioner (förköpsregler på flyg, ombokningsregler m.m.).

Om elasticiteten i efterfrågan skiljer sig bland de olika grupperna kommer det att vara lönsamt att prisdiskriminera.

Scherer & Ross tar upp ett exempel där ett tänkt företag tar ut samma pris, P^* av två olika grupper. Efterfrågeelasticititeten för grupp A är 2,0 och 4,0 för grupp B. Marginalintäkten, MR (*eng. marginal revenue*) kan definieras som MR = P(1-1/e), där e är efterfrågeelasticiteten. Detta innebär att marginalintäkten är hälften av försäljningspriset P^* vid försäljning till grupp A, medan den är tre fjärdedelar av P^* vid försäljning till grupp B. Om företaget har en begränsad kapacitet skulle det därför vara lönsamt att omallokera kapacitet från A till B eftersom marginalintäkten av att sälja en extra enhet till grupp B överstiger marginalförlusten av att sälja en enhet mindre till grupp A.[30]

> När det i ekonomiska modeller talas om efterfrågan av en vara beror detta inte enbart av varans pris. Konsumenternas inkomster och priset på andra, mer eller mindre jämförbara produkter har även betydelse för efterfrågan. I ekonomiska modeller är det av intresse att kunna uttala sig om vilka effekter åtgärder har på marknadsstruktur, prisnivåer m.m. För att kunna gör en ekonomisk analys måste det därför gå att uttala sig om hur efterfrågan ser ut. Efterfrågeelasticitet är även ett centralt begrepp när den relevanta marknaden skall bestämmas. I den juridiska analysen är efterfrågeelasticiteten ett verktyg som används för att bestämma vilka varor som tillhör samma relevanta marknad. Med hjälp av elasticiteter går det därför att avgränsa relevanta marknader, vilket gör det möjligt att senare bestämma om ett företag har en dominerande ställning.
>
> Elasticiteter mäter känsligheten hos en variabel i förhållande till en annan. I ekonomiska sammanhang är det mest intressant att se till den procentuella förändring som sker hos en variabel som en reaktion på en enprocentig ökning hos en annan variabel. Den prismässiga efterfrågeelasticite-

[30] Se Scherer/Ross, a.a. s. 490–491.

ten kan definieras som känsligheten i den efterfrågade kvantiteten i förhållande till förändringar av priset. Det är kort sagt den procentuella förändringen i efterfrågad kvantitet som uppstår till följd av en enprocentig ökning av varans pris. Normalt sett är elasticiteten negativ, dvs. efterfrågan i kvantitet blir mindre när priset ökar. Om den procentuella efterfrågeminskningen i kvantitet är lika med 1 kallas efterfrågan för *enhetselastisk*, eftersom den marginella förändringen i kvantitet är lika med den marginella prisförändringen. Om priselasticiteten är högre än 1 brukar efterfrågan kallas *priselastisk*, eftersom den procentuella kvantitetsminskningen är större än den procentuella prisökningen. Omvänt gäller att om priselasticiteten är mindre än 1 benämns efterfrågan *inelastisk* eftersom den procentuella effekten på efterfrågan är mindre än den procentuella prishöjningen. En ytterlighet brukar kallas *oändligt elastisk* efterfrågan, vilket innebär att konsumenterna är beredda att betala ett maximalt pris och minsta prishöjning gör att efterfrågan försvinner helt, medan prissänkningar gör att efterfrågan ökar oändligt. En annan ytterlighet är *helt inelastisk* efterfrågan, vilket innebär att konsumenten handlar en bestämd mängd av varan oavsett dess pris.[31]

Efterfrågeelasticiteten kan även vara beroende av konsumenternas inkomster, dvs. hur efterfrågan påverkas av en marginell inkomstökning. Denna form av elasticitet behandlas dock inte i detta arbete. *Korspriselasticiteter* är emellertid ett centralt begrepp. Med samma resonemang som i förra stycket mäts vad som händer med efterfrågan för en aktuell produkt när priset höjs på en annan vara. Om efterfrågan på den ursprungliga varan inte påverkas kan slutsatsen dras att produkterna är helt orelaterade. Som exempel kan nämnas att efterfrågan på mjölk inte torde påverkas av en höjning av bensinpriset. Skulle varorna vara utbytbara kan emellertid korspriselasticiteten vara positiv. Varor behöver emellertid inte vara utbytbara för att det skall föreligga en positiv korspriselasticitet. Så kan vara fallet med kompletterande varor som mobiltelefoner och abonnemangstjänster – när kostnaden för abonnemang går kan det påverka efterfrågan på mobiltelefoner.[32]

---

[31] Se Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 30–33.

[32] Se Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 30–33.

Generellt vinstmaximerar ett företag vid tredje gradens prisdiskriminering genom att ta ut det högsta priset i det marknadssegment där efterfrågeelasticiteten är lägst och det lägsta priset i det marknadssegment där efterfrågeelasticiteten är högst. Oavsett hur mycket företaget producerar måste den totala volymen fördelas mellan de olika grupperna. Om säljaren tjänar mindre per enhet genom att sälja till en konsumentgrupp än en annan, så är det mer optimalt för företaget att styra volymen till det segment där lönsamheten är högre. Exakt hur stor volym som tilldelas respektive köparsegment bestäms av efterfrågeelasticiteten hos respektive köpargrupp. Härutöver måste även den totala volymen vara utformad så att den sammanlagda marginalintäkten från varje konsumentgrupp är lika med den totala marginalkostnaden. Om t.ex. marginalintäkten var lika för varje konsumentgrupp och den sammanlagda marginalintäkten skulle bli större än den totala marginalkostnaden, så skulle det vara lönsamt att öka den totala volymen. Omvänt gäller att om den sammanlagda marginalintäkten skulle vara lägre än den totala marginalkostnaden, så måste säljaren minska den totala volymen för att kunna maximera vinsten.

Pindyck & Rubinfeld[33] illustrerar detta algebraiskt. Om P_1 är det pris som säljaren tar ut av den första gruppen och P_2 är priset till andra gruppen, samtidigt som $C(Q_T)$ är den totala produktionskostnaden där $Q_T = (Q_1 + Q_2)$, så bestäms vinsten, π, av ekvationen

$$\pi = P_1Q_1 + P_2Q_2 - C(Q_T).$$

Det är lönsamt för företaget att öka försäljningsvolymen till respektive köpargrupp fram till dess att vinsten av att sälja ännu en enhet är lika med noll, dvs när särintäkten inte längre ger ett positivt bidrag. För att bestämma vilken volym som skall erbjudas till konsumentgrupp 1 används följande ekvation:

[33] Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 376–379.

$$\frac{\Delta\pi}{\Delta Q_1} = \frac{\Delta(P_1Q_1)}{\Delta Q_1} - \frac{\Delta C}{\Delta Q_1} = 0$$

Särintäkten från försäljning av en extra enhet till köpargrupp 1 bestäms alltså av $\Delta(P_1Q_1)/\Delta Q_1$, dvs. marginalintäktskurvan för köpargrupp 1 (MR_1). Nästa led i ekvationen, $\Delta C/\Delta Q_1$ är särkostnaden för att tillverka ännu en enhet, dvs marginalkostnadskurvan (MC).

Ekvationen kan därför förenklas till den optimala volymen för köpargrupp 1 som blir MR_1 = MC. Samma uträkning kan sedan göras för nästa köpargrupp och resultatet blir enligt samma resonemang MR_2 = MC. Sammantaget innebär detta att den optimala volymen för säljaren blir där

$$MR_1 + MR_2 = MC.$$

Denna ekvation säger endast att den totala volymen för säljaren inte får överstiga marginalkostnaden för att producera en vara eller tjänst till olika köpargrupper. Den intressanta frågan därefter blir hur stor prisskillnaden kommer att bli mellan de olika köpargrupperna. I detta exempel används endast ett generellt resonemang, varför det inte går att fastställa det slutliga priset i kronor. Däremot går det att generellt uttala sig om hur stor den inbördes prisskillnaden kommer att bli för respektive segment. Det som påverkar skillnadens storlek kommer att ges av efterfrågeelasticiteten. Ju högre skillnaden är i elasticitet, desto högre blir även prisskillnaden. Vi inför därför i ekvationen E_d som betecknar efterfrågeelasticiteten. I detta exempel med två köpargrupper används E_1 och E_2, som betecknar efterfrågeelasticiteten för köpargrupp 1 respektive 2. Generellt kan marginalintäktskurvan skrivas om som en funktion av efterfrågeelasticiteten:

$$MR = P(1 + 1/E_d).$$

Marginalintäktskurvorna i förevarande exempel blir därför $MR_1 = P_1(1+1/E_1)$ resp. $MR_2 = P_2(1+1/E_2)$. Det inbördes förhållandet mellan köpargrupperna kommer därför att bestämmas av:

$$\frac{P_1}{P_2} = \frac{(1+1/E_2)}{(1+1/E_1)}$$

Som tidigare nämnts kommer ett högre pris att tas ut av den köpargrupp som har den lägsta elasticiteten. Skulle köpargrupp 1 har en elasticitet på –2 och köpargrupp 2 en elasticitet på –4 så kommer det inbördes prisförhållandet att bli (1-1/4)/(1-1/2) = (3/4)/(1/2) = 1,5. Priset till köpargrupp 1 kommer alltså att vara 50 % högre än hos köpargrupp 2.

I förhållande till exemplet ovan kan tredje gradens prisdiskriminering lättare illustreras grafiskt. Genom att följa exemplet från Pindyck & Rubinfeld[34] går det att summera marginalintäktskurvorna för respektive köpargrupp till linjen MRT. Där den linjen skär marginalkostnadskurvan ligger den optimala volymen. Priset kan sedan avläsas genom att dra en horisontell linje till respektive marginalintäktskurva och avläsa priset gentemot efterfrågekurvorna.

Detta är vad som sker i praktiken när t.ex. ett flygbolag fattar beslut om hur en viss flygsträcka skall betjänas. Dels måste bolaget bestämma hur stor kapacitet som flygrutten skall ha, dvs. hur många avgångar eller flygplan som skall trafikera rutten, dels hur bolaget skall prissätta tjänsten till olika kunder.

Ett viktigt element i tredje gradens prisdiskriminering är att säljaren kan identifiera olika köpargrupper, mellan vilka han kan diskriminera. När det inte finns några exogena faktorer som ålder, geografisk lokalisering m.m. är det vanligt att använda en form av indirekt sortering av kunder.

Genom att tillföra eller dra ifrån vissa egenskaper hos produkten kan säljaren mer effektivt komma åt olika betalningsviljor bland kunderna. Cabral kallar detta förfarande för *versioning*.[35] En extrem variant av *versioning* är att sänka kvaliteten på produkten eller blockera vissa egenskaper. Vid försäljning av flygresor är det vanligt att det för samma flygresa säljs biljetter till helt olika priser. Flygbolagen delar upp passa-

[34] Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 378–379.
[35] Se Cabral, a.a. s. 176–178.

gerarna i t.ex. affärsresenärer och turistresenärer. Affärsresenärer, som ofta inte kan styra långt i förväg när resan skall göras samtidigt som arbetsgivaren betalar, är noga med att kunna boka snabbt, ha möjlighet till ombokning, komma fram i rätt tid m.m. För turistresenärer eller ekonomiklasspassagerare är betalningsviljan mycket lägre. Kraven på exakt avgångs- och ankomsttid är lägre i jämförelse med affärsresenären. Till priset för ekonomiklass knyts ofta för s.k. APEX-biljetter villkoret att passageraren måste stanna borta en lördagsnatt mellan ut- och tillbakaresa. Skulle flygbolaget ta bort lördagsregeln skulle en del av affärsresenärerna flytta till ekonomiklass, åtminstone den del av affärsresenärerna som sätter högre värde på ett lågt pris än fria drinkar, bättre mat och service.

Restriktioner på förköp, ombokningar, service är alltså ett sätt för flygbolagen att upprätthålla prissystemet samtidigt som bolagen hindrar köpare med hög elasticitet att nyttja priser som är avsedda för köpargrupper med lägre elasticitet. Lördagsregler kan ses som en form av destruktiv *versioning*, eftersom de inte primärt har något värde för flygbolaget annat än att kunna prisdiskriminera bättre. Undantaget skulle kunna vara att styra passagerarantalet till en bättre fördelning mellan avgångar, vilket dock endast torde ha marginell betydelse. Andra former av destruktiv *versioning* kan vara ”*limited edition*” av datorprogram, där programmet har alla funktioner från början, men där de lägre prissatta versionerna har blockerade funktioner.

Hårdvara för datorer kan även ”förstöras” genom att t.ex. lägre prissatta skrivare har en längre utskriftstid än dyrare varianter, trots att de har samma utskriftsverk. Enbart beroende av en mjukvarukonfiguration som hindrar skrivaren från att gå upp på full fart skapas sålunda två olika skrivare avsedda för olika kundgrupper trots att det i allt väsentligt rör sig om samma maskiner.[36]

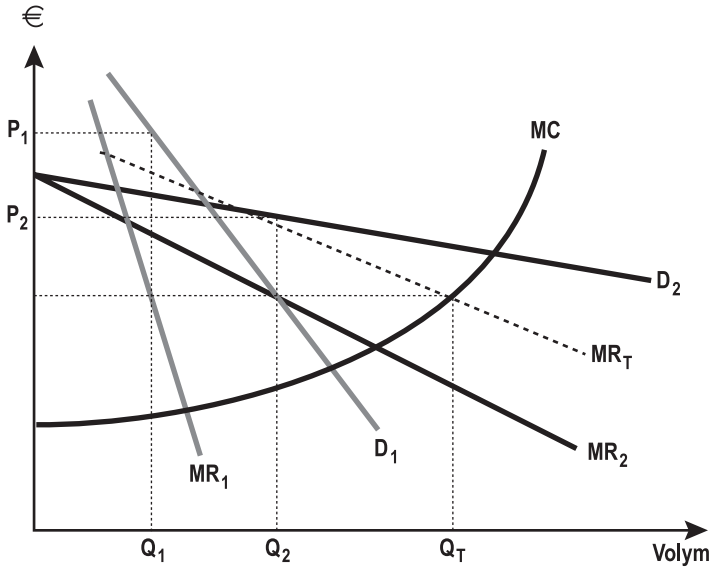
Ekelund belyser detta med ett klassiskt citat av den franske 1800-tals ingenjören Dupuit:

[36] Se Cabral, a.a. s. 177.

> ”It is not because of the few thousand francs which would have to be spent to put a roof over the third-class carriages or to upholster the third-class seats that some company or other has open carriages with wooden benches. . . . What the company is trying to do is to prevent the passengers who can pay the second-class fare from travelling third class; it hits the poor, not because it wants to hurt them, but to frighten the rich. . . . And it is again for the same reason that companies, having proved almost cruel to third-class passengers and mean to second-class ones, become lavish in dealing with first-class passengers. Having refused the poor what is necessary, they give the rich what is superfluous”[37]

Vad det sålunda i allmänhet går ut på är att indirekt kunna sortera kunder och hindra de olika kundgrupperna från att nyttja de produkter som är ämnade för respektive grupp.

[37] Ekelund, R. B., *Price discrimination and product differentiation in economic theory: An early analysis*, The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, 1970, s. 275. Citatet kommer ursprungligen från Dupuit, J., *On Tolls and Transport Charges*, 1849. Se även Cabral, a.a. s. 176.



Figur 9.6. Illustration av tredje gradens prisdiskriminering. Konsumenterna är indelade i två grupper med två olika efterfrågekurvor. Den totala marginalintäkten, MR_T ges av MR_1 + MR_2. Den optimala kombinationen av pris och kvantitet ligger där marginalintäkten för varje vara är lika med marginalkostnaden, dvs. där MR_T = MC. De kunder som har låg elasticitet får betala ett högre pris (P_1), medan kunder med lägre elasticitet får betala ett lägre pris (P_2). Källa Pindyck / Rubinfeld, Microeconomics, 2001.

9.5.3.1 Ramseyprissättning

Prissättning i förhållande till efterfrågeelasticiteten är en reaktion på problemen med att sätta priser lika med marginalkostnaden. Utgångspunkten är att priser som motsvarar marginalkostnaden maximerar den ekonomiska välfärden, men om detta inte ger fullständig täckning för totala kostnader så kommer inget företag långsiktigt att tillhandahålla varan eller tjänsten. Problemet är emellertid att varje avvikelse från marginalkostnaden ger upphov till ineffektivitet. Ineffektiviteten kan bestå däri att konsumenterna lockas iväg från de produkter som bara prissätts nära marginalkostnader. Vidare medför prishöjningar att efterfrågan från vissa kunder begränsas. Om det så inte är möjligt att pris-

sätta enligt marginalkostnaden gäller det att finna den minst skadliga prissättningen och allokera de högsta priser dit där de har störst möjlighet att ge utdelning. Kunder med elastisk efterfrågan reagerar starkt mot prishöjningar, medan kunder med inelastisk efterfrågan inte regerar lika mycket. Det är därför bäst om priset kan sättas högt till kunderna med inelastisk efterfrågan och vice versa. Om ett företag har flera olika produkter så kommer endast kombinationer av priser att ge täckning för de totala kostnaderna. Ett krav på att företaget skall sätta priser lika med marginalkostnaden kommer aldrig att ge fullständig täckning. Frank Ramsey har givit upphov till vad som i ekonomisk teori har kommit att kallas för ”*Ramsey pricing*”[38]

Baumol och Sidak beskriver i korthet vad Ramseyprissättning innebär:

> ”The pricing rule, in essence, is the logic of the inverse-elasticity formula, which states that, where goods are neither substitutes nor complements, the percentage difference between the price of any good X and the marginal cost of X should be inversely proportionate to the price elasticity of demand for X.”[39]

Baumol och Bradford har kallat detta för en kvasioptimal prissättning där den sociala välfärden inte tjänas bäst genom att sätta priser lika med eller proportionella till marginalkostnaden, utan genom att göra olika avvikelser där istället varor med elastisk efterfrågan prissätts närmast marginalkostnaden.[40]

Ramseyprissättning avser företrädelsevis prissättning av samma vara, dvs varor som vare sig är substituerbara eller komplement till varandra. Så snart det är möjligt för en konsument att vända sig till en kon-

---

[38] Se Baumol, W. J., Sidak, J. G., *Toward Competition in Local Telephony*, MIT press Cambridge, Mass., 1994, s. 35–38. Angående ursprunget till begreppet Ramsey-pricing, se Ramsey, F., *A Contribution to the Theory of Taxation*, The Economic Journal, 1927, s. 47–61.

[39] Baumol/Sidak, a.a. s. 38. Baumol och Sidak framhåller även att det elasticiteten för det egna företagets produkter som är intressant att mäta – inte elasticiteten för branschen som helhet. Om branschen dock utgörs av ett monopol sammanfaller de olika elasticiteterna (s. 40).

[40] Baumol, W. J., Bradford, D. F., *Optimal Departures From Marginal Cost Pricing*, The Amercian Economic Review. Vol. 60, 1970, s. 267.

kurrent eller välja en närliggande produkt måste hänsyn även tas till korspriselasticiteter för att den optimala prissättningen skall kunna beräknas. I praktiken torde det vara om inte omöjligt, så åtminstone extremt svårt att med en tillräcklig grad av säkerhet beräkna marginalkostnad, efterfrågeelasticiteter och korspriselasticiteter. I anledning härav kommer Ramseyanalysen aldrig att bli något exakt vetenskap, men vars hjälp en lagstiftare eller myndighet kan fastställa huruvida en enskild prissättning är laglig i konkurrensrättsligt hänseende. Baumol och Sidak framhåller därför att Ramseyteorin snarare skall ses som en källa till en allmän kvalitativ bedömning än exakta beräkningsformler för prissättning. I ett konkurrensrättsligt sammanhang kan Ramseyprissättning därför betraktas som en form av diskriminerande prissättning, som borde vara laglig.[41]

Baumol och Bradford sammanfattar teorin kring Ramseyprissättning med att den i det närmaste ger en optimal prissättning:

> ”In a world in which marginal cost pricing without excise or income taxes is normally not feasible, the solution we have usually considered to characterize the ”best” is none too good, because it is simply unattainable. In that case, the systematic deviations between prices and marginal costs that the theorem calls for may truly be optimal because they constitute the best we can do within the limitations imposed by normal economic circumstances”[42]

Huruvida användningen av Ramseypriser är önskvärd ur ett konkurrensperspektiv måste bedömas med utgångspunkt från produktens egenskaper och branschförutsättningar. Prissättning av flygtjänster kan vara ett exempel på en tjänst i en bransch där Ramseyprissättning har relativt goda förutsättningar att ge ett bra resultat för alla konsumenter. Om Ramseypriser däremot används vid tillträde till accessnät är fördelarna inte lika tydliga, och priserna kan leda till att konkurrensen begränsas.

---

[41] Se Baumol/Sidak, a.a. s. 38–39.
[42] Baumol/Bradford, a.a. s. 280.

Blomgren-Hansen har utrett vilka konsekvenser som ett ingripande från konkurrensmyndigheterna gentemot prisdiskriminering i likhet med Ramsey-prissättning skulle få. Svaret skulle vara beroende av om prissättningen gav upphov till övervinster hos det dominerande företaget.[43]

Skulle för det första det dominerande företaget inte tjäna onormala vinster vore ett ingripande mot prissättningen direkt välfärdsreducerande eftersom det totala täckningsbidraget inte längre skulle bli tillräckligt för att täcka fasta kostnader. Härmed skulle nyinvesteringar upphöra, resursutnyttjandet minska och förutsättningarna för fortsatt drift skulle eroderas.

Om det för det andra finns inträdesbarriärer och det dominerande företaget tjänar övervinster, blir resultatet annorlunda. Genom förekomsten av övervinster och avsaknad av reell eller potentiell konkurrens exploateras kunderna/konsumenterna som härmed får betala ett högre pris än vad som är nödvändigt för att ge det dominerande företaget möjlighet att täcka sina fasta kostnader, inräknad den riskjusterande kostnaden för avkastning på eget kapital. Från välfärdssynpunkt skulle ett ingripande således vara motiverat. Det är dock inte säkert att ett ingripande skulle inverka positivt på välfärden, eftersom välfärdseffekten hänger samman med hur efterfrågekurvorna gestaltar sig. Förbud mot prisdiskrimineringen kan enligt Blomgren-Hansen vara ett tveeggat svärd. Hänsyn måste nämligen tas nettoeffekten av de kundgrupper som faller bort och dem som tillkommer när prisnivåerna jämnas ut. Om prisdiskrimineringen initialt har införts för att betjäna kunder som inte är beredda att betala så mycket som ett enhetspris skulle medföra, får ingripanden till följd att välfärden minskar eftersom dessa kunder som tidigare kunnat betjänas nu faller bort. Blomgren-Hansen anser att dessa effekter framförallt visar sig vid försäljning till konsumenter, men i allt väsentligt gäller det även vid försäljning till näringsidkare.

---

[43] Blomgren-Hansen, N., *Prisdiskrimination og effektiv samfundsmæssig resourceanvændelse*, Institut for Nationaløkonomi, Handelshøjskolen i København, Working paper 9-98, s. 7–8.

9.5.3.2 Välfärdseffekter

Liksom i fallet med andra gradens prisdiskriminering kommer de ekonomiska välfärdseffekterna av en tredje gradens prisdiskriminering att vara beroende av om den totala marknadsvolymen ökar mer vid prisdiskriminering än om säljaren hade tillämpat ett enhetspris. Om prisdiskrimineringen gör det möjligt för säljaren att betjäna marknader som den i fallet med enhetspris inte skulle ha betjänat har effektiviteten ökat på marknaden och konsumenterna kan sägas vara i en bättre ställning. Även om konsumenterna hade haft det ännu bättre i en perfekt konkurrens kan varan/tjänsten komma fler konsumenter till del. Enkelt uttryckt är det för den enskilde konsumenten mer värdefullt att kunna köpa varan/tjänsten än att inte alls få tillgång till den, även om priset måhända inte blir det från konsumentens synvinkel det allra bästa.

Utbudsvolymen är dock inte den enda faktor som bestämmer om ett prissystem kommer att leda till ett från ekonomiskt synpunkt önskvärt läge. Varian tar upp problemet med prisdiskriminering på marknader för halvfabrikat.[44] På dessa marknader är köparnas efterfrågan beroende av konkurrenssituationen, dvs vilken efterfrågan som dess konkurrenter har. Ett prissystem kan påverka själva konkurrenssituationen och härigenom även välfärdseffekten. Om prisdiskrimineringen kraftigt missgynnar vissa köpare kommer dessa att minska sin efterfrågan och konkurrensen minskar, vilket inte är önskvärt ur ett välfärdsperspektiv. Vidare måste även hänsyn tas till vilka effekter som en prisdiskriminering har på köparnas benägenhet att integrera sig vertikalt. Ett diskriminerande pris kan t.ex. framtvinga integrationsbeslut i produktionen som inte är optimala från effektivitetssynpunkt, vilket även får negativa välfärdskonsekvenser.

9.5.3.3 Tidsmässig prisdiskriminering

En speciell variant av tredje gradens prisdiskriminering är vad som på engelska brukar kallas *intertemporal price discrimination*, dvs. tids-

[44] Varian, a.a. s. 623.

mässig prisdiskriminering.[45] Även i detta fall är det frågan om samma produkt som säljs till olika priser men vid olika tidpunkter. Vid introduktionen av DVD-spelaren betingade varje enhet ett relativt högt pris, medan priset efter några år sjönk till avsevärt lägre nivåer trots att grundtekniken var densamma, låt vara att det kunde finnas olika finesser som fortfarande motiverar en prisskillnad. När produkten introduceras till ett högt pris attraheras framförallt trendkänsliga kunder som sätter stort värde på att vara först med mycket god bild- och ljudkvalitet och är beredda att betala ett ganska högt pris för varan. Sådana kunder är relativt oelastiska i sin efterfrågan, är noga med bildkvalitet och vill gärna vara först med det senaste. Andra kunder, som inte har lika stora behov av att vara först på plan eller har lika höga krav på teknisk kvalitet, kan vara mer elastiska i sin efterfrågan och är därmed inte beredda att betala ett högt pris för varan. I anledning av detta sänker säljaren priset efter en viss period och har härigenom delat in kunderna i två olika kategorier som han tar ut olika priser av. För att kunna motivera en prisskillnad är det vanligt att en något enklare modell saluförs som saknar vissa funktioner som finns hos den dyrare varianten. Detta gäller även böcker, där de första exemplaren endast säljs inbundna medan förlaget efter en tid släpper upplagor med endast klistrad pärm. Filmindustrin agerar på liknande sätt när nya filmer endast går att se på bio och där filmbolaget släpper samma film på DVD/Video efter en tid, varvid priset visserligen är högre men konsumenten kan se filmen ett obegränsat antal gånger där hela familjen kan dela på priset.

En variant av tidsmässig prisdiskriminering är högförbrukningsavgifter eller säsongspriser, s.k. *peak-load pricing*. Sådana prissystem kan uppträda i många olika former, t.ex. sänkta telefonkostnader på kvällar och helger, lägre biopriser på måndagar, säsongspriser på hotell m.m. Prissättningen skiljer sig mot tredje gradens prisdiskriminering såtillvida som säljaren i dessa fall har olika marginalkostnader vid skilda tidpunkter. Sommarhotellet har under högsäsongen ofta mer personal och högre belastning på hotellet än under vinterhalvåret och om priserna

[45] Se t.ex. Pindyck/Rubinfeld, a.a. s. 382–383.

tidsmässigt sätts i relation till den marginalkostnad som råder under olika tider på säsongen kommer priset att bli högre under sommarmånaderna. Priset som sätts för sommarmånaden påverkar inte kostnaden under vinterhalvåret. Häri ligger den avgörande skillnaden mellan tredje gradens prisdiskriminering och tidsmässig prisdiskriminering. I det förra fallet kommer prisbeslut för vara 1 att påverka kostnadsnivån för vara 2. Den avgörande faktorn blir därför vilken elasticitet som köparna har. I det senare fallet går det att säga att priset mer rättvisande sätts i relation till den kostnad som uppkommer vid produktionen av varan eller tjänsten. Det kan även vara ett sätt för producenten att styra konsumenten att nyttja varan eller tjänsten på ett mer optimalt sätt. Om t.ex. alla abonnenter använder ett telefonnät samtidigt skulle nätet kollapsa p.g.a. otillräcklig nätkapacitet i växlar m.m. Om producenten skulle tvingas att tillhanda en kapacitet som täcker in alla toppar kommer nätet att dras med överkapacitet större delen av tiden. Investeringen i överkapacitet måste betalas av köparna och därför kan det från såväl effektivitets- som allokeringssynpunkt vara lovvärt att differentiera priserna på detta sätt. Genom att med hjälp av prissättningen styra över priskänsliga konsumenter till att ringa kvällstid och under helger nyttjas nätet med en jämnare belastning och blir därmed mer effektivt.

9.5.3.4 Bundling

Ett relativt vanligt sätt att sälja varor är att slå samman flera olika produkter i ett samlat erbjudande. Kabel-TV säljs ofta i paketerbjudanden, där flera kanaler läggs samman under ett paketpris. Om produkterna endast är tillängliga som paket brukar arrangemanget kallas *pure bundling*. Om produkterna därmed även går att köpa separat talas om *mixed bundling*.[46]

Anledningen till att företag tillämpar bundling är att det kan finnas en negativ korrelation mellan olika kunders värdering av produkterna som erbjuds. Antag för enkelhets skull att ett företag erbjuder endast två TV-

[46] Se Varian, a.a. s. 626 och Norman, a.a. s. xviii–xix.

kanaler. Den ena kanalen sänder bara sport medan den andra sänder naturprogram. En kund vill betala €5 för sportkanalen och €1 för naturkanalen och €6 för båda kanalerna. En annan, som inte gillar sport lika mycket vill endast betala €4 för sportkanalen och kan tänka sig att betala €2 för naturkanalen och även han €6 för båda kanalerna. Givet att kostnaderna var noll och att kanalerna endast skulle säljas separat skulle priset €4 för sportkanalen respektive €1 för naturkanalen ge högsta intäkterna, dvs. totalt €10 för båda kunderna. Om företaget däremot endast sålde produkterna till paketpriset €6 skulle de totala intäkterna bli €12.

Den relevanta frågan i konkurrensrättsligt hänseende är om det går att dra några generella slutsatser beträffande *bundling*. Den ekonomiska teorin lämnar inga entydiga svar mer än att det är lönsamt för ett företag att nyttja denna form av prissättning när det finns en negativ korrelation mellan kundernas värdering av de erbjudna varorna samtidigt som den aggregerade värderingen överensstämmer mellan kunderna. Företaget har då möjlighet att omfördela konsumentöverskott till vinst. Om värderingarna skulle ändras så att de individuella värderingarna överensstämmer, eller så att de aggregerade värderingarna inte är lika så minskar även möjligheterna till en lönsam *bundling*. Så snart det är frågan om *mixed bundling* ges emellertid konsumenterna en möjlighet att välja mellan paketpriser och individuella priser, vilket primärt inte borde ge upphov till några negativa följder.[47]

9.5.4 Sammanfattning – slutsatser om välfärdseffekter

Det är svårt att ge ett entydigt svar på frågan om prisdiskriminering från ett ekonomiskt perspektiv skall anses vara laglig eller inte. Bakgrunden härtill är att det finns motstridiga intressen i det att prisdiskriminering

[47] Jfr Norman, a.a. s. xix och Varian, a.a. s. 630. Jfr även dnr 17/97, *Kabel-TV*, där KKV behandlade ett ifrågasatt missbruk av dominerande ställning av Kabel-TV-bolagen genom den paketering av TV-kanaler som bolagen tillämpade. I anmälan till KKV hävdades att konsumenterna fick betala för TV-kanaler som de inte efterfrågade samtidigt som de undanhölls TV-kanaler som de ville kunna se. KKV tog inte ställning till om bundling i princip skulle anses tillåten utan kunde konstatera att paketeringen var motiverad på tekniska och kostnadsmässiga grunder, varvid agerandet inte utgjorde ett exploaterande missbruk.

från effektivitetssynpunkt är något som är eftersträvansvärt medan den samtidigt minskar välfärden för konsumenterna. Allmänna rättvisehänsyn kan förorda samma pris för alla köpare/konsumenter medan detta samtidigt skulle motverka möjligheten att tillhandahålla produkter till en större grupp köpare.

Analysen kan emellertid inte göras så enkel, utan effektiviteten kan i vissa fall bli sämre av prisdiskriminering i det att ett dominerande företag lägger ned stora resurser på att sätta upp och vidmakthålla ett diskriminerande prissystem. Vidare kan prisdiskriminering motsatsvis under andra förutsättningar leda till en högre effektivitet på marknaden genom större volymer och bättre resursutnyttjande.[48]

Trots den närmast omöjliga uppgiften att ge ett entydigt svar på frågan om vilka välfärdseffekter prisdiskriminering medför kan dock vissa slutsatser dras av genomgången av ekonomisk teori.

Till att börja med är det den samlade välfärdseffekten som står i fokus. Denna är avhängig av hur efterfrågan ser ut och av vilken form eller kombination av prisdiskriminering som säljaren använder sig av. I det fall prisdiskriminering inte enbart ger negativa eller positiva effekter måste sålunda en avvägning göras mellan de positiva och negativa effekter som prisdiskrimineringen ger upphov till. En marknad kan exempelvis bestå av flera olika köpargrupper, där vissa av dem har en låg betalningsvilja, vilket gör att de inte nyttjar produkten alls eller mycket litet vid högre priser. Om säljaren har mycket låga marginalkostnader, dvs. låga kostnader för att tillhandahålla en extra enhet, kan det vara positivt i välfärdshänseende att ta ut ett lägre pris av vissa kunder eftersom det härigenom öppnas en marknad som annars skulle ha varit stängd för den.

Danska Konkurrencestyrelsen framhåller att det främst kan inträda två effekter av prisdiskriminering, nämligen att utbudsvolymen blir antingen högre eller lägre i förhållande till situationen med icke-prisdiskriminering. Dessutom medför prisdiskriminering ett förändrat styrkeförhållande mellan köpare och säljare som i sin tur kan orsaka föränd-

[48] Cabral, a.a. s. 180–182.

ringar i de samlade samhällskostnaderna vid en bestämd produktionsvolym. Prisdiskriminering som säkerställer ett bättre utnyttjande av resurser och kapacitet eller ökad omsättning kan vara samhällsekonomiskt positivt om effektivitetsvinsterna överstiger den samlade nettoförlusten på köparsidan. Prisdiskrimineringen kan även få allvarliga negativa konsekvenser om den leder till att vissa kunder får betala ett högre pris än deras mindre effektiva konkurrenter.[49]

Bork går så långt att han anser det svårt att motivera någon lagstiftning som förbjuder prisdiskriminering mot bakgrund av svårigheterna med att identifiera prisdiskriminering med någon rimlig precision, vilka exakta långsiktiga effekter som uppkommer och osäkerheten kring vilken verklig nytta som ingripanden från myndigheter ger upphov till.[50]

Prisdiskriminering är emellertid föremål för konkurrensrättslig reglering och prissättningsmetoden har varit föremål för prövning i rättspraxis. Det går därför inte generellt att säga att prisdiskriminering skall uteslutas från ingripanden av myndigheterna. Det är dock viktigt att konstatera att all form av prisdiskriminering inte snedvrider konkurrensen.

I det följande kommer att den rättsliga regleringen av prisdiskriminering i allmänhet att analyseras. Därefter kommer specifika prissättningssituationer att undersökas mer i detalj.

---

[49] Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, 1998, elektronisk resurs: <http://www.ks.dk/publikationer/1998/prisdiskrimim/index.htm>, kap. 2.6. Se även Bishop och Walker, som hävdar att "[…] where price discrimination leads to an increase in total sales, consumer welfare is likely to be improved relative to the benchmark of uniform prices. […] In general, third degree price discrimination reduces welfare if it does not increase total output", Bishop/Walker, a.a. s. 196–197.

[50] Bork, R. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York,* 1993, s. 398–401.

10. Rättslig analys av prisdiskriminering

10.1 Utvecklingen av bedömningsgrunderna i rättspraxis

Prisskillnader har tidigare varit föremål för prövning både enligt 1953 års konkurrensbegränsningslag (KonkBL)[1] och 1982 års konkurrenslag (GKL). Den rättsliga regleringen av prisdiskriminering har varit både varierande och oklar. Rättsfall som är baserade på konkurrensbestämmelser från tiden före den nuvarande konkurrenslagen torde generellt sett inte kunna användas eftersom den nya lagen, som redovisats i kapitel 4 ovan, bygger på helt andra principer än den gamla. Nedan kommer dock att ges en redogörelse för utvecklingen av hur bedömningen av prisdiskriminering har gjorts i praxis. En huvudfråga härvidlag är om det utifrån tidigare praxis går att dra några lärdomar som kan användas vid bedömningar i dag.

10.1.1 Betydelsen av företagsekonomiskt motiverad prisdifferentiering

I fallet *Marabou*[2] var frågan om AB Marabou gentemot de dåvarande Metro-butikerna hade gjort sig skyldigt till otillåten prisdiskriminering. Eftersom fallet bedömdes under 1953 års konkurrensbegränsningslag

[1] Lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet (Konkurrensbegränsningslagen, SFS 1953:603).

[2] MD 1978:19, *NO ./. Marabou AB*.

hade domstolen att ställning till om försäljningsvillkoren kunde anses ha skadlig verkan i enlighet med 5 § KonkBL. Den av NO ifrågasatta prissättningen rörde prisdifferentiering genom att Marabou gav olika kunder skilda rabatter i form av årsbonus, orderstorleksrabatter och pallersättning. I allmänhet erhöll de dåvarande tre stora aktörerna på marknaden (ICA, KF och Dagab) högre rabatter än Metro. Marabou medgav även inför MD att rabatterna inte var kostnadsmotiverade i så måtto att de inte var relaterade till företagets särkostnader. Trots att det inte fanns en koppling till relevanta kostnader hävdade Marabou att prisdifferentiering ändock skulle vara tillåten, eftersom den verkade inköpsstimulerande. Enligt gällande rätt idag torde ett liknande prissystem närmast beskrivas som en form av trohetsrabatter. MD ställdes således inför frågan om en prisdifferentiering som inte var kostnadsmotiverad likväl skulle anses vara tillåten. Problematiken hade i viss mån behandlats i förarbetena till 1953 års konkurrensbegränsningslag i nyetableringssakkunnigas betänkande ”Konkurrensbegränsning”[3] MD hänvisade till ett uttalande att

> ”[v]ad gäller differentiering av priser, rabatter och andra försäljningsvillkor, är för det första att märka, att sådan differentiering ofta tar sikte på det förhållandet, att t.ex. vissa kunder vållar höga kreditkostnader. Mot en differentiering i detta fall kan givetvis ingen invändning resas. Detsamma gäller, om differentieringen beror på att kostnaden per enhet för försäljningsarbete, expedition, bokföring etc. blir större om försäljningen sker i mindre poster per gång, eller att enhetskostnaden även oavsett detta förhållande – fast i svagare grad – kan bli högre ju mindre kunden köper per år. I sådana fall är det uppenbarligen ej fråga om någon diskrimination gentemot de företagare, som får de sämre villkoren. Samtidigt bör även framhållas, att en diskrimination å andra sidan kan anses föreligga, om två köpare erhåller samma prisrabatter och försäljningsvillkor, trots att den ene genom storleken av sina beställningar vållar leverantören väsentligt lägre kostnader än den andre. Det är desto mera angeläget att påpeka detta förhållande, eftersom många i praktiken tillämpade rabattskalor icke i tillräcklig grad är dif-

[3] SOU 1951:27, *Konkurrensbegränsning*.

> ferentierade efter de olikheter i kostnader, som vållas av olika stora leveranser. Ur synpunkten av behovet att sänka kostnaderna inom distributionen är det önskvärt, att i sådana fall en mera rationell differentiering kommer till stånd. I här förevarande avseende bör den föreslagna lagstiftningen alltså icke tillämpas på sådant sätt, att den motverkar en företagsekonomiskt riktig differentiering av rabattskalorna, utan tillämpningen bör i stället söka främja en utveckling i dylik riktning. Med hänsyn till den stora svårighet, som alltid måste förefinnas och som torde bli särskilt markerad vid en utifrån företagen bedömning, att avgöra vilken differentiering, som är rationell ur företagsekonomisk synpunkt, torde varje bedömning av frågan, om en pris- eller rabattdiskriminering föreligger, böra göras med försiktighet. En rabattskala, som ger intryck av att åtminstone i grova drag vara grundad på företagsekonomiska överväganden, skall icke anses vara diskriminitativ [sic!]. Det bör sålunda icke begäras, att skalan skall ge någon rättvisa i detalj."[4]

MD konstaterade att departementschefen anslöt sig till de sakkunnigas bedömning[5] att det av förarbetena kunde dras slutsatsen att det både var tillåtet och önskvärt att tillämpa prisdifferentieringar när detta motiverades av kostnadsskillnader hos leverantören. Vad som därutöver kunde utläsas beträffande prisdifferentieringars tillåtlighet ansåg MD vara något mer svårbedömt, men att viss hänsyn borde kunna tas till andra företeelser än kostnadsskillnader. Skulle sådana omständigheter kunna tänkas motivera en utifrån företagsekonomiska utgångspunkter lämpligare prisdifferentiering skulle detta vara en laglig prissättning. Marabou hade framfört att prisdifferentiering borde vara legitim genom att det hade en efterfrågestimulerande inverkan på Marabous kunder. Vidare gav rabatter Marabou möjlighet att lättare styra produktionen och administrationen. Resonemanget från Marabous sida var enkelt uttryckt utformad så att eftersom det ifrågasatta prissystemet ledde till högre lönsamhet för Marabou och bättre grepp om marknaden så skulle prisdifferentieringen vara tillåten. De företagsekonomiska överväganden som nämndes i förarbetena skulle därför enbart bedömas utifrån Mara-

---

4 SOU 1951:27, s. 542 f.

5 Se Prop 1953:103, s. 181.

bous horisont. MD fann att Marabous argumentation hade sin bäring på samkostnader. Kort sagt kan detta sägas innebära att om Marabou skulle lyckas höja sin totala lönsamhet och få ett långsiktigt bättre grepp om marknaden skulle detta leda till en bättre täckning av samkostnader. MD sade att det i princip borde vara möjligt att ta hänsyn till samkostnader vid utformningen av ett prisdifferentieringssystem. Idag skulle ett liknande resonemang leda till ett allmänt accepterande av korssubventionering. MD ogillade NO:s talan framförallt med hänvisning till accepterande av samkostnader som grund för prisdifferentiering och att skillnaden i rabatter var relativt liten.

Bernitz framförde kritik mot hur MD:s tolkade förarbetsuttalandena.[6] Ett centralt argument i MD:s accepterande av Marabous priser var att de var företagsekonomiskt motiverade. Den tolkning som MD antagit i målet tycktes, enligt Bernitz, felaktigt vara baserad på vad som var rationellt utifrån det rabattgivande företagets sida, vilket aldrig kunde ha varit lagstiftarens avsikt. Istället skulle uttalandet, enligt Bernitz, tolkas i enlighet med 1 § GKBL, dvs. att konkurrensbegränsningslagen skulle främja konkurrensen inom näringslivet från en *allmän* synpunkt. Förarbetsuttalanden måste därför ses i ljuset av detta, så att företagsekonomiskt motiverade rabattskalor skulle bedömas i ett vidare sammanhang med fokus på vad som var samhällsekonomiskt önskvärt. Ett enskilt företag stod därför inte i fokus i förarbetena utan snarare hur de totala produktionskostnaderna skulle kunna reduceras och hur en högre effektivitet – totalt sett – skulle uppnås på markanden. Bernitz hänvisade till ett uttalande av professorn Lars Persson[7] som hävdade att kostnadsmotiverad prissättning var ett viktigt medel för att nå målet att sänka totala tillverknings- och distributionskostnader inom handel och industri.

---

6 Se Bernitz. U., *Prisdiskriminering*, SvJT 1979 s.513–537, särskilt s. 532–533.

7 Se Persson, L. Marknadsdomstolen och begreppet företagsekonomi, Ekonomen 1979:1 s. 34–36. Person framhöll i sin artikel bl.a. att ”[s]kulle man […] fortsätta att betrakta prisdifferentieringar som det säljande företaget finner motiverade ur sin egen synvinkel vore det fara å färde. Det skulle få allvarliga konsekvenser för många mindre företags möjligheter att hävda sig i konkurrensen.” (s. 35).

Hård[8] höll inte med Bernitz bedömning om den konkreta innebörden av huruvida rabattdifferentiering var företagsekonomiskt motiverad, såsom den framkommit i förarbetena. I stark konstrast till Bernitz hävdade Hård att uttrycket ”företagsekonomiskt motiverad” måste syfta på vad som utifrån det rabattgivande företagets synpunkt var rationellt eller inte. Hårds ståndpunkt var således att inte bara vad han kallade statiska rabatter (kostnadsmotiverade) utan även dynamiska/intäktsskapande rabatter skulle vara tillåtna. Uppfattningarna hos Bernitz och Hård är diametralt motsatta, vilket till viss del synes kunna förklaras av att Hård vid tidpunkten för sin artikel var förbundsjurist i Sveriges Industriförbund och hade ett särskilt intresse av att skydda den inhemska industrin. Hård framhåller i ett stycke att ”[…] ett principiellt underkännande av volymberoende prissättning kan får allvarliga konsekvenser i producentledet, eftersom Sverige är så öppet för import och lagstiftningens effektivitet med avseende på volymberoende prissättning upphör vid gränsen”[9] Dylika argument skulle idag stå i direkt strid med de integrationsmål som gäller för den europeiska unionen.

I ett bemötande framhöll Bernitz senare att det var problemen med mäktiga köpare som utgjorde ett reellt problem vid tidpunkten för avgörandet.[10] Härmed avsåg Bernitz problematiken med större marknadsaktörer som tillskansade sig förmåner gentemot mindre konkurrenter. Genom att dominerande aktörer införde vad Bernitz benämnde maktrabatter utan att dessa var relaterade till kostnader medförde detta en diskriminering av mindre konkurrenter. Bernitz argumentationslinje får anses ligga mycket nära den praxis som råder idag i enlighet med 1993 års konkurrenslag. Sahlin[11] instämde med Bernitz och utvecklade resonemanget med att den starka företagskoncentrationen inom OECD-länderna i slutet av 70-talet tenderade att öka av andra skäl än sådana som motiverades av stordriftsfördelar. Om stora företag i egenskap av köpare erhåller prisfördelar som inte är motiverade av kostnadsskillna-

---

8 Hård, T., *Prisdiskriminering eller prisdifferentiering?*, SvJT 1980, s. 115–122.
9 Se Hård, a.a. s. 120.
10 Bernitz, U., *Mera om prisdiskriminering*, SvJT 1981, s. 44–47.
11 Sahlin, E., *Prisdiskriminering*, SvJT, 1980, s. 561–564.

der skulle detta ytterligare förvärra situationen. Enligt Sahlin fanns det anledning att ”[…] förhindra sådan prisdiskriminering som systematiskt favoriserar stora köpare eller som hindrar eller försvårar verksamheten för effektiva företag”. Sättet att förhindra systematisk favorisering borde därför vara att tillämpa en kostnadsmotiverad prissättning. Det tycks i doktrinen trots MD:s beslut ha funnits en stark opinion för att omotiverade prisskillnader inte skulle få förekomma. Sohlberg sade t.ex. att ”full frihet för leverantörer att prisdiskriminera leder *erfarenhetsmässigt* ofta till strukturella förändringar – främst bortfall av mindre företag – som är till men för konsumenterna”[12] Sohlberg framhöll i anslutning till detta uttalande att konsumenterna endast på kort sikt gynnas av lägsta möjliga pris och att det därför inte vore lämpligt att ha en ensidig fokusering på kortsiktiga priser. Det synes följa av Sohlbergs resonemang att han mer såg till de strategiska aspekter som ofta är knutna till en prisdifferentiering som inte har sin grund i kostnader, t.ex. elimineringssyfte beträffande en mindre konkurrent.

10.1.2 Principen om kostnadsmotiverad prissättning

I målet *Boråstapeter*[13] ställdes MD inför en liknande fråga som i *Marabou*. Boråstapeter hade till sina återförsäljare lämnat en bonus på årliga inköp som uppgick till minst 50 000 kr. Bonusskalan sträckte sig från 4,5 % upp till 7 % vid årliga inköpssummor om minst 2 500 000 kr. Bonusen räknades ut för varje leveransställe och rabatten utgick endast till sådana kunder som lagerförde minst tre av Boråstapeters kollektioner. Härutöver tillämpade Boråstapeter inga rabatter. NO gjorde gällande att bonussystemet utgjorde en skadlig konkurrensbegränsning av tre skäl. För det första ansåg NO att systemet saknade en prestationsanpassad kvantitetsrabatt, varför det var diskriminerande mot de kunder som besparade Boråstapeter kostnader genom t.ex. lägre fraktkostna-

---

[12] Se Sohlberg, S., *Prisdiskriminering*, SvJT, 1981 s. 317–318.

[13] MD 1983:2, *NO mot Boråstapeter AB och T-Konsortiet, Tapethandelns Aktieägareförening*. Målet hade i stora delar handlagts enligt 1953 års konkurrenslag, men MD:s beslut meddelades med stöd av 1982 års konkurrenslag.

der. Rabatterna var således inte motiverade från kostnadssynpunkt. För det andra ansåg NO att det s.k. sortimentsvillkoret, dvs. att kunden var tvungen att köpa minst tre kollektioner, vara skadligt för konkurrensen. Till sist, och för det tredje, ansåg NO att villkoren för hur rabatten räknades ut var diskriminerande gentemot de kunder som hade fler butiker och därmed fler leveransadresser. Återigen stod således frågan om kostnadsmotivering i fokus för MD. I domskälen hänvisade MD igen till samma förarbetsuttalanden som MD lade till grund för beslutet i Marabou. Dock finns i domskälen inga hänvisningar till andra skäl för prisdifferentiering än kostnader. Istället framhöll domstolen att departementschefens uttalande i propositionen[14] att ”han delade de sakkunnigas uppfattning om lika villkor för kunder, som förorsakade väsentligt olika kostnader, kunde innebära diskrimination.” MD anmärkte även att departementschefen framhållit att det låg i sakens natur att det endast i särskilt uppenbara fall kunde bli fråga om ingripanden gentemot sådana diskrimineringar.

MD konstaterade att sortimentsvillkoret inte var ett lämpligt försäljningsvillkor, men att en sortimentsbonus kunde vara en naturlig ersättning för ett sådant villkor eftersom denna var en ersättning för en prestation från kundens sida. Att lagerföra och marknadsföra tre olika kollektioner var enligt Boråstapeter något som det kunde vara legitimt att lämna ersättning för medelst en rabatt, en åsikt som delades av MD. Vad gällde de två övriga konkurrensbegränsningarna konstaterade MD att utredningen i målet inte kunde påvisa någon skadlig inverkan.

Boråstapeter kan ses som en utveckling av *Marabou*. MD gjorde inga referenser till eller uttalanden om andra företagsekonomiska skäl än rent kostnadsmässiga. Det tycks som om principen om pris efter prestation hade vunnit större gehör hos domstolen. Det måste understrykas att det i målet aldrig var direkt fråga om möjligheten att prisdifferentiera av andra skäl än rent kostnadsmässiga, vilket kanske har större förklaringsvärde till varför MD aldrig tog upp den frågan i domskälen. Borås-

[14] Prop 1953:103, s. 181.

tapeter hade i allt väsentligt hävdat kostnadsskäl som bevekelsegrund för rabattskalan.

10.1.3 Återgång till företagsekonomisk motivering av prisdifferentiering

I målet *Norstedts*[15] hade NO ifrågasatt den prissättning som Norstedts Förlag hade tillämpat gentemot Bibliotekstjänst AB (Btj). Btj hade bl.a. som verksamhet att förse biblioteken med en starkare arkbindning än de förlagsband som erbjöds av förlagen. Genom att ge böckerna en starkare bindning, en s.k. biblioteksbindning, var det möjligt för biblioteken att låna ut böckerna ett större antal gånger än om böckerna hade haft en svagare bindning, t.ex. just förlagsband. Norstedts sålde böcker dels direkt till biblioteken dels till Btj, som efter bindning sålde böckerna vidare till biblioteken. Btj köpte emellertid böckerna obundna från Norstedts i ark för att i egen regi kunna tillverka den starkare bindningen. Arken utgjorde en mellanprodukt. Norstedts tog emellertid ut ett högre pris av Btj för arken än för förlagsbanden. Det var dock inte fråga om diskriminering mellan olika köpare eftersom samma pris togs ut av alla köpare, även om Btj var den enda kunden för ark. MD konstaterade att förlagen gentemot köparna hade en form av monopolställning. Mellan förlagsbanden och biblioteksbanden förelåg direkt konkurrens. Anledningen till att Norstedts tog ut ett högre pris för arken var att biblioteksband kunde läsas av flera personer, vilket gjorde att försäljningen av förlagsband minskade. Trots att MD hade konstaterat att Norstedts hade en monopolställning sade MD att

> ”[b]edömningar av den totala lönsamheten måste få styra såväl valet att ge ut en viss titel som valet att tillhandahålla ett eller flera utföranden. Förlagets prissättning måste således tillåtas vara intäktsmotiverad och kan inte låsas till att vara kostnadsanpassad. Detta gäller inte bara varje titel, utan även varje utförande som förlaget tillhandahåller”.

[15] MD 1990:11, *NO mot Norstedts Förlag AB*. Fallet bedömdes enligt 1982 års konkurrenslag.

MD konstaterade vidare att det i fallet inte hade påvisats att förlagets priser var uppenbart för höga med hänsyn till kostnaderna eller övriga omständigheter varför förlaget heller inte hade diskriminerat Btj i förhållande till andra köpare.

Norstedts måste ses som en tillbakagång till den ståndpunkt som MD hade i *Marabou*-fallet. Återigen kopplade MD argumentet om företagsekonomisk motivering till vad som ur det säljande företagets perspektiv var optimalt. Hänsyn togs därmed inte till vilka effekter som det dominerande företagets priser skulle få på konkurrensen som helhet.

10.1.4 Utveckling av effektkriteriet

I målet *Scan Väst*[16] hade det marknadsdominerande slakteriföretaget Scan Väst i samband med den omfattande kampanjen ”Slaktattack 90” erbjudit nya leverantörer speciella förmåner. Nya kunder erbjöds tilläggsbetalningar för olika slaktsvin. Dessutom erbjöds nya leverantörer gratis rådgivning i ett år. MD konstaterade i domskälen att jordbruket stod inför en avreglering, vilken skulle medföra en öppnare marknad och ökad internationell konkurrens. Den mer öppna marknaden kunde dock, enligt MD, inte utgöra något skäl till att konkurrensen i Sverige skulle tillåtas begränsas. Vidare var det viktigt att beakta att tillförseln av djur till olika slakterier allvarligt kunde rubbas genom ändringar i förutsättningarna för uppfödarnas verksamhet. MD framhöll att det normalt inte ens för ett marknadsdominerande företag kunde anses vara otillåtet att göra introduktionserbjudanden till nya leverantörer. Erbjudanden kunde dock, enligt MD, få allvarliga konsekvenser för en dominerande köpares konkurrenter såtillvida som konkurrenterna kunde få svårigheter med råvarutillförseln. Var gränsen gick för att erbjudanden skulle få en sådan konsekvens måste bedömas från fall till fall och var beroende av erbjudandets omfattning och omständigheterna i övrigt. MD kunde i innevarande fall konstatera att de erbjudanden som Scan Väst beviljat leverantörerna hade ett betydligt ekonomiskt värde som

[16] MD 1991:17, *NO mot Scan Väst*. Fallet bedömdes enligt 1982 års konkurrenslag.

måste ha haft en ”stark lockelse” för många av leverantörerna. Det avgörande i fallet var därför, som MD såg det, att Scan Västs förfarande hade medfört en avsevärd risk för att mindre slakteriers råvaruförsörjning påtagligt kunde störas. I anledning härav ansåg MD att förfarandet – enligt gamla konkurrenslagens terminologi – hade en skadlig verkan.

Scan Väst skiljer sig från de andra fallen såtillvida som MD helt och hållet tar sikte på vilka effekter som uppstår för konkurrens som helhet genom ett dominerande företags agerande på marknaden. Till skillnad från *Marabou* hänvisar MD i *Scan Väst* inte till möjligheten för företag att binda till sig kunder såsom det utifrån det dominerande företagets perspektiv mest lönsamma alternativet. Resonemanget ligger nära den argumentation som förs i EG-domstolen avseende artikel 82 EG, som bygger på delvis andra principer än Sveriges gamla konkurrenslagstiftning. Om *Scan Väst* skall ses som en brytning mot gammal praxis är svårt att säga, speciellt med tanke på att avgörandet kom bara drygt ett år efter det att MD hade meddelat sitt beslut i Norstedts. Vidare uppvisade Scan Väst-fallet vissa speciella förhållanden genom att jordbruksmarknaden stod inför en avreglering och förväntad ökad internationell konkurrens. Genom att konkurrensen stod i fokus för hela marknadsutvecklingen på jordbruksmarknaden vore det inte överraskande om MD i viss mån hade påverkats av denna marknadsutveckling, speciellt med tanke på dåvarande lagstiftningsprinciper om förhandling för att få bort skadliga konkurrensbegränsningar.

10.1.5 Slutsatser om äldre rättspraxis

Det är svårt att uttala sig entydigt om det i tidigare praxis har funnits en klar linje om prisdiskriminering. Härigenom är det svårt att dra några lärdomar för nuvarande bedömningar. Helt klart är dock att MD under tidigare lagstiftning tagit mycket större hänsyn till det enskilda företagets – ofta ett dominerande – behov istället för till konkurrensen som helhet. Detta är inte ett förhållningssätt som kan anses vara acceptabelt enligt nu gällande rätt. Det går inte för ett dominerande företag att motivera en prisdiskriminering enbart eller huvudsakligen med att det skulle vara mer lönsamt för det dominerande företaget. Idag är det klart att det

inte är det dominerande företagets egna intressen som står i centrum – det är konkurrensen i sig. Således torde inte äldre praxis kunna bidra nämnvärt till dagens bedömningar av prisdiskriminering.

10.2 Nuvarande rättsliga reglering av prisdiskriminering

Idag är prisdiskriminering ett agerande som omfattas av förbudet mot missbruk av dominerande marknadsställning. Artikel 82 (2) (c) EG stipulerar att missbruk särskilt kan bestå i att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel. Olika villkor kan utgöras av att ett dominerande företag prisdiskriminerar bland olika kunder. Missbruken som exemplifieras i artikel 82 (2) EG är inte uttömmande, utan utgör exempel på ageranden som särskilt anses utgöra missbruk. Definitionen är utformad på samma sätt i 19 § 2 st. 3 p. KL, som säger att missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet bl.a. genom att *tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner*, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel.

Varken artikel 82 EG eller KL definierar vad som exakt skall anses vara oskäliga priser. Vad som skall anses utgöra olika villkor och hur likvärdiga transaktioner skall avgränsas från icke jämförbara transaktioner preciseras heller inte närmare i lagen. I förarbetena till KL angående 19 § 2 st. 3 p. Att ”[u]nder denna paragraf faller diskriminering i fråga om pris, rabatt eller andra affärsvillkor.”[17] Nedan kommer att analyseras gränsdragningsfrågan för vad som skall anses utgöra en olaglig prisdiskriminering enligt KL.

[17] Prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 87.

10.2.1 Skillnaden mellan prisdiskriminering och prisdifferentiering

I specialmotiveringen i propositionen till konkurrenslagen lämnas inte något större bidrag till hur bestämmelserna mer konkret skall tolkas. Det konstateras endast att prisdiskriminering är ett agerande som omfattas av missbruksförbudet och att prisdifferentiering kan vara godtagbar om skillnaden i pris, köparna emellan, motiveras av den kostnadsskillnad som uppstår för säljaren genom köparnas olika sätt att köpa.[18] Detta synes i princip vara samma definition som den ovan presenterade ekonomiska definitionen av prisdiskriminering. Förarbetena tar dock här upp en väsentlig skillnad mellan vad som i juridisk mening benämns pris*differentiering* och pris*diskriminering*. Differentierade priser är alltså priser som har en objektiv förklaring i de olika kostnader som uppstår för säljaren på grund av kundernas sätt att köpa varor eller tjänster. Om en kund vill köpa en vara CIP Luleå och en annan kund CIP Västberga från en säljare i Stockholmsområdet och kunden i Luleå får betala ett högre pris som motsvarar den extra fraktkostnaden till Luleå är det – allt annat lika – troligen frågan om en lagligt differentierad prissättning. Om kunden i Västberga å andra sidan skulle få betala samma pris som kunden i Luleå kan det finnas anledning att misstänka någon form av diskriminerande prissättning, men frånvaron av den normala prisskillnaden kan likväl motiveras objektivt varför prissättningen är differentierad och inte diskriminerande. I förarbetena tas som exempel upp att kvantitetsrabatter som varierar med orderstorleken och som är anpassade till faktiska och konstaterade skillnader i köparnas prestationer kan vara godtagbara.[19] Om kunden i Luleå därför har en avsevärt högre inköpsvolym, vilket medför kostnadsbesparingar för säljaren, kan detta motivera varför den netto betalar samma pris som kunden i Västberga.

Sammantaget kan konstateras att åtminstone den generella definitionen av prisdiskriminering i ekonomisk teori och lagstiftning med förar-

[18] Prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 87.
[19] Se prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 88.

beten synes uppvisa en överensstämmelse. Den laggivna definitionen tycks emellertid vara mer långtgående eftersom den faktiskt generellt förbjuder olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel. Olika villkor behöver inte bara avse prissättningsfrågor utan kan även gälla t.ex. kvotering, skillnad i nödvändig kundservice m.m. Förbudsdimensionen finns heller inte i den ekonomiska teorin. Innebär detta att all form av prisdiskriminering är förbjuden?

Om legaldefinitionen skall ges innebörden att missbruk föreligger så snart priser har olika proportion till kostnader, skulle den definitionen stå i stark konstrast till väletablerad ekonomisk teori och kan, som visats i avsnittet om ekonomisk teori ovan, få direkt oönskade konsekvenser för både konsumenter och producenter.

Redan i legaldefinitionen sägs dock att en nackdel i konkurrenshänseende krävs för att missbruk skall föreligga, vilket tyder på att en mer ingående analys måste göras. Samtidigt indikerar detta att distinktionen mellan differentiering och diskriminering mer kan ses som ett grovt filter för vad som utgör ett missbruk.

10.3 Analysmodell för fastställande av diskriminerande prissättning

För att ett dominerande företags prispolitik skall utgöra ett missbruk i form av prisdiskriminering synes, med utgångspunkt från ordalydelsen i art. 82(2)(c) EG, i huvudsak följande substantiva och kumulativa kriterier vara lämpliga att analysera i turordning:

1. Inledningsvis – kanske uppenbart – måste det finnas två eller flera handelspartner, individuella eller grupperade, att diskriminera mellan och det måste vara möjligt att förhindra arbitrage mellan grupperna.
2. Det måste röra sig om likvärdiga transaktioner, dvs. transaktioner beträffande produkter som i tillräcklig grad är jämförbara. Analysen måste därför specificera vad som avses med likvärdiga transak-

tioner och vad som i detta hänseende skall förstås med begreppet olika kunders sätt att köpa.
3. Olika villkor måste fastställas för dessa transaktioner.
4. En konkurrensnackdel bör i normalfallet kunna påvisas, åtminstone för att fastställa huruvida prissättningen är exploaterande eller uteslängande.
5. Även de fyra första rekvisiten är uppfyllda bör det finnas möjlighet att ta hänsyn till objektiva faktorer för att trots allt tillämpa olika villkor för en eller flera likvärdiga transaktioner. Bevekelsegrunder för en – i detta skede av analysen – diskriminerande prissättning skall alltså avslutningsvis beaktas.

Genom införandet av det femte kriteriet i listan ovan går det inte att generellt att säga att pris*diskriminering* alltid är ett olagligt beteende. Analysmodellen syftar istället till att fastställa vad som är *olaglig* prisdiskriminering. Om de första tre – eventuellt fyra – rekvisiten är uppfyllda torde detta kunna skapa en presumtion om en olaglig prissättning, vilken bör kunna vederläggas genom det femte kriteriet. Det fjärde kriteriet, som handlar om konkurrensnackdel, har i rättspraxis ibland behandlats explicit, medan kriteriet i andra fall inte uttryckligen har analyserats. Kriteriet är dock viktigt såtillvida som det ger en distinktion mellan exploaterande och utestängande prismissbruk (se 10.3.6 nedan).

Trots att det vore naturligt att ingående diskutera och explicit ge innehåll till kriterierna i artikel 82 (2) (c) EG förekommer det inte inom vare sig EG-rätten eller svensk rätt någon uttrycklig diskussion av dessa kriterier.[20] Med hänsyn till rättssäkerhetskrav och förutsebarhet, men även effektivitet i lagtillämpningen hos berörda konkurrensmyndigheter bör dock kriterierna analyseras i turordning enligt nedan.

[20] Jfr Springer, U., *Borden and United Brands Revisited: A comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law*, ECLR 1997 (1), s. 42.

10.3.1 Innebörd av begreppet pris

I analysen nedan avses med pris den ersättning som köpare slutligt skall betala till en säljare vid köp, hyra, byte, leasing etc. av en vara eller tjänst. Härigenom skall förstås att hänsyn är tagen till eventuella reduktioner eller tillägg i form av rabatter, bonussystem, räntor, straffavgifter m.m. Köparens nettoersättning står således i fokus.

Huruvida en säljare etiketterar det slutliga vederlaget som pris efter rabatt, bonuspris etc. har mindre betydelse ur köparnas synvinkel eftersom det är de slutliga priser, som det dominerande företaget tar av ut av skilda köpare, som skall analyseras.

10.3.2 Sporadiska och uthålliga priser

En inledande anmärkning mot olika priser till skilda kunder måste göras. Inom de flesta marknader finns en inneboende tröghet i systemet, vilken gör att påverkande faktorer på utbud och efterfrågan framträder med en viss eftersläpning. Hovenkamp ger som exempel en bransch där priset sätts på en marknadsplats och där marknadspriset bestäms bl.a. av faktorer som företagen inte kan påverka. Om nyheter om en dålig skörd kommer ut på marknaden kan marknadspriset öka p.g.a. av en bristsituation, vilket gör att olika kunder kan få betala olika priser trots att innevarande lager har köpts till samma kostnad. Detta behöver dock inte vara ett problem från konkurrensrättslig synpunkt eftersom det omvända förhållandet kan inträffa nästa gång en nyhet når marknaden. Kortsiktiga prisrörelser är en naturlig del av en fungerande marknad och det vore snarare mer allvarligt om marknaden inte uppvisade dessa egenskaper. Hovenkamp gör därför en grundläggande skillnad mellan *sporadiska* och *ihållande* prisdifferenser. Hovenkamp säger att

> ”[t]he kind of price discrimination characteristic of competitive markets is usually termed *sporadic* because it varies daily and is often unpredictable. One day a particular buyer will be favored, the next day disfavored. By contrast, *persistent* price discrimination occurs when a seller with market

power systematically divides customers into classes and obtains different rates of return from them"[21]

De priser som kan anses som konkurrensbegränsande torde inte vara uttryck för sådana flyktiga prisvariationer som kännetecknar många konkurrensutsatta marknader orsakade av externa faktorer utan snarare sådana priser som kan förväntas bli ihållande, dvs. sådana prisskillnader som ihållande härrör från ett dominerande företags affärsstrategi. Det är svårt att finna stöd för en åtskillnad mellan sporadisk och uthållig prisdiskriminering i rättspraxis, men mer sporadiska prissättningar torde inte utgöra ett konkurrensrättsligt problem.

10.3.3 Första kriteriet: Identifiering av handelspartner och arbitrage

En naturlig förutsättning för prisdiskriminering är att det finns olika handelspartner att diskriminera mellan. Det måste därför gå att identifiera olika kategorier av handelspartner inom den relevanta marknaden som det dominerande företaget diskriminerar mellan. Kommissionen framhåller i riktlinjerna för definitionen av den relevanta marknaden att produktmarknaden kan avgränsas mer när det finns specifika kundgrupper och att dessa kundgrupper kan utgöra en smalare, avskild del av den relevanta marknaden när de utsätts för prisdiskriminering. Enligt riktlinjerna är detta möjligt om två villkor är uppfyllda. För det första måste det vara möjligt att klart identifiera vilka grupper som individuella grupper tillhör vid tidpunkten för försäljningen av den relevanta produkten. För det andra får handel mellan de olika grupperna eller arbitrage inte vara möjlig.[22]

---

[21] Hovenkamp, a.a. s. 566.

[22] Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, EGT C 372, 1997-12-09:."The extent of the product market might be narrowed in the presence of distinct groups of customers. A distinct group of customers for the relevant product may constitute a narrower, distinct market when such group could be subject to price discrimination. This will usually be the case when two conditions are met: a) it is possible to iden-

De kriterier som Kommissionen räknar upp är i princip identiska med de ekonomiska grundvillkoren för prisdiskriminering (se avsnitt 9.4 ovan). Missbruk genom prisdiskriminering i legal mening förutsätter en dominerande ställning, vilken kan närmast sägas motsvara det ekonomiska kravet på makt över marknaden. Härigenom finns således en stark överensstämmelse med den ekonomiska teoribildningen.

I praxis framkommer inte detta moment i analysen särskilt tydligt – kanske i anledning av att det är så uppenbart att det finns två eller flera handelspartner och att handel dem emellan inte är möjlig. Analysen skulle dock tjäna på att detta moment togs upp separat, dels i syfte att skapa klarhet, förutsebarhet och rättssäkerhet, men även i materiellt hänseende. Möjligheten till arbitrage kan nämligen både vara knuten till objektiva faktorer som att produkten i sig är omöjlig att sälja vidare, vilket kan vara fallet med de flesta tjänster. Ett dominerande företag kan även självt ha skapat hinder för arbitrage, vilket kan förstärka effekten av en prisdiskriminering. I *United Brands* behandlades explicit en fråga om arbitrage.[23]

> Fallet avsåg import och distribution av Chiquitabananer till olika länder inom unionen. UBC importerade bananer av samma geografiska ursprung och sort (s.k. Cavendish-Valerybananer) genom hamnarna i Rotterdam och Bremerhaven. Transport- och lossningskostnaderna till de respektive hamnarna skiljde sig endast obetydligt. Bananerna skeppades från norra delen av Sydamerika och Centralamerika i samma fartyg oberoende av vem den slutligen köparen var. Bananerna var av samma sort och kvalitet. De lastades av i Bremerhaven och Rotterdam till samma kostnad. Frukten var lika förpackad och således väsentligen av samma kvantiteter under varumärket Chiquita. UBS tillämpade samma försäljnings- och betalningsvillkor gentemot alla köpare, som i sin tur måste betala tullavgifter, skatter och transportkostnader från de aktuella hamnarna. Fraktvillkoren var således desamma för alla köpare – dåvarande fritt å vagn (*free on rail*) – utom till

tify clearly which group an individual customer belongs to at the moment of selling the relevant products to him, and b) trade among customers or arbitrage by third parties should not be feasible."

[23] Mål 27/76, *United Brands*, p. 130–162.

Irland där fraktvillkoret var cif.[24] Transportkostnaden från Rotterdam till Dublin var dock lägre än prisskillnaderna mellan cif-priset i Dublin och fåv-priset i Rotterdam.

I UBC:s allmänna försäljningsvillkor fanns ett allmänt förbud att återförsälja UBC:s gröna bananer, vare sig dessa var försedda med varumärket Chiquita eller ej. Härutöver hade UBC gentemot köpare (distributörer/mognare) infört ett uttryckligt förbud mot vidareförsäljning av Chiquita-bananer. Villkoren sågs av EG-domstolen som konkurrensbegränsande. Förbudet förstärktes av faktum att UBC hade underlevererat beställda kvantiteter bland köparna, för att härigenom ytterligare hindra vidareförsäljning.

Återförsäljningsförbudet i kombination med att agerandet att ta ut olika priser av olika distributörer gjorde att UBC effektivt kunde beskära möjligheterna för distributörer att göra arbitragevinster och motverka parallellimport mellan olika distributörer. Hela den vinst som skulle kunna ha gjorts distributörer emellan kom senare genom en prisdiskriminering endast säljaren tillgodo. Enligt Van Bael & Bellis är det precis sådana prissystem som Kommissionen och EG-domstolen ser som särskilt skadliga eftersom de hindrar handeln mellan medlemsstaterna samtidigt som de leder till en minskad priskonkurrens i efterföljande handelsled.[25] Prisdiskriminering som senare följer av detta agerande skapar en ofrivillig vertikal integration mellan säljare och distributörer, något som drabbar både distributörer och slutkonsumenter. Sammantaget hade köparna ingen möjlighet att styra över priserna. Möjligheterna till arbitragevinster var i praktiken obefintliga.

Betydelsen av återförsäljningsförbudet i *United Brands* har diskuterats i litteraturen och det har bl.a. hävdats att om inte UBC hade förhindrat arbitrage genom handel mellan olika handelspartner hade det varit tveksamt om det överhuvudtaget kunde ha varit möjligt att betrakta den differentierade prissättningen som en missbrukande diskriminering. Ett

[24] Fraktvillkoren torde idag närmast motsvara FCA (Free Carrier) och CIF (Cost, Insurance and Freight) i Incoterms 2000.

[25] Van Bael/Bellis, a.a. s. 583.

förbud hade i så fall endast medfört oönskade omallokeringseffekter genom att de länder som hade ett högt pris skulle ha fått ett lägre pris på bekostnad av de länder där priset var lågt.[26] Kritiken mot beslutet förefaller vara berättigad. För det första har det ovan visats att prisdiskriminering kan vara tämligen verkningslös om inte arbitrage kan förhindras. En uthållig diskriminerande prissättning skulle i så fall endast skapa goda förutsättningar för en omfattande handel mellan olika regioner. För det andra torde det vara tveksamt om konkurrenslagstiftningen skall tillämpas så långtgående att den i avsaknad av möjligheter att stoppa arbitrage skall ha en prisstyrande effekt. Detta skulle snarare kunna hämma konkurrensen.

10.3.3.1 Bevekelsegrunder för förhindrande av arbitrage

I *United Brands* invände UBC att förbudet mot vidareförsäljning hade tillkommit för att garantera en hög kvalitet på bananer. EG-domstolen framhöll emellertid att även om det vore lovvärt och lagligt att följa en kvalitetspolicy och välja distributörer på objektiva grunder på grundval av deras kvalifikationer, personal och möjligheter, så kunde ett sådant agerande endast accepteras om det inte ställde upp hinder som ginge utöver syftet med en sådan policy.[27] Att sätta upp ett förbud för vidareförsäljning var alltså inte nödvändigt för att förverkliga kvalitetspoli-

---

[26] Se Whish, a.a. s. 663–664. Se även Bishop, *Price Discrimination under Article [82]: Political Economy in the European Court*, MLR 1981, s. 283 och Zanon di Valgiurata som framhåller att ”[t]he Court […] failed to emphasise that, following its own reasoning, the adverse effect on interstate trade in fact derives mainly from the ”green banana” clause; the discriminatory prices alone would have encouraged the free movement of goods, as they represent the condition necessary for arbitrage to develop. […] [T]he distortion of competition and the related competitive disadvantage for the distributors are not derived directly from the imposition of discriminatory prices, but from the ”green banana” clause which is coupled with them and which virtually prevents the distributors form reselling the bananas at all, thereby preventing arbitrage. Were the latter to be possible, little distortion of competition would be possible, as the different prices are based on differing demands in the various markets”, Zanon di Valgiurata, L., *Price Discrimination under Article [82] of the EC Treaty: the United Brands Case*, 31 ICLQ, 1982, s. 47.

[27] Mål 27/76, *United Brands*, p. 158.

cyn. EG-domstolen betonade att även om policyn tillämpades lika för alla kunder, så utgjorde åliggandet ett missbruk av dominerande ställning.

> ”In this case, although these conditions for selection have been laid down in a way which is objective and not discriminatory, the prohibition on resale imposed upon duly appointed Chiquita ripeners and the prohibition of the resale of unbranded bananas – even if the perishable nature of the banana in practice restricted the opportunities of reselling to the duration of a specific period of time – when without any doubt an abuse of the dominant position since they limit markets to the prejudice of consumers and affects trade between member states, in particular by partitioning national markets.”[28]

En konstgjord uppdelning av marknaden genom uttryckliga förbud mot vidareförsäljning synes uppfattas av EG-domstolen som ett missbruk i sig och toleransen för dylika begränsningar förefaller vara mycket inskränkt, kanske t.o.m. obefintlig. Det torde i allmänhet finnas mycket mindre restriktiva sätt att åstadkomma samma resultat beträffande handlingsprogram för kvalitet, miljö, säkerhet etc. Konstgjord uppdelning av marknaden behandlas även i kapitel 13 nedan.

I sammanhanget bör nämnas att avtal om förbud mot vidareförsäljning som omfattar såväl aktiv som passiv försäljning kan riskera att även träffas av artikel 81 (1) EG och eftersom absoluta territoriella skydd är en av de s.k. ”*hard-core restrictions*” som inte kan erhålla skydd av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är det tveksamt om totala vidareförsäljningsförbud överhuvudtaget kan anses tillåtna.

10.3.4 Andra kriteriet: Avgränsa likvärdiga transaktioner

Det andra momentet att analysera vid påstådd prisdiskriminering är huruvida det dominerande företagets ifrågasatta agerande gäller likvärdiga transaktioner. Att tillämpa olika villkor på ojämförbara transaktio-

[28] Mål 27/76, *United Brands*, p. 159.

ner är ingen diskriminering i allmän mening. I ärendet *TK 77* framhöll KKV att likvärdighet är en förutsättning för prisdiskriminering.

> ”Enligt Konkurrensverkets mening är en förutsättning för att t.ex. prisdiskriminering enligt 19 § KL skall kunna anses föreligga att aktuella produkter och övriga förutsättningar vid köpen är i stort jämförbara eller att köpen annars på ett objektivt sätt kan likställas före en jämförelse.”[29]

Som framgår av lagtexten räcker det emellertid inte att det är fråga om samma produkter, utan *transaktionen* skall vara likvärdig. Annorlunda uttryckt är det således jämförbarheten mellan de kommersiella situationerna som är avgörande för huruvida agerandet överhuvudtaget kan utgöra ett missbruk. Om en kommersiell situation inte är jämförbar med en annan kan det alltså bli ointressant att bedöma om olika villkor har tillämpats eftersom transaktionerna ändå inte är jämförbara.[30]

Frågan huruvida det rör sig om likvärdiga transaktioner omfattar därför två olika delmoment. För det första måste det röra sig om jämförbara produkter (nedan produktdimensionen) och för det andra måste prissättningen av transaktionen som helhet kunna jämföras med någon i tillräcklig grad likvärdig (nedan helhetsbedömning av transaktionen).

10.3.4.1 Produktdimensionen

Om två helt olika produkter säljs på olika marknader kan det inte vara fråga om diskriminering när varorna är helt skilda från varandra. En jämförelse mellan försäljning av stål med försäljning av mjölk är därmed inte möjlig. Med produkt avses här någon vara eller tjänst. Om företaget tillhandahåller endast en och samma produkt, dvs. om alla produkter som säljs är identiska, är självfallet transaktionerna jämförbara i produkthänseende.

I fallet *United Brands*[31] fann EG-domstolen att United Brands Company (UBC) hade missbrukat sin dominerande ställning genom geogra-

---

[29] KKV:s beslut, dnr 641/94, *TK 77*. Jfr även KKV:s beslut, dnr 118/94, *ETM*.
[30] Jfr Springer I, a.a. s. 42.
[31] Mål 27/76, *United Brands*.

fisk prisdiskriminering. Den ifrågasatta prissättningen avsåg endast försäljningen av bananer och inte huruvida *United Brands* satte olika priser på olika frukter. Produkterna var således identiska och härigenom självfallet jämförbara. I övrigt har praxis koncentrerats kring ageranden där produkten har varit mer eller mindre identisk. I t.ex. *Corsica Ferries II*[32] var den aktuella produkten lotstjänster och i fallet *Tetra Pak II*[33] bedömdes fyra olika produktmarknader, nämligen maskinmarknaden för aseptisk kartongförpackning av flytande livsmedel och motsvarande marknad för förpackningar samt maskinmarknaden för icke-aseptisk kartongförpackning av flytande livsmedel och motsvarande marknad för förpackningar. Prisjämförelserna gjordes mellan de olika relevanta produktmarknaderna och det rörde sig därför i allt väsentligt om samma produkter. I hittillsvarande rättspraxis och beslut från Kommissionen handlar bedömningen till övervägande delen om prisdiskriminering av samma produkt.[34]

Hur långt skall produktdimensionen sträcka sig innan det inte längre är fråga om en jämförbar produkt? I *Deutsche Bahn*[35] fanns en fråga om det verkligen var möjligt att jämföra två olika tjänster som tillhandahölls av ett järnvägsföretag. Den relevanta marknaden var bestämd till marknaden för järnvägstjänster, vilka tillhandahölls av järnvägsföretag till transportföretag och huvudsakligen bestod i tillhandahållande av lok, lokdragning och tillträde till järnvägsnätet som, ur geografisk synvinkel, täckte det tyska området.[36] Vid bedömningen om prissättningen avsåg likvärdiga transaktioner ansåg Kommissionen att detta måste analyseras utifrån huruvida tjänsterna ifråga, såsom de hade definierats

---

32 C-18/93, *Corsica Ferries II*.

33 T-83/91, *Tetra Pak II*., efter överklagande: C-333/94, Tetra Pak II. Överklagandet ogillades i sin helhet, och omfattande inte direkt den materiella bedömningen av prisdiskrimineringsfrågorna.

34 Se t.ex. i fråga om landningsavgifter C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, Kommissionens beslut 95/364/EG, *Zaventem/Bryssels flygplats*, EGT L 216, 1995, Kommissionens beslut 1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, EGT L 69, 1999. Se även de svenska ärendena om energiavgifter KKV dnr 533/1998, *Tekniska Verken* och KKV dnr 409/2000, *Linde Energi* och om dörrstängare i KKV dnr 119/94, *Dorma*

35 T-229/94; *Deutsche Bahn*.

36 T-229/94, *Deustche Bahn*, p. 53.

vid fastställandet av den relevanta marknaden, var substituerbara utifrån köparnas horisont.[37] Analysen som görs vid avgränsningen av den relevanta marknaden synes härmed även vara tillämplig för att fastställa huruvida produkter är likvärdiga eller inte.[38]

Om flera olika produktmarknader kan identifieras är det därför produkterna (varor eller tjänster) inom de respektive produkt- eller tjänstemarknaderna som skall jämföras. I *Tetra Pak II* framhöll Förstainstansrätten att Kommissionen

> ”[…] med rätta har jämfört priserna på maskiner och förpackningsmaterial separat, eftersom de hör till skilda marknader och skall saluföras separat”[39]

10.3.4.1.1 Jämförelse med amerikansk och kanadensisk rätt

I syfte att belysa hur frågan om produkters likvärdighet har behandlats i utländsk rätt skall en jämförelse göras även med USA och Kanada.

Enligt den amerikanska Robinson-Patman Antidiscrimination Act är det olagligt för varje person som bedriver handel (*engaged in commerce*), att direkt eller indirekt prisdiskriminera mellan köpare av produkter av ”*like grade and quality*” om detta leder till skada på konkurrensen.[40] I det amerikanska fallet *Borden*[41] handlade prisdiskrimine-

---

[37] Kommissionens beslut 94/210/EC, *HOV SVZ/MCN*, EGT L 104, 1994. Se även T-229/94, *Deustche Bahn*, p. 70.

[38] Jfr Springer I, a.a. s. 43.

[39] T-83/91, *Tetra Pak II*., p. 162.

[40] 15 U.S.C. § 13 (a): ”It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: […]” Det måste framhållas att Robinson-Patman Act inte direkt kan jämföras med missbruksbestämmelserna i artikel 82 EG eftersom den amerikanska lagen formellt är mer strikt än den europeiska lagstiftningen. Enskilda kriterier sammanfaller dock mellan lagarna, bl.a. frågan om vad det är som företaget diskriminerar mellan.

[41] FTC v. Borden Co, 383 U.S. 637 (1966).

ringsfrågan om olika försäljning av mjölk som var ”*physically and chemically identical*”.[42]

I Kanada finns straffrättsliga sanktioner knutna till brott mot den kanadensiska konkurrenslagen, Competition Act. Detta innebär att om någon sätter priser i strid med Competition Act kan vederbörande drabbas av mycket allvarliga påföljder. The Competition Bureau – Kanadas konkurrensmyndighet – ansåg att det fanns en risk att de allvarliga sanktionerna kunde medföra att marknadsaktörerna valde att avstå från sund priskonkurrens. Eftersom rättpraxis var dåligt utvecklad på området ansåg därför The Competition Bureau det vara lämpligt att ge ut riktlinjer för bedömning av prisdiskriminering, vilket kom till uttryck i *Price Discrimination Enforcement Guidelines*.[43]

Den kanadensiska konkurrenslagen är mer detaljerad än de europeiska motsvarigheterna och det kan därför vara svårt att direkt använda samma riktlinjer för svenska och europeiska förhållanden, men likheter finns mellan vissa bestämmelser, speciellt beträffande frågor rörande produkters jämförbarhet.

Av section 50 i kanadensiska Competition Act (CA) gäller att

> ”Every one engaged in a business who[…]
>
> is a party or privy to, or assists in, any sale that discriminates to his knowledge, directly or indirectly, against competitors of a purchaser of articles from him in that any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage is granted to the purchaser over and above any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage that, at the time the articles are sold to the purchaser, is available to the competitors in respect of a sale of articles of like quality and quantity.
>
> […] is guilty of an idictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

---

[42] Andra amerikanska rättsfall uppvisar en liknande utveckling som den europeiska, nämligen att det produktmässigt i prisdiskrimineringsfall ofta är fråga om nära nog identiska produkter. Se t.ex. *Utah Pie*, där produkten var frusna pajer av samma kvalitet, Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967). I *Texaco* var frågan om bensin under olika varumärken där produkten ansågs vara bensin oavsett vilket varumärke den bar, se Texaco, Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543 (1990)

[43] Competition Bureau, Industry Canada, *Price Discrimination Enforcement Guidelines*, 1992.

> It is not an offence under parapraph (1) (a) to be a party or privy to, or assist in, any sale mentioned therein unless the discount, rebate, allowance, price consession or other advantage was granted as part of a practice of discriminating as described in that paragraph.
>
> Paragraph (1) (a) shall not be construed to prohibit a cooperative association, credit union, caisse populaire or cooperative credit society from returning to its members, suppliers or customers the whole or any part of the net surplus made in its operations in proportion to the acquistion or supply of articles from or to its members, suppliers or customers."

Såväl bestämmelserna i EG-fördraget som de inhemska svenska bestämmelserna är betydligt bredare formulerade vad beträffar prisdiskriminering och omfattar även andra former av diskriminering – inte bara sådana som uppkommer genom prissättning. Att den kanadensiska lagstiftningen är betydligt mer avgränsad än artikel 82 EG försvårar en direkt jämförelse. Begränsningen i CA torde inte hindra att jämförelse med riktlinjerna görs i frågan om produkters likvärdighet, åtminstone inte vad gäller försäljning av varor.[44] Principerna torde härefter analogivis kunna tillämpas för t.ex. tjänster, hyra, leasing etc.

I de kanadensiska riktlinjerna talas om "*like* quality and quantity", vilket inte skall ses som att det betyder *identisk* kvalitet och kvantitet,

---

[44] Competition Authority (CA) talar först om att den omfattar "every one engaged in a business" och det skall vara frågan om "sale" av "articles". Även om det finns specialbegränsningar i den kanadensiska lagstiftningen kan "every one engaged in a business" grovt översättas med den europeiska benämningen "undertaking" eller på svenska företag. Däremot gör CA en begränsning däri att den endast gäller försäljning, dvs. inte leasing, hyra eller licensiering. Det måste således vara fråga om ett ägarbyte eller "*transfer of legal title*". Dessutom gäller lagen endast försäljning av "artiklar", vilket inte omfattar tjänster, däremot pengar, finansiella instrument, inteckningar och biljetter samt energi. Något märkligt innebär detta att passagerartrafik på tåg omfattas men däremot inte tågfrakter. Det är intressant att se hur prisdiskriminering *per se* behandlas. Endast sådan försäljning som medför en nackdel i förhållande till en eller flera konkurrenter betraktas som diskriminerande enligt CA. Liknande bestämmelser finns även i EG-rätten och svensk rätt när det talas att "handelspartner får en konkurrensnackdel". I Kanada krävs att det dessutom skall vara fråga om artiklar av samma kvalitet och kvantitet samt att transaktionerna skall ha ägt rum eller förhandlats inom samma tidsram. CA beskriver diskriminering som beviljandet av en rabatt, avdrag, prisvillkor, eller någon annan fördel som ligger över eller är högre än de villkor eller fördelar som är tillgängliga för konkurrenter till köparen.

utan snarare ”similar” eller åtminstone ”not dissimilar”. Det kanadensiska uttrycket ”like quality and quantity” synes därför motsvara vad som i europeiska rätt benämns ”likvärdiga”, eller den amerikanska ”like grade and quantity”. Frågan om likvärdig kvantitet kommer att behandlas i avsnitt 10.3.4.2 nedan. Tillämpningsområdet är, som redan nämnts, bredare inom EG i och med att det där talas om transaktioner, men själva konceptet likvärdighet är intressant att jämföra. Skulle det i Europa vara fråga om en vara synes bedömningsgrunderna vara likartade.

Vad som utgör likvärdig kvalitet i Kanada verkar vara svårt att fastställa entydigt i riktlinjerna. Är produkterna helt identiska är det inga problem, men i andra fall kan det vara svårare. Vid bedömningen av likvärdighet kan fysisk som kemisk uppbyggnad, funktion, användningsegenskaper eller fysiskt utseende vara relevanta faktorer att beakta. Även ”fungibility”, dvs. någon form av test beträffande utbytbarhet kan vara användbart. Prisskillnader kan indikera att det inte rör sig om likvärdiga artiklar.

10.3.4.1.2 Är substituerbarheten ett tillräckligt kriterium?

Springer framhåller att Kommissionen inte alla gånger låter substituerbarheten vara det allenarådande kriteriet vid bedömningen av produkters likvärdighet. Springer hänvisar till att i *AKZO* hade Kommissionen konstaterat att marknaden för tillsatsmedel för mjöl i sig kunde utgöra en ”*identifiable business area*” eller en enskild ”*line of business*” trots att den bestod av flera produkter som var för sig utgjorde helt olika produktmarknader.[45] Generaladvokaten Lenz kommenterade samma förhållande och framhöll att tillsatsmedel för mjöl kunde ses som en egen marknad, trots att den alltså utgjordes av ett flertal olika produkter som var för sig inte var utbytbara.[46] Springer drar härav slutsatsen att Kom-

[45] Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 94.

[46] Se Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i C-62/86, *AKZO*, där han framhåller att ”The fact that all or at least some of these products are offered together, the fact that the demand relates almost always to several of them and the fact that the various products are sometimes offered

missionen kan kringgå en avsaknad av substituerbarhet med hjälp av en så vag term som ett identifierbart affärsområde inom vilket olika villkor tillämpas.[47]

Enligt min mening är Springers slutsatser i detta avseende alltför långtgående. Intuitivt skulle det innebära att likvärdiga produkter skulle kunna vara precis vad som helst bara de tillhandahölls inom samma affärsområde. Mer viktigt är dock att *AKZO* inte i första hand behandlade frågan om diskriminerande prissättning utan eliminerande prissättning i form av rovpriser. Kommissionen framhöll i sitt beslut att det var de utestängande effekterna som stod i centrum för bedömningen.[48] Vidare anförde Kommissionen i beslutet att om den relevanta marknaden skulle bestämmas till det aktuella affärsområdet, så var det aktuella missbruket samma som i utgångsläget, dvs. inte primärt diskriminerande prissättning, utan snarare frågan om rovpriser.[49] Som Springer korrekt framhåller i sin artikel kom frågan inte att prövas av EG-domstolen, vilket ytterligare bidrar till bilden av osäkerhet kring Springers slutsatser. Eftersom agerandet sammantaget primärt rörde diskriminerande prissättning synes det heller inte ha funnit något skäl att göra någon ingående prövning av vilka produkter som det dominerande företaget diskriminerade mellan. Härigenom kan det svårligen dras några långtgående slutsatser av Kommissionens uttalande i *AKZO* för pro-

---

and sold in the form of a mixture indicate that they form a range of products that constitutes a whole. Since the relevant market must always be delimited, materially, from the point of view of the opposite side on the market […] and the demand from customers relates to all of the products mentioned, this seems to me to be decisive, although I do not ignore the fact that these products are not interchangeable." (p. 59).

47 Se Springer I, a.a. s. 44.

48 Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, där det betonas att "[d]iscrimination between similarly-placed customers is expressly prohibited by Article 86 (c) when it places certain firms at a competitive disadvantage. In the present case however the anticompetitive effect of AKZO's differential pricing involved not so much direct injury to customers but rather a serious impact on the structure of competition at the level of supply by reason of its exclusionary effect." (p. 83).

49 Se Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, p. 94: "The other elements considered by the Commission above concerning abusive behaviour and the effect upon inter-State trade would also apply to any evaluation under Article 86 of competition on the flour additives market".

duktdimensionens vidkommande i fastställandet av vad som utgör likvärdiga transaktioner.

10.3.4.1.3 Frågan om tillräcklig utbytbarhet

I *Tetra Pak II* kunde Förstainstansrätten konstatera att Kommissionen med rätta hade baserat sitt beslut på kriteriet om ”tillräcklig utbytbarhet” (eng. *sufficient substitutability*).[50] Produkternas utbytbarhet synes således – i likhet med bedömningen av den relevanta marknaden – stå i fokus för bedömningen av huruvida en produkt är jämförbar med en annan. En sådan ordning är enligt min mening rimlig, eftersom det inte torde vara önskvärt att definitionen av den relevanta produktmarknaden och dess delmarknader skiljer sig från definitionen av vad som är utbytbara produkter när bedömningskriterierna är desamma.

Av Kommissionens tillkännagivande om definitionen av den relevanta marknaden[51] framgår att den relevanta produktmarknaden

> ”[…] comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of products characteristics, their prices and their intended use”

Det är således utbytbarhet från efterfrågesynpunkt som är av primärt intresse. Som framgår av definitionen kan prissättningen inverka på definitionen, vilket kan ge upphov till ett cirkelresonemang. Vid analys av jämförbara produkter i diskrimineringssammanhang kan därför detta kriterium inte användas.

---

[50] T-83/91, *Tetra Pak II,* p. 162. Förstainstansrätten hänvisade till EG-domstolens praxis i bl.a. målet 6/72 *Europemballage och Continental Can*: där frågan om utbytbarhet särskilt kom till uttryck: ”For the appraisal of SLW’s dominant position and the consequences of the disputed merger, the definition of the relevant market is of essential significance, for the possibilities of competition can only by judged in relation to the those characteristics of the products in question by virtue of which those products are particularly apt to satisfy an inelastic need and are only to a limited extent interchangeable with other products.” (p. 32). Se även mål 6/73 och 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents*, p. 19-22.

[51] Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law.

10.3.4.1.4 Avsedd slutanvändning

I *Hoffmann-La Roche* anförde EG-domstolen att om samma produkt kan användas för olika ändamål och om den skilda användningen korresponderar med olika ekonomiska behov, som i sig är åtskilda, så kan det finnas goda förutsättningar för att samma produkt i vissa fall kan tillhöra olika relevanta marknader. Den avsedda slutanvändningen kan emellertid ge ett motsatt resultat och ge en ännu större marknad än den specifika produkten i fråga. Avsedd slutanvändning kan således göra produkter såväl mer som mindre likvärdiga[52]

Waelbrock anser att uttaget av skilda priser av samma produkt för olika ändamål inte i sig kan ses som konkurrensbegränsande. Tvärtom, ger det möjlighet för säljaren att få avsättning för en större volym än om han skulle tvingas hålla ett enhetspris. Endast om det långsiktigt skulle ställas upp hinder för arbitrage genom vidareförsäljningsförbud mellan kunderna skulle det kunna utgöra ett problem.[53]

Att avsedd slutanvändning skall göra transaktioner icke jämförbara synes avsluta analysen alltför tidigt. Endast i sådana fall där en produkt skall användas för helt olika ändamål torde transaktionerna kunna betraktas som icke jämförbara. Transaktioner torde inte i normalfallet kunna betraktas som icke jämförbara enbart på grund att de säljs till skilda kunder med olika slutanvändning inom samma relevanta marknad. Däremot kan en sådan prispolitik eventuellt likväl vara försvarbar-

---

[52] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, där EG-domstolen sade att: ”[i]f a product could be used for different purposes and if different uses are in accordance with economic needs, which are themselves also different, there are good grounds for accepting that this product may, according to the circumstances, belong to separate markets which may present specific features which differ from the standpoint both of the structure and of the conditions of competition. However, this finding does not justify the conclusion that such a product together with all the other products which can replace it as far as concerns the various uses to which it may be put and with which it may compete, forms one single market. The concept of the relevant market in fact implies that there can be effective competition between the products which form part of it and this presupposes that there is a sufficient degree of interchangeability between all the products forming part of the same market in so far as a specific use of such products is concerned.” (p. 28). Se även Bellamy/Child, a.a. s. 391.

[53] Waelbrock, M., *Price Discrimination and rebate policies under EU Competition Law*, 1995 Fordham Corp. L. Inst., s. 156. (B. Hawk, red. 1996).

bar. Eftersom detta är en senare fråga bör analysen enligt min mening inte avslutas i detta skede.

10.3.4.1.5 Övriga faktorer relevanta för avgränsning likvärdiga produkter

Kommissionen betonar att produktens egenskaper och dess avsedda användning alternativt den funktionella utbytbarheten inte räcker för att fastställa om två produkter är utbytbara i efterfrågehänseende.[54] Enligt Kommissionens riktlinjer för definition av den relevanta marknaden bör även andra faktorer beaktas beträffande produktdimensionen. Detta kan röra sig om bevis för verklig utbytbarhet i nära anslutning till nutiden, dvs. om det objektivt går att observera handelsmönster som påvisar att två olika produkter har varit föremål för utbyte. Olika ekonometriska eller statistiska tester går även att använda för att fastställa elasticiteter och korspriselasticiteter. Åsikter från kunder och konkurrenter kan även ha inverkan i sammanhanget. Ibland kan dessa vara svåra att inhämta eller vara motstridiga. I sådana fall kan andra undersökningar av kunders preferenser vara lämpliga att göra, varvid olika konsumtionsmönster kan vara vägledande. Till sist kan även två likvärdiga produkter vara åtskilda, eftersom att det är förenat med kostnader att växla mellan olika produkter eller eftersom det finns olika former av handelshinder.

> ”These barriers or obstacles might have a wide range of origins, and in its decisions, the Commission has been confronted with regulatory barriers or other forms of State intervention, constraints arising in downstream markets, need to incur specific capital investment or loss in current output in order to switch to alternative inputs, the location of customers, specific investment in production process, learning and human capital investment, retooling costs or other investments, uncertainty about quality and reputation of unknown suppliers, and others.”[55]

---

[54] Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law.

[55] Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. Se även Se även Bellamy/Child, a.a. s. 389–391.

Bara för att två produkter råkar ha samma fysiska egenskaper och samma funktioner behöver det alltså inte betyda att de är likvärdiga. Som jämförelse kan nämnas att enligt de kanadensiska riktlinjerna för prisdiskriminering kan det vara mycket små skillnader mellan varor för att de inte skall betraktas som likvärdiga. Olika varumärken och skillnader i formgivning kan vara tillräckliga för att två i övrigt identiska varor skall betraktas som icke likvärdiga. Detta exemplifieras i riktlinjerna enligt följande: Antag för det första att en leverantör tillverkar identiska artiklar som säljs till återförsäljare under leverantörens varumärke ”X” och under återförsäljarens varumärke ”Y”. Antag vidare att leverantören inleder en lokal och landsomfattande marknadsföringskampanj för X och lyckas bygga upp en viss image hos konsumenterna. Kampanjen blir även framgångsrik såtillvida som både återförsäljaren och konsumenterna vanligtvis betalar ett annat pris för X än för Y. Varumärkesdifferentieringen gör därmed att varorna inte kan betraktas som likvärdiga.

10.3.4.2 Helhetsbedömning av transaktionen

Artikel 82 EG föreskriver emellertid inte att det endast är de enskilda produkterna som skall jämföras, utan ävenså transaktionen, i vilken de ingår. I fallet *United Brands* förekom att en kund, Scipio köpte sina bananer till dåvarande fraktvillkoret fob (*free on board*) från Central- eller Sydamerika, medan alla andra kunder köpte sina bananer for (*free on rail*) Rotterdam eller Bremerhaven eller, som för Irlands del, cif (*cost insurance and freight*). Numera motsvaras dessa fraktvillkor av FOB, FCA respektive CIF, Incoterms 2000. Scipio köpte således sina bananer på andra sidan Atlanten och fick därför ordna sjötransporten med hjälp av egna fartyg. Trots att UBC sålde samma produkt till Scipio som till andra kunder kunde inte prissättningen jämföras eftersom fraktvillkoret gjorde att det rörde sig om en helt annan transaktion.[56]

[56] Se Kommissionens beslut 76/353/EEC, *Chiquita*, artikel (b) och Mål 27/76, *United Brands*, p. 100–101, 224–225.

Springer säger att detta är ett tecken på att transaktionen som helhet måste vara jämförbar.[57] Av *United Brands* framgår även att det mycket väl kan finnas goda skäl för att sätta olika priser på olika geografiska marknader. EG-domstolen anförde att

> ”Once it can be grasped that differences in transport costs, taxation, custom duties, the wage of the labour force, the conditions of marketing, the differences in the parity of currencies, the density of competition may eventually culminate in different retail selling price levels according to the member states […]”[58]

Springer betonar att EG-domstolens icke uttömmande uppräkning av olika förhållanden är exempel på vad han kallar för ”kommersiella faktorer” som kan medföra att olika transaktioner inte är jämförbara med varandra.[59] I *United Brands* sålde UBC en likadan vara från samma ställe och behövde inte ta hänsyn till någon av de exemplifierade faktorerna som påverkade slutpriset på bananer. Det var istället mognarna/distributörerna som ensamma bar affärsriskerna för konsumentmarknaden. I detta fall var förhållandena alltså relativt unika, i det att priserna inte var beroende av t.ex. några av följande faktorer:

- Kvalitet eller egenskaper hos produkten
- Försäljningsställe
- Försäljningskostnader
- Inköpsvolym
- Tidpunkt för inköpen
- Transportvillkor
- Betalningsvillkor, finansiell risk och valutarisk
- Tullavgifter eller skattepålagor
- Konkurrens från andra säljare av omogna bananer
- Övriga kostnadsrelaterade prisskillnader

---

[57] Springer I, a.a. s. 44.
[58] Mål 27/76, *United Brands*, p. 228.
[59] Springer I, a.a. s. 44.

Huruvida skillnader i allmänhet i någon av ovan nämnda faktorer skulle medföra att transaktionerna skulle bedömas som olika kan inte utläsas direkt av fallet. Faktum att den enda nämnvärda skillnaden mellan försäljningen till Scipio och övriga kunder låg i fraktvillkoret och att detta uteslöt priserna till Scipio från missbruksbedömningen tyder emellertid på att Kommissionen, i likhet med EG-domstolen, betraktade dessa som olika transaktioner trots att det rörde sig om identiska produkter. En avgörande fråga blir därför i vilken mån som kommersiella faktorer kan göra att transaktionerna skall bedömas som olika.

10.3.4.2.1 Transaktioners likvärdighet i allmänhet

Även om produkterna i fråga är anses som likvärdiga behöver transaktionerna som sådana inte nödvändigtvis vara likvärdiga. Det följer *e contrario* av artikel 82 (2) (c) att om transaktionen som sådan inte är likvärdig, kan det heller inte vara frågan om en diskriminering.

10.3.4.2.2 Diskriminering mellan olika marknader

Den relevanta marknaden kan vara sammansatt av ett antal mindre särskiljbara marknader, mellan vilka ett dominerande företag tar ut olika priser. Att det är de enskilda jämförbara transaktioner vilka är utbytbara med varandra, som skall jämföras – även om de sammantaget tillhör en vidare relevant marknad – framgår av *Tetra Pak II*. Av fallet blev det tydligt att jämförelsen skulle ske mellan respektive förpackningsmaskin. Trots att t.ex. förpackningskartongen var starkt knuten till respektive förpackningsmaskin skulle alltså priserna för maskiner och kartong jämföras separat.

> ”[Kommissionen har] i förevarande fall i tillräcklig grad […] styrkt de omständigheter den grundar sig på när den konstaterar att diskriminerande priser har tillämpats mellan medlemsstaterna. […] Vad gäller detta konstaterar rätten […] att Kommissionen med rätta har jämfört priserna på maski-

> ner och förpackningsmaterial separat, eftersom de hör till skilda marknader och skall saluföras separat”[60]

Förstainstansrättens uttalande ger grund för att olika priser på olika relevanta marknader inte kan anses vara likvärdiga transaktioner och följaktligen inte heller olaglig prisdiskriminering.[61]

10.3.4.2.3 Inverkan av skillnader i förhandlingsstyrka

I Kommissionens beslut i *AKZO* konstaterades att AKZO hade gjort selektiva erbjudanden till konkurrenten ECS:s kunder, samtidigt som AKZO hade hållit upp till 60 % högre priser till sina egna kunder som var jämförbara med ECS:s kunder.[62] Kommissionens beslut i denna del ogiltigförklarades dock av EG-domstolen, som fann att kunderna, som erhållit olika priser, inte kunde jämföras med varandra:

> ”It should next be pointed out that there was no abusive policy of discrimination between the individual mills in the Allied group and the ”large independents”, as these two categories of customers are not comparable. On the one hand, the central purchasing agency of the Allied group (30% of the purchases of benzoyl peroxide) has always enjoyed (whoever the supplier was) more advantageous prices than those granted to the ”large independents”, which buy only small quantities (together they account for 10% of the purchases of benzoyl peroxide). On the other hand, a mill in the Allied group can always obtain supplies of additives through its central purchasing agency. Consequently, an offer to an individual mill has no real chance of succeeding unless it is at the level of the price quoted to the purchasing agency. It cannot normally be expected that an individual mill will agree to pay to its suppliers a price higher than that which it can obtain through the purchasing agency.”[63]

---

60 T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 162.
61 Jfr Springer I, a.a. s. 44.
62 Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, artikel 1 (iii).
63 C-62/86, *AKZO*, p. 120.

EG-domstolen lyfter här fram att vissa kunder kan historiskt ha skapat sig en förhandlingsstyrka, vilket medför att de inte kan betraktas som likvärdiga med andra kunder. Ett speciellt förhållande i AKZO var dock att kunderna som var medlemmar i Allied group, alltid hade möjlighet att köpa av sitt eget bolag som i kraft av representant för alla medlemmar i Allied group hade erhållit förmånliga priser. Om AKZO i det läget hade valt att erbjuda kunderna samma priser som ”large independents” hade kunderna helt enkelt vägrat köpa och istället hämtat produkten genom det inköpsbolag, som de hade tillgång till.

Springer säger att EG-domstolens uttalande indikerar att förhandlingsstyrkan hos en kund i förhållande till det dominerande företaget som påstås prisdiskriminera är en kommersiell faktor, till vilken hänsyn måste tas.[64]

Jag delar inte Springers uppfattning att förhandlingsstyrka *per se* och generellt sett kan vara en kommersiell faktor som gör transaktioner icke jämförbara. Enligt min mening måste i första hand hänsyn istället tas till *varför* en kund historiskt har erbjudits förmånligare priser än någon annan kund. Förhandlingsstyrka bland kunder kan, som skall visas i avsnitt 10.3.7.1 nedan, förvisso vara en faktor som vägs in vid mötande av konkurrens och som speglar det naturliga samspelet mellan utbud och efterfrågan. Att förhandlingsstyrka dock skulle få den konsekvensen att det inte längre ens är fråga om jämförbara transaktioner synes dock vara att tillskriva företeelsen alltför stor vikt. Transaktionerna kan mycket väl vara jämförbara; dock kan det finnas godtagbara skäl för att tillämpa olika priser.

Enligt min mening torde snarare det bakomliggande förhållandet till varför Allied group hade skaffat sig bättre priser ha högre förklaringsvärde än själva förhandlingsstyrkan. Som EG-domstolen framhåller gjorde den t.ex. mycket större inköp än de kunder som den jämfördes med.

---

[64] Jfr Springer I, a.a. s. 46.

10.3.4.2.4 Skillnader i kontraktens natur

Olika former av finansiering kan medföra att transaktioner beträffande samma vara inte blir jämförbara. Om ett företag anskaffar en maskin genom köp eller hyra så torde det inte direkt gå att jämföra transaktionerna även om det skulle röra sig om identiska produkter. Köp innebär vanligtvis att äganderätten övergår till köparen och säljaren erhåller betalning. Vid hyra, däremot, ligger äganderätten kvar hos säljaren, som även måste kalkylera med en finansiell risk, speciellt om hyresförhållandet skall vara långvarigt. I *Tetra Pak II* behandlades ett omvänt förhållande, dvs. där lika villkor tillämpades på olika transaktioner. Tetra Pak hade tillämpat ett system för hyra av maskiner, där villkoren sammantagna gjorde att de kunde likställas med ett köp.

> ”The fact that virtually all the rental for machines must be paid in advance, at the time they are placed at the client's disposal, distorts the very nature of the lease contract and unduly binds the lessee to Tetra Pak not only for machines but also, indirectly via the system of tied sales, for cartons. It places lessee and purchaser on the same footing as regards the financial burden involved, but does not grant them the same benefits.”[65]

Springer gör gällande att hänsyn måste tas till det underliggande kontraktets natur vid bedömning av den kommersiella transaktionen och att t.ex. köp och leasing inte kan betraktas som likvärdiga transaktioner.[66] Springers resonemang synes innebära att olika finansieringsformer i normalfallet inte rimligen kan betraktas som likvärdiga transaktioner.

---

[65] Kommissionens beslut 92/163/EEC, *Tetra Pak II*, p. 160. Se även T-83/91, *Tetra Pak II*, där Förstainstansrätten framhåller att ”[w]ith regard to the machines, a comparison must be made between the selling prices and the ‘leasing’ prices applying in the various Member States. A point to note at the outset is that according to the information before the Court it is possible to assess the level of the ‘leasing’ prices on the basis of the base rental alone, since the sum of current and future rent represents only a marginal part of that base rental, which the applicant does not dispute. Moreover, the tables annexed to the Decision relating first to the selling price of machines in four Member States, namely Greece, Spain, Ireland and Italy, and secondly to the ‘leasing’ prices in seven other Member States and in Ireland, further confirm that, in the only State where both selling and ‘leasing’ prices are given, they are very close.” (p. 166)

[66] Springer I, a.a. s. 49.

När transaktionen inte medför att äganderätten till produkten övergår till köparen samtidigt som den finansiella risken skiljer sig avsevärt borde det därför vara möjligt att betrakta transaktionerna som icke-jämförbara.

Betydelsen av olika finansieringsformer eller äganderättsfrågan bör, enligt min mening, emellertid inte överdrivas. Det vore därför olämpligt att betrakta transaktioner som icke jämförbara bara av anledningen att de finansieras på olika sätt eller att kostnaden för nyttjande av produkten uppstår genom avskrivning eller hyra. Mer komplicerade kontrakt vid t.ex. entreprenad kan innebära att risken och äganderätten övergår successivt på köparen. Reguljära köp kan även innehålla långa kredittider, varför hänsyn måste tas till den finansiella risken i samma omfattning som vid hyra. Härmed skall alltså inte förstås att köp, hyra, arrende, saklån eller leasing, sale-and-lease-back alltid skall ses som icke jämförbara. Det är snarare villkoren för respektive kontrakt som måste undersökas eftersom det i praktiken och ur köparens synvinkel torde vara möjligt att likställa ett köp med t.ex. hyra genom att t.ex. flytta över en stor del av risken på köparen och lägga till andra åtaganden av köparen som totalt sett gör att denne, objektivt sett, lika gärna kunde ha köpt produkten.

En skillnad i kontraktens natur som EG-domstolen har tagit hänsyn till är om det å ena sidan rör sig om transaktioner med kunder som har långsiktiga kontrakt eller relationer med det dominerande företaget och å andra sidan är fråga om kunder som handlar mer sporadiskt med det dominerande företaget. I fallet *BP*, som rörde ett oljebolags olikabehandling av sina handelspartner under oljekrisen på 1970-talet, framhöll EG-domstolen att

> ”The fact that a supplier in a dominant position applies to deliveries to one of his occasional customers in a period of shortage a rate of reduction different from that which he applies to this customers who have long-terms contracts with him cannot amount to an abuse of a dominant position.”[67]

[67] Mål 77/77, *BP*, sammanfattningen p. 3.

Att vissa handelspartner enbart handlar sporadiskt med det dominerande företaget kan sålunda ge upphov till att dessa transkationer inte kan jämföras med långsiktiga kontrakt. Denna skillnad avser alltså själva affärsförhållandet parterna emellan.

10.3.4.2.5 Relevant kvantitet och långsiktiga kontrakt

Transaktionerna kan många gånger skilja sig åt högst avsevärt i kvantitativt avseende. Om en kund köper 100 enheter av en produkt, medan en annan kund köper 10.000 enheter av samma produkt kan det vara svårt att jämföra de olika transaktionerna. Som framgår av avsnitt 12.4 nedan accepteras exempelvis volymrabatter i allmänhet. Det skulle därför kunna hävdas att mindre enstaka transaktioner är svåra att jämföra med långsiktiga kontraktsförhållanden som omfattar stora volymer. Om transaktionerna skiljer sig i kvantitativt hänseende borde detta dock inte betyda att prisdiskriminering kan uteslutas på grund av ojämförbara transaktioner. Det skulle skapa mycket stora svårigheter för gränsdragningar när kvantitetsskillnader i sig skulle bli avgörande för om priset är diskriminerande eller inte, vilket är en orimlig ordning. Kvantitetsfrågan blir dock aktuell i ett senare skede av analysen och framförallt för frågan huruvida prissättningen varit kostnadsmotiverad eller inte.

10.3.4.2.6 Relevant tidpunkt

För att två transaktioner skall kunna jämföras bör de heller inte ligga alltför långt ifrån varandra i tiden. Vad som skall anses vara en skälig tidsrymd i detta avseende är det svårt att uttala sig generellt om. I allmänhet torde kunna förutsättas att ju längre tid som förflutit mellan de transaktioner som ifrågasätts desto mer ändras även underlagen för prissättningen. Valutaeffekter, råvarupriser, konkurrenssituationen eller faktorer som i allmänhet styr utbud och efterfrågan kan påverka prissättingen i ett senare skede, varför det kan vara orimligt att jämföra priset med ett tidigare pris. I likhet med frågan om kvantiteter torde det emellertid vara olämpligt att betrakta två transaktioner som icke jämförbara bara av den anledningen att de företagits med en viss tidsförskjutning.

Härigenom skulle alla kontrakt som inte omsätts omedelbart bli icke jämförbara. Snarare borde det vara möjligt att utöka urvalet av jämförbara transaktioner med hänsynstagande till relevant tidpunkt. Det borde t.ex. vara möjligt att jämföra transaktioner som ett dominerande företag företar för dagen med tidigare transaktioner under förutsättning att marknadsförhållandena inte väsentligt ändrats.

En i sammanhanget försvårande faktor är betydelsen av avreglering. Här finns i rättspraxis en tendens att betrakta datum för avreglering som en form av brytpunkt för jämförbarhet. Transaktioner utförda vid tidpunkter före brytpunkten kan således inte jämföras med transaktioner som gjorts efter avregleringen. I viss mån kan en sådan argumentation vara motiverad om konkurrenssituationen blir annorlunda och om en tidigare monopolist i avregleringssituationen måste börja tillämpa andra redovisningsprinciper, göra strukturell åtskillnad av verksamheter, m.m. I princip borde dock en avregleringssituation med tillhörande krav på redovisning, uppdelning av verksamheter eller tillkommande konkurrens inte innebära att transaktioner inte kan jämföras i en analys av om prisdiskriminering förekommit. Om ett dominerande företag tillämpar olika priser gentemot sina handelspartner före och efter en avreglering utan att några andra faktorer väsentligen har ändrats synes det vara olämpligt att avfärda ett påstående om prisdiskriminering bara av den anledningen att en avreglering har skett och att konkurrens har tillkommit. Det vore likställt med att sätta vilka priser som helst så snart konkurrens uppenbarar sig. Att priser är annorlunda efter en avreglering i förhållande till tidpunkter före avregleringen kan naturligtvis förklaras av effektiviseringar, regleringar eller kostnadsbesparingar, men detta är snarare en fråga om motivering av prisskillnader än att det skulle röra sig om icke jämförbara transaktioner. Jfr fallet *SAS/Luftfartsverket* som behandlas i avsnitt 11.1.3 nedan.

10.3.5 Tredje kriteriet: Analys av om prissättningen innebär olika villkor

10.3.5.1 Allmänna krav på icke-diskriminerande prissystem

Dominerande företag skall i detalj kunna styrka att prissättningen är ekonomiskt motiverad. Detta följer av att missbruket är ett objektivt begrepp, där även en potentiell – alltså icke faktisk – påverkan på konkurrensen kan bedömas som missbruk. Det räcker med att Kommissionen, eller andra konkurrensvårdande myndigheter, kan styrka att konkurrensen kan påverkas negativt och i det läget ankommer det på det dominerande företaget att styrka motsatsen.

På en marknad som saknar dominerande aktörer torde utgångspunkten vara att olika former av prisdiskrimineringar som tillämpas av de olika aktörerna är naturliga konkurrensmedel. När prisdiskriminering däremot vidtas av en dominerande aktör finns emellertid risken att prissättningen kan snedvrida konkurrensen och motverka effektivitet på marknaden.

Det skall dock understrykas att om Kommissionen har konstaterat att missbruk föreligger och detta resonemang är baserat på indicier, som senare används för att leda fram till vissa antaganden, räcker det att svaranden kan påvisa andra omständigheter som kastar nytt ljus över det ifrågasatta agerandet. Om Kommissionens resonemang, å andra sidan, är baserat på precisa fakta måste svaranden kunna styrka att Kommissionens bedömning är felaktig.[68]

10.3.5.1.1 Syfte och effekt

Av rättspraxis framgår att det är nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter av relevans för ett visst prissystem. I *Irish Sugar* sammanfattades den praxis som har utarbetats fram till tidpunkten för avgörandet och Förstainstansrätten framhävde att det var speciellt viktigt att

[68] Jfr C-53/92 P, *Hilti*, inledningen p. 2. I praktiken måste således dominerande företag på adekvat sätt kunna styrka varför exempelvis rabatter lämnas och beräkningssättet som ligger grund för detta.

bedöma kriterierna och reglerna för beviljandet av rabatter och att samtidigt undersöka

- huruvida syftet är att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor,
- om konkurrenterna hindras tillträde till marknaden,
- om det dominerande företaget tillämpar olika villkor för likvärdiga transaktioner och
- om prissättningen har till syfte att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrida konkurrensen.[69]

Om syftet med rabattsystemet är att belöna lojalitet istället för att motiveras av de ekonomiska effektivitetskriterier som nämnts ovan kommer rabatten att vara otillåten. I det läget presumeras syftet vara primärt att binda upp kunden och motverka eventuellt tillkommande konkurrens. Ett annat otillåtet syfte kan vara att erbjuda rabatter som ingår i ett dominerande företags planer att slå ut en konkurrent.[70]

Syftet och effekten är av central betydelse vid bedömningen av exempelvis rabattsystem. Även om en rabatt kan vara delvis motiverad av ekonomiska motprestationer eller inbesparingar löper ett dominerande företag en risk att rabattsystem kan komma att bedömas som missbruk om de får till reell eller potentiell effekt att konkurrensen snedvrids. Det är den övervakande myndighetens sak att påvisa ett sådant syfte, men det dominerande företaget måste kunna påvisa ett legitimt syfte med rabatten. Om det dominerande företaget skulle ha svårigheter att ekonomiskt motivera en rabatt kommer syftet och effekten att bli avgörande i bedömningen. Som skall visas nedan har mycket små rabatter – ned till 0,3 % – i rättspraxis ansetts utgöra otillåtna s.k. trohetsrabatter när syftet

---

69 Jfr T-228/97, *Irish Sugar*, p. 114.

70 Kommissionen har tidigare framhållit att ”[t]here is no need, in order for fidelity rebates to fall under Article 86, for a contractual obligation or express stipulation that the customer obtain its supplies exclusively from the dominant undertaking. What is important is that the terms of sale of the dominant supplier make it financially attractive for the customer to take its supplies exclusively or mainly from it. The precise means by which this result is achieved are immaterial.”, Kommissionens beslut i 91/299/ECC, *Soda-ash – Solvay*, EGT L 152, 1991, p. 51.

har varit att binda upp kunder och det har saknats en ekonomisk motivering till prissättningen. Det förefaller inte osannolikt att ett dominerande företaget på goda grunder mycket väl kan motivera så låga rabatter som 0,3 % av kostnadsskäl. Om syftet och effekten emellertid ger vid handen att konkurrensen snedvrids, t.ex. på grund av att dominansen är så stark att även mycket låga rabatter ger allvarliga effekter och avsikten är binda kunderna till det dominerande företaget, kan kostnadsmotiveringen ändock få underordnad betydelse.

Slutsatsen härav är att det inte räcker med en ekonomisk motivering för en rabatt. Det dominerande företaget skall också kunna påvisa ett legitimt syfte med rabatten. Ett sådant syfte måste vara att rabatten i fråga inte belönar kunden för dess lojalitet utan att den rent objektivt och på ett tydligt sätt motiveras av påvisbara ekonomiska inbesparingar eller extra vinster.

10.3.5.1.2 The doctrine of objective justification and transparency

Förutom att ett rabattsystem måste vara kostnadsmotiverat och inte ha till syfte att snedvrida konkurrensen, har det i praxis ställts krav på att rabattsystem måste vara transparenta och gälla lika för samtliga kunder, förutsatt att dessa uppfyller vissa objektiva grundförutsättningar för att erhålla en rabatt.

Under 1988 behandlade Kommissionen ärendet *Hilti*[71] om rabattsystem som inte hade sin grund i objektiva faktorer.

> Nitpistolstillverkaren Hilti hade vid tidpunkten en dominerande ställning på de i ärendet relevanta delmarknaderna som omfattade förbrukningsartiklar till nitpistoler (drivladdningar och nitar). Nitpistoler används framförallt i byggnadsindustrin, där nitar skjuts fast i stålkonstruktioner bl.a. för att fästa plåtskivor. Nitpistolsystemet består av tre huvudsakliga delar: Nitpistolen, krutladdningar och själva niten. Niten var inte föremål för patent och konkurrens fanns inom denna delmarknad. Mot bakgrund av att Hilti hade konkurrens framförallt på nitar hade Hilti börjat tillämpa ett selektivt

[71] Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti,* EGT L 65, 1988.

> rabattsystem, som hade till syfte att hålla konkurrenter borta från marknaden. Hilti hade delat in köparna i två olika kategorier som de benämnde ”supported” och ”non-supported plant-hire companies”. Den förra kategorin av kunder fick betydligt bättre rabatter än den senare. Kriterierna för att bli en ”supported” kund var i praktiken omöjliga att överblicka. Hilti hade ensidigt och till synes helt skönsmässigt delat in kunderna på detta sätt. Kunder som tillhörde katergorin ”non-supported” blev informerade om att de numera inte fick samma rabatter utan att beslutet på något sätt motiverades.[72]

I ljuset av att indelningen till största delen kunde förklaras av att den gjorts på basis av var kunderna gjorde sina inköp av förbrukningsartiklar, fann Kommissionen att denna diskriminerande policy från Hilti var en del av företagets allmänna systematiska och organiserade försök att hålla oberoende nittillverkare borta från marknaden. Kommissionen konstaterade i direkt anslutning härtill att

> ”Therefore the policy of lower discounts to unsupported dealers when not based on considerations of quantity uniformly applied or not objectively justified constitutes an abuse of a dominant position. This is particularly so when the criteria for selection are kept secret and the policy applied unilaterally by Hilti without any explanation.”[73]

Rabatter kan inte baseras på skönsmässiga grunder. Framförallt kan rabattens storlek inte göras beroende av trohets- eller lojalitetsfaktorer. I de åtaganden som specificerades i Kommissionens beslut framgick att rabatterna måste baseras på ”[…] precise organic and transparent quantity/value discount schedules applied uniformly and without discrimination […].”[74]

Om ett rabattsystem tillämpas av ett dominerande företag, måste rabatter, som visats ovan, grundas på objektivt godtagbara kriterier. Sådana kriterier exemplifierades i Hilti med rabatter som lämnades på

---

[72] Se Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 82.
[73] Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 83.
[74] Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, Annex – Undertakings, 1(b).

basis av att kunderna tog på sig utbildningsverksamhet beträffande nitpistolssystemet eller köpte högre volymer.[75]

Kriterierna får inte ha till syfte att diskriminera eller stänga inne någon köpare i en affärsrelation. Kriterierna måste vara tydliga i så måtto att det klart framgår för köparen vilka kriterier som måste uppfyllas för att rabatten skall erhållas. Dominerande företag har att räkna med att kriterierna för beviljandet av rabatter inte heller får göras hemliga. I *Michelin* framhöll EG-domstolen bristen på insyn i det ifrågasatta rabattsystemet och avsaknaden på skriftliga bekräftelser på rabattvillkoren som försvårande omständigheter.[76] EG-domstolen anförde i anslutning till detta att om reglerna ändras och om det dominerande företaget inte på ett tydligt sätt klargör för köparna vad som gäller för beviljandet av en viss rabatt, så blir det svårt för kunderna att förutse konsekvenserna av sina inköp. Eftersom det ställs högre krav på ett dominerande företag måste det räkna med att i detalj kunna motivera sina rabatter och dessutom på ett enkelt sätt så att kunderna förstår villkoren för rabattsystemet.

10.3.5.2 Betydelsen av kostnadsmotivering

Om två eller flera transaktioner är likvärdiga blir frågan vad som skall bedömas vara olika villkor. En otillåten prisdiskriminering kan exempelvis bestå i att ett dominerande företag tillämpar skilda priser på olika geografiska marknader, trots att transaktionerna i sig är likvärdiga.

Ett av EG-domstolens första rättsfall som rörde prisdiskriminering var *United Brands*, vilket avsåg försäljning av bananer till olika mognare/distributörer i Europa. EG-domstolen konstaterade att bananerna, som såldes av United Brands Company (UBC), kom från samma båtar

---

[75] Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 82.

[76] Se Mål 322/81, *Michelin*, p. 83. Se även Konkurrensverkets beslut dnr 152/94, *Privpak*. I målet var bl.a. fråga om Postens beviljande av rabatter som var beroende av att kunderna uppnådde en viss årsvolym. KKV anförde som en särskilt försvårande omständighet att det inte framgick av avtalet vilka de ekonomiska konsekvenserna skulle bli om kunden inte uppnådde det på förhand uppsatta försäljningsmålet.

som lossats till samma kostnader i Rotterdam eller Bremerhaven och att prisskillnaderna gällde nästa samma mängder bananer av samma sort, liknande mognadsgrad, nästan samma kvalitet, under samma varumärke (Chiquita), enligt samma försäljnings- och betalningsvillkor. Bananerna lastades på transportmedel som tillhörde köparna och köparna skulle betala tullar och andra transportkostnader från hamnarna samt skattepålagor.[77]

Kommissionen hade konstaterat att priserna skiljde sig i beroende av till vilka medlemsstater som bananerna skulle sändas. De maximala prisskillnaderna per vecka mellan två olika bestämmelseorter var i genomsnitt 17,6 % 1971, 11,3 % 1972, 14,5 %, 1973 och 13,5 % för 1974. I ett fall hade det pris som begärts av de belgiska kunderna varit i genomsnitt 80 % högre än det pris som betalats av de irländska kunderna. Den högsta prisskillnaden var emellertid så hög som 138 % och avsåg skillnaden mellan priset fritt levererat Rotterdam (som tillämpades gentemot kunder i Irland) samt priset för fritt å vagn Bremerhaven (som tillämpades gentemot kunder i Danmark). De danska kunderna betalade således 2,38 gånger mer än de irländska kunderna.[78]

Eftersom alla kunderna köpte bananerna i hamnarna (Irland undantaget) framhöll EG-domstolen att det hade kunnat förväntas att alla köpare av UBC:s bananer skulle erbjudas samma försäljningspris.[79] UBC's prispolitik var emellertid den rakt motsatta.

Köparna hade inga möjligheter att styra priset och såsom beskrivits i avsnitt 10.3.3 ovan hade UBC härutöver förhindrat handel mellan de olika köparna, varför möjligheterna till arbitragevinster i praktiken var obefintliga. Under dessa mycket speciella förutsättningar skulle nära nog ett enhetspris – ur diskrimineringssynpunkt – vara det enda tillåtna priset. Om förutsättningarna ändrades och de enskilda försäljningskontrakten kunde tillskrivas olika kostnader blir det givetvis svårare att betrakta prisskillnader i sig som en form av missbruk. I *United Brands* hade prisdiskrimineringen i kombination med återförsäljningsförbudet

---

[77] Se mål 27/76, *United Brands*, p. 225.
[78] Se mål 27/76, *United Brands*, p. 211–213.
[79] Mål 27/76, *United Brands*, p. 207.

skapat en sträng avskärmning av de nationella marknaderna med konstgjorda skillnader i fråga om prisnivåer, vilket ledde konkurrensnackdelar för vissa distributörer/mognare.[80]

Van Bael & Bellis framhåller att domen inte skall ses som en skyldighet för företag att hålla ett enhetspris på alla delmarknader inom gemenskapen.[81] Detta synes inte heller ha varit EG-domstolens mening, eftersom den betonar den relativt unika situation där den dominerande säljaren i allt väsentligt hade identiska kostnader för varje köpare samtidigt som säljaren försökte begränsa möjligheterna till återförsäljning av bananer[82]

Om UBC emellertid hade haft olika kostnader för varje köpare hade situationen blivit annorlunda. Om den nu aktuella prissättningen hade motsvarats av skillnader i kostnader för respektive transaktion, hade det troligen inte bedömts som någon prisdiskriminering.

I avsnitt 9.2 ovan konstaterades att den ekonomiska definitionen av prisdiskriminering i stort innebär är att ett företag sätter priser som står i olika relation till marginalkostnaden. Omvänt gäller således att om ett företag sätter priser som står lika relation till marginalkostnaden, så föreligger ingen prisdiskriminering.

Detta är ett principiellt viktigt resonemang som även har framkommit tydligt i rättspraxis. Generellt kan sägas att om ett dominerande företag kan visa att prisdifferentiering beror på motsvarande skillnader i kostnader så är det inte frågan om missbruk genom prisdiskriminering. I förarbetena till den danska konkurrenceloven anges särskilt att

> ”Som huvedregel anses de omkostningsbegrundede rabat- og bonusformer, (det vill sige prisnedslag, der er begrundet i omkostninsbesparelser) ikke att medføre skadelige virkninger på priserne eller konkurrencen. Tværtimod kan de fremme en effektiv konkurrence, såfremt de baserer sig på objektive og rimelige kriterier og er kendte for køberne.”[83]

---

80 Jfr 27/76, *United Brands*, p. 233.

81 Van Bael/Bellis, a.a. s. 583.

82 Se Mål 27/76, *United Brands*, p. 130–162.

83 Bemærkningerna til lovforslaget, L 172 af 20 februar 1997, angående 11 § i konkurrenceloven.

Enligt min mening kan kostnadsmotivering betraktas som att det dominerande företaget inte tillämpar olika villkor på de likvärdiga transaktioner som definierats, vilket sålunda skall medföra att agerandet inte är ett missbruk. I analysen och inom ramen för den gällande lagstiftningen borde därför frågan om kostnadsmotivering hänföras till frågan huruvida det dominerande företaget tillämpar olika villkor eller inte. För att återvända till exemplet om transportkostnader kan det antas att ett dominerande företag tillämpar samma transportvillkor gentemot alla köpare, men tar ut olika priser bland kunderna beroende av transportavståndet och andra logistikrelaterade faktorer. Om prisskillnaderna motsvarar de skillnader i kostnader som uppstår för säljaren vid tillhandahållande av produkten tillämpar han heller inte olika villkor. Kostnadsmotivering ingår i vad som i rättspraxis har kallats för objektiv motivering av prisskillnader och det synes framförallt vara skillnader i kostnader som ger en objektiv motivering av kostnader.

I Storbritannien har Office of Fair Trading framhållit att kostnadsmotivering utesluter diskriminering. Termen prisdiskriminering kan därför, enligt OFT, endast användas för situationer där prisskillnaderna inte kan motiveras av skillnader i kostnader.[84]

Sammantaget kan alltså konstateras att prisskillnader som helt har sin grund i objektiva kostnadsskillnader utesluter prisdiskriminering och i normalfallet även missbruk. Detta synes även stå i överensstämmelse med ekonomisk teori, där prisdiskriminering förutsätter att priset står i olika proportion till marginalkostnaden oaktat om den är önskvärd eller inte.

10.3.5.3 Vidare om begreppet objektiv motivering av prisskillnader

I *Tetra Pak II* kunde Förstainstansrätten konstatera att skillnaderna i genomsnittspriser på aseptiska ”Tetra Brik”-förpackningar i de flesta fallen rörde sig på en skala mellan 40 och 60 % och i vissa fall upp till 70 %. För den s.k. ”Tetra Rex”-förpackningen fanns det prisskillnader

[84] Se OFT 414, p. 3.5.

på 20–25 % av genomsnittspriset mellan medlemsländerna. Förstainstansrätten fann att de stora skillnaderna i genomsnittspriser inte kunde förklaras av verkliga skillnader i förpackningsstorlekar, transportkostnader eller storlekar på beställningsvolymer och fortsatte:

> ”In those circumstances, given the marginal nature of the transport costs and the stability of world markets in the raw materials, in this case cardboard, accounting for more than 70% of the cost price of cartons, the Court considers that the price differences found could not be justified by objective economic factors and that they were accordingly discriminatory.”[85]

Förstainstansrätten lyfte här fram den centrala betydelsen av att dominerande företag måste kunna motivera prissättningen med objektiva ekonomiska faktorer. Sådana ekonomiska faktorer synes företrädelsevis vara skillnader i kostnader.

10.3.5.4 Schablonmässiga kostnadsskillnader utgör ej objektiv motivering

Kostnadsmotiverade prisskillnader behandlades även i fallet *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*,[86] där Kommissionen undersökte ett system med landningsavgifter som togs ut av det finska Luftfartsverket.

> Enligt finsk lag kunde landningsavgifterna bestämmas genom en förordning, men eftersom någon sådan förordning inte hade utfärdats hade Luftfartsverket självt fattat beslut om landningsavgifter och eventuella rabatter. Under 1998 togs avgifter ut med 17 eller 20 finska mark (baserat på flygplanets vikt) per ton MOTW[87] för inrikesflyg och med 50,50 finska mark

---

85 T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 165.

86 Kommissionens beslut 1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, EGT L 69, 1999. Överklagat genom T-116/99, ännu ej avgjort.

87 MOTW = Maximum take-off-weight. Beräkningssättet var hämtat från den internationella civila flygorganisationen ICAO:s Airport Economics Manual (dokument nr. 9562 från 1991). ICAO rekommenderade till sina medlemmar att landningsavgiften skulle beräknas på basis av den maximala startvikten i flygvärdighetsbeviset. Det framgår av Kommissionens beslut 1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, p. 5–6, som citerar ICAO, att landningsavgifter är sådana ”avgifter som tas ut för användning av start- och landningsbanor, taxibanor och plattor, inklusive

för utrikesflyget. Mellan klockan 22.00 och 06.00 multiplicerades avgifterna med en koefficient på 1,3 av miljöskäl, med undantag för flygplatsen Helsingfors-Vanda. Härutöver beviljades progressiva rabatter kopplade till landningsfrekvensen. Kommissionen hade invändningar dels mot systemet med progressiva rabatter, dels mot de avgiftsskillnader som var beroende av avgångsflygplats. Luftfartsverket meddelade att de inte kände till varför systemet med progressiva rabatter införts 1977 men att systemet i vart fall skulle avskaffas. Kommissionen hänvisade till sin redan etablerade praxis genom beslutet *Zaventem*,[88] men eftersom systemet skulle avskaffas behandlade Kommissionen inte frågan vidare, varför beslutet kom att fokuseras på de prisskillnader som Luftfartsverket tillämpade på landningsavgifter i beroende av varifrån flygplanen hade sin avreseort.

Luftfartsverket motiverade prisskillnaderna med att det fanns olika tekniska och funktionella krav på flygplatserna och att kostnaderna följaktligen var olika för inrikes- och utrikestrafik genom att kraven på banlängd och banornas hållfasthet var olika samt att kraven på flygplatsernas öppettider och tillgänglighet var olika. Genom att avståndet för inrikesflyget i genomsnitt var mindre än flygningar inom EES-området kunde i allmänhet mindre flygplan användas, vilka inte krävde så långa banor och hög hållfasthet som behövdes för de flygplan som opererade på utrikestrafiken. Sammantaget skulle således underhålls- och kapitalkostnaderna vara högre för trafik inom EES än för inrikestrafiken.[89]

Kommissionen accepterade inte Luftfartsverkets resonemang och framhöll att flera av inrikeslinjerna hade samma sträckor och dimension som vissa utrikeslinjer och att vissa utrikeslinjer var mycket korta. Flygsträckans längd var inte det enda kriterium som flygbolagen använde vid valet av vilken flygplanstyp som skall användas och endast 6 av 25 flygplatser i Finland hade en kortare banlängd än 2.400 meter, som

landningsmärken, liksom för trafikledning vid inflygning och på flygplatsen" och att avgiften utgörs av "kostnader för drift och underhåll liksom administrationskostnader som är hänförliga till dessa områden och kostnader för fordon och materiel, inklusive utgifter för arbetskraft, underhållsmaskiner, elektricitet och drivmedel".

88 Kommissionens beslut 95/364/EG, *Bruxelles-National (Zaventem)*, EGT L 216, 1995.

89 Se Kommissionens beslut 1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, p. 44–45.

krävdes för trafik inom EES. Kommissionen kunde även konstatera att flygbolaget Finnair använde samma flygplan (MD-80) på inrikeslinjer och utrikeslinjer. Vidare ansåg Kommissionen att banhållfasthetsfaktorn redan hade tagits med i beräkningen baserad på planets vikt.[90]

Luftfartsverket hävdade även att eftersom den internationella trafiken var koncentrerad till morgon- och kvällstid måste de flygplatser som huvudsakligen hade nationell trafik hålla öppet i motsvarande mån för att betjäna anslutningsflyg. Utrikesflyg krävde även mer utrymme på flygplatserna i form av utrustning för passagerarterminaler, parkeringsplatser m.m. Sammantaget gav detta vid handen att utrikestrafiken åsamkade flygplatserna högre kostnader för utrikesflyget än för inrikesflyget. Kommissionen konstaterade dock att kostnadsökningen för utrikestrafiken togs ut genom passageraravgifter och att Luftfartsverket därför inte kunde låta dessa kostnader även ingå i underlaget för landningsavgifterna.[91]

När Luftfartsverket inte kunnat motivera införandet av avgiftssystemet fann Kommissionen att det var diskriminerande mellan inrikesflygningar och flygningar mellan Finland och EES-länderna.[92]

Sammanfattningsvis kan konstateras att i *Ilmailulaitos/Luftfartsverket* torde det ha funnits olika kostnader för att betjäna olika flygplansstorlekar vid olika tidpunkter. Det synes emellertid stå klart att det inte går att enbart schablonmässigt hänvisa till kostnader som det dominerande företaget har. Kostnaderna måste kunna verifieras i detalj och prisskillnader måste därför allokeras så att motsvarar de verkliga kostnaderna. Särskild vikt måste därvid även läggas vid att samma kostnader inte belastar olika verksamheter samtidigt. Om det finns andra avgifter som redan är ägnade att kompensera företaget för ett fördyrande förhållande – t.ex. anhopningen av trafik på morgonen och kvällen – kan ett högre pris för morgonflyg inte motiveras i förhållande till nattflyg eller flyg mitt på dagen eftersom extrakostnaden redan täcks av passageraravgifter. I avsaknad av passageraravgifter skulle eventuellt

---

[90] Se Kommissionens beslut 1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, p. 46–52.
[91] Se Kommissionens beslut 1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, p. 53–55.
[92] Kommissionens beslut 1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, p. 56, 62–63.

en prisskillnad vara motiverad, med bara under förutsättning att skillnaderna verkligen kopplas till verkliga tidpunkter och inte schablonmässiga kriterier som att utrikesflyg vanligtvis nyttjar flygplatsen på morgnar och kvällar och att därför utrikesflyg skall betala ett högre pris än inrikesflyg.

Konstruktion av landningsbanor som betjänar alla olika flygplanstyper måste av naturliga skäl dimensioneras efter den högsta belastning som de är avsedda för. ICAO har, som nämnts ovan, rekommenderat att kostnaden för nyttjande av landningsbanor skall allokeras bland olika flygbolag i förhållande till den maximala startvikten i flygvärdighetsbeviset. En dylik ordning synes vara fullt rimlig eftersom stora och tunga flygplan borde slita mer på banorna är mindre flygplan. Vid prissättningen måste därför hänsyn tas till vilket *flygplan* som verkligen används – återigen inte vad som typiskt sett används av in- respektive utrikesflyget. Samma flygplansstorlek torde ge upphov till samma slitage på start- och landningsbanor oavsett om destinationen är Nordfinland eller Stockholm.

10.3.5.5 Principen om pris efter prestation

I svensk praxis från Konkurrensverket har frågan om kostnadsmotivering av prisskillnader framkommit bl.a. i ärendet *Tekniska Verken*[93] där KKV prövade ett speciellt rabattsystem inom el och fjärrvärme, som tillämpades av Tekniska Verken i Linköping. KKV ansåg att Tekniska Verken hade utnyttjat sin monopolställning på marknaden för fjärrvärme till att begränsa konkurrensen inom den konkurrensutsatta elmarknaden.

> Tekniska Verken, som levererade både fjärrvärme och elkraft till kunder i Linköping, hade infört en s.k. helkundsrabatt om 3 – 4 procent för de kunder som köpte *både* fjärrvärme och el från Tekniska verken. Rabatten gavs enbart på fjärrvärmen, och bara till de kunder som köpte hela sitt behov av

[93] KKV:s beslut, dnr 533/1998, *Tekniska Verken*. Principen om pris efter prestation har även behandlats i andra ärenden, se t.ex. dnr 288/94, *Mineralgödsel*, dnr 381/94, *HDF*, dnr 840/94, *Partek Höganäs*, dnr 502/95, *Golden Air* samt dnr 344/95, *Rostock Livs*.

> el för den av sin verksamhet eller sina fastigheter som fanns i Linköping av Tekniska Verken. El och fjärrvärme producerades integrerat i samma kraftverk. Rabatten motiverades av att helkunder gav lägre specifika administrationskostnader för Tekniska Verken. Om en kund köpte bara fjärrvärme, medan en annan kund köpte fjärrvärme och el från Tekniska Verken gav båda kunderna upphov till samma administrationskostnader, varför Tekniska Verken hävdade att de gjorde besparing i administrationskostnader. Mot bakgrund av att fjärrvärme och el producerades integrerat skulle en ökad konsumtion av elkraft även leda till lägre produktionskostnader på fjärrvärme, varför rabatten även av den anledningen skulle anses vara motiverad

Konkurrensverket ansåg att det vid bedömningen av rabattvillkoren borde göras en avvägning mellan eventuella ekonomiska vinster, som minskade administrationskostnader samt integrerad fjärrvärme- och elproduktion gav Tekniska Verken, och vilka konkurrensbegränsande effekter som uppstod vid koppling i prissättning mellan fjärrvärme och el. Om rabattvillkoren vid en sådan avvägning skulle visas vara objektivt motiverade skulle prissättningen inte kunnas anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning.

KKV fann det rimligt att anta att om Tekniska verken sålde mer av någon produkt, så kunde detta ge vissa positiva kostnadseffekter såsom stordriftsfördelar och synergieffekter, som normalt innebär att enhetskostnaden minskar. De speciella förutsättningar som rådde för Tekniska Verken var att totaleffektiviteten i en kombinerad el- och värmeanläggning kunde vara mycket varierande i beroende av hur mycket el och fjärrvärme som efterfrågades. En ökning i inköpen av det ena energislaget skulle därför kunna ge en lägre kostnad för att samtidigt producera det andra energislaget, varför en rabatt i någon form skulle kunna vara motiverad. KKV framhöll dock att

> ”Rabattens utformning skall i sådant fall, för att vara konkurrensrättsligt riktig, baseras på att de kunder som svarar för denna kostnadsavlastning också skall få del av rabatten och att ingen diskriminering sker i detta avseende.”

Helkundsrabatten[94] gav dock den ur konkurrensrättslig synvinkel oönskade effekten att en stor elkund till verket inte fick någon rabatt om den köpte el även från andra producenter. En förhållandevis liten elkund fick dock rabatt om den köpte hela sitt behov från verket. Ett annat av KKV:s hypotetiska exempel var att två kunder som köpte lika stor mängd el och fjärrvärme debiterades olika priser om en av kunderna härutöver även köpte el från en annan producent. Att administrationskostnaderna minskade vid köp av både el och fjärrvärme kunde, enligt KKV, uppfattas som att om dessa kostnader betraktades som fasta skulle ett större antal kunder kunna möjliggöra bättre priser och vice versa. Detta var dock ett förhållande som i någon utsträckning torde påverka samtliga produktkalkyler och därmed produkternas pris- och rabattvillkor och KKV fann det omotiverat att i så fall endast låta fjärrvärmepriset påverkas. Vidare ansåg KKV att Tekniska Verken inte nöjaktigt hade visat att någon kostnadsbesparing hade uppkommit, men även om det faktiskt hade funnits besparingar var rabatten ”principiellt felkonstruerad”, eftersom det inte kunde anses ”vara objektivt godtagbart att rabatt enbart ges på fjärrvärmepriset”.

När det inte fanns några objektivt godtagbara skäl för prisskillnaderna fanns det därefter även anledning att betrakta pris- och rabattvillkoren som en form av otillåten prisdiskriminering. KKV framhöll att principen om *pris efter prestation* måste vara vägledande vid bedömningen av om en prisdifferentiering skall anses vara diskriminerande. Enligt KKV borde differentierade villkor, för att inte utgöra diskriminering, avspegla skillnader i de kostnader som uppstår för säljaren vid försäljning till de olika kunderna eller i övrigt grunda sig på objektivt godtagbara skäl.

Tekniska verken var den enda leverantören av fjärrvärme i Linköping och KKV sade att principen under sådana förutsättningar är att kunder som köper in samma volym fjärrvärme – dvs. sådana kunder som bidrar med lika stor prestation – också skall betala lika mycket. Taxebestämmelserna medförde emellertid att kunderna betalade olika pris för

[94] Helkundsrabatten befanns även utgöra en otillåten lojalitetsrabatt som behandlas i kapitel 12.

samma inköpsvolymer, vilket innebar att Tekniska Verken tillämpade olika villkor för likvärdiga transaktioner varigenom Tekniska Verkens handelspartners fick en konkurrensnackdel i förhållande till andra.

KKV fann även i fallet *Linde Energi*[95] att det lokala energibolaget i Lindesbergs kommun, Linde Energi AB, hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för bl.a. fjärrvärme och elkraft. I liket med Tekniska Verken i Linköping gav Linde Energi rabatt på fjärrvärmetaxan om kunderna samtidigt köpte elkraft från bolaget. Till skillnad mot *Tekniska Verken* fanns dock inget krav på att all elkraft skulle köpas från bolaget.

Linde Energi hade infört ett system med lojalitetsskapande rabatter (se mer härom i avsnitt 12.4 nedan) vilket fick till följd att kunderna betalade olika pris för samma volymer.

Även i detta fall gjorde KKV klart att principen om pris efter prestation kunde sägas vara vägledande vid bedömningen av om en prisdifferentiering skall anses vara diskriminerande. Differentierade priser borde, enligt KKV, för att inte utgöra en diskriminering, avspegla skillnader i de kostnader som uppstår för säljaren vid försäljning till de olika kunderna eller i övrigt grunda sig på objektivt godtagbara skäl. Några sådana kostnadsavlastningar kunde KKV inte finna och heller inte några andra skäl till prisskillnaderna. Kunder som köpte samma volym skulle, enligt KKV, även betala lika mycket.[96]

Rabattsystemet medförde att om en fjärrvärmekund köpte el från en annan leverantör, så resulterade detta i ett högre pris på fjärrvärme, även om kunden i fråga köpte lika mycket som andra kunder. Alla de kunder som endast köpte fjärrvärme men inte el eller de som köpte el men inte fjärrvärme missgynnades därför i relation till de kunder som köpte både el och fjärrvärme. Förutom den otillåtna trohetsskapande effekten ansåg KKV att detta även utgjorde en olaglig prisdiskriminering.

---

[95] KKV:s beslut, dnr 409/2000, *Linde Energi.*

[96] Se KKV:s beslut, dnr 409/2000, *Linde Energi*, p. 49–50.

10.3.5.6 Kostnadsavlastande funktioner

I fallet *Dorma*[97] hade Dorma Sverige AB ansökt om icke-ingripandebesked avseende bl.a. olika rabatter.

> Dorma var verksamt på marknaden för mekaniska dörrstängare m.m. och sålde sina produkter företrädelsevis genom producentgrossister och grossister. Den senare kategorin förde ett större sortiment av Dormas produkter än producentgrossisterna och hade även fler kunder. Normalpriserna för Dormas produkter fanns angivna i en cirkaprislista, från vilken en grundrabatt gavs till vissa kunder. Grossisterna erhöll en högre grundrabatt än producentgrossisterna. Dorma sålde även genom s.k. installations- och servicepartners, vilka fick en lägre rabatt än grossistgrupperna.

KKV fann att rabatter inte kan anses vara konkurrensbegränsande om de motsvarar en för säljaren kostnadsavlastande prestation från köparens sida. Tillhandahållande av en grossistfunktion kunde, enligt KKV, utgöra en sådan prestation. Eftersom omfattningen av grossistverksamheten skiljde sig mellan de olika grossisterna kunde även en skillnad i rabatt motiveras.

10.3.5.6.1 Kostnadsavlastningarna måste vara nutida och verkliga

I fallet *Dorma* hade företaget även infört en möjlighet för vissa återförsäljare av dörrstängare att handla enligt en s.k. industriprislista under förutsättning att de endast sålde vidare till metalldörrtillverkare. Dörrtillverkarna fick i sin tur endast använda produkterna i sin egen produktion. KKV ansåg – förutom att inommärkeskonkurrensen försämrades – att prisdifferentieringen som skapades genom industriprislistan utgjorde en prisdiskriminering gentemot dem av Dormas återförsäljare som inte tilläts köpa Dormas produkter till den högre rabatten. Prisdifferentieringen grundade sig på vilka insatser återförsäljaren hade gjort historiskt för Dorma och det fanns inga kostnadsskillnader som motive-

[97] KKV:s beslut, dnr 119/94, *Dorma*. Beslutet sedermera upphävt av KKV. Se även MD 1999:7, *Dorma*.

rade rabattskillnaderna. KKV ansåg därför att dessa omotiverade prisskillnader utgjorde missbruk av dominerande ställning.

Prisskillnader kunde enligt KKV vara godtagbara om de motsvarar den skillnad i kostnad som uppstår för säljare genom köparnas olika sätt att köpa. I det aktuella fallet kunde emellertid två köpare med samma inköpsvolym få helt olika rabatter, vilket enligt KKV rimligen inte kunde anses motiverat och därmed var diskriminerande.

Det mest framträdande fallet i Sverige där kostnadsmotivering blev en direkt avgörande faktor är *CityMail*.[98]

> I maj 1991 etablerade sig CityMail på marknaden för industriell post.[99] Till att börja med opererade CityMail endast inom delar av Stockholmsområdet, men kom under mitten av 1990-talet att expandera till områden utanför Stockholm, framförallt i större städer i södra Sverige. I syfte att möta den tillkommande konkurrensen sänkte Posten AB sina priser till att börja endast i Stockholmsområdet genom det s.k. Stockholmsportot, vilket var lägre än portot för motsvarande tjänster i resterande delar av landet. När CityMail senare expanderade verksamheten till andra städer ansökte Posten om icke-ingripandebesked för ett nytt prissystem. Inledningsvis ville Posten på ett relativt ospecificerat sätt tillämpa Stockholmsportot även i andra städer. Härutöver skulle det även inom städerna bli aktuellt att tillämpa olika priser tack vare att det enligt Posten förelåg kostnadsskillnader mellan och inom vissa utvalda städer och resten av landet. Posten såg att det skulle bli aktuellt att tillämpa två eller tre olika portonivåer. Syftet med prissänkningarna var framförallt att möta den tillkommande konkurrensen från främst CityMail. Konkurrensverket avslog ansökan om icke-ingripandebesked eftersom det ansåg att prissättningen skulle kunna komma att utgöra en form av prisdiskriminering. Även om det skulle finnas objektivt godtagbara skäl till prisdiskriminering fanns även risken, enligt Konkurrensverket, att en i och för sig tillåten prisdifferentiering skulle kunna vara miss-

---

98 MD 1998:15, *CityMail.*

99 Med industriell post avsågs i detta fall befordran och utdelning av postsändningar med mer än 500 försändelser av samma vikt och format som samma avsändare lämnat in vid ett och samma tillfälle. Detta kunde gälla för försändelsetyper som vanliga brev, direktreklambrev, ekonomibrev eller tidskrifter. Jfr KKVs beslut dnr 601/96 s. 9–10. Se även Henriksson, L., *Kostnadsmotiverad prissättning och missbruk av dominans*, Tidskriften Kokurrens 2/99, 1999, s. 8–11.

bruk om åtgärderna vidtogs i syfte att stärka en dominerande ställning eller eliminera en konkurrent.

Den 11 oktober 1996 införde Posten trots KKV:s avslagsbeslut en differentierad prissättning för sändningar om mer än 500 försändelser. Prisdifferentieringen innebar att kunder med ”rationellt hanterbar post”[100] till 19 orter i landet erbjöds ett rabatterat pris. Den 19 orterna delades i sin tur in i tre zoner (egentligen fyra zoner, där den fjärde zonen utgjorde resten av landet, där Posten tillämpade ett orabatterat pris).

Zon	Ort
1	Storstockholm, Göteborg, Malmö-Lund och Uppsala
2	Helsingborg, Linköping, Norrköping, Örebro och Västerås
3	Halmstad, Växjö, Borås, Jönköping, Eskilstuna, Karlstad, Gävle, Sundsvall, Umeå och Luleå
4	Övriga Sverige

Tabell 10.1. Postens zonindelning av svenska städer.

Oavsett var i landet breven lämnades in erhölls olika rabatter beroende av *till* vilken zon försändelserna skulle skickas. Prisdifferentieringen utformades enligt följande.

Försändelser	Rabatt, öre/försändelse för utdelning i			
	Zon 1	Zon 2	Zon 3	Zon 4
Brev, ekonomibrev, eBrev	50	25	15	0
DR-brev/Marknadstidningar	40	20	10	0
Tidskrifter	30	15	5	0

Tabell 10.2. Postens fyrazonslista.

[100] Se Postens pressmeddelande 1996-10-11.

Konkurrensverket ansåg att Postens zonindelade prissystem inte avspeglade de enskilda konsumenternas sätt att köpa postdistribution, men även att prissystemet var ägnat att försvåra för andra företag att konkurrera samt att eliminera förekommande konkurrens. Posten ålades vid vite om 50 miljoner kronor att inte tillämpa fyrzonslistan.

Posten ändrade därefter priserna såtillvida som Posten gjorde en sammanslagning av zon 1 – 3 och erbjöd samma rabatt i alla 19 orter/områden som tidigare enbart erbjudits i zon 1. Vidare sänktes rabatten för tidskrifter:

Zon 1: Samtliga 19 städer/områden som tidigare i zon 1 –3
Zon 2: Övriga Sverige

Försändelser	Rabatt, öre/försändelse för utdelning i	
	Zon 1	Zon 2
Brev, ekonomibrev, eBrev	50	0
DR-brev/Marknadstidningar	40	0
Tidskrifter	20	0

Tabell 10.3. Postens tvåzonslista.

Med samma motivering som för fyrazonslistan ansåg KKV att även tvåzonslistan utgjorde ett missbruk av dominerande ställning. MD fann sedermera att fyrazonslistan i likhet med konkurrensverkets beslut utgjorde en form av missbruk av dominerande ställning. Beträffande tvåzonslistan ansåg däremot både Stockholms Tingsrätt som MD att prislistan i tillräcklig grad var kostnadsmotiverad och upphävde KKVs beslut om tvåzonslistan. Kostnadsmotiveringen kom att bli avgörande för utgången av målet. Posten kunde inte styrka att prisskillnaderna i fyrazonslistan motsvarades av inbesparingar i kostnader. Däremot lyckades Posten styrka just detta för tvåzonslistan.

Utan hänsyn tagen till Postens agerande i stort kom analysen av lagligheten av Postens zonpriser i *CityMail* att enbart röra sig kring frågan om priserna var kostnadsmotiverade eller inte. Med hänsyn tagen till vad som var processföremålet, dvs. Postens zonprislistor, skulle rätts-

frågan i *CityMail* kunna formuleras som: Hur långt sträcker sig rätten för ett dominerande företag att differentiera sina priser och vilka bevekelsegrunder finns vid utformningen av en differentierad prissättning?

Konkurrensverket anförde i ett av besluten att en avgörande faktor för om prissystemet skulle anses vara lagligt var om differentieringen var ”[…]föranledd av kunders sätt att köpa”.[101] Uttalandet ger inte en klar bild av vad som skall analyseras, men det framgår av beslutet och sedermera av MD:s domskäl att härmed avses om det dominerande företaget kan visa om differentieringen är motiverad av motsvarande kostnadsskillnader. MD framhöll att

> ”[…] en prissättning enligt prislistorna i och för sig utgör ett missbruk av Postens dominerande ställning, om inte prissättningen är motiverad från kostnadssynpunkt.”

Vad som menas med ”motiverad från kostnadssynpunkt” har i doktrinen tolkats som att ett dominerande företag inte missbrukar sin dominerande ställning om det kan visa att en rabatt liknande den som beviljades av Posten motiveras av en motsvarande kostnadsbesparing.[102] Om Posten således skulle ha kunnat visa att det inom de nu aktuella 19 områdena var billigare att producera tjänsten i fråga skulle heller inte prissättningen kunna betraktas som ett missbruk. Vad som menas med kostnadsbesparing är dock oklart eftersom det kan följa olika slutsatser om besparingen skall bedömas i nominellt eller procentuellt hänseende (se 10.3.5.12 nedan).

I doktrinen har det framförts att det är mycket svårt att – sedd isolerad – bedöma en prissättning som olaglig om den har full kostnadstäckning. Baumol är en stark företrädare för en sådan uppfattning.[103] Han invänder mot sådana synpunkter som har framförts av Wetter & Rislund om att en marknad liknande postmarknaden i Sverige med en mycket domi-

---

[101] KKV:s beslut dnr 1142/96, s. 12.

[102] Se Pehrson, L. & Wahl, N. *Marknadsdominerande företags rätt att prisdifferentiera*, JT 1998-99, s. 967

[103] Se Baumol, W. J., *Predation Criteria in the Swedish Postal Zone Price Case – A Reply*, ECLR, 2000, vol. 4, s. 225–231.

nerande aktör och små nyetablerade företag skall erhålla ett starkare skydd. Wetter & Rislund hävdar att ”the peculiar conditions of the Swedish bulk mail market provide a good example of when a dominant undertakings’s princing above its costs can hurt competitors”[104] Detta resonemang är enligt Baumol inte acceptabelt av flera skäl. För det första går det inte att hävda att priser överstigande kostnader är ett missbruk, eftersom CityMail tillhandahöll en tjänst som var sämre än Postens. Detta var inte något skäl till varför kunder skulle betala mer bara för att kompensera CityMail för ett sämre utbud av tjänster. För det andra anser Baumol att om det dominerande företaget tvingas att hålla priser som ligger högre än den relevanta kostnadsnivån så kommer det dominerande företaget att tvingas subventionera mindre effektiva konkurrenter. Konsumenterna skulle därför få bära bördan av ett högt prisläge bara för att en mindre effektiv konkurrent till det dominerande företaget skulle få vara kvar. Wetter & Rislund betonar även att det är förenat med transaktionskostnader för kunder att anlita två leverantörer av posttjänster och att detta skulle minska utrymmet för Posten att möta konkurrensen från CityMail. Baumol å andra sidan anser att även detta är ett uttryck för ett överdrivet skydd av mindre effektiva konkurrenter. Baumol anser att varje regel som får till följd att det dominerande företaget hindras från att utnyttja en kostnadsfördel fullt ut – dvs. prissättning ned till – men inte lägre än – den relevanta kostnadsnivån skadar den allmänna välfärden. Det kan diskuteras om Baumols argument i vissa fall går alltför långt. Exempelvis torde det i praktiken vara omöjligt att med utgångspunkt från ett monopol kunna åstadkomma ett fullvärdigt alternativ till Posten från etableringsdagen. Avreglering av marknader kommer mer troligt att leda till att konkurrenter successivt bygger upp en position på marknaden. Om det dominerande företaget utnyttjar sin extrema särställning som den dominerande positionen för med sig finns det risk att de andra aktörerna aldrig får tillfälle att växa. Visserligen kan denna invändning sägas ligga inbäddad i ett resone-

[104] Wetter, C., Rislund, O., *Geographical Pricing in the Postal Sector – The Swedish Zone Price Case*, ECLR, 1999, vol. 4, s. 243. Wetter och Rislund var ombund för CityMail.

mang om vilka relevanta kostnader som skall beaktas, som även följer av Baumols artikel, men det är ändå viktigt att poängtera att det inte går att avfärda Wetters & Rislunds resonemang bara med att CityMail har en mindre bredd i sitt sortiment av tjänster.

10.3.5.7 Ytterligare om kostnadsmotivering

De kostnader som det dominerande företaget har i sin egen verksamhet kan, som visats ovan, ge upphov till differentierade priser, som inte innebär att företaget tillämpar olika villkor för likvärdiga transaktioner. Omvänt gäller att om det dominerande företaget skulle tillämpa lika priser för transaktioner som ger upphov till lika kostnader, kan prissättningen sägas vara objektivt motiverad. Ovan nämndes att skillnader i inköpskvantiteter generellt sett inte bör ses som att transaktionerna inte kan jämföras med varandra. Skillnader i köparens inköpskvantiteter kan dock ge upphov till helt olika kostnader för säljaren. Om detta förhållande avspeglas i prissättningen genom rabatter, specialpris, bonus etc. behöver det inte vara fråga om olika villkor eftersom prisdifferenserna kan vara kostnadsmotiverade.

En sedvanlig kvantitets- eller volymrabatt kan beviljas på den grunden att rabattens storlek avspeglar en reell kostnadsinbesparing för det säljande företaget. Volymmässigt stora beställningar gör att säljaren kan dra nytta av stordriftsfördelar och slå ut sina kostnader över större volymer, vilket ger ett lägre enhetspris. Säljaren kan eventuellt också nyttja en mer effektiv produktionsteknologi som inte är ekonomiskt försvarbar att använda vid mindre volymer. Kostnadsinbesparingar kan även göras vid relativt låga volymer genom att det säljande företaget kan bevilja rabatter på basis av t.ex. transportkostnader, där enhetslaster ger en lägre enhetspris än styckegods. Som redan nämnts kan försäljning till en kund nästgårds tillverkningsenheten motivera en rabatt om priset i normala fall inkluderar en genomsnittlig fraktkostnad. Vissa kundkategorier kan vara billigare att betjäna än andra, t.ex. på basis av att deras logistiksystem medför inbesparingar för säljaren.

En kostnadsmotiverad rabatt behöver inte bara medföra att det blir billigare att tillverka en vara för säljaren. Marknadsföringsåtgärder,

lagerhållning m.m. som vidtas av kunden kan även motivera en rabatt om åtgärden utförs helt eller delvis till förmån för säljaren, om den samtidigt medför att säljaren undviker en kostnad som han i normalfallet skulle ha haft för att uppnå samma försäljningsvolym eller omfattning på verksamheten.

Om det dominerande företaget kan påvisa det att en prisskillnad, rabatt, bonus el. dyl. verkligen motiveras av en inbesparing av kostnader eller att förhållandet ger upphov till extra vinster, tillämpar det inte olika villkor. En förutsättning är dock att någon form av ekonomiskt motiverad motprestation kan påvisas.

Kommissionen behandlade under 1987 ett klagomål från San Pellegrino S.p.A gentemot Coca Colas dotterbolag i Italien. Under utredningen av ärendet framkom att Coca Cola tillämpade ett system av rabatter som stod i strid med artikel 86 i fördraget (nu artikel 82 EG). Kommissionen valde i sin pressrelease[105] att exemplifiera sådana rabatter som kunde anses vara tillåtna och framhöll speciellt

1. sådana rabatter som är villkorade av inköp av en serie storlekar av samma produkt och
2. rabatter som är villkorade av att distributören själv skall vidta speciella aktiviteter (påfyllnad och underhåll av hyllsortimentet, användning av markandsföringsmaterial etc.)

Rabatter som endast motiveras av att köparen tar på sig vissa av säljarens normala kostnader är följaktligen sådana som kan sägas vara ekonomiskt motiverade och därmed tillåtna i konkurrensrättsligt hänseende.

Något som kan sägas utgöra en ekonomisk motprestation är även beviljandet av betalningsrabatter eller kassarabatter. Om ett dominerande företag i sina priser har en normal kredittid om exempelvis 30 dagar får man i allmänhet anta att företaget i priserna har inberäknat kreditkostnaden för den betalningstid som företaget har beviljat kunden. Om företaget i det läget lämnar en kassarabatt för betalningar som görs

[105] Kommissionens pressrelease av den 13 oktober 1988, IP/88/615.

före den utsatta förfallodagen måste detta anses vara en ekonomisk uppoffring från kundens sida, som den genom rabatten blir kompenserad för. Härigenom finns en ekonomisk motprestation som motiverar rabatten. Vad som står i fokus är således kostnadsmotiveringen, där rabatten – eller prisskillnaden – motsvaras av de kostnader som avlastas säljaren.

Sammantaget kan sägas att en gemensam egenskap hos kostnadsmotiverade prisskillnader är att de är effektivitetsrelaterade, i det att prisskillnaden avspeglar en kostnadsavlastning eller ekonomisk motprestation hos köparen som uppväger intäktsreduktionen hos säljaren.

10.3.5.8 Är kostnadsmotivering tillräcklig grund för lagligt agerande?

Kostnadsmotiverade prisskillnader torde således i normalfallet inte kunna betraktas som olaglig prisdiskriminering. Härigenom är det dock inte klart att alla kostnadsmotiverade ageranden från ett dominerande företag kan ses som lagliga beteenden.

I *CityMail* grundade Konkurrensverket sina beslut om zonprislistorna inte bara på att verket inte ansåg att prislistorna var kostnadsmotiverade. Härutöver ansåg verket att oavsett om det skulle föreligga kostnadsskillnader för utdelning mellan de aktuella zonerna så motiverades differentieringen av om Posten mötte konkurrens eller inte inom zonerna. KKV framhöll även att en konkurrent till Posten aldrig kunde bli ett fullständigt alternativ till Posten eftersom kunderna – även om de skulle anlita en konkurrent – alltid skulle komma att behöva anlita posten för t.ex. enstaka brev eller andra tjänster som inte erbjöds av CityMail. Kunderna skulle därmed få hålla sig med två olika leverantörer av posttjänster, vilket torde öka administrationskostnaderna för företagen. För att generellt sett vara ett intressant komplement till Posten måste därför konkurrentens priser vara mer än marginellt lägre än Postens om det skulle finnas någon lönsam anledning att anlita CityMail. KKV kunde konstatera att Postens priser t.o.m. före individuella rabatter var lika låga eller endast marginellt högre än CityMails priser. I anledning av detta ansåg KKV i MD att prissättningen ”var ägnad att allvarligt försvåra för andra företag att agera på marknaden”.

KKV ansåg även att prisdifferentieringen syftade till att eliminera den konkurrens som fanns på marknaden. Verket fann det anmärkningsvärt att Posten helt generellt gav stora rabatter inom – och endast inom – de områden där CityMail var verksamt. Med hänvisning till Postens resonemang att förhållandena inom zonerna gav vid handen att det var billigare att utföra tjänsten där, såg KKV inte anledning till varför Posten inte hade tillämpat samma principer inom andra områden där CityMail inte var verksamt. KKV ställde sig även tveksamt till varför det inom Storstockholmsområdet – där CityMail hade ca. 75 % av sin verksamhet – skulle tillämpas samma zonrabatt inom hela området. Storstockholmsområdet kunde, enligt verket, inte anses vara så homogent att detta motiverade en lika stor rabatt inom hela området.

Rent generellt anförde KKV att om ett dominerande företag med tidigare monopolställning inför en – icke kostnadsmotiverad – prisdifferentiering endast på sådana produkter eller tjänster där konkurrens förekommer och där denna är ägnad att allvarligt försvåra för konkurrensen, så måste det dominerande företaget beakta att det finns stor risk att konkurrenten elimineras. KKV uttalade speciellt i MD att

> ”Om prisdifferentieringen dessutom genomförs huvudsakligen i de geografiska områden där konkurrens förekommer med vetskapen om att konkurrentens priser under alla förhållanden måste vara lägre för att konkurrenten skall kunna vinna över kunder från det dominerande företaget kan syftet inte vara annat än eliminerande.”

Det fanns enligt verket även andra faktorer som påvisade elimineringssyfte. Under 1995 hade Posten sänkt sina priser endast inom de postnummerområden där CityMail var verksamt. Den 1 januari 1996 började Posten tillämpa en ny prislista för posttidningar där priserna sänktes enbart inom CityMails utdelningsområde samtidigt som priserna i övriga landet höjdes något. Posten hade även med sina kunder infört något som kallades ”russinplockarklausuler” av innebörd att Posten hade möjlighet att omförhandla och ta bort avtalade rabatter hos kunder som anlitade CityMail. Konkurrensverket hade även tidigare erfarenhet av hur Posten hade bemött tillkommande konkurrens – inte bara från CityMail utan även SDR och Privpak, där Posten sänkt sina

priser inom segment där konkurrens uppkommit. Posten gav helkunder mer förmånliga villkor än kunder som anlitade konkurrenter, vilket fick en trohetsskapande effekt gentemot Posten.

Av KKV:s beslut står det klart att prissättningen inte skulle bedömas enbart med utgångspunkt från prislistorna i sig. Av besluten att döma synes KKV istället ha ansett att en bredare analys måste göras av Postens agerande.[106] Inför tingsrätten och sedermera MD blev argumenteringen från KKV:s sida något mer förbryllande. KKV anförde som grund att prissättningen utgjorde missbruk av dominerande ställning eftersom den innebar att skilda priser tillämpades för likvärdiga transaktioner, men också att den inte speglade kundernas sätt att köpa postdistribution,[107] samt att den var ägnad att försvåra för andra företag att konkurrera med Posten liksom även att den syftade till att eliminera förekommande konkurrens. Så långt ligger konkurrensverket argumentering helt i linje med vad som anförts i KKV:s beslut som föregick processen i MD. I besluten sade emellertid KKV att zonprislistorna inte innebar prisdiskriminering och inte heller underprissättning. Det har inte i något av beslutet eller i utredningen i övrigt diskuterats om det skulle vara fråga om underprissättning, men hela målet handlar om en form av otillåten prisdifferentiering, varför det kan förefalla märkligt att KKV framhöll att Posten inte hade ägnat sig åt prisdiskriminering. Bishop m.fl[108] förklarar detta med att prisdiskriminering egentligen är en omotiverad tillämpning av prisdifferentieringar på en enskild marknad. När Posten införde sina priser skulle dessa gälla för tjänster som inte var utbytbara sedda utifrån kundperspektivet och priserna gällde alla kunder, varvid det inte fanns någon selektivitet i prissättningen. Med ledning av detta kunde inte prissättningen betraktas som diskrimine-

[106] Jfr KKV:s beslut 601/96, 1074/96 och 1142/96.

[107] KKV förtydligade detta med att ge det innebörden att prislistorna inte var kostnadsmotiverade.

[108] Bishop, W., Caffarra, C., Kühn, K-U, Whish, R., *Liberalising Postal Services: On the Limits of Competition Policy Intervention*, Occasional Paper Series, London 1998. Kommentarerna från Bishop m.fl. avser egentligen Stockholms tingsrätts dom, men eftersom MD:s dom i allt väsentligt blev densamma som tingsrättens förutsätts att författarnas kommentarer även gäller MD:s dom.

rande.[109] Prisdiskriminering uppstår således endast när ett dominerande företag tilllämpar en prissättning med olika pris/kostnadsförhållanden för samma produkt/tjänst. Eftersom det i innevarande fall var fråga om samma villkor till alla Postens kunder kunde det enligt Bishop m.fl. inte handla om prisdiskriminering.

I allt väsentligt kretsar KKV:s argumentation tyvärr kring påståendet att Postens prissättning inte var kostnadsmotiverad. CityMail argumenterade dock, i egenskap av intervenient, förutom att Posten inte hade objektivt godtagbara skäl för prisdifferentieringen även att det borde krävas av Posten att agerandet skulle vara ett normalt förfarande. Ett sådant normalt förfarande borde enligt CityMail innebära att agerandet kunde tillämpas av andra aktörer på marknaden, att det inte riktade sig mot konkurrenterna utan mot kunderna samt att det skulle vara företagsekonomiskt rationellt.

Tingsrätten gjorde emellertid bedömningen att Posten kunde anses missbruka sin dominerande ställning om den mötte konkurrens ”genom att selektivt sänka sina priser till strax över eller i nivå med konkurrentens utan att sänkningen är kostnadsmotiverad”. När MD hade konstaterat att Postens agerande i stort kunde betecknas som ett missbruk, sade MD att det inte var fråga om Postens handlande som helhet, utan endast om förbudet mot tillämpning av de aktuella zonprislistorna. Missbruk kunde i så fall föreligga om prislistorna inte var motiverade från kostnadssynpunkt. Genom att Posten sedan kunde belägga att tvåzonslistan var motiverad från kostnadssynpunkt, dvs. att rabatterna motsvarades av en korresponderande inbesparing av kostnader så utgjorde tvåzonslistan inget missbruk. Fyrazonslistan kunde enligt MD inte kostnadsmotiveras, varför MD i denna del fastställde KKV:s beslut.

Utifrån ett diskrimineringsperspektiv medför ett objektivt rättfärdigande av prisdifferenser att agerandet i normalfallet inte kan ses som en form av missbruk. Kostnadsmotivering är även i normalfallet ett exempel på objektivt rättfärdigande. I målet *CityMail*[110] kom MD fram till att eftersom en av Postens ifrågasatta prislistor var kostnadsmotiverad, så

[109] Bishop m.fl., s. 37.
[110] MD 1998:15, *CityMail.*

utgjorde den heller inte något missbruk. En fråga som kan ställas i anledning av Marknadsdomstolens dom är om resonemanget skall ses ett uttryck för ett allmänt accepterande av kostnadsmotivering som nödvändig och tillräcklig grund vid tillämpning av konkurrensreglerna på prissättningsåtgärder.

Frågan synes inte kunna besvaras jakande och det kan i denna del svårligen dras långtgående slutsatser av domen, eftersom en bedömning av ett samlat agerande inte var aktuellt, utan endast förbudet mot tillämpning av de båda zonprislistorna i sig. MD konstaterade nämligen att Postens hela agerande i ärendet *de facto* utgjorde ett missbruk av dominerande ställning. Under 1995 var Posten majoritetsägare i CityMail och hade en klar majoritet i CityMails styrelse, fullständig information om marknadsplaner m.m. Därigenom hade Posten erhållit full insyn i CityMails verksamhet. Posten införde även den nya zonprislistan samtidigt som CityMail hade påbörjat sin expansion, men ännu inte hunnit inleda en verksamhet av större omfattning. Posten gjorde även vissa uttalanden i sina affärsplaner, sänkte sina priser i zonområdena och höjde priserna på andra tjänster genom ombalanseringar. Den nya tvåzonslistan infördes kort efter Konkurrensverkets beslut att förbjuda fyrazonslistan och den nya listan innebar i realiteten inte någon nämnvärd förbättring av CityMails konkurrenssituation. Vidare hade Posten vid tidpunkten för införandet av den aviserade zonprissänkningen ingen klart underbyggd kunskap om sina egna kostnader för distribution i olika geografiska områden. Dessa faktorer ledde till att MD bedömde Postens agerande som en form av missbruk av dominerande ställning. Mot bakgrund av detta torde anledningen till varför MD till slut godkände kostnadsmotiveringen mer kunna förklaras av processtekniska begränsningar än av att kostnadsmotivering i sig ger fribrev för allehanda prisdifferentieringar.

Konkurrensrättsliga mål såsom *CityMail* är indispositiva tvistemål, i vilka domstolen ej är bunden av parternas förfogande över processmaterialet. Frågan om missbruk kan därmed avgöras av domstolen oberoende av parternas argumentering. Domstolens beslut måste dock ligga inom ramen för yrkandena. Sakfrågan i målet, såsom den formulerats i yrkandena, var inte om Postens agerande i sin helhet utgjorde ett miss-

bruk av dominerande ställning, utan endast om zonprislistorna i sig var att anse som missbruk. Konkurrensverket hade inte inför tingsrätten eller MD gjort gällande, att Postens samlade agerande eller planerade agerande skulle utgöra missbruk *oaktat* faktum att prissättningen varit kostnadsmotiverad. När ingen samlad bedömning gjordes gällande erbjöds Posten därmed en möjlighet att visa att prissättningen baserades på en motsvarande kostnadsavlastning i de nu aktuella zonområdena.

Konkurrensverket har åberopsbördan för att missbruket skulle bedömas samlat oaktat kostnadsmotiveringen och eftersom verket inte gjort detta gällande hade således domstolen – trots sin utredning om missbruk – ingen möjlighet att göra en samlad bedömning. Utgången i målet torde därmed till stor del kunna förklaras av den begränsning som följde av räckvidden i KKV:s beslut och yrkandena inför tingsrätten och MD.

10.3.5.8.1 Prisdiskriminering och otillbörlig kombination av lagliga ageranden

Faktum att MD i *CityMail* likväl fann anledning att ta upp och ingående kommentera Postens samlade agerande tyder på att handlandet har ansetts allvarligt. Det går inte att betrakta prissättningen som en isolerad företeelse utan den måste även betraktas som en del i ett samlat agerande. I sammanhanget måste understrykas att missbruksbegreppets objektiva natur gör att även till synes legitima och välmotiverade prissättningar kan utgöra missbruk om de ingår som del i ett samlat agerande som syftar till att begränsa konkurrensen eller eliminera en konkurrent. Detta gäller givetvis alla – i sig lagliga – ageranden från ett dominerande företags sida som kombineras på ett otillbörligt sätt. EG-domstolen fastställde i *Continental Can*[111] att missbruksbestämmelserna inte bara är riktade mot ageranden som skadar konsumenter direkt utan även mot sådana ageranden som försvårar en effektiv konkurrens. Enligt EG-domstolen kan ett missbruk bestå i ett agerande som ytterligare stärker dominansen på marknaden och som härigenom försvårar

[111] Mål 6/72, *Continental Can*, p. 26–27.

konkurrensen genom att endast konkurrenter som är beroende av det dominerande företaget blir kvar på marknaden:

> ”[…]the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 [nu artikel 82 EG, förf. anm.] of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved […] ”[112]

Om det dominerande företaget använder kombinationer av affärsmetoder som var för sig är legitima men sammantaget försvårar för andra företag att konkurrera eller riskerar att eliminera konkurrens kan detta komma att betraktas som ett missbruk. Det speciella ansvar som åvilar ett dominerande företag som närmar sig monopol har även kommit till uttryck i målet *Compagnie Maritime Belge*,[113] där priser överstigande kostnader i vissa fall bedömdes som en form av missbruk.

10.3.5.9 Marknadsstrukturens inverkan på bedömningen

I *CityMail* hade Posten vid tidpunkten för målet en särställning på den avreglerade postmarknaden till följd av sitt tidigare offentliga monopol. Konkurrensen hade inte utvecklats i någon nämnvärd omfattning och Posten mötte konkurrens enbart från CityMail och ett antal lokalt verksamma distributionsföretag. Postens starka dominans tillsammans med marknadsstrukturen medförde att MD fann att särskilt höga krav måste ställas på Postens uppträdande i konkurrenshänseende. Av MD:s domskäl i den delen synes följa att kraven på Posten och liknande dominerande aktörer med en sådan marknadsställning och med en sådan marknadsstruktur skall ställas högre än på andra dominerande företag. Orsaken härtill torde vara att ju mer en marknad är koncentrerad desto känsligare blir den för motåtgärder från det dominerande företaget. MD:s slutsats ligger väl i linje med EG-domstolens praxis, som har framhållit att:

---

[112] Mål 6/72, *Continental Can*, p. 27.
[113] Förenade fallen C-395/96 och C-396/96, *Compagnie Maritime Belge*.

> ”A finding that an undertaking has dominant position is not in itself a recrimination by simply means that irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”[114]

En konsekvens av detta är att handlingsutrymmet för ett agerande såsom Postens är mycket begränsat. MD framhävde även att graden av dominans och marknadens struktur i övrigt kan påverka bedömningen, vilket även det ligger i linje med den praxis som utvecklats inom EG-rätten. Generellt torde därför toleransnivån minska i takt med att dominansen stiger och marknadsstrukturen i övrigt är känslig för mötande av konkurrens, t.ex. om marknaden nyligen avreglerats.[115] Det speciella marknadsansvaret hos dominerande företag innebär således att sådana företag har begränsade möjligheter att vidta åtgärder som var för sig inte kan betraktas som olagliga.[116] En central fråga blir därför vilka möjligheter som ett dominerande företag har att möta tillkommande konkurrens (se mer härom i avsnitt 10.3.7.1 och kapitel 14 nedan).

---

[114] Mål 322/81, *Michelin*, p. 57. Se även konkurrensverkets tidigare beslut, där det framgår att dominerande företag ”[…] får anses ha ett särskilt ansvar för marknadens funktion på grund av den effekt deras handlande kan ha för konkurrensen” (KKV dnr 1247/94, *Storstockholms Lokaltrafik*) . I ett tidigare beslut framhöll KKV att utgångspunkten i missbruksbedömningen fick anses vara att dominerande företag har ett särskilt marknadsansvar eftersom ”[…] ett dominerande företags konkurrensbegränsande åtgärder kan leda till stor skada för konkurrensen i allmänhet och vara särskilt skadliga för konkurrenters, leverantörers, kunders och konsumenters intressen.” (KKV dnr 685/93, *CBF Vendor AB*).

[115] Jfr bl.a. mål 6/72, *Continental Can*, p. 27 och Van Bael/Bellis, a.a. s. 577.

[116] Se målet T-111/96, *ITT Promedia*, där Förstainstansrätten sade att ”[d]et följer av karaktären av de skyldigheter som föreskrivs i artikel 86 i fördraget [nu artikel 82 EG] att under särskilda omständigheter företag med dominerande ställning kan fråntas rätten att uppträda på visst sätt, eller att utföra vissa handlingar, som i sig inte utgör missbruk och som inte ens kan förbjudas om de skulle antas eller utföras av företag som inte har en dominerande ställning.” (p. 139). Jfr även mål 322/81, *Michelin*: ”A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination by simply means that irrespective of the reasons for which it has such dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.” (p. 57). Se även Bellamy/Child, a.a. s. 718.

10.3.5.10 Definition av kostnader – hänsynstagande till kostnadsavlastningar

Det grundläggande kravet om kostnadsmotivering kan bli tämligen innehållslöst om det inte går att definiera vilka kostnader som avses. Som har visats i kapitel 6 ovan angående korssubventioneringar finns det många olika sätt att definiera, allokera och periodisera kostnader.

I det ovan refererade fallet *Telia – överlämnat samtal*[117] behandlades frågan om kostnadsallokering. Telia ansåg att tjänsten överlämnat samtal inte var likvärdig med andra samtalstjänster eftersom kostnaderna för överlämnat samtal var högre. Konkurrensverket å sin sida vitsordade visserligen att kostnadsbaserad prissättning var objektivt godtagbar, men att det var betalningsnettot som skulle beaktas, inte enskilda kostnadsberäkningar. Det gick enligt Konkurrensverket inte att bryta ut nivån för samtrafik- och samtalsavgifter. Konkurrensverket förefaller härmed ha avsett att vid kostnadsbaserad prissättning måste hänsyn tas även till de kostnadsavlastningar som uppstår för tjänsten. Det kunde finnas ömsesidighet i avgifterna genom att Telia tog ut samma avgifter för samtal som gick i den motsatta riktningen, dvs. från konkurrentens nät till Telias nät. Om betalningsnettot i det läget var positivt gick det inte att basera den egna prissättningen ensidigt på de kostnader som uppstod för tjänsten när dessa kompenserades av motsvarande intäkter.

Viktigt i målet var även att kostnaden i sig härrörde från Telia själv. Om Telia hade tagit ut en lägre avgift för samtrafiken hade även kostnaderna varit lägre, varför det från början kanske aldrig hade blivit aktuellt att införa en sådan prissättning som nu blev fallet.

En speciell förutsättning, som Konkurrensverket framhöll, var att kostnaderna för fasta nätet till övervägande delen var fasta, dvs. obero-

---

[117] KKV dnr 587/96 och Stockholms Tingsrätt ärende nr. Ä 8-170-96. Sedan förutsättningarna för konkurrensverkets beslut hade förlorat aktualitet och Telia inte längre fann det aktuellt att införa tjänsten ansökte Telia hos MD, efter medgivande från KKV, att åläggandet skulle upphävas. MD beslutade om upphävande i målet MD 2002:32. Även om åläggandet från KKV upphävdes skedde detta alltså på grundval av att åläggandet hade förlorat aktualitet och inte efter ett ogillande av de materiella grunder som KKV ursprungligen hänvisade till i sitt beslut. Se mer om detta fall ovan i avsnitt 12.5.

ende av hur mycket nätet nyttjades. Telia tillämpade trots detta ett system med fasta och rörliga avgifter för nyttjande av nätet och det var möjligt att fördela kostnader på olika sätt, rent av godtyckligt. Mot bakgrund av att fördelningen kunde göras på många olika sätt borde Telia ha valt en metod som inte skapade instängningseffekter för konkurrenterna.

Att Telia skulle ha rätt att tillämpa en kostnadsbaserad prissättning torde inte vara olämpligt från konkurrenssynpunkt. Vad Telia istället tycks ha velat få fastställt var huruvida den allokering och periodisering av kostnaderna – som mestadels var fasta – var godtagbar. Frågan besvarades inte av tingsrätten, eftersom det inte fanns tillräckligt material för att tingsrätten skulle kunna göra en fullständig bedömning.

10.3.5.11 Proportionsdifferensen mellan pris- och kostnadsskillnaderna

En fråga som behandlas relativt sparsamt i praxis är vad som egentligen avses med kostnadsmotiverade prisskillnader. Innebär det att prisskillnaden måste vara procentuellt eller nominellt lika stor som skillnader i kostnader, oaktat hur dessa definieras.

Antag förenklat att det finns ett företag som i utgångsläget tillhandahåller en produkt för €10 och att det kostar €7 att tillverka produkten. Företaget tillämpar leveransvillkoret EXW (Ex Works – Incoterms 2000). Efter förhandlingar med kunderna beslutar sig företaget för att ändra fraktvillkoren till CIP (leveransort). Företaget har två kunder. Transportkostnaden till kund 1 och 2 är €1 resp. €2. Företagets pris till kund 1 och 2 sätts till €11 respektive €12. I nominellt hänseende förekommer ingen diskriminering mellan kunderna eftersom prisskillnaderna exakt täcker den extra kostnad som uppkommer vid tillämpningen av det nya transportvillkoret. Kunderna som i utgångsläget gav upphov till samma vinst och samma kostnad skiljer sig emellertid åt. Kund 1 ger upphov till en lönsamhet på endast drygt 27 % (3/11) vid det andra transportvillkoret, medan försäljningen till kund 2 minskar lönsamheten från 30 % (3/10) till 25 % (3/12). Vid samma inköpsvolymer

ger kund 1 en högre marginal än kund 2, trots att den nominella intäkten är densamma.

Praxis och doktrin ger liten vägledning om vilket lönsamhetsbegrepp som skall tillämpas. I praktiken skulle en procentuell lönsamhetsmodell kunna ge ett mer rättvisande resultat. Ett rimligt antagande i detta fall är att företag är vinstmaximerande och därvid söker allokera sina resurser till de kunder som ger den högsta avkastningen. Även om kund 1 och 2 ger samma nominella avkastning kommer det att belasta företagets likviditet eller rörelsekapital mer att betjäna kund 2, eftersom kostnaden är högre. Lönsamheten är högre vid lägre affärsvolym hos kund 1. Härigenom vore det optimalt att allokera det mesta av försäljningen till kund 1.

Skillnader i volym kunderna emellan kan emellertid ge en helt annan bild. Om exempelvis kund 2 köper stora volymer, medan den mer lönsamma kund 1 köper mycket låga volymer ändras förutsättningarna återigen. Trots att kund 1 ger mer per investerad euro är det mer intressant att sälja till kund 2 eftersom detta ger ett bättre tillskott för täckning av fasta kostnader.

I Storbritannien har Office of Fair Trading berört detta problem och konstaterat att det inte går att utfärda heltäckande regler för diskriminerande prissättning. Olika industrier har olika kostnadsstrukturer, där såväl skal- som diversifieringsfördelar (*economies of scale and scope*) skiljer sig åt markant. I vissa branscher kan kostnaden för att tillhandahålla ännu en enhet vara försumbar eller obefintlig (t.ex. telekommunikation), medan kostnaden i en annan bransch för att tillhandahålla av en extra enhet kan vara större än genomsnittskostnaden (t.ex anslutning av en ny vattenabonnent). Mot bakgrund av detta anser OFT att företag bör sätta priser som motsvaras av de särskilda tilläggskostnader (*incremental cost*) som produkten ger upphov till med ett tillägg för att täcka gemensamma kostnader.[118]

Genom att använda särskilda tilläggskostnader som standard för kostnadsmotiveringen går det att komma runt problematiken med procentuell eller nominell relatering av priserna till kostnader. Särskilda

[118] OFT 414, p. 3.7–3.8.

tilläggskostnader tar även hänsyn till vilken volym som är knuten till produkten i fråga, varför detta skulle kunna ge ett bra underlag för bedömning av prissättningar.[119]

10.3.5.12 Precisering av begreppet objektivt godtagbara skäl

Till frågan om vad som kan anses vara objektivt godtagbara skäl anförde KKV i fallet *Arla*[120] att skillnader i pris som till stor del motsvaras av kostnads- och lönsamhetsskillnader vid inköp, tillverkning och försäljning inte utgjorde diskriminering. Arla tillämpade en ersättningsmodell där betalningen skiljde sig för mjölk med olika fett- och proteinvärden. Skillnader i fett- och proteinhalter gjorde att mjölken lämpade sig för olika typer av mejerivaror, vilka i sin tur hade olika försäljningsvärde för Arla. Om t.ex. mjölk från en leverantör lämpade sig väl för en högförädlad mejeriprodukt kunde detta motivera ett högre pris än för den mjölk som endast kunde användas för en lågförädlad produkt. Eftersom den kommersiella nyttan av samma produkt var beroende av dess egenskaper eller kvalitet kunde detta vara ett objektivt godtagbart skäl för differentierad prissättning.

Kvalitetsrelaterad prissättning ger i likhet med kostnadsmotiverade prisskillnader inte upphov till ett diskrimineringsproblem. Inom skogsindustrin förekommer att träråvara prissätts olika beroende av om det är fråga om stamblock, osorterat, halv- eller helkvinta eller tras-och restskog samt brännved. Olika egenskaper i råvaran kan utesluta viss användning i förädlingsindustrin, varför även detta måste anses vara ett objektivt godtagbart skäl till prisskillnader.

10.3.5.13 Sammanfattning – legala prisdiskrimineringar

Prisskillnader som avspeglar sådana kostnadsskillnader som uppstår för det dominerande företaget vid försäljning till olika kunder är i allmänhet

---

[119] Jfr även kapitel 6.
[120] KKV:s beslut, dnr 1287/94, *Arla*.

legal prissättning. Mest vanligt förekommande torde vara att sådana prisskillnader som visar sig i rabatter av olika slag. Ofta kan en leverantör göra kostnadsbesparingar genom att leverera större kvantiteter i jämförelse med mindre antal. Kostnadsbesparingen kan bestå av mindre administrationskostnad per beställd enhet, lägre transportkostnader, men framförallt besparingar i produktion genom att en större volym ger utrymme för effektivare produktionsplanering. Dessa effekter behöver dock inte uppstå, varför dominerande företag torde räkna med att kunna motivera sin prissättning. Under förutsättning att prisskillnaderna avspeglar verkliga kostnadsbesparingar torde följande rabattformer i allmänhet vara lagliga och inte utgöra olika villkor för likvärdiga transaktioner under förutsättning att de inte skapar instängningseffekter för kunderna:[121]

- Sedvanliga *volymrabatter*, dvs. sådana rabatter som enbart är betingade av köparens ordervolym.
- Stora volymer kan ge säljaren utrymme för planering av produktion. Inbesparingar i produktionskostnader kan även göras om kunden lägger förhandsorder för större volymer och där sammansättningen av olika produkter planläggs på ett tidigt stadium. Sådana *planläggningsrabatter* kan därför även ha samma funktioner som volymrabatter.
- *Kassarabatter* eller *betalningsrabatter*, dvs. rabatter som ges av säljaren om köparen betalar på kortare tid än den sedvanliga kredittid som säljaren använder sig av.
- *Funktionsrabatter* är ett samlingsbegrepp för sådana rabatter som innebär att köparen avlastar säljaren en funktion som normalt skulle tillhandahållas av säljaren. Rabatten kan baseras på att köparen ikläder sig ansvar marknadsföring, lagerhållning eller annan service som normalt inte ingår i köparens verksamhet.
- Om säljaren tillämpar ett prissystem med levererade priser, dvs. om fraktkostnad ingår i priset finns som ovan visats risk för prisdiskri-

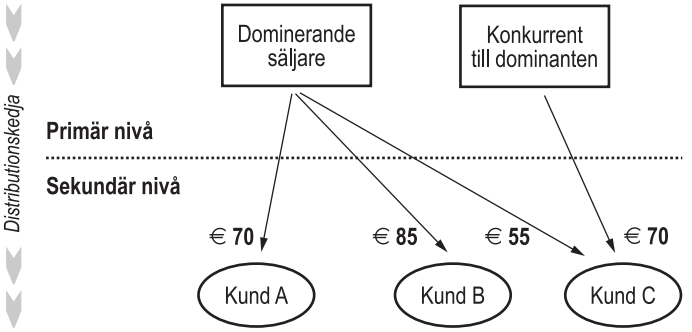
[121] Angående exemplen på tillåtna prisskillnader i form av rabatter, se Danska Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, 1998, kap. 4.2.

minering. Skulle säljaren lämna öppet för köparen att själv hämta varan eller ombesörja transporten och rabatten motsvarar det fraktpåslaget är även *avhämtningsrabatter* i allmänhet lagliga.

Om någon av ovanstående rabatter eller prisskillnader är för handen bör dessa avföras från fortsatt bedömning och inte betraktas som missbrukande prissättning.

10.3.6 Fjärde kriteriet: Påvisa konkurrensnackdel för handelspartner

Diskriminerande prissättning kan vara både exploaterande och utestängande. Prissättningen kan även vara utformad så att den samtidigt innehåller både exploaterande och utestängande effekter. Syftet med prispolitiken kan vara olika i den mening att det dominerande företaget försöker att antingen att öka sina vinster så mycket som möjligt gentemot sina kunder eller leverantörer, eller också ingår förfarandet i ett mer systematiskt agerande som syftar till att slå ut konkurrenter och kanske i förlängningen utvinna än mer vinster av kunder eller leverantörer.



Figur 10.1. Illustration av olika effekter av prisdiskriminering.

I Figur 10.1 ovan kan det föreligga en diskriminering mellan kund A och B om prisdifferensen inte är objektivt motiverad. Det dominerande företaget kan även sätta ett mycket lågt pris till kund C bara för att

kunna stänga ute en konkurrent på marknaden. Även om syftet med det låga priset till kund C är utestängande får kund B trots allt betala ett högre pris än kund C och om dessa är konkurrenter samtidigt som det inte finns någon annan objektiv motivering till prisskillnaden föreligger i formell mening en exploaterande diskriminering. B och C behöver emellertid inte vara konkurrenter utan kan operera på helt separata marknader trots att de nyttjar samma insatsvara från den dominerande säljaren. I sådana fall återkommer frågeställningen om B verkligen får en konkurrensnackdel i förhållande till C, vilket i sin tur aktualiserar frågan vilken betydelse som skall tillmätas rekvisitet konkurrensnackdel i artikel 82 (2) (c) EG. Vad beträffar exploaterande missbruk är förekomsten av konkurrensnackdel mest framträdande. Två olika kunder till en dominerande säljare kan bli olika behandlade och om de samtidigt konkurrerar med varandra kommer någon handelspartner att bli förfördelad samtidigt som någon annan handelspartner får en otillbörlig fördel. Härigenom har således en konkurrensnackdel uppstått. Är då rekvisitet om konkurrensnackdel absolut i den mening att avsaknad av konkurrensnackdel medför att något missbruk inte kan föreligga eller åtminstone att det inte rör sig om en form av prisdiskriminering? Carlsson m.fl. synes företräda den uppfattningen att konkurrensnackdel för handelspartner som är varandras konkurrenter är en förutsättning för olaglig prisdiskriminering.

> ”Enligt vår uppfattning bör inte det förhållandet att EG-domstolen i [*United Brands*] fann att det förelåg en förbjuden prisdiskriminering tolkas som att även olika priser till icke konkurrenter under alla förhållanden utgör en förbjuden prisdiskriminering. För att det skall vara en diskriminering enligt denna punkt måste som huvudregel gälla att de kunder som erhåller olika villkor står i ett tillräckligt nära konkurrensförhållande till varandra för att de olika priserna skall anses kunna påverka konkurrensen på ett tillräckligt tydligt sätt”[122]

[122] Carlsson, K., Söderlind, E., Ulriksson, M., *Konkurrenslagen: en kommentar*, Stockholm 1999, s. 266.

Ett till Carlssons m.fl. anslutande resonemang är att frågan huruvida prisdiskriminering kan ge upphov till utslagning av konkurrenter inte har något att göra med prisdiskriminering, utan att det enda som är av betydelse vid bedömningen av ett utestängande agerande är huruvida det dominerande företagets priser är tillräckligt låga för att verkligen medföra en utestängning. Det enda relevanta test som kan appliceras på en sådan situation skulle därmed vara om priserna utgör någon form av rovprissättning.[123]

Furse hävdar att en rimlig tolkning av lagtexten borde vara att om ett dominerande företag säljer en insatsprodukt som vidareförädlas till två helt olika slutprodukter så opererar kunderna på olika marknader, varvid transaktionerna heller inte kan anses vara likvärdiga när ingen egentlig konkurrensnackdel uppkommit. Furse framhåller dock att kriteriet konkurrensnackdel har fått en relativt vid tolkning i praxis.[124]

I detta sammanhang bör dock erinras om att de missbruk som omnämns i artikel 82 EG / 19 § KL inte är uttömmande, utan endast ger exempel på sådana missbruk som särskilt är förbjudna. Såväl kombinationer som andra former av missbruk är alltså möjliga. Whish framhåller även att betydelsen av konkurrensnackdelar inte alltid är så framträdande i rättspraxis och hänvisar bl.a. till att EG-domstolen i *Corsica Ferries II* inte tog upp frågan om konkurrensnackdel, samt att generaladvokaten Van Gerven uttryckligen inte ansåg att frågan om konkurrensnackdel hade avgörande betydelse. Van Gerven lyfte även fram en annan aspekt av konkurrensnackdel, nämligen att nackdel inte nödvändigtvis behöver uppstå i relationen mellan köpare, utan kan uppkomma även i förhållandet mellan det dominerande företaget och köparen.[125]

---

[123] Bishop m.fl., a.a. s. 15.

[124] Furse, a.a. s. 153–154.

[125] Se Whish, a.a. s. 661–662. Jfr även C-18/93, *Corsica Ferries II* där EG-domstolen framhöll att missbruk bl.a. kunde bestå av att ”[…] applying dissimilar conditions to equivalent transactions with its trading partners, within the meaning of Article 86(c) of the Treaty.” (p. 43). I fallet C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, sade EG-domstolen att ”[a]ccording to subparagraphs (a), (b) and (c) of the second paragraph of Article 86 of the Treaty, such abuse may in particular consist in imposing on the persons requiring the services in question unfair purchase prices or other unfair trading conditions, in limiting technical

Ritter nämner även att rekvisitet om konkurrensnackdel gör att delbestämmelsen i artikel 82 EG ser ut att enbart fånga in sådana ageranden som utgör exploaterande missbruk, men att diskriminering inte alla gånger används i exploaterande syfte.

> ”The wording of the provision suggests that it is mainly directed at exploitive discrimination, such as overcharging customers who do not have alternative sources of supply in order maximize profits. But in many cases discrimination is practiced not solely or even mainly to maximize short-term profits, but is part of a wider pattern of monopolizing conduct designed to divide markets or exclude competitors in order to be better able to exploit market power in the long term.”[126]

Härutöver skall nämnas att verkliga och komplexa prissystem mycket väl kan utgöra missbruk utifrån flera betraktelsevinklar. EG-domstolen har, som skall visas nedan, funnit att olika former av utestängande prissystem och selektiva priser kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Även om dessa former av missbruk inte explicit kan sorteras in under andra stycket (c) i artikel 82 EG, p.g.a. rekvisitet om konkurrensnackdel, utgör sådana prissättningsmetoder likafullt missbruk.

Även danska Konkurrencestyrelsen framhåller att olaglig prisdiskriminering inte begränsar sig till prissättning som är riktad mot det dominerande företagets handelspartner, vilka är konkurrenter till varandra.

---

development, to the prejudice of consumers, or in the application of dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties. […] [I]t appears […] that the undertakings […] are […] induced […] to charge disproportionate prices, […] or to grant price reductions to certain consumers and at the same time to offset such reductions by an increase in the charges to other consumers.” (p. 18–19). I *Corsica Ferries II* tog generaladvokaten Van Gerven fasta på resonemanget från både *Merci* och *United Brands* och drog slutsatsen att ”[i]t appears implicitly from the Community case-law […] that the Court does not interpret [artikel 82 (2) (c) EG] restrictively, with the result that it is not necessary, in order to apply it, that the trading partners of the undertaking responsible for the abuse should suffer a competitive disadvantage against each other or against the undertaking in the dominant position.” (Generaladvokatens förslag till avgörande i C-18/93, *Corsica Ferries II*, p. 34).

[126] Ritter, L., Braun, W. D., Rawlinson, F., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 2 uppl., Haag: 2000, s. 371.

> ”Oplistningen af forbudte forhold i [stk. 2 i § 11] er ikke udtømmende, og man kan derfor ikke slutte, at prisdiskriminering over for andre end handelspartnere ikke vil kunne være omfattet af forbudet mod […] misbrug af dominerende stilling i § 11 […] Det vil således kunne forekomme, at en dominerende virksomheds prisdiskriminering over for forbrugere, der har konkurrencebegrænsende virkninger over for andre erhvervsdrivende på samme marked, vil kunne udgøre et misbrug af dominerende stilling”[127]

Rekvisitet om konkurrensnackdel synes inte vara direkt avgörande för om ett dominerande företag skall anses missbruka sin dominerande ställning. I vissa fall används rekvisitet explicit medan det i andra fall endast kommer till uttryck outsagt. Frågan om ett dominerande företag med hjälp av någon form av prisdiskriminering gör sig skyldigt till missbruk torde härmed inte vara direkt avhängig av en bevisning om konkurrensnackdel. Ej heller torde det vara möjligt att bortse från utestängande prismissbruk som en form av otillåten prisdiskriminering. Frågan om konkurrensnackdel torde emellertid ha en viss betydelse för om den ifrågasatta prissättningen skall bedömas som exploaterande eller utestängande (se mer härom i kapitlen 11–13). För det materiella konstaterandet om det dominerande företaget har gjort sig skyldigt till missbruk eller inte kan denna fråga vara av underordnad betydelse, men hänsyn bör ändå tas till distinktionen i processföringen eftersom det i annat fall finns risk för att talan ogillas på processtekniska grunder. Skulle någon part begränsa sitt yrkande till att endast gälla ett exploaterande missbruk utan att någon konkurrensnackdel samtidigt kan styrkas, så ökar även risken för att parten får svårare att vinna framgång med sin talan.

---

[127] Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, 1998, kap. 1.2. Ordalydelsen i 11 § i danska konkurrenceloven (LBK nr 539 af 28/06/2002) är materiellt sett likalydande med artikel 82 EG. Exemplifieringen på olika former av missbruk återfinns efter ändringar 2000 i tredje stycket, där det stadgas att missbruk kan bestå däri att ”[…] anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen”.

10.3.7 Femte kriteriet: Beaktande av bevekelsegrunder för diskriminerande prissättning

Efter att det tredje och eventuellt fjärde kriteriet i analysen har beaktats är det möjligt att uttala sig om det dominerande företaget bland sina handelspartner har tillämpat olika villkor för likvärdiga transaktioner samt om det saknas objektivt godtagbara skäl, dvs. om det föreligger prisdiskriminering i egentlig mening. Detta synes dock inte innebära att alla former av prisdiskriminering skall presumeras vara olagliga.

Danska Konkurrencestyrelsen anför att det föreligger en presumtion om snedvridning av konkurrensen och effektiviteten på marknaden – och härigenom även om olaglighet – när ett dominerande företag prisdiskriminerar och att prissättningen exempelvis får följande effekter:

- Incitamenten till effektivitetsförbättringar minskar i efterföljande handelsled p.g.a. att det dominerande företaget genom prisdiskrimineringen överför sina handelspartners potentiella effektivitetsvinst till sig själv,
- konkurrensen snedvrids mellan olika handelspartner som opererar på samma marknad i ett efterföljande handelsled,
- prisbildningen resulterar i överpris- eller rovprissättning på olika marknader på grund av det dominerande företagets möjligheter att dela upp den relevanta marknaden i olika delmarknader,
- konkurrenters tillträde till marknaden hämmas eller hindras p.g.a. rabatter eller bonusar som skapar lojalitet till det dominerande företaget.

Konkurrencestyrelsen synes således inte förorda att efterfrågerelaterade prisdiskrimineringar, dvs. prisskillnader som inte har sin grund i kostnader, generellt sett kan betraktas som olagliga.

> ”De efterspørgselsbetingede/afsætningsbegrundede rabat- og bonusformer (det vil sige prisnedslag, der alene baserer sig på afsætningsmæssige hensyn, f.eks. troskabsrabatter) vil derimod kunne påvirke konkurrencen mellem virksomhederne og dermed adgangen til markedet på en måde, der skader effektiviteten og strukturtilpasningen. Dette vil især være tilfældet på markeder, hvor mulighederne for aktiv konkurrence er begrænset, bl.a. som

> følge af virksomheder med dominerende indflydelse på konkurrencevilkårene. […] Det vil imidlertid altid i hvert enkelt tilfælde være nødvendigt på grundlag af nærmere undersøgelser konkret at vurdere, hvorvidt de pågældende rabat- og bonusydelser har urimelige virkninger, herunder om de gives til imødegåelse af lignende rabat- og bonusydelser fra andre konkurrenter."[128]

Blomgren-Hansen anser att prisdiskriminering – oavsett om den grundar sig på kostnadsmotivering eller efterfråge-/avsättningsrelaterade faktorer – är en naturlig och samhällsekonomiskt önskvärd företeelse på marknaden. I vissa fall kan dock ett dominerande företags prisdiskrimineringar i kombination med inträdesbarriärer utgöra ett missbruk av dominerande ställning och få negativa konsekvenser för konkurrensen och resursutnyttjandet. Något tillspetsat drar han slutsatsen att

> "Indgreb måske nok i visse tilfælde har været berettiget ud fra et samfundsøkonomisk effektivitetshensyn. Men også, at der er grund til at være forsigtig. Konkurrencemyndighedernes ageren i disse sager kan meget vel ligne en blind elefants optræden i glasbutik. Et indgreb for lidt er at foretrække for et for meget"[129]

Ridyard anser att prisdiskriminering visserligen kan medföra snedvridning av konkurrensen men att det inte finns fog för att presumera olaglighet hos prissättning bara av den anledningen att den inte är kostnadsmotiverad. Han hävdar att prisdiskriminering mycket väl kan vara ett missbruk av dominerande ställning och ekonomisk teori säger vidare att prisdiskriminering lättare kan ge upphov till problem ju större marknadsstyrka som företaget har. Däremot finns det en klar konsensus i

---

[128] Bemærkningerne till danska konkurrenceloven (L 172 af 20 febuari 1997) i specialmotiveringen till 11 §

[129] Se Blomgren-Hansen, a.a. s. 4, 11. Han framhåller speciellt att "[d]et er ikke økonomisk-teoretisk grundlag for en forhåndsformoding om, at en dominerende virksomheds prisdiskrimination strider mod Konkurrencelovens formål at »fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence«". Se Blomgren-Hansen, N., *Prisdiskrimination og konkurrencepolitik*, Sanfundsøkonomen, 8, 1999, s. 30.

ekonomisk teori att prisdiskriminering är ett naturligt konkurrensmedel, vilket inte rättfärdigar ett *per se* förbud av prisdiskriminering.[130]

Som har visats av genomgången av ekonomisk teori går det inte generellt att påstå att prisdiskriminering hämmar konkurrensen. Tvärtom kan prisdiskriminering vara en förutsättning för att vissa verksamheter skall kunna tillhandahållas till rimliga priser totalt sett för konsumentkollektivet eller köpare i allmänhet. Prisdiskrimineringar bör således utvärderas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, annars riskerar ingripandena göra mer skada än nytta.[131]

Koktvedgaard anför att huvudlinjen i dansk praxis har varit att det inte varit aktuellt att vidta åtgärder mot exempelvis rabattsystem när dessa har varit kostnadsmotiverade, med hänsyn tagen till problematiken med kostnadsallokering. Denna huvudlinje anser Koktvedgaard vara naturlig och välgrundad.[132]

Härutöver framhåller dock Koktvedgaard att det dessutom har accepterats andra former av rabattsystem som istället för kostnadsmotivering mer grundar sig på affärsmässiga eller konkurrensmässiga hänsyn, vilket exempelvis kan bestå i mötande av konkurrens. Koktvedgaard anser att det knappast kan kritiseras att sådana former av bevekelsegrunder för rabattsystem har accepterats, bl.a. med hänsyn till att det står i god överensstämmelse med den näringslivspraxis som finns på marknader och målsättningen om en levande konkurrens. Dessutom bidrar detta till en lättnad av den administrativa bördan för konkurrensmyndigheter. Härmed säger dock inte Koktvedgaard att alla former av affärsmässiga bevekelsegrunder kan anses vara acceptabla. Svårigheten består fram-

---

[130] Ridyard, D., *Exclusionary Pricing and Price Discrimination abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, ECLR 2002, s. 291–292. Bishop och Walker hävdar att det behövs en analys av effekterna av prisdiskrimineringen i det enskilda fallet, Bishop/Walker, a.a. s. 194.

[131] Fejø framhåller även att artikel [82] inte innehåller *per se* förbud. Se Fejø, J., *Monopolret og Marked: Studier i EF-konkurreneretten med US-amerikansk antitrustret som sammenlignings-grundlag og med støtte i markedsøkonomisk grundteori*, ak. avhandling, Köpenhamn 1985, s. 176–177.

[132] Koktvedgaard, a.a. s. 307–308.

förallt i var gränsdragningen skall sättas för vilka former av prisdiskrimineringar som skall vara acceptabla.[133]

I det följande kommer att behandlas allmänna bevekelsegrunder för dominerande företags användning av prisdiskriminering, därefter kommer i kapitlen 11 – 14 behandlas specifika former av prisdiskriminering.

Frågan blir därför till att börja med vilka allmänna bevekelsegrunder som en prisdifferentiering kan tänkas ha utöver vad som redan angivits beträffande objektivt rättfärdigande av priser eller effektivitetsskäl.

10.3.7.1 Mötande av konkurrens som argument för prisdiskriminering

Ett vanligt argument från företag med dominerande marknadsställning är att prisdifferenser har tillkommit som ett svar på en konkurrents prissättning och att det dominerande företaget härigenom endast möter konkurrensen med adekvata prisnivåer. Bellamy & Child anser att det är oklart vad som kan anses utgöra ett objektivt rättfärdigande av en prisdifferentiering. De anser att det är särskilt oklart huruvida ett dominerande företag har möjlighet att erbjuda ett pris till en kund och ett annat pris till en annan kund på den grunden att det lägre priset var ett nödvändigt svar på tillkommande konkurrens.[134] Frågan blir därför om och i så fall i vilken omfattning som ett dominerande företag kan rättfärdiga prisdifferensen genom att hänvisa till mötande av konkurrens. Grundprinciperna för detta argument har fastställts i *United Brands*.

> ”[T]he fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it form protecting its own commercial interests if they are attached, and […] such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests. Such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it. […] Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into

[133] Koktvedgaard, a.a. s. 308.
[134] Se Bellamy/Child, a.a. s. 729.

> account the economic strength of the undertakings confronting each other."[135]

Härigenom är det fastställt att ett dominerande företag har en generell rätt att möta konkurrens, men att motåtgärderna måste vara rimliga och proportionerliga åtgärder som inte innebär att den dominerande ställningen förstärks.

Frågan om mötande av konkurrens behandlades vidare i *Tetra Pak II* och i enlighet med *United Brands* framhöll Förstainstansrätten att [artikel 82 EG] inte utgör ett hinder mot att ett företag i dominerande ställning fastställer olika priser i de olika medlemsstaterna, speciellt inte när prisskillnaderna kan motiveras av skillnader i marknadsföringsvillkor och intensiteten i konkurrensen.[136]

10.3.7.1.1 Vilka konkurrensförhållanden skall tas hänsyn till?

Uttalandet i *Tetra Pak II* att hänsyn kan tas till intensiteten i konkurrensen föranleder en utredning av vad som avses med konkurrensförhållanden. I *Tetra Pak II* fanns det inte någon stor skillnad i konkurrensvillkoren mellan medlemsländerna. Istället fanns det mellan Tetra Pak och dess kunder avtalsbestämmelser om kopplingsförbehåll som verkade avskärmande mellan de nationella marknaderna. Efter en samlad bedömning av avtalsbestämmelser tillsammans med den nära nog monopolliknande ställning som Tetra Pak hade på den aseptiska marknaden och Tetra Paks autonoma produktions- och distributionssystem drog Förstainstansrätten slutsatsen att det var uppenbart att prisskillnaderna inte var ett resultat av normal konkurrens. Det fanns enligt Förstainstansrätten ingen trovärdighet i att det existerade lokala skillnader; snarare var det så att gemenskapen utgjorde en enda geografisk marknad, på vilken Tetra Pak tillämpade diskriminerande priser.[137]

---

[135] Mål 27/76, *United Brands*, p. 189–190.
[136] Se T-83/91, *Tetra Pak II,* p. 160.
[137] Se T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 170.

Tetra Pak hade även invänt att dotterbolagen i de olika länderna spelade en självständig roll och ansvarade för sin egen marknadsföring. Tetra Pak försökte också förklara skillnaderna i pris med historiska faktorer. Förstainstansrätten accepterade inte Tetra Paks resonemang och konstaterade att prisskillnaderna inte kunde förklaras av de objektiva förhållandena på marknaden. Priserna var inte resultat av en normal konkurrens. Dotterbolagens autonoma ställning kunde inte heller motivera prisskillnaderna, eftersom deras respektive prispolitik ingick i en samlad strategi som syftade till en avskärmning av marknaderna.[138]

I den mån konkurrensförhållanden i allmänhet kan förklara prisskillnader synes dessa i vart fall behöva vara *rådande* förhållanden och inte historiskt betingade orsaker. Ett dominerande företag torde ha att räkna med att kunna styrka objektiva faktorer som motiverar prisskillnader. Det går inte att, som i *Tetra Pak II*, endast hänvisa till att bolag inom den egna kontrollsfären tillämpar en egen prispolitik och att dessa företag lokalt anpassar sig till lokala förhållanden. Leder prissättningen till en uppdelning av den relevanta marknaden genom att möjligheterna till arbitrage minskar och risk för att vissa kunder missgynnas i förhållande till andra aktualiseras trots att de t.ex. har samma inköpsvolym, så är risken överhängande för att prissättningen skall betraktas som en form av missbruk.

10.3.7.1.2 Skälighetsbedömning

Möjligheterna att möta konkurrens är dock begränsade och ger det dominerande företaget rätt att bara i *rimlig utsträckning* försvara sina affärsintressen. Vad som mer konkret avsågs med rimlig utsträckning preciseras inte i fallet, men Förstainstansrätten underströk att det inte är tillåtet att tillämpa artificiella prisskillnader på olika geografiska marknader inom gemenskapen som gör att kunderna får nackdelar, eller att

[138] Se T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 170.

konkurrensen snedvrids genom att delmarknaderna avgränsas på ett konstgjort sätt.[139]

I *Irish Sugar* invände det dominerande företaget mot påståendet att det missbrukat sin dominerande ställning genom att ta ut lägre priser i gränsområdet mot Nordirland och förklarade att det endast hade försökt att överleva som sockerleverantör och möta expansionistiska prissättningar från sockerförädlare i andra medlemsstater. Irish Sugar hänvisade framförallt till Kommissionens beslut i *BPB Industries*,[140] där BPB beviljade selektiva rabatter inom ett avgränsat geografiskt område.

> BPB gav under en period speciella rabatter till grossister som köpte större kvantiteter i hertigdömena Hampshire och Dorset, inom vilka BPB mötte konkurrens från konkurrenten Lafarge. Till en början infördes rabattsystemet åtminstone delvis i syfte att få erfarenheter från större leveranser än tidigare, men rabatterna behölls senare som ett konkurrensmedel. Under det senare tidsskedet var endast en del av rabatterna motiverade av inbesparingar i kostnader.

Kommissionen kunde emellertid konstatera att även om BPB:s rabatter inte var objektivt motiverade, så var det endast fråga om en mindre prissänkning (4–5,5 %). Vidare var rabatten tillgänglig för alla köpare även om det var inom ett relativt begränsat område och konkurrenterna tillämpade lägre zonpriser eller låga priser till vissa större kunder. Härutöver utgjorde rabatterna inga rovpriser och de ingick heller inte i någon plan för systematisk anpassning.[141]

BPB:s priser var en enstaka prisreducering till en nivå som var lika låg eller något lägre än sin konkurrents. Kommissionen ansåg att under dessa förutsättningar priset inte utgjorde missbruk av en dominerande ställning.[142]

---

[139] Se T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 160. Jfr även mål 27/76, *United Brands*, p. 189, 228, 229 och 233.

[140] Kommissionens beslut 89/22/EEC, *BPB Industries,* EGT L 10, 1989.

[141] Se.Kommissionens beslut 89/22/EEC, *BPB Industries*, p. 73 och 132–133. ”There has been no suggestion that the […] prices were in themselves predatory, nor that they were part of any scheme of systematic alignment.” (p. 133).

[142] Kommissionens beslut 89/22/EEC, *BPB Industries*, p. 133–134.

I Irish Sugar kunde emellertid konstateras att rabatten verkligen var en del av en systematisk strategi för att hindra import till Irland och begränsa den konkurrens som ännu fanns kvar inom marknaden.[143] Förstainstansrätten framhöll även att det var anmärkningsvärt att de aktuella gränsområdesrabatterna var dubbelt så höga som i BPB Industries, vilket indikerade på prissänkningar i storleksordningen 8 – 11 %. Det syntes härutöver även kunna tillskrivas en viss betydelse att en del av rabatterna i *BPB Industries* kunde motiveras objektivt med hjälp av kostnader, eftersom Förstainstansrätten speciellt framhöll denna orsak till varför de båda målen inte kunde jämföras med varandra.[144]

Kommissionen ifrågasatte inte rättigheten för ett dominerande företag att försvara sin ställning genom att konkurrera med andra företag, men mötande konkurrens fick enligt Kommissionen inte innebära att det dominerande företaget uppsåtligen försökte stänga ute konkurrenter. Förstainstansrätten framhöll även att

> ”[d]en omständigheten att prispolitiken hos företag som huvudsakligen är verksamma på en gränsmarknad […] påverkar prispolitiken hos företaget som är verksamma på en annan nationell marknad är själva kärnan i en gemensam marknad. Hinder mot denna påverkan skall således anses utgöra hinder mot genomförandet av denna gemensamma marknad, vilket motverkar en effektiv och icke-snedvriden konkurrens, i synnerhet ur konsumentperspektiv”.[145]

Att åtgärden gentemot importen från Nordirland endast var av defensiv karaktär ändrade enligt Förstainstansrätten inte att den kunde utgöra en otillåten prisdiskriminering.[146] I likhet med Kommissionen ansåg Förstainstansrätten att ett dominerande företag har rätt att skydda sina ekonomiska intressen, när dessa blir hotade av andra aktörer. Tillåtligheten

---

[143] Kommissionens beslut 97/624/EG, *Irish Sugar plc*, EGT L 258; 1997, p. 133.

[144] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 190. Vilken exakt rabatt som beviljades av Irish Sugar framgår inte av Kommissionens beslut, utan den framgår endast indirekt av Förstainstansrätten som framhåller att ”[…] rabatterna i [*BPB Industries*] var hälften så stora som i [*Irish Sugar*], vilket är en anmärkningsvärd skillnad […]”

[145] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 185.

[146] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 187.

förutsätter dock att åtgärderna bygger på lönsamhetskriterier och är till gagn för konsumenterna.[147]

Rabattsystemet inverkade snedvridande på konkurrensstrukturen och hindrade import från utlandet, vilket medförde att konsumenterna inte kunde ta del av lägre priser varken från konkurrenter eller från Irish Sugar, undantaget gränsområdet mot Nordirland.[148]

Även *CityMail* utgör en bra illustration till problemet med mötande av konkurrens rent generellt. Postmarknaden var före 1993 helt dominerad av Posten, där i stort sett enhetspris rådde över landet. I syfte att effektivisera postmarknaden och slutligen uppnå bättre priser för konsumenterna avreglerades marknaden 1993. Det var givetvis inte lätt att ta upp konkurrensen med Posten, som under många år byggt upp en väl fungerande och heltäckande infrastruktur i Sverige i skyddet av ett legalt monopol. Det var knappast troligt att någon konkurrent till Posten skulle kunna erbjuda samma bredd och djup av tjänster, åtminstone inte på kort sikt.

Det främsta konkurrensmedlet för konkurrenter till Posten blev priset tillsammans med ny teknik med vilken försändelser kunde hanteras. Det måste anses vara en förutsättning att kunderna får ett bättre pris än tidigare om det skall vara värt att byta postdistributör. När så Posten mötte konkurrens – oftast i de mest attraktiva områdena – betydde detta att Posten stillasittande måste se på när konkurrenter tog över allt större marknadsandelar? Nej, det var givetvis inte fallet. Syftet med avregleringen skulle i sådana fall helt förfelas. Lägre priser, bättre och mer effektiv service var trots allt målsättningen med avregleringen, liksom som med konkurrensreglerna i stort. MD framhöll i *CityMail* att

> ”även ett mycket dominerande företag får, såsom varje företag, vidta rimliga åtgärder för att möta konkurrens från andra företag. Posten får således anses vara berättigat att söka bevara eller t.o.m. stärka sin marknadsandel på ett sätt som innebär ett normalt och legitimt svar på en konkurrents åtgärder”

[147] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 189.
[148] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 188.

Ett dominerande företag får därför – inom vissa rimliga gränser – prismässigt möta den nya konkurrensen och det behöver inte se sig hindrat att justera sin prisstruktur när konkurrensen uppkommer.

Pehrson och Wahl anser att det mycket väl kan argumenteras för att Posten inte skulle ha rätt att möta varje åtgärd från CityMail eller någon annan konkurrent, eftersom det skulle göra praktiskt omöjligt för andra aktörer att etablera sig på marknaden mot bakgrund av den starka dominans som Posten hade och de speciella marknadsförutsättningar som rådde på Postmarknaden. Härigenom skulle det, enligt Pehrson och Wahl, kunna vara motiverat att belägga Posten med restriktioner i konkurrenrättsligt hänseende, vilket skulle inverka positivt på konkurrensen och effektiviteten. De anser dock att MD genom avgörandet i *City-Mail* har gjort det möjligt för Posten att återfå ett faktiskt monopol under förutsättning att konkurrenterna inte är effektiva.[149]

Även om konsekvensen – att konkurrensreglerna ger möjlighet till återskapandet av ett nytt monopol – förefaller vara extrem kan det från ett ekonomiskt perspektiv argumenteras för att detta likväl skall anses ligga i linje med avregleringens syfte. Om ett mindre effektivt företag än Posten träder in på marknaden och Posten slår ut konkurrenten tack vare att Posten kan producera tjänsten mer effektivt och därmed billigare, så medför detta inte några nackdelar för konsumenterna, åtminstone så länge som Posten i det efterföljande skedet inte drar nytta av sin monopolställning och återigen tar ut högre priser. Om Posten däremot skulle förhindras möta konkurrensen genom en form av indirekt reglering för lägsta pris, så motverkas syftet med avregleringen genom att de förväntade effektivitetseffekterna uteblir. Vad som istället kan ske är att konkurrensreglerna i ett sådant fall skulle skydda mindre effektiva konkurrenter, vilket i allmänhet inte kan sägas ligga i linje med vare sig ett effektivitets- eller konsumentintresse.

Detta torde dock vara ett extremfall eftersom det synes vara osannolikt att en konkurrent till Posten skulle etablera sig om den hade en väsentlig lägre effektivitet, vilket skulle föranleda den att hålla samma

[149] Pehrson/Wahl, a.a. s. 967.

eller bara något lägre priser än Posten. I sådana fall är utsikterna för att bli ett framgångsrikt alternativ till Posten närmast utsiktslösa. I *City-Mail* skedde etableringen mycket tack vare ny teknik och högre effektivitet, som möjliggjorde ett bättre pris än Posten. Härigenom torde rättfärdigande av prissättningen genom mötande av konkurrens på basis av ineffektiv konkurrens – praktiskt sett – vara ett svagt argument.

Mer viktigt är dock att Postens verksamhet i mångt och mycket kan liknas med ett naturligt monopol och det synes vara närmast ekonomiskt omöjligt för en konkurrent att sätta upp en motsvarande organisation till Posten. Såväl marknadsstrukturen som Postens höggradigt starka ställning på marknaden talar för att kostnadsargumentet inte kan användas isolerat.

Wahl och Pehrsson synes ha observerat orimligheten i MD resonemang, som innebär att konkurrenter aldrig kan etablera sig på marknaden och att detta trots allt verkligen sker endast kan förklaras av Postens oförmåga att vara effektiv, något som i slutänden innebär att Posten kan hålla priser långt över vad som skulle råda vid full konkurrens, men inte så höga att konkurrenter attraheras till marknaden.[150]

Dominerande företag måste räkna med att mötande av konkurrens inte kan användas som *generell* bevekelsegrund för en diskriminerande prissättning. I vissa fall kan selektiviteten i prissättningen gå för långt, vilket får allvarliga konsekvenser på konkurrensen, även om priserna kan vara kostnadsmotiverade. Se mer härom i kapitel 14 nedan för en mer ingående diskussion om mötande av konkurrens genom selektiv prissättning.

10.3.7.1.3 Defensivt mötande av konkurrens

I *AKZO* behandlade EG-domstolen frågan om ett dominerande företag får möta konkurrens genom att sänka priserna till sina kunder när en konkurrent erbjuder mer fördelaktiga priser. Kommissionen hade, i ljuset av att AKZO hade tillämpat rovprissättning, ställt som krav på

[150] Pehrson/Wahl, a.a. s. 967.

AKZO att företaget måste erbjuda alla sina kunder samma låga priser om det skulle anses vara tillåtet att möta konkurrens. EG-domstolen framhöll dock att ett dominerande företag kan möta konkurrens om det innebär ett defensivt svar på en konkurrent som erbjuder bättre priser till dominantens kunder, åtminstone så länge som det inte är fråga om rovpriser

> ”In fact, the provision does not prohibit them from making defensive adjustments, even aligning itself on [the competitor’s] prices, in order to keep the customers which were originally its own.”[151]

Høg tolkar uttalandet av EG-domstolen så att bevekelsegrunden *meeting competition* inte kan användas för offensiva åtgärder och att detta försvar välgrundat är begränsat till att gälla när en konkurrent försöker att erövra ett dominerande företags fasta kunder.[152] Även Hoegh anser att speciella kampanjer som endast matchar konkurrentens priser enbart kan användas som försvar när syftet är att skydda existerande kundrelationer, däremot inte för att vinna nya kunder.[153]

Springer anser att varje form av forsök att expendera en dominernade ställning kommer att ses som ett missbruk av den dominerande ställningen. Sålunda skulle offensiva prissättningar – till skillnad från passiva responser – på konkurrentens bud inte vara tillåtna. Springer framhåller dock att pris inte är det enda konkurrensmedlet utan hänsyn bör även tas till servicenivå, kvalitet m.m. I den mån det går att kvantifiera det ekonomiska värdet av dessa konkurrensfaktorer borde det, enligt honom, även vara möjligt för dominanten att erbjuda priser som underskrider konkurrentens priser. Dessa priser får dock inte medföra att marknadsstrukturen förändras såsom exempelvis kan uppkomma när det dominerande företaget tillämpar detta systematiskt i eliminerande syfte i motsats till mer sporadiska prissänkningar.[154]

---

[151] Mål 62/86, *AKZO*, p. 156.

[152] Høg, a.a. s. 20.

[153] Hoegh, K., *Hvor snæve grænser gælder for store virksomheder og dominerende virksomheders rabat og bonussystemer?*, UfR 2002, s. 39.

[154] Springer, U., *”Meeting Competition”: Justification of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law*, ECLR, 1997, s. 257–258.

Springers argument att det skulle vara möjligt sätta priser underskridande konkurrenternas bör enligt min mening användas med försiktighet. Begränsningen i argumentet om att marknadsstrukturen inte får skadas är viktigt. Dessutom bör hänsyn tas till vilka konkurrensfaktorer som det dominerande företaget opererar med förutom priset. Om exempelvis en tidigare monopolist på postmarknaden skulle agera passivt på att nya aktörer erbjuder priser inom vissa sektorer kan även passivt mötande av konkurrens få allvarliga konsekvenser eftersom kunderna allt som oftast behöver nyttja postoperatören i andra sammanhang och för andra tjänster. Det skulle kunna bli omöjligt att konkurrera med den dominerande postoperatören om dominanten tog bort det ekonomiska incitament som den nya aktören behöver kunna erbjuda kunderna som kompensation för besväret med att ha två postoperatörer. Om den dominerande postoperatören dessutom skulle bjuda under den nya aktören skulle situationen givetvis bli ännu värre.

10.3.7.2 Invändningar om säkerhetsaspekter som bevekelsegrund för diskriminering

I *Hilti* invände det dominerande företaget att det fanns objektivt godtagbara orsaker till dess diskriminerande agerande, nämligen att företaget var oroligt för säkerheten i konkurrerande förbrukningsartiklar som passade i Hiltis spikpistoler. Hilti kunde enligt egen utsago bl.a. bli straffrättsligt ansvarigt om de inte vidtog åtgärder för att hindra att konkurrerande förbrukningsartiklar kom ut på marknaden. Utredningen visade emellertid att Hilti inte hade informerat kunderna om att konkurrerande spikar kunde vara farliga. Hilti hade heller inte kontaktat berörda myndigheter, däribland *United Kingdom Trading Standards Department* eller *the Advertising Standards Authority* och hade alltså inte vidtagit vad som kunde anses vara normala åtgärder. Kommissionen framhöll att

> ”[a] company faced with safety worries may not resort to behaviour which is an abuse under Article 86 [nu artikel 82 EG, förf. anm.]; it should rather

> explore the other legitimate and normally more efficient ways of dealing with its concerns"[155]

Konkurrenterna hade sålt tiotals miljoner spikar och det hade aldrig rapporteras någon allvarlig olycka till följd av att spikarna i någon mån var undermåliga. De säkerhets- och arbetsmiljöbestämmelser som fanns i medlemsstaterna sedda tillsammans med de säkerhetsinstruktioner som fanns bifogade till spikpistolerna gjorde även att Kommissionen ansåg att Hiltis farhågor var ogrundade. Förstainstansrätten instämde med Kommissionen och framhöll att effektiviteten av konkurrensreglerna inom gemenskapen skulle äventyras om ett företags tolkning av vissa medlemsstaters bestämmelser om produktsäkerhet skulle få företräde framför konkurrensreglerna. Ett dominerande företag kan därför inte ta på sig berörda myndigheters roll och genom olagliga förfaranden försöka åstadkomma ett rättfärdigande av ett agerande som egentligen har ett helt annat syfte, nämligen det att begränsa konkurrensen.[156]

10.3.7.3 Lönsamhetsproblem som förklaring till diskriminering

Företag kan periodvis hamna i svåra ekonomiska kriser, där likviditeten blir hårt ansträngd och förluster anhopas. I syfte att ta sig ur en kris kan därför ett företag försöka ta till diskriminerande prissättning för att klara sig igenom en kris. I konkurrensrättsligt hänseende har dock sådana invändningar mot påstått missbruk ingen verkan.

Faktum att ett dominerande företag är olönsamt eller saknar medel att göra en generell prissänkning för att härigenom undkomma prisdiskriminering saknar nämligen enligt Förstainstansrätten relevans. Förbudet i artikel 82 EG är ett rent formellt förbud. Någon hänsyn tas inte till hur det dominerande företaget är skött eller orsakerna till lönsamhetsproblem. Artikel 86 (nu artikel 82 EG) kom till för att säkerställa och understödja den process för ökad konkurrens som ett formellt förbud av missbruk medger. Att företaget är olönsamt kan mycket väl bero på att

[155] Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 90.
[156] Se Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 87–96.

den dominerande ställningen har gjort företaget ineffektivt och illa rustat att möta tillkommande konkurrens. Att i ett sådant läge tillåta det dominerande företaget att med konkurrensbegränsande metoder möta tillkommande konkurrens skulle motverka syftet med konkurrensbestämmelserna. Dåliga ekonomiska förutsättningar kan aldrig accepteras som försvar för att inte följa konkurrensbestämmelserna. Paralleller kan dras till skatterätten, där ingen torde ifrågasätta att t.ex. dålig likviditet aldrig kan användas som generellt argument för att underlåta att betala in skatt i rätt mängd och i rätt tid.[157]

I *Irish Sugar* hävdade det dominerande företaget att det inte hade ekonomiska möjligheter att bevilja rabatter över hela landet. Detta var en av orsakerna till att företaget gav särskilda rabatter i gränsområdet mot Nordirland. De låga priserna i det aktuella området finansierades därför med medel från övriga landet. Det förhållandet att Irish Sugar inte beviljade rabatter över hela landet visade enligt Förstainstansrätten att

> ”[…] [Irish Sugar] har erkänt att dess ekonomiska förmåga att ge rabatter i regionen längs den nordirländska gränsen förutsatte att dess priser var stabila i andra regioner, vilket innebär att [Irish Sugar] har medgett att den finansierade dessa rabatter genom försäljningen i övriga Irland.”[158]

Förstainstansrätten fann i direkt anslutning till detta att Irish Sugar hade hindrat den fria konkurrensen på den relevanta marknaden genom att de snedvridit konkurrensens struktur såväl gentemot köparna som gentemot konsumenterna.

10.3.7.4 Åtgärder mot illegal handel

I *Irish Sugar* hade det dominerande företaget även hävdat att det förekom illegal handel över gränsen och att dess åtgärder framförallt var av defensiv karaktär. Rätten konstaterade dock att Irish Sugar inte hade

[157] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 186.
[158] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 188.

styrkt vare sig att det förekom illegal handel eller att åtgärderna var av defensiv karaktär. Förstainstansrätten betonade att även om det dominerande företaget skulle lyckas styrka att åtgärderna var defensiva skulle detta i sig inte förändra faktum att åtgärden utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.[159]

Av detta följer att det inte räcker för ett dominerande företag att hävda att det enbart möter konkurrens och att åtgärderna endast är ett svar på tillkommande konkurrens. Synbarligen ställs kvalitetskrav på de åtgärder som vidtas av dominerande företag.

Själva kärnan i en gemensam marknad är, enligt Förstainstansrätten, att prispolitiken hos företag som huvudsakligen är verksamma på en gränsmarknad påverkar prispolitiken hos företag som är verksamma på en annan nationell marknad. Om denna påverkan hindras av någon anledning utgör detta ett hinder mot genomförandet av den gemensamma marknaden och motverkar därmed en effektiv och icke-snedvriden konkurrens, i synnerhet ur ett konsumentperspektiv. Hinder liknande dem som uppställdes av Irish Sugar befanns strida mot [artikel 82 EG]. Rätten hävdade i anslutning till detta att Irish Sugar inte hade hävdat eller framlagt bevis för att konkurrenternas prissättningar var underpriser.[160]

En extensiv tolkning av Förstainstansrättens resonemang kan ge vid handen att en dörr har öppnats för dominerande företag att möta konkurrens på det sätt som Irish Sugar gjorde när konkurrerande företag tillämpade illegal handel eller underprissättning. Enligt min mening är detta dock ett mycket svagt argument för ett dominerande företag. Det torde vara omöjligt att rättfärdiga prisdiskriminering med att andra företag eller konkurrenter tillämpar illegal handel.[161] Att konkurrenter begår

---

[159] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 184, 187.

[160] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 185.

[161] Se Förstainstansrättens resonemang i T-228/97, *Irish Sugar*, p. 192, där den konstaterar att det ankommer på offentliga myndigheter och inte företag eller privata sammanslutningar att säkerställa efterlevnaden av lagbestämmelser. Jfr även T-83/91, *Hilti*, p. 118 och de förenade målen T-213/95, T-18/96, *SCK* och *FNK*, p. 194. I det senare fallet framhöll Förstainstansrätten att undantag kan godtas från denna regel, men att detta förutsätter att berörda offentliga myndigheter frivilligt har beslutat att bemyndiga privata företag att utföra dylika kontroller.

lagbrott i någon form kan inte berättiga ett dominerande företag att begå ytterligare ett lagbrott, denna gång mot konkurrenslagstiftningen. Vad som däremot kan utläsas av argumentationen är att det föreligger en omvänd bevisbörda för dominerande företag, såtillvida som det är det dominerande företagets sak att styrka bevekelsegrunderna för ett agerande som Kommissionen på objektiva grunder har konstaterat vara ett missbruk. Dominerande företag måste därmed ha goda skäl för att tillämpa liknande rabatter och det är upp till företagen att styrka åtgärdernas tillåtlighet.

Så långt är dock ingen större tydlighet uppnådd. Frågan kvarstår vilka kvalitetskriterierna är för prisrabatter, eller annorlunda uttryckt, vilka grundkrav ställs på en prissättning för att den skall anses vara tillåten.

Trots att förbuden i artikel 82 EG är objektivt formella betyder detta inte att dominerande företag inte har rätt att vidta åtgärder för att möta tillkommande konkurrens och därmed skydda sina ekonomiska intressen när sådana hotas. Enligt Förstainstansrätten måste dock detta skydd av konkurrensställningen för ett dominerande företag, åtminstone vara grundat på ”lönsamhetskriterier och vara till gagn till för konsumenterna”.[162]

Rabatterna i förevarande fall hade inga kopplingar till skillnader i kostnadsstrukturer utan hade endast till syfte att skapa lojalitet hos de köpare som fick erbjudanden för konkurrenter, utan att samtliga Irish Sugars kunder fick dra fördel av konkurrensens påverkan på försäljningspriserna på Irish Sugars produkter. Detta visade, enligt Förstainstansrätten, att åtgärden *a fortiori* utgjorde missbruk av marknadsdominerande ställning. Vidare kunde rätten konstatera att konsumenterna inte hade kunnat dra fördel av de prissänkningar som orsakats av importen av socker från Nordirland, förutom i den region som ligger längs gränsen mot Nordirland.[163]

Konsumentnyttan och lönsamhetskriterierna är således centrala grundkrav på prissättningar av detta slag. Konsumentnyttan förefaller

[162] T-228/97, *Irish Sugar*, p 189.
[163] T-228/97, *Irish Sugar,* p. 191.

vara enklast att konstatera genom att den torde vara tydlig om prisnivåer sjunker och/eller produkten/tjänsten förbättras i något avseende. Lönsamhetskriterierna är svårare att klart definiera. Så mycket kan dock utläsas av Irish Sugar att prissättningen objektivt måste kunna motiveras. Häri ligger t.ex. skillnader i kostnadsstrukturer.

10.3.7.5 Företagsekonomisk motivering i allmänhet

Diskriminering av olika kunder behöver inte bara förekomma på mellanstatlig nivå i den mening att den inre marknaden delas upp. Även förhållanden inom medlemsstaterna kan vara olagliga om det inte kan finnas någon objektiv motivering till prisskillnaderna.

I fallet *Zaventem/Bryssels flygplats*[164] hade flygbolaget British Midlands (BM) framfört klagomål över ett rabattsystem för landningsavgifter vid flygplatsen Bruxelles-National (Zaventem). Systemet gav progressiva rabatter för landningsavgifter i förhållande till trafikvolymen. BM ansåg att systemet var missgynnande och trots att BM hade mer än 144 trafikrörelser i veckan nådde BM inte upp till det lägsta antal landningar per månad som krävdes för att komma i åtnjutande av rabatten.

Landningsavgifterna och de tillhörande rabatterna hade fastställts genom en belgisk förordning, där det föreskrevs att storleken på landningsavgifterna skulle bestämmas till ett visst belopp per ton alltefter flygplanstyp. I samma förordning hade fastställts ett schema som innebar att avgifterna som skulle betalas per kalendermånad minskades i enlighet med tabellen nedan

Avgiftsbelopp i BEF	**Rabatt**
5.000.000 – 10.000.000	7,5 %
10.000.001 – 15.000.000	15,0 %
15.000.001 – 20.000.000	20,0 %
20.000.001 <	30,0 %

Tabell 10.4. Rabatter på landningsavgifter vid Bryssels flygplats/Zaventem.

[164] Kommissionens beslut 95/364/EG, *Bruxelles-National (Zaventem)*. Beslutet riktade sig mot Belgien

Rabattsystemet var således ett progressivt mängdrabattsystem och under 1991 och 1992 var det endast tre företag (Sabena med högsta rabatten, Sobelair och British Airways med den lägsta rabatten) som tack vare sitt höga nyttjande av flygplatsen hade möjlighet att dra fördelar av rabatterna. Det framgick av utredningen att för att kunna erhålla någon rabatt alls (genom att komma upp till 5 miljoner BEF) krävdes det mellan 8–10 dagliga frekvenser till flygplatsen vid brukande av små eller medelstora flygplan (t.ex. DC 9, Airbus 320, Boeing 757). Om flygbolaget använde stora flygplan som Boeing 747 krävdes mer än en frekvens (normalt en interkontinental flygning) per dag. Även Lufthansa, som trafikerade Bryssel från sex tyska städer, med mer än 2 % av trafikrörelserna på flygplatsen och 3,3 % av passagerarantalet, kunde aldrig komma upp till någon rabatt. I praktiken var därför systemet konstruerat så att enbart flygbolag med Bryssel som bas kunde dra fördel av rabatterna, till förfång för andra transportörer inom gemenskapen. På sträckan Bryssel-London flög Sabena och British Midland med samma typ av flygplan och nyttjade likvärdig service från den belgiska luftfartsmyndigheten, RVA; ändå erhöll Sabena ca 18 % rabatt på kostnader för start och landning medan British Midland inte erhöll någon rabatt alls.[165]

Kommissionen kunde konstatera att rabattsystemet hade utformats med en hög tröskel och dessutom med progressiva intervaller (dvs. inte linjärt). Rabatterna ökade alltså mer än proportionellt i förhållande till antalet starter/landningar, vilket ytterligare accentuerade skillnaderna mellan flygbolag med hög trafikvolym och andra flygbolag.[166]

Prissättningen liknar mycket den som tillämpades i *Portugisiska flygplatser* och fallet är speciellt intressant mot bakgrund av motiven för prisskillnaderna. Luftfartsmyndigheten, La Régie des Voies Aériennes/ Regie der Luchtwegen (RVA) hade som motiv för avgiftssystemet anfört

[165] Se Kommissionens beslut 95/364/EG, *Bruxelles-National (Zaventem)*, p. 13.
[166] Se Kommissionens beslut 95/364/EG, *Bruxelles-National (Zaventem)*, a. st.

- att ett företag skulle ha rätt att införa ett rabattsystem inom ramen för sin affärspolitik,
- att det skulle finnas en rätt att bevilja större rabatter till lojala kunder, i synnerhet med tanke på den finansiella säkerhet som de bidrog med och
- att stordriftsfördelar medförde att det inte var lika dyrt (vad beträffade administration och personal) att tillhandahålla service till en nationell transportör med en betydande trafikvolym på flygplatsen samt
- att flygplatsen skulle bli mer attraktiv om där fanns ett nationellt flygbolag med ett omfattande destinationsnät.[167]

Kommissionen kommenterade beträffande de första och andra argumenten att affärsbeteende som anses vara normalt kan utgöra ett missbruk om det praktiseras av ett företag med dominerande ställning. Avgiftssystemet hade heller inte enligt Kommissionen någon funktion att locka flygbolag till Bryssel som regional övergångsflygplats när inga bolag i praktiken kunde komma i åtnjutande av rabatterna. Kommissionen framhöll att avgiftssystemet istället inte alls kunde jämföras med andra typer av trohetsrabatter varigenom RVA försökte locka till sig kunder utan ”att staten genom sin mellanhand gynnar ett visst företag, i detta fall det nationella bolaget Sabena”.[168]

Trohetsrabatter skulle i detta fall ha varit tämligen verkningslösa eftersom flygbolagen inte valde att trafikera den aktuella flygplatsen bara på den grunden att högre nyttjande medförde bättre priser. Angående trohetsrabatter se avsnitt 12.4 nedan. Det var nödvändigt för flygbolagen att trafikera flygplatsen och rabattsystemet var utformat så att inget annat bolag än Sabena i verkligheten hade möjlighet att dra fördelar av hög trafikvolym.

Det är alltså inte bara rena företagsekonomiska ageranden som kan anses vara missbruk av dominerande ställning. Kommissionen markerade särskilt att

---

[167] Kommissionens beslut 95/364/EG; *Bruxelles-National (Zaventem)*, p. 16.
[168] Kommissionens beslut 95/364/EG; *Bruxelles-National (Zaventem)*, p. 17.

> ”[ä]ven om huvuddelen av de missbruk som begås av företag i dominerande ställning görs i syfte att maximera företagens profiter eller stärka deras dominans, är artikel 86 [nu artikel 82 EG, förf. anm] också tillämplig i de fall då företaget i dominerande ställning diskriminerar handelspartner av andra motiv än egenintresse. Det kan till exempel röra sig om att gynna ett annat företag inom samma stat eller ett företag som för samma allmänna politik.”[169]

Beträffande argumentet om stordriftsfördelar kunde Kommissionen konstatera att starter eller landningar av flygplan tillhörande olika bolag gav upphov till samma kostnader. Samma service krävdes för varje flygplan oavsett antalet landningar eller starter. Den enda stordriftsfördelen för kunder med ett högt antal landningar/starter kunde enligt Kommissionen vara den försumbara kostnaden för upprättande av fakturor.[170]

RVA:s sista argument om flygplatsens attraktivitet ansåg Kommissionen inte ha något samband med det ifrågavarande systemet.

Dominerande företag har att räkna med att hänvisning till egna affärsintressen eller målsättningar generellt inte räcker som argument för en differentierad prissättning. Tillhandahållande av lojalitetsrabatter är normalt inte tillåtet för dominerande företag och kan följaktligen heller inte användas som motivering för en differentierad prissättning. Stordriftsfördelar kan, som framhållits i *Portugisiska flygplatser* vara en möjlig motivering till prisskillnader, men i sådana fall måste det även finnas en verklig besparing i kostnader som motsvarar prisskillnaden.

10.3.7.6 Hävdvunna kontrakt och de minimis försvar

I *Hilti* ansåg Kommissionen i sitt beslut att Hilti måste genomföra en prispolicy som baserades på precisa och transparenta volym-/värderabatter som tillämpades lika för alla kunder utan diskriminering. Undantag till detta ansåg Kommissionen kunna vara mötande av konkurrens

---

[169] Se Kommissionens beslut 95/364/EG; *Bruxelles-National (Zaventem)*, p. 16–17.
[170] Se Kommissionens beslut 95/364/EG; *Bruxelles-National (Zaventem)*, p. 16.

(se mer om detta i avsnitt 10.3.7.1 ovan), men även individuellt framförhandlade kontrakt till vissa kunder som av hävd eller under speciella omständigheter eller behov vägrade att göra affärer med Hilti om de inte erhöll dessa kontrakt. Detta torde dock inte kunna ses som ett fribrev för dominerande företag att hänvisa till att kunden har varit pådrivande i beviljandet av rabatten. Uttalandet av Kommissionen förefaller något märkligt i ljuset av att EG-domstolen tidigare klart uttalat att det inte skulle ha någon betydelse om prisskillnaderna hade uppkommit genom ett förhållande som berodde på köparen (se avsnitt 12.5 nedan). En förklaring kan dock vara att uttalandet är ett uttryck för att det dominerande företaget inte skall behöva riva upp vissa enstaka kontrakt och att vissa enstaka priser undantagsvis härmed skulle kunna accepteras under förutsättning att de konkurrensbegränsande effekterna är begränsade. Sett tillsammans med att Kommissionen även gav Hilti tillstånd att genomföra speciella säljfrämjande priser (*special promotions, properly so called*), såvida det inte var fråga om lojalitetsrabatter, kan detta kanske ses som en form av deminimis-undantag. Åtminstone vad gäller säljfrämjande priser synes Kommissionen med detta avse mindre prisskillnader som är begränsade i tiden. Att även dominerande företag under korta perioder skulle kunna genomföra kampanjer torde i normalfallet sålunda inte stå i strid med artikel 82 EG/19 § KL.

10.3.7.7 Speciellt om villkoren i ett senare distributionsled och deras inverkan på prissättningen

I *United Brands* förklarade UBC att prisskillnaderna bestämdes av marknadskrafterna och att de därför inte kunde vara diskriminerande. Priserna beräknades varje vecka i syfte att återspegla det förväntade marknadspriset för mogna bananer – dvs. på den *efterföljande* marknaden – under följande vecka i respektive land. UBC fick upplysningar från sina lokala representanter och satte priserna till respektive köpare efter de faktorer som påverkade konsumentpriset i respektive land. Enligt UBC var konsumentpriset beroende av sådana faktorer som väderlek, större utbud av säsongens frukter på den ena marknaden än på den andra, konsumenternas beteende, semestrar, strejker, de nationella

regeringarnas åtgärder och olika valutakurser. Utifrån dessa förhållanden satte således UBC det pris som marknaden förväntades kunna bära.[171]

Kommissionen ansåg att det inte gick att objektivt rättfärdiga att ett dominerande företag tillämpade en prispolitik som gick ut på att systematiskt sätta så höga priser som möjligt och som resulterade i stora prisskillnader, speciellt när detta ledde till uppdelning av marknaden.[172]

EG-domstolen accepterade heller inte UBC:s resonemang att prisskillnader kunde motiveras av olika styrka hos marknadskrafterna. Det borde endast kunna tas hänsyn till den naturliga växelverkan som uppstår mellan tillgång och efterfrågan på den relevanta marknaden eller inom det distributionsled där det rent faktiskt kom till uttryck[173] Enligt EG-domstolen ändrades alltså marknadsmekanismerna om priset inte beräknades med utgångspunkt i lagen om tillgång och efterfrågan mellan säljaren och köparen utan mellan säljaren och slutkonsumenten genom att analysen hoppade över ett distributionsled. Ett dominerande företag torde således inte kunna rättfärdiga en prisskillnad med faktorer som inte har något att göra med förhållandena i det distributionsled där det dominerande företaget är verksamt. Som exempel kan nämnas att om väderleken eller skattepålagor i Danmark gör att priserna på bananer där är högre än i Irland, så finns det inga objektivt godtagbara skäl för den dominerande säljaren att ta ut högre pris av danska distributörer som köper bananerna FCA Rotterdam än av Irländska distributörer som vid samma tidpunkt köper samma mängd av samma vara till samma fraktvillkor.

Av *United Brands* följer således att det är förhållandena på den relevanta marknaden inom vilken det dominerande företaget agerar som måste ligga till grund för eventuella prisskillnader. Om det inom denna marknad finns objektivt godtagbara skäl för prisskillnaden, så torde prisskillnaderna i sig inte vara något missbruk av marknadsdominerande ställning. Viss kritik har framförts mot EG-domstolens resone-

---

[171] Se mål 27/76, *United Brands*, p. 215, 218, 220, 227.
[172] Kommissionens beslut 76/353/EEC, *Chiquita*.
[173] Mål 27/76, *United Brands*, p. 229.

mang i denna del, där vissa anser att utbuds- och efterfrågefaktorerna slutligen likväl kommer att ha en inverkan på UBC:s prissättning och att integrerade företag gynnas av detta synsätt framför sådana företag som väljer att distribuera genom återförsäljare. Författarna framhåller främst att det var UBC och inte återförsäljarna som genomförde marknadsundersökningar och bevakade marknadsvillkoren på alla marknader.[174] Vad som dock är ofrånkomligt i fallet är att UBC:s samlade agerande skapade en konstgjord uppdelning av marknaden, varigenom konkurrensen hindrades oavsett hur aktiva kunderna var vad gällde parallellimport m.m.

10.3.7.8 Speciellt om den relevanta marknaden och bevisbörderegler

I *CityMail*[175] ville Posten att den relevanta marknaden skulle avgränsas tämligen hårt. Dels ville Posten att den relevanta produktmarknaden skulle avgränsas till olika distributionssätt, dels skulle den geografiska marknaden avgränsas till de områden där Posten nu sänkt sina priser. Konkurrensverket fann emellertid inte anledning att avgränsa marknaden snävare än till distribution av brev inom Sverige. Den slutliga definitionen av den relevanta marknaden kom i MD att bestämmas till stora sändningar av post, varvid en särskild del utgjordes av sådana sändningar till de regioner, inom vilka Posten avsåg tillämpa lägre priser. MD bestämde vidare den relevanta geografiska marknaden till Sverige.

Det förefaller ha varit naturligt för Posten att argumentera för en mycket snäv avgränsning av den relevanta marknaden. Ju mindre och mer avgränsad marknaden blir både i produktmässigt och geografiskt hänseende desto lägre blir sannolikheten att priserna kan betraktas som diskriminerande. Så länge som priserna är desamma inom den relevanta marknaden kan ingen diskriminering förekomma. Prisdiskriminering förutsätter att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, men om Posten skulle tillämpa olika villkor för *olika* transaktioner kunde

[174] Se Whish, a.a. s. 663. Se även Bishop, a.a. s. 284, Zanon, a.a. s. 44 ff. och Waelbrock, a.a. s. 155.
[175] MD 1998:15, *CityMail.*

ingen diskriminering föreligga. Posten ville alltså att de tjänster som Posten hade prissatt lägre skulle betraktas som olika dem som Posten hade prissatt till normalpris. Om marknaden bestämdes till hela Sverige skulle rabatterade priser inom vissa städer i Sverige ställas mot sådana områden där specialpriserna inte tillämpades. Med andra ord skulle storsändningar av post från Malmö att kunna jämföras med storsändningar av post från Östersund i och med att de ansågs vara likvärdiga transaktioner. Härigenom prisdiskriminerade Posten dock synbarligen eftersom den tillämpade olika villkor (olika priser) för likvärdiga transaktioner (storsändningar av post inom Sverige). Posten måste därefter ha gjort sig beredd att motivera prisskillnaderna, något som inte hade behövts om marknaden avgränsats snävare. Risken för att prissystemet skulle bedömas vara diskriminerande blev således högre vid en bred definition av marknaden. Problemet med definitionen av marknaden är även kopplat till frågan om bevisbörda.

Den primära åberops- och bevisbördan i konkurrensmål åvilar Konkurrensverket.[176] Det är emellertid av avgörande betydelse med vilken styrka som Konkurrensverket måste visa att missbruk föreligger och om bevisbördan i vissa fall kan övergå på svaranden. Konkurrensverket gjorde gällande att det i vissa fall vore naturligt att bevisbördan skulle åläggas den part som hade lättast att säkerställa bevisning till stöd för sin ståndpunkt. Det borde enligt Konkurrensverket vara önskvärt att Posten, som i praktiken ensam hade tillgång till underlag för prissättningen, även borde åläggas bevisbördan för densamma. Posten, å andra sidan, hävdade i sina inledande synpunkter till överklagandet att tingsrätten ställt omotiverat låga krav på Konkurrensverkets bevisbörda och ansåg att det måste ställas mycket höga krav på verkets utredning före ett slutligt beslut i denna typ av ärenden. MD underströk, att bevisbör-

[176] Konkurrensverkets primära åberops- och bevisbörda kommer inte direkt till uttryck i lagen eller förarbetena, men i propositionen till Konkurrenslagen (prop. 1992/93:56) framkommer på flera ställen, bl.a. i fråga om konkurrensskadeavgift och företagskoncentrationer, att det är konkurrensverket som har den primära bevisbördan. Anledningen härtill torde vara att det upplevs som självklart att det är den övervakande myndigheten som i första hand skall påvisa missbruket, något som framgår i propositionen (s. 100) där det sägs att ”det ankommer enligt vanliga principer på konkurrensverket att lägga fram de skäl […]”.

dan för att Postens prissättning utgjorde missbruk av företagets dominerande ställning förvisso åvilade Konkurrensverket. Likväl ansåg MD att det angående kostnadsmotiveringen fick anses rimligt att om Konkurrensverket framförde *grundade skäl* för sitt påstående om missbruk, så ankom det på Posten att framlägga tillgängligt material som visade att prissättningen var objektivt motiverad. Genom detta uttalande av MD är det klart, att det i vissa konkurrensrättsliga sammanhang föreligger *bevisbördeomskastning*, dvs. att Konkurrensverket åtnjuter en bevislättnad och att verket därmed endast torde behöva göra det sannolikt att missbruk föreligger för att motparten skall bli tvungen att visa motsatsen. Detta bör dock inte innebära att motparten måste vara beredd att åberopa rättsfakta. Det är primärt Konkurrensverket som har såväl bevisbördan som åberopsbördan för de rättsfakta som skall bevisas. Beviskravet är dock lågt ställt för verket och omkastningen av bevisbördan innebär därför rent praktiskt att dominerande företag kommer att få den avgörande bevisbördan.[177] Liknande resonemang hade redan före MD:s avgörande framkommit i den juridiska doktrinen. Nerep framhåller att det torde åligga Posten att visa att den kalkylmässiga kostnadsdifferentieringen stämmer med verkliga kostnadsstrukturer,[178] något som ligger i linje med MD:s bedömning.

Om marknaden hade avgränsats mycket snävare, t.ex. i enlighet med Postens yrkande, hade Posten sluppit mycket av diskussionen om diskriminerande priser. Även om det inte direkt föreligger en prisdiskriminering går det inte att undkomma en diskussion om korssubventionering. Låga priser kan subventioneras såväl av intäkter inom samma relevanta marknad, som av intäkter som härrör från områden som ligger utanför den relevanta marknaden. Skillnaden i detta fall blir att Konkurrensverket måste framföra grundade skäl för att det föreligger en korssubventionering, något som säkert är mycket svårare än att konstatera

[177] Motparten torde i och med detta däremot inte ha samma åberopsbörda som Konkurrensverket eftersom detta skulle vara processekonomiskt oförsvarbart. Posten skulle t.ex. behöva åberopa rättsfakta som Konkurrensverket inte gjort gällande i syfte att täcka in alla eventuella motargument. Jfr Ekelöf, P. O., *Rättegång H. 5*, 7 uppl., 1998, s. 28 f.

[178] Nerep, a.a. s. 5

prisskillnader för identiska eller likvärdiga tjänster. Även om bevisbördan skulle kastas över på Posten för detta, så gör en snäv definition av marknaden det mycket svårare att påvisa olagliga priser.

En annan fråga i sammanhanget är vilken styrka i bevisningen som krävs. Med Ekelöfs terminologi[179] krävs tydligen endast att Konkurrensverket gör det sannolikt att missbruk föreligger för att bevisbördan skall omkastas. Frågan blir därmed med vilken styrka motparten måste bevisa att missbruk *inte* föreligger, eller, som i innevarande fall, att prissättningen var kostnadsmotiverad. En mycket omfattande skriftlig bevisning åberopades i målet, sakkunnigutlåtanden från experter i England, och till styrkande av kostnadsmotiveringen hade Posten även som vittnen kallat såväl professorer som en ekonomie doktor. En slutsats som kan dras av den ansenliga mängden bevisning i kombination med att kravnivåerna stiger i takt med graden av dominans och känsligheten i marknadsstrukturen, är att beviskravet har ställts högt för Posten.

Slutsatsen i bevishänseende är att dominerande företag som opererar på en marknad liknande Postens med dess ställning har att räkna med att beviskravet är så högt att bevisningen otvetydigt måste visa att missbruk kan uteslutas.

10.3.7.9 Speciellt om efterkalkyler

Vad gäller tidpunkten för styrkande av de objektivt grundade skälen är det anmärkningsvärt att det i *CityMail* först genom en efterkalkyl visade sig att vissa rabatter var kostnadsmotiverade. Att MD godkände detta torde dock inte innebära att dominerande företag generellt kan räkna med att genomföra en prissättning utan tillgång till adekvat material till styrkande av att denna i och för sig är kostnadsmotiverad. Att förfarandet i *CityMail* likväl godkändes synes närmast förklaras av att efterkalkylen tillfälligtvis överensstämde med de objektivt godtagbara skälen och detta i kombination med vissa processtekniska frågor. Allmänt kan därför sägas att dessa tillfälligheter *inte* innebär att dominerande företag

[179] Jfr Ekelöf P. O., *Rättegång H. 4*, 6 uppl., 1992, s. 56 ff.

inte behöver ett adekvat underlag från början eller åtminstone i samband med introduktion av ett prisarrangemang. I brittisk rättspraxis har, som visats i avsnitt 5.3.5.1 ovan, efterhandskalkyler inte ansetts kunna utgöra en bevekelsegrund. Det återstår att se om samma ordning kommer att utvecklas inom ramen för Kommissionens och/eller EG-domstolens praxis.

Det finns dock goda skäl för att en sådan ordning vore önskvärd. Underlag i form av minnesanteckningar, kalkyler m.m. kan i vissa fall lättast förebringas av svaranden, det dominerande företaget, och i sådana fall kan bevisbördan kastas om. Det riktas därmed ett beviskrav mot företaget och företaget kan således inte längre förlita sig på att konkurrensverket misslyckas med sin bevisning, utan måste tvärtom räkna med att behöva styrka att missbruk inte föreligger. Skillnaden är avsevärd och det ställs således höga krav på företagen.

10.3.8 Jämförelse med amerikansk lagstiftning

Sedan 1936 regleras prisdiskriminering i USA av den bestämmelse som Robinson-Patman Act gav upphov till och som stadgar att

> ”It shall be unlawful for any person engaged in commerce […] to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality […] where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: […].”[180]

Det är svårt att göra direkta komparativa studier mellan amerikansk och europeisk lagstiftning i denna del. Orsaken härtill är att den amerikanska lagstiftningen kom till i ett skede där den amerikanska kongressen var särskilt oroad för vad som skulle hända med oberoende detaljister under framväxten av stora kedjeföretag. Den mest avgörande skillnaden

[180] § 2 Clayton Act, 15 U.S.C.A. § 13(a).

mot den europeiska lagstiftningen är att det är pris*skillnader* som är förbjudna och alltså inte prisdiskriminering, även om prisskillnader enligt amerikanska lagstiftningen kan motiveras med såväl kostnadsskillnader som mötande av konkurrens. Möjligheten att åberopa kostnadsskillnader är dock relativt begränsad. Hovenkamp framhåller att lagstiftningen har gjort mer skada än nytta för mindre företag. En avgörande skillnad mot den europeiska lagstiftningen är nämligen att den amerikanska inte kräver att aktören som vidtar åtgärder behöver ha någon makt över marknaden. Ett krav motsvarande det europeiska begreppet dominerande ställning saknas således. Förbuden drabbar i USA därmed även mindre företag som med hjälp av prisdifferenser försöker konkurrera med större företag. Hovenkamp anser att teorin bakom lagen är ”ett intellektuellt fientligt ogenomträngligt träsk [förf. övers.]”. Till sist skall även nämnas att mot bakgrund av lagens inneboende konflikter mellan konkurrensbefrämjande och reglerande målsättningar såväl Federal Trade Commission som Department of Justice har avstått från att tillämpa lagen under de senaste årtiondena.[181]

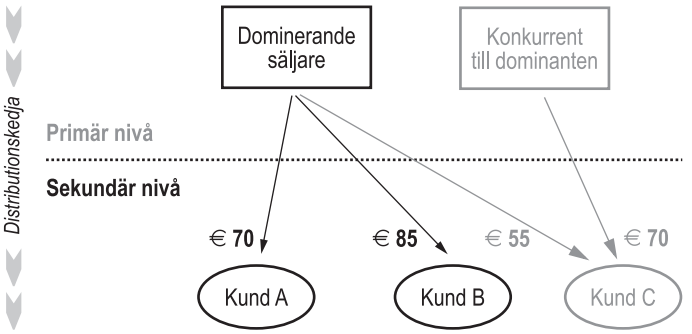
Eftersom den amerikanska lagstiftningen om prisdiskriminering skiljer sig markant från missbruksbestämmelserna i Europa synes en fortsatt jämförelse mellan de båda rättssystemen i diskrimineringsfrågan vara mycket svår. I det följande kommer därför analysen att begränsas till europeiska förhållanden.

[181] Se Hovenkamp, a.a. s. 571 ff.

11. Prisdiskriminering av handelspartner

Den konkreta innebörden av artikel 82 (2) (c) EG har kommit att utvecklas i praxis. I huvudsak kan prisdiskriminering yttra sig på två sätt, beroende av syfte och effekt med prissättningen. För det första kan ett dominerande företag ta ut olika priser bland sina egna kunder som ett uttryck för den marknadsmakt som dominanten besitter. I Figur 11.1. illustreras detta av att dominanten säljer till kunderna A och B. Kostnaden för att sälja till alla kunderna antas vara 50. Kunden B får en konkurrensnackdel i förhållande till A, åtminstone om de konkurrerar med varandra. Diskriminering bland dominantens kunder brukar oftast benämnas en exploaterande diskriminering, vilket kan ge upphov till *secondary line competition injury*,[1] dvs. konkurrensskada i en senare distributionsled.

[1] Se Whish, a.a. s. 653–654.



Figur 11.1. Illustration av effekterna av exploaterande prisdiskriminering.

För det andra kan ett dominerande företag välja att tillämpa olika priser i syfte att eliminera eller stänga ute en konkurrent. Detta ger effekter på samma distributionsnivå som den där det dominerande företaget självt är verksamt, varför effekter kan benämnas *primary line competition injury*.[2] Denna speciella form av prisdiskriminering kan sorteras under rubriken utestängande prisdiskriminering och behandlas i kapitel 12. Samma prissättning från ett dominerande företag kan givetvis ge upphov till båda effekterna samtidigt eller med viss tidsmässig förskjutning, vilket dock inte påverkar analysen. Prissättningen får därmed studeras två gånger men med olika perspektiv, där underlaget är gemensamt för båda missbruksformerna.

I inledningen till detta arbete nämndes att de olika avsnitten i viss mån kunde vara överlappande med andra prissättningsmetoder. I fallet med prisdiskriminering är detta särskilt tydligt. Överprissättning kanske inte tillämpas lika mot alla köpare utan kan även utgöra en del av prisdiskriminering om endast vissa kunder får betala ett pris som står i orimlig proportion till det ekonomiska värdet av en produkt, samtidigt som andra kunder får betala ett marknadsmässigt pris.

[2] Se Whish, a.a. s. 654.

11.1 Allmänt om exploaterande prisdiskriminering

Det har i den ekonomiska framställningen om prisdiskriminering konstaterats att inte all form av prisdiskriminering kan anses vara konkurrensbegränsande. Ibland kan prisdiskriminering vara en direkt förutsättning för att produkten i fråga överhuvudtaget kommer konsumenterna till godo på en marknad. Huruvida prisdiskriminering i sig kan anses vara tillåten i ett exploaterande hänseende synes i allmänhet bero av om den leder till ett bättre utbud i kvantitativt, kvalitativt eller prismässigt hänseende. Prisdiskriminering kan trots allt leda till att fler konsumenter får tillgång till billigare och större utbud på marknaden. Välfärdseffekterna är emellertid inte okontroversiella.

Carlton & Perloff hävdar att mot bakgrund av de osäkra välfärdsffekter som härrör från prisdiskriminering finns det vissa ekonomer som ifrågasätter ett konkurrensrättsligt förbud mot prisdiskriminering.[3] Det är emellertid inte säkert att välfärdseffekterna, såsom de beskrivits i avsnittet om ekonomisk teori ovan, verkligen realiseras. Trots allt kan istället det dominerande företaget försöka att överföra så mycket som möjligt av konsumentöverskottet till sig självt, varvid de positiva utbuds- och priseffekterna uteblir. Bara för att ett flygbolag tillämpar olika priser för affärsresenärer och turister behöver det inte betyda att prisskillnaderna såsom de är utformade i nuläget verkligen leder till en högre volym och större nytta för passagerarna. Hypotetiskt kan det tänkas att en mindre skillnad mellan biljettpriserna och en allmänt lägre prisnivå skulle vara mer effektiv både såtillvida som flygbolaget får en större affärsvolym och passagerarkollektivet får del av detta genom lägre priser i allmänhet och fler avgångar.

11.1.1 Presumtion om olaglighet vid prisdiskriminering?

En effekt som kan uppstå vid prisdiskriminering är att ett dominerande företag överför en otillbörligt hög andel av konsumentöverskottet till

[3] Carlton/Perloff, a.a. s. 290.

sig självt från sina kunder/konsumenter. Som visats av den ekonomiska teorin ovan utgör en perfekt prisdiskriminering ett effektivt resursutnyttjande, men alla vinster tillfaller monopolisten. I praktiken går det emellertid inte att förutsätta perfekt prisdiskriminering. Prisdiskriminering kan dock vara bättre än ett enhetspris, när vissa kundkategorier får tillgång till produkten vilka under ett enhetspris inte hade haft möjlighet att köpa varan. Det kan emellertid finnas anledning att anta att prisdiskriminering inte leder till det bästa resursutnyttjandet, utan används endast som ett medel för att otillbörligt utnyttja en dominerande ställning. Ett framträdande problem torde vara om prissystemet totalt sett leder till att det dominerande företaget tar ut överpriser av sina kunder/konsumenter.

Det synes i sammanhanget inte vara lämpligt att eftersträva ”rättvisa” priser i den meningen att alla kunder/konsumenter skall betala lika mycket, eftersom ett enhetspris/uniformt pris generellt sett inte är att föredra framför en differentierad prissättning, även om den i formell mening är diskriminerande.

Brittiska OFT betonar att det inte kan finnas en presumtion om missbruk när en diskriminerande prissättning riktar sig mot det dominerande företagets handelspartner. Däremot finns det en risk för att den diskriminerande prissättningen medför att ett dominerande företag drar oskälig fördel av prissättningen genom att det tillämpar överpriser gentemot sina handelspartner. Vad beträffar rovpriser skulle det kunna argumenteras att detta även är en form av otillbörligt utnyttjande, men nackdelen skulle i så fall visa sig i att vissa kunder går miste om ett lägre pris i och med att de får betala det lagliga normala priset samtidigt som den fördel som eftersträvas är ett olagligt lågt pris. Härigenom torde rovpriser inte primärt vara utnyttjande missbruk utan snarare ett utestängande missbruk. I förlängningen kan emellertid rovpriser ge upphov till frågor om överpriser i samband med återhämtning av förluster, vilket kan vara en förklaring till varför OFT inte tar upp rovpriser explicit i sina riktlinjer beträffande exploaterande prisdiskriminering. Det är särskilt framträdande att OFT primärt fokuserar på situationen där ett dominerande företag samtidigt tillämpar överpriser gentemot sina handelspartner och

att detta skulle vara en typisk situation för olaglig diskriminerande prissättning.[4]

Även om det kan finnas effektivitetsrelaterade skäl till varför ett dominerande företag tillämpar en diskriminerande prissättning framstår det som anmärkningsvärt att det i detta skede av analysen skall presumeras att företaget inte tillämpar en prissättning som kan anses utgöra missbruk. Genom att följa det schema som utarbetats i 10.3 ovan befinner sig analysen nu i ett skede där det dominerande företaget uppfyller alla objektiva kriterier för en framgångsrik prisdiskriminering samtidigt som det inte finns något rättfärdigande av priserna i form av kostnadsskillnader eller andra objektiva konstaterbara faktorer som kvalitet el. dyl.

Mot bakgrund av dessa faktorer och det speciella ansvar som åvilar ett dominerande företag kan det tyckas vara lämpligt att presumera missbruk på detta stadium av analysen, men ur ett exploaterande perspektiv sett tillsammans med den underliggande ekonomiska teorin vore det fel att *förutsätta* att prisdiskriminering är olaglig.

En presumtion om olaglighet skulle innebära att prissättningens eventuella positiva inverkan för konsumenter eller handelspartner alltid skulle behöva styrkas av det dominerande företaget, vilket enligt min mening är en överdrivet sträng ordning. I sektorsspecifik lagstiftning kan dessutom framgå att exempelvis Ramsey-prissättning är ett lämpligt sätt att prissätta tjänster. En presumtion skulle således kunna leda till lagkollisioner eller krav på att företaget skall styrka förekomsten prisdirigerande lagstiftning.

Även om utredningen riskerar att bli mer omfattande för konkurrensvårdande myndigheter synes en bättre ordning vara att fokus läggs på de former av prisdiskriminering som medför risk för en *oskälig* eller *konkurrenssnedvridande* prissättning.

---

[4] OFT 414, p. 3.8–3.10, 3.13.

11.1.2 Prisdiskriminering och oskäliga priser

Bland de former av prisdiskriminering som innefattar oskäliga priser torde problemet med överpriser vara särskilt framträdande. Ett exempel på omotiverade prisskillnader i kombination med överpriser framkommer i fallet *Deutsche Bahn*[5] där företaget i fråga hade tillämpat omotiverat högre priser för vissa handelspartner.

> Järnvägsbolagen Deutsche Bundesbahn (sedermera Deutsche Bahn, DB), Société nationale des chemins de fer belges (SNCB), Nederlandse Spoorwegen (NS), Intercontainer och Transfracht hade ingått ett avtal i syfte att bilda ett samarbetsnätverk som kalldes ”Maritime Container Network” (MCN). Samarbetsavtalet avsåg att reglera järnvägstrafiken av fartygscontainrar som transiterades mellan Tyskland och hamnarna bl.a. i Antwerpen, Rotterdam (de västra hamnarna) och de norra tyska hamnarna i Bremen, Bremerhaven samt Hamburg. MCN-avtalet hade tillkommit för att gentemot andra transportmedel, främst landvägs- och flodtransporter, stärka järnvägens konkurrenskraft på de västra sträckorna. Transfracht, som ägdes till 80 % av DB, ombesörjde järnvägstrafiken till de tyska norra hamnarna, medan Intercontainer[6] skötte om den västra trafiken. I och med att DB var ensam operatör i Tyskland var trafiken beroende av att samarbetet med DB upprätthölls. Kommissionen erhöll i maj 1991 klagomål från Havenondernemersvereniging SVZ om att DB tillämpade mycket högre priser för transporter av fartygscontainrar när dessa transiterades till belgiska eller nederländska hamnar än för liknande järnvägstransporter till tyska hamnar. Transporter från orter i Tyskland som låg närmare t.ex. Rotterdam var billigare att utföra om de istället transporterades till de mer avlägsna tyska hamnarna i norr.

Syftet var enligt klaganden att DB ville gynna de transporter där DB ansvarade för hela transportsträckan. Kommissionen fann att DB hade missbrukat sin dominerande marknadsställning genom att tillämpa avsevärt högre priser för sådana transporter som utfördes mellan de väs-

---

[5] T-229/94, *Deutsche Bahn*, se även Kommissionens beslut 94/210/EG, EGT L 104, 1994, i samma ärende. EG-Domstolen avvisade Deutsche Bahns överklagande i målet C-436/97 P, som främst gällde processuella frågor.

[6] Intercontainer var ett belgiskt bolag som var gemensamt ägt av 24 europeiska järnvägsföretag.

tra hamnarna och de norra tyska hamnarna. DB bestämde inte bara över priserna till de norra hamnarna utan även över prisnivån till och från de västra hamnarna. Kommissionen framhöll i sitt beslut att DB ensamt tillhandahöll järnvägstjänster i Tyskland och därmed kontrollerade prisnivån helt för transporter inom Tyskland. Vidare möjliggjorde MCN-avtalet att DB kunde blockera många beslut som styrde prisnivån. Till sist hade DB kort efter MCN-avtalets ingående infört ett nytt prissystem som benämndes ”*kombinierter Ladungsverkehr-Neu*”, och föreskrev nedsättningar av priset för transportsträckorna till de norra hamnarna men inte till de västra hamnarna. Kommissionen konstaterade att prisskillnaderna inte var motiverade av att konkurrensen på något sätt var hårdare för transporter till de tyska norra hamnarna, ej heller var produktionskostnaderna högre för att transportera containrar till de västa hamnarna. Tvärtom, ansåg Förstainstansrätten att den hårdare konkurrensen om transporter till hamnarna i bl.a. Rotterdam och Antwerpen talade för att prisskillnaden i stället skulle ha varit till de västra hamnarnas fördel och inte tvärtom. I vart fall hade DB inte visat att det förelåg ett logiskt samband mellan kostnads- och prisskillnader. Härutöver ansåg Kommissionen även att överträdelsen skett uppsåtligen och att den var särskilt allvarlig eftersom den hade förhindrat utvecklingen av järnvägstransporterna, vilket stod i direkt strid med gemenskapens transportpolitik. Kommissionen ansåg därför att DB genom diskriminerande priser hade missbrukat sin dominerande ställning. DB ålades böter med 11 miljoner ecu.[7] Kommissionens beslut avseende prisdiskrimineringen upprätthölls i allt väsentligt av Förstainstansrätten, som inledningsvis konstaterade att missbruksbegreppet i enlighet med *AKZO*[8] är ett objektivt begrepp som innebär att det är förbjudet för ett dominerande företag att stärka sin dominerande ställning genom att utnyttja andra medel än dem som är tillgängliga för en konkurrent. Mot

---

[7] Förutom att det s.k. MCN-avtalet stred mot artikel 86 (nu artikel 82 EG) ansågs avtalet även vara oförenligt med artikel 85.1 i fördraget (nu artikel 81.1 EG) eftersom det i flera avseenden eliminerade konkurrensen. Av intresse för detta arbete är dock DB:s diskriminerande prispolitik, varför den bedömning som rör frågorna kring konkurrensbegränsande avtal har utelämnats.

[8] Mål 62/86, *AKZO*.

bakgrund av detta kan ett dominerande företag ”inte tillämpa artificiella prisskillnader som kan medföra nackdelar för dess kunder eller snedvrida konkurrensen”[9] Faktum att ett dominerande företag hade ingått ett avtal som hade till syfte att gemensamt fastställa priser och som därmed föll under förbudet mot konkurrensbegränsande verksamhet var, enligt Förstainstansrätten, inget försvar i missbrukshänseende.

Trots MCN-avtalet visade utredningen att DB hade försökt hindra att Intercontainers priser sänktes. Även om MCN-avtalet hade till syfte att hålla nere eller sänka priserna för järnvägstransporter hade alltså DB genom sin prissättning till Intercontainer direkt motverkat detta syfte.

I fallet *Deustche Bahn* var sålunda inte de låga priserna som DB tog ut för frakter till de norra hamnarna i fokus, utan de omotiverat höga priser som togs ut till de västra hamnarna. Olika former av missbruk kan således gå in i varandra och i denna del sker en parallell tillämpning av förbud mot diskriminerande priser och överpriser. Avgörande synes ha varit om priserna till de västra hamnarna verkligen var oskäligt höga. Med hänvisning till kapitel 7 ovan torde jämförelsemetoden, eller mer specifikt en företagsintern jämförelse, har nyttjats för att fastställa överpriserna.

Den juridiska analysen skulle *de lege ferenda* emellertid ha tjänat på en större detaljnivå i detta hänseende. Det borde därför ha framhållits att det var fråga om en diskriminerande prissättning i kombination med överpriser. En redovisning av hur prisdiskrimineringen och överpriser har fastställts borde även ha gjorts. Kortfattade hänvisningar till att ett dominerande företag har hållit till synes omotiverat höga priser till vissa kunder bör, enligt min mening, undvikas. I fall liknande *Deutsche Bahn* borde alltså en mer detaljerad utredning göras där de olika elementen av det ifrågasatta agerandet analysers mer i detalj, t.ex. om det är fråga om ett överpris i kombination med diskriminerande prissättning.

---

[9] T-229/94, *Deutsche Bahn*, p. 78.

11.1.2.1 Inverkan av omotiverat utebliven rationalisering

DB hävdade att prisskillnaderna bl.a. hade sin orsak i att det var förenat med högre kostnader att transportera containrar till de västra hamnarna, men Förstainstansrätten konstaterade att kostnadsskillnaderna delvis hade förorsakats av DB självt. DB hade nämligen genom flera rationaliseringsåtgärder fått ned kostnaderna för trafiken till de norra hamnarna, medan DB inte hade vidtagit motsvarande åtgärder för den västra trafiken.[10]

Huruvida Förstainstansrätten härigenom har gjort missbruksbedömningen beroende av om kostnadsskillnaderna var självförvållade eller inte framgår inte direkt av fallet, men det synes åtminstone innebära att ett dominerande företag inte kan åberopa kostnadsskillnader som beror på att företaget har vidtagit normala rationaliseringsåtgärder inom ett område samtidigt som det omotiverat har underlåtit att göra detta inom något annat område. Förstainstansrätten anförde att det fanns anledning att

> ”[…] precisera att [DB] inte har framfört något argument som visar att tillhandahållandet av järnvägstjänster för transporter mot de belgiska och nederländska hamnarna nödvändigtvis måste uteslutas från de rationaliseringsåtgärder som har vidtagits inom ramen för KLV-Neu-systemet och följaktligen från samtliga de åtgärder för att minska kostnaderna som DB har vidtagit.”

DB hade anfört som argument till varför några rationaliseringsåtgärder inte hade satts in på den västra trafiken att trafikvolymen var otillräcklig och att det var omöjligt att organisera direkttåg och fullastade tåg. Förstainstansrätten ansåg dock att DB:s argument inte var övertygande, med speciellt beaktande av att DB förklarat att fullastade tåg faktiskt hade organiserats på de västra sträckorna.[11]

Förstainstansrätten framhöll även att de av DB påstått höga kostnaderna för lokbyte och återställande av vagnar vid gränsen inte kunde

---

[10] T-229/94, *Deutsche Bahn*, p. 87–88.
[11] T-229/94, *Deutsche Bahn*, p. 89.

mer än till en begränsad del förklara kostnadsskillnaderna. Utredningen visade dessutom att de faktiska transportkostnaderna till de västra hamnarna var lägre än till de norra hamnarna, vilket logiskt sett borde ha medfört ett lägre pris för transporter till de västra hamnarna. Konkurrensen från andra transportmedel var mer intensiv på de västra transportsträckorna än på de norra. Den enda logiska följden av en hårdare konkurrens borde enligt Förstainstansrätten därför ha blivit att transportpriserna härigenom blev lägre och inte tvärtom som var nu var fallet.[12]

En central fråga som väcks genom fallet är om underlåtenhet från ett dominerande företag att rationalisera en viss verksamhet, samtidigt som andra verksamheter genomgått kostnadseffektiviseringar, kan ge upphov till olaglig prisdiskriminering. Det torde, enligt min mening, inledningsvis inte kunna ställas upp ett generellt krav på att dominerande företag alltid måste rationalisera alla verksamheter samtidigt för att diskriminering inte skall uppkomma. En sådan ordning skulle utgöra en alltför stor belastning även för dominerande företag. Det skulle innebära att rationaliseringsprogram inte kunde genomföras annat än om alla verksamheter effektiviseras samtidigt. Kostnadsmässigt skulle detta kunna bli så belastande för företaget att det kanske skulle avstå från annars nödvändiga effektiviseringar till konsumenternas nytta. Det torde härutöver finnas många objektivt godtagbara skäl till varför vissa verksamheter rationaliseras medan andra inte genomgår samma procedur. Tillgång till kapital eller resursbrist i allmänhet kan vara sådana faktorer. Andra orsaker kan vara att den eftersatta verksamheten – och därmed mer kostsamma – avser en notoriskt olönsam nisch som skall avvecklas eller att efterfrågan är så låg att det inte är lönsamt att vidta rationaliseringsinvesteringar. I allmänhet bör det vara orimligt att kräva att rationaliseringar vidtas omedelbart. Att någon verksamhet ges prioritet framför andra verksamheter borde i sig inte ge upphov till en diskriminering. Om konkurrenstrycket på en verksamhet gör att behovet för rationaliseringsåtgärder ökar för den aktuella verksamheten borde genomförandet inte hindras av att det finns andra verksamheter som

[12] Se T-229/94, *Deutsche Bahn*, p. 90–91.

även de behöver effektiviseras. Vad som var speciellt med *Deutsche Bahn* var att det inte fanns några objektivt påvisbara faktorer som motiverade varför det fanns prisskillnader mellan de norra och de västra hamnarna. De uteblivna rationaliseringsåtgärderna var en av de bidragande orsakerna till att såväl Kommissionen och Förstainstansrätten ansåg att DB hade missbrukat sin dominerande ställning. Huruvida de uteblivna rationaliseringsåtgärderna i sig skulle ha kunnat medföra att agerandet betraktats som missbruk är svårare att uttala sig om, men det kan dock konstateras att i förevarande fall fanns inga objektiva förklaringar till avsaknaden av rationaliseringar, snarare pekade omständigheterna i *omvänd* riktning. Det kan därför sammanfattningsvis konstateras att omotiverat uteblivna rationaliseringar åtminstone starkt bidrar till att ett prissättningssystem kan anses vara diskriminerande.

11.1.3 Konkurrenssnedvridning bland handelspartner

Förutom att prisdiskriminering kan ge upphov till oskäliga prisnivåer för vissa kunder torde den effekt som ligger närmast exemplet i lagtexten vara fallet när det dominerande företagets prisdiskriminerar mellan två eller flera av sina handelspartner, som är konkurrenter till varandra. Om dessa handelspartner skulle vara producenter av närmast identiska produkter, i vilka det dominerande företagets produkt var en viktig komponent, skulle prisdiskrimineringen få till följd att ett eller flera av företagen skulle få en konkurrensnackdel enbart beroende av det dominerande företagets prispolitik. Om en av kunderna var mer effektiv än den andra skulle alltså det dominerande företagets prisdiskriminering kunna neutralisera eller förvärra sådana skillnader i ett efterföljande handelsled.

Från ekonomisk synpunkt torde en sådan prisdiskriminering inte vara lämplig. Ett exempel kan belysa detta. Två eller flera av kunderna kan vara varandras konkurrenter på basis av olika faktorer. Dessa kan utgöras av att de

- använder samma insatsvara för tillverkning av jämförbara slutprodukter avsedda för samma slutkonsumenter, eller att

- det rör sig om detaljhandel och konkurrenterna har liknande produktsortiment och vänder sig till samma målgrupper bland slutkonsumenterna.

I sådana fall torde det skäligen kunna förutsättas att de har i det närmaste samma marginella betalningsvilja för den produkt som det dominerande företaget tillhandahåller. De tillhör således samma kundsegment. Ramseyprissättning förutsätter att diskriminering sker mellan kunder som har olika marginella betalningsvilja. Detta fall innebär dock en diskriminering mellan olika kunder med *samma* marginella betalningsvilja. En sådan prissättning befrämjar inte effektiviteten på marknaden och kan snarare motverka välfärdsmaximering eftersom den kan skada effektiva aktörer i ett efterföljande handelsled.

Vad som primärt skiljer exploaterande och utestängande prisdiskriminering är uppkomsten av konkurrensnackdel för vissa handelspartner. Konkurrensnackdel kan visa sig däri att prisdiskrimineringen ger upphov till otillbörliga fördelar hos vissa av det dominerande företagets kunder i förhållande till andra kunder. I fallet *Aéroports de Paris*[13] ansåg Kommissionen att uttag av omsättningsbaserade avgifter för vissa typer av marktjänster på flygplatserna Orly och Roissy Charles-de-Gaulle i Paris hade varit diskriminerande.

> Aéroports de Paris (ADP) var ett offentligt bolag som hade till uppgift att planera, driva och utveckla samtliga civila luftfartsanläggningar i Parisregionen. ADP tog ut olika avgifter av konkurrerande leverantörer i fråga om bl.a. cateringtjänster på samma flygplats. Alpha Flight Services (AFS) bedrev verksamhet på bl.a. Orlyflygplatsen och klagade över att ADP tagit ut olika omsättningsbaserade avgifter från AFS och det av Air France majoritetsägda Orly Air Traiteur (OAT).

[13] T-128/98, *Aéroports de Paris*. Målet överklagades till EG-domstolen i C-82/01 P, *Aéroport de Paris*, framförallt på processuella grunder men överklagandet omfattande även vissa delfrågor om prisdiskrimineringen. Överklagandet ogillades av EG-domstolen och i allt väsentligt ligger därför Förstainstansrättens bedömning fast.

Kommissionen erinrade om EG-domstolens praxis att ett icke snedvridande konkurrenssystem i enlighet med fördraget bara kunde garanteras under förutsättning att de ekonomiska aktörerna hade lika möjligheter.[14] Kommissionen påminde även om att det av rättspraxis framgått att företag inte kan tillämpa konstgjorda prisskillnader som är till nackdel för konsumenterna och som snedvrider konkurrensen.[15]

När det gällde att åstadkomma en lojal konkurrens mellan olika leverantörer och användare av marktjänster krävdes enligt Kommissionen en icke-diskriminerande ordning för omsättningsbaserade avgifter bland de företag som hade tillstånd att bedriva en viss verksamhet inom en och samma flygplats, även om verksamheten skedde i form av egenhantering, dvs. att flygbolaget skötte catering och rengöring självt.[16] Kommissionen kunde vidare konstatera att ADP inte tillämpade någon ordning för avgifterna som gjorde det möjligt att på förhand fastlägga vad leverantören skulle komma att betala. Avgifterna varierade bland leverantörer eller användare, vilket enligt Kommissionen fick avsevärda effekter på priset för de berörda tjänsterna och följaktligen även på de totalkostnader som skulle bäras av transportörerna. I anledning av detta fann Kommissionen att prissättningen var en diskriminering med konkurrensbegränsande effekter på marknaden för luftfartstjänster.[17]

Förstainstansrätten underströk att ersättningen till ADP inte fick vara godtycklig, vilket innebar att ersättningsnivån i princip skulle fastställas utifrån objektiva kriterier. Skulle avgifterna vara olika stora var det

---

[14] Se Kommissionens beslut 98/513/EG, *Alpha Flight Services / Aéroport de Paris*, EGT L 230, 1998, p. 83 samt EG-domstolens dom i målet C-202/88, *Terminaux*, ”It should be observed that a system of undistorted competition, as laid down in the Treaty, can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators. To entrust an undertaking which markets terminal equipment with the task of drawing up the specifications for such equipment, monitoring their application and granting type-approval in respect thereof is tantamount to conferring upon it the power to determine at will which terminal equipment may be connected to the public network, and thereby placing that undertaking at an obvious advantage over its competitors.” (p. 51.).

[15] Se Kommissionens beslut 98/513/EG, *Alpha Flight Services / Aéroport de Paris*, p. 83. Jfr även Förstainstansrättens avgörande i T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 160.

[16] Kommissionens beslut 98/513/EG, *Alpha Flight Services / Aéroport de Paris*, p. 124.

[17] Kommissionens beslut 98/513/EG, *Alpha Flight Services / Aéroport de Paris*, p. 125–126.

ADP som måste visa att skillnaderna mellan de olika avgifterna som tillämpades gentemot de olika leverantörerna var motiverade och välgrundande.[18] När ADP inte kunde rättfärdiga prisskillnaderna fann även Förstainstansrätten att ADP hade missbrukat sin dominerande ställning.

Sammantaget kan sålunda sägas att ett dominerande företags prissättning som får till effekt att vissa handelspartner kommer i en sämre konkurrenssituation än dessas konkurrenter, vilka också handlar av det dominerande företaget, är ett exempel på en olaglig prisdiskriminering. Problemet i konkurrensrättslig mening ligger alltså i att konkurrensen snedvrids i ett efterföljande handelsled. Skulle emellertid det dominerande företagets handelspartner operera på olika relevanta marknader eller inte vara varandras konkurrenter, faktiskt eller potentiellt, blir det emellertid svårt att påvisa någon egentlig konkurrensnackdel. I sådana fall är prissättningen inte olaglig i konkurrensrättslig mening, åtminstone så länge som det inte rör sig om ett överpris eller någon form av utestängande missbruk.[19]

Ett annat exempel på prisdiskriminering med negativa effekter bland det dominerande företagets handelspartner behandlades i målet *SAS/Luftfartsverket*,[20] där SAS yrkade skadestånd av Luftfartsverket för diskriminerande prissättning av terminalavgifter på Arlanda flygplats.

> Mot slutet av 1980-talet förelåg mot bakgrund av den ökande inrikestrafiken ett behov av att öka terminalkapaciteten på Arlanda flygplats. De enda betydande aktörerna på inrikesflygmarknaden, SAS/Linjeflyg, träffade ett avtal med Luftfartsverket (LFV), enligt vilket LFV åtog sig att finansiera och uppföra en ny terminalbyggnad benämnd Terminal 2 (T2). SAS/Linjeflyg skulle enligt avtalet ersätta LFV för kostnaden för passagerartrafiken – en s.k. kapacitetskostnadsersättning. LFV anförde att ersättningen inte utgjorde ett vederlag för fortlöpande trafik utan endast en ersättning för kostnaden för den terminal som LFV på SAS begäran hade uppfört i enlighet med de krav som SAS ställde. Ersättningen skulle utgå oavsett om SAS

[18] Se Förstainstansrättens dom, T-128/98, *Aéroports de Paris*, p. 202.

[19] Jfr Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, 1998, kap. 5.1.

[20] Göta Hovrätts dom T 33-00 av den 27 april 2002, *SAS/Luftfartsverket*. Målet överklagades till HD, som genom beslut av den 12 november 2002 inte meddelade prövningstillstånd.

nyttjade terminalen eller inte och avsåg, enligt LFV, en historisk tjänst. SAS hävdade, å andra sidan, att kapacitetsavtalet bara var ett i raden av liknande avtal som träffats för nyttjande av andra flygplatser. Dessa avtal var avpassade för den situation som rådde på flygmarknaden under tiden före avregleringen 1992/1993 och gav sålunda uttryck för det sätt på vilket LFV fick ersättning för kostnaden för driften av flygplatserna.

Med undantag av T2 upplöstes samtliga kapacitetsavtal i samband med avregleringen av inrikesflyget och ersattes med ett nytt taxesystem. Härvidlag ansåg LFV att kostnaderna för T2 inte kunde ingå i det kostnadsunderlag för avgifterna som samtliga flygbolag måste betala för nyttjande av Arlanda flygplats. Orsaken härtill var att T2 inte kunde nyttjas i tillräcklig omfattning när SAS efter avregleringen ville flytta från T2 till en annan terminal. HovR fann det styrkt att SAS tvingats acceptera en principöverenskommelse, enligt vilken kapacitetsavtalet skulle avvecklas successivt under en sjuårsperiod. SAS skulle således ensamt bära kostnaderna för T2 under avvecklingsperioden.

HovR gjorde bedömningen att T2 inte hade utformats i en sådan utsträckning efter SAS specifika krav att detta motiverade att SAS skulle bära kostnaden för T2, även om SAS/Linjeflyg hade haft ett betydande inflytande över utformningen av T2. I ljuset av den monopolliknande ställning som SAS och LIN hade inom inrikesflyget fann HovR att detta förhållande inte varit särskilt anmärkningsvärt. Dessutom kunde i målet konstateras att det generellt sett hade funnits ett behov av att öka kapaciteten på Arlanda flygplats och att SAS inte hade föranlett LFV att göra någon överinvestering i kapacitet.

När det inte fanns någon historiskt betingad skyldighet för SAS att bära betalningsansvaret borde betalningsskyldigheten enligt kapacitetsavtalet – eller dess efterföljare i principöverenskommelsen – enligt HovR ha upphört i samband med avregleringen och införandet av det nya taxesystemet. När kostnaderna för T2 fick bäras av SAS ensamt diskriminerades SAS sålunda i avgiftshänseende. Avgifterna tog inte hänsyn till de faktiska kostnader som SAS orsakade LFV vid användning av dess tjänster. När SAS heller inte hade haft någon fördel framför andra flygbolag av att få välja terminal fanns det inga objektiva skäl

som motiverade att SAS totalt sett skulle betala mer än andra bolag. LFV ansågs därför ha missbrukat sin dominerande marknadsställning.

Det särskilt framträdande i detta fall är att SAS i förhållande till andra flygbolag missgynnades när de fick betala mer än andra flygbolag. Härigenom uppkom en konkurrensnackdel för SAS. HovR:s dom innebar inte att SAS, sedan att principöverenskommelsen befunnits vara ogiltig[21], otillbörligt gynnades framför andra bolag, eftersom SAS hela tiden hade erlagt samma taxor som alla andra bolag. Ett konkurrensrättsligt korrekt konstruerat avgiftssystem borde ha tagit hänsyn till kostnaderna i utformningen av de generella avgifterna.

Fallet bör inte ses som att avregleringar generellt innebär en skyldighet för aktörer i liknande ställning som LFV att införa generella avgiftssystem som är lika för alla aktörer. Om det i fallet hade styrkts att T2 verkligen hade utformats exklusivt för SAS, eller att SAS direkt hade föranlett LFV att göra investeringar i överkapacitet och att SAS senare skulle ha valt att inte nyttja infrastrukturen, torde en differentierad prissättning inte ha kunnat ses som ett missbruk.

Fallet *SAS/Luftfartsverket* torde inte kunna tolkas så att alla avtal som en part må ha ingått före en avreglering kan angripas med hjälp av konkurrensreglerna i och med att marknaden öppnas för konkurrens. Det är

---

[21] Frågan om de civilrättsliga konsekvenserna av brott mot artikel 82 EG / 19 § KL ligger utanför ramen för denna framställning. I målet hänvisade HovR till att det enligt förarbetena till avtalslagen (prop. 1975/76:81 s. 122 f.), framgår att konkurrensbegränsande avtal som är förbjudna borde behandlas på samma sätt som andra avtal som strider mot tvingande regler, varvid resultatet torde bli ogiltighet. Avtalsvillkor som står i strid med missbruksbestämmelserna borde enligt HovR betraktas som verkningslösa med hänsyn tagen till artikel 82 EG:s direkta effekt och de krav som EG-rätten ställer ”på ett effektivt genomförande och ett effektiva skydd för rättigheter som tillförsäkras enskilda samt likabehandling av inhemska och EG-rättsliga anspråk. Med hänvisning till fallet *GT-Link* (C-242/95) framhöll HovR att EG-domstolen fastställt att det skulle finnas en rätt till återbetalning av avgifter som uttagits i strid med EG:s lagstiftning. Sammanfattningsvis konstaterade att ”[p]rincipöverenskommelsen och [kapacitetsavtalet] skall […] anses ogiltiga i de delar de strider mot konkurrenslagen”. Att missbruk av dominerande ställning medför ogiltighet medför i likhet med artikel 81 EG / 7 § KL framgår inte av lagstiftningen. Även om bedömningen att ogiltighet likväl skulle vara en naturlig konsekvens av missbruk enligt mitt förmenande är korrekt, skulle ett klargörande i denna fråga av HD ha varit välkommet. Se även Bernitz, U., *Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsfrielse*, ERT 2003, s. 382 ff.

emellertid viktigt att det objektivt går att motivera prisskillnader eller att vissa handelspartner behandlas olikt andra handelspartner. Vad som synes stå i fokus är den konkreta *effekten* av prissystemet och de eventuella bevekelsegrunderna för prisskillnaderna. I fallet *STIM*[22] ansågs STIM:s ersättningsmodell för framföranderätt av musik utgöra en form av diskriminerande prissättning. Bakgrunden var att STIM tillämpade olika principer i sin prissättning gentemot Sveriges Television (SVT) / Sveriges Radio (SR) och övriga TV-bolag. I korthet fick TV-bolagen betala en procentsats på de totala intäkterna efter vissa avdrag för kostnader, medan ett klumpbelopp togs ut av SVT/SR gemensamt. Det var svårt att överblicka den faktiska effekten av prissystemet med hänsyn till skillander i potentiellt tittande/täckningsgrad och musikutbud, varför KKV inte kunde finna någon så stor skillnad i prissättning att det kunde ses som ett missbruk. KKV kunde dock efter begäran om ett icke-ingripandebesked för prissystemet konstatera att en ersättningsmodell som enbart baserade sig på kostnadsjusterade intäkter och inte en royaltyersättning i form av pris per sänd musikminut kunde få diskriminerande effekter. Härigenom skulle effekten bli att ersättningsmodellen innebar att vissa handelspartner skulle få betala olika mycket för samma prestation, eftersom det saknades en uttrycklig koppling mellan TV-bolagens intäkter och den prestation som STIM tillförde bolagen. Musik utgjorde nämligen endast en mindre del av det paketutbud som TV-sändningar utnyttjade. Härigenom var det olämpligt att göra beräkningen på basis av den totala omsättningen. TV-bolagen synes sålunda ha diskriminerats i förhållande till exempelvis musikradion, där musik torde utgöra den väsentliga delen av produkten.

MD konstaterade att det var det faktiska tittandet i relation till respektive kanals eget täckningsområde som STIM lade till grund vid beräkning av ersättningen för framföranderätten. Praktiskt sett medförde STIM:s ersättningsmodell att TV-bolag med en mindre täckningsgrad missgynnades i förhållande till TV-bolag med större täckningsgrad. MD

[22] MD 1998:5, *STIM*. Se även Konkurrensverket beslut dnr 712/94, *STIM* som handlades tillsammans med dnr 1302/93.

ansåg att ersättningsmodellen härigenom inte var konkurrensneutral och därför utgjorde en olaglig prisdiskriminering.

Implicit framgår det av *STIM* att det inte fanns någon objektiv anledning för STIM att behandla de olika aktörerna olika efter det att skillnader i form av mängden sänd musik, antalet sända musikminuter, täckningsgrad, potentiellt och faktiskt tittande samt skillnader i kostnader för att tillhandahålla TV-bolagen musik hade neutraliserats. Om det efter justering för sådana faktorer fortfarande återstår skillnader kan prissättningen anses vara ett missbruk. På vilket sätt som avgifterna sedan tas ut är av underordnad betydelse utan det är effekten som står i fokus.[23]

11.1.4 Prisdiskriminering gentemot konsumenter i allmänhet

Rättspraxis rörande prisdiskriminering omfattar nästan uteslutande olikbehandling av företag och inte av slutkonsumenter. Den ekonomiska teoribildningen knyter dock ofta an till situationen med ett säljande företag och slutkonsumenten.

Danska Konkurrencestyrelsen motiverar avsaknaden av ingripanden mot sådana förehållanden med att konsumenten normalt sett har flera olika alternativ att välja bland. Dessutom har prisdiskrimineringen i konsumentförhållanden ofta positiva verkningar genom att prisdiskriminering används som ett instrument för att öppna nya marknader eller öka avsättningen på befintliga marknader. Ett enhetspris skulle i allmänhet medföra att vissa inköpsgrupper skulle gå miste om produkterna. Till sist framhåller Konkurrencestyrelsen betydelsen av att konsumenterna inte är konkurrenter med varandra, varför en snedvridning av konkurrensen i traditionell mening inte uppkommer.[24]

---

[23] Jfr dnr 142/1999, *STIM – minimiavgifter*, p. 37.

[24] Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, kap. 6.1.

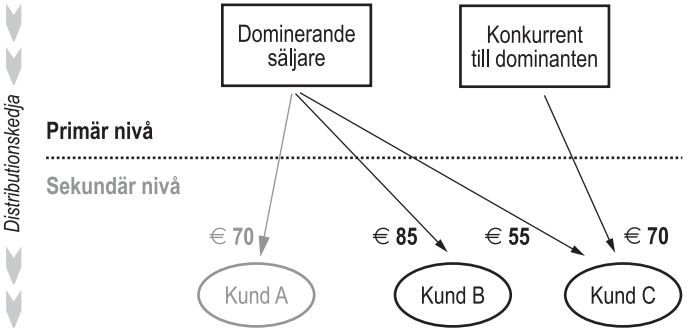
11.1.5 Strategisk prisdiskriminering av konsumenter

I detaljhandeln är det vanligt med olika former av *bundling* eller paketerbjudanden, där prisskillnaden inte helt kan motiveras av motsvarande inbesparingar i kostnader. I kapitel 9.5.3 ovan diskuteras s.k. *versioning* och denna form av prisdiskriminering torde vara vanlig i konsumentförhållanden. Ett exempel på detta är de olika priskategorier som gäller för flygresor. Vidare är det vanligt med prisdiskriminering i förhållande till köptidpunkten. Introduktionspriser för nya produkter som DVD-spelare är ett exempel där priset inledningsvis är relativt högt, men sänks allteftersom tekniken blir etablerad. Konsumenter som handlar tidigt diskrimineras på så sätt i förhållande till dem som gör inköpen senare. Rea på säsongvaror eller gamla kollektioner efter säsongsslut och sommarhotells specialpriser under vintersäsongen är andra exempel. Dessa former av prisdiskriminering kan med ett gemensamt begrepp kallas för strategisk prisdiskriminering.

Är då dessa former av prisdiskriminering ett konkurrensrättsligt problem? Danska Konkurrencestyrelsen lyfter fram förhållandet att de kan tjäna som konkurrensmedel när det finns konkurrerande säljare. Vidare kan tidsmässig prisdiskriminering bidra till en större spridning av efterfrågan, vilket kan vara minska toppbelastningar på infrastrukturer som tåg, flyg, hotell m.m. Konkurrencestyrelsen anser att strategisk prissättning som huvudregel inte utgör ett konkurrensrättsligt problem.

12. Prisdiskriminering med uteslängande effekter

Utöver vad som har analyserats ovan kan olaglig prisdiskriminering uppstå när ett dominerande företag riktar olika erbjudanden till olika kunder, där det direkta syftet inte är att exploatera marknadsmakt och omfördela konsumentöverskott till vinst. Alternativt kan det gälla prissättningar där ingen konkurrenssnedvridande effekt uppstår bland dominantens handelspartner, t.ex. i de fall där kunderna inte är varandras konkurrenter. En konkurrenssnedvridande effekt av prisdiskrimineringen kan uppkomma genom att konkurrenter drabbas av det dominerande företagets prissättning. Snedvridningen kan bestå i att dominanten tar ut låga priser endast av de kunder som även handlar med konkurrenter till dominanten, eller att dominanten skapar ekonomiska incitament för kunderna att vara lojal mot dominanten i sina inköp. Annorlunda uttryckt kan utestängning av konkurrenter även åstadkommas genom att kunder stängs inne i ett affärsförhållande (*consumer/customer lock-in*).



Figur 12.1. Illustration av utestängande prisdiskriminering

Utestängande prismissbruk riktar sig alltså i första hand gentemot konkurrenter, varför denna form av prismissbruk ger upphov till konkurrensskada på samma nivå i distributionskedjan där det dominerande företaget självt är verksamt. Härigenom talas om *primary line injury*. På sikt kommer även kunderna eller konsumenterna att drabbas när de går miste om förmånligare erbjudanden från andra aktörer än dominanten.

12.1 Utestängande prissystem som objektivt missbruk

Prisvariationer tillhör en naturlig och nödvändig del av affärslivets vardag för att konkurrensen skall fungera. Om marknaden är koncentrerad, dvs. om det finns företag med en dominerande ställning, blir marknaden genast mer känslig för olika prisarrangemang som härrör från det dominerande företaget. Dominerande företag har p.g.a. sin marknadsställning möjligheter att påverka strukturen på en marknad och till synes obetydliga rabatter kan medföra att konkurrensen allvarligt påverkas, till skada för konkurrenter och på sikt för slutkonsumenten. Av denna anledning har dominerande företag ett särskilt ansvar att inte störa den återstående konkurrensen på marknaden. EG-domstolen har sagt att missbruk är ett objektivt begrepp, som omfattar ett sådant beteende

> ”which is such as to influence the structure of a market share, where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”[1]

Det dominerande företagets uppsåt eller oaktsamhet saknar alltså betydelse för fastställande av missbruk i allmänhet. Även om ett dominerande företag inte har till syfte att eliminera konkurrens från marknaden och endast t.ex. söker utveckla långsiktiga relationer med sina kunder i likhet med andra företag, kan priser som objektivt sett stänger ute existerande och tillkommande konkurrenter komma att betraktas som missbruk. Detta gäller såväl om missbruket kan konstateras ha förverkligats med hjälp av den ekonomiska styrka som företaget har till följd av den dominerande ställningen eller på annat sätt.

I fallet *Irish Sugar* framhöll Förstainstansrätten att artikel 86 [nu artikel 82 EG] inte gör någon åtskillnad mellan syftet och resultatet. För att ett ifrågasatt beteende skall anses påverka handeln mellan medlemsstaterna är det inte nödvändigt att styrka att så verkligen har skett. Det räcker med att visa att agerandet i fråga kan ha en sådan effekt. Vid bedömningen enligt artikel 82 EG om handeln mellan medlemsstaterna väsentligen kan komma att påverkas av missbruket skall därför hänsyn tas till vilka följder detta får för den verkliga konkurrensstrukturen på den gemensamma marknaden.[2]

12.2 Prisdiskriminering och rovpriser

En tydlig form av utestängande prissättning är rovprissättning, vilken har behandlats som ett separat problem i kapitel 5. Rovprissättning kan

---

1 Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 91.
2 T-228/97, *Irish Sugar*, p. 170.

även betraktas som en speciell form av prisdiskriminering i den meningen att olika kunder får betala olika priser trots att kostnaden för att betjäna kunderna kan vara densamma. Härigenom kan rovprissättningen ingå som en del i en diskriminerande prissättning, vilket är ytterligare exempel på att olika former av missbruk kan överlappa varandra.

Utestängande prisdiskriminering behöver dock inte gå så långt att det yttrar sig i direkta rovpriser, utan det kan vara fråga om prissättning som kan ha full kostnadstäckning och som på grund av sina diskriminerande eller exkluderande effekter snedvrider konkurrensen på ett otillbörligt sätt. De kan exempelvis röra sig om olika former av rabatter.

12.3 Olika former av konkurrensbegränsande rabatter

Prissättningar utformas ibland så att de skapar instängningseffekter och snedvridning av konkurrensen. Sådana prissättningsmetoder kommer att analyseras nedan. Otillåtna rabatter eller andra ekonomiska förmåner kan utformas på olika sätt och vart och ett av dem skiljer sig avsevärt från vanliga volymrabatter, där rabattens storlek endast är relaterad till en viss inköpsvolym med en korresponderande kostnadsavlastning

I litteraturen har rabatter i allmänhet och främst lojalitetsrabatter traditionellt sett inte behandlats som en form av prisdiskriminering, men i vissa fall har det i rättspraxis hänvisats till artikel 82 (2) (c) för rabatter. Trohetsrabatter har oftast enbart behandlats som ett specifikt exempel på missbruk. Enligt min mening saknas emellertid anledning att behandla denna prissättningsmetod separat från andra former av prissättning. Analysen skulle i allmänhet tjäna på en bättre systematisering av agerandet. Beviljandet av en rabatt medför i normalfallet endast att kunden får betala ett lägre nettopris. Som framhölls i avsnitt 10.3.1 ovan är det nettopriset som är intressant för jämförelsen. I vissa fall knyts dock rabatten till vissa villkor och därför blir lagligheten av ett nettopris som tillämpas av ett dominerande företag beroende av om villkoren kan anses objektivt rättfärdiga prisskillnaden antingen i förhållande till normalpriset, om det tillämpas mot alla handelspartner, och/eller i förhållande till vad vissa andra handelspartner får betala som inte erhåller

rabatten. Detta är även bakgrunden till varför frågan om olika former av rabatter framställningsmässigt har insorterats under prisdiskriminering.

12.4 Trohets-/lojalitetsrabatter

Trohetsrabatter skiljer sig generellt sett från volymrabatter genom att de ej är enbart hänförliga till kostnadsbesparingar i relation till inköpsvolymerna och de belönar köparen för sin trohet eller lojalitet. Trohetsrabatter innebär även att skilda köpare kan behandlas olika trots samma inköpsvolym.

12.4.1 Semper fidelis – troheten i första rummet

Enligt 19 § 4 p. KL kan missbruk av en dominerande ställning särskilt bestå av att ett dominerande företag ställer 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. I förarbetena till konkurrenslagen har det framhållits att ett sådant missbruk kan bestå i att en dominerande leverantör binder köpare till sig genom s.k. trohetsrabatter.[3] Det framhålls att en effekt av trohetsrabatter kan bli att styckepriset för den till kunden sist sålda kvantiteten av en vara blir lägre än det genomsnittliga styckepris som kunden får betala till samma leverantör. Nackdelen med sådana rabatter är att konkurrensen kommer att snedvridas till följd av att konkurrenter till det dominerande företaget inte bara behöver bjuda under det dominerande företagets genomsnittliga styckepris, utan även det rabatterade priset på företagets sist sålda kvantitet.[4] Orsakerna till att olika former av rabatter kan ses som missbruk av dominerande ställning skall utvecklas i detta kapitel. I samband med detta skall en analys göras av hur olika former

[3] Prop. 1992/93: 56, s. 88.
[4] Prop. 1992/93: 56, s. 88.

av rabattsystem kan gestalta sig och hur dessa har behandlats i rättspraxis.

Vad är då en trohetsrabatt i allmänhet? På engelska har agerandet kallats för *fidelity rebate* eller *loyalty rebate* och är ett ekonomiskt incitament för att belöna t.ex. en kund för dennes lojalitet gentemot säljaren eller mer aktivt föt att stänga inne handelspartners i ett affärsförhållande. Rabattgivningen är således inte en ekonomisk kompensation som ges till följd av kostnadsbesparingar eller liknande effektivitetsrelaterade argument, utan syftar endast eller huvudsakligen till att premiera eller tillskapa lojalitet gentemot det säljande företaget. Det kan även vara fråga om ett omvänt förhållande med en dominerande köpare som betalar en extra prispremie för att tillförsäkra sig om säljarens lojalitet. Så kan även vara fallet när en dominerande säljare ger extra bonus eller ersättning till en försäljningsagent.

> ”Fidelity discounts can be defined as pricing structures offering lower prices in return for a buyer’s agreed or de facto commitment to a large and/or increasing share of his requirements with the discounter”[5]

Kundlojalitet torde vara viktig för alla vinstmaximerande företag och fördelaktiga priser är ett av företagens viktigaste konkurrensmedel. Nedan kommer att göras en gränsdragning mellan sådana rabatter som har potential att otillbörligt snedvrida konkurrensen och rabatter som är konkurrensbefrämjande eller som utgör naturliga konkurrensmedel i allmänhet.

12.4.2 Myndigheters och domstolars behandling av trohetsrabatter

En grundläggande princip beträffande trohetsrabatter har ansetts vara att en leverantör med dominerande ställning inte kan tillämpa ett rabattsystem, som har effekter som motsvarar ett avtal om att en kund skall

[5] OECD, *Loyalty and fidelity discounts and rebates*, OECD series roundtables on competition policy, DAFFE/COMP(2002)21, 2003, s. 7.

göra alla eller delar av sina inköp hos leverantören. KKV anförde i ärendet *Sockerbolaget* att

> ”[e]tt rabattsystem som används av en dominerande leverantör i syfte att säkra hela eller en stor del av kundens behov av en viss produkt kan utgöra ett missbruk enligt 19 §. Ett sådant rabattsystem försvårar för konkurrenter att sälja till den dominerande leverantörens kunder och har således en uteslutande effekt. En ordning med trohetsskapande rabatter innebär också att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartners. Detta innebär att två köpare betalar olika pris för samma prestation beroende på om de införskaffar sina varor uteslutande från företaget med dominerande ställning eller om de anlitar flera leverantörer. En sådan prisdiskriminering kan utgöra ett missbruk enligt 19 §. Differentierade villkor gentemot olika kunder bör därför, för att inte utgöra en diskriminering, avspegla de skillnader i kostnader som uppstår för säljaren vid försäljning till de olika kunderna.”[6]

Rabattsystem med utestängande effekter för konkurrenter har kraftigt tillbakavisats i praxis och ett fall av missbruk genom trohetsrabatter kom att prövas av EG-domstolen 1975 genom *Suiker Unie*.[7]

> Fallet omfattade ett flertal sockerproducenter, bl.a. en sammanslutning av sockerproducenter belägen i södra Tyskland, Südzucker Verkaufsgesellschaft mbH & Co KG (SZV). SNZ hade vid tillfället 5 medlemsföretag som tillsammans hade en marknadsandel på mellan 90–95 %. Sedan SZV grundades hade dess medlemsföretag och SZV självt använt ett system av årliga kvantitets- och trohetsrabatter gentemot sina kunder. Kommissionen konstaterade att det på offerter och försäljningskontrakt kunde läsas att
>
> ”Bei ausschließlicher Deckung Ihres Jahresbedarfs bei unseren Gesellschafterfabriken vergüten wir auf den Kontraktpreis am Ende des Zuckerwirtschaftsjahres (30. Juni) einen Jahresmengenrabatt in Höhe von DM 0,30 je 100 kg”[8]

---

6 KKV:s beslut, Dnr 1543/93, *Sockerbolaget*.

7 De förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73, *Suiker Unie*. Se även Kommissionens beslut i 73/109/EEC, *European Sugar Industry*, EGT L 140, 1973.

8 Se Kommissionens beslut i 73/109/EEC, *European Sugar Industry*, avsnitt I, C, p. 16.

> Vissa kunder, företrädesvis de i SZV:s västliga försäljningsdistrikt, hade erhållit denna rabatt genom ett direkt fakturaavdrag om 0,30 tyska mark per 100 kg inköpt mängd socker. SZV hävdade att rabatten beviljades även om kunderna köpte socker från någon annan leverantör, åtminstone upp till en viss nivå. Kommissionens undersökning gav emellertid vid handen att rabatten i fråga i vissa fall hade dragits in eller att kunden hade blivit meddelad att rabatten skulle komma att dras in om han fortsatte att köpa socker från en annan leverantör. Åtgärderna från SZV fick till följd att importen minskade trots att utländska offerter låg 10–20 tyska mark per ton under SZV:s priser. Många av SZV:s kunder befann sig i en beroende ställning till SZV genom att de hade otillräckliga lagringsutrymmen för socker. För att åtminstone täcka delar av behoven medförde detta att regelbundna leveranser var av största vikt. Beroendet var så stort att den ekonomiska fördelen av att köpa från andra leverantörer inte uppvägde nackdelen av att förlora rabatten, även om de andra leverantörerna erbjöd mer fördelaktiga priser.

Kommissionen konstaterade att SZV hade missbrukat sin dominerande ställning genom systemet med trohetsrabatter. En rabatt som inte var beroende av inköpsvolym, utan endast av om årsförbrukningen uteslutande köptes från dominanten SZV var, enligt Kommissionen, en orättfärdig diskriminering av köpare som även köpte socker från andra än SZV. Även om rabatten i vissa fall hade dragits av direkt på fakturorna i samband med köp ändrade detta inte dess karaktär av trohetsrabatt, eftersom den kunde bli indragen för framtida leveranser, vilket skulle kunna vara värre – ekonomiskt sett – än den redan intjänade rabatten.[9]

SZV hävdade att trohetsrabatten, 0,3 %, var mycket liten och att de franska priserna var mellan 10 till 20 tyska mark lägre per ton än SZV:s priser samt att köparna härmed mer än väl skulle bli kompenserade för förlusten av trohetsrabatten. SZV hävdade även att rabatten beviljades

[9] EG-domstolen framhöll att ”[…] the cases where the rebate was immediately deducted from the invoice price must be taken into account as well, since this method of granting a rebate also dissuades the customers concerned from obtaining their supplies from other producers, as they had to fear that, if they did so, they would either be required to repay the amount originally deducted or that the rebate would be discontinued in future”, de förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73, *Suiker Unie*, p. 513.

även i de fall kunderna hade köpt också från andra leverantörer och att rabatten drogs av redan vid faktureringstillfället.

Kommissionen konstaterade emellertid att trohetsrabatter, trots att de synbarligen var mycket låga, kunde få kännbara ekonomiska konsekvenser. Om en kund skulle välja att köpa en extra kvalitet hos en konkurrent till SZV skulle detta kunna ge en inbesparing vid 3.000 ton på ca 30.000–60.000 tyska mark. Samtidigt skulle dock rabatten från SZV på 0,3 % försvinna. En årlig förbrukning av 30.000 ton var inte ovanlig och rabatten skulle i sådana fall uppgå till 90.000 mark. En ökning till 50.000 ton representerade ett rabattvärde på 150.000 mark. Om köparen i det läget skulle vilja köpa ytterligare 3.000 till 5.000 ton från en annan leverantör skulle denna leverantör tvingas att kompensera köparen för förlusten av rabatten. I annat fall skulle det bli olönsamt för köparen att köpa den ytterligare kvantiteten hos någon annan än SZV.[10] Praktiskt sett skulle det vara omöjligt för en konkurrent till SZV att offerera sådana priser. Köpare i dåvarande Västtyskland var i praktiken även tvungna att täcka åtminstone vissa delar av sitt behov lokalt, varför de härigenom tvingades acceptera SZV handelsvillkor. Faktum att SZV ibland hade tolererat köp från andra leverantörer utan att rabatten dragits in kunde enligt Kommissionen inte ändra att risken att förlora rabatten i sig hindrade kunderna från att köpa socker från andra leverantörer, en åsikt som sedermera delades av domstolen. Kommissionen framhöll i EG-domstolen att

> ”If such a rebate is granted by an undertaking occupying a dominant position with a view to restricting further opportunities for importing and to

[10] Jfr även Konkurrensverkets beslut i *Tidskriftsdistribution*, dnr 414/94, där Posten hade använt trohetsrabatter gentemot vissa tidskriftsföretag som innebar att om kunden vid väsentlig avvikelse från den avtalade volymen gick miste om rabatten och fick betala ordinarie pris enligt prislista. KKV uttalade att ”[k]lausulen har inneburit att en distributör som endast kan täcka en del av kundernas distributionsbehov förutom att bjuda under Postens rabatterade styckepris även varit tvungen att kompensera kunden för rabattbortfallet avseende den del av kundens distributionsbehov som distributören inte kunnat täcka”. Mot bakgrund av övergångsbestämmelser till den nya konkurrenslagen och i anledning av att Posten redan hade avvecklat rabattsystemet fann dock KKV ingen anledning att vidta några åtgärder gentemot Posten.

> consolidating this position, this rebate amounts to an abuse of this dominant position within the meaning of article 86 of the treaty."[11]

Kommissionens argumentation accepterades av EG-domstolen och det betonades i domskälen att

> "[…] the rebate at issue is not to be treated as a quantity rebate exclusively linked with the volume of purchases from the producer concerned but has rightly been classified by the commission as a 'loyalty' rebate designed, through the grant of a financial advantage, to prevent customers obtaining their supplies from competing producers"[12]

EG-domstolen fann generellt att rabattsystemet i fråga både begränsade marknader och utgjorde en olaglig diskriminering mellan olika köpare.[13]

Volymrabatter lägger inte hinder i vägen för köparen att göra kommande inköp hos en konkurrent. Vid ett system med trohetsrabatter är prissättningen utformad så att köparen, p.g.a. att den blivit beviljad en finansiell förmån, hindras att köpa från någon konkurrent. Trohetsrabatter syftar enbart till att förmå köpare att förlägga sina inköp till företaget samtidigt som de hindrar köpare att göra inköp från andra leverantörer, vilka i sin tur riskerar att effektivt stängas ute från en marknad. Trohetsrabatter är därmed endast till gagn för det dominerande företag som till-

---

[11] De förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73, *Suiker Unie*, p. 505.

[12] De förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73, *Suiker Unie*, p. 518.

[13] Se de förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73, *Suiker Unie*, där EG-domstolen fann att"[…] the system complained of was likely to limit markets to the prejudice of consumers within the meaning for article 86 (b), because it gave other producers and especially those having their places of business in other member states no chance or restriced their opportunities with sugar sold by SZV. […] The loyalty rebate in question which may further consolidate SZV's dominant position is incompatible with this provision." (p 526–527) och "[…] the effect of the system complained of was that different net prices were charged to two economic operators who bought the same amount of sugar from SZV if one of them purchased from another producer as well. […] By acting in this way SZV 'applied dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties' within the meaning of article 86 (c) of the treaty." (p. 522–523).

lämpar systemet, samtidigt som det praktiskt sett är skadligt för såväl köpare som konkurrenter.

Det skulle kunna hävdas att trohetsrabatten faktiskt ger en förmån för köparen, men köparen går ändå miste om möjligheten att göra en serie fördelaktiga inköp hos konkurrenter, som kan ha ett bättre pris. När denna möjlighet begränsas eller elimineras finns det risk för att marknadspriset låses fast av det dominerande företaget till skada för konkurrensen, framförallt i ett längre perspektiv. Trohetsrabatter, som beviljas av dominerande företag, skadar på detta sätt konkurrensen och är att betrakta som ett missbruk av dominerande ställning i enlighet med artikel 82 EG. Fejø uttrycker generellt om trohetsrabatter:

> ”De efterspørgselsbetingede/afsætningsbegrundede rabat- og bonusformer (det vil sige prisnedslag, der alene baserer sig på afsætningsmæssige hensyn, f.eks troskabsrabatter) vil […] kunne påvirke konkurrencen mellem virksomhederne og dermed adgangen til markedet på en måde, der skader effektiviteten og strukturtilpasningen. Dette vil især være tilfældet på markeder, hvor mulighederne for aktiv konkurrence er begrænset, blant andet som følge af virksomheder med dominerende indflydelse på konkurrencevilkårene”[14]

12.4.2.1 Vidare definition av trohetsrabatter och grundläggande skillnader mellan volymrabatter och trohetsrabatter

Genom *Suiker Unie* torde det stå klart att trohetsrabatter generellt sett måste bedömas vara oförenliga med målet att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte skall snedvridas, eftersom rabatterna både skapar instängningseffekter och är diskriminerande mellan köpare. Exklusiva inköpsförpliktelser syftar, i likhet med trohetsrabatter, enbart till att förmå köpare att förlägga sina inköp till företaget samtidigt som det hindrar köpare att göra inköp från andra. Eftersom trohetsrabatter är generellt otillåtna är det nödvändigt att kunna särskilja trohetsrabatter från tillåtna rabatter.

[14] Fejø, 1997, a.a. s. 172.

En utveckling av resonemanget kring trohetsrabatter kom genom *Vitamins/Hoffmann-La Roche*,[15] där Kommissionen under 1976 och sedermera EG-domstolen 1979 behandlade ett ärende som avsåg försäljningskontrakt beträffande olika vitaminer mellan det schweiziska företaget Hoffmann-La Roche & Co. AG (Roche) och ett antal kunder till företaget.

> Fallet omfattade en kombination av inköpsförpliktelser och trohetsrabatter, där rabatten var incitamentet att hålla fast vid exklusivåtagandet, eller där en eventuell förlust av densamma praktiskt sett utgjorde en sanktion vid helt eller delvis utebliven fullgörelse. Roche tillverkade bl.a. vitaminer och kunderna till Roche fanns inom läkemedels-, livsmedels- och djurfoderindustrin, vilka alla hade behov av att tillsätta vitaminer till sina respektive slutprodukter. Roche var vid tidpunkten för Kommissionens beslut världens största tillverkare av vitaminer, med en mycket stark försäljningsorganisation i ett flertal av länderna inom EG och var härmed dominerande på den relevanta marknaden. Roches försäljningsstrategi hade sedan 1964 utformats så att trohetsavtal upprättades mellan Roche och dess viktigaste kunder. Trohetsavtalen omfattade förpliktelser för kunderna att köpa alla eller merparten av sina vitaminer från Roche. Roche skulle å andra sidan erbjuda det bästa priset på marknaden och varje år eller halvår betalade Roche tillbaka en rabatt till de kunder som under året/halvåret hade köpt alla eller merparten av sina vitaminer från Roche. Rabatten baserades på de totala inköpen av vitaminer och inte på varje slags vitamin för sig. Rabatterna varierade i allmänhet mellan 1 % till 5 %, medan vissa kunder hade erhållit en rabatt på mellan 12,5 % till 20 %.

Rabatten, i kombination med exklusivåtagandet medförde, i likhet med *Suiker Unie*, att köparna förlorade allt incitament att göra sina inköp från andra håll än Roche. Kunderna kunde t.o.m. komma i en situation där de betalade ett högre ingångspris än det som konkurrenterna offererade.

En liknande effekt behandlas av i det svenska ärendet *Telia Rabatter.* I ärendet behandlades särskilt förmånliga priser som Telia hade beviljat

[15] Kommissionens beslut 76/642/EEC, *Vitamins*, EGT L 233, 1976, efter överklagande: Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*.

Göteborgs Stad i utbyte mot exklusivitet under treårsperiod. KKV konstaterade att trohetsrabatter kan få allvarliga konsekvenser för konkurrensen och anförde identiskt med förarbetena:

> ”En effekt av [trohetsrabatter] kan bli att styckepriset för den till kunden sist sålda kvantiteten av en vara blir lägre än det genomsnittliga styckepris som kunden får betala till samma leverantör. Sådana rabatter kan försvåra för kunder till den dominerande leverantören att köpa även från andra leverantörer. Konkurrenter till den dominerande leverantören som vill sälja mindre kvantiteter till dennes kunder behöver bjuda under inte bara den dominerande leverantörens genomsnittliga styckepris utan även det rabatterade priset på dennes sist sålda kvantitet”[16]

EG-domstolen fann att inköpsförpliktelserna i *Hoffmann-La Roche*, med eller utan rabatter, liksom trohetsrabatterna för att förmå köparen att endast köpa från det marknadsdominerande företaget, var oförenliga med målet att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte skall snedvridas. Orsaken härtill var, enligt domstolen, att

> ”they are not based on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to deprive the purchaser of or restrict his possible choices of sources of supply and to deny other producers access to the market.”[17]

Härigenom slog domstolen fast att rabatter måste vara baserade på något slags objektivt kostnadskriterium för att vara tillåtna (jfr 10.3.5.2 ovan). Skönsmässigt beviljade rabatter är inte tillåtna om de har till syfte att begränsa konkurrensen eller stänga inne kunder. Domstolen

---

[16] KKV:s beslut, dnr 418/2000, *Telia rabatter*, p. 25. och prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 88. Efter ändringar i avtalet beslutade KKV att inte vidta några åtgärder gentemot Telia. KKV uttrycke dock att trohetsrabatter kunde få särskilt allvarliga konsekvenser i situationer liknande den där Telia hade en unik tillgång till accessnät och hade en avsevärd ekonmisk styrka i förhållande till sina konkurrenter. KKV uttalade att trohetsrabatter i sådana fall ”[…] skapar generellt strategiska fördelar för leverantörer med höga marknadsandelar och minskar möjligheterna till konkurrens. Sådana rabatter förstärker fördelarna av företagets breda utbud samt infrastrukturella fördelar” (p. 30).

[17] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 90.

utvecklade i domskälen orsakerna till varför trohetsrabatter måste betraktas som missbruk av dominerande marknadsställning. Allmänt sett ansåg EG-domstolen att trohetsrabatter är diskriminerande när

> ”[…] the effect of fidelity rebates is to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties in that two purchasers pay a different price for the same quantity of the same product depending on whether they obtain their supplies exclusively from the undertaking in a dominant position or have several sources of supply”.[18]

Trohetsrabatter torde vara speciellt angripliga på nyligen avreglerade och expanderande marknader. Om ett företag dominerar marknaden är utvecklingen för hela marknaden känslig för konkurrensstörningar. Domstolen betonade angående trohetsrabatter och exklusivåtaganden att de var angripliga när

> ”[…] these practices by an undertaking in a dominant position and especially on an expanding market tend to consolidate this position by means of a form of competition which is not based on the transactions effected and is therefore distorted”.[19]

Domstolen utvecklade skillnaden mellan tillåtna volymrabatter och trohetsrabatter. Volymrabatter kan allmänt sett sägas vara uteslutande kopplade till volymen av de inköp som görs från en aktuell tillverkare. Trohetsrabatten syftar istället, genom beviljandet av en finansiell förmån, till att hindra kunderna från att göra inköp hos en konkurrerande tillverkare.[20]

I *Hoffmann-La Roche* förekom såväl fasta som progressiva rabatter. EG-domstolen ansåg att de fasta rabatterna inte kunde anses utgöra en volymrabatt, eftersom samtliga var knutna till vissa åtaganden från kunderna att köpa hela eller det mesta av sina behov av vitaminer från Roche. Vidare beskrev parterna till affärsavtalen själva rabatten som trohetsrabatter. I fyra kontrakt hade rabatter beviljats till vissa köpare

---

[18] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, a. st.
[19] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, a. st.
[20] Jfr mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, a. st.

för köp även till deras dotterföretag. Detta kunde dock, enligt EG-domstolen, inte motiveras av farhågor för att dotterbolagen inte skulle vara solventa eftersom det rörde sig om internationella företag som Nestlé, Parke Davis och Upjohn.[21]

EG-domstolen ansåg att de progressiva rabatter som lämnades av Roche på ytan kunde förefalla vara volymrabatter, men att en närmare granskning av villkoren visade att det i själva verket rörde sig om trohetsrabatter. Den progressiva rabatten måste nämligen, enligt EG-domstolen, betraktas i ljuset av att åtagandet att köpa ”*most of his requirements*” från Roche. Även om det kan verka ge köparen frihet att välja, så verkar den progressiva rabatten i kombination med detta åtagande som ett ekonomiskt incitament att öka köparens inköpsandel hos Roche till ett maximum.

EG-domstolen betonade att beräkningssättet för trohetsrabatter skiljde sig från mängdrabatter på så sätt att rabatten egentligen inte var beroende av inköpsvolymen, som var tillgänglig för alla presumtiva köpare, utan baserades på en bedömning av köparens totala uppskattade köpbehov och hur Roche skulle täcka en så stor andel som möjligt av detta behov.[22]

Även om en rabatt vid en första anblick kan se ut som en volymrabatt är det viktigt att ta hänsyn till alla omständigheter som gäller för rabatten i fråga. Det är nödvändigt att analysera huruvida rabatten har möjlighet att snedvrida konkurrensen framförallt i sådana situationer där det inte finns något ekonomiskt rättfärdigande av rabatten. I *Michelin* klargjorde domstolen ytterligare skillnaden mellan trohetsrabatter och volymrabatter och framhöll att det är viktigt att beakta samtliga omständigheter som är knutna till beviljandet av en rabatt.

---

[21] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 95–96.

[22] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 100. EG-domstolen sade specifikt att ”[t]his method of calculating the rebates differs from the granting of quantitative rebates, linked solely to the volume of purchases from the producers concerned in that the rebates at issue are not dependent on quantities fixed objectively and applicable to all possible purchasers but on estimates made, from case to case, for each customer according to the latter’s presumed capacity of absorption, the objective which it is sought to attain being not the maximum quantity but the maximum requirements.”

> ”[…] it is […] necessary to consider all the circumstances, particularly the criteria and rule for the grant of the discount, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discount tends to remove or restrict the buyer’s freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.”[23]

Principen om effektivitetsrelaterade rabatter har även kommit till uttryck i svensk myndighetspraxis. I *Norra Jämtlands Taxi*[24] ansåg Konkurrensverket att en rabatt på fem procent som beviljades för Strömsunds kommuns hela årsbehov av skolskjuts- och färdtjänsttransporter inte var kostnadsmotiverad utan grundande sig på ett lojalitetsskapande syfte.

> Strömsunds kommun hade tillämpat anbudsgivning vid upphandling av skolskjuts- och färdtjänst för våren 1997. Norra Jämtlands Taxi (NJTAB) erbjöd kommunen en rabatt på fem procent om kommunen anlitade endast NJTAB för samtliga fem delområden. Det fanns samtidigt en konkurrent som inom ett delområde låg 20 procent lägre än NTJAB:s anbud för samma område utan rabatt. Om kommunen skulle acceptera konkurrentens anbud för färdtjänst inom det aktuella delområdet och anlita NJTAB på alla andra områden skulle kommunen gå miste om NJTAB:s rabatt på fem procent, vilket enligt KKV i praktiken innebar att konkurrenten skulle vara tvingad att sänka sitt anbud från 264 000 kronor till 154 000 för att härigenom kompensera kommunen för bortfallet av rabatten.

Konkurrensverket kunde konstatera att rabattsystemet skulle få till följd att kommunen skulle bindas till NJTAB på ett sätt som hindrade kommunen från att anlita konkurrenter till NJTAB för utförande av de aktuella transporttjänsterna. Vidare skulle detta få till följd att kommunen skulle fråntas möjligheten att göra ett rationellt val av leverantör och dessutom försvåra för mindre konkurrenter att lägga anbud på en liten

---

23 Mål 322/81, *Michelin,* p. 73.

24 Konkurrensverkets beslut 570/97, *Norra Jämtlands Taxi*.

del av det totala antalet transporter och därmed även deras möjligheter att vara kvar på marknaden.

Ett faktum som KKV fäste speciellt avseende vid var att förfrågningsunderlaget som tillhandahölls av kommunen gjorde det möjligt för NJTAB att få kunskap om kommunens totala årsbehov av de aktuella tranporttjänsterna. Vidare hade NJTAB god kännedom om konkurrenternas situation och kapacitet. Sammantaget ansåg KKV att denna kännedom underlättade för NJTAB att ”konstruera rabatter av trohetsskapande natur”.

Enligt KKV kan en ”[…] rabatt som varierar med orderstorleken och som är anpassad till faktiska, konstaterade skillnader i köparnas prestationer vara godtagbar.” Det är alltså vad som vanligtvis betecknas som en volym- eller kvantitetsrabatt. Kännetecknande för volymrabatter är att sådana grundar sig på de ekonomiska besparingar som leverantören gör. KKV kunde dock konstatera att NJTAB:s rabatt inte var kostnadsmotiverad. Härigenom fann KKV att rabattkonstruktionen, sedd tillsammans med dess negativa effekter på konkurrensen, utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.

Genom domarna i *Hoffmann-La Roche* och *Michelin* har EG-domstolen fastställt en generell princip med innebörd att rabatter som är effektivitetsrelaterade (t.ex. sådana rabatter för stora order som ger leverantören möjligheter att dra nytta av skalfördelar) är tillåtna i konkurrensrättslig mening. Däremot är rabatter och andra incitamentsprogram som endast är ägnade att främja lojalitet inte tillåtna. Sådana system hindrar kunder att göra inköp hos konkurrenter till det dominerande företaget och är härmed skadliga för konkurrensen.[25]

I ärendet *Deutsche Post I*[26] behandlade Kommissionen under 2001 ett rabattsystem som Deutsche Post erbjöd sina kunder inom postorderhan-

---

[25] Jfr även Kommissionens beslut i *Virgin/British Airways*, 2000/74/EG, EGT L 30, 2000, där det framhålls att ”[i] de två rättsfallen Hoffmann-La Roche och Michelin fastställs en generell princip om att en leverantör med dominerande ställning kan ge rabatter som är effektivitetsrelaterade, t.ex. rabatter för stora order som ger leverantören möjlighet att tillverka stora produktpartier, men inte rabatter eller incitament för att främja lojalitet, dvs. för att undvika inköp från en konkurrent till leverantören med dominerande ställning.” (p. 101).

[26] Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*.

deln. Ärendet, som även omfattande andra ageranden, satte fokus på skillnaden mellan volymrabatter och trohetsrabatter.

> DPAG gav rabatt till de postorderföretag som i stället för att lämna in paket via postkontor själva ombesörjde vägning, tariffbestämning, frankering och framställning av förteckningar för minst 10.000 icke-skrymmande paket per år. Specialpriserna som DPAG beviljade kunderna för denna kostnadsavlastande tjänst var emellertid i enlighet med DPAG:s Allgemeine Geschäftsbedingungen villkorade av att kunderna var beredda att till DPAG överlämna allt sitt gods som lämpade sig för paketförsändelser. I ett avtal var specialpriset även beroende av att kunden förutom den försändelsevolym som skickades via DPAG det påföljande året, även skulle förse DPAG med uppgift om den försändelsevolym som under föregående år hade befordrats via en konkurrent till DPAG.

Kommissionen hänvisade till *Hoffmann-La Roche* och framhöll att ett dominerande företag inte får träffa avtal med en kund, varigenom kunden lovar att köpa hela eller det mesta av sitt behov av en produkt från det dominerande företaget. Vidare betonade Kommissionen skillnaden mellan mängdrabatter och trohetsrabatter såsom EG-domstolen definierat den i *Hoffmann-La Roche*. Mängdrabatter är enbart knutna till inköpsvolymen från producenten i fråga och skall beräknas på basis av objektivt fastställda volymer som är lika för alla köpare. Trohetsrabatter beviljas å andra sidan endast på grundval av hur stor andel av kundens behov som tillfredställs av det dominerande företaget. Även volymrabatter kan under vissa omständigheter bli trohetsrabatter om beräkningen av volymen i själva verket utgör en uppskattning av kundens förmodade inköpskapacitet. Rabatten beviljas därmed inte på basis av största möjliga volym, utan det dominerande företagets största möjliga andel av köparens behov.[27]

De grundläggande villkoren torde ha varit effektivitetsrelaterade och därmed tillåtna. Härmed avses alltså principen att DPAG beviljade en rabatt till postorderföretagen i utbyte mot att kunderna själva övertog en del av den hantering som DPAG i normalfallet skulle ha tillhandahållit.

---

[27] Se Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 33.

Kostnadsbesparingen motiverade således att en rabatt kunde utgå i form av ett specialpris.

Vad som komplicerade bilden var att rabatten i vissa fall var uttryckligen villkorad av att kunderna skulle överlämna hela sitt behov av befordringstjänster till DPAG. I andra fall var villkoren för rabatten mindre tydliga när kunderna skulle överlämna alla icke-skrymmande paket till DPAG. Eftersom postorderhandeln nästan uteslutande hanterade icke-skrymmande paket kunde Kommissionen konstatera att det i praktiken var ett åtagande som motsvarade hela kundernas behov. Det framgick vidare av de enskilda avtalen att volymrabatten motsvarade en viss andel av kundens behov och att rabatt utgick även om volymgränsen underskreds under förutsättning att kunden befordrade en viss andel av sitt behov via DPAG. Till sist utgick större rabatter om kunderna ökade andelen av sitt inköpsbehov hos DPAG. Kommissionen kunde därför konstatera att rabatterna inte var kopplade till en viss volym utan till kundernas behov. Syftet var således främst att åstadkomma lojalitet hos kunderna och inte att i första hand kompensera dem ekonomiskt för kostnadsbesparande åtgärder.[28]

Kommissionen såg allvarligt på trohetsrabatterna och kunde konstatera att rabatterna införts med avsikt och effekt att utesluta privata konkurrenter till DPAG på marknaden för pakettjänster i Tyskland. Kommissionen fastställde ett bötesbelopp på 24 miljoner euro.[29]

Kommissionen behandlade i ärendet *PO-Michelin*[30] vissa former av rabatter på marknaden för ersättningsdäck för tunga fordon i Frankrike. Marknaden omfattade två separata produktmarknader, nämligen nya ersättningsdäck och regummerade däck.

> Michelin hade i sina allmänna prisvillkor för professionella återförsäljare i Frankrike (*Conditions Générales de Prix aux Revendeurs Professionels*) infört bestämmelser om rabatter till sina återförsäljare. Villkoren omfattade dels ett listpris, dvs. ett normalpris utan rabatter eller avdrag, dels ett

---

[28] Se Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 34.

[29] Se Kommissionens beslut 2001/354/EG, *Deutsche Post I*, p. 50–51, art 1–3 i beslutet.

[30] Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*. Beslutet är överklagat, T-203/01, ännu ej avgjort.

> ”mycket komplicerat system av rabatter eller återbäring”. Rabatterna eller återbäringen utbetalades först den sista februari året efter det aktuella räkenskapsåret, dvs. upp till 13 månader efter transaktionen.

Michelin hade, i syfte att uppmuntra återförsäljarna att förbättra sin utrustning och efterköpsservice, fram till 1997 erbjudit en speciell rabatt. Villkoren för att erhålla rabatten var inledningsvis att en viss minimiomsättning hade uppnåtts. Rabatten, som bestämdes varje år, baserades på i vilken utsträckning som återförsäljaren hade uppfyllt en rad olika åtaganden. Olika åtaganden gav olika poäng och när vissa poängnivåer hade uppnåtts utgick rabatter på en stigande skala. Rabatterna varierade mellan 0 och 2,25 % under 1992 – 1996 och räknades på omsättning av alla däcktyper som återförsäljare hade köpt från Michelin France. Åtagandena bestod bl.a. i att sälja en viss andel Michelindäck, där högre andel gav högre poäng eller att i olika grad bidra till lanseringen av olika Michelinprodukter. Åtagandena omfattade även att återförsäljarna skulle ge marknadsinformation till Michelin om olika produkttypers uppförande, körsträckor, försäljningsstatistik (även om Michelins ställning i förhållande till konkurrenter). Extra poäng gavs även för handlare som systematiskt lät regummera däckstommar hos Michelin.[31]

Kommissionen ansåg att servicebonusen i flera avseenden stred mot konkurrensreglerna. För det första tilldelades poäng efter subjektiva bedömningar av Michelin samtidigt som mycket precisa strategiska marknadsuppgifter skulle lämnas till Michelin. Michelin kunde härefter på egen hand utforma individuella åtaganden för respektive återförsäljare och det fanns således risk för att poängtilldelningen skedde på ett diskriminerande sätt. Möjligheter fanns för Michelin att ensidigt minska bonusen om återförsäljarna inte uppfyllda åtagandena.[32] Kommissionen ansåg att mot bakgrund av det speciella ansvar som åvilar ett dominerande företag, så borde ”[…] en sådan subjektivitet eller utrymme för egna omdömen och som utgör en källa till diskriminering som är svår

[31] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 60–66.
[32] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 250–252.

att undvika, betraktas som missbruk enligt innebörden i artikel 82 i EG-fördraget".[33]

Kommissionen tog vidare fasta på att i avtalen under en speciell rubrik "ny produktservice" återförsäljarna kunde få ytterligare rabatt om de tog emot nya produkter till en viss andel uttryckt i procent av en till regionen tilldelad kvot. Kommissionen ansåg att detta kunde ses som en "anstiftan till missbruk av Michelins främjande av nya produkter på bekostnad av konkurrerande produkter". Problemet med systemet var alltså att bonusen var beroende av att återförsäljarna åtog sig att köpa en andel av en volym av varor, som i sin tur bestämdes av Michelin. Bonusen knöts alltså inte direkt till en kvantitet, utan till en procentandel. Enligt Kommissionens förmenande borde denna variant av trohetsrabatt betraktas som missbruk när den krävs av ett dominerande företag.[34]

Slutligen betraktade Kommissionen kravet på att återförsäljarna skulle regummera Michelindäckstommar enbart hos Michelin, i utbyte mot högre poäng för servicebonusen, som en form av kopplingsförbehåll. Möjligheten att erhålla bonus för nya däck gjordes alltså beroende av åtaganden på en annan marknad.[35]

Servicebonusen stred således mot artikel 82 EG i tre centrala hänseenden som vart för sig borde ha medfört att servicebonusen skulle betraktas som ett missbruk. När alla tre effekter förelåg samtidigt, som i förevarande fall, måste rabatten med stor säkerhet betraktas som oförenlig med artikel 82 EG.

12.4.2.1.1 Volymrabatter i ekonomisk teori

Ridyard har fört fram kritik mot detta förhållningssätt och anser att volymrabatter svårligen kan anses vara helt kostnadsmotiverade eftersom det nästan aldrig finns någon trovärdig kostnadsfunktion som exakt kan motivera en volymrabatt, utan att det snarare vore ett sammanträffande om kostnadsbesparingarna exakt skulle spegla den rabatt som

---

33 Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 253.
34 Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 254.
35 Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 256–258.

lämnas till köparen. I normalfallet är istället volymrabatter ett uttryck för köparens makt och inte något som säljaren initierar. Ju större de fasta kostnaderna är desto svagare blir säljarens förhandlingsposition avseende volymrabatter om kunden är beredd att lägga stora order.[36]

12.4.2.2 Marginalrabatter och progressiva rabatter

EG-domstolen har konsekvent förbjudit sådana marknadsbeteenden som hindrar existerande konkurrens eller utvecklingen av ny konkurrens. Affärsmetoder som syftar till att utestänga konkurrenter från kunder genom att knyta kunderna till det dominerande företaget har som beskrivits ovan speciellt ansetts vara en form av missbruk.[37] En särskild form av utestängande affärsmetoder är rabatter på marginalförsäljning (eng. *top-slice rebates*).

Det kan ibland vara i kundens intresse att inte förlägga alla sina inköp hos en leverantör för att i stället där endast lägga sitt basbehov. Resterande kan kunden vilja placera hos andra leverantörer t.ex. i syfte att dra fördelar av prisfluktuationer. En dominerande leverantör har emellertid ett intresse av att dels ta del av resterande behov hos kunderna och dels undvika framtida konkurrens på marknaden. Ett effektivt sätt att genomföra detta är att utöver vanliga rabatter på basbehovet bevilja en större – och oftast hemlig – rabatt på den överskjutande volymen (kundens marginella behov – eng. *top-slice*). Kunden får därmed ett finansiellt incitament att inte bara täcka sitt basbehov hos det dominerande företaget – vilket han hade gjort under alla omständigheter – utan även det överskjutande behovet. Det allvarliga problemet med marginalrabatter är att en konkurrent måste erbjuda en orimligt hög rabatt på den extraförsäljning den gör. Det dominerande företaget kan istället ge en extremt hög rabatt endast för marginalförsäljningen, och rabatten fördelas sedan på hela volymen, dvs. basbehovet och det överskjutande beho-

---

[36] Ridyard, a.a. s. 289.

[37] Se bl.a. mål De förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114/73, *Suiker Unie*; mål 85/76, *Hoffmann-La Roche* och mål 322/81, *Michelin.*

vet. Oftast är det ekonomiskt omöjligt för en konkurrent att möta ett sådant erbjudande.

I fallet *ICI*[38] diskuterades bl.a. syftet med och effekterna av en marginalrabatt. Kommissionen betonade att sådana rabatter är ägnade att utestänga konkurrens genom att förmå kunder att täcka marginalbehovet från det dominerandet företaget som i annat fall skulle ha kunnat täckas hos en annan leverantör. Sådana rabatter är dessutom ägnade att eliminera, minska eller neutralisera konkurrensen från andra leverantörer och härigenom upprätthålla ett synbart – eller de facto – monopol på den relevanta marknaden.[39]

Kommissionen gjorde under slutet av 80-talet en undersökning av marknaden för kristallsoda. Förutom ICI undersöktes även Solvay, där Kommissionen kunde konstatera att företaget hade använt ett system av otillåtna tvåstegsrabatter.[40] I likhet med ICI befann sig Solvay i en situation där kunderna täckte ca 80 % av sitt totala behov från Solvay. För detta basbehov utgick en sedvanlig kvantitetsrabatt på ca. 10 %. I syfte att även komma över resterande del av kundernas behov införde Solvay i Tyskland ett system av vad som kallades ”Spitzenrabatt” som gav kun-

---

[38] Kommissionens beslut 91/300/EEC, *Soda-ash – ICI*, EGT L 152, 1991, sedermera överklagat genom T-37/91, *ICI*, där Förstainstansrätten förklarade Kommissionens beslut i sin helhet ogiltigt av processtekniska skäl (felaktigt bestyrkande av den rättsakt som Kommissionen antagit). Kommissionen överklagade Förstainstansrättens dom till EG-domstolen, som dock ogillade Kommissionens talan i målet C-286/95 P, *ICI*. Trots att ICI hade framgång med sitt överklagande är fallet principiellt intressant dels p.g.a. att rätten aldrig tog upp beslutets materiella innehåll, dels på grund av Kommissionens framgångsrika behandling av liknande efterföljande ärenden. Kommissionen antog även den 13 december 2000 ett nytt – men materiellt oförändrat – beslut 2003/6/EG, *Soda-ICI*, EGT L 10, 2003. Överklagat genom T-66/01, ännu ej avgjort.

[39] Se Kommissionens beslut 91/300/EEC , *Soda-ash – ICI,* p. 55.

[40] Kommissionens beslut 91/299/EEC, *Soda-ash-.Solvay,* sedermera överklagat genom T-32/91, där Förstainstansrätten i likhet med *ICI* förklarade Kommissionens beslut i dess helhet ogiltigt av processtekniska skäl. EG-domstolen fastställde i de förenade målen C-287/95 P och C-288/95 P Förstainstansrättens domslut. Kommissionens misslyckande till trots, har beslutens materiella innehåll vad beträffar missbruk av dominerande ställning inte tagits upp av överinstanserna. Enligt min mening ligger resonemanget väl i linje med etablerad rättspraxis och Kommissionens principiella resonemang angående marginalrabatter torde av denna anledning vara väl värd att beakta. Kommissionen antog även den 13 december 2000 ett nytt – men materiellt oförändrat – beslut 2003/6/EG, *Soda-Solvay*, EGT L 10, 2003. Överklagat genom T-57/01, ännu ej avgjort.

derna nästan utan undantag 20 % rabatt på listpriset för kundernas marginalinköp, dvs. köp som gjordes utöver basbehovet. Förutom denna spetsrabatt betalades en årlig lojalitetspremie med check som var beroende av om kunden hade förlagt större delen av sitt inköpsbehov hos Solvay. Solvay införde även ett liknande system med marginalrabatter för sina franska kunder.[41]

Under 1989 var Solvays listpris 403 tyska mark per ton och det genomsnittliga nettopriset för storkunder under de senaste fem åren hade varit mellan 340–360 mark per ton. Det anmärkningsvärda var dock att på marginalinköp kunde priset under 1989 vara så lågt som 250 mark per ton eller till och med lägre.[42]

Kommissionen betonade att effekterna för en konkurrent, som försökte göra en inbrytning som andraleverantör genom att ta över en del av Solvays andel av inköpen (dvs. marginalbehovet hos kunden), måste på sin ordinarie försäljning offerera ett pris som var lika bra, om inte bättre än Solvays pris. Medan en tänkt konkurrent måste offerera ett olönsamt pris på hela sin försäljning till en given kund, kunde Solvay dra nytta av detta genom att endast behöva offerera ett olönsamt pris på marginalbehovet och så på ett effektivt sätt stänga ute konkurrenter. Annorlunda uttryckt sade Kommissionen att

> ”[…] if the competing supplier is to hope to obtain marginal business from Solvay, he will have to compensate the customer for the loss of the financial advantage which is foregone by not purchasing it from Solvay […] . The customer thus has little incentive to seek a second supplier given the favourable price offered by Solvay for marginal tonnage, and the second supplier has no incentive to quote for the customer’s marginal requirements given the unprofitable price at which he will have to offer.”[43]

Rabatterna som beviljades var oftast hemliga och sattes helt diskretionärt från kund till kund. De varierade avsevärt mellan länderna. Olika inköpsvolymer gav olika marginalrabatter och det fanns inget system

---

[41] Se Kommissionens beslut 91/299/EEC, *Soda-ash-Solvay*, p. 14–15.
[42] Se Kommissionens beslut 91/299/EEC, *Soda-ash-Solvay*, p. 16.
[43] Kommissionens beslut 91/299/EEC, *Soda-ash-Solvay,* p. 17.

för vilken gränsvolym som utlöste marginalrabatterna. Rabatterna var inte relaterade till kostnadsbesparingar avseende den levererade volymen. Kommissionen sammanfattade sin syn på rabattsystemet:

> ”The Commission’s objections to the rebate system apply not only to cases where Solvay has complete exclusivity but also to those where it is the principal, but not the sole, supplier. In such cases the progressive rebates contribute to the maintenance of Solvay’s overall dominant position by securing its share of the customer’s business. The rigidity of the market is preserved since it is extremely difficult for any second supplier to break into Solvay’s ’core’ business.”[44]

Effekterna och syftet med Solvays system var enligt Kommissionen klara: Marginal- eller spetsrabatterna syftade till att säkerställa lojaliteten hos kunderna och stänga ute eller åtminstone begränsa konkurrensen. Den avsevärda rabatten gavs till kunder som annars skulle ha gjort sina inköp från en annan leverantör. De i sig olönsamma priserna eller ”dumpade” priserna gjorde det omöjligt eller mycket svårt för konkurrenter att göra inbrytningar på marknaden, vilket band kunderna till Solvay under obegränsad tid och bidrog till stelheten på marknaden. Till slut fanns inget incitament för kunderna att ens söka nya offerter hos andra leverantörer, när man visste att ingen rimligen kunde möta Solvays priser.[45]

Kommissionen ansåg vidare att det inte var nödvändigt att formalisera erbjudanden om marginalrabatter:

> ”There is no need, in order for such practices to fall under Article 86, of a legal obligation or express stipulation requiring the customer to obtain its supplies exclusively from the dominant firm. It is sufficient if the object or result of the inducement offered is to tie customers to the dominant producer.”[46]

---

[44] Kommissionens beslut 91/299/EEC, *Soda-ash-Solvay,* p. 54

[45] Se Kommissionens beslut 91/299/EEC, *Soda-ash-Solvay* , p. 52

[46] Kommissionens beslut 91/300/EEC, *Soda-ash – ICI*, p. 56.

Sättet på vilket köparna binds till det dominerande företaget förefaller således vara av underordnad betydelse, vilket bekräftades i Solvay:

> ”What is important is that the terms of sale of the dominant supplier make it financially attractive for the customer to take its supplies exclusively or mainly from it. The precise means by which this result is achieved are immaterial.”[47]

En speciell form av volymrabatt behandlades in *EuroBonus*.[48] SAS hade beviljat vissa företag en volymbonus genom s.k. företagsavtal. Denna framräknades, omförhandlades och justerades utifrån föregående års inköpsvolym. SAS hade visserligen inte uppgift om kundens totala årsbehov av flygresor, men statistik och erfarenhet från tidigare år gjorde att SAS borde ha kunnat bilda sig en god uppfattning om behovet. Härigenom var det möjligt att utifrån denna kunskap konstruera individuellt anpassade rabattsystem som tillskapade lojalitetseffekter. Rabatten bestämdes nämligen olika från fall till fall och från år till år. KKV kunde konstatera att rabattskalorna inte stod i relation till generellt och objektivt fastställa volymer som var lika för alla köpare, utan individuellt anpassad efter tidigare inköp och förmodad inköpsförmåga. Det fanns således ingen objektiv grund för rabatten.[49]

Volymrabatten innehöll vidare progressivt ökande bonusskalor och KKV fann att progressiviteten utgjorde ett tryck på de företag som anlitade SAS att öka sina resor med SAS för att härigenom komma upp till nästa rabattnivå. I och med att rabatten sattes i förhållande till föregående års volymer kände företagen en press att öka sina inköp hos SAS för att under nästa år ligga kvar på samma rabattnivå eller erhålla en högre rabatt. Vidare var rabattnivån i sig inte uttalad i den mening att rabatten hade bestämts i förväg. KKV ansåg att en rabattnivå som inte

---

[47] Kommissionens beslut, 91/299/EEC, *Soda-ash – Solvay*, p. 51.

[48] Konkurrensverkets beslut 902/1998, *EuroBonus* p. 122–127. Konkurrensverket kunde i ärendet konstatera att SAS hade upphört med den aktuella volymrabatten, varför verket inte vidtog några åtgärder gentemot SAS. Verket konstaterade dock att mycket talade för att rabatten stred mot 19 § KL.

[49] Konkurrensverkets beslut 902/1998, *EuroBonus*, p. 122–123.

var bestämd på förhand skapade en osäkerhet hos kunden om vad som verkligen erbjudits. Härutöver hindrades företagen från att kunna välja det mest gynnsamma inköpsalternativet och byta flygbolag utan att bytet medförde påtagliga ekonomiska förluster för företagen.

Rabatter som på ytan förefaller vara mängdrabatter kan under vissa förutsättningar få snedvridande effekter på konkurrensen.

12.4.2.3 Aggregerade rabatter

I *Coca Cola I och II*[50] konstaterade Kommissionen att missbruk kunde utgöras av att ett dominerande företag beviljade rabatter som var villkorade av köp av olika produkter som var för sig tillhörde olika produktmarknader. Kommissionen benämnde dessa ”*combined target rebates*” och ”*tying provisions*”. De hade det gemensamt att rabatten var beroende av att inköp gjordes av olika produkter, vilkas enda gemensamma nämnare var att de härrörde från Coca Cola. Rabatten på en viss vara skulle därmed bli avhängig av inköp av varor som tillhörde en helt annan varugrupp. Risken att förlora rabatten gjorde därmed att kunden stängdes inne i ett affärsförhållande med det dominerande företaget, vilket är själva tanken bakom en trohetsrabatt. Kunden drivs till att göra flertalet eller alla sina inköp hos det dominerande företaget, något som bara det dominerande företaget i längden kan ha glädje och nytta av. Konkurrensen kommer att snedvridas långsiktigt. Konkurrenters erbjudanden om bättre priser på delar av sortimentet kommer att vara ointressanta för kunden genom att kunden härigenom skulle riskera att gå miste om rabatter på andra varugrupper än just den som konkurrenten vill erbjuda. I likhet med Van Bael/ Bellis[51] skall det framhållas att missbruket i denna del endast kan gälla trohetsrabatter och inte sedvanliga kvantitetsrabatter. Om köparen skulle riskera att gå miste om en rabatt på en vara genom att inköpen av en annan vara minskar, kan det per definition inte vara fråga om ett system av kvantitetsrabatter. Tvärtom

---

[50] *Coca Cola I*, Kommissionens pressrelease av den 13 oktober 1988, IP/88/615 och *Coca Cola Export (Coca Cola II)*, Kommissionens pressrelease av den 9 januari 1990, IP/90/7.

[51] Van Bael/Bellis, a.a. s. 590.

skulle systemet i så fall endast belöna köparen för dess lojalitet, vilket är otillåtet.

Det skall i sammanhanget nämnas att avgränsningen av den relevanta marknaden är av central betydelse för gränsdragningen mellan kvantitetsrabatter och trohetsrabatter. I *Coca Cola* befanns cola-marknaden utgöra en separat marknad inom marknaden för läskedrycker i Italien. Att i det läget göra rabatters storlek beroende av inköpen av den totala mängden läskedrycker från Coca Cola (som även omfattade andra märken) skulle innebära att säljaren de facto tillämpade ett system av otillåtna kvantitetsrabatter.

I *Michelin* förde Kommissionen en i sammanhanget intressant diskussion om trohetsrabatter. Enligt Kommissionen hade Michelin bestämt sig för att ge en extrarabatt på 0,5 % på bildäck såsom en kompensation för de kunder som inte hade nått upp till försäljningsmålen för lastbilsdäck och däck för entreprenadmaskiner. Michelin hade haft svårt att möta efterfrågan på tyngre däck och Kommissionen tolkade rabatten som en trohetsrabatt eftersom rabatten var knuten till tyngre däck, inte bildäck.[52] Det visade sig senare under processen att Kommissionen hade fattat sitt beslut på oriktiga fakta varför EG-domstolen undanröjde Kommissionens beslut i denna del.[53] Trots att beslutet i den delen alltså saknar rättskraft visar dock resonemanget på den principiella inställning som Kommissionen har haft till rabatter med instängningseffekter av detta slag. Kommissionens resonemang torde, om förutsättningarna varit annorlunda, vara riktigt och systemenligt för de fall där syftet eller effekten är att genom att erbjuda förmåner stänga inne kunden i ett affärsförhållande som senare visar sig vara mycket svårt att ta sig ur. Kunden vill måhända inte byta leverantör eftersom rabatterna för tillfället kan förefalla förmånliga. Konkurrensreglerna är dock neutrala till sin natur och skall tillse att konkurrensen som helhet inte snedvrids. Konkurrenter till det dominerande företaget skall även ha en rimlig chans att få konkurrera.

---

[52] Kommissionens beslut 81/969/EEC, *Michelin*, EGT L 353, 1985, p. 50.

[53] Se Kommissionens beslut i *Michelin*, 81/959/EEC, p. 50.

I ärendet *ALAS*[54] hade en konkurrent till Alfa Laval Agri Scandinavia AB (ALAS) anmält till Konkurrensverket att kunderna kunde få högre rabatt på service och reservdelar från ALAS på villkor att kunden även köpte diskmedel av Alfa Laval. Konkurrensverket framhöll att

> ”[m]issbruk enligt 19 § KL kan t.ex. bestå i att tillämpa s.k. aggregerade rabatter där rabattens storlek är avhängig kundens totala inköp av skilda produkter som tillhandahålls av leverantören. Sådana rabatter medför bl.a. att leverantören kan utnyttja sin dominerande ställning på en produktmarknad för att stärka sin ställning på en angränsande marknad, vilket är konkurrensbegränsande.”

Konkurrensverket konstaterade vidare att den aktuella rabatten var ett typexempel på en rabatt som enligt konkurrenslagen kunde utgöra missbruk. Utredningen visade emellertid att rabatterna i fråga inte varit sanktionerade av företaget och till och med att Alfa Laval hade vidtagit åtgärder för att undanröja de aktuella erbjudandena fann KKV inte anledning att meddela något åläggande enligt konkurrenslagen.

I ärendet *Tekniska Verken*[55] behandlade KKV en speciell rabatt som bar likheter med aggregerade rabatter.

> Tekniska Verken hade infört vad företaget självt kallade för en helkundsrabatt om 3 – 4 procent för kunder som köpte både fjärrvärme och el från företaget. Rabatten gavs uteslutande på fjärrvärme under förutsättning att kunderna även köpte hela sitt behov av el från Tekniska Verken för den del av kundens verksamhet eller för de fastigheter som fanns i Linköping. Rabatten motiverades av att Tekniska Verken ansåg att företaget kunde spara administrationskostnader genom samdebitering av el och fjärrvärme samt samordningsfördelar för information m.m.

---

[54] Konkurrensverkets beslut 1056/96, *ALAS*.

[55] Konkurrensverkets beslut 533/1998, *Tekniska Verken*. Jfr även dnr 63/94, *Stattel-avtalet*, där KKV fann att Telias rabatter som räknades på totala antalet abonnemang inom de separata produktmarknaderna NMT och GSM utgjorde otillåtna aggregationsrabatter. Stockholms tingsrätt fastställde KKV:s beslut i målet Ä 8-94-96. KKV upphävde sedermera sitt beslut om åläggande och ärendet avskrevs från vidare prövning i MD.

KKV ansåg att rabatten fick till följd att fjärrvärmekunderna hindrades i sina val av elleverantör när priset på fjärrvärme var beroende av huruvida en kund köpte hela sitt behov av el från Tekniska Verken. Kunderna skulle få svårt att acceptera anbud från konkurrerande elföretag eftersom de i ett sådant fall skulle gå miste om rabatten på 3–4 procent på fjärrvärme. Kostnaden för fjärrvärmen var för många kunder betydligt högre än kostnaden för el, vilket förstärkte incitamentet att inte anlita en konkurrerande elleverantör. KKV ansåg i anledning av detta att Tekniska Verkens rabatter utgjorde ett missbruk av dominerande ställning

KKV ansåg specifikt att rabattsystemet var ”ägnat att allvarligt försvåra för övriga elhandelsföretag att konkurrera med Tekniska Verken […]”. Verket klassificerade missbruket enligt 19 § 2 st 2 p KL, dvs. som ett agerande, vilket var ägnat att begränsa marknader eller produktion till nackdel för konsumenterna. Instängningseffekten torde vara uppenbar för alla former av trohetsrabatter, men i fråga om aggregerade rabatter kan det härutöver även vara fråga om en form av otillåtet kopplingsförbehåll. Om ett dominerande företag gör en förmån för försäljning på en marknad villkorad av att ett försäljningsmål uppnås på en annan marknad kan agerandet komma att liknas vid en otillåten tilläggsförpliktelse i enlighet med artikel 82 (2) (d) EG / 19 § 2 st. 4 p. KL. Aggregerade rabatter torde kunna ses som en sådan otillåten tilläggsförpliktelse.[56]

[56] Se även mål 322/81, *Michelin*. EG-domstolen framhöll att ”[I]t follows that there is no ground for describing the bonus, as the Commission has done, as a discount on sales of heavy-vehicle tyres. In granting the bonus Michelin NV did not make a benefit granted on sales on one market dependent upon the attainment of a target for sales on another market. The Commission’s argument that the practice in question is akin to a linked obligation within the meaning of article 86 (d) is therefore unfounded.” (p. 98). *E contrario* torde av detta resonemang kunna sägas att om Kommissionen hade lyckats fastställa att rabatten på en marknad var villkorad av försäljningsmål på en annan marknad så skulle ett sådant förfarande kunna vara ett missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 (d) EG.

12.4.2.4 Flygbonusprogram – frequent flyer programmes (FFP)

Lojalitetsprogram inom flygbranschen eller s.k. *frequent flyer programmes* (FFP) är en form av lojalitetsrabatt som i rättspraxis i vissa fall har ansetts utgöra ett missbruk av dominerande ställning, t.ex. Eurobonus. I andra fall synes det trots allt har funnits en acceptans för förhållandet att flygbolagen allmänt tillämpar dessa system.

Flygbonusprogram skiljer sig från andra former av lojalitetsprogram i flera avseenden. För det första innehåller flygbonusprogram ofta ett komplicerade system av olika poäng, där s.k. bonuspoäng – eller ”miles” – ger rätt att ta ut förmåner inte i pengar, men i form av gratisresor eller hotellnätter etc. Bonuspoängen kompletteras oftast av s.k. servicepoäng, som under en begränsad tid placerar resenären i olika servicenivåer, vilka ger olika förmåner. Bonuspoäng kan oftast inte lösas in förrän resenären har uppnått en viss tröskelnivå. En annan väsentlig skillnad är att förmånstagaren oftast inte är densamma som den som bär kostnaden för flygresan. Förmånstagaren utgörs i normalfallet av en affärsresenär personligen respektive det företag som denne är anställd vid. I allmänhet är det svårt för såväl resenärer och företag att överblicka vilket nettopris – bonusen inräknad – som betalas för flygresan och belöningsvärdet ligger ofta så högt 5–15 % av inköpsvärdet.[57]

Alla dessa faktorer bidrar till att skapa en lojalitet gentemot flygbolaget, vilken ofta förstärks av att flygmarknaden redan är koncentrerad.

12.4.2.4.1 Negativa effekter av flygbonusprogram

Såsom redan har nämnts medför det krångliga sättet att beräkna bonusen att det blir svårt för resenären eller företagen att göra prisjämförelser mellan olika flygbolag.

[57] Se Konkurrensverkets rapport, *Smakar det så kostar det. En utredning med fokus på flygbonusprogram*, Konkurrensverkets rapportserie 2003:1, s. 36 ff. Se även OECD, *Loyalty and fidelity discounts and rebates*, OECD series roundtables on competition policy, DAFFE/COMP(2002)21, 2003, s. 23.

Flygbonusprogram får ofta effekten att det uppstår en inlåsnings- eller omställningskostnad (s.k. *switching cost*). Hur stor kostnaden blir beror av ett flertal faktorer, bl.a. flygbolagens storlek, antalet avgångar från/till vissa avreseorter/destinationer, avstånd till flygplatser m.m. Progressivitet i belöningarna kan även öka omställningskostnader. Detta kan uppkomma om en 50-procentig ökning av antalet bonuspoäng ger rätt till en dubbelt så dyr gratisresa samtidigt som en dubblering av bonuspoängen ger en rätt till en fyra gånger dyrare resa.[58]

Klemperer betonar de negativa effekter som flygbonusprogram ger upphov till.

> ”Switching costs reduce the product variety available to consumers by reducing firms’ incentives to differentiate their products in any real (functional way) […], as well as by directly preventing switching between firms, direct welfare losses are suffered. […] While there are exceptions to some of these conclusion, they suggest a presumption that public policy should discourage activities that increase consumer switching costs (such as airlines’ frequent flyer programmes) […]”[59]

Flygbonusprogrammen kan hindra att nya aktörer etablerar sig på flygmarknaden. Antag att det finns ett dominerande flygbolag med bonusprogram och en ny aktör utan bonusprogram på marknaden samt att båda aktörerna har samma kostnader. Om båda företagen skulle ta ut priser som exakt ger normal avkastning kommer den nya aktören att få färre kunder än dominanten, eftersom bonusprogrammet lockar de flesta kunder till det dominerande bolaget. Enda sättet att konkurrera med dominanten vore att ta ut förlustbringande priser, vilket avskräcker nyetableringar och förstärker koncentrationen på marknaden eller att konkurrenten skulle ha en framträdande kostnadsfördel eller erbjuda en tjänst som ur resenärens perspektiv gav en högre nytta. Allt annat lika

---

[58] Se KKV 2003:1, s. 80. Se även OECD *loyalty rebates*, s. 23.

[59] Klemperer, P., *Competition when Consumers have Switching Costs: An overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade*, Review of Economic Studies, 1995, 62, s. 536.

gäller dock att just större antal medlemmar i bonusprogrammet desto större blir risken att andra bolag håller sig borta från marknaden.[60]

12.4.2.4.2 Eventuella positiva effekter av flygbonusprogram

Bonusprogrammen behöver inte nödvändigtvis innebära att de alltid ger upphov till negativa effekter. Om branschen skulle kännetecknas av höga fasta kostnader kan ett lojalitetsprogram medverka till bättre resursutnyttjade genom att kritiska volymer kan uppnås – framförallt om kostnaderna är så höga att det inte finns utrymme för två aktörer. Härutöver skulle bonusprogrammen kunna vara ett stöd för flygbolagen i deras sökande efter information om medlemmarnas preferenser och resebeteenden för att härigenom kunna utforma en bättre tjänst. De positiva effekterna synes dock vara marginella och KKV framhåller speciellt att argumentet om skalfördelar motsägs av undersökningar som visar att det oftast inte finns några betydande skalfördelar. Som undantag nämns dock kostnaden per säte vid jämförelser mellan olika storlekar på flygplan.[61]

I Konkurrensverkets rapport framhålls att empiriska undersökningar visar att flygbonusprogram ger högre biljettpriser för affärsresenärer, vilket för flygbolaget SAS uppgår till ca 12 % av ett genomsnittligt pris med flygsträckor med konkurrens. Härutöver anför KKV att vad gäller SAS så ligger inlåsningskostnaden på ca 500 kr per resenär, motsvarande 15 % av genomsnittspriset på biljetter.

---

[60] Se KKV 2003:1, s. 81. Se även Cairns, R. D., Galbraith, J. W., *Artificial compatibility, barriers to entry, and frequent flyer programs*, Canadian Journal of Economics, 1990, s. 807–816. Cairns och Galbraith framhåller att "[…] rebates tend to tie the purchaser to a particular firm, especially if rewards increase more than linearly in accumulated 'coupons,' or if there is a threshold level of rebate coupons below which no rewared can be claimed. The supplier can therefore make one of its services more attractive at a given price than the same service offered by a rival or potential entrant, by offering rebates redeemable on any of the supplier's total set of services. If the incumbent offers a range dominating that of a rival or potential entrant, the rival or entrant cannot successfully use this technique in retaliation. This holds although incumbent and rival may face exactly the same costs for a given service" (s. 814).

[61] Se KKV 2003:1, s. 82.

I fallet *EuroBonus*[62] behandlade MD villkoren för ett bonusprogram för utrikes och inrikes flygresor.

> SAS hade sedan 1992 tillämpat lojalitetsprogrammet EuroBonus för internationella resor. Syftet med programmet var att ge lojala resenärer särskilda förmåner. Medlemskap i programmet var personligt och poäng utgick till medlemmen oavsett vem som betalade biljetten. Poängen kunde senare användas för bl.a. s.k. bonusresor, dvs. gratisresor till olika destinationer beroende av antalet intjänade poäng. Programmet styrde härmed resenärens val av flygbolag samtidigt som pris och kvalitet minskade i betydelse. Resenären kunde även registrera EuroBonus poäng vid resor med andra flygbolag inom Star-alliansen, där SAS var medlem. Uttag av resor kunde ske i vilket bolag som helst inom alliansen, men det mest gynnsamma var erfarenhetsmässigt att ta ut bonusresor hos det flygbolag, vars lojalitetsprogram resenären hade samlat poäng i. Under 1997 utvidgades programmet till att även omfatta inrikes resor i Sverige. Resor företagna inom Sverige gav således poäng som senare kunde användas för resor till utlandet.

Konkurrensen på den svenska inrikesflygmarknaden var försvagad till följd av SAS dominerande ställning. KKV ansåg därför att ett särskilt ansvar åvilade SAS att inte tillämpa förfaranden som ytterligare skulle skada förutsättningarna för befintlig eller tillkommande konkurrens.[63]

KKV tog vidare fasta på de speciella förutsättningar som kringgärdade flygbolags lojalitetsprogram i allmänhet. Lojalitetsprogram fungerar ofta som en form av löneförmån, där poäng som härrör från resor betalda av arbetsgivaren kan disponeras privat. I anledning av detta tenderar resenärerna att välja det flygbolag som ger de största personliga fördelarna. Pris och kvalitet har därmed underordnad betydelse. KKV ansåg därför att lojalitetsprogrammen gav upphov till att ”det normala incitamentet för priskonkurrens” saknades.[64]

En annan egenskap hos lojalitetsprogrammen är att de skapar inlåsningseffekter. Resenärer tar oftast ut bonusresor inom ett flygbolag och

---

[62] MD 2001:4, *EuroBonus*. Se även Konkurrensverket beslut 902/1998 i samma ärende.
[63] KKV 902/1998, *Eurobonus*, p. 117.
[64] Se KKV 902/1998, *Eurobonus*, p. 108.

resenären vill vanligtvis inte dela upp poäng mellan olika program. Nya aktörer med lägre priser kan därför få svårt att etablera sig på marknaden. Lojalitetsprogrammen förstärker fördelarna med ett vidsträckt linjenät. Flygbolag med begränsad geografisk täckning eller som opererar på enbart på vissa sträckor är härigenom i ett allvarligt underläge till det dominerande bolaget.[65]

KKV fann vidare att lojalitetsprogrammen skapade en konstgjord kostnad för att byta flygbolag. Kostnaden bestod i de försämrade möjligheterna att utnyttja bonuserbjudanden. Kvantitativt bedömdes fördelen av ett lojalitetsprogram vara jämställd med ett tio procent lägre pris. Fördelen ökade med en procentenhet för varje tioprocentig andel av det totala antalet avgångar från flygplatsen där flygbolaget opererar. Lojalitetsprogram kunde därför ge ett försteg på mellan 10 till 20 procent. Resenärerna styrdes till SAS och dess partners mot bakgrund av att maximalt utnyttjande av bonuspoäng endast var möjligt om de koncentrerades till ett flygbolag, även på sådana sträckor där det fanns alternativ till SAS[66]

Speciellt när en resenär närmade sig en poänggräns, där nästa nivå berättigade till en mer attraktiv resa kunde, enligt KKV, resenären känna sig låst till SAS och dess allierade bolag.

> ”EuroBonus medför därför, mot bakgrund av lojalitetsprogrammens starka styrningseffekter, en starkt negativ påverkan på den redan ömtåliga konkurrenssituationen på den svenska inrikesmarknaden och gynnar där SAS på ett otillbörligt sätt.”[67]

KKV konstaterade att konkurrenterna till SAS tvingades att främst bemöta SAS lojalitetsprogram, samtidigt som incitamentet att utveckla själva tjänsten – flygresan – och sänka kostnader blev lägre. KKV ansåg att EuroBonus härigenom fungerande som ett konstgjort inträdeshinder på marknaden. Även om de flesta andra större internationella flygbolag

---

[65] Se KKV 902/1998, *Eurobonus*, p. 109–110.
[66] Se KKV 902/1998, *Eurobonus*, p. 112–114.
[67] KKV 902/1998, *Eurobonus*, p. 115.

använde lojalitetsprogram, berättigade detta inte SAS att tillämpa programmet på den svenska inrikesmarknaden.

Den aggregerade effekten uppkom således genom att inrikes flygningar i Sverige gav upphov till poäng som kunde användas för utrikes resor. Bonussystemet var således en form av aggregerad rabatt eftersom den svenska inrikesflygmarknaden utgjorde en separat relevant marknad. Konkurrensen var mycket begränsad och användningen av bonussystemet gjorde det svårt för andra flygbolag att konkurrera med SAS på inrikes sträckor, inte på grund av pris eller kvalitet utan på grund av resenärernas möjligheter att utnyttja bonus på en annan marknad. Härmed gjorde villkoren att rabattsystemet otillbörligt tillskapade en lojalitet bland resenärerna till skada för konkurrenterna.

MD delade i stort KKV:s uppfattning i sak om bonusprogrammet och kunde konstatera att den svenska inrikesflygmarknaden karaktäriserades av Arlanda flygplats centrala ställning i det nav-eker-system som konstruerats samt SAS mycket starka ställning på marknaden. Dock begränsades åläggandet att inte tillämpa Eurobonus för inrikes resor till de sträckor där SAS mötte konkurrens genom befintliga eller tillkommande aktörer.

Vidare ansågs möjligheterna för nya aktörer att träda in på marknaden vara begränsade.

Eurobonusprogrammets trohetsskapande effekt kunde enligt MD vara ägnad att påverka prisbildningen på marknaden genom att priskänsligheten hos resenärerna minskade. MD framhöll speciellt att

> ”[…] det av SAS tillämpade EuroBonusprogrammet med dess betydande lojalitetsskapande verkan och inträdesförsvårande effekt [innebär] att ytterligare hinder läggs i vägen för att den på marknaden existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas”[68]

SAS invände att lojalitetsprogrammet hade utformats i enlighet med Kommissionens riktlinjer som innebar att ett dominerande flygföretag måste låta konkurrerande flygföretag, som inte tillhörde ett annat

[68] MD 2001:4, *Eurobonus*.

bonusprogram, medverka i det aktuella programmet på icke-diskriminerande och skäliga villkor. MD kunde dock konstatera att ett konkurrerande flygföretags deltagande i programmet förutsatte att konkurrenten tvingades träda ur det bonusprogram som företaget redan eventuellt deltog i och att konkurrenten måste lämna uppgifter till SAS om sina kunder ur sin egen databas. I anledning av detta ändrade möjligheterna till inträde i EuroBonusprogrammet inte att förfarandet kunde betraktas som missbruk.

SAS invände även att bonusprogrammet var en nödvändighet för att SAS skulle kunna behålla sin ställning på utrikesmarknaden och att ett förbud för SAS att använda EuroBonus skulle försvaga SAS ställning både på utrikes- och inrikesmarknaden. Även Star-alliansen skulle försvagas gentemot andra allianser. Härutöver framhöll SAS EuroBonusprogrammets betydelse för att bygga upp och underhålla en kunddatabas för att härigenom kunna identifiera och kommunicera med sina kunder och utveckla produkter och service. MD accepterade inte SAS argument och konstaterade att SAS starka ställning inte nämnvärt skulle kunna försvagas om företaget förbjöds att använda EuroBonusprogrammet för inrikes flygresor i Sverige. Det skulle heller inte hindra SAS att utnyttja sin kunddatabas. Sammanfattningsvis fann MD att SAS invändningar mot ett förbud för användning av EuroBonusprogrammet för inrikes flygresor tagna var för sig eller tillsammans inte motiverade att programmet ändå skulle godtas.

MD ålade SAS att inte tillämpa flygbonusprogrammet eller att medverka i liknande program så att poäng kunde intjänas på inrikes flygresor där SAS själv eller med samarbetspartner som var ansluta till Eurobonus mötte konkurrens genom nytillkomna eller existerande aktörer inom flygtransport av passagerare.

Eurobonus har även prövats av norska Konkurransetilsynet, som såg mycket allvarligt på flygbonusprogrammen och som i motsats till MD införde ett totalförbud mot användning av bonusprogrammen på norska

inrikeslinjer – oavsett om SAS/Widerøe/Braathens mötte konkurrens på flygsträckorna eller inte.[69]

12.4.2.4.3 Flygbonusprograms laglighet enligt artikel 82 EG / 19 § KL

Det går inte att utifrån EG-rättslig praxis eller myndighetspraxis säga att flygbonusprogram generellt skall betraktas som missbruk. Däremot finns en stor skepsis och allmänt negativ inställning till flygbolagens användning av bonusprogrammen. Detta skulle framgent kunna medföra att flygbonusprogrammen kan komma att betraktas som missbruk av dominerande ställning.

De nordiska konkurrensmyndigheterna är särskilt negativa till flygbonusprogram – vilket synes kunna förklaras av de speciella omständigheter som råder på flygmarknaden i dessa länder med betydande inrikestrafik, starkt koncentrerade marknader och ett utpräglat nav-eker system. I en samnordisk rapport om flygmarknaden konstateras att FFP skapar inträdesbarriärer, att de leder till höga omställningskostnader och cementerar marknadsstrukturer. Sammantaget rekommenderas därför en kritisk utvärdering enligt artikel 82 och motsvarande nationella regler.[70]

Ett i sammanhanget intressant nordiskt exempel på svårigheten att hantera flygbonusprogram är en specialbestämmelse i danska marknadsföringslagen, vilken det stadgas särskilt att flygbonusprogram är undantagna på förbudet mot att ge utge en s.k. *tilgift*.[71] Undantaget infördes i syfte att göra det möjligt för danska flygbolag att konkurrera

---

[69] Konkurransetilsynets beslut V2002-22 av den 18 mars 2002, Konkurranseloven § 3-10 – inngrep mot SAS', Widerøes og Braathens' bonusprogrammer, EuroBonus og Wings. Beslutet överklagades av SAS till Arbeids- og Administrasjonsdepartementet, som dock avslog överklagandet den 7 juni 2002.

[70] Konkurrencestyrelsen, *Competitive Airlines: towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market*, 2002, s. 15, 78–86, 113–114. Se även KKV 2003:1, s. 103–105.

[71] Lov om markedsføring, LBK nr 699 af 17/07/2000, § 6. Tilgift kan sägas vara en försäljningsmetod när säljaren erbjuder konsumenten en gåva vid köp av en annan vara eller att konsumenten erhåller en kompletterande produkt.

internationellt, vilket har medfört att det har ansetts svårt att införa totalförbud mot flygbonusprogram i Danmark.[72]

En i vissa sammanhang uttrycklig acceptans för flygbonusprogram samtidigt som de konkurrensmässigt betraktas som otillåtna – om än i varierande omfattning – gör rättsläget oklart, vilket även förstärks av Kommissionens praxis.

KKV framhöll i *Eurobonus* att Direktör Hubert Drabble vid Kommissionen i ett tal över ämnet ”Frequent Flyer Programmes Competition Aspects” inför European Air Law Association i Köpenhamn den 8 november 1996, sagt att lojalitetsprogram i allmänhet i viss utsträckning kunde betraktas som legitim konkurrens, men att programmen under vissa förutsättningar kunde begränsa resenärernas valmöjligheter.

En viss acceptans på EG-nivå torde kunna utläsas av praxis, framförallt vad gäller allianssamarbeten se t.ex. *Austrian Airlines / Lufthansa*,[73] där Kommissionen som villkor för ett undantag enligt artikel 81(3) krävde att parterna skulle tillåta en ny aktör att delta i deras gemensamma program för den nya aktörens rutter, om den nya aktören inte deltog i något av parternas bonusprogram eller inte hade ett eget program. Avtalet med en ny aktör måste dessutom ingås på rimliga och icke-diskriminerande villkor, även vad gällde ersättning för eventuella kostnader som parterna skulle kunna komma att drabbas av (se bilaga till beslutet p. 6). Så länge som lojalitetsprogrammet var öppet för deltagande av andra aktörer på skäliga och icke-diskriminerande villkor och som inte redan hade egna program förefaller lojalitetsprogram som omfattar rutter mellan två medlemsländer hittills ha tolererats av Kommissionen. Den relevanta marknaden bestämdes nämligen i fallet till luftfarten mellan Österrike och Tyskland, luftfarten mellan Österrike eller Tyskland och ett annat EES-land samt luftfart mellan övriga EES-länder.[74]

---

[72] Se Competitive Airlines, s. 39.

[73] Kommissionens beslut 2002/746/EG, *Austrian Airlines / Lufthansa*, EGT L 242, 2002.

[74] Kommissionens beslut 2002/746/EG, *Austrian Airlines / Lufthansa*, p. 51. Liknande beslut har även fattats av kommissionen i ärendet IV/M.259 – *British Airways / TAT*, EGT C 326, 1992, där parterna åtog sig att ”[…] offer to those competitors on the Gatwick–Paris (CDG) route who

Det går inte med säkerhet att säga huruvida användningen av lojalitetsprogram i sig skall betraktas som missbruk eller lagligt beteende, utan det synes, som i *EuroBonus*, bero på förutsättningarna i det enskilda fallet. KKV framhåller i sin rapport om flygbonusprogram att Kommissionen hittills inte har tagit ställning till om programmen skall betraktas som missbruk av dominerande ställning, men att Kommissionen likväl har konstaterat att det finns konkurrensbegränsande effekter av programmen. Främst består dessa i inträdesbarriärer för nya eller potentiella flygföretag.[75]

---

so request, and who do not directly or indirectly participate in a Frequent Flyer Programme, the opportunity to participate in their FFP under reasonable and non-discriminatory financial conditions. This engagement is strictly limited to the present operation and does not prejudge the position of BA and TAT in this field. It is also understood that such a commitment will terminate when a Community regulation concerning FFP is adopted." (bilagorna, första brevet). I äredet IV/M.616 – *Swissair / Sabena (II)*, EGT C 200, 1995 krävdes att parterna skulle "[…] offer to those competitors on Brussels-Zurich, Brussels-Geneva, Brussels-Basel and Brussels-Berne who so request, and who do not directly or indirectly participate in a Frequent Flyer Programme, the opportunity to participate in their FFP under reasonable and nondiscriminatory financial conditions. This engagement is strictly limited to the present operation and does not prejudge the position of SWISSAIR and SABENA in this field. It is also understood that such a commitment will terminate when a European Union regulation concerning FFP has come into force." (undertakings p. 3) Liknande åtaganden fanns även i ärendet IV/M.0019 *KLM / ALITALIA*, EGT C 95, 2000. I beslutet 96/180/EG, *SAS/Lufthansa*, EGT L 54, 1996, godkände Kommissionen ett samarbetsavtal mellan SAS och Lufthansa under förutsättning att parterna bl.a. skulle "erbjuda alla företag, som är etablerade i en medlemsstat i EES och som bedriver verksamhet på en eller flera av [vissa linjer mellan Tyskland och Skandinavien] och som inte deltar i något bonusprogram som gäller i flera stater, möjligheten att delta i SAS eller Lufthansas program eller i det gemensamma programmet så snart som det upprättats för försäljning av tjänster på de ovannämnda linjerna. Detta deltagande skall äga rum på grundval av finansiella villkor som inte är diskriminerande." (artikel 3.3) Se även Kommissionens tillkännagivande av den 14 december 1987 i ärendet COMP/38.712, *British Midland/Lufthansa/SAS*, EGT C 83, 2001, där parterna accepterade följande åtagande: "Om ett nytillträdande lufttrafikföretag inte deltar i ett gemensamt bonusprogram eller har ett eget bonusprogram, förbinder sig parterna att efter begäran från det nytillträdande lufttrafikföretaget låta företaget delta i ett av deras bonusprogram eller i deras gemensamma bonusprogram på linjen Frankfurt-London, om ett sådant gemensamt bonusprogram finns. Ett avtal på rimliga och icke-diskriminerande villkor kommer att ingås med ett nytillträdande lufttrafikföretag, bland annat om ersättning för eventuella omkostnader som parterna ådrar sig."

[75] KKV 2003:1, s. 107–110.

Enhetschefen för transportsektionen inom DG Konkurrens, Joos Stragier, har vid ett flertal tillfällen uppmärksammat de negativa effekterna av flygbonusprogram och har för egen del ansett, med utgångspunkt från de svenska och norska avgörandena i Eurobonusfallen, att det tycks vara nödvändigt att se över programmen mer systematiskt och utveckla en gemensam europeisk hållning för FFP.[76]

Huruvida Kommissionen kommer att göra detta återstår att se, men enligt min mening talar de allvarliga konkurrenssnedvridande effekterna för att flygbonusprogrammen i likhet med vad som skett hos de nordiska konkurrensmyndigheterna bör granskas kritiskt enligt artikel 82 EG även på europeisk nivå. Såsom framhålls av OECD är välfärdseffekterna av flygbonusprogram negativa i de fall där trafiken kännetecknas av eker-nav system[77] eftersom de gynnar befintliga bolag. De negativa effekterna förstärks av dålig tillgång till s.k. *slots*, dvs. tillträde till start- och landningstider. De dominerande bolagen innehar oftast attraktiva *slots*, vilket således kan förvärra de negativa effekterna. Eftersom den europeiska flygmarknaden kännetecknas av just dessa faktorer synes en kritisk utvärdering av flygbonusprogrammen vara påkallad.[78]

12.4.2.5 Grupprabatter – grupplojalitetsbonus

Kommissionen behandlade under 1988 ärendet *Napier Brown*[79] som rörde den brittiska marknaden för vanligt strösocker. British Sugar hade sedan 1950-talet en dominerande ställning på marknaden som ett resultat av ett tidigare legalt monopol. Innan Napier Brown gjorde en inbryt-

---

[76] Se Joos Stragiers tal vid EALA-konferensen i Stockholm 22 november under temat *Outlook of European Commission's competition policy and enforcement priorities in air transport*. Se även hans tal av den 22 mars 2002 vid Annual conference of the guild of European business travel agents (GEBTA) i Lissabon under temat *EC competition policy in the aviation sector: State of play and outlook* samt hans tal vid European Air Law Association i Zürich den 9 november 2001 under temat *Airline alliances and mergers –the emerging Commission policy.*

[77] Motsatsen kan sagas vara direktflyg mellan från och till olika destinationer utan omstigningar via ett centralt nav.

[78] Jfr OECD loyalty rebates, s. 23.

[79] 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar.*

ning på marknaden för detaljhandelssocker hade sockerkunderna tidigare varit tvungna att köpa från the National Co-operative buying group, CWS, eftersom British Sugar inte handlade direkt med föreningarna. Kunderna var alla medlemmar i inköpsgruppen. Napier Brown gjorde under 1986 direkta erbjudanden till två medlemmar av gruppen. När British Sugar sedermera insåg att de hade förlorat två av sju kunder svarade de med ett erbjudande direkt till gruppen med innehåll att British Sugar bl.a. beviljade en lojalitets- eller gruppåtagandebonus som innebar att hela gruppen erhöll en bonus under förutsättning att alla i gruppen åtog sig att endast handla socker från British Sugar. Om någon i gruppen gjorde inköp från någon annan än British Sugar, skulle hela gruppen gå miste om inköpsbonusen. Genom denna rabatt skapades ett mycket starkt grupptryck på de medlemmar som inte gjorde sina inköp hos British Sugar. Mot bakgrund av risken för alla att förlora rabatten fanns det således anledning för alla medlemmarna i gruppen att bevaka varandra, så att ingen ”fuskade” och gjorde inköp hos någon annan än British Sugar. Det uppenbara syftet var givetvis att pressa de kunder som handlade hos Napier Brown att återuppta sina inköp hos British Sugar. Kommissionen konstaterade att denna grupprabatt skapade instängningseffekter och att grupplojalitetsrabatten hade samma funktion som en trohetsrabatt genom att den var

> ”[…]designed to deprive the purchasers in question of, or restrict their possible choices of, sources of supply and furthermore to deny other producers […] access to the market”[80]

Grupplojalitetsrabatter har således samma effekter som trohetsrabatter i allmänhet och är inte förenliga med artikel 82 EG.

12.4.2.6 Straffande rabatter

Trohetsrabatter är, som vi sett, oftast ägnade att skapa ett incitament för köparna att göra större delen av, eller alla, sina inköp hos det domine-

[80] 88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar*, p. 74.

rande företaget. Ett allvarligare sätt att stänga in kunder är att dra in vanliga förmåner, exempelvis kvantitetsrabatter, samtidigt som det dominerande företaget inför trohetsskapande prisincitament. Syftet är i likhet med vanliga trohetsrabatter att stänga ute konkurrenter från marknaden, men att samtidigt straffa de kunder som trots allt köper varor av en konkurrent. I målet *BPB Industries*[81] behandlades denna form av rabatt

> BPB Industries plc (*BPB*) omsatte under 1987 1.116.000.000 ECU inom marknaden för gipsskivor avsedda för byggnadsindustrin. Företaget svarade 1987 för omkring halva produktionen av gipsskivor inom gemenskapen. BPB hade ett flertal dotterbolag, varav British Gypsum (BG) tillverkade gipsskivor i Storbritannien och Gypsum Industries plc (GIL) tillverkade i Irland. GIL levererade även genom BG gipsskivor till Nordirland. BG:s marknadsandel uppskattades till 90 % i Nordirland. Före 1982 förekom ingen import av gipsskivor, men under perioden 1982 – 1984 började två företag att importera gipsskivor till Storbritannien och Nordirland. Lafarge UK Ltd. importerade gipsskivor tillverkade i Frankrike och Iberian Trading UK sålde gipsskivor av spanskt ursprung. Det senare bolaget erbjöd priser som låg ca 5–7 % under BGs priser, i vissa fall ännu lägre. I syfte att motverka den nytillkomna konkurrensen och straffa de byggmaterialgrossister som köpte från konkurrenterna svarade BG med att ta bort en allmän rabatt på 4 % från de grossister som började köpa från konkurrenterna. Vidare beviljades en rabatt på 5 % till de grossister som förband sig att främja försäljningen av BG:s produkter och ge BG ställning som ensamleverantör. Förutom att bevilja rabatten tillämpade BG ett system av leveransprioriteringar, där helkunderna fick förtur till leveranser samtidigt som man även betalade vissa kunder för att medverka till BG:s försäljning. Vidare förstärktes kampanjen genom hemliga kvantitetsrabatter och löften om betalning om importen upphörde. Kampanjen var framgångsrik för BPB/BG och fick till resultat att gruppen av grossister som köpte från konkurrenterna tvingades till förhandlingsbordet, där de sedermera sade sig vara villiga att upphöra med importen.

[81] Kommissionens beslut 89/22/EEC, *BPB Industries*, T-65/89 och C-310/93 P. Kommissionens beslut beträffande missbruk av dominerande ställning bekräftades i allt väsentligt av såväl Förstainstansrätten som EG-domstolen.

Kommissionen fann i sin bedömning av fallet att åtgärderna var avsedda dels att försvåra importen av material dels att förmå grossisterna att sluta importera gipsskivor, vilket även var en framgångsrik strategi. Åtgärderna fick avsedd effekt, vilket fick till följd att BG:s ställning som ensamleverantör till grossisterna stärktes. Kommissionen fann att agerandet utgjorde ett missbruk av marknadsdominerande ställning.[82]

Förstainstansrätten konstaterade att den enda fråga som var av betydelse var om det ifrågasatta beteendet, genom användning av andra konkurrensmedel än dem som styr en normal konkurrens för produkter på grundval av aktörernas prestationer, hade till syfte eller kunde få till resultat att marknadsstrukturen påverkades, i ett läge där konkurrensen redan var försvagad till följd av det dominerande företagets närvaro. Förstainstansrätten fann att rabattsystemet och åtgärderna i samband därmed var klart ägnade att straffa de grossister som avsåg att importera gipsskivor och att avhålla dem från att göra detta och härigenom förstärka BG:s position på marknaden för gipsskivor.[83]

Förfarandet med trohetsrabatterna tillsammans med exklusiva inköpsåtaganden, prioriterade leveranser och uteblivna vanliga rabatter utgjorde således ett missbruk av dominerande ställning.

Förstainstansrätten framhöll speciellt att det är ett missbruk enligt [artikel 82 EG] när en marknadsdominerande leverantör, vilken kunden är mer eller mindre beroende av, tillämpar någon form av lojalitetsra-

---

82 Se Kommissionens beslut 89/22/EEC, p. 149–152.: Kommissionen framhöll speciellt att ”[t]hese measures not only made it difficult for imported plasterboard to enter and compete in the market but also put pressure on the merchants to cease importing altogether. This pressure was increased by the clear indications given to the importers that BG did not intend to give up a part of the market, any by other inducements to cease importing, such as the offer to establish a confidential quantity rebate for which they would qualify, and to make a goodwill payment at a later date if imports were brought to an end. BG was successful in inducing the merchants concerned to stop importing and to agree not to import in the future.”, p. 148.

83 T-65/89, *BPB Industries*. Förstainstansrätten betonade att ”[s] uch a practice, by virtue of its discriminatory nature, was clearly intended to penalize those merchants who intended to import plasterboard and to dissuade them from doing so, thus further supporting BG's position in the plasterboard market”, p. 119.

batter som innebär att leverantören genom ekonomiska förmåner söker hindra kunden från att göra inköp från konkurrenter till leverantören.[84]

Det kan vara svårt för en mindre kund att bryta sig ur ett trohetskontrakt med ett dominerande företag. BG hade emellertid infört den ordningen att kunderna hade möjlighet att när som helst säga upp sina avtal med BG eller att avböja säljfrämjande bidrag och fortsätta att sälja importerade gipsskivor. Förstainstansrätten framhöll att detta inte på något sätt mildrade missbruket eftersom rättigheten inte hade någon bärighet på förhållandet innan att en uppsägningsrätt utnyttjades. Vidare kunde själva rätten att säga upp avtalet vara betydelselös eftersom det dominerande företaget var tillräckligt starkt att inte bara förmå kunderna att ingå avtal med det dominerande företaget utan även att hålla avtalen vid liv:

> ”The argument that the merchants were entitled to discontinue their contractual relations with BG at any time has no force since the right to terminate a contract in no way prevents its actual application until such time as the right to terminate it has been exercised. It should be observed that an undertaking in a dominant position is powerful enough to require its customers not only to enter into such contracts but also to maintain them, with the result that the legal possibility of termination is in fact rendered illusory.”[85]

I fallet *Irish Sugar*[86] hade Irish Sugars distributör Sugar Distributors Limited (SDL) beviljat en rabatt till den irländska grossistgruppen Allied Distribution Merchants (ADM).

---

[84] T-65/89, *BPB Industries*, ”… the application by a supplier who is in a dominant position, and upon whom as a result the customer is more or less dependent, of any form of loyalty rebate through which the supplier endeavours, by means of financial advantages, to prevent its customers from obtaining supplies from competitors constitutes an abuse within the meaning of Article 86 of the Treaty”, p. 120.

[85] T-65/89, *BPB Industries*, p. 73.

[86] Se Kommissionens beslut 97/624/EG, *Irish Sugar*, Kommissionens kunde konstatera missbruk av dominerande ställning i form av trohetsrabatter, vilket bekräftades av såväl Förstainstansrätten i målet T-228/97, *Irish Sugar*, p. 194–202 och efter överklagande genom avgörandet i EG-domstolen C-497/99, *Irish Sugar*.

> Rabatten innebar att köparen fick ett bättre pris om kunden köpte en viss mängd socker. Rabatten var utformad så att ADM fick samma pris som om de hade köpt tre gånger så mycket, dvs. ADM fick priset för [3x] ton vid köp av endast [x] ton. Förstainstansrätten kunde konstatera att det var otvistigt att den beviljade rabatten inte berodde på vilken mängd av socker som ADM hade sålt, utan istället fastställdes i förhållande till försäljningsmål. ADM hade börjat att köpa socker av en konkurrent till SDL, ASI, som sålde socker av franskt ursprung. Så snart ADM:s medlemsföretag hade fått det franska sockret levererat erbjöd sig SDL att byta ut allt socker som handlarna hade i sina lager. Detta genomfördes även inom en mycket kort tidsperiod efter det att handlarna hade fått det franska sockret levererat – från endast några timmar upp till 7 dagar.[87] Härutöver hade SDL meddelat ADM att om inköpsmängderna minskade, så skulle SDL ta bort rabatten.

Kommissionen konstaterade att rabatten i fråga utgjorde en mål- eller trohetsrabatt, som innebar att kunden bands till den dominerande leverantören. Kommissionen fann vidare att detta inte var någon vanlig kvantitetsrabatt mot bakgrund av att rabatten uppenbarligen hade beviljats som ett svar på nytillkommen fransk import på den irländska marknaden för detaljhandelssocker.[88] Förstainstansrätten fann även att SDL:s agerande att byta ut socker av franskt ursprung mot socker med det egna varumärket var ägnat att tillförsäkra SDL kundernas lojalitet.

SDL anförde till försvar för agerandet att eftersom SDL redan innan det franska sockret lanserades på den irländska marknaden handlade med ADM, så hade rabatten inte till syfte att binda kunden till det dominerande företaget. Förstainstansrätten accepterade inte SDL:s resonemang och framhöll särskilt att samtliga omständigheter kring beviljandet av rabatten måste undersökas – särskilt kriterierna och reglerna för att erhålla rabatten. När en rabatt inte baseras på en ekonomisk motprestation måste syftet med rabatten undersökas för att fastställa om den är ägnad ”att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartner tillämpa olika villkor för likvärdiga prestatio-

[87] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 228.
[88] Kommissionens beslut 97/624/EG, *Irish Sugar*, p. 127.

ner eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrida konkurrensen."[89]

I förevarande fall kunde Kommissionen konstatera att rabatten och produktutbytet medförde att ADM bands hårdare till SDL.

> "I motsats till vad sökanden har hävdat visar inte den omständigheten att ADM tidigare gjorde sina inköp från ADL, innan företaget kontaktades av ASI, att rabatten i fråga inte medförde trohet, utan bekräftar att beviljandet av denna rabatt, som inte bestritts i sak, ledde till att kunden bands till den dominerande leverantören […], eller med andra ord att man återfick en kund som var frestad att gå över till en konkurrent. En sådan metod strider mot artikel 86 i fördraget [nu artikel 82 EG, förf. anm]".[90]

Kommissionen fann att rabatten var i sig otillåten, likaså utbytesförfarandet. Vad som gjorde agerandet speciellt allvarligt i detta fall var att SDL hade använt rabattsystem inte bara som ett incitament för att skapa lojalitet utan även som ett sanktionsmedel för att straffa illojalitet gentemot SDL bland de handlare som ville gå över till en konkurrent. Förfaranden av detta slag hindrar alltså konkurrensen och är otillåtna i enlighet med artikel 82 EG.

12.4.2.7 Målrabatter

Otillåtna trohetsrabatter är – som beskrivits ovan – i sin typiska form instrument ägnade att förmå en köpare att lägga alla eller huvuddelen av sina inköp hos det dominerande företaget. Kvantitetsrabatter kan, å andra sidan, spegla en verklig besparing hos säljaren genom exempelvis tillskapandet av skalfördelar, mer rationell hantering etc. Om kvantitetsrabatter lämnas av ett dominerande företag kan det ur säljarens perspektiv betraktas som att målet är att uppnå en viss försäljningsvolym för att skalfördelar, rationaliseringar etc. skall kunna åstadkommas. I praxis har frågan ställts om det kan anses vara konkurrensrättsligt tillåtet att i förväg avtala om en viss volym genom att sätta upp mål för för-

[89] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 197.
[90] T-227/97, *Irish Sugar*, p. 198.

säljningen, för att härigenom nå en viss kritisk volym som berättigar köparen till en kvantitetsrabatt. Ett sätt att betrakta sådana avtal om försäljningsmål är att de i själva verket endast är att betrakta som vanliga köpeavtal – utan trohetsförpliktelser – som berättigar köparen till en volymrabatt. Målrabatter kan även utformas på så sätt att köparen får en extra bonus under förutsättning att det sker en expansion i förhållande till inköpen under en tidigare period.

Av hittillsvarande rättsfallspraxis framgår att avtal om försäljningsmål eller premier för försäljningsökningar oftast har betraktats få negativa effekter ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

I fallet *Michelin*[91] fann Kommissionen och sedermera EG-domstolen att det nederländska dotterbolaget till Michelinkoncernen, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin (NBIM), hade missbrukat sin dominerade ställning inom marknaden för ersättningsdäck för lastbilar, bussar etc.

> Målet gällde framförallt rabatter som NBIM hade beviljat däckhandlarna i Nederländerna genom att bl.a. på individuell basis bevilja rabatter som var beroende av försäljnings-”mål”. Rabattsystemet var en rörlig årsrabatt, som till en början betalades ut i förskott varje månad och senare varje kvartal. Procentsatsen var beroende av däckhandlarens omsättning av Michelindäck – oavsett kategori under föregående år. Till en början var rabattskalan progressiv, men ändrades under 1978 till att vara en fast rabattsats. Rabatten erhölls endast om återförsäljaren under det aktuella året hade nått upp ett försäljningsmål, bestående av ett visst antal sålda däck. Rabattsystemet offentliggjordes aldrig av NBIM, utan fastställdes individuellt mellan återförsäljare och NBIM:s handelsrepresentant.

NBIM hade, enligt Kommissionen, knutit däckhandlarna i Nederländerna till sig genom att NBIM på individuell basis beviljat rabatter som var beroende av ”försäljningsmål”. NBIM ansåg, å andra sidan, att det var fråga om en enkel mängdrabatt, vars syfte endast var att stimulera återförsäljarna till ytterligare inköp samt att ge belöning för den prestation som bestod i att ett gemensamt avtalat försäljningsmål för Miche-

[91] Mål 322/81, *Michelin*.

lindäck hade uppnåtts. Den franska regeringen, som deltog som intervenient i processen, hävdade även att ett rabattsystem som grundas på försäljningsmål inte i sig självt kunde antas utgöra ett missbruk.

Beträffande frågan om missbruk av dominerande ställning framhöll domstolen inledningsvis att artikel 86 [nu artikel 82 EG] omfattar sådana ageranden av ett dominerande företag som generellt kan påverka konkurrensstrukturen på en marknad:

> ”[…] article 86 covers practices which are likely to affect the structure of a market where, as a direct result of the presence of the undertaking in question, competition has already been weakened and which, through recourse to methods different form those governing normal competition in products or services based on trader’s performance, have the effect of hindering the maintenance or development of the level of competition still existing on the market”.[92]

Trohetsrabatter syftar till att hindra kunderna från att göra sina inköp hos konkurrenterna genom att erbjuda den finansiella förmåner och är därför, enligt EG-domstolen, ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 [nu artikel 82 EG].[93] Till skillnad från förutsättningarna i fallen *Suiker Unie* och *Hoffmann-La Roche* var inte återförsäljarna förpliktade att uteslutande eller till en bestämd del täcka sina behov hos NBIM för att erhålla rabatten. NBIM hade visserligen tillämpat ett progressivt rabattsystem fram till år 1978. Skillnaden mellan högsta och lägsta rabatten var dock inte större än 0,2–0,4 %. Rabattsystemet kunde förefalla vara mycket likt ett vanligt mängdrabattsystem, men EG-domstolen fann att den progressiva skalan endast visade inom vilka gränser rabatt kunde erhållas. EG-domstolen framhöll i likhet med praxis från *Suiker Unie* och *Hoffmann-La Roche* att det var nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter, särskilt kriterierna och reglerna för hur rabatten beviljades.[94]

---

[92] Mål 322/81, *Michelin*, p. 70.

[93] Mål 322/81, *Michelin*, p. 71.

[94] Jfr även ärendet dnr 152/94, *Privpak,* där KKV behandlade rabatter som var utformade med kundens totalbehov som referenspunkt. KKV ansåg att sådana rabatter kunde utgöra ett missbruk

En central fråga var om NBIM kunde anses ha knutit återförsäljarna till sig. EG-domstolen tog fasta på den långa referensperiod som gällde för rabatten, nämligen ett helt år. EG-domstolen fann att varje system enligt vilket rabatter beviljades i förhållande till sålda kvantiteter under en relativt lång referensperiod gör att det blir en press på köparna att uppnå den nödvändiga inköpsvolymen för att köparen skall erhålla förmånen, eller undvika en förutsedd förlust för hela perioden. Även om skillnaderna i rabattsatserna var mycket små var de ändå betydelsefulla eftersom rabatten för hela årets inköpsvolym påverkades.[95]

Därtill skulle läggas att NBIM hade en avsevärt större marknadsandel än närmaste konkurrent och om den eller någon annan skulle vilja offerera en förmån vid årets slut, skulle den i så fall vara tvungen att erbjuda en rabatt som uppvägde bortfallet av hela årets rabatt från NBIM. Även om NBIM:s rabattsats var förhållandevis låg kunde det bli svårt för konkurrenterna att kompensera återförsäljarna för bortfall av förmåner eller för förluster.[96]

Härutöver framhöll domstolen att NBIM:s hela rabattsystem ändrades hela tiden och karaktäriserades av brist på insyn, vilket gjorde att det var svårt för kunderna att förutse konsekvenserna av att inte uppnå inköpsmålen hos NBIM. Ett stort tryck lades därför på köparna att göra alla sina inköp hos NBIM och domstolen betonade att det inte är tillåtet att hindra återförsäljare från att fritt kunna välja det mest förmånliga erbjudandet bland olika konkurrenters och att kunna byta leverantör utan att köparen skall behöva lida en påtaglig ekonomisk förlust. Tillträdet till marknaden och valmöjligheterna för kunderna begränsas därmed.

---

om om de baserades på kundens uppskattade årsbehov av produkten i fråga samtidigt som det inte framgick vilka konskvenser som drabbar kunden prismässigt om han inte uppfyller målet. Årsbonussatser som ufaller endast vid en nivå som bestäms utifrån kundens uppskattade totala årsbehov ansågs även utgöra missbruk. Härutöver ansåg KKV att rabatter som var utformade så att de ökade mest vid en årsvolym som bestämts med utgångspunkt från kundens uppskattade totala årsbehov tillika utgjorde ett missbruk. Mål 322/81, *Michelin*.

[95] Mål 322/81, *Michelin*, p. 81.

[96] Mål 322/81, *Michelin*, p. 82.

> ”Such a situation is calculated to prevent dealers from being able to select freely at any time in the light of the market situation the most favourable of the offers made by the various competitors and to access to the market more difficult for competitors and to change supplier without suffering any appreciable economic disadvantage, it thus limits the dealer's choice of supplier and makes access to the market more difficult for competitors.”[97]

EG-domstolen framhöll särskilt att målet att sälja mer däck eller att kunna planera produktionen bättre inte kunde uppväga den begränsning i kundens valfrihet och oberoende som rabattsystemet förde med sig. Återförsäljarna hade hamnat i en beroendeställning som inte kunde uppvägas av någon ekonomiskt motiverad motprestation.[98]

Mot bakgrund av detta fann domstolen att NBIM hade missbrukat sin dominerande ställning genom att på ett otillbörligt sätt knyta kunderna till sig.[99]

Det har i senare praxis från bl.a. Förstainstansrätten och Kommissionen framhållits att om ett företag med dominerande ställning beviljar en rabatt på grundval av ökade inköp som sker under en viss period – utan att rabatten kan anses vara en kvantitetsrabatt – utgör detta missbruk av den dominerande ställningen, eftersom metoden i fråga endast har till syfte att binda de kunder som erhåller rabatter och därmed placera konkurrenterna i ett konkurrensmässigt underläge.[100]

I *Irish Sugar*[101] hade det dominerande företaget beviljat rabatter för socker, avsett för detaljhandeln till grossistgrupper, som förutsatte ökningar i inköpen av detaljhandelssocker från det dominerande företaget.[102] Förstainstansrätten ansåg att Kommissionen hade gjort en kor-

---

[97] Mål 322/81, *Michelin*, p. 85.

[98] Se mål 322/81, *Michelin*, a. st.

[99] Mål 322/81, *Michelin*, p. 86.

[100] Jfr T-228/97, *Irish Sugar*, p. 213-214. Jfr även *Coca Cola I*, Kommissionens pressrelease av den 13 oktober 1988, IP/88/615, där Kommissionen framhärdar att ”[…] rebates conditional upon targets linked to volume of purchases in the previous year […]” är otillåtna i enlighet med artikel 86 i fördraget [nu artikel 82 EG].

[101] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 203–225.

[102] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 203.

rekt bedömning när den ansåg att en sådan rabatt inte kan anses vara tillåten. Förstainstansrätten klargjorde att

> ”[…] en rabatt som beviljas av ett företag med en dominerande ställning på grundval av de ökade inköp som sker under en viss period, utan att denna rabatt kan anses utgöra en normal kvantitetsrabatt […] utgör missbruk av den dominerande ställningen, eftersom en sådan metod endast har till syfte att till sig binda de kunder som beviljas rabatterna och att placera konkurrenterna i konkurrensmässigt underläge”[103]

I målet hade det dominerande företaget dessutom utformat underlaget för beräkning av rabatterna så att det bestod av inköpen under perioden april till september under det aktuella året. Underlaget hade dessutom tillkommit före lanseringen av konkurrerande sockermärken under sommaren samma år, vilket innebar att de ”mängdrabatter” som det dominerande företaget beviljade kunderna måste ha varit ägnade att knyta till sig kundernas sammanlagda behov av detaljsocker.[104]

Förstainstansrätten framhöll att om ett marknadsdominerande företag beviljar målrabatter, som har till resultat att lagren fylls och inköpen därmed minskar, kommer den normala utvecklingen av konkurrensen att snedvridas, vilket är oförenligt med målen för den gemensamma marknaden. Rätten markerade även att beviljandet av en målrabatt typiskt sett inte baseras på någon ekonomisk motprestation som berättigar en sådan fördel. Syftet är i stället att frånta eller inskränka köparens möjligheter att välja inköpskällor samtidigt som man hindrar andra leverantörers tillträde till marknaden.[105]

---

[103] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 213.
[104] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 213.
[105] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 214.

I *Eurobonus*[106] behandlade Konkurrensverket en speciell form av målrabatter. SAS tillämpade gentemot sina företagskunder en s.k. destinationsbonus som innebar att företag med stora resevolymer erbjöds en speciell rabatt på vissa linjer, geografiska områden eller vissa destinationer. Destinationsbonusen erbjöds antingen som en viss procent på totalt inköpsvärde för destinationen i fråga eller som en stegvis ökande progressiv rabatt, där en viss volym måste uppnås för att erhålla en högre bonus. I vissa fall fanns även återverkande rabatter, där bonusen räknades från första resan när nästa nivå i rabattskalan hade uppnåtts.

Konkurrensverket kunde konstatera att syftet med rabatten – oavsett dess utformning – var att styra företagen till att köpa alla eller större delen av sina behov av flygresor för en viss destination från SAS. KKV:s utredning visade att SAS bl.a. bedömde kundens möjlighet att öka sitt resande med SAS till de aktuella destinationerna och erbjöd senare en högre bonus mot villkoret att kunden ökade sina resor med SAS till destinationen med en viss procent. KKV kunde därför konstatera att dessa individuellt utformade bonussystem för en selektiv destinationsbonus var trohetsskapande och skapade starka inlåsningseffekter.[107]

I samma ärende behandlade KKV även en säljmålsbonus som SAS beviljade olika resebyråer i form av vad SAS kallade en volymbonus.

> Om resebyrån ingick i en resebyråkedja beräknades och redovisades bonusen för hela kedjan. Avräkning och utbetalning gjordes varje tertial, dvs. tre gånger per år. Beräkningen tillgick så att SAS fastställde ett försäljningsmål, uttryckt i ett index, kallat ILY (Index Last Year). Beräkningen gjordes så att omsättning för aktuell period dividerades med motsvarande periods omsättning föregående år och multiplicerades med 100. Höjden på ILY bestämdes utifrån marknadstillväxten, genom att den faktiska tillväxten för

[106] Se Konkurrensverkets beslut 902/1998, *EuroBonus*, p. 41–42 och 128–132. Verket konstaterade vad gäller destinationsrabatter som beviljades för företag att mycket talade för att rabatterna stred mot 19 § KL, men att SAS uppgivit att rabatten skulle tas bort. Ingen destinationsbonus skulle därmed utgå på SAS inrikeslinjer och det skulle efter ändringarna av rabattsystemet inte finnas någon möjlighet till routesektorbonus för inrikestrafiken. I anledning av detta vidtog KKV inga åtgärder gentemot SAS.

[107] Se Konkurrensverkets beslut 902/1998, *Eurobonus*, p. 128–132.

> samtliga agenter räknades ut efter periodens utgång, varvid de individuella nivåerna justerades motsvarande. Bonusen bestod av två komponenter, grundbonus och tillväxtbonus. Den förra komponenten betalades retroaktivt på all omsättning från första kronan till målnivån under förutsättning att resebyrån uppnått minst 90 procent av försäljning jämförd med motsvarande period föregående år. Den senare komponenten utgick på den del av försäljningen som översteg målnivån uttryckt i ILY, vilket benämndes ”tillväxtpunkten”. Tillväxtbonusen var dels progressiv och dels tillbakaverkande till tillväxtpunkten (ILY).

KKV kunde konstatera att säljmålsbonus kan åstadkomma samma inlåsningseffekter som rent trohetsskapande rabattsystem och att rabatten i fråga skiljde sig från normal konkurrens ur två viktiga hänseenden. För det första ansåg KKV att rabatterna påverkade fördelningen av marknadsandelar så som inte skulle ha förekommit vid normal konkurrens, där faktorer som pris och kvalitet har större betydelse. För det andra påverkades konsumtionsmönstret hos slutkonsumenterna trots att dessa inte fick någon direkt fördel av rabatterna.[108]

Rabatterna kunde därför, enligt KKV, medföra svårigheter för andra aktörer på flygmarknaden att konkurrera med SAS. Även vid ganska låga bonusnivåer kunde resebyråer få ett starkt incitament att fortsätta sälja resor med SAS framför konkurrenterna, mot bakgrund av att förlust av betydande bonusbelopp stod på spel. KKV ansåg därför att mycket talade för att tillämpningen av volymbonusvillkoren för resebyråerna utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.[109]

I fallet *Virgin/British Airways*[110] behandlade Kommissionen vissa incitamentsprogram eller målrabatter som British Airways lämnade till resebyråer vid försäljning av resor med British Airways.

---

[108] Se Konkurrensverkets beslut 902/1998, *Eurobonus*, p. 140–141.

[109] Se Konkurrensverkets beslut 902/1998, *Eurobonus*, p. 142–144. SAS hade emellertid infört ett nytt agentprogram, enligt vilket ingen volymbonus skulle utgå. Härmed ansåg KKV att det inte fanns någon anledning att vidta några åtgärder gentemot SAS.

[110] Kommissionens beslut 2000/74/EG, *Virgin/British Airways*. Beslutet har överklagats till Förstainstansrätten och har ännu inte avgjorts. Mål T-219/99, EGT C 20/44.

> Virgin Atlantic Airways hade lämnat in klagomål mot vissa av British Airways (BA) affärsmetoder som bl.a. omfattade ett resultatbonussystem som var en tilläggsprovision som tillämpades på marknaden för resebyråtjänster för flygresor inom Storbritannien. Bonusen var progressiv och beräknades utifrån hur mycket resebyråerna hade ökat försäljningen av BA:s biljetter. Skalorna var olika utformade i beroende av vilken typ av flygningar som var aktuella (lång- eller kortdistans osv.). För att resebyråerna skulle få rätt till resultatbonusen krävdes att de varje år ökade försäljningen av biljetter med BA. Bonussystemet omfattade i allt väsentligt inte inrikesresor med BA, men eftersom bonusen räknades på totala trafikintäkterna för BA hade även inrikesbokningarna betydelse för att uppnå riktvärdet. Varje gång försäljningsökningsmålen uppnåddes ökade provisionen på alla biljetter som resebyrån hade sålt, dvs. inte bara de för de biljetter som översteg försäljningsmålet. Byråer som låg nära tröskelvärdet för en resultatbonus kunde således genom att sälja relativt få extra biljetter med BA kraftigt öka sina provisionsintäkter. Utöver grundbonusen var för varje resebyrå och kunde även en tilläggsprovision utgå om vissa försäljningsmål uppnåddes. Varje månad gjordes en jämförelse med resebyråns försäljning under samma månad föregående år. Om resebyrån nådde upp till riktvärdet 95 % av försäljningen motsvarande månad föregående år fick den rätt till resultatbonus. För utrikes resor ökade resultatbonusen med 0,1 % till maximalt 3 % för varje procentenhetsökning. För inrikes resor var ökningen 0,1 för varje treprocentenhetsökning. För maximal resultatbonus krävdes således att resebyrån sålde hade ett försäljningsresultat på 125 % i jämförelse med samma månad föregående år.

Kommissionen illustrerade resultatbonussystemet med följande exempel: Om en resebyrå sålde biljetter för £100.000 en månad under föregående år och försäljningsresultat under innevarande år skulle vara identiskt skulle detta ge en grundprovision på 7 % och en resultatbonus på 0,5 %.[111] Den sammanlagda provisionsintäkten skulle därmed bli £7.500. Skulle 1 % av utrikesbiljetterna i stället säljas för någon av BA:s konkurrenter, så sjönk resultatbonusen till 0,4 %, vilket skulle innebära

[111] Riktvärdet är 100 (dvs. 100 % av försäljningsresultatet under samma månad föregående år). Resultatbonusen börjar räknas vid riktvärdet 95 och ökar 0,1 för varje procentenhet som överstiger 95, dvs. total 0,5 %.

ett bortfall av provisionsintäkter på £174[112] om resebyrån skulle sälja en biljett för £1.000 för något annat flygbolag. Det faktiska bortfallet i provisionsintäkter skulle därmed bli 17,4 %, eftersom tilläggsprovisionen räknades på hela försäljningsbeloppet. Flygbolag som ville konkurrera med BA på marginalen måste därför vara beredda att betala 17,4 % i provision till resebyrån för att kunna konkurrera med BA, vilket var avsevärt högre än de totalt 7,5 % som BA faktiska betalade resebyråerna.[113]

Kommissionen anförde att BA:s rabattsystem stred mot den generella principen att en leverantör med dominerande ställning kan ge rabatter som är effektivitetsrelaterade, men inte rabatter eller andra incitament som befrämjar lojalitet. Rabattsystemen var, enligt Kommissionen mer kopplade till lojalitet än effektivitet.[114]

BA ansåg att det fanns effektivitetsvinster i ett samarbete med resebyråer som säljer många biljetter. Kommissionen accepterade dock inte detta resonemang eftersom även mindre resebyråer med ineffektivt mycket låga volymer kunde erhålla den störa tilläggsprovisionen under förutsättning att de ökade försäljningen med 25 %. Systemet tog därmed inte hänsyn till de resebyråer som skapade stordriftsfördelar för BA genom att sälja ett stort antal biljetter. Om inte de större resebyråerna ökade sin försäljning kunde tilläggsprovisionen utebli om de inte ökade försäljningen, trots att de redan bidrog med avsevärda effektivitetsvinster till BA. I anledning av detta ansåg Kommissionen att provisionssystem som tillämpas av dominerande företag som befrämjar lojalitet och inte tar hänsyn till den totala storleken av försäljningsvolymen är olagliga. Kommissionen ansåg att denna slutsats gällde oberoende av om resebyråerna eller konkurrenter hade möjlighet att minimera eller undvika effekterna av systemen. Även om konkurrenter hade lyckats ta marknadsandelar av BA skulle det kunna vara antagligt att de hade varit

---

[112] Försäljningsintäkterna är endast £99.000, vilket motsvarar 99 % av försäljningen samma månad föregående år. Provisionsintäkten blir därmed £99.000 x (0,07 + 0,004) = £7.326.

[113] Se Kommissionens beslut 2000/74/EG, *Virigin/British Airways*, p. 30.

[114] Se Kommissionens beslut 2000/74/EG, *Virigin/British Airways*, 101–102.

mer framgångsrika vid avsaknad av det aktuella lojalitetsprogrammet.[115]

Rabattsystemet var inte bara utestängande utan även diskriminerande i den mening att två olika resebyråer som hanterade samma volym av biljetter kunde få olika ersättning. Omvänt kunde även två olika resebyråer som hanterade olika volym av biljetter få samma ersättning, procentuellt sett. Detta medförde, enligt Kommissionen, att vissa resebyråer fick en konkurrensnackdel i förhållande till andra, vilket påverkade resebyråernas förmåga att konkurrera med varandra negativt.[116]

Baserat på beslutet i *Virgin/British Airways* utfärdade Kommissionen samtidigt allmänna principer om hur flygbolags provisionssystem bör utformas gentemot resebyråer som distribuerar deras biljetter.[117] Kommissionen konstaterar i riktlinjerna att ett dominerande företag inte kan ge incitament till sina kunder och distributörer att vara lojala mot företag, genom vilka det dominerande företagets konkurrenter stängs ute från marknaden. I det fall ett dominerande företag vill ge kompletterande provisioner till resebyråer skall dessa avspegla någon av resebyråerna extra tillhandahållen service eller några effektivitetsskäl. Sålunda skulle följande principer ligga till grund för provisionsbetalningar:

- Differentierade provisioner som erbjuds till olika resebyråer är tillåtna om skillnaderna avspeglar variationer i kostnader för distributionen av biljetter genom olika resebyråer. Tillåtna skillnader kan även baseras på variationer i värdet av tjänsterna som tillhandahålls för flygbolaget av olika resebyråer.
- Provisioner kan även höjas till en nivå som motsvaras av inbesparing i flygbolagets distributionskostnader eller ökning i värde av de tjänster som resebyråerna tillhandahåller i biljettdistributionen.

---

[115] Se Kommissionens beslut 2000/74/EG, *Virigin/British Airways*, p 102, 107.

[116] Se Kommissionens beslut 2000/74/EG, *Virigin/British Airways*, p. 108–111.

[117] Kommissionens pressrelease IP/99/504 av den 14 juli 1999, *Commission sets out its policy on commissions paid by airlines to travel agents.*

Skillnader i provisionssatser skall alltså i första hand spegla skillnader i kostnader eller effektivitet. Härutöver gäller enligt riktlinjerna att

- provisionerna får inte baseras på försäljningar som gjorts under längre referensperiod än sex månader,
- provisionerna får inte göras beroende av försäljningsmål i förhållande till en föregående period,
- provisionerna skall vara linjära, dvs. inte progressiva,
- provisionen som betalas på någon biljett får inte inkludera någon ökning i provisionerna som betalas på alla andra av flygbolagets biljetter som utfärdats av resebyrån, dvs. provisionen får inte baseras på själva ökningstakten i försäljningen, och
- resebyråerna skall vara fria att sälja biljetter för alla andra flygbolag samt varor och tjänster som tillhandahålls av någon tredje part.

12.4.2.7.1 BA:s lojalitetsrabatter bedömda i amerikansk rätt

Virgin stämde British Airways i USA för brott mot §§ 1 och 2 Sherman Act för de effekter som lojalitetsprogrammet hade på resor mellan London och städer i USA. Fallet drevs civilrättsligt, varvid varken FTC eller DOJ intervenerade i processen. Till skillnad från Europa konstaterade appelationsdomstolen[118] att Virgin inte lyckats styrka att BA:s konkurrensmetoder skadade kunderna. För att stå i strid med § 1 Sherman Act (*restraints of trade*) krävdes enligt domstolen att Virgin inledningsvis måste styrka att lojalitetsrabatterna hade en faktisk snedvridande effekt på konkurrensen som helhet på den relevanta marknaden. Om Virgin skulle lycka passera detta första hinder i analysen kastades bevisbördan om till BA att styrka de konkurrensmässiga fördelarna med lojalitetsrabatterna. Skulle BA lyckas med detta skulle bevisbördan kastas tillbaka till Virgin att styrka att dessa positiva effekter på konkurrensen hade kunnat uppnås med hjälp av konkurrensmässigt mindre restriktiva metoder. Virgin lyckades inte att initialt styrka några konkurrenssned-

[118] *Virigin Atlantic Airways ltd. V. British Airways PLC* 2nd Circ (2001). Docket No. 99-9402

vridande effekter och appelationsdomstolen framhöll särskilt vad gäller lojalitetsprogram att

> ”These kinds of agreements allow firms to reward their most loyal customers. Rewarding customer loyalty promotes competition on the merits. Since the incentive agreements serve a procompetitive purpose, Virgin must show the same purpose could be achieved without restricting competition […] While Virgin believes it was disadvantaged by such agreements, injury to a competitor cannot be said to be the sine qua non of a § 1 violation. The Sherman Act and other antitrust law are designed to protect competition, not individual competitors”[119]

Härutöver hävdade Virgin att BA även hade brutit mot § 2 Sherman Act (*attempt to monopolize*) genom att trohetsrabatterna utgjorde något som Virgin kallade för ”*predatory foreclosure*”, vilket beskrevs som en prissättning av en vara eller tjänst under kostnader i syfte att avskräcka och/eller försena inträdet eller expansionen hos en konkurrent. Agerandet skulle vara mycket likt rovprissättning, men med skillnaden att återhämtningen av förlusterna var simultan genom försäljning av andra biljetter. Även i detta avseende misslyckades dock Virgin att styrka brott mot Sherman Act, främst mot bakgrund av att de inte lyckades visa att BA hade tillämpat en rovprissättning bestämd i enlighet med den praxis som utvecklats i USA.

Det är svårt att göra en direkt jämförelse mellan artikel 82 EG och §§ 1-2 Sherman Act, eftersom de senare inte direkt motsvarar den europeiska bestämmelsen, men som OECD framhåller är det anmärkningsvärt att det i amerikansk rätt tas hänsyn till en balansering mellan de positiva och negativa konkurrenseffekter som ett rabattsystem för med sig.[120] Det synes närmast vara en presumtion om laglighet för lojalitetsrabatter enligt § 1 Sherman Act, vilket närmast torde kunna förklaras av att de härigenom bedöms efter förutsättningarna för *restraints of trade*, vilket inte kan jämföras direkt med bedömningar enligt artikel 82 EG. Snarare kan det liknas med ett konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 81

[119] *Virigin Atlantic Airways ltd. V. British Airways PLC* 2nd Circ (2001). Docket No. 99-9402
[120] OECD loyalty *rebates*, s. 34.

EG, där analysen även i Europa innefattar en avvägning mellan positiva och negativa effekter på konkurrensen.

12.4.2.7.2 Progressiv bonus grundad på försäljningssatsningar

I *PO-Michelin* gav det dominerande företaget under perioden 1980–1996 sina återförsäljare en återbäring som var baserad på försäljningssatsningar för nya produkter. Syftet härmed var att ge en extra bonus till de återförsäljare som uppnådde ett högre försäljningsresultat utöver en viss lägsta grundnivå.

> Bonusen fastställdes individuellt på förhand vid årets början på basis av tidigare verksamhet och framtidsutsikter. Michelin tillämpade en formel för detta ändamål:
>
> $P(\text{återbäring}) = T \times \frac{C}{R}(R - B)$, där
>
> C = omsättningen av däck för tunga fordon
> R = antalet omsatta däck under året (faktiskt försäljningsresultat)
> B = grundnivån (köpåtagandet uttryckt i antal däck)
> T = progressivt ökande faktor i förhållande till köparnas köpåtagande[121]

Den progressivt ökande faktorn varierade relativt mycket under perioden 1980 – 1994 och under 1995 och 1996 förändrades beräkningssättet för bonusen avsevärt. Michelin införde endast två nivåer och om inköpen översteg grundnivån med minst 20 % utgick en återbäring på hela omsättningen[122]

Den progressiva rabatten hade två distinkta särdrag. För det första var fastställandet av grundnivån av avgörande betydelse för att rabattens storlek och de årliga åtagandena. Återförsäljarna ville ha en så låg grundnivå som möjligt, medan Michelin ville ha en så hög nivå som

---

[121] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, EGT L 143, 2002, p. 67–70.

[122] Vid 30–999 däck utgick 12 % i rabatt för överskridandet av grundnivån om den överskjutande mängden var mindre än 20 %. Om grundnivån överskreds med mer än 20 % utgick istället en bonus på 2 % av hela omsättningen. Vid mer än 1 000 däck var motsvarande rabatter 15 % respektive 2,5 %., se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 72.

möjlighet för att stärka drivkrafterna till ökad försäljning. För det andra avtalades om bonusstorleken i början av året utifrån återförsäljarens situation. Eventuella förändringar i ägarstrukturen hos återförsäljaren ogiltiggjorde åtagandena, vilket medförde omförhandlingar. Michelin hade härutöver ensidigt möjlighet till att göra en indexbaserad nedräkning av grundnivån vid slutet av året.[123]

Kommissionen ansåg att den progressiva rabatten innehöll ”särdeles kraftiga inslag av missbruk” och framhöll speciellt att ett dominerande företag inte kunde ålägga en kund att varje år öka sina inköp och därigenom på ett mekaniskt sätt öka sina marknadsandelar. Rabatten var, i Kommissionens mening, orättvis eftersom den, trots att den såg ut som grundad på ett avtal, i själva verket var ett ensidigt krav på ökade inköp från Michelin. Det var inköpsresultatet i förhållande till det individuella målet som var avgörande för hur hög rabatten var, vilket medförde att två olika återförsäljare kunde erhålla samma rabatt även om den ene köpte betydligt större kvantiteter än den andre.[124]

Progressiviteten medförde även starka lojalitets- och avskärmningseffekter, vilket medförde att Kommissionen betraktade den progressiva rabatten som en form av missbruk.[125]

Om återförsäljarna hade uppnått en volym som motsvarande den högsta rabattnivån för mängdrabatterna kunde de teckna ett individuellt avtal med Michelin, vilket gav extra fördelar. Återförsäljarna måste enligt dessa avtal ombesörja tekniska upplysningar och efterköpsservice för Michelinprodukter, bidra till lansering av nya Michelinprodukter och till Michelin lämna inköps- och försäljningsprognoser på månads- eller kvartalsbasis samt regelbundet köpa Michelinprodukter. I gengäld erhöll återförsäljarna förlängda mängdåterbäringar, högre progressiv bonus vid lägre försäljningsökningar, förlängd betalningsfrist och tidigare utbetalning av bonusen (påverkade likviditeten positivt).[126]

---

[123] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 74.
[124] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 265–266.
[125] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 267–271.
[126] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 75–79.

Kommissionen ansåg att handelsavtalen var en förlängning av mängdåterbäringssystemet och den progressiva rabatten och att de därmed förstärkte inslagen av missbruk i andra bonusar.[127]

Mellan 1997 och 1998 tillämpade Michelin nya villkor gentemot återförsäljarna. På marknaden för nya däck för tunga fordon infördes bl.a. fakturarabatt, bonus för uppnått mål och återbäring vid årets slut.

Fakturarabatterna var på fastställda på förhand, där en högre rabatt utgick vid högre nivåer. Rabatterna var lika för alla återförsäljare. Antalet köpta däck kunde beräknas såsom det antal som köpts under föregående år eller det genomsnittliga antalet köpta däck de senaste två eller tre föregående åren. Köparen kunde välja vilket alternativ som var mest förmånligt för honom enligt nedan stående tabell.[128]

Antal köpta däck	**Rabatt**	
	1997	1998
< 30	15,00 %	15,00 %
30 – 199	16,00 %	18,00 %
200 – 999	16,50 %	18,50 %
1.000 – 2.499	17,00 %	19,00 %

Tabell 12.1. Storleken på Michelins fakturarabatter.

Kommissionen ansåg att systemet med fakturarabatter föreföll vara mindre orättvist och ha lägre krav på lojalitet än tidigare rabattsystem, men det innehöll likväl olika krav på lojalitet. Inledningsvis framkom lojalitetseffekterna av att alla kompletterande inköp av Michelinprodukter möjliggjorde en högre rabatt nästkommande år. Vidare kunde rabatten justeras uppåt mot slutet av året om det framgick att återförsäljaren skulle kvalificera sig för en högre rabatt. Slutligen verkade återbäringen vid årets slut för att återförsäljarna skulle bli lojala mot Michelin.[129]

[127] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 272.
[128] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 84
[129] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 282–285.

Michelin hade även skapat möjlighet för återförsäljare av däck att uppnå högre fakturarabatter under förutsättning att de undertecknade ett målavtal, där individuella hänsyn togs till återförsäljarens potential och där parterna satte upp realistiska inköpsmål utifrån ett genomsnitt de senaste två eller tre åren med en uppräkning för den förväntade marknadsutvecklingen. Hänsyn kunde även tas till tillkommande konkurrens eller till om en återförsäljare nyligen hade förlorat en viktig kund, varvid målen ändrades så att återförsäljaren lättare skulle kunna uppnå målet. Under 1997 uppgick målbonusen (fr. *prime pour objectif atteint*) till 2 % och 1,5 % under 1998. Anmärkningsvärt var även att för de återförsäljare som inte ville teckna ett målavtal fixerades fakturarabatten till 15 procent.[130]

Härutöver införde Michelin även ett system för återbäring enligt tabellen nedan.

[130] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, PO-Michelin, p. 85–90.

1997			1998		
Faktura-rabatt	Fakturerad nettoom-sättning (1.000 FRF)	Återbäring vid årets slut	Faktura-rabatt	Fakturerad nettoom-sättning (1.000 FRF)	Återbäring vid årets slut
15,00 %		0,0 %	15,00 %		0,00 %
16,00 %	< 150 >150 och < 300 > 300	1,0 % 1,5 % 2,0 %	18,00 %	< 120 >120 och <250 > 250	3,75 % 4,00 % 4,25 %
16,50 %	< 600 > 600 och < 1.200 > 1.200	1,5 % 2,0 % 2,5 %	18,50 %	< 750 > 750 och < 1.200 > 1.200	4,25 % 4,50 % 4,75 %
17,00 %	< 2.500 > 2.500 och < 3.500 > 3.500	2,0 % 2,5 % 3,0 %	19,00 %	< 3.000 > 3.000 och < 3.800 > 3.800	4,75 % 5,00 % 5,25 %

Tabell 12.2. Michelins målrabatter.

Återbäringen baserades på den inledningsvis beviljade fakturarabatten och fakturerad försäljning. De återförsäljare som inte tecknade målavtal fick endast fakturarabatten om 15 procent, vilken i sin tur inte berättigade återförsäljaren till någon återbäring.[131]

Ett liknande återbäringssystem infördes även för andra produkter (regummerade däck), men med andra nivåer för försäljningsvolym och för återbäringsnivåerna.[132]

Kommissionen anförde att det i ”alla rabattsystem som beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under relativt lång referensperiod ingår att pressen på köparen ökar under slutet av referensperioden för att förverkliga det inköpsbelopp som krävs för att uppnå fördelar.”[133] Det var inte

[131] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, PO-Michelin, p. 91.
[132] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 93–96.
[133] Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 287.

fritt för återförsäljaren att fastställa sitt mål, utan det gjordes av Michelin. Härigenom skapades direkt ett krav på lojalitet. Skulle återförsäljaren acceptera ett målavtal riskerade han även att minska sin nuvarande fakturarabatt om han inte nådde upp till målet. Ju högre målsättning, desto högre rabatt, vilket härmed skapade en lojalitet gentemot Michelin.[134]

12.4.2.8 Mjuk franchising och trohetsrabatter

Kommissionens undersökning i *PO-Michelin*[135] visade att det bland däckfabrikanter var vanligt att försöka hålla så nära förbindelser som möjligt till oberoende återförsäljare. Mot bakgrund av detta hade däckfabrikanterna, med Michelin i spetsen, bildat nät eller ”klubbar”, där återförsäljare erhöll ekonomiska fördelar i utbyte mot att återförsäljaren accepterade ett stort antal åtaganden som syftade till att marknadsföra däcktillverkarens produkter. Enligt Kommissionen betecknades dessa klubbar som ”mjuk franchising”.[136] Det rörde sig alltså om en speciell form av villkorade rabatter eller förmåner som gestaltade sig i ett mer långtgående samarbete.

Kommissionen undersökte Michelins system som kallades för ”*Convention bilatérale de coopération professionnelle et d’assistance technique*”, och som i branschen var mer känt som ”*Club des amis Michelin*” (Michelins vänklubb). Kärnpunkten i klubben var att skapa en anda av professionalism och ömsesidigt förtroende mellan Michelin och återförsäljarna samt att återförsäljarna skulle acceptera en viss inköpsvolym och andel av Michelinprodukter.[137]

Fördelarna med medlemskap i klubben utgjordes av att Michelin deltog i återförsäljarnas ekonomiska satsningar genom att lämna bidrag till investeringar och utbildning av personalen och även ge ekonomiska bidrag till den årliga serviceomsättningen. Härutöver förekom andra

---

[134] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 286–295.
[135] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 35–36, 101–108.
[136] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p 35.
[137] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 101–103.

förmåner som kunskapsöverföring, förtur till kurser, information om marknadsutveckling, avtalsförslag och ensamrätt till återförsäljning av däcket BF Goodrich för personbilar.[138]

I utbyte mot fördelarna, som förbättrade återförsäljarnas finansiella situation, krävdes i allmänhet att återförsäljarna gav Michelin rätt till kontroll över deras verksamhet. Mer specifikt krävdes att återförsäljarna skulle lämna uppgifter till Michelin om balans- och resultaträkning, likviditets- och finansieringsplaner, ägarförhållanden, försäljningsstatistik och prognoser med uppgift om Michelins andel av försäljningen. Michelin skulle tillåtas analysera personalens kompetens och kvalifikationer, den fysiska planeringen av försäljningsstället för att härigenom kunna besluta årliga framstegsåtaganden på dessa områden. Michelinmärket skulle framhävas i reklam och ljusskyltar m.m. En klausul i avtalet stipulerade vidare att återförsäljaren inte skulle styra kundernas efterfrågan bort från Michelin, vilket i själva verket var ett reellt åtagande som syftade till att garantera Michelin en viss andel av försäljningen. Återförsäljarna skulle vidare ha ett tillräckligt lager av däck för att tillgodose efterfrågan. Den första regummeringen av däckstommar måste enligt avtalet ske hos Michelin France. Slutligen måste återförsäljarna delta i effektiviseringsprogram för försäljningsställena, vidareutbildning hos Michelin och delta i en bärgningskedja för tunga fordon samt tillhandahålla andra tjänster för transportföretag i den mån möjlighet fanns.[139]

Kommissionen betonade att Michelin hade använt klubben som ett verktyg för att befästa sin dominerande ställning på marknaden. Efterfrågan på Michelindäck var i stora delar spontan och skyldigheten för återförsäljaren att framhäva Michelindäcket framför andra däckmärken och inte styra bort kundernas efterfrågan betraktade Kommissionen som ett missbruk. Orsaken härtill var främst att det påtagliga syftet med ”klubbmedlemmarnas” åligganden var att sätta konkurrensen från andra däckleverantörer ur spel och garantera att Michelin kunde bibehålla sin

[138] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 104–106.
[139] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 107–108.

starka ställning på marknaden. Att återförsäljarna var tvungna att sälja en viss andel produkter från Michelin (s.k. *Température*) gjorde att det faktiska resultatet blev ännu allvarligare. Kommissionen ansåg att åliggandet hade samma verkan som en trohetsklausul genom att förmånerna förutsatte lojalitet gentemot Michelin. Lojalitetskravet kunde även härledas från avtalsbestämmelsen att återförsäljarna måste hålla ett så stort lager av Michelindäck att kundernas efterfrågan omedelbart skulle kunna tillgodoses.[140]

Avtalsbestämmelserna gav även Michelin rättighet till en osedvanligt stor inblick i återförsäljarnas verksamhet, vilket Kommissionen ansåg kunde förklaras endast av Michelins vilja att kontrollera distributionen. Kommissionen ansåg generellt att

> ”Om ett företag med en dominerande ställning antar ett beteende som har till syfte eller resultat att knyta återförsäljarna nära till sig på områden som organisation och handel ökar oundvikligen återförsäljarnas lojalitet mot företaget, vilket utgör ett missbruk enligt artikel 82 i fördraget”.[141]

Insynen och möjligheten till detaljerad inverkan på verksamheten gjorde att återförsäljarna knöts nära till Michelin såväl organisatoriskt som handelsmässigt, vilket alltså utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.[142]

Vad beträffade skyldigheten att låta Michelin utföra den första regummeringen av Michelinstommar ansåg Kommissionen att det rörde sig om en ensamrätt som liknande verkan som ett kopplingsförbehåll. Härmed skulle även denna skyldighet utgöra ett missbruk av dominerande ställning.

12.4.2.9 Lojalitetsrabatter i konsumentförhållanden

Danska Konkurrencestyrelsen hävdar att lojalitetsrabatter i konsumentförhållanden i allmänhet inte snedvrider konkurrensen. Olika former av

---

[140] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 317–321.
[141] Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 322.
[142] Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p.328.

kund-, bonus- och medlemskort torde vara vanligt förekommande i dagligvaru- och drivmedelsmarknaden, och där åtminstone i någon mån syfta till att skapa lojalitet bland konsumenterna. Dessa former av diskriminerande system har inte ansetts skapa ett konkurrensrättsligt problem, om inte prissystemen skapar inlåsningseffekter bland konsumenterna så att nya aktörer har svårt att konkurrera med ett dominerande företag.[143]

Danska Konkurrencestyrelsen framhåller även att lojalitetsprogram kan få till effekt att prisbildningen blir svår att överblicka. Avsaknaden av transparens kan emellertid vara positivt på mycket koncentrerade marknader. Om prisdiskriminering inte förekommer kan risken öka för konkurrensbegränsande samarbete eller samordnade förfaranden mellan säljare på en oligopolistisk marknad. Om alla säljarna dessutom säljer identiska produkter – t.ex. motorbränsle – kan prisdiskrimineringen vara det enda konkurrensmedlet, naturligtvis under förutsättning att aktörerna inte samarbetar även om prisdiskrimineringen. Konkurrensbegränsande avtal eller samordnade förfaranden är dock inte föremål för analys i denna framställning.

Följande faktorer bidrar till att lojalitetsprogram i konsumentförhållanden kan anses som legal prisdiskriminering

- Lojalitetsprogrammen bör vara öppna för alla och icke-exklusiva.
- Inga begränsningar får sättas upp för hur många lojalitetsprogram som konsumenten kan delta i.
- Insatsen eller kostnaden för inträde och utträde ur lojalitetsprogrammet skall vara mycket låg eller gratis.
- Rabatterna som följer av medlemskapet skall vara proportionella, dvs. rabatterna skall vara lika oavsett inköpsmängden.

Ju högre koncentrationsgrad, större likhet bland produkter och större risk för kartellbildning eller samordnade förfaranden, desto större är

[143] Angående lojalitetsrabatter i detta avsnitt, se Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering* , kap. 6.3.1.

möjligheten att lojalitetsprogram kan användas som konkurrensmedel i konsumentförhållanden. Lojalitetsprogrammen får inte innebära att:

- Konsumenten förhindras att deltaga i andra lojalitetsprogram eller att fördelarna som följer av medlemskapet uteblir vid nyttjande av konkurrerande program.
- Programmet ger konsumenten höga rabatter men medlemskap är förenat med höga inträdeskostnader.
- Lojalitetsprogrammen är exklusiva eller selektiva och inte öppna för alla.
- Rabattskalan är progressiv, dvs. att rabatterna ökar med inköpsvolymen.
- Rabatten är aggregerad exempelvis på så sätt att rabatten på produkter som härrör från en konkurrensutsatt verksamhet även är beroende av inköp av produkter som kommer från ett dominerande företags förbehållna verksamheter.

Samtliga dessa faktorer kan få snedvridande effekter på konkurrensen eftersom konsumenten låses in i ett affärsförhållande, eller så skapas starka incitament att inte byta program.

12.4.3 Utvärdering av trohetsskapande prissystem i allmänhet

Om ett prissystem inte kan motiveras i kostnads-/effektivitetshänseende, utan prisskillnaden i sig endast görs beroende av huruvida köparen är lojal gentemot säljaren, så kan prissystemet komma att få snedvridande effekter på konkurrensen. I rättspraxis synes sådana system i allmänhet bedömas få till följd att konkurrenter förhindras att ta marknadsandelar och att de normala marknadsmekanismerna med samspelet mellan utbud och efterfrågan sätts ur spel. Utifrån den praxis som etablerats inom gemenskapen, både på central EG-nivå, men även nationellt, står det klart att lojalitets- eller trohetsbaserade rabattsystem inte kan motivera en diskriminerande prissättning. Springer hävdar i detta sammanhang visserligen att lojalitetsfaktorer under vissa extremförhållanden som omfattar leveransvägran i kombination med varubrist skulle

kunna accepteras, men att detta endast har en begränsad betydelse för prissättningssituationer i allmänhet.[144]

Inställningen i rättspraxis i Sverige och EG kan närmast ses som en presumtion om missbruk vid lojalitetsrabatter och att volymrabatter samtidigt skall anses vara helt lagliga i konkurrensrättsligt hänseende. Danska Konkurrencestyrelsen har uttalat att det typiskt sett föreligger missbruk av dominerande marknadsställning när ett dominerande företag tillämpar lojalitetsrabatter. Konkurrencestyrelsen ger härmed uttryck för en presumtion om olaglighet vid användning av lojalitetsrabatter

> ”Dominerende virksomheders anvendelse af loyalitetsrabatter vil alene i kraft af deres karakter i højere grad end andre rabatformer/former for prisdiskriminering have skadelige virkninger for konkurrencen, dels i samme omsætningsled, dels i de efterfølgende aftagerled”[145]

I anslutning till detta uttalande nämns att det i bedömningen skall läggas vikt vid om prissystemet innebär att köparna binds till en enda leverantör och hindras köpa från andra konkurrenter eller om marknaden begränsas eller spärras för konkurrenter. Vikt även skall läggas vid om det dominerande företagets ställning på marknaden förstärks med hjälp av rabatter som inte är kostnadsmotiverade och att konkurrensen därför snedvrids. Slutligen läggs vikt vid om rabatten är ett uttryck för om olika villkor används för likvärdiga transaktioner.

Huruvida Konkurrencestyrelsen vill ge uttryck för att en viss effekt på konkurrensen bör kunna visas för att missbruk skall föreligga är oklart. Trohetsrabatter betraktas dock oftast i sig som missbruk och de konkurrenssnedvridande effekterna synes istället kunna förutsättas. Detta talar för att någon realiserad eller potentiell effekt inte behöver visas, något som synes överensstämma med rättspraxis i Sverige och EG centralt.

---

[144] Se Springer I, a.a. s. 47–48.

[145] Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, kap. 5.5.6.

Är det då lämpligt – *de lege ferenda* och *de sententiae ferenda* – att förutsätta att trohetsrabatter i dessa olika former alltid kommer att ge upphov till negativa effekter på konkurrensen som helhet och till nackdel för konsumenterna?

OECD har givit uttryck för uppfattningen att det vid bedömningen av trohetsrabatter skulle vara möjligt att hänsyn till effektivitetskriterier – ett *efficiency defence*. Detta skulle kunna utformas så att konkurrensmyndigheten skulle få den initiala bevisbördan för att styrka att trohetsrabatten hade eller skulle få allvarliga konkurrensbegränsande effekter. Skulle konkurrensmyndigheten lyckas styrka detta skulle det dominerande företaget få möjlighet att vederlägga en i det läget tillämpad presumtion om olaglighet. Detta skulle kunna ske genom att visa att effekten av konkurrensbegränsningarna uppvägdes av effektivitetsmässiga fördelar och att företaget inte hade något mindre konkurrensbegränsande alternativ till förfogande för att uppnå samma mål.[146]

Ridyard instämmer i bedömningen att lojalitetsrabatter har potential att inverka negativt på konkurrensen om de får till effekt att nya aktörer eller rivaler till dominanten stängs ute från markanden. Han anser dock att EG-domstolens och Kommissionens bedömningar av lojalitetsprogram är alltför långtgående i förhållande till vad som behövs för att isolera eventuella konkurrenssnedvridande effekter. Han framhåller vidare att i branscher med höga fasta kostnader det är viktigt för en säljare att kunna ge incitament till kunder att öka sina inköp hos säljaren, eftersom försäljningar med lägre marginal kan bidra – kanske avgörande – positivt till den totala lönsamheten. Sålunda kan det vara en direkt nödvändighet att i vissa fall tillförsäkra företaget även marginalförsäljning till lägre priser. Om kunder endast köper basbehov hos vissa fasta leverantörer och resterande behov upp till totalbehovet på en marknad kan det leda till att basbehovsleverantören aldrig uppnår en lönsam volym alternativt att marknaden skulle bli mer effektiv vid ett högre resursutnyttjande. I sådana fall kan det vara optimalt att försöka övertyga kunderna att köpa större volymer hos säljaren, även om försäljningen på margina-

[146] OECD loyalty rebates, s. 35.

len ger ett lägre tillskott än basförsäljningen. Skulle säljarna – även dominerande sådana –fråntas möjligheten att erbjuda incitament gentemot kunderna skulle effekten kunna bli att kunderna aldrig kommer i åtnjutande av fördelarna från ett högre resursutnyttjande – företrädelsevis genom lägre priser.[147]

Även i fallet med direkta exklusivåtaganden efterlyser Ridyard en mer nyanserad analys i det att hänsyn borde tas till hur stor andel av köparens totala inköp som åtagandet avser. Han exemplifierar detta med att ett exklusivt inköpsåtagande i utbyte mot en extra rabatt hos en kund, vars inköpsvolym motsvarar 5 % av marknadens totala inköpsvolym skulle ha mycket mindre påverkan på dominantens konkurrenter än ett icke exklusivt åtagande hos en kund som stod för 30 % av marknadens inköpsvolym. Härutöver kan exklusivitet vara en förutsättning för konkurrens. Han tar som exempel upp försäljning av glass till nöjesparker. Om en dominerande säljare inte skulle få tävla med andra företag om exklusivitet kan det få negativa konsekvenser för konkurrenterna eftersom köparna skulle veta att det var meningslöst att försöka förhandla om allt-eller-inget avtal. Konkurrenterna skulle därmed få finna sig i att sälja sina produkter sida vid sida om dominerande konkurrenters, vilket skulle förhindra dem att få ut sitt sortiment och därmed även få fotfäste på marknaden. Således kan det i vissa branscher vara nödvändigt att använda exklusivitet som konkurrensmedel, även ur konkurrenternas perspektiv.[148]

Med denna kritik vill Ridyard emellertid inte säga att alla former av trohetsrabatter skall betraktas som tillåtna och nödvändiga konkurrensmedel. Tvärtom framhåller han att avgörande i Irish Sugar, DPAG m.fl. i sak var riktiga. Vad han vill understryka är dock att det inte bör dras alltför generella slutsatser utifrån dessa fall. Det kan mycket väl vara så att utestängande agerande kan förhindra att konkurrenter kommer in på marknaden eller tvingas lämna den. I anledning härav hävdar han att rabatter som ges av dominerande företag kan skada konkurrensen

[147] Ridyard, a.a. s. 293–294.
[148] Ridyard, a.a. s. 295–295.

endast om de får till effekt att konkurrenter tvingas lämna marknaden, att rabatterna verkar avskräckande på nyetableringar eller att andra aktörer inte kan konkurrera effektivt i framtiden i det fall de inte skulle tvingas lämna marknaden.[149]

Ridyard lyfter sedan fram ett citat från Virgin/British Airways som lyder

> ”British Airways [använder] sitt provisionssystem för att direkt belöna lojalitet. Resebyråer uppmuntras att förbli lojala mot British Airways i stället för att sälja sina tjänster till British Airways konkurrenter genom incitament att bibehålla eller öka sin försäljning av British Airways-biljetter, vilka inte är beroende av den totala storleken av denna försäljning. Sådana provisionssystem är olagliga när de tillämpas av ett företag med en dominerande ställning […], oberoende av om resebyråerna eller de konkurrerande flygbolagen har möjlighet att minimera eller undvika effekterna av systemen. […] Trots dessa utestängande provisionssystem har British Airways konkurrenter kunnat ta marknadsandelar från British Airways efter det att lufttransportmarknaden i Förenade kungariket avreglerades. Detta är dock inte något bevis för att systemen inte hade några effekter, utan man kan bara anta att konkurrenterna skulle ha varit mer framgångsrika om dessa olagliga provisionssystem inte hade funnits”[150]

Ridyard riktar stark kritik mot själva resonemanget och hävdar att detta uttalande av Kommissionen visar på en klart bristfällig förståelse av de underliggande ekonomiska drivkrafterna vid prissättning i branscher med höga fasta kostnader, men mer allvarligt även på de ekonomiska principer som ligger till grund för konkurrensrättsliga ingripanden mot dominerande företags eventuella missbruk. Kommissionen synes hävda att varje agerande som minskar framgången hos konkurrenterna och inverkar positivt på det dominerande företagets tillväxt. Denna slutsats kan, enligt Ridyard, inte vara välbetänkt: Det dominerande företaget agerar konkurrenssnedvridande eftersom det konkurrerar.[151]

---

[149] Ridyard, a.a. s. 297.
[150] Kommissionens beslut 2000/74/EG, *Virgin/British Airways*, p. 102, 107.
[151] Ridyard, a.a. s. 298.

Ridyard synes i detta avseende, enligt min mening, ha fog för sin kritik, även om riktigheten i kritiken angående Kommissionens närmast fullständiga avsaknad av ekonomiska kunskaper måste ifrågasättas. Det går inte *generellt* att påstå att alla former av prissättningar som medför att en dominerande säljares attraktionskraft ökar hos köparna skall vara olaglig. Det är tveksamt om detta varit syftet med Kommissionens beslut, men avsaknaden av resonemang bakom ställningstagandet är likväl anmärkningsvärd. Ridyard anser avslutningsvis att ett *nödvändigt* villkor i analyser av huruvida rabattsystem skall anses vara olagligt exkluderande, dvs. missbrukande i konkurrensrättslig mening, är att kunna visa om konkurrenter

- har tvingats lämna marknaden, eller
- om deras marknadsandel minskar eller har minskat så kraftigt att deras fortsatta effektiva konkurrenskraft gentemot dominanten kan sättas i fråga.

I sådana fall är möjligt att andra aktörer hindras från att konkurrera, med den *möjliga* effekten att konkurrensen som helhet snedvrids till skada för konsumenterna.[152]

Ridyard lyfter fram en grundläggande svårighet i tillämpningen av artikel 82 EG, nämligen att beslutet leder fram till att agerande är helt olagligt eller helt lagligt, vilket riskerar att inte ta hänsyn till ekonomiska realiteter. I värsta fall fångar lagstiftningen upp sådana ageranden som egentligen är till förmån för konsumenterna.

> ”The development of a more consistent and economically rational policy in this area depends on the Commission and courts moving away from an approach that relies on the form of the pricing policies under investigation, and instead pays more regard to their economic effects in the markets concerned. The unhealthy pre-occupation with the *form* of dominant firm pricing practices should make way for an initial filter that asks whether the *economic effect* feared from these practices – namely the elimination (or perhaps the emasculation) of competition – has indeed occurred.”[153]

[152] Ridyard, a.a. s. 298–299.
[153] Ridyard, a.a. s. 302–303.

Sammanfattningsvis synes det finnas anledning att inte förutsätta en presumtion om olaglighet i priserna på det sätt som har framkommit i rättspraxis. Trohetsrabatter kan i vissa fall medföra positiva effekterna, t.ex. om det finns en stark konkurrens mellan olika produkter. I sådana fall skulle trohetsrabatter kunna bedömas med samma måttstock som ensamåterförsäljaravtal. I denna framställning behandlas dock endast sådana trohetsrabatter som beviljas av dominerande företag. Under sådana förutsättningar finns det stor risk att pristransparensen minskar och att konkurrenter tvingas bort från marknaden. Prissättningar som får dessa effekter synes vara lämpliga att ingripa mot. Det bör emellertid, som EG-domstolen har framhållit i *Michelin*, alltid göras en balanserad avvägning i det enskilda fallet av vilka effekterna blir av en rabatt.[154]

12.5 Betydelsen av köparens inverkan på prisdifferensernas tillkomst

En särskild fråga är huruvida missbruksbedömningen påverkas om prisdifferenser, rabatter eller förfaranden i allmänhet, som binder köparen genom en skyldighet eller ett åtagande från dennes sida att göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande från det dominerande företaget, har tillkommit på köparens initiativ eller begäran.

Detta diskuterades först i *Hoffmann-La Roche*,[155] där ett antal avtal var föremål för prövning av EG-domstolen. Vissa avtal var resultat av ömsesidiga överenskommelser och inte ett passivt accepterande från kundernas sida av säljarens försäljningsvillkor. Domstolen markerade att det saknade betydelse för missbruksbedömningen om köparen själv

[154] Mål 322/81, *Michelin,* p. 73.

[155] Jfr mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 120, där EG-domstolen anförde att ”[t]he fact that Roche’s contracting partner is itself a powerful undertaking and that the contract is clearly not the outcome of pressure brought to bear by Roche on its partner does not preclude the existence of an abuse of a dominant position, such an abuse consisting in this case of the additional interference, due to the obligation to obtain supplies exclusively from Roche, with the structure of competition in a market in which in consequence of the presence there of an undertaking occupying a dominant position the degree of competition has already been weakened.”

hade begärt att få en ekonomisk förmån eller godtagit att han på detta sätt skulle bindas upp av det dominerande företaget:

> ”An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of article 86 of the treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.”[156]

Detta understryker att missbruk av dominerande ställning skall betraktas som ett objektivt begrepp. Förutom att det saknar betydelse vilken avtalspart som har tagit initiativ till åtagandet finns det enligt EG-domstolen ingen anledning att lägga vikt vid styrkeförhållanden eller förekomsten av eventuella påtryckningar mellan avtalsparterna. Även om kunderna skulle ha en mycket stark ställning på marknaden och försökte utnyttja denna ställning för att erhålla en rabatt i utbyte mot lojalitet gentemot en dominerande säljare utesluter detta inte att rabattgivningen kan bli betraktad som ett missbruk. Oavsett om det dominerande företaget är helt passivt eller om kunderna pressar det dominerande företaget för att få rabatter riskerar prissättningen att bli betraktad som olaglig.[157]

Om det dominerande företagets avtalspart på något sätt har medverkat till tillkomsten av trohetsrabatter som ger upphov till att olika slag av exklusivåtaganden eller om kunderna har utövat påtryckningar, har detta alltså ingen betydelse för missbruksbedömningen. Den centrala frågeställningen blir istället om rabattsystemet i sig – oaktat förhållanden som ligger till grund för dess tillkomst – direkt eller indirekt, fak-

---

[156] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 89. Jfr även *AKZO*, C-62/86, där EG-domstolen anförde att ”if an undertaking having a dominant position on the market ties buyers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements from that undertaking, this constitutes an abuse of a dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty” (p. 149). Samma resonemang upprepas i C-393/92, *Almelo*, p. 44.

[157] Se mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 120.

tiskt eller potentiellt, kan påverka konkurrenssituationen på marknaden i negativ riktning. Det åvilar därför det dominerande företaget ett särskilt ansvar att se till att rabattsystem av olika slag inte medför att konkurrensen snedvrids.[158]

Slutsatsen är att dominerande företag måste räkna med att det är det aktuella prissystemets rent objektiva inverkan på marknaden som kan bli föremål för prövning. Vidare synes ansvaret helt ligga på det dominerande företagets sida att undvika konkurrensbegränsande effekter.

12.6 Engelska klausuler

Engelska klausuler (eng. *english clauses*) förekommer oftast som villkor i ensamåterförsäljaravtal mellan en leverantör och dess kund (t.ex. en återförsäljare) och ger kunden rätt att köpa en vara från andra leverantörer till mer förmånliga villkor (t.ex. ett lägre pris), om inte den leverantören med ensamrätt accepterar att tillhandahålla varan till samma fördelaktiga villkor.[159]

Engelska klausuler kan även förkomma som en form av missbruk av dominerande marknadsställning.

12.6.1 Engelska klausuler i avtal mellan näringsidkare

EG-domstolen behandlade i *Hoffmann-La Roche* en speciell klausul som på ytan föreföll vara ägnad att alltid garantera köparen det bästa priset. Klausulen, som har benämnts en s.k. ”engelsk” klausul eller konkurrensklausul, mot bakgrund av vilken Roches kunder kunde åberopa fördelaktigare erbjudanden som de fått från Roches konkurrenter för att

[158] Se mål 322/81, *Michelin*, p. 57, där EG-domstolen framhåller att ”[a] finding that an undertaking has a dominant position is not it itself reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”

[159] Se Europeiska Kommission, *Glossary on terms used in EU Competition Policy. Antitrust and control of concentrations*, Bryssel, 2002, s. 17. Jfr även Koktvedgaard, M., a.a. s. 309.

få bättre priser. Om Roche i dessa fall inte valde att anpassa sina priser till konkurrentens nivå, befriades kunderna från sitt exklusiva inköpsåtagande. I vissa fall innehöll avtalen trohetsrabatter utan exklusivåtagande och i båda fallen kunde kunderna köpa sina vitaminer från andra leverantörer utan att riskera att förlora rabatten såvitt den avsåg redan gjorda eller framtida inköp.[160]

Som domstolen anmärkte kan en avtalsklausul av detta slag avhjälpa vissa av de orättvisa konsekvenser som långfristiga exklusiva inköpsförpliktelser eller generella trohetsrabatter kan få för köparna.[161] Roche hävdade att den engelska klausulen undanröjde trohetsrabatternas ”attraherande” verkan eftersom kunden inte ställdes inför valet att antingen acceptera ett mindre fördelaktigt pris från Roche med bibehållen rabatt för samtliga inköp eller välja ett bättre pris från konkurrenten och därmed gå miste om rabatten för alla inköp hos Roche.[162] Därmed skulle, enligt Roche, trohetsrabatternas konkurrensbegränsande verkan ha undanröjts.

Förekomsten av en s.k. engelsk klausul kan vid en första anblick således förefalla vara till fördel för köparen. Fördelen är emellertid skenbar. Den begränsade lättnad som köparen får kan inte uppväga huvudsyftet med en sådan klausul, nämligen den att hålla det dominerande företaget informerat om konkurrenternas prissättning, vilket är värdefullt för det dominerande företagets marknadsstrategi.[163] Kommissionen framhöll i fallet att Roche fick möjlighet att besluta om köparen skulle vara fri att

---

[160] Se mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 102–108.

[161] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 104.

[162] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 103.

[163] Se mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, där EG-domstolen framhåller att ”[i]n fact the English clause under which Roche’s customers are obliged to inform it of more favourable offers made by competitors together with the particulars above mentioned – so that it will be easy for Roche to identify the competitor – owing to its very nature, places at the disposal of the applicant information about market conditions and also about the alternatives open to, and the actions of, its competitors which is of great value for the carrying out of its market strategy.The fact that an untertaking [sic!] in a dominant position requires its customers or obtains their agreement under contract to notify it of its competitor’s offers, whilst the said customers may have an obvious commercial interest in not disclosing them, is of such a kind as to aggravate the exploitation of the dominant position in an abusive way.” (p. 107).

köpa från konkurrenten. I praktiken var kunden endast fri att köpa från en annan leverantör om Roche tillät detta.

> ”This provision, whilst enabling Roche to learn of the prices offered by its competitors, leaves to Roche the decision whether the customer in question is free to purchase from the competitor offering vitamins at lower prices; the customer is free to purchase from the competitor only where Roche decides not to match the price offered. [[…]]. It is clear that should the sale in question be of interest to Roche, by reason either of the quantity or the type of vitamin involved or the fact that the offer is from a reputable manufacturer, then Roche with its strength in the vitamins market is put in a position to adjust its price and so preserve exclusivity of supply to the customer in question. It is therefore the decision of Roche in each case, depending on the circumstances, whether to admit partially, or to deny access to, a competitor to the market which Roche has reserved for itself.”[164]

EG-domstolen underströk att villkoren i klausulen i praktiken även hade begränsad räckvidd och gav Roche stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gällde att avgöra om kunden kunde åberopa klausulen eller inte. Roche hade ställt som villkor att möjligheten endast gällde seriösa och betydande företag i kundens område, vilket enligt EG-domstolen även uteslöt möjligheterna för kunden att uppta offerter från leverantörer utanför området. Likaså uteslöts alla inköp av tillfällig karaktär från mindre konkurrenter till Roche. De engelska klausulerna gjorde därför att den negativa effekterna av trohetsrabatterna inte uppvägdes och EG-domstolen kunde konstatera att

> ”[…] [b]y virtue of the machinery of the English clause it is for Roche itself to decide whether, by adjusting its prices or not, it will permit competition. […] It is able in this way, owing to the information which its own customers supply, to vary its market strategy in so far as it affects them and its competitors.”[165]

[164] Kommissionens beslut 76/642/EEC, *Vitamins*, p. 25.
[165] Mål 85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 107–108.

Utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv är således engelska klausuler, som tillämpas av dominerande företag i samband med beviljandet av trohetsrabatter, något som närmast förvärrar missbruket, trots att de är utformade som en förmån för kunden. Som nämnts ovan skall samtliga omständigheter beaktas och därför torde den slutliga effekten på konkurrensen vara avgörande för hur förfarandet skall bedömas. Engelska klausuler ger motsatt effekt i förhållande till vad som är det imaginära syftet.

12.6.2 Engelska klausuler i konsumentförhållanden

I likhet med transaktioner mellan näringsidkare torde engelska klausuler eller garantier om lägsta pris kunna ses som något som potentiellt sett kan skada konkurrensen. De mest allvarliga effekterna synes vara att om alla aktörer på en oligopolistisk marknad inför – lägsta – pris garantier de alltid får information om konkurrenternas prisnivåer, vilket motverkar konkurrensen eftersom det bästa för alla säljare därmed blir att hålla en hög prisnivå. Härutöver kan kunden bli passiviserad och inlåst i ett affärsförhållande eftersom incitamenten att söka andra, kanske mer förmånliga, alternativ minskar. Garantin kan nämligen ge en falsk förespegling om att priserna tack vare garantin alltid är de bästa på marknaden, varför enbart konsumenter med lägst betalningsvilja bryr sig om att verkligen söka andra alternativ.[166]

Mot bakgrund av den rättspraxis som utvecklats angående dominerande företags användning av engelska klausuler torde dessa vara oförenliga konkurrenslagstiftningen vare sig det gäller transaktioner mellan näringsidkare eller konsumenter.

[166] Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, kap. 6.3.3.

12.7 Tidsfaktorer och referensperioder

Redan i *Suiker Unie* konstaterade domstolen att små rabatter kan få allvarliga konsekvenser för konkurrensen. Inköpsvolymens totala storlek, på vilken rabatten beräknades, kunde göra att konkurrenter fick svårt att erbjuda varor när konkurrenter p.g.a. trohetsrabatten skulle kunna bli tvungna att kompensera hela bortfallet av rabatten och inte bara den extra kvantitet som de skulle vilja sälja. Motsvarande konsekvenser kan erhållas även utan att ett dominerande företag använder rena trohetsrabatter. I fallet *Michelin* grundades det ifrågasatta rabattsystemet på en referensperiod som uppgick till ett år.[167] För att köparen skulle kunna åtnjuta rabatten var han tvungen att uppfylla vissa på förhand preciserade volymmål. Rabatten baserades på inköp under ett helt år och följaktligen blev mål som måste uppnås relativt högt satta. Om köparen inte uppfyllde målen gick de miste om rabatten för hela årets inköp. Domstolen konstaterade därför att varje rabattsystem att detta slag, som bygger på sålda kvantiteter under en relativt lång tidsperiod, medför att trycket kommer att öka på köparna mot slutet av referensperioden att uppnå den nödvändiga inköpskvantiteten för att erhålla rabatten, eller åtminstone för att undvika en förutsebar förlust för perioden. Detta exempel visar på nödvändigheten av att analysera samtliga kriterier i ett rabattsystem. En på ytan liten rabatt som till synes inte är en ren trohetsrabatt, kan få starkt konkurrensbegränsande effekter genom att den baseras på långa referensperioder.

Medan EG-domstolen i *Michelin*, som avsåg marknaden för däck till tyngre fordon, ansåg att ett års referensperiod var alltför lång tid, framhöll Kommissionen i *Coca Cola II* att målrabatter som hade längre referensperioder än tre på varandra följande månader skulle anses vara ett missbruk.

I ärendet *PO-Michelin*[168] hade Michelin erbjudit sina återförsäljare en mängdåterbäring i form av en kvantitetsrabatt, där Michelin presen-

[167] Se mål 322/81, *Michelin*, p. 81.
[168] Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*.

terat tabeller med procentuella avdrag vid vissa på förhand angivna omsättningssiffror. Tabeller skiljde sig åt mellan olika typer av däck. Under 1995 och 1996 infördes även olika former av förskott på mängdåterbäringen tre gånger per år, vilket motsvarade 5 % av den sammanlagda omsättning som under de aktuella perioderna hade uppnåtts för tunga fordon, anläggningsfordon, varuhanteringsfordon och lätta anläggningsmaskiner.[169]

Kommissionen ansåg att dessa mängdåterbäringar i form av årliga bonusrabatter måste betraktas som ett missbruk av flera skäl. Främst av den orsaken att det *enligt fast rättspraxis* skulle anses vara otillåtet för dominerande företag att tillämpa kvantitetsrabatter så snart en rimlig tidsfrist på tre månader överskrids, eftersom detta inte kunde jämföras med en normal priskonkurrensstrategi. Köp av en förhållandevis låg extra kvantitet kunde gynna Michelinprodukterna genom att rabatten räknades på hela omsättningen. Rabatten gav därmed ett mycket högre inköpsincitament än exempelvis en marginell eller linjär rabatt. Andra däckfabrikanter beviljade merparten av rabatterna omgående och eftersläpningen och den långa tidsperioden gav enligt Kommissionen upphov till missbruk i form av orättvisa, lojalitet och avskärmning av marknaden.[170]

12.7.1 Effekter av långa referensperioder

Ju längre tidsperioder som läggs till grund för en rabatt desto större blir pressen att mot slutet av tidsperioden förbli lojal mot säljaren. Konkurrenter till säljaren får därmed svårare att erbjuda alternativ ju längre referensperiod är. Om dessutom utbetalningen sker i efterskott istället för löpande eller med korta intervaller förstärker detta instängningseffekten för kunderna.

---

[169] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 57–59.
[170] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 216–217.

12.7.1.1 Kumulativa effekter

I *PO-Michelin* fann Kommissionen att däckbranschen på grund av hård konkurrens hade låga vinstmarginaler, ca 3,7 %. Med tanke på rabatternas storlek och den långa referensperioden måste återförsäljarna sälja däckprodukter till förlust fram till dess att rabatterna betalades ut. Kommissionens utredning visade att försäljningspriset till slutkonsument var lägre än det pris före rabatt som återförsäljarna fick betala till Michelin.[171]

Kommissionen ansåg att rabattsystemet var orättvist genom att det gav upphov till ett flertal kumulerade effekter. Inledningsvis fanns det en osäkerhet från återförsäljarna om vilket slutligt pris efter rabatter som de skulle betala till Michelin. Först när årets allra sista beställning hade lagts stod det klart vilket slutligt pris som skulle betalas. I syfte att minimera osäkerheten fick därför rabattsystemet till effekt att Michelin prioriterades framför andra fabrikanter. Eftersom mängdrabatten utbetalades mycket sent såg även återförsäljarna sig tvingade att ingå kvantitetsåtaganden innan de ens erhållit rabatten för föregående år. Återförsäljarna hamnade därmed i en mycket svag förhandlingsposition gentemot Michelin. Rabattsystemet medförde att återförsäljarna fick en svag likviditet.[172]

Michelin anförde att systemet tvärtom medförde att Michelin vid början av varje år ställde en ansenligt hög summa pengar till återförsäljarnas förfogande. Kommissionen ansåg dock att detta bara bekräftade att systemet ledde till att återförsäljarna under året tvingades sälja till förlust, men systemet tog inte heller hänsyn till vad som skulle hända om återförsäljaren skulle vilja upphöra att köpa Michelindäck. I praktiken kan därför sägas att systemet skapade sådana påfrestningar på kundernas likviditet att det var praktiskt omöjligt för dem att byta leverantör.[173]

---

[171] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 218.
[172] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 218–219.
[173] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 220 –225.

12.7.1.2 Långa perioder skapar lojalitet

Kommissionen ansåg att den årslånga referensperioden ökade pressen på återförsäljarna att köpa från Michelin. De låga vinstmarginalerna förstärkte denna tendens eftersom även mycket låga rabatter kunde öka återförsäljarnas vinstmarginaler.[174]

Kommissionen konstaterade generellt att

> ”[A]lla rabattsystem som beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under en relativt lång referensperiod ökar pressen för att köparen mot slutet av referensperioden skall uppnå de inköpsbelopp som krävs för att uppnå de fördelar som står på spel eller att undvika den förutsedda förlusten för hela perioden.”[175]

Michelins kvantitetsrabattsystem motverkade möjligheterna för återförsäljarna att bredda eller diversifiera sitt produktutbud på bekostnad av Michelins andel av försäljningen.[176] Även om det inte fanns några konkreta inköpsåtaganden eller andra uttryckliga lojalitetsförpliktelser gentemot Michelin, fick en på ytan vanlig volymrabatt karaktären av en lojalitetsrabatt på grund av den långa referensperioden.

Michelin anförde att volymrabattens lojalitetsskapande karaktär motverkades av att den räknades för samtliga däcktyper och att bortfall av en viss däckkategori kunde kompenseras av en annan kategori. Kommissionen ansåg emellertid inte att ett sådant resonemang var trovärdigt eftersom det inte gick att jämföra personbilsdäck med däck för tunga fordon på grund av väsentliga prisskillnader och kundstrukturer. Återförsäljarna skulle nämligen tvingas att sälja en ansenlig mängd personbilsdäck för att kompensera bortfallet av t. ex lastbilsdäck samtidigt som specialiserade återförsäljare kanske inte hade kunder som köpte personbilsdäck.[177]

---

[174] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 226.
[175] Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 228.
[176] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 229.
[177] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 232–234.

Kommissionen ansåg sammanfattningsvis att problemet med mängdåterbäringen framförallt låg i osäkerheten gentemot den referens som användes, vilket tog sig uttryck i orättvisa och lojalitet.[178]

Van Bael och Bellis[179] framhåller att det inte bara är målrabatter som kan komma att betraktas som missbruk, utan att detsamma faktiskt gäller alla former av rabatter som innehåller långa referensperioder och som härigenom stimulerar kunder att göra inköp över en relativt lång tidsperiod. Van Bael och Bellis framhåller att besluten bör ses som en varningsklocka även för vanliga kvantitetsrabatter som är baserade på volymer. Med hänsyn tagen till en kunds storlek kan t.ex. ett dominerande företag relativt enkelt räkna ut vilken årsvolym som ett mindre företag rimligen kan tänkas behöva under ett år. Om kvantitetsrabatter sätts så att de endast betalas ut om man uppnår en volym som motsvarar kundens årsbehov kan en vanlig kvantitetsrabatt göra att trycket ökar på kunden att göra större inköp mot slutet av referensperioden i syfte att undvika att förlora rabatten. I det läget kan kunden känna sig hindrad från att överväga erbjudanden från konkurrenter till det dominerande företaget. I det annullerade beslutet *Solvay* förs en intressant diskussion om detta, som mot bakgrund av Michelin och Coca Cola åtminstone har ett visst värde, trots att Förstainstansrätten undanröjde beslutet på formella grunder. Solvay hade infört ett s.k. ”evergreen” kontrakt, dvs. kontrakt med obegränsad giltighetstid med en uppsägningstid om 24 månader. Kommissionen fann att kontrakt som i praktiken var lika med eller nära kundernas totalbehov kan vara en form av missbruk om bindningstiden är alltför lång. Kommissionen anförde:

> ”If a customer contracts for a tonnage which is in fact equivalent or close to its total requirements, such arrangements may still be exclusionary and fall under Article 86 particularly if they are of long duration. In the case of ‘evergreen’ contracts the 24-month notice period imposed by Solvay is excessively long. It prevents the customer from reacting in an informed or competitive manner to changes in market conditions. Since it is impossible to predict with any certainty what conditions will prevail in two years' time,

[178] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 239.
[179] Se Van Bael/Bellis, a.a. s. 588.

> the long period of notice acts as a strong deterrent against terminating the link with Solvay. Some customers at least considered the length of the notice period oppressive."[180]

Långa tidsperioder kan alltså *per se* medföra att kontrakt kan ses som konkurrensbegränsande. Om detta dessutom kombineras med rabatter uppstår en dubbel konkurrensbegränsande effekt. En lång bindningstid gör att kunden inte kommer ur kontraktet och rabatterna kan göra att incitamentet att söka andra leverantörer försvinner. Över tiden kan detta leda till att konkurrenter slås ut och att det senare inte finns några alternativ att tillgå. Konkurrenssituationen cementeras och en ur konkurrensrättsligt perspektiv ond cirkel uppstår.

12.7.1.3 Avskärmning av marknaden och utestängning av konkurrenter

Systemet med mängdåterbäringar i *PO-Michelin* tenderade, enligt Kommissionen, att skärma av den franska marknaden från import direkt från utlandet eller via importörer. Omvänt gjorde även de höga priserna före rabatt i Frankrike att utlänningar inte ville importera från Frankrike. I kraft av den starka positionen på den franska marknaden kunde Michelin få täckning för kostnaderna för rabattsystemen, medan konkurrenter fick acceptera en lägre avkastning på den franska marknaden eller ge upp försöken att öka sina marknadsandelar. Om återförsäljarna skulle beställa däck i utlandet från Michelins dotterbolag skulle de gå miste om rabatterna i Frankrike. Visserligen kunde återförsäljaren komma i fullt åtnjutande av lokala rabattprogram i andra länder, men transportkostnaderna och krav på snabba leveranser, sortimentsurval m.m gjorde att det inte var en praktiskt alternativ. Härutöver skulle återförsäljaren gå miste om teknisk assistans från Michelin m.m.[181]

Förutom att de var orättvisa och lojalitetsskapande, verkade kvantitetsrabatterna även avskärmande och utestängande, något som i och för

[180] Kommissionens beslut i 91/299/ECC, *Soda-ash – Solvay*, p. 59. Se även Kommissionens beslut 2003/6/EG, *Soda – Solvay*, p. 176.

[181] Se Kommissionens beslut 2002/405/EG, *PO-Michelin*, p. 240–244.

sig eller i kombination med de andra effekterna måste anses vara oförenligt med artikel 82 EG.

12.7.2 Maximal längd på referensperioder

Mot bakgrund av den rättspraxis som utvecklas och framförallt Kommissionens uttalande om tidsperiodens adekvata längd i *PO-Michelin* är frågan om det generellt går att säga vilken referensperiod som skall gälla rabatter. Skall rabatter som har längre referensperioder än tre månader automatiskt betraktas som missbruk? Kommissionen synes i ärendet *PO-Michelin* företräda den närmast kategoriska ståndpunkten att tre månader skulle vara en maximal längd för referensperioder.

EG-domstolen har emellertid inte stadfäst någon generell maximal längd på referensperioder det saknas således stöd för Kommissionens påstående att tre månader skulle vara maximal längd enligt fast rättspraxis. Sher framhåller dessutom att Kommissionen själv inte har varit konsekvent i sina egna bedömningar och faktiskt tillåtit olika längre på referensperioder. I *Virgin/British Airways* tilläts exempelvis sex månader som maximal period (se 12.4.2.7 ovan).[182]

Enligt min mening går det inte att göra långtgående generaliseringar av Kommissionens beslut och den relativt begränsade rättspraxis som hittills utvecklats. Visserligen kan vissa rabattsystem med längre tidsperioder än tre månader vara svåra att motivera, men hänsyn borde lämpligen behöva tas till vilken bransch det är fråga om och sättet på vilket produkterna i fråga köps. Inköpsmönstren i däcksbranschen och läskedrycksbranschen skiljer sig med stor sannolikhet åt. Vad som upplevs som en lång referensperiod i en bransch behöver inte nödvändigtvis betyda att samma förutsättningar gäller i en annan bransch. Säsongsvariationer, typer av varor/tjänster m.m. kan medföra att man kommer till olika slutsatser om vad som i det enskilda fallet skall anses vara en alltför lång referensperiod och som därmed gör att ett rabattsystem skall ses

[182] Sher, B., *Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around*, ECLR 2002, s. 486.

som en form av missbruk. Om produkter eller tjänster köps kontinuerligt under året, som torde vara fallet med läskedrycker, synes dock längre referensperioder än tre månader vara för långa.

I ärendet *EuroBonus*[183] hade SAS beviljat rabatter till vissa resebyråer för vissa destinationer, som beräknades på all tillkommande omsättning över ett visst omsättningsmål eller den enskilda resebyråns merförsäljning för en viss sträcka i jämförelse med motsvarande period förra året. Under 1998 erbjöds bonus till resebyråerna genom ett extra procentpåslag på byråns försäljning utöver 95 procent av föregående års omsättning. Rabatten hade enligt KKV tillkommit som ett destinationsincitament, dvs. för att förmå resebyråerna att sälja fler resor med SAS till vissa destinationer. Såtillvida hade rabatten karaktären av en målrabatt, men vad som var speciellt var att den endast beviljades under en begränsad tid, nämligen två månader, vilket kan förefalla vara en så kort tid att konkurrensen inte skulle kunna skadas. Det synes dock ha varit viktigt att beakta såväl branschförhållandena som övriga villkor som kringgärdade rabatten. I förevarande fall var SAS ställning mycket stark på inrikesmarknaden i Sverige och konkurrenterna var speciellt sårbara för ageranden från SAS. Vidare infördes rabatten med kort varsel och det fanns ingen möjlighet för resebyråerna att på förhand bedöma vilken bonusnivå som skulle uppnås, vid vilka tillfällen rabatten skulle lämnas, hur länge perioderna skulle vara, eller vilka destinationer som skulle komma att vara aktuella. KKV konstaterade därför att systemet saknade transparens och inte var förutsebart till sina effekter för den enskilda resebyrån samt att mycket talade för att de trohetsskapande effekterna kunde medföra att rabatterna utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.[184] Trots att rabatterna endast beviljades under en begränsad tid ansåg alltså KKV att trohetseffekterna av den aktuella bonusen

[183] Se Konkurrensverkets beslut 902/1998, *EuroBonus*, p. 52–55 och 145–149.

[184] Se Konkurrensverkets beslut 902/1998, *EuroBonus*, p.147–149. SAS hade emellertid uppgivit att de skulle upphöra med de aktuella rabatterna och enligt ett nytt rabattprogram skulle ingen destinationsbonus utgå för inrikes resor i Sverige. I anledning av detta fann KKV inget skäl i att vidta någon åtgärd mot SAS.

kunde bli så allvarliga att de kunde utgöra ett missbruk av dominerande ställning.

Slutsatsen som kan dras är att rabattsystem inte får baseras på oskäligt långa tidsperioder. Skälighetsbedömningen torde behöva göras utifrån de specifika förutsättningar som gäller för varje bransch.

13. Blandade skadeeffekter av prisdiskriminering

13.1 Konstgjord uppdelning av marknaden genom prisdiskriminering – geografisk prisdiskriminering

Generellt har diskriminerande prissättning på basis av till vilken medlemsstat som produkterna säljs ansetts vara oförenlig både med målen för den gemensamma marknaden i allmänhet och konkurrensreglerna i synnerhet.[1] Geografisk prisdiskriminering kan både vara exploaterande och utestängande. Den gemensamma nämnaren är dock att prisdiskrimineringen görs på basis av nationalitet och inte grundas på några effektivitets- eller kostnadsrelaterade faktorer.

En viktig effekt i *United Brands* var att prissättningen hotade genomförandet av den gemensamma marknaden genom att skapa en onaturlig uppdelning av marknaden för bananer. En liknande effekt behandlades även i målet *Tetra Pak II*,[2] där Tetra Pak ansågs ha missbrukat sin dominerande ställning bl.a. genom att ta ut diskriminerande priser på maskiner och förpackningsmaterial för flytande livsmedel i de olika medlemsstaterna.

---

1 Se t.ex. mål 7/82, GVL, p. 56.

2 T-83/91, *Tetra Pak II.*, efter överklagande: C-333/94, *Tetra Pak II*. Överklagandet ogillades i sin helhet, och omfattande inte direkt den materiella bedömningen av prisdiskrimineringsfrågorna.

Förverkligandet av den gemensamma marknaden är ett av huvudmålen för EU som institution. Fallen *United Brands* och *Tetra Pak II* indikerar att prissystem som delar upp marknaden utan någon objektiv motivering kan vara i strid med konkurrensbestämmelserna. I vissa fall har företag även tillämpat priser som direkt varit kopplade till statstillhörighet hos aktörerna eller på basis av om verksamheten bedrivits inom ett medlemsland eller mellan medlemsländer.

I fallet *Corsica Ferries II*[3] begärde Tribunale di Genova ett förhandsavgörande av EG-domstolen som bl.a. rörde prisdiskriminering.

> En tvist hade uppkommit mellan Corsica Ferries Italia Srl, som trafikerade rutten mellan Genua och olika hamnar på Korsika, och lotsföreningen i Genuas hamn. Corsica Ferries ansåg sig vara utsatt för en diskriminering i strid med EG-fördragets regler om konkurrens och hävdade att lotsföreningen hade debiterat olika avgifter för cabotagetrafik[4] och övrig trafik. Användning av lotstjänsterna var obligatorisk för alla fartyg och lotsföreningen hade erhållit exklusiva rättigheter att utföra lotstjänsterna. Ersättningen för lotstjänsterna bestämdes av föreningen, som godkändes av ministern för handelsflottan efter yttrande från berörda fackföreningar och gällde i varje hamn genom en förordning utfärdad av den behöriga sjöfartsmyndigheten. Cabotagetrafiken erhöll olika nedsättningar av grundavgiften med 30 – 50 %.

I anledning av tvisten ställde Tribunale di Genova en tolkningsfråga bl.a. om bestämmelserna i artiklarna 90.1 och 86 i fördraget [nu artiklarna 86.1 och 82 EG] utgjorde hinder för nationella bestämmelser som gjorde det möjligt för ett företag som har en dominerande ställning och som har beviljats exklusiva rättigheter inom en väsentlig del av marknaden att tillämpa olika villkor för likvärdiga tjänster gentemot fartyg som ombesörjde en regelbunden linjetrafik mellan två medlemsstater, om det gällande avgiftssystemet, för samma tjänster, föreskrev avgifts-

---

3 C-18/93, *Corsica Ferries II*.

4 Cabotage avser i detta fall sjötransporter inom en medlemsstat, dvs. transporter mellan två hamnar i samma medlemsstat.

reduktioner, vilka i praktiken endast var tillämpliga på fartyg som förde inhemsk flagg.[5]

Tribunale di Genova ville även ha svar på om det, i samma situation, när det gällde fartyg som förde utländsk flagg, skulle vara tillåtet för dessa fartyg att tillämpa avgifter som var tre gånger högre än de avgifter som föreskrevs för fartyg som förde inhemsk flagg.

Frågorna från den nationella domstolen hade i allt väsentligt att göra med huruvida ett dominerande företag skulle ha möjlighet att prisdiskriminera på basis av nationalitet.

EG-domstolen framhöll att en medlemsstat i allmänhet överträder förbuden i både artikel 90.1 och 86 [nu artiklarna 86.1 och 82 EG] när den, genom att godkänna avgifter, vilka ett företag som lotsföreningen fastställt, gör det möjligt för företaget att missbruka sin dominerande ställning bl.a. genom att gentemot sina handelspartner tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner.[6]

Vidare konstaterade EG-domstolen att missbruk i synnerhet kunde bestå i att ett företag tillämpar olika avgifter gentemot sjötransportföretag beroende på om de utför transporter mellan medlemsstater eller mellan hamnar belägna inom den ifrågavarande statens territorium.[7]

Domstolens uttalande torde kunna tolkas som att det inte kan anses vara tillåtet att sätta olika priser för samma tjänst enbart beroende på nationalitet hos fartygen eller vilka destinationer som trafikeras, åtminstone när nationstillhörigheten/destinationer avser medlemsländer inom gemenskapen. Två likvärdiga fartyg som anlöper eller avseglar från Genuas hamn med samma frekvens – men till/från olika destinationer – kan rimligen inte för lotsföreningen innebära någon skillnad i kostnadshänseende, vilket därför borde innebära att fartygen beläggs med samma avgift. Ett diskriminerande system kan lätt få konsekvensen att vissa fartyg som kräver små lotsresurser enbart beroende av destina-

5 C-18/93, *Corsica Ferries II*, p. 10.
6 C-18/93, *Corsica Ferries II*, p. 43
7 C-18/93, *Corsica Ferries II*, p. 45.

tions- eller avseglingsort får erlägga en högre avgift än sådana fartyg som kräver större lotsresurser.

Generaladvokaten van Gerven ansåg i sitt förslag till avgörande att lotsavgifterna klart utgjorde ett missbruk av dominerande ställning genom att olika villkor tillämpades på likvärdiga transaktioner varigenom handelspartners fick en konkurrensnackdel:

> ”What is important is that there is no connection between those differences in tariffs and the nature of the piloting service offered, which is precisely the same in both cases (whether, in the first case, vessels with a cabotage licence or vessels making regular trips between Italian ports are involved or, in the second case, other vessels). For my part, I consider that what is involved here is clearly an instance of the form of abuse of a dominant position which is covered by indent (c) of the second paragraph of Article 86 of the EC Treaty […]”.[8]

Van Gerven ansåg att samma resonemang som i *United Brands* – med tillämpliga ändringar – kunde användas i *Corsica Ferries II* genom att de differentierade tariffer som togs ut av företaget skapade hinder för friheten att bedriva sjötransporttjänster mellan medlemsstaterna och därmed skapade konkurrensnackdelar för de företag som tillhandahöll sådana transportjänster.

> ”In this respect, a parallel may be drawn with the situation at issue in the case of United Brands […]: there the Court held that the discriminatory pricing policy practised by UBC, which invoiced distributor/ripeners at prices which differed from one Member State to another for identical quantities and types of bananas constituted an abuse of a dominant position on the ground that ”[t]hese discriminatory practices, which varied according to the circumstances of the Member States, were just so many obstacles to the free movement of goods and their effect was intensified by the clause forbidding the resale of bananas while still green and by reducing the deliveries of the quantities ordered” (paragraph 232) and that a rigid partitioning of national markets was thus created at price levels which were artificially different, placing certain distributor/ripeners at a competitive disadvantage, since

[8] Generaladvokaten van Gervens förslag till avgörande i C-18/93, *Corsica Ferries II*, p. 34.

> compared with what it should have been competition had thereby been distorted (paragraph 233). The same reasoning can be applied mutatis mutandis in the present case: the differentiated tariffs charged by the Corporation constitute an obstacle to freedom to provide intra-Community shipping transport services and place persons providing such services at a disadvantageous competitive position."[9]

Danska Konkurrencestyrelsen har angående geografisk prisdiskriminering argumenterat att

> "[d]et må betragtes som en adfærd i strid med konkurrencelovgivningen, hvis en dominerende virksomhed prisdiskriminerer på basis av en kunstigt etableret opdeling af et marked, og på denne måde griber ind i den frie konkurrence i næste omsætningsled."[10]

Att ett dominerande företag inte får vidta prissättningsåtgärder som skapar hinder för handel mellan olika marknader skall dock inte ses som en skyldighet att tillämpa samma pris på alla marknader (se även 10.3.5.2 ovan). Danska Konkurrencestyrelsen framhåller i detta avseende att om

> "[b]arriererne for videresalg […] ikke [er] kunstigt skabte, og der ikke sker en forvridning af konkurrencen mellem køberne på de forskellige delmarkeder, synes praksis at pege i retning af, at det ikke er konkurrenceretlige problemer forbundet med at en virksomhed tager forskellige priser på de forskellige delmarkeder."

Sammantaget kan sägas att prissystem som innebär olika villkor för likvärdiga transaktioner som resulterar i en konstgjord uppdelning av marknaden inom gemenskapen inte är förenliga med artikel 82 EG i kombination med målsättningen om genomförandet av den gemensamma marknaden.[11]

---

[9] Fotnot 61 i Generaladvokatens förslag till avgörande i C-18/93, *Corsica Ferries II.*

[10] Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, kap. 5.2.

[11] I ärendet 2000/12/EG, *Fotbolls-VM 1998*, EGT L 5, 2000, fann Kommissionen att den lokala organisationskommittén hade tillämpat en diskriminerande prissättning av biljetter till fotbollsmatcher. Diskrimineringen bestod däri att konsumenter som var bosatta i Frankrike fick betala ett förmånligare pris än konsumenter bosatta utanför Frankrike. Bosättningsorten var sålunda

13.1.1 Geografisk diskriminering med exploaterande och utestängande effekter

I fallet *Irish Sugar*[12] hade Irish Sugar tillsammans med sin distributör SDL försökt att begränsa importen av socker från Nordirland genom en selektiv *och* diskriminerande prissättning. Fallet illustrerar att diskriminerande priser kan både vara exploaterande och utestängande.

> Irish Sugar upplevde ett starkt konkurrenstryck från importerat socker, främst från företag i Nordirland. Irish Sugar sålde även socker till kunder i Nordirland, av vilka vissa i sin tur exporterade detta billigt tillbaka till framförallt gränsområdet mellan Irland och Nordirland. En speciell rabatt infördes under 1985–1988 i syfte att motverka de importeffekter som Irish Sugars kunder upplevde som negativa samt att därmed begränsa importen från Nordirland. Gränsområdesrabatten var inte knuten till några objektiva ekonomiska faktorer som t.ex. kundernas inköpsmängd. Rabatten avsågs användas närhelst Irish Sugar ansåg att prisskillnaderna mellan Nordirland och Irland var så stora att de skulle kunna leda till försäljning över gränsen. Syftet var alltså att minska importen av billigare detaljhandelsförpackningar från Nordirland till Irland.

Kommissionen ansåg att detta ingick i en strategi att dela upp marknader och utestänga konkurrenter och hävdade att rabatten inte var knuten till sådana faktorer som inköpt mängd, marknadsförings- eller transportkostnader och inte heller reklam, lagring, service eller andra åligganden för den berörda kunden. Det enda underlag som låg till grund för rabatten var detaljistens etableringsort och avgörande var om detaljisten var etablerad i gränsområdet mellan Irland och Nordirland.[13]

---

avgörande för vilket pris som skulle betalas. Detta skapade en onaturlig uppdelning av marknaden och konsumenter bosatta utanför Frankrike fick nackdel framför konsumenter bosatta i Frankrike.

[12] T-228/97, *Irish Sugar*, se även Kommissionens beslut 97/624/EG, *Irish Sugar plc*. Kommissionen fann ursprungligen att Irish Sugar hade tillämpat en selektiv prissättning både mot import av franskt socker och import av socker från Nordirland. Förstainstansrätten ogiltigförklarade Kommissionens beslut avseende åtgärderna som var riktade mot importen av franskt socker. I övrigt ogillades Irish Sugars talan mot Kommissionens beslut.

[13] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 173.

Irish Sugar argumenterade till sitt försvar för det ifrågasatta rabattsystemet att företaget befarade att de skulle förlora en del av sin kundkrets och omsättning och valde därför att hålla stånd mot konkurrensen där den visade sig. Mot bakgrund av att företaget ekonomiskt sett befann sig i en utsatt position – trots att det var dominerande på marknaden – kunde det inte sänka priser på nationell nivå. Rabatterna var inte heller så stora att det var fråga om underprissättning och företaget ansåg att det i det läget tydde på bristande flexibilitet att påstå att agerandet var en form av missbruk. Vidare ansåg företaget att även ett dominerande företag måste få möjlighet att försvara sin position gentemot tillkommande konkurrens.[14]

Irish Sugar bestred inte att gränsområdesrabatterna endast hade givits till kunder i gränsområdet till Nordirland, medan övriga kunder i Irland inte erhållit någon motsvarande rabatt. Kommissionen och Irish Sugar var överens om det särskilda ansvar som åvilar ett dominerande företag, och som innebär en skyldighet att se till att konkurrensen inte snedvrids. Förstainstansrätten hade därför att ta ställning till frågan om hur långt möjligheterna sträcker sig – inom ramen för detta särskilda ansvar – att med hjälp av prisrabatter som inte var underprissättningar bemöta angrepp från konkurrerande företag, framförallt på det dominerande företagets hemmamarknad.[15]

Förstainstansrätten framhöll att beviljandet av en gränsområdesrabatt i sig innebar att det dominerande företaget tillämpade olika villkor för likvärdiga transaktioner. Förutom att det dominerande företaget avsiktligt valde att selektivt erbjuda sådana rabatter hade Kommissionen styrkt att företaget misstänkte att åtgärden var otillåten i konkurrensmässigt hänseende. En åtgärd av detta slag utgjorde därför, enligt Förstainstansrätten, missbruk av marknadsdominerande ställning.[16]

Det dominerande företaget hade således överträtt bestämmelsen i artikel 82 genom en prisdiskriminering, men åtgärderna riktade sig framförallt mot importen från Nordirland och det huvudsakliga syftet

[14] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 174–176.
[15] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 182.
[16] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 183.

eller den primär effekt som eftersträvades var att stänga ute importen och avskärma den irländska marknaden.

13.2 Exportgynnande rabatter

Det har förekommit fall där företag i syfte dels att stödja en handelspolitik som ett land bedriver, dels att trygga sina egna marknadsandelar, har använt olika former av rabattsystem. En central bestämmelse inom EG-rätten är förbudet mot kvantitativa restriktioner i handeln mellan medlemsstaterna.[17] Inte enbart direkta restriktioner utan även åtgärder med motsvarande effekt till kvantitativa restriktioner är förbjudna.[18] I fallet *Buy Irish*[19] hade den irländska staten genomfört en kampanj i syfte att stödja den inhemska industrin i Irland, vilket sedermera av domstolen kom att betraktas som stridande mot art. 30 EG-fördraget [nu artikel 28 EG i ändrad lydelse]. I detta fall rörde det sig endast om en indirekt statsfinansierad kampanj. Enskilda staters agerande eller lagstiftning på marknader kan ha inverkan på missbruksbedömningen för enskilda företag även om utrymmet är mycket begränsat. Under tiden som kampanjen pågick hade den irländska sockerproducenten Irish Sugar plc[20] infört ett system med sockerexportrabatter som företaget kallade för *Peripheral Factor Allowance* (PFA-rabatt).

Rabatter beviljades för socker som i förädlad form exporterades till andra medlemsstater. Kommissionen anförde att Irish Sugar hade beviljat sina kunder inom livsmedelsindustrin som exporterade sin exportprodukt – främst till andra medlemsstater – en speciell rabatt. För att kunna erhålla rabatten hade kunderna lämnat uppgifter till Irish Sugar om sina exportmängder. Storleken på rabatterna sattes helt diskretionärt

---

[17] Se artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) och artikel 34 i EG-fördraget (nu artikel 29 EG i ändrad lydelse).

[18] Benämnts ”MEQR” (measurements of equivalent effect to quantitative restrictions). Se bl.a. mål 8/74, *Dassonville*.

[19] Mål 249/81, *Buy Irish*.

[20] *Irish Sugar*, T-228/97.

och varierade i storlek. Irish Sugar motiverade sin prissättning med flera orsaker.

För det första hävdade Irish Sugar att syftet med PFA-rabatten var att gynna exporten av produkter som innehöll socker, vilket var ett led i att uppfylla den irländska regeringens önskan om att stödja den för den irländska ekonomin viktiga livsmedels- och dryckesindustrin.[21]

För det andra ansåg Irish Sugar att vikt måste läggas vid det utsatta ekonomiska läge som Irland befann sig i vid tidpunkten för beslutet. Tillståndet var allvarligt och de irländska producenterna hade svårt att hävda sig gentemot andra medlemsstater och då främst Storbritannien. I syfte att mildra dessa strukturella svårigheter som den gemensamma marknadsordningen för socker medförde och för att uppmuntra kunderna att fortsätta köpa socker i Irland ansåg Irish Sugar att PFA-rabatten var laglig.[22]

För det tredje ansåg Irish Sugar att det inte gick att jämföra situationen för kunderna som endast opererade på den inhemska marknaden – och som därmed inte fick någon rabatt – med den situation som rådde för de exportberoende kunderna. Irish Sugar hävdade att exportrabatterna i själva verket underlättade marknadsintegrationen genom att rabatten på detta sätt bidrog till att en större andel irländskt socker nådde andra marknader än den i Irland.[23]

Frågeställningen såsom den framkommit av yrkandena från Irish Sugar är mycket central och rör vissa grundläggande principer för prissättningar, vilka skall behandlas i separata avsnitt nedan.

13.3 Speciella bevekelsegrunder för exportrabatter

En speciell fråga är om det vid bedömning av skilda rabattsystem som bevekelsegrund är möjligt att ta hänsyn till den ekonomiska utveck-

[21] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 127.
[22] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 127.
[23] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 137.

lingen i ett land, en region eller en grupp företag för att härigenom motivera en viss rabatt.

Till frågan om den utsatta konkurrenssituationen för det dominerande företagets kunder hade någon inverkan på missbruksbedömningen konstaterade Kommissionen och sedermera även Förstainstansrätten i *Irish Sugar* bl.a. att PFA-rabatterna inte var förenliga med de principer som gäller för den gemensamma marknaden. Rabatterna för socker som exporterats till andra medlemsstater i förädlad form ansågs sannolikt kunna snedvrida handeln med industriellt socker och förädlade livsmedel som innehöll en betydande mängd socker och att de därmed skulle påverka handeln mellan medlemsstaterna.[24]

Varken Kommissionen eller Förstainstansrätten fäste sålunda något avseende vid Irish Sugars argument om att det skulle vara motiverat att skydda utsatta kunder i Irland. Irish Sugars argument rimmar illa med de principer om en gemensam marknad som har utarbetats alltsedan Romfördragets tillkomst. Om ett dominerande företag skulle finna anledning – om än med ett regionalt synsätt förståeligt – att gynna vissa kunder kommer detta helt objektivt att innebära att företaget tillämpar olika affärsvillkor för likvärdiga transaktioner, vilket är förbjudet i europeisk konkurrensrätt. En grundtanke inom unionen är att skapa en gemensam marknad, där samma villkor gäller över hela unionen. Om ett dominerande företag i det läget väljer att stödja vissa kundgrupper kommer detta att motverka syftet med den gemensamma marknaden och åtgärderna blir olagliga helt oberoende av orsakerna till varför vissa kundgrupper skulle behöva erhålla en rabatt. Konkurrensrättens objektiva natur gör således att bevekelsegrunderna i dessa fall är mycket begränsade och i princip inskränker sig endast till sådana orsaker som kan förklaras av EG-konform lagstiftning.

Förstainstansrätten framhöll speciellt i domskälen att exportrabatterna inte kunde rättfärdigas av att kunderna befann sig i olika konkurrenssituationer, eftersom PFA-rabatterna i vissa fall tillämpades på samtliga köp som en kund utan att Irish Sugar hade kontrollerat hur stor

[24] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 134.

mängd socker som ingick i just de produkter som exporterades.[25] Dessa kunder kunde därmed dra nytta av rabatten även för de produkter som fann avsättning på den irländska marknaden.

Kommissionen och Förstainstansrätten framhöll att en icke exporterande kund hos Irish Sugar även var utsatt för konkurrens från aktörer etablerade i andra medlemsstater, eftersom ett ökande antal utländska produkter hade etablerat sig på den relevanta marknaden. Slutligen kunde konstateras att konkurrenterna till Irish Sugar blev åsamkade en konkurrensnackdel genom rabatterna.[26]

13.4 Inverkan av åtgärder från staten

En annan omständighet vid bedömning av prissättningar är vilken inverkan som åligganden eller incitament från staten har på missbruksbedömningen. Rättspraxis på området är tämligen omfattande och det torde därför vara möjligt att ge ett relativt uttömmande svar på frågan.. Domstolen har tidigare bekräftat att artiklarna 81 och 82 EG enbart avser sådant konkurrensbegränsande agerande som företagen på eget initiativ har medverkat till.[27] Om företagen däremot åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning, eller om denna lagstiftning indirekt omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagens sida, kan heller inte artiklarna 81 och 82 EG tillämpas eftersom det konkurrensbegränsande agerandet inte orsakas av företagen själva.[28] Företag kan därför inte ställas till svars för konkurrensbegränsningar som orsakats av nationell lagstiftning.

---

[25] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 142.

[26] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 144–145.

[27] Se EG-domstolens dom i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, *Ladbroke racing*, p. 33–34. Se även. *Irish Sugar*, T-228/97, p. 130, C-41/83, *Italien mot Kommissionen*, p. 18–20, C-202/88, *Terminaux*, p. 55, C-18/88, *GB-Inno-BM*, p. 20.

[28] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 130 och de förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 144/73, *Suiker Unie*, p. 36–72 (särskilt punkterna 65–66 samt 71–72). Notera att en medlemsstat ur ett konkurrensrättsligt perspektiv kan införa en lagstiftning eller ett åliggande som kan

Visar det sig, å andra sidan, att den nationella lagstiftningen lämnar utrymme för att konkurrensen kan förhindras, begränsas eller snedvridas genom företagens egna agerande kan artiklarna 81 och 82 tillämpas.[29] I *Irish Sugar* hade den irländska regeringen endast uttryckt en önskan om att irländsk industri borde stödjas, varför Förstainstansrätten valde att inte fästa något avseende vid att Irish Sugar åberopade detta som försvar. Irish Sugar hade enligt Förstainstansrätten kunnat bestämma själv över sitt agerande.[30]

Slutsatsen synes vara att företag inte kan åberopa policyprogram eller liknande utan endast sådant som direkt framgår av lag eller som indirekt följer av lagstiftning, till försvar för ekonomiska förmåner som faktiskt eller potentiellt snedvrider konkurrensen.

13.5 Exportrabatter – underlättande av marknadsintegration eller diskriminering?

Irish Sugar invände mot Kommissionens beslut och hävdade att exportrabatter i sig skulle underlätta exporten och att det inte skulle vara möjligt att bedöma icke exporterande och exporterande kunder efter samma måttstock. Det förekom enligt Irish Sugar ingen diskriminering mellan kunder som endast sålde socker på den inhemska marknaden och de kunder som exporterade produkter innehållande socker.[31]

Inledningsvis faller en sådan invändning, enligt min mening, på sin egen orimlighet. Om alla kunder på den gemensamma marknaden skall

---

befria ett dominerande företag från påföljder enligt art. 81 och 82 EG. Lagstiftningen i sin tur skulle dock kunna utgöra ett fördragsbrott, men detta är dock en talan mellan medlemsstaten i fråga och unionen. Missbruk av dominerande ställning som har tillkommit direkt eller indirekt genom lagstiftning kan således inte läggas företaget till last, även om lagstiftningen skulle vara i direkt strid med centrala bestämmelser som t.ex. art. 28 eller 29 EG.

[29] Se bl.a. de förenade målen C-209-215/78 och 218/78, *FEDETAB*, de förenade målen C-240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, *Stiching Sigarettenindustrie*, samt C-219/95 P, *Ferriere Nord SpA*,.

[30] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 131.

[31] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 137.

behandlas lika, går det inte att diskriminera mellan olika kundgrupper. Detta torde även ha stått klart för Irish Sugar. Företaget synes utöver detta ha velat få till stånd en acceptans för de marknadsrealiteter som var aktuella när rabatterna beviljades. Vissa företag handlade inte med företag utanför Irland, medan andra var aktiva på exportmarknaderna. Den mest allvarliga invändningen mot att hänsyn inte skulle tas till icke exporterande företag är att den inte tar fasta på framtida möjligheter som nuvarande icke-exporterande kunder har. Eftersom missbruksbegreppet är objektivt till sin natur och skall motverka konkurrensbegränsande ageranden som faktiskt eller möjligen kan påverka handeln och marknadsstrukturen kan, enligt min mening, aldrig ett argument om acceptans av status quo användas.

Kommissionen och Förstainstansrätten konstaterade att rabatterna för det första diskriminerade Irish Sugars kunder på marknaden för industriellt socker i Irland, vilka exporterade en del av sina produkter som innehöll socker sinsemellan. För det andra diskriminerades även de kunder på samma marknad som endast var verksamma i Irland i förhållande till exporterande kunder. Rabatterna gav därför upphov till en dubbel diskriminering.[32]

Härutöver ansåg även Förstainstansrätten att exportrabatterna

> ”[…] medförde en i ekonomiskt hänseende omotiverad konkurrensnackdel för sökandens konkurrenter utanför Irland och konkurrerande sockerpaketeringsföretag på marknaden för socker avsett för detaljhandeln i Irland, i den mån de senare endast var verksamma på den irländska marknaden.”[33]

Förstainstansrätten kunde därför konstatera att företaget hade tillämpat olika villkor för likvärdiga prestationer och därigenom vållat kunderna en konkurrensnackdel. Att kunderna befann sig i olika konkurrenssituationer kunde enligt Förstainstansrätten inte rättfärdiga diskrimineringen av kunderna. Rabatterna tillämpades i vissa fall på kundens totala inköp och Irish Sugar kontrollerade inte innehållet av socker i de

[32] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 138–139.
[33] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 138.

exporterade produkterna. Härmed kunde just dessa kunder dra nytta av rabatten även på den inhemska marknaden. Härutöver var kunder som enbart var aktiva på den irländska marknaden utsatta för konkurrens från företag som var etablerade i andra medlemsländer. När dessa kunder inte fick någon rabatt diskriminerades de gentemot de kunder som tack vare sin export erhöll rabatten. Vidare bekräftade Förstainstansrätten Kommissionens resonemang om att rabatterna vållade utländska konkurrenter till Irish Sugar en konkurrensnackdel, varför rabatterna snedvred handeln med industriellt och livsmedel innehållande avsevärda mängder socker samt handeln mellan medlemsstaterna.[34]

Det kunde nämligen konstateras att eftersom Irish Sugar inte hade bestämt sina priser för industriellt socker med utgångspunkt från samspelet mellan tillgång och efterfrågan, utan med utgångspunkt från var företagets aktuella och potentiella kunder var lokaliserade, så hade Irish Sugar ändrat marknadsmekanismerna.[35]

Det räcker inte med att ett rabattsystem delvis skulle kunna ha en positiv inverkan på konkurrenssituationen. I Irish Sugar konstaterade Förstainstansrätten därför att

> ”PFA-rabatterna har […] snedvridit den normala konkurrensen både för sökandens kunder som inte exporterade produkter som innehåller socker från Irland och för andra potentiella leverantörer av industriellt socker som kunde vara intresserade av att sälja till sökandens exporterande kunder […]. Vad avser den senare gruppen gjorde PFA-rabatterna att andra potentiella leverantörer inte, på lika villkor, kunde konkurrera med vad sökanden kunde erbjuda sina exporterande kunder. Kommissionen har i vilket fall som helst visat att PFA-rabatterna utgjorde ett hinder för import av industriellt socker till Irland, genom att dessa rabatter ledde till att den irländska marknaden blev alltmer isolerad […]”[36]

Mot bakgrund av att konkurrensen – objektivt sett – hade snedvridits till följd av rabattsystemen kunde, enligt Förstainstansrätten, det domine-

---

[34] Se, T-228/97, *Irish Sugar*, p. 141–145.
[35] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 141. Se även mål 27/76, *United Brands* p. 229–230.
[36] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 148.

rande företaget inte hävda att PFA-rabatter hade haft någon gynnsam inverkan på konkurrensen. Om ett rabattsystem liknande detta har negativa effekter på marknaden saknar således dess eventuella gynnsamma deleffekter relevans för missbruksbedömningen.

13.6 Implicita prissättningar som utgör geografisk prisdiskriminering

Geografisk prisdiskriminering behöver inte vara explicit i så måtto att olika priser görs direkt avhängiga av en viss nationstillhörighet. Prissättningen kan även utformas så att den passar en rådande situation på marknaden och får till *effekt* en onaturlig uppdelning av marknaden. Ett sådant prissystem behandlades i fallet *Portugisiska flygplatser*.[37]

> Vissa landningsavgifter hade fastställts genom en nationell förordning. Det offentliga företaget Aeroportos e Navegação Aérea Emprese Publica (ANA-EP) hade till uppgift att förvalta flygplatserna och luftfarten på tre flygplatser på Portugisiska fastlandet (Lissabon, Faro och Porto), fyra flygplatser på Azorerna och andra flygfält samt trafikkontrollen. I ett lagdekret från 1991 föreskrevs bestämmelser för landningsavgifter, bl.a. att landningsavgifter skulle tas ut för varje landning, beräknad utifrån de största startmassa som angavs i flygplanets flygvärdighetsbevis. Vidare föreskrevs att inrikesflyget skulle erhålla en rabatt på 50 procent. Varje år utfärdade den portugisiska regeringen en förordning om uppdatering av landningsavgifterna.

1998 infördes ett rabattsystem enligt följande:

[37] C-163/99, *Portugisiska flygplatser*.

Antal landningar/månad	**Rabatt, Lissabons flygplats**	**Rabatt, andra flygplatser**
1 – 50	0 %	0 %
51 – 100	7,2 %	18,4 %
100 – 150	14,6 %	24,4 %
151 – 200	22,5 %	31,4 %
200 <	32,7 %	40,6 %

Tabell 13.1. Rabatter vid flygplatser i Portugal under 1998.

Kommissionen inledde en undersökning mot Portugal, som motiverade de skilda avgifterna med att en del av inrikestrafiken trafikerade öar där det inte fanns något alternativ till lufttrafik och att övriga inrikesflygningar var mycket korta och billiga. Landningsavgifterna syftade även till att skapa en social och ekonomisk sammanhållning. Portugals flygplatser var utsatta för en konkurrens från de spanska flygplatserna i Madrid och Barcelona, som hade en liknande prispolitik. Till sist motiverade Portugal priserna med att de avsåg att tillskapa stordriftsfördelar genom att utnyttjandet av de portugisiska flygplatserna ökade och främjade Portugal som turistmål.

I ett liknande fall, *AENA*[38] ansåg Kommissionen att det gällande spanska systemet med rabatter och differentiering av landningsavgifter beroende på startplatsen för flygningen var diskriminerande till förmån för nationella bolag.

> Liksom i Portugal bestämdes landningsavgifter genom offentlig reglering. Aeropuertos Españoles y Navegación Aéra (AENA) förvaltade flygplatsinfrastrukturer i Spanien och uppbar de avgifter för start- och landningstjänster som utnyttjades av de flygplan som använde olika flygplatser. Även i Spanien fanns ett system med progressiva rabatter och speciella rabatter för inrikesflyget. Kommissionen kunde konstatera att de progressiva rabatterna varierade mellan ca. 9–35 %, där den högre rabatten gavs vid mer än 200 landningar per månad. Ett flertal bolag erhöll den lägre rabatten, som gavs vid 51–100 landningar per månad. För landningar underskridande 50 utgick

[38] Kommissionens beslut 2000/521/EG, *AENA*, EGT L 208, 2000. Beslutet riktat mot Spanien

> ingen rabatt. Avgiftssystemet gjorde att främst det spanska flygbolaget Iberia, som hade många trafikrörelser per månad, gynnades i förhållande till andra flygbolag genom att Iberia fick högre rabatter trots att flygbolagen använde samma typ av flygplan.

Kommissionen framhöll att oberoende av de olika rabatterna krävde AENA:s tjänster (flygledning, utnyttjande av plattor m.m.) samma arbete oavsett vilket bolag som betjänades och att en flygplats inte får gynna vissa flygbolag framför andra om det inte fanns objektiva skäl för detta.[39]

Objektiva skäl kunde, enligt Kommissionen, vara stordriftsfördelar eller syfte att minska flygbuller eller överbelastning av luftrummet. Behandlingen av flygplan vid start och landning var emellertid lika för alla flygbolag och hanteringen förändrades heller inte av om det avsåg ett eller tio flygplan från samma bolag. Det fanns därför inga stordriftfördelar med start och landningsavgifter. Även om inte Kommissionen tog upp det i sitt beslut verkar dessutom ett eventuellt syfte att minska flygbuller och överbelastning närmast motverkas av ett system som ger incitament till ökat nyttjande av flygplatsen.[40]

I likhet med bedömningen i *Portugisiska flygplatser* ansåg Kommissionen det vara uppenbart att ett system med differentierade landningsavgifter som görs beroende av flygningens art (inrikes eller utrikes) leder till att olika villkor tillämpas för samma start- och landningstjänster. De flygbolag som trafikerade destinationer inom EES fick därför en konkurrensnackdel i förhållande till de bolag som endast trafikerade destinationer inom Spanien. De differentierade landningsavgifterna utgjorde därför ett missbruk av dominerande ställning.[41]

---

[39] Se Kommissionens beslut 2000/521/EG, *AENA*, p. 49.
[40] Se Kommissionens beslut 2000/521/EG, *AENA*, p. 52
[41] Se Kommissionens beslut 2000/521/EG, *AENA*, p. 54–56.

13.7 Speciellt om frågan med mängdrabatter

Vad beträffar syftet att åstadkomma stordriftsfördelar ägnade EG-domstolen relativt stort utrymme åt frågan om mängdrabatter. Portugal ansåg att mängdrabatterna hade tillkommit i syfte att skapa ett högre nyttjande kostsamma investeringar och alla medlemsländer hade tillgång till samma rabatter. EG-domstolen erinrade om att företag med dominerande ställning har rätt att bevilja mängdrabatter som endast är knutna till volymen av inköp från företaget, men att beräkningssättet för sådana rabatter inte får medföra att företaget prisdiskriminerar.[42] EG-domstolen fortsatte:

> ”Själva idén med ett mängdrabattsystem är att de mest betydelsefulla köparna eller förbrukarna av en vara eller tjänst kommer i åtnjutande av lägre genomsnittspris per enhet eller, vilket innebär samma sak, av större genomsnittsrabatter än mindre betydelsefulla köpare eller förbrukare av denna vara eller tjänst. Även vid en linjär ökning av rabattnivån i förhållande till mängden, med en maximal rabatt, ökar genomsnittsrabatten (eller minska genomsnittspriset) matematiskt till att börja med mer i förhållande till inköpsökningen och sedan mindre i förhållande till inköpsökningen, innan den har en tendens att stabiliseras mot den maximala rabattnivån. Att ett mängdrabattsystem leder till att vissa kunder vid vissa givna mängder kommer i åtnjutande av ett proportionellt större genomsnittligt rabattbelopp jämfört med andra kunder i förhållande till skillnaderna i deras inköpsvolymer ligger i själva systemets natur och det inte möjligt att enbart utifrån denna omständighet dra slutsatsen att systemet är diskriminerande.”[43]

Generellt sett har en större kund större förmåner i kraft av sina stora inköpsvolymer vid ett system med linjära mängdrabatter i förhållande till en kund med mindre inköpsvolymer. Någon diskriminering är det emellertid inte fråga om eftersom en större kund kan sägas ge bättre förutsättningar till rationaliseringar, kostnadsbesparingar m.m. än en mindre kund. Det vore därför kontraproduktivt att bedöma mängdrabatter i

---

[42] C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, p. 50. Jfr även mål 322/81, *Michelin*, p. 71.
[43] C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, p. 51.

allmänhet som diskriminerande. Så långt är resonemanget detsamma som vid kostnadsmotivering.

Även mängdrabatter har dock potential att bli diskriminerande om rabattsatserna sätts med sådana trösklar att rabatterna förbehålls vissa handelspartner, samtidigt som dessa erhåller en ekonomisk fördel som inte motiveras av den av dem föranledda verksamhetsvolymen eller andra eventuella skalfördelar som uppstår för leverantören i förhållande till andra parter.[44]

> ”Om det saknas sakliga skäl kan en mycket hög tröskelnivå för att rabattsystemet skall bli tillämpligt, som endast kan beröra vissa särskilt betydelsefulla kunder till företaget med dominerande ställning, utgöra en sådan omständighet som tyder på att det föreligger en diskriminerande behandling. En annan sådan omständighet är att ökningen av rabattbeloppet inte är linjär i förhållande till mängden”.[45]

Det måste alltså finnas skäl till varför ett dominerande företag sätter rabatter som i princip endast vissa kunder kan uppnå och vidare måste det finnas motivering till varför ett företag inför en dylik rabatt. Progressiva rabatter och frånvaron av praktiska möjligheter för vissa handelspartner att erhålla rabatter tyder i sig på missbruk. I *Portugisiska flygplatser* kunde domstolen konstatera diskriminering genom att rabattsystemet *de facto* gynnade de nationella flygbolagen, eftersom det inte fanns något annat bolag inom unionen som kunde påvisa så många landningar som krävdes. Dessutom var rabattsystemet progressivt, vilket gjorde det än mer diskriminerande.

Det torde vara relativt okontroversiellt att bevilja rabatter vid ett högre nyttjande av en infrastruktur som flygplatser eftersom den ökade volymen ger en bättre täckning av fasta kostnader. Vad som var speciellt i detta fall var dock att tröskelvärdet sattes så högt att endast vissa aktörer kunde dra nytta av rabatten, trots att även andra aktörer redan vid lägre volymer rimligen borde ha gett upphov till kostnadsbesparingar. Trots att rabattsystemet totalt sett kanske speglade de kostnads-

---

[44] C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, p. 52.
[45] C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, p. 53.

besparingar som gjordes för den totala volymen kan ett dominerande företag inte sätta rabatter så att enbart vissa aktörer i praktiken kommer i åtnjutande av förmånen. Såväl tröskelvärdena som procentsatsen borde därför ha sänkts för att ge en mer rättvisande bild av det faktiska kostnadsbesparingen.

Vad som generellt skall anses vara en lämplig tröskel- respektive procentnivå måste bedömas från fall till fall, men systemet får inte utformas så att det skapar en faktisk uppdelning av marknaden.

Till frågan om rabatten på 50 procent till förmån för inrikesflygningarna jämförd med förhållandena för de internationella flygningarna anförde domstolen att det redan i *Corsica Ferries II*[46] hade fastslagits att konkurrensbestämmelserna förbjuder

> ”att en nationell myndighet, genom att godkänna de avgifter som fastställts av ett företag som har erhållit exklusiv rättighet att erbjuda obligatoriska lotstjänster inom en väsentlig del av den marknaden, gör det möjligt för företaget att tillämpa olika avgifter gentemot sjötransportföretag beroende på om de utför transporter mellan medlemsstater eller mellan hamnar belägna inom den ifrågavarande statens territorium, i den mån handeln mellan medlemsstaterna påverkas”.[47]

EG-domstolen sade att den uttryckligen slagit fast att en nationell reglering, som utan att vara diskriminerande i förhållande till olika fartyg eller till om de som tillhandahåller tjänster är från landet i fråga eller något annat medlemsland, men som gör skillnad mellan om transporten skall utföras för inrikes- eller utrikestrafik kan anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla sjötransporttjänster. I förevarande mål ansåg domstolen att det var fråga om en diskriminering till följd av att avgifterna fastställdes olika för samma antal landningar med luftfartyg av samma slag.[48]

Portugal invände emellertid mot domstolens resonemang och hävdade dels att det av sociala och ekonomiska skäl borde godtas att inri-

---

[46] C-18/93, *Corsica Ferries II*.
[47] C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, p. 63.
[48] Se C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, p. 66.

kesflyget beviljades dessa rabatter, dels att de korta flygsträckorna inte skulle behöva belastas med proportionellt sett alltför stora landningsavgifter. EG-domstolen sade endast att en olik prissättning för samma antal landningar är i sig en form av diskriminering som är förbjuden genom artikel 86 (2) (c) (nu artikel 82 (2) (c) EG). Skulle Portugal likväl ha velat tillämpa denna prissättning när alla rekvisit enligt artikel 86 (nu artikel 82 EG) var uppfyllda fanns bara möjligheten att hänvisa till bestämmelserna i artikel 90.2 (nu 86.2 EG). Enligt dessa bestämmelser finns möjlighet att göra avvikelser, men eftersom Portugal inte hade åberopat undantaget i artikel 90.2 måste prissättningen betraktas som en diskriminering. Vad senare beträffade motiveringen om den ekonomiska och sociala sammanhållningen enligt artikel 3j i fördraget (nu artikel 3k EG), genmälde Kommissionen att i det fall avståndsfaktorn skulle beaktas, måste även internationella flygningar – t.ex. de från Portugal till Sevilla, Madrid, Malaga eller Santiago de Compostela – erhålla samma rabatter och att avgifterna i vart fall måste räknas på basis av flygplanens vikt och inte utifrån avståndet (större flygplan ger typiskt sett upphov till större kostnader för flygplatser, medan resavståndet inte påverkar flygplatsen). Domstolen gjorde ingen prövning av argumentet och bekräftade endast Kommissionens argumentation samt ansåg att prissättningen var diskriminerande.[49]

13.8 Rabatters effekt i efterföljande handelsled

Irish Sugar är även intressant ur ett annat perspektiv. Det ovanliga med rättsfallet är att de rabatter som lämnades på marknaden för industriellt socker medförde att de konkurrensbegränsande resultaten visade sig på marknaden för detaljhandelssocker, där Irish Sugar och dess kunder konkurrerade. Kunde detta ha haft någon effekt på missbruksbedömningen?

[49] Se C-163/99, *Portugisiska flygplatser*, p. 76–78.

Förstainstansrätten hävdade att särdrag av detta slag inte uteslöt att [artikel 82 EG] kunde användas. Det framgår av rättpraxis att ett företag med en dominerande ställning på marknaden för råvaror inte får missbruka den dominerande ställningen för att underlätta sitt inträde på en marknad för härledda produkter som innehåller dessa råvaror genom att påverka andra aktörer på den härledda marknaden.[50]

Detta kan exempelvis ske genom att det dominerande företaget vägrar att leverera råvaror som är nödvändiga för konkurrenternas verksamhet på den härledda marknaden. Det kan visserligen hävdas att rabattsystemen i innevarande fall inte direkt kan jämställas med leveransvägran, men de är enligt min mening endast en mindre allvarlig form av missbruk. Leveransvägran är en extrem åtgärd och ger även de mest påtagliga effekterna. Rabattsystemet ger dock samma – om än mindre – principiella effekter som en leveransvägran.[51]

Förstainstansrätten betonade att missbruksbestämmelserna mycket väl kan aktualiseras om ett dominerande företag utan saklig grund förbehåller sig en sidoverksamhet eller en härledd verksamhet på en närliggande men åtskild marknad där det inte har någon dominerande ställning, om det föreligger risk att all konkurrens på denna marknad slås ut.[52] Förstainstansrätten fann att dessa bestämmelser direkt kunde tillämpas i Irish Sugar. Motiveringen var att det onekligen förelåg ett samband mellan marknaden för industriellt socker och marknaden för socker avsett för detaljhandeln. Utöver detta kunde konstateras att Irish Sugar hade en dominerande ställning även på marknaden för detaljhandelssocker.[53]

Förstainstansrätten avvisade även Irish Sugars argument om att särbehandlingen av vissa kunder var irrelevant eftersom dessa inte skulle hamna i konkurrensmässigt underläge. Att det eventuellt inte förelåg

---

[50] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 166, och de förenade målen C-6/73 och C-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents*, p. 25.

[51] Jfr T-228/97, *Irish Sugar*, p. 166.

[52] Se T-228/97, *Irish Sugar*, p. 167, se även EG-domstolen dom i C-333/94, *Tetra Pak II*, p. 24–27, och Förstainstansrättens dom i samma mål, T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 115, 186

[53] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 167.

någon konkurrens mellan dem av kunderna som fick rabatt och sockerpaketeringsföretagen uteslöt inte [artikel 82 2 st (c) EG] kunde tillämpas, eftersom den påtalade diskrimineringen i praktiken hade konkurrensbegränsande verkningar gentemot sockerpaketeringsföretag på marknaden för detaljhandelssocker.[54]

[54] T-228/97, *Irish Sugar*, p. 167.

14. Selektiva priser

En speciell form av utestängande prissättning är selektiv prissättning.[1] Situationen är något speciell i den meningen att det inte är fråga om rovprissättning eftersom prissättningen oftast har täckning för kostnader (jfr kapitel 5 ovan). Det behöver heller inte vara någon prisdiskriminering som medför konkurrensnackdelar för dominantens handelspartner enligt artikel 82 (2) (c) EG om kunderna opererar på helt olika marknader och att kundernas sätt att köpa inte gör transaktionerna jämförbara. Priserna kan vidare vid en första anblick uppfattas som rimliga i den meningen att ingendera av transaktionerna kan anses vara förbunden med ett överpris. Om prisskillnaderna dessutom inte är resultatet av några trohetsrabatter ligger det nära till hands att anta att de på ett korrekt sätt speglar marknadsvillkoren. Prisdiskriminering kan, som visats ovan, föreligga i ekonomisk mening när ett dominerande företag tar ut olika priser av olika kunder för samma vara som ger upphov till olika vinstnivåer för det dominerande företaget. All form av differentierade priser kan däremot inte anses vara ett missbruk.

I samband med avregleringar av tidigare monopolverksamheter eller i branscher där koncentrationen är mycket hög[2] kan situationen för nya eller mindre aktörer vara mycket känslig. En aggressiv prissättning eller selektiv prissättning har i dessa fall avsevärt större risk att snedvrida

[1] Jfr Whish, a.a. s. 653.

[2] Med mycket hög koncentration avses t.ex. branscher där det dominerande företaget har över 90 procent marknadsandel.

konkurrensen i jämförelse med branscher där det dominerande företaget möter konkurrens från väletablerade aktörer med etablerade kundrelationer. Argumentet för att inte tillåta selektiva priser är främst att de har potential att hindra tillkommande konkurrens på marknaden.[3]

Selektiva priser har i vissa fall i rättspraxis ansetts vara en form av missbruk. I fallet *Hilti*[4] ansågs Hilti AG ha missbrukat sin dominerande ställning genom att tillämpa selektiv prissättning gentemot sina kunder.

> Hilti var tillverkare av krutdrivna spikpistoler, som användes framförallt inom byggnadsindustrin. Förutom själva spikpistolen tillhandahöll Hilti även spikar/nitar och drivladdningar. Hilti hade patentskydd för drivladdningarna, men inte för spikar/nitar. I syfte att hindra andra tillverkare av spikar, som var utbytbara med Hiltis spikar, att konkurrera med Hilti införde Hilti en rad selektiva åtgärder gentemot sina kunder. Kunderna bands mycket hårt till Hilti genom att Hilti tillämpade en generell policy att köparnas möjligheter att köpa de patenterade drivladdningarna gjordes beroende av att köparna samtidigt köpte motsvarande mängd spikar/nitar. Härigenom hindrades kunderna att välja leverantör, Genom kopplingsförbehållet behövde konkurrerande spiktillverkare – däribland den engelske tillverkaren Eurofix – även tillhandahålla drivladdningar vid försäljning av spikar för att kunna konkurrera med Hilti. Eftersom dessa var patenterade måste originaldrivladdningar importeras från Nederländerna. När Hilti blev varse om Eurofix källa förmådde Hilti sin holländske distributör att sluta leverera drivladdningar till Eurofix. Härutöver varnade Hilti alla oberoende

---

3 Jfr Whish, a.a. s.654.

4 T-30/89, *Hilti*. Målet överklagades till EG-domstolen i mål C-53/92 P, men överklagandet gällde framförallt hur den relevanta marknaden skulle definieras och vissa andra processuella frågeställningar. Överklagandet ogillades av EG-domstolen och Förstainstansrättens bedömning i sakfrågan gällande missbruk står därmed fast. Förstainstansrätten delade Kommissionens uppfattning angående missbruksfrågan och Hilti hade även medgivit att vissa ageranden utgjorde missbruk. Förstainstansrätten konstaterade att ”[a] selective and discriminatory policy such as that operated by Hilti impairs competition inasmuch as it is liable to deter other undertakings from establishing themselves in the market. The inescapable conclusion is therefore that the Commission had good reason to hold that such behaviour on Hilti’s part was improper. […] Since Hilti has admitted the other behaviour of which it was accused by the Commission […] it must be concluded […] that Hilti abused that position by engaging in all the commercial practices of which the Commission accused it in this regard.” (p. 100–101).

> distributörer för att leverera drivladdningar till den engelske tillverkaren. Syftet var således att förhindra oberoende spiktillverkare att konkurrera genom att strypa leveranser av nödvändiga förnödenheter. Hilti vägrade även att leverera drivladdningar till gamla etablerade kunder eftersom Hilti ansåg att det fanns möjlighet för kunder att sälja drivladdningar vidare till bl.a. Eurofix.

Kommissionen betonade att det finns vissa selektiva och diskriminerande prismetoder som endast är ägnade att skada eller eliminera konkurrenter. Genom att hålla högre priser på en annan marknad kan företag finansiera ett rovbeteende genom korssubventionering. Kommissionen anförde att

> ”[a]n aggressive price rivalry is an essential competitive instrument. However, a selectively discriminatory pricing policy by a dominant firm designed purely to damage the business of, or deter market entry by, its competitors, whilst maintaining higher prices for the bulk of its other customers, is both exploitive of these other customers and destructive of competition. As such it constitutes abusive conduct by which a dominant firm can reinforce its already preponderant market position. The abuse in this case does not hinge on whether the prices were below costs (however defined – and in any case certain products were given away free). Rather it depends on the fact that, because of its dominance, Hilti was able to offer special discriminatory prices to its competitors' customers with a view to damaging their business, whilst maintaining higher prices to its own equivalent customers.”[5]

I Storbritannien införde Hilti ett system med vad som kallades för ”*supported and unsupported plant-hire companies*”. Den senare kategorin fick inte samma sedvanliga volymrabatter som kunder vilka kategoriserades som ”*supported*”. Klassificeringssystemet tillämpades för alla kunder och utan någon förklaring från Hilti. Kommissionen kunde konstatera att det kunde finnas vissa objektiva kriterier som rättfärdigade högre rabatter, t.ex. högre inköpsvolymer och tillhandahållande av

[5] Se Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 81.

utbildningstjänster. Om rabatterna enbart hade varit knutna till detta förhållande hade analysen kunnat avslutas redan i detta skede eftersom det i så fall hade funnits ett objektivt rättfärdigande av prisskillnaderna. En avgörande faktor för klassificering var dock huruvida kunden köpte spikar från konkurrenterna eller inte. Genom att köpa spikar från konkurrenter blev kunder kategoriserade som ”*unsupported*” och fick därmed lägre rabatter.[6]

Kommissionen kunde konstatera att klassificeringssystemet var en del av Hiltis systematiska och organiserade försök att diskriminera gentemot konkurrenter och härigenom hindra konkurrens från oberoende spiktillverkare. Klassningen av olika köpare fick i praktiken samma effekt som indragningen av vissa rabatter, vilket ansågs vara ett missbruk av dominerande ställning.[7]

Från diskrimineringssynpunkt är det av intresse att konstatera att i de fall där Hilti inte genomförde kopplingsförbehållet mellan drivladdningar och spikar, så försökte Hilti hindra konkurrenternas försäljning av spikar genom att reducera rabatter på beställningar av enbart drivladdningar. Någon objektiv orsak härtill fanns inte, utan agerandet baserades huvudsakligen på att kunden köpte spikar hos en konkurrent. En väletablerad policy hos Hilti gick även ut på att tillämpa diskriminerande taktik – t.ex. selektiva prissänkningar eller andra erbjudanden – gentemot konkurrenter och deras kunder.[8]

I syfte att vinna över kunder från konkurrerande spiktillverkare/importörer erbjöd Hilti speciellt förmånliga villkor till konkurrenternas kunder. I vissa fall gick Hilti så långt att de gav bort produkter gratis. Hiltis ordinarie kunder erhöll emellertid inte samma förmåner, vilket gjorde att villkoren betraktades som selektiva och diskriminerande. De ordinarie kunderna fick således bära kostnaden för villkoren. Som ett alternativ till de förmånliga villkoren försökte Hilti även skada och eliminera vissa av konkurrenternas större kunder genom att reducera ordi-

---

6 Se Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 42–43.
7 Se Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 82–83.
8 Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 33, 45.

narie rabatter på Hiltis produkter om de fortsatte att köpa av konkurrenterna[9]

Kommissionen understök att Hiltis strategi inte bara skadade Hiltis konkurrenter och dess kunder direkt utan även hade en disciplinerande och konkurrensbegränsande effekt i det att potentiella kunder till de oberoende tillverkarna/importörerna kunde bli utsatta för samma behandling. Kommissionen anförde att en aggressiv prissättning är ett viktigt inslag i konkurrensen, men att selektiva åtgärder från ett dominerande företag som endast är utformade för att skada konkurrenter eller motverka etablering medan det större flertalet av det dominerande företagets kunder får betala högre priser är både exploaterande och konkurrensbegränsande.[10]

En försvårande faktor i fallet *Hilti* var att det dominerande företaget hade försökt att blockera konkurrerande spiktillverkare genom att återkalla sin garanti på spikpistoler om användaren nyttjade andra förbrukningsartiklar i form av spikar än de som Hilti självt saluförde. Enligt Kommissionen fanns det möjlighet att återkalla garantier om dåliga icke-Hilti-tillverkade spikar användes som orsakade sämre funktion, förtida nedslitning eller skada på spikpistolen. Hilti hade emellertid inte visat att Eurofix spikar hade denna inverkan på spikpistolerna och Kommissionen sade att denna generella policy i själva verket var ett indirekt sätt att hindra kunderna från att köpa spikar från bl.a. Eurofix, vilket utgjorde ett missbruk.[11]

En relevant frågeställning i detta avseende är om återkallande av garantiutfästelser kan anses vara ett missbruk bara på den grunden att köparen använder icke-originaldelar. Det synes inte kunna utläsas av *Hilti* att det råder en presumtion om olaglighet. Kommissionen framhåller särskilt att dominerande företag kan meddela att garantier inte gäller om piratdelar orsakar sämre funktion, onormal nedslitning eller skada på utrustningen. Det framgår inte av beslutet med vilken styrka sådana förhållanden måste kunna påvisas, men det förefaller åtminstone vara så

---

9 Se Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 45–46.

10 Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 80–81.

11 Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 79.

att det dominerande företaget måste kunna styrka dessa effekter. Att exempelvis garantin på hammare skulle förverkas genom att snickaren använder andra fabrikat av spikar än de som tillverkaren av hammaren själv tillverkar torde inte vara acceptabelt. Fullt naturligt torde ett återkallande av garantiutfästelse för tankning av en vanlig bensindriven bil på basis av om användaren tankar bilen med bensin från andra bensinstationer än de som bilfabrikanten själv erbjuder vara orimligt. Mer komplicerat i garantihänseende blir det emellertid om bilen t.ex. tankas med mycket lågoktanig bensin, så att fara för motorskada föreligger.

I Hilti var garantifrågan slutligen endast en del av ett mer omfattande bedömningsunderlag varför det är svårt att uttala sig om räckvidden av uttalandena av Kommissionen som accepterades av Förstainstansrätten och EG-domstolen.

Vad som är speciellt med denna form av agerande är att det inte är missbruk som är direkt riktat mot kunderna i efterföljande distributionsled utan indirekt gentemot konkurrenterna. Det är inte fråga om underprissättning eller att priset är orimligt i förhållande till kostnader, dvs. att prissättningen inte skulle vara kostnadsmotiverad. Kommissionen anförde att

> ”The abuse in this case does not hinge on whether the price were below costs (however defined – and in any case certain products were given away free). Rather it depends on the fact that, because of its dominance, Hilti was able to offer special discriminatory prices to its competitors’ customers with a view to damaging their business, whilst maintaining higher prices to its own equivalent customers.”[12]

Sammanfattningsvis synes framgå av fallet att en selektiv prissättning inte nödvändigtvis behöver sakna kostnadstäckning för att den skall betraktas som ett missbruk. Oaktat om det dominerande företaget har täckning för sina kostnader eller inte kan ett agerande betraktas som ett olagligt genom att kunder diskrimineras och konkurrenter stängs ute från marknaden. Selektiva priser är därför snarare en form av utestäng-

[12] Kommissionens beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 81.

ande diskriminerande prissättning än en form av rovprissättning med full kostnadstäckning. Som framgår av kapitel 5 ovan följer det både av nuvarande rättspraxis och av ekonomisk teori att rovbeteende med full kostnadstäckning inte bör bedömas som missbruk. Det är snarare frågan om orimliga skillnader i positiva lönsamhetsnivåer som står i fokus och framförallt sådana prisskillnader som baseras på andra än objektivt ekonomiskt försvarbara kriterier.

14.1 Utrymmet för selektiv prissättning vid mötande av konkurrens

I fallet *CityMail*[13] aktualiserades inte direkt frågan om prisdiskriminering, utan fokus lades på frågan om selektiv prissättning, som förvisso är en form av prisdiskriminering. En avgörande fråga i konkurrensrättsligt hänseende är *hur* selektivt ett dominerande företag kan vara i sin prispolitik när det möter konkurrens.

Det har i doktrinen diskuteras hur MD:s beslut i *CityMail* skall tolkas. Pehrson & Wahl anser att konsekvensen av domen är att dominerande företag i allmänhet får vidta selektiva prissänkningar så länge som dessa är kostnadsmotiverade. Pehrson & Wahl anser att vad som menas med kostnadsmotivering rimligen får tolkas som att rabatter på något sätt måste vara relaterade till de kostnader som företaget har haft. Om en kostnadsbesparing föreligger kan företaget således sänka priserna med lika mycket som besparingen, dock inte lägre. Det dominerande företaget har i vart fall möjlighet att hålla priser som ligger under konkurrenternas, så länge som prisskillnaden i relation till det dominerande företagets ordinarie pris motsvaras av en lika stor eller större inbesparing i kostnader. Vad som i målet framkom om Postens agerande i övrigt var enligt Pehrson & Wahl inte föremål för domstolens prövning eftersom det inte var processföremål. I stället framhåller de att ”[a]lldeles oavsett Marknadsdomstolens uppfattning avseende Postens agerande kan där-

[13] MD 1998:15, *CityMail*.

för sägas att uttalandena saknar egentligt värde, både med avseende på frågan huruvida det varit fråga om missbruk […]". Omvänt gäller därmed enligt författarna att kravet på kostnadsmotivering "står i så måtto ensamt", dvs. att om ett pris inte är kostnadsmotiverat, så skall detta anses vara ett missbruk.[14]

Bishop m.fl anser att domen inte ligger i linje med rådande EG-rättslig praxis och ifrågasätter om Postens agerande verkligen någon gång kunde utgöra ett missbruk, kostnadsmotiverat eller ej:

> "The form of "abuse" identified in these cases by the Competition Authority and the District Court does not conform to the framework of analysis under Article 86, and […] in no case has the Court of Justice found abusive conduct such as that involved in these cases"[15]

Kärnpunkten i kritiken mot domen ligger däri att kritikerna anser att den innebär ett förbud *per se* mot alla former av prisdifferentieringar som inte är motiverade från kostnadssynpunkt, oavsett om prisskillnaderna är prisdiskriminering eller selektiva priser. Vidare ansåg Bishop m.fl. att prislistorna avsåg tjänster som inte var utbytbara från köparens perspektiv och att de gällde neutralt för alla kunder som ville få försändelser utdelade inom de respektive zonerna. Något elimineringssyfte kunde heller inte påvisas och av detta skulle således följa att domstolens definition inte motsvarade någon form av diskriminerande eller selektivt prismissbruk såsom det hittills hade framkommit i EG-rättslig praxis. Såsom nämnts ovan är det något oklart i vilken mån KKV på basis av yrkanden och grunder verkligen argumenterat för att det rörde sig om en diskriminerande prissättning. I den delen kan kritiken enligt min mening vara motiverad. Däremot framstår det som mer svårförståeligt hur prissättningen inte skulle anses vara selektiv. Posten införde trots allt de nya priserna, som enligt egen utsago var kostnadsmotiverade, enbart i de aktuella zonerna medan resten av landet i allt väsentligt

---

[14] Jfr Pehrson/Wahl, a.a. s. 968–969.

[15] Bishop m.fl., s. 37. Bishop m.fl kommenterade visserligen endast Stockholms tingsrätts dom, men slutsatserna i MD var i allt väsentligt samma som i tingsrätten, varför Bishops m.fl. kommentarer får antas vara desamma beträffande MD:s dom.

behöll den gamla prisstrukturen. Priserna infördes dessutom som en respons på tillkommande konkurrens. När det inte infördes en generell ändring av prisstrukturen i anledning av avregleringen och tillkommande konkurrens måste prissättningen åtminstone betraktas som selektiv, som i sig kan vara laglig och motiverad eller inte motiverad på objektiva grunder och därmed olaglig. Den kan dessutom vara diskriminerande, vilket i detta fall aldrig kom upp till någon mer ingående behandling. När det därför är fråga om en selektiv prissättning blir följdfrågan om den är objektivt motiverad.

Wetter & Rislund är inte säkra på att kostnadsmotivering – sedd isolerad – är ett tillräckligt villkor för att påvisa att missbruk inte föreligger.[16] Visserligen instämmer de i att MD:s beslut fick till följd att tvåzonsprislistan kunde tillämpas i framtiden tack vare att den var kostnadsmotiverad, men även priser överstigande kostnader kunde, enligt Wetter & Rislund, vara en form av missbruk. De framhåller att de speciella förhållanden som rådde på postmarknaden gav ett gott exempel på när ett dominerande företag kan skada en konkurrent även om det finns täckning för alla kostnader. Trots att kostnadsmotiveringen blev den avgörande faktorn i målet anser Wetter & Rislund att Postens agerande som helhet, däri inräknat zonprislistorna och elimineringssyftet, måste anses vara en form av missbruk. Varför MD ändå accepterade tvåzonslistan trots att det fanns ett elimineringssyfte anser författarna bero på att Posten inte hade tillräcklig kunskap om sina kostnader när zonpriserna infördes. Frågan för MD blev därför, enligt Wetter & Rislund, huruvida ett förbud mot zonprislistorna skulle gälla för framtiden. När i den bedömningen Posten kunde visa kostnadsmotivering i åtminstone tvåzonslistan, var detta tillräckligt för att det inte skulle anses vara ett missbruk mot bakgrund av den begränsning som följde av yrkandena i målet.

Striby & Billing anser att Wetter & Rislunds slutsats är felaktig.[17] Det

---

[16] Wetter/Rislund, a.a. s. 240–244. Det skall framhållas att författarna agerade som ombud för intervenienten CityMail i målet.

[17] Striby, C., Billing, M., The Swedish Zone Price Case: Sweden Post's Comments, ECLR 1999, vol. 8, s. 446–448. Striby och Billing uttalade sig i artikeln i egenskap av företrädare för Posten AB.

går enligt dem inte att utläsa något annat av MD:s beslut än att kostnadsmotiverade priser inte kan anses som ett missbruk.

Även om såväl Wetter & Rislund å ena sidan och Striby & Billing å andra sidan företräder de två parterna i målet synes det, i likhet med Pehrson och Wahls tolkning av MD:s dom, inte gå att utläsa något annat än att priser som är kostnadsmotiverade – utan hänsyn till övrigt agerande – inte kan anses utgöra ett missbruk *per se*.

Vad som enligt min mening begränsar räckvidden av *CityMail* är att rättsfrågan i målet avgränsades till huruvida zonprislistorna i sig var att anse som en form av missbruk. När processföremålet endast var prislistorna ansåg MD uppenbarligen att det enda relevanta kriterium som skulle bedömas i missbrukshänseende var om prislistorna var kostnadsmotiverade eller inte. Detta synes vara en klar slutsats i målet.

I likhet med Pehrson och Wahl måste det ändå sägas att målet väcker fler frågor än det egentligen besvarar. Några av dessa centrala frågor är bl.a. om det i likhet med Wetter & Rislunds resonemang går att dra slutsatsen att priser som överstiger en relevant kostnad kan utgöra missbruk. Omvänt uppkommer även frågan om det är möjligt att för ett dominerande företag att tillämpa priser som inte är kostnadsmotiverade *utan* att detta utgör ett missbruk av dominerande ställning.

14.1.1 Selektiva priser utan kostnadsmotivering

Trots att marknadsdomstolen i *CityMail* kom fram till att icke-kostnadsmotiverade priser kan utgöra en form av missbruk av dominerande ställning, framhåller bl.a. Baumol att om inte den icke-kostnadsmotiverade prissättningen pågår under en längre period så att den härigenom verkligen utgör ett hot gentemot konkurrenter, så kan det inte vara frågan om ett olagligt beteende.[18] Även Pehrson & Wahl anser att det inte är givet att varje form av icke kostnadsmotiverad prisdifferentiering från ett dominerande företag är att anse som en form av missbruk. De skiljer inledningsvis mellan exploaterande och utestängande prismissbruk.

[18] Se Baumol, 2000, a.a. s. 225.

Enligt denna indelning skulle diskriminering mellan konkurrerande handelspartner inte vara tillåten, men att läget skulle förändras vad gäller utestängande prismissbruk.[19]

Pehrson & Wahl anser att om CityMails priser skulle ligga så långt under Postens priser att de båda företagen inte priskonkurrerade så skulle en icke-kostnadsmotiverad prisdifferentiering från Posten inte utgöra ett missbruk. Anledningen härtill anser de vara att en sådan prissättning inte kan inverka negativt på konkurrensen och härmed kan inget exkluderande syfte eller verkan föreligga. Detta kan mycket väl vara sant. Samtidigt föreligger det, enligt min mening, likväl en risk för snedvridning av konkurrensen. Inledningsvis skulle ett sådant resonemang kunna lämna fältet öppet för rovprissättning, där lagligheten av aggressiv prissättning är starkt beroende av prisernas relation till kostnader. Sedan blir dessutom det en fråga om hur stor prisskillnaden måste vara för att företagen inte skall anses konkurrera med varandra. Gränsdragningen kan bli mycket svår att göra. Om två företag opererar på samma relevanta marknad och konkurrenten har en väsentlig kostnadsfördel, vilket ger möjlighet att hålla lägre priser än dominanten, skulle denna prisfördel sålunda kunna ge dominanten möjlighet att prisdiskriminera utan hänsyn till kostnader. I praktiken torde en sådan ordning bli mycket svår att upprätthålla. Det kan mycket väl vara så att om det dominerande företaget prisdiskriminerar så inverkar den omotiverade prissättningen menligt på expansionstakten hos det mindre företaget. Sedan förefaller det på det hela taget tveksamt att hävda att företagen inte priskonkurrerar när de befinner sig på samma relevanta marknad. Det dominerande företagets möjlighet att prisdifferentiera utan motivering knyts således till effektiviteten hos konkurrenten. Om konkurrenten av någon anledning skulle hamna i ett läge där kostnaderna ökar blir det dominerande företagets möjligheter till prisdifferentiering utan motivering beroende av dessa faktorer.

Det föregående exemplet handlar bara om situationen där den mindre konkurrenten tack vare sin kostnadsöverlägsenhet kan hålla ett lägre

[19] Se Pehrson/Wahl, a.a. s. 970–971.

pris än det dominerande företaget. Ett annat fall kan vara när det mindre företaget skulle vilja utnyttja sin kostnadsfördel genom att ta ut ett högt pris och därmed erhålla en väsentligt hög vinstmarginal. Under sådana förutsättningar anser Pehrson & Wahl att det dominerande företaget skall ha möjlighet att prisdifferentiera utan kostnadsmotivering. De anser att om inte dominanten skulle ha den möjligheten, så skulle det strida mot 1 § KL som stadgar att lagens syfte är att tillskapa en effektiv konkurrens. Resonemanget bygger enligt min mening i likhet med tidigare, att det dominerande företagets möjligheter att möta konkurrens görs beroende av kostnadsstruktur och vinstnivåer hos tillkommande konkurrenter. Gränsdragningsproblematiken är även i detta fall uppenbar – hur stora relativa vinstnivåer skall krävas för att det dominerande företaget skall tillåtas prisdiskriminera utan kostnadsmotivering? En mer allvarlig konsekvens kan uppkomma om det dominerande företaget, i läget där konkurrenten uppvisar betydande vinstnivåer, tillåts prisdiskriminera utan motivering. I bästa fall kommer under sådana förutsättningar konkurrentens priser att pressas tillbaka till en nivå som är i höjd med konkurrentens kostnader. I sämsta fall kan konkurrenten slås ut helt, vilket är en överhängande risk om det dominerande företaget skulle ha möjlighet att prisdiskriminera helt skönsmässigt. Det föreligger därför en risk att det dominerande företaget sätter konstgjort låga priser som ligger under både sina egna och det konkurrerande företagets kostnader. I och med att prissättningen dessutom sker helt selektivt kan det i bästa fall bli en prisdiskriminering och i sämsta fall en kombination av underprissättning och prisdiskriminering Vidare kommer konkurrensen att försämras på marknaden. Förutsättningarna är att det finns ett dominerande företag som p.g.a. effektivitetsskäl inte kan hålla samma prisnivå som en mindre konkurrent. Den mindre konkurrenten kan i så fall, tack vare en låg kostnadsnivå, göra betydande vinster när den sätter priser i närheten av det dominerande företagets prisnivåer.

En hög vinstnivå hos en konkurrent till ett dominerande företag kan ur ett effektivitetsperspektiv komma att få två effekter: Det dominerande företaget tvingas – under det att kostnadsmotivering krävs – att effektivisera sin verksamhet och när de har lägre kostnader kan de även lagligt sänka priserna, varvid den allmänna prisnivån sänks. Vidare

kommer hög lönsamhet hos konkurrenter att locka till sig nya etableringar som pressar priserna hos den ursprungliga konkurrenten. Det torde inte vara önskvärt att ge en ineffektiv dominant möjlighet att prisdiskriminera och härigenom på sikt permanenta en ineffektivitet. Ett krav på kostnadsmotivering kommer istället att bättre leda till att effektiviteten i enlighet med 1 § KL blir högre, i vart fall i jämförelse med ett generellt tillstånd för dominerande företag att prisdiskriminera så snart konkurrenten uppvisar en betydande lönsamhet.

Pehrson & Wahl tar slutligen upp en situation där ett dominerande företag skall tillåtas differentiera priserna utan motivering. Det kan tänkas att den tekniska utvecklingen gör att den relevanta marknaden förändras varvid förutsättningarna för att tillämpa 19 § KL upphör. I det läget skulle det vara möjligt för dominanten att prisdiskriminera. Situationen är egentligen inte relevant för frågeställningen och kan inte ses som en typsituation för när ett dominerande företag har möjlighet att prisdiskriminera medelst selektiva priser. Pehrson och Wahl lyfter dock med detta fram en viktig aspekt, vilken är att den tekniska utvecklingen inte bara kan påverka marknadsstrukturen inom den relevanta marknaden, utan att utvecklingen kan vara så genomgripande att den relevanta marknaden måste omdefinieras.

14.1.2 Selektiva priser med full kostnadstäckning

I fallet *Compagnie Maritime Belge*[20] var bl.a. fråga om selektiv prissättning från en redarkonferens, Cewal, riktat mot två konkurrerande rederier, Grimaldi och Cobelfret.

Marknaden för sjötransporter är mycket specialiserad och på grund dess särdrag har rådet genom förordningen 4056/86 infört andra konkurrensregler än de som gäller för andra ekonomiska sektorer inom unionen. En linjekonferens (eng. *shipping conference*) är en sammanslutning av redare, som har fått tillstånd att under obegränsad tid samarbeta vid fastställandet av priser för sjötransporter. Detta utgör ett undantag

[20] Förenade fallen C-395/96 och C-396/96, *Compagnie Maritime Belge*.

från tillämpliga konkurrensrättsliga regler och även från konkurrenspolitiken i allmänhet.[21]

Av förordningen 4056/86[22] framgår att orsaken till att linjekonferenserna har fått tillstånd att fastställa priser är att de har en stabiliserande funktion och bidrar till att säkerställa ett tillräckligt stort utbud av regelbundna och effektiva sjötransporttjänster. Nackdelen är emellertid att en oberoende konkurrent måste erbjuda bättre priser än linjekonferensen om den skall ha möjlighet att bryta sig in på marknaden.[23]

I *Compagnie Maritime Belge*[24] hade linjekonferensen CEWAL blivit utsatt för konkurrens av en mindre, oberoende aktör och Cewal hade ändrat sina fraktsatser så att de avvek från gällande tariffer i syfte att erbjuda samma eller lägre priser som dess främste konkurrent för fartyg som avgick samma dag eller i nära anslutning till den dagen. Om en linjekonferens sätter in speciella fartyg, eller ändrar på seglingsschemat och sänker priserna i paritet med, eller under, konkurrenter brukar detta förfarande betecknas ”*fighting ships*”.[25]

Det är svårt att finna en adekvat svensk översättning, men ”stridsfartyg” i bildlik bemärkelse skulle kunna vara en passande beskrivning. Kommissionen definierade detta ”*fighting ship*” som ett fartyg som sätts i trafik av redarkonferens enbart i syfte att konkurrera med fartyg som inte tillhör redarkonferensen. Stridsfartyg schemaläggs oftast så att de skall segla samma datum som konkurrerande fartyg och på samma distanser. Priserna, som är lägre än redarkonferensens ordinarie tariffer, sätts ofta i linje med eller t.o.m. lägre än konkurrenternas pris. Förlusterna för stridsfartyget fördelas jämnt bland redarkonferensens medlemmar.[26]

Kommissionen ansåg att bruket av stridsfartyg var ett missbruk av dominerande ställning. Cewal invände mot Kommissionens ståndpunkt

---

[21] Se de förenade målen C395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 115.

[22] Council Regulation (EEC) No 4056/86 of 22 December 1986 laying down detailed rules for the application of Articles 85 and 86 of the Treaty to maritime transport.

[23] De förenade målen C-395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 116.

[24] De förenade målen C-395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 101-103.

[25] De förenade målen C-395/96P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 90.

[26] Se Kommissionens beslut 93/82/EEC, *Cewal, Cowac och Ukwal*, EGT L 34, 1993, p. 74.

och hävdade att medlemmarna inte gjorde några förluster på de selektiva priserna utan tjänade bara mindre än vad de skulle ha gjort med normala tariffer. Även om priserna var helt kostnadsmotiverade i den mening att Cewal inte gjorde några förluster ansåg Kommissionen att agerandet i sig – alltså oaktat om priserna låg över kostnader – var ett olagligt sätt att eliminera eller hindra konkurrensen. Kommissionen ansåg att det inte var klarlagt att medlemmarna inte gjorde förluster och sade att

> ”[I]t must be stressed that, […] , subsidization of the cost of fighting rates by the conference’s normal rates charged on its other sailings is in itself in the case at issue abusive, anti-competitive conduct which might have the effect of eliminating form the market an undertaking which is perhaps as efficient as the dominant conference but which, because of its lesser financial capacity, is unable to resist the competition practised in a concerted an abusive manner by a powerful group of ship owners operating together in a shipping conference”[27]

Skulle det emellertid vara så att konferensens medlemmar inte gjorde förluster så ansåg Kommissionen att detta bara visade att de normala tarifferna var avsevärt högre än kostnaderna för desamma, vilket i sin tur indikerade en låg konkurrens på marknaden. Förstainstansrätten sammanfattade Kommissionens tre kriterier för att bedöma *fighting ships*:

1. *Eliminerande syfte*. Cewal avdelade de av sina fartyg, som låg närmast de Grimaldis och Cobelfrets seglingsdatum såsom *fighting ships* utan att ändra seglingsschema för sina egna fartyg. Kommissionen hade även funnit bevis för att Cewal skulle göra sig av med konkurrenterna genom att uttryckligen använda *fighting ships* som medel för att åstadkomma bortrensningen.
2. *Stridstariffer*. Prisreduktioner i förhållande till normala tariffer genom ett gemensamt fastställa ”stridstariffer” för dessa fartyg så att priserna låg i nivå med eller lägre än konkurrenterna. Det var

[27] Kommissionens beslut 93/82/EEC, *Cewal, Cowac och Ukwal*, p. 82.

inte frågan om en allmän prissänkning utan den var selektivt riktad mot Grimaldis och Cobelfrets linjer samt

3. *Gemensamt bärande av kostnader.* Den minskade lönsamheten till följd av stridstarifferna delades mellan medlemmarna i redarkonferensen. Egentligen är detta ett variant på kravet om möjlighet till återhämtning eller *recoupment*.[28]

Härmed avses således att t.ex. redarna sätter in ett speciellt fartyg med syfte att enbart ta upp konkurrensen med ett annat rederi och helst slå ut konkurrenten. Kommissionen hade konstaterat att medlemmarna av Cewal-konferensen hade tagit på sig att svara för de minskade intäkter som denna prissättning gav upphov till jämfört med konferenstariffen. Cewal hävdade att linjekonferensens beteende inte kunde bedömas som missbruk eftersom priserna inte understeg självkostnaden och därmed inte var någon form av underprissättning.[29]

Cewal hävdade att det inte gick att bedöma ett agerande som ett missbruk utifrån dessa kriterier. För fastställande av missbruk skulle det krävas att priser under konkurrenternas och att agerandet skulle resultera i förluster samt att de allmänna kriterierna för underprissättning skulle vara uppfyllda. Kommissionen hade emellertid redan i sitt beslut framhållit att det måste dras en skiljelinje mellan å ena sidan traditionell underprissättning och en selektiv prissättning som nu var föremål för

---

[28] Generealadvokaten Fennely ansåg även att ett krav på möjlighet till återhämtning måste vara en del av ett test av otillbörligt låg prissättning. Se även Kommissionens beslut 93/82/EEC, *Cewal, Cowac och Ukwal*, p. 74, där Kommissionen citerar Marx, D. Jr., *International shipping cartels: a study of industrial self-regulation by shipping conferences*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1953, s. 54 ff: ”A ”fighting ship” is a vessel placed on berth by the conference to sail in competition with a non-conference carrier. The ”fighting ship” would be scheduled to sail on the same day as the ”interlopers” vessel, or several ”fighting ships” would bracket the outsider's sailings. The ”fighting ship” would call at the same ports as the non-conference competitor, and it would charge the same or lower rates as the outsider even if such rates were well below the conference tariff. Financial losses of the ”fighting vessel” would be distributed over the several members of the conference, who would each suffer proportionately much less than the one outside line; furthermore, the conference members would often have the advantage of obtaining higher rates on their other sailings”.

[29] De förenade målen C-395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 96–97.

prövning. Förstainstansrätten instämde med Kommissionen och sade att Kommissionens bedömning av Cewals agerande var riktig.

I sitt förslag till avgörande i EG-domstolen underströk Generaladvokaten Fenelly att det var första gången som domstolen skulle bedöma företeelsen *fighting ships*, men mer viktigt var huruvida en prissättning överstigande kostnader kunde vara en form av missbruk.[30] I anslutning till detta sade generaladvokaten att det var naturligt att hantera problemet med försiktighet. Priskonkurrens är trots allt den utmärkande egenskapen hos en fri och öppen konkurrens. Konkurrensreglerna skall gynna effektiva företag och dominerande företag skall inte bara ha rättten utan även uppmuntras att konkurrera med priser. Hos dominerande företag är det mer vanligt, enligt generaladvokaten, att dominerande företag kan utnyttja sin styrka på marknaden till att hålla prisnivån högre än om konkurrens hade förekommit. Generaladvokaten tar upp en central punkt i den konkurrensrättsliga bedömningen, nämligen avvägningen mellan missbruk å ena sidan och en önskvärd sänkning av den allmänna prisnivån å andra sidan som uppkommer genom att dominerande företag tvingas att anpassa sina tidigare höga prisnivåer till en lägre nivå, till nytta för det stora flertalet av konsumenter. För att konkurrenslagstiftningen inte skall tillämpas alltför strikt och därmed kväsa önskvärda prisanpassningar hos dominerande företag krävs enligt generaladvokaten att det i första hand analyseras vilka fakta som givit upphov till att agerandet uppfattats som ett missbruk och i andra hand vilka relevanta principer som skall appliceras. Mer specifikt sade generaladvokaten att

> ”It is necessary to examine carefully the structure and the legal and economic characteristics of the particular market, bearing in mind, of course, that the finding of a dominant position is itself not in issue.”[31]

[30] Generaladvokaten Fennelys förslag till avgörande i de förenade fallen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 117.

[31] Generaladvokaten Fennelys förslag till avgörande i de förenade fallen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 118.

Även EG-domstolen fäste stort avseende vid detta och konstaterade att sjötransportsektorn är mycket speciell. EG-domstolen hänvisade till fast praxis enligt vilken ett dominerande företag inte kan vidta sådana åtgärder som innebär att konkurrensen allvarligt skadas av agerandet.[32]

EG-domstolen synes i stort följa Kommissionens ursprungliga trestegs analys av *fighting-ships*. Att det skall vara fråga om ett eliminerande syfte och s.k. stridstariffer framgår av att domstolen säger att dominanten ”*selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor […]*”. Återhämtningskriteriet synes även indirekt framgå av uttalandet att dominanten kan ”*continue to require its users to pay higher prices for the services which are not threatened by that competition*”. Genom att ta ut högre priser från andra kunder kommer alltså dominanten att kunna täcka de intäktsreduktioner som uppstår vid den selektiva prissättningen.[33]

Om en linjekonferens skulle sänka sina priser på vissa utvalda linjer för att anpassa sina priser till en nytillkommen konkurrent så skulle detta förfarande, enligt EG-domstolen, ge dubbel utdelning såtillvida som konkurrenten undanröjs samtidigt som linjekonferensen kan fortsätta att ta ut högre priser för tjänster som inte utsätts för konkurrensen.[34] I domskälen framhöll EG-domstolen att det i detta fall inte var nödvändigt att på ett generellt sätt ta ställning till under vilka omständigheter som en linjekonferens lagenligt i ett enskilt fall kan tillämpa priser som är lägre än dem som framgår av den tariff som den har tillkännagivits, för att hålla stånd mot en konkurrent som erbjuder lägre priser.[35] EG-domstolen betonade att

> ”[d]et är tillräckligt att erinra om att det i förevarande fall rör sig om hur en linjekonferens med mer än 90 procent av marknadsandelarna och med en enda konkurrent agerar. [Cewal] har aldrig på allvar bestritt, utan medgav

[32] Se Förenade fallen C-395/96 och C-396/96, *Compagnie Maritime Belge*, p. 113–114. Jfr även C-6/72, *Continental Can*, p. 26.

[33] Se de förenade fallen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 117.

[34] De förenade målen C-395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 117.

[35] De förenade målen C-395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 118.

> till och med vid förhandlingen, att agerandet gick ut på att utmanövrera [konkurrenten] från marknaden."[36]

Den relevanta marknaden i förevarande fall karaktäriserades av mycket speciella förutsättningar. Gruppundantaget för redarkonferenser gjorde att konkurrensreglerna skiljde sig från andra marknader. Redarkonferensavtal utgör konkurrensbegränsande avtal och har av lagstiftaren ansetts vara stabiliserande på sjöfartstrafiken genom att de ger effektiva och regelbundna sjötransporter. I jämförelse med andra marknader är det exceptionellt att redarkonferenser genom undantaget kan horisontellt fixera priser. Cewal hade även en mycket stark dominerande ställning med 90 % av den relevanta marknaden, något som av generaladvokaten benämndes som *superdominance*. Vidare hade redarkonferensen endast en konkurrent. EG-domstolen framhöll även att förekomsten av redarkonferenser och de speciella förutsättningar som gällde för sjötransportmarknaden gjorde att konkurrenter egentligen bara hade ett sätt att konkurrera och det var genom ett lägre pris. Marknaden var därför mycket känslig för ett aggressivt mötande av konkurrensen, särskilt om detta skedde med hjälp av prissättning.[37]

Mot bakgrund av de speciella förhållanden som gällde för branschen sade EG-domstolen att

> "It follows that, where a liner conference in a dominant position selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor, it derives a dual benefit. First, it eliminates the principal, and possibly the only, means of competition open to the competing undertaking. Second, it can continue to require its users to pay higher prices for the services which are not threatened by that competition."[38]

Preece gör gällande att EG-domstolens uttalande kan tolkas så, att det endast rör linjekonferenser och att resonemanget, mot bakgrund av de

---

[36] De förenade målen C-395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 119.
[37] Förenade fallen C-395/96 och C-396/96, *Compagnie Maritime Belge*, p. 116.
[38] Förenade fallen C-395/96 och C-396/96, *Compagnie Maritime Belge*, p. 117.

speciella konkurrensvillkor som råder för linjekonferenser, inte kan tillämpas generellt på andra branscher.[39]

Såsom framkommit i *Tetra Pak II* ligger det emellertid ett särskilt ansvar på dominerande företag på sådana marknader där konkurrensen redan är svag.[40] På särskilt konkurrenssvaga marknader finns därför en risk att en aggressiv prissättning kan – trots att täckning finns för självkostnaden – komma att bedömas som missbruk. Visserligen blir det inte fråga om direkta underpriser, men likväl skulle agerandet kunna betraktas som missbruk. Även om det finns kostnadstäckning kan priser i vissa speciella fall bedömas som missbruk mot bakgrund av de skadar konkurrensen allvarligt. En liknande prissättning på en mindre koncentrerad marknad skulle med största sannolikhet inte komma att bedömas som missbruk utan som ett tillåtet mötande av konkurrens, s.k. ”*fair pricing*” I takt med att marknaden blir mer koncentrerad kommer dock utrymmet för sådana prisaktiviteter att beskäras.

Generaladvokaten framhöll i sitt förslag till avgörande att icke-diskriminerande prissänkningar av ett dominerande företag som inte innebär försäljning under kostnader normalt inte kan betraktas som ett missbruk. Dels gynnar sådana priser konsumenterna – även om prissänkningarna är kortsiktiga – dels måste lika eller mer effektiva företag som är dominerande tillåtas konkurrera på samma villkor. Det kunde därför, enligt Fennelly, inte vara meningen att konkurrenslagstiftningen skall skydda icke-effektiva företag från hård konkurrens ens från dominerande företag.[41]

Situationen blir emellertid en annan när det dominerande företaget har en så stark marknadsställning att den närmar sig ett monopol, särskilt på sådana marknader där prissänkningar kan göras relativt oberoende av kostnader samtidigt som dominanten prissätter selektivt med ett påvisbart syfte att eliminera konkurrensen. Att i sådana situationer

---

[39] Preece, S., Compagnie Maritime Belge: Missing the boat?, ECLR, 2000, s. 391–392.

[40] Se C-333/94 P, Tetra Pak II och de förenade målen C-395/96 P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 114.

[41] Generaladvokaten Fennelys förslag till avgörande i de förenade fallen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 132.

acceptera prissättningar bara därför att de överstiger kostnader vore att ge grönt ljus för selektiva prissättningar som eliminerar konkurrens och som på lång sikt gör det möjligt för det dominerande företaget att hålla höga monopolpriser samtidigt som konkurrenter avskräcks från etablering.

En annan orsak, enligt Generaladvokaten, till varför att kostnader är en dålig måttstock vid bedömning av missbruk är att när avseglingsdatum är bestämt för ett fartyg samtidigt som det finns ledig lastkapacitet och prisreduktioner görs, så är kostnaden för att ta ombord ytterligare en container närmast noll. Mer generellt gäller även att fraktsatser till största delen inte kan bestämmas av marginalkostnaden för rutten utan av efterfrågans priselasticitet för den produkt som skall skeppas.[42]

Generaladvokaten Fennelly ansåg i sitt förslag till avgörande i *Compagnie Maritime Belge* att missbruksbestämmelsen

> ”[…] cannot be interpreted as permitting monopolists or quasi-monopolists to exploit the very significant market power which their superdominance confers so as to preclude the emergence either of a new or additional competitor. Where an undertaking, or group of undertakings whose conduct must be assessed collectively, enjoys a position of such overwhelming dominance verging on monopoly […] it would not be consonant with the particularly onerous special obligation affecting such a dominant undertaking not to impair further the structure of the feeble existing competition for them to react, even to aggressive price competition from a new entrant, with a policy of targeted, selective price cuts designed to eliminate that competitor.”[43]

Preece[44] anser att generaladvokatens uttalande kan tolkas som att mycket dominerande företag (med 90–95 % marknadsandel) kan bryta mot artikel 82 EG om företaget tillämpar en selektiv prissättning som syftar till att eliminera en konkurrent, även om priser inte underskrider

---

[42] Se Generaladvokaten Fennelys förslag till avgörande i de förenade fallen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 132–133.

[43] Generaladvokaten Fennellys föreslag till avgörande i de förenade målen C-395/96P och C-396/96P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 137.

[44] Se Preece, a.a. s.391–392.

totala kostnader. Å andra sidan går det enligt Preece inte att dra samma slutsats om företag som inte är ”superdominanta”. Dessa företag kan inte anses vara så begränsade och skulle därmed kunna tillämpa ekonomiskt motiverade prissänkningar såvida det inte var fråga om reell underprissättning eller diskriminering. Preece anser att denna slutsats, som ger stöd för generaladvokatens åsikt, kan utläsas implicit ur EG-domstolens domskäl, även om ett klarläggande hade varit önskvärt.

Genom domen i *Compagnie Maritime Belge* har EG-domstolen slagit fast – låt vara under vissa mycket speciella marknadsbetingelser – att det i vissa fall kan vara otillåtet för dominerande företag att sätta selektiva priser även om de har full kostnadstäckning och till och med gör vinst. Strategiskt ”rovbeteende” genom selektiva priser, som vidtas av ett dominerande företag synes därför i vissa speciella fall kunna betraktas som missbruk även om de av EG-domstolen fastslagna traditionella förutsättningarna för rovprissättning inte föreligger. Cewal hävdade att dess agerande inte kunde anses vara ett missbruk eftersom priserna låg över kostnader och att AKZO-kriterierna därmed inte var uppfyllda. Cewal ville således hävda att prissättning överstigande kostnader inte kunde utgöra ett missbruk utan att det krävdes någon form av prissättning under kostnader. Som visats i kapitel 5 ovan är prismässigt rovbeteende traditionellt något som är associerat med prissättning underskridande en relevant kostnadsnivå, vilken troligen är orsaken till varför det på svenska har kommit att kallas ”underprissättning” och inte ”rovpriser” som vore en mer adekvat översättning av *predatory pricing*. Rovbeteende eller utestängande missbruk är dock, som visats i den ekonomiska litteraturen, ofta ett agerande som har mer sofistikerade strategiska inslag – och omfattar även prissättningsstrategier med full kostnadstäckning – och har därmed potential att på vissa marknader åstadkomma lika stor skada på konkurrensen som prissättning under kostnader.

Generaladvokaten Fennely anknöt i sitt förslag till avgörande till den praxis som framkommit genom *AKZO* och *Tetra Pak II*. Fenelly framhöll att Kommissionen hade argumenterat i *AKZO* att det inte gick att göra kostnader till det avgörande kriteriet för missbruksbedömningen. Prissättning kunde enligt Kommissionen vara konkurrensbegränsande

oavsett om det dominerande företaget satte priser över eller under kostnader. En detaljerad analys av kostnader kunde vara lämplig när det fanns tydliga bevis om ett eliminerande syfte.[45]

Även om domstolen i *AKZO* inte uttryckligen accepterade Kommissionens argumentation, så blev den heller inte uttryckligen avvisad av domstolen. EG-domstolen framhöll att inte alla former av priskonkurrens kunde anses vara legitima och utvecklade sedan ett test för sådana priser som understeg kostnader.[46] Vad gällde möjligheten till återhämtning ansåg generaladvokaten att det var viktigt att konstatera att EG-domstolen sade att det ”*in the circumstances of the present case*” var onödigt att kräva att Tetra Pak inte hade en realistisk möjlighet att återhämta sina förluster.[47] Generaladvokaten ansåg att eliminerande prissättning inte hade utvecklats uttömmande i AKZO och att domstolen inte hade definitivt uteslutit att artikel 86 (nu artikel 82 EG) kunde tillämpas i situationer där ett dominerande företag genomför en selektiv prissättning samtidigt som priserna överstiger kostnader.

Whish anser att EG-domstolens slutsatser i *Compagnie Maritime Belge* endast kan tillämpas på mycket speciella fall och säger att andra dominerande företag som opererar under mer normala marknadsförutsättningar i jämförelse med sjötrafikmarknaden och som inte har så stark dominans, eller där inte finns ett eliminerande syfte, borde ha möjlighet att tillämpa selektiv prissättning:

> ”The case should be read with these special features in mind; this makes it a less menacing precedent than it might otherwise appear to be, with the consequence that other dominant firms, operating in less unusual circumstances, should be free to respond to competition by price cuts that are not contrary to any of the other pricing abuses under Article 82 […]”[48]

---

[45] Se Generaladvokaten Fennelys förslag till avgörande i de förenade fallen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 125 och Kommissionens beslut 85/609/EEC, *ECS/AKZO*, speciellt p. 64–65.

[46] Se bl.a. mål 62/86, *AKZO*, p. 70–72.

[47] Generaladvokaten Fennelys förslag till avgörande i de förenade fallen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, p. 129 och C-333/94, *Tetra Pak II*, p. 44.

[48] Whish, a.a. s. 657.

Wetter och Rislund anser att även priser med full kostnadstäckning kan skada effektiva konkurrenter.[49] Orsaken härtill, anser de, ligger i marknadsstrukturen och transaktionskostnader. Posten hade en enormt stark ställning på den svenska marknaden, vilket medförde att CityMail aldrig skulle kunna erbjuda samma omfattande distributionstjänster som Posten. Härigenom blev alla kunder till CityMail tvungna att till någon grad även använda Postens tjänster. Om Posten sänkte sina priser till samma nivå som CityMail – med full kostnadstäckning – för samma kunder som CityMail betjänade blev CityMails erbjudande ointressant. CityMail var nämligen tvunget att inte bara matcha Postens nya pris utan även de transaktionskostnader som uppstod hos kunderna genom att ha två olika distributörer. Detta var emellertid effekter som låg något utanför processföremålet i *CityMail*. MD konstaterade visserligen att Postens sammantagna agerande kunde ses som en form av missbruk, men att det endast var zonprislistorna som var processföremålet. När det kunde konstateras att åtminstone tvåzonslistan var kostnadsmotiverad fann MD att detta inte skulle kunna betraktas som en form av missbruk. Om Postens sammantagna agerande inte beaktades skulle detta kunna tala för att priser överstigande ATC alltid skall vara lagliga och att det dominerande företaget inte behöver ”sitta med armarna i kors och titta på när andra företag knaprar åt sig av det dominerande företagets marknadsandelar”.[50] Baumol anser att alla regleringar av priser som tvingar företaget att alltid sätta priser överstigande ATC kommer att medföra att det dominerande företaget subventionerar mindre effektiva konkurrenter.[51] Baumol har invänt kraftigt mot Wetter och Rislunds argumentation och hävdar att en prissättning som överstiger relevanta kostnader inte kan vara ett rovbeteende om det inte hotar en effektiv konkurrents existens.[52]

---

[49] Wetter/Rislund a.a. s. 240 ff.

[50] Pehrson/Wahl, a.a. s. 972.

[51] Se Baumol, 2000, a.a. s. 225, där han hävdar att detta ”[…] is just av variant of the old infant-firm strategy, nurturing particular competitors at the expense of customers who must bear the higher prices”.

[52] Baumol säger bl.a. angående priser som överstiger ”average incremental cost” att ”[s]uch a price covers the costs caused by supply of the product whose price is in question, and so *it must*

Påståendet att även priser överstigande ATC skulle kunna vara olagliga är förvisso kontroversiellt. Det är föga troligt att en prissättning i sig kan bedömas vara ett missbruk av marknadsdominerande ställning om det finns full kostnadstäckning. Det krävs troligen något annat konkurrensbegränsande beteende som kompletterar en sådan prissättning, eller att marknaden är så beskaffad att strukturen i sig gör att konkurrensen hotas snedvridas av selektiv prissättning. Det finns dock goda skäl att anta att det i vissa speciella fall – t.ex. som visats i *Compagnie Maritime Belge* och *CityMail* i samband med vissa strukturella förutsättningar även kostnadsmotiverad prissättning kan leda till att konkurrensen begränsas eller i värsta fall elimineras. Även Pehrson och Wahl framhåller detta och säger att ”[m]ed hänsyn till att ingen konkurrent erbjuder rikstäckande tjänster, varför Posten alltid måste vara en leverantör av posttjänster, kommer därför konkurrenter sällan eller aldrig att kunna etablera sig på marknaden.”[53] Om marknaden är mycket koncentrerad, så att konkurrenterna aldrig kan erbjuda samma bredd i sortimentet som det dominerande företaget, kommer kunderna alltid att vara tvingade att täcka åtminstone en viss del av sina behov från det dominerande företaget. Under sådana förutsättningar blir hela marknadsstrukturen extra känslig för priskonkurrens från det dominerande företaget – även vad gäller selektiva priser med full kostnadstäckning. Det är alltså viktigt att samtliga relevanta faktorer vägs in bedömningen av en prissättning – däri inräknad den aktuella marknadspositionen för företaget och vilken inverkan ett bemötande av konkurrens kan få.[54]

Om fallet *CityMail* hade avgjorts efter *Compagnie Maritime Belge* och processföremålet hade utökas till att även omfatta Postens agerande

---

by definition cover the corresponding costs of a competitor that is equally efficient or more efficient” (Baumols kurs.). Se Baumol, 2000, a.a. s. 228.

[53] Pehrson/Wahl a.a. s. 967.

[54] Jfr Treacy P., Feaster T., *Compagnie Maritime Belge SA & Others v. Commission*, ECLR, 1997, 7, s. 471., där de framhåller att ”[t]he judgment emphasizes the importance of considering all surrounding factors, as these may be taken into account as components of the abuse or as evidence of it.” Artikel avsåg Förstainstansrättens beslut, men kan antas gälla även för EG-domstolens avgörande eftersom domen i allt väsentligt bekräftade Kommissionens och Förstainstansrättens beslut angående missbruket.

som helhet synes det rimligt att anta att Postens agerande hade betraktats som ett missbruk. Detta följer av de speciella förutsättningar som rådde på postmarknaden, Postens synnerligen starka ställning och faktum att de selektiva priserna endast genomfördes där Posten mötte konkurrens.

14.1.3 Ytterligare konsekvenser av selektiv prissättning

En överlappande faktor i sammanhanget är att Postens selektiva prissättning där den mötte konkurrens var enkelriktad i så måtto att rabatterna endast beviljades för utdelning inom de aktuella zonerna. Utdelning i andra orter som inte låg inom de aktuella zonerna gav emellertid ingen rabatt. Det framgår inte av fallet huruvida kostnaderna för utdelning i dessa orter – oavsett var försändelserna lämnades in – gav upphov till identiska kostnader för Posten. Detta torde emellertid vara orimligt att förutsätta, men med tanke på att Posten tillämpade samma taxa för dessa orter vore det enda rimliga att dessa orter verkligen hade samma kostnad.

Med beaktande av vad som framkommit genom *Compagnie Maritime Belge* torde Postens rabattsystem inte bara kunna betraktas som eliminerande gentemot CityMail. Det skulle dessutom kunna betraktas som exploaterande missbruk eftersom vissa av Postens handelspartner potentiellt sett skulle kunna missgynnas beroende på vart de skickar sina försändelser i förhållande till zonerna. Företag som har sina kunder inom zonen skulle alltså kunna gynnas i förhållande till andra företag som skickar en identisk storsändning post till kunder utanför zonerna. En komplicerande faktor att ta hänsyn till är dock skyldigheten för Posten att tillhandahålla en rikstäckande postservice och det pristak som gäller portoavgifterna.[55]

---

[55] Konkurrensverket behandlade även i ärendet *Russinplockarklausuler m.m.*, dnr 479/93, frågan om det skulle anses vara ett missbruk att i allmänhet tillämpa ett pris för Stockholmsområdet och ett annat för övriga Sverige. KKV fann att ”[…] ett förfarande där Posten väljer att genomföra en differentierad prissättning mellan vissa regioner, exempelvis Stockholm och övriga landet men inte konsekvent över hela landet, inte kan anses strida mot [konkurrenslagen]. Förutsättningen för att en sådan differentierad prissättning skall vara förenlig med [konkurrenslagen] är dock att de regioner mellan vilken differentiering sker kan anses utgöra geografiskt skilda relevanta marknader” .Om hela Sverige skulle betraktas som den relevanta geografiska marknaden skulle det alltså bli svårare att motivera en sådan prissättning.

15. English Summary

Distinguishing price competition from dominant undertakings' pricing policies that in themselves are detrimental to trading partners, competitors and competition can be regarded as a burdensome task. In economic theory, it is hard to find consistent answers to the question of what should be regarded as healthy price competition. Article 82 EC and section 19 of the Swedish Competition Act prohibit abuse of a dominant position on the relevant market. Various examples of abusive behaviour are provided in Article 82 EC, such as unfair purchase or selling prices and the application of dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, whereby the trading parties are placed at a competitive disadvantage. Succinctly presented examples such as these do not shed any light on the issue of where the line shall be drawn between lawful and illegal pricing methods. Instead, the precise drawing of the legal boundaries of various pricing policies has been left primarily to the European Court of Justice (ECJ), but also to the European Commission. Starting in the 1970's, extensive case-law has been developed through the precedents of the ECJ in matters related to pricing.

The focal point of this dissertation is to clarify the issues of the legal boundaries of dominant undertakings' pricing policies within the framework of competition rules on abuse of dominance.

Abusive market conduct may have two potential effects on competition. First, pricing methods may be exploitative in the sense that the dominant firm takes unfair advantage of its strong position held in rela-

tion to its customers or trading parties, such as by charging excessive rates and discriminating among customers. Second, pricing policies may also have exclusionary effects. First and foremost, competitors are the targets of such conduct. The objective of eliminating rivals in the market could be achieved for instance by charging extremely low prices to the customers of the competitors of the dominant firm. In some cases the both these harmful policies may be combined.

This book is divided into two parts. Part 1 comprises an analysis of unfair selling/purchasing prices such as predatory pricing, cross-subsidisation, excessive pricing and price squeezing. Part 2 deals with the issue of price discrimination.

The different aspects of the pricing policies are analysed primarily from a legal point view and current precedents and practice are assessed in light of applicable economic theory. To some extent current practice needs to be revised – *de lege ferenda* – to overcome conceptual flaws and inconsistencies. Furthermore, legal certainty and predictability will, I hope, benefit from a more elaborate analysis then hitherto in Swedish legal doctrine, including the assessment of additional conditions before arriving at a finding of abuse of dominance.

Below the main chapters of this book are summarised.

15.1 Predatory Pricing

A classical example of eliminatory pricing is when a dominant firm with superior financial resources lowers its prices below those of its rival and below cost with the aim of eliminating the rival. Because the rival does not have adequate financial resources to withstand such aggressive pricing, it will be forced to leave the market. Subsequent to the elimination of the rival, the dominant firm will be in a position to recoup its losses by raising prices above their level prior to the aggressive price campaign. This example is what traditionally has been meant by predatory pricing and it is a frequently debated issue, primarily in the Anglo-American economic and legal literature.

Some authors claim that predatory pricing is, in essence, an irrational behaviour that is not profit maximizing for the firm because of *inter alia* the inherent uncertainty whether the objective, namely the elimination of the rival, can be accomplished. In their view, it would be too costly to use below-cost pricing. Instead, other means would seem more adequate, such as acquiring or merging with the rival. Other authors claim that this may open the floodgate to a stream of new entrants aiming at being acquired, hence rendering such a strategy pointless. Theories from the late 1980's and the early 1990's show that predatory pricing does not need to be costly. More subtle behaviour, such as the building up of a predation reputation may have a deterrent and disciplinary effect on existing rivals and potential new entrants in the market. In addition, signalling strategies may be used by dominant firms by sending the message – true or false – to rivals that the dominant is operating at low costs. This, in turn, will have a disciplinary effect on rivals being led to believe that the dominant firm is capable of lowering its prices while maintaining profits. The Agent-Principal theory can also be applied to predatory pricing since such pricing may have direct effect on the opportunities of obtaining additional equity or external funding, as predatory pricing may render investments in the rival firm unprofitable. Notwithstanding the differences among economists, a consensus appears to prevail that predatory pricing really is a viable strategy for a dominant firm and that it, consequently poses an antitrust concern.

Based upon economic theory, several tests have been developed to distinguish predatory pricing from lawful aggressive pricing. Some authors advocate that restrictions be imposed on the dominant firm's freedom to raise prices, or to increase output, subsequent to an aggressive price campaign. The rationale behind this reasoning is that such restrictions would make recoupment impossible. Dominant firms would thus be induced to abstain from predatory pricing. In practice, such rules would be very difficult to implement and could result in a constant monitoring of prices that could put an insurmountable burden on the authorities and courts.

In the mid 1970's professors Areeda and Turner articulated a cost-based test for predatory pricing, which gained much attention in the

U.S. courts, albeit it has been amended over the years. The Areeda-Turner test can be viewed as the foundation of the current legal antitrust test for predatory pricing developed by the ECJ in the landmark *AKZO*-case. In short, prices are regarded as illegal if they are set below the average variable cost. Prices above average variable costs but below average total cost (i. e. variable and fixed costs) are deemed illegal if it also can be established that the dominant undertaking has planned to eliminate competition. Prices above total costs are not regarded as abusive. The main difference between the European and the U.S. views on predatory pricing is that under U.S. law the possibility of recoupment needs to be established, whereas this is not necessary under the EC *AKZO*-rule. It has been debated in jurisprudence whether the *AKZO*-rule should be regarded as a *per se*-rule or should be construed as a presumption rule, which can be rebutted by objective justification, such as efficiency reasons. Clearly, the current standard would benefit from clarification and some national competition authorities have already effected this qualification to the general rule. Also, in some cases the Commission has used a different cost-standard that is based upon incremental costs instead of variable costs/fixed costs that is also more in accordance with economic theory.

It is submitted in this dissertation that the current standard needs to be revised *de lege ferenda*. Economic theory shows that predatory pricing may be a successful strategy only in certain settings of the market structure. Therefore, the analysis of predatory pricing should first apply an initial filter, analysing the structure of the market to establish whether the dominant firm just has made sporadic price cuts that have no effect on the market structure and – a most important consideration – whether recoupment is possible and thereby makes the strategy viable. This filter aims at sorting out such conduct which objectively does not have the capacity of causing injury to competition. As a second step, there should be a cost-price analysis. The current standard, based on the division between variable and fixed costs may render erroneous results by false negatives and false positives, i.e. classifying unharmful conduct as abusive as well as failing to catch damaging behaviour. Therefore, prices should be compared to average avoidable costs or average long-run

incremental costs, having a better foundation in economic theory and making it easier to overcome the inherent practical problems by use of average variable and fixed costs. Finally, the test should also make room for justification through effectiveness concerns etc.

15.2 Cross-subsidisation

Special antitrust concerns arise when previously monopolised industries are in part exposed to competition, while maintaining a legal or *de facto* monopoly in another sector that shares infrastructure with the competitive sector. From a competition point of view, the main concern is whether the dominant firm uses revenues or funds obtained in the reserved sector to subsidise low prices in the competitive sector, prices that cannot be met by rivals who do not have access the same infrastructure. Above all, antitrust problems arise when the dominant firm has misallocated common and shared costs and this is reflected in the prices. In general, the competitive product or service should bear its own cost and the proper allocation of costs should be reflected in the prices of the competitive product/service.

A dominant firm operating in both a competitive and a reserved sector may be charging unreasonably low prices for its competitive products, if the competitive sector does not bear its own costs. As such, cross-subsidisation is related to predatory pricing, as it may eliminate existing or potential rivals, although it may not necessarily be an outspoken predatory behaviour. Instead, the legal concerns of this pricing practice are in most cases linked to the misallocation of costs. As funding for unreasonably low prices may be sourced from a legal monopoly, this may also have state-aid implications.

Generally, cross-subsidisation is considered a serious antitrust problem and legislative actions have been taken to prevent it . Such actions involve sector-specific demands on incumbent firms to keep separate bookkeeping for reserved and competitive services, although they may be offered by the same legal entity. Demands on structural separation of business areas have also been imposed by the legislator, for instance in

Sweden electric power companies are not allowed to keep power production and distribution within the same legal entity. Even if the incumbent firm has structurally separated its business areas and uses a system of transfer pricing, there is still a risk that the transfer prices do not include an adequate proportion of common and shared costs, as long as the ownership remains unchanged. The only true guarantee for market-based prices is separation of ownership between competitive and reserved sectors. Absent the possibility of imposing such structural remedies, proper tests must be developed to establish when a dominant incumbent undertaking is practising cross-subsidisation.

To find an adequate test for cross-subsidies, one has to turn to accounting theory. Costs can be measured in various ways, such as marginal cost, incremental cost, fully distributed cost and stand-alone cost. One of the most influential tests for cross-subsidies is the Faulhaber-test that was used by the Commission in the *Deutsche Post I*-case. Briefly, no cross-subsidies are found to be present if the prices and/or revenues exceed the incremental cost of a product at the same time as prices and/or revenues are below the stand-alone cost. For competitive products, this translates into the requirement that prices and/or revenues must be above the incremental cost incurred by the dominant firm. If prices/revenues were below this level the business would require subsidies in order to be viable. Conversely, subsidies cannot be present unless there is an adequate source for these subsidies. If prices/revenues in the reserved sector are above the stand-alone cost, i.e. the cost of setting up that business *ex novo*, then a source of cross-subsidies is present.

One complicating issue is that from a state-aid point of view current practice from the Court of First Instance implies a requirement that the prices of public enterprises not only cover the incremental costs, but also the fully distributed cost, i.e. an appropriate share of both shared and common costs in addition to the incremental costs. A dominant undertaking may be cleared from abuse at the same time as it is infringing the state-aid rules, depending, for instance, on whether or not the undertaking is state-owned or private.

15.3 Excessive prices

A most cumbersome task is to establish whether a dominant undertaking is charging an excessively high price. Drawing the line where the profit level of a dominant undertaking is so high that it amounts to an abuse could be even more burdensome. From an economic standpoint, it can be established that monopolies tend to reduce quantity and raise prices to the detriment of consumers by transferring consumers' surplus and welfare to the monopolist. However, economic theory and simplified models cannot quantify a level, at which an abuse shall be considered to take place. It should be pointed out that it is virtually impossible to set a general percentage indicating unlawfully high profit levels.

In the milestone case *United Brands*, the ECJ defined an excessive price as a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided. What exactly shall be deemed as supra-normal profits was not specified in the case, but some methods have been developed to ascertain excessive prices.

One such method could be referred to as the production cost method. The test is done by calculating the cost-price of the product offered and thereafter assessing the price level in relation to the actual prices. If the prices are unreasonably high, this may amount to an abuse. It is, however, a complex issue to establish what constitutes an unreasonable profit level even if all costs are properly defined and allocated. For example, some industries that are characterised by heavy investments and vast expenses on long-term research and development, require a high return on their investments to attract funding.

Another method is based on various comparisons of prices / profit levels. Evaluation of prices can be made in relation to the firm's prices charged in other geographical areas, comparisons with other firms in the industry or related industries etc. Certain accounting and corporate finance measurements can also provide guidance in the assessment such as WACC (weighted average cost of capital), CAPM (capital asset pricing method), CARR (certainty accounting rate of return) etc.

Overall, the finding of an abuse through the charging of excessive prices appears to require a broad analysis not only of profit levels as

such, unless they are unprecedented and exceptionally high. An assessment of other conditions and the firm's general conduct such as unjustified inefficiency or endured high price levels without any justification, the industry structure etc. may also contribute as indicators of abusive conduct.

15.4 Price squeezing

In some industries, the dominant firm could find itself to be both the supplier and the competitor of another firm. If the dominant firm is in possession of an essential facility or the sole supplier of an intermediary or accessory product, the pricing of such a product may create a price squeeze for the competitor. Situations such as these may arise where the dominant firm is operating both a telecommunications network and telecom services to consumers. Should the integrated and dominant firm charge competitors too high prices for access to the network while charging lower in-house rates for its own services, this may cause the competitor to be squeezed between the access price and the retail price of the end-product provided by the integrated firm. A similar effect may arise if the integrated firm charges the same price for the access product in-house and externally, but operates a very low margin on the final product compensated by profits from the access product. In that respect, price squeezing is related to cross-subsidisation.

Price squeezing has scarcely been dealt with by the Courts and in the literature. A simplified rule developed by the ONP-committee states that an integrated firm is creating a price squeeze if the price of a product corresponding product to what the competitor supplies is lower than the sum of the access cost to the competitor have to pay and the incremental cost of supplying the final product. In other words, a price squeeze is present if the price of a product of the dominant firm is lower than the sum of the price for the intermediary product it charges to its competitors and the cost of transforming the intermediary product to an end product. Other more articulated imputation rules have been devel-

oped by some authors. Different tests are necessary when the integrated firm supplies a multitude of products or services.

15.5 Price discrimination

There is a fundamental difference between economic theory and the judicial analysis in understanding what constitutes discrimination. From a legal point of view, discrimination is a term normally associated with some unlawful conduct such as discrimination of employees in working life, ethnic or gender discrimination etc. From an economic perspective, however, price discrimination does not concern the issue of legality of prices. It is merely concerned with the efficient allocation of resources. Although a perfect price discrimination may transfer the entire consumer surplus to the monopolist, this is considered an efficient allocation of resources. In terms of fairness and welfare, on the other hand, perfect price discrimination does not produce beneficial results for consumers. Any kind of price discrimination requires some sort of control over price- setting, i.e. some degree of market power. The legal counterpart to this economic requirement is article 82 EC, which only applies to the dominant undertakings. Furthermore, the dominant undertaking must be in a position to sort out those customers, amongst whom the dominant undertaking will be able to discriminate. It is futile to charge higher prices to customers whose marginal propensity to pay is less than the charged price. Conversely, charging low prices to customers who are ready to pay much more would be economically pointless. In most cases, however, the seller – at least by approximation – is able to identify groups of customers with different demand curves. Finally, a dominant firm must be able to prevent arbitrage amongst the different customers i.e. the possibility of profitably reselling of the products to different markets. The nature of the good may also prevent arbitrage, for instance medical services may be very hard to re-sell.

Traditionally, price discrimination has been divided into three different categories. First-degree price discrimination is often referred to as perfect price discrimination. Every customer is charged the maximum it

is willing to pay for the good. Although perfect price discrimination would probably never be observed in real life, some types of first-degree price discrimination may be commonly observed. Two-part tariffs such as monthly fees and variable charges are common practice in the telecom industry. Second-degree price discrimination is used when there is a clear finite demand for a certain product such as household water or electricity consumption. Prices are normally set "stepwise" in intervals, whereby large volume consumers such as factories may obtain substantial volume discounts for higher purchase volumes. Third-degree price discrimination occurs for instance in industries where there is a constant demand and the consumers demand equal amount of the same product. Businesspersons may e.g. be willing to pay more for a single airline ticket in comparison to holiday travellers and this is the reason why there are differentiated tariffs on airline tickets. The rationale behind third-degree price discrimination is that it is more profitable to charge different prices depending on the consumers' marginal propensity to pay less or more for the same product in comparison to a uniform price. Uniform prices would imply that the dominant firm would miss all those customers who are willing to purchase the good at the lower price but abstain from buying owing to the high price level. In addition, uniform prices imply that customers who are actually willing to pay more are charged too little, which amounts to an opportunity cost for the dominant firm. From an antitrust viewpoint, the acceptability of price discrimination is mainly concerned with the issue whether or not the differentiated price structure really enhances the total volume supplied and whether it makes it possible to serve consumers that under a uniform price scheme would not be served. Furthermore, in some cases price discrimination may create consumer lock-in effects and place some trading parties at a competitive disadvantage.

Under EC law, the application of dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, whereby they are placed at a competitive disadvantage, is prohibited. Does this imply that all kinds of price discrimination are prohibited? It seems as if the question could not be answered to affirmatively. According to economic theory, price discrimination occurs when a transaction gives rise to different profit

levels in relation to marginal cost and most certainly, competition law is not intended to ban differentiated profit levels *per se*. Traditionally, price differences that are motivated by differences in cost are considered to be lawfully differentiated prices. The analysis in this dissertation shows, however, that even other discriminatory pricing can be considered lawful price competition.

It is submitted that in establishing unlawful price discrimination one should analyse – in turn and stepwise – different elements of the pricing behaviour. Initially, the ability to sort trading parties into groups, between which the discrimination could take place, should be identified, followed by an assessment of the possibility to prevent arbitrage. Next, an appraisal should be made of whether or not the alleged discriminatory price applies to equivalent transactions. The analysis should also include a consideration of whether the pricing scheme amounts to dissimilar conditions – and most important whether the price differences are cost-motivated. A frequently debated issue is whether it is necessary to show a competitive disadvantage of the trading parties. Some precedents indicate that that this requirement does not carry the same weight as equivalent transactions and dissimilar conditions. Not only can price discrimination be exploitative, it can also be exclusionary. Finally, affirmative defences against price discrimination should be allowed and the dissertation presents an analysis of the "meeting competition" defence. In short, this defence can only be used with moderation and as a passive response.

Chapters 11–14 provide examples of discriminatory prices that have been considered unlawful. The conduct closest to the wording of article 82 EC, is discrimination of trading parties. Such pricing policies may amount to an abuse if they distort competition in the next step of the distribution chain. Two trading parties may each be the other's competitor and if they are using the same intermediary product supplied by the dominant firm at different prices without objective justification, one of the trading parties may be disfavoured and thereby placed at a competitive disadvantage in relation to the other customer.

Price discrimination may also have exclusionary effects. A dominant firm may want to ensure customer loyalty and offers special economic

incentives to those customers who endeavour to purchase all or most of their requirement of a product from the dominant firm. Such rebate schemes – called loyalty or fidelity rebates – have been extensively dealt with by the ECJ and national authorities and are considered to create lock-in effects. Normally, special discounts in exchange for loyalty are deemed unlawful, for being detrimental to competitors and in the end to the customers themselves.

Price discrimination can also have mixed effects in as much as they are both exclusionary and exploitative. To charge different prices solely depending on the where the customer is located may create a harmful artificial partitioning of the internal market.

A special form of price discrimination is selective pricing. It bears the hallmarks of both discriminatory and predatory conduct, but it is normally above cost and there may be no competitive disadvantage to the trading parties. Such pricing policies appear at the first glance to be competition on the merits, but at a closer look it may become evident that the pricing schemes have serious exclusionary effects, especially if the dominant firm is "super dominant", i.e. holds a market share exceeding 90 per cent. The case *Compagnie Maritime Belge* has made it clear that the headroom for super dominant firms is quite low, when it comes to the prospects of meeting competition from smaller rivals.

16. Källor och Litteratur

Kommittébetänkanden

SOU 1951:27	Konkurrensbegränsning.
SOU 1978:9	Ny konkurrensbegränsningslag. Betänkande av konkurrensutredningen. Stockholm
SOU 1991:59	Konkurrens för ökad välfärd. Huvudbetänkande av konkurrenskommitén. Stockholm
SOU 2000:90	Elnätsföretag: regler och tillsyn. Delbetänkande av Elnätsutredningen
SOU 2002:60	Lag om elektronisk kommunikation. Delbetänkande av Utredningen om elektronisk kommunikation

Propositioner

Prop 1953:103	Förslag till lag om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet
Prop 1992/93:56	Ny konkurrenslagstiftning
Prop. 1996/97:61	Översyn av telelagen (1993:957) m.m.
Prop 1999/2000:140	Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald
Prop 2001/02:56	Energimarknader i utveckling – bättre regler och tillsyn

Utskottsbetänkande

2001/02:NU09 Vissa energimarknadsfrågor

Riksdagsskrivelse

Rskr 2001/02:180 Vissa energimarknadsfrågor

Rättsfall – EG-domstolen

24/67, *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*, [1968], ECR 55

78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, [1971], ECR 487

40/70, *Sirena S.r.l. V Eda S.r.l. and others*, [1971], ECR 69

6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. Commission*, [1973], ECR 215

Förenade målen 6 och 7/73, *Instituto Chemiterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission*, [1974], ECR 223

173/73, *Italien mot Kommissionen*, [1974], ECR 709

8/74, *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville (Dassonville)*, [1974], ECR 837

26/75, *General Motors Continental NV v Commission*, [1975], ECR 1367

Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 144/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission*, [1975], ECR 1663

30/77, *Régina v Pierre Bouchereau*, [1977], ECR 1999

77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission.*, [1978], ECR 1513

27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission*, [1978], ECR 207

85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*, [1979], ECR 461

Förenade målen 209 till 215 och 218/78, *Heintz van Landewyck SARL and others v Commission (FEDETAB)*, [1980], ECR 3125

283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health.*, [1982], ECR 3415

249/81, *Kommissionen mot Irland (Buy Irish)*, [1982], ECR 4005
322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission*, [1983], ECR 3461
7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) mot Kommissionen*, [1983], ECR 483
298/83, *Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE) mot Kommissionen*, [1985], ECR 1105
311/84, *Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédifussion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)*, [1985], ECR 3261
Förenade målen 240, 241, 242, 261, 262, 268 och 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie and others v Commission*, [1985], ECR 3831
41/83, *Italien mot Kommissionen*, [1985], ECR 873
226/84, *British Leyland Public Limited Company v Commission*, [1986], ECR 3263
Förenade målen 67, 68 och 70/85, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV and others v Commission*, [1988], ECR 219
30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, [1988], ECR 2479
247/86, *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v SA Novasam*, [1988], ECR 5987
53/87, *Consorzio italiano della compnentistica di ricambio per autoveicoli (CICRA) and Maxicar v Régie nationale des usines Renault*, [1988], ECR 6039
238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.*, [1988], ECR 6211
395/87, *Ministère public v Jean-Louis Tournier*, [1989], ECR 2521
Förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, *François Lucazeau and others v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and others*, [1989], ECR 2811
66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, [1989], ECR 803
C-202/88, *Frankrike mot Kommissionen (Terminaux)*, [1991], ECR I-1223
C-305/89, *Italien mot Kommissionen*, [1991], ECR I-1603
C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH.*, [1991], ECR I-1979
C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission*, [1991], ECR I-3359

C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA.*, [1991], ECR I-5889
C-18/88, *Régis des télégraphes et des téléphones v GB-Inno-BM SA*, [1991], ECR I-5941
T-30/89, *Hilti AG v Commission*, [1991], ECR II-1439
T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*, [1993], ECR II-389
C-393/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, [1994], ECR I-1477
C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, [1994], ECR I-1783
C-53/92 P, *Hilti AG v Commission*, [1994], ECR I-667
C-387/92, *Banco Exterior de España SA v Ayuntamiento de Valencia*, [1994], ECR I-877
T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)*, [1994], ECR II-755
C-449/93, *Rockfon A/S v Specialarbejderforbundet i Danmark*, [1995], ECR I-4291
C-310/93 P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*, [1995], ECR I-865
T-32/91, *Solvay SA mot Europeiska kommissionen*, [1995], ECR II-1825
T-37/91, *Imperial Chemical Industries plc mot Europeiska kommissionen*, [1995], ECR II-1901
C-39/94, *Syndicat française de l'Express international (SFEI) v La Poste and others*, [1996], ECR I-3547
C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)*, [1996], ECR I-5951
C-56/93, *Belgien mot Kommissionen*, [1996], ECR I-723
C-219/95 P, *Ferriere Nord SpA v Commission*, [1997], ECR I-4411
C-242/95, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, [1997], ECR I-4449
Förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, *Kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd*, [1997], ECR I-6265
T-229/94, *Deutsche Bahn AG mot Kommissionen*, [1997], ECR II-1689
Förenade målen T-213/95 och T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) and Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) mot Kommissionen*, [1997], ECR II-1739

T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v Commission*, [1997], ECR II-229

C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, [1998], ECR I-7791

T-111/96, *ITT Promedia NV v Commission*, [1998], ECR II-2937

T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission*, [1999], ECR II-2969

Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA and Dafra-Lines A/S v Commission*, [2000], ECR I-1365

C-286/95 P, *Europeiska kommissionen mot Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, [2000], ECR I-2341

C-436/97 P, *Deutsche Bahn AG mot Kommissionen*, [1999], ECR I-2387

Förenade målen C-287/95 P och C-288/95 P, *Europeiska kommissionen mot Solvay SA*, [2000], ECR I-2391

C-420/98, *W.N. v Staatssecretaris van Financiën*, [2000], ECR I-2847

Förenade målen C-147/97 och C-148/97, *Deutsche Post AG mot Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS)och Citicorp Kartenservice GmbH*, [2000], ECR I-825

T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA v Commission of the European Communities.*, [2000], ECR II-3755

T-128/98, *Aéroports de Paris v Commission*, [2000], ECR II-3929

T-613/97, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) and CRIE v Commission*, [2000], ECR II-4055

C-163/99, *Portugal mot Kommissionen (Portugisiska Flygplatser)*, [2001], ECR I-2613

C-497/99 P, *Irish Sugar plc v Commission*, [2001], ECR I-5333

T-151/01 R, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG mot Kommissionen – interimistiskt förfarande*, [2001], EGT C 68, 2002

Rättsfall – Marknadsdomstolen

MD 1978:19, *NO mot AB Marabou*, 1978-09-05
MD 1983:2, *NO mot Boråstaper och T-konsortiet, Tapethandelns Aktieägareförening (Boråstapeter)*, 1983-03-07
MD 1985:13, *C.P.O. Telecom AB mot Televerket*, 1985-04-26
MD 1990:11, *NO mot Norstedts Förlag AB*, 1990-03-27
MD 1991:17, *NO mot Scan Väst*, 1991-06-06
MD 1998:5, *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a. mot TV3 Broadcasting Group Ltd*, 1998-04-16
MD 1998:15, *Konkurrensverket mot Posten Sverige AB (CityMail)*, 1998-11-11
MD 1999:7, *Konkurrensverket mot Dorma Sverige AB*, 1999-03-18
MD 2000:2, *Statens Järnvägar mot Konkurrensverket och intervenient BK Tåg AB (BK Tåg)*, 2000-02-01
MD 2001:4, *Konsortiet Scandinavian Airlines System mot Konkurrensverket och intervenient Braathens Malmö Aviation AB (Eurobonus)*, 2001-02-27
MD 2002:32, *Telia AB mot Konkurrensverket (Telia – överlämnat samtal)*, 2002-12-11

Avgörande från Hovrätten

Göta Hovrätts dom T 33-00 av den 27 april 2002, *SAS/Luftfartsverket*

Beslut från Europeiska Kommissionen

73/109/EEC, Commission Decision of 2 January 1973 relating to proceeding under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, (IV/26.918 – *European Sugar Industry*), EGT L 140/17, 1973
76/353/EEC, Commission Decision of 17 December 1975 relating to a procedure under Article 86 of the EEC Treaty, (IV/26.699 – *Chiquita*), EGT L 95/1, 1976
76/642/EEC, Commission Decision of 9 June 1976 relating to a proceeding under Article 86 of the Treaty establishing the European Economic Community, (IV/29.020 – *Vitamins*), EGT L 223/27, 1976

81/969/EEC, Commission Decision of 7 October 1981 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty, (IV.29.491 – *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*), EGT L 353/33, 1981

85/609/EEC, Commission Decision of 14 December 1985 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty, (IV/30.698 – *ECS/AKZO*), EGT L 374/1, 1985

88/138/EEC, Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty, (IV/30.787 and 31.488 – *Eurofix-Bauco v. Hilti*), EGT L 65/19, 1988

88/518/EEC, Commission Decision of 18 July 1988 relating to a proceeding under Article 86 of EEC Treaty, (IV/30.178 – *Napier Brown – British Sugar*), EGT L 284/41, 1988

89/22/EEC, Commission Decision of 5 December 1988 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty, (IV/31.900 – *BPB Industries plc*), EGT L 10/50, 1989

91/299/EEC, Commission Decision of 19 December 1990 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty, (IV/33.133-C – *Soda-ash – Solvay*), EGT L 152/21, 1991

91/300/EEC, Commission Decision of 19 December 1990 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty, (IV/33.133-D – *Soda-ash – ICI*), EGT L 152/40, 1991

92/163/EEC, Commission Decision of 24 July 1991 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EEC Treaty, (IV/31043 – *Tetra Pak II*), EGT L 72/1, 1992

Merger case, Commission decision of 27.11.1992 declaring a concentration to be compatible with the common market according to Council Regulation (EEC) No 4064/89, (IV/M.259 – *British Airways / TAT*), EGT C 326/0, 1992

93/82/EEC, Commission Decision of 23 December 1992 relating to a proceeding pursuant to Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, (IV/32.448 and IV/32.450 – *Cewal, Cowac and Ukwal*), EGT L 34/20, 1993

94/210/EG, Commission Decision of 29 March 1994 relating to a proceeding pursuant to Articles 85 and 86 of the EC Treaty, (IV/33.941 – *HOV SVZ/MCN*), EGT L 104/34, 1994

95/364/EG, Kommissionens beslut av den 28 juni 1995 i ärende enligt artikel 90.3 i Romfördraget, (*Bryssels flygplats / Zaventem*), EGT L 216/8, 1995

Merger case, Commission decision of 20/07/1995 declaring a concentration to be compatible with the common market according to Council Regulation (EEC) No 4064/89, (IV/M.616 – *Swissair / Sabena (II)*), EGT C 200/10, 1995

96/180/EG, Kommissionens beslut av den 16 januari 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget och artikel 53 i EEX-avtalet, (IV/35.545 – *Lufthansa/SAS*), EGT L 54/28, 1996

Merger case, Commission Decision of 08/11/1996 declaring a concentration to be compatible with the common market, (IV/M.843 – *PTT Post / TNT / GD Express Worldwide*), EGT C 19/4, 1996

97/624/EG, Kommissionens beslut av den 14 maj 1997 om ett förfarande enligt artikel 86 i EG-fördraget, (IV/34.621, 35.059/F-3 – *Irish Sugar plc*), EGT L 258/1, 1997

Merger case, Commission Decision of 30 July 1997 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA agreement, (IV/M.877 – *Boeing/McDonell Douglas*), EGT L 336/16, 1997

97/780/EG, Kommissionens beslut av den 29 oktober 1997 enligt artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet, (IV/35.830 – *Unisource*), EGT L 318/1, 1997

98/365/EG, Kommissionens beslut av den 1 oktober 1997 om stöd som Frankrike påståtts ha beviljat SFMI-Chronopost, (K(1997) 3146 – *SFMI-Chronopost*), EGT L 164/37, 1998

98/513/EG, Commission Decision of 11 June 1998 relating to a proceeding under Article 86 of the EC Treaty, (IV/35.613 – *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*), EGT L 230/10, 1998

Merger case, Commission Decision of 26/06/1998 declaring a concentration to be compatible with the common market, (IV/M.1168 – *DHL / Deutsche Post*), EGT C 307/3, 1998

1999/198/EG, Kommissionens beslut av den 10 februari 1999 om ett förfarande enligt artikel 86 i fördraget, (IV/35.767 – *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*), EGT L 69/24, 1999

1999/695/EG, Kommissionens beslut av den 15 september 1999 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet, (IV/36.748 – *Reims II*), EGT L 275/17, 1999

2000/12/EG, Kommissionens beslut av den 20 juli 1999 beträffande ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet (IV/36.888 – *Fotbolls-VM 1998*), EGT L 5/55, 2000

2000/74/EG, Kommissionens beslut av den 14 juli 1999 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, (IV/D-2/34.780 – *Virgin/British Airways*), EGT L 30/1, 2000

Merger case, Commission decision of 11/08/1999 declaring a concentration to be compatible with the common market according to Council Regulation (EEC) No 4064/89, (IV/M.0019 – *KLM / Alitalia*), EGT C 95/5, 2000

2000/521/EG, Kommissionens beslut av den 26 juli 2000 om ett förfarandet enligt artikel 86.3 i EG-fördraget, (K(2000) 2267 – *AENA*), EGT L 208/36, 2000

Kommissionens tillkännagivande enligt artikel 5 i förordning (EEG) nr 3975 av den 14 december 1987 om ärende COMP/38.712, (COMP/38.712 – *British Midland Ltd/Deutsche Lufthansa AG/Scandinavian Airlines System*), EGT C 83/6, 2001

2001/354/EG, Kommissionens beslut av den 20 mars 2001 i ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, (COMP/35.141 – *Deutsche Post AG (Deutsche Post I)*, EGT L 125/27, 2001

2001/463/EG, Kommissionens beslut av den 20 april 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget , (COMP D3/34493 – *Der Grüne Punkt – DSD*), EGT L 166/1, 2001

Merger case, Commission Decision of 03/07/2001 declaring a concentration to be incompatible with the common market and the EEA Agreement, (COMP/M.2220 – *General Electric/Honeywell*), EGT , 2001

2001/892/EG, Kommissionens beslut av den 25 juli 2001 i ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, (COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG – innehållande av internationella postförsändelser (Deutsche Post II)*, EGT L 331/40, 2001

2002/405/EG, Kommissionens beslut av den 20 juni 2002 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, (COMP/E-2/36.041 – *PO – Michelin*), EGT L 143/1, 2002

2002/746/EG, Kommissions beslut av den 5 juli 2002 i ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet, (COMP/37.730 – *AuA/LH*), EGT L 242/25, 2002

2002/753/EG, Kommissionens beslut av den 19 juni 2002 om Förbundsrepubliken Tysklands åtgärder till fördel för Deutsche Post AG, *(Deutsche Poststatsstöd)*, EGT L 247/27, 2002.

2003/6/EG, Kommissionens beslut av den 13 december 2000 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget (COMP/33.133 – C: *Soda – Solvay*), EGT L 10/10, 2003

2003/7/EG, Kommissionens beslut av den 13 december 2000 om ett förfarande enligt artikel 82 I EG-fördraget (COMP/33.133 – *Soda – ICI*), EGT L 10/15, 2003

Konkurrensverkets beslut

Dnr 685/93, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – hembryggningsprodukter (CBF Vendor AB)*, 1993-10-14

Dnr 152/94, *Fråga om missbruk av dominerande ställning – distribution av postorderpaket (Privpak)*, 1994-05-30

Dnr 314/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – lastbilstranporter till och från Gotland (Bilspedition)*, 1994-06-06

Dnr 381/94, *Ifrågasatt leveransvägran, verktyg (HDF)*, 1994-06-16

Dnr 118/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – försäljning av abonnentuppgifter ur Telia-koncernens databaser (ETM)*, 1994-08-23

Dnr 928/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – prissättning, flygresor (SAS)*, 1994-08-25

Dnr 1122/93, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – avgifter för flyttning av telefon (Telia – flyttning av telefon)*, 1994-10-13

Dnr 288/94, *Prisdifferentiering vid försäljning av mineralgödsel*, 1994-10-24

Dnr 641/94, *Kommunala beslut – hyresavtal m.m. (TK 77)*, 1994-10-27

Dnr 1543/93, *Icke-ingripandebesked-leveransavtal, sirap (Sockerbolaget)*, 1994-11-01

Dnr 479/93, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – posttjänster (Russinplockarklausuler m.m.)*, 1994-11-02

Dnr 1287/94, *Ifrågasatt diskriminering – mjölk (Arla)*, 1994-11-17

Dnr 713/94, *Ifrågasatt konkurrensbegränsning – förskottsbetalning (SSA)*, 1994-12-14

Dnr 1068/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – avgift vid spärr för utlandssamtal (Telia AB – räckviddsbegränsare)*, 1995-01-24

Dnr 840/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – kakel och klinker (Partek Höganäs)*, 1995-02-16

Dnr 735/93 m.fl., *Ifrågasatt missbruk av en dominerande ställning – kreditbedömning och tagande av säkerhet för tecknande av teleabonnemang (Telia – säkerheter)*, 1995-05-02

Dnr 108/94 m.fl., *Ifrågasatt missbruk av en dominerande ställning – faktureringsprinciper vid annonsering i Telia-koncernens rikstäckande telekataloger (Rosa och Gula Sidorna)*, 1995-05-18

Dnr 414/94, *Missbruk av dominerande ställning – tidskriftsdistribution*, 1995-06-06

Dnr 344/95, *Ifrågasatt konkurrensbegränsning – dagligvaruhandel (Rostock Livs)*, 1995-06-14

Dnr 502/95, *Ifrågasatt diskriminering vid försäljning av weekendresor – flyg (Golden Air)*, 1995-08-23

Dnr 61/96, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning; Postens avgifter för insortering i postboxar*, 1996-01-18

Dnr 1302/93, *Icke-ingripandebesked – STIM:s prissättning av framföranderättigheter till upphovsrättsligt skyddad musik*, 1996-03-05

Dnr 712/94, *Missbruk av dominerande ställning avseende försäljning av framföranderättigheter till musik*, 1996-03-05

Dnr 1247/94, *Icke-ingripandebesked avseende ombudsavtal samt förfarande vid val av ombud; färdbiljetter (Storstockholms lokaltrafik)*, 1996-03-13

Dnr 63/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – rabattsystem för mobila tjänster (Stattel-avtalet)*, 1996-06-26

Dnr 1548/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning tillika konkurrensbegränsande samarbete; rättsinformation (Norstedts Juridik AB)*, 1996-10-08

Dnr 601/96, *Icke-ingripandebesked – förfarandet att tillämpa särskilt porto för post till vissa områden och normalporto för post till andra områden*, 1996-10-08

Dnr 1074/96, *Missbruk av dominerande ställning – prissättning för distribution av post*, 1996-11-22

Dnr 1003/95, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning; diskriminering m.m. – nyhetsbevakning av fotbollsmatcher (TV Fyrstad)*, 1996-12-09

Dnr 587/96, *Ifrågasatt missbruk av en dominerande ställning – införande av en asymmetrisk prissättning på marknaden för nationell telefoni från fast anslutningspunkt (Telia – överlämnat samtal)*, 1996-12-12

Dnr 1142/96, *Missbruk av dominerande ställning – prissättning för distribution av post*, 1996-12-19

Dnr 119/94, *Icke-ingripandebesked/undantag – cirkaprislista, rabatt- och årsbonussystem, industriprislista (Dorma)*, 1997-02-25

Dnr 17/97, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – Kabel- TV*, 1997-12-23

Dnr 1056/96, *Missbruk av dominerande ställning – förnödenheter till mjölk och köttproducenter (ALAS)*, 1998-01-27

Dnr 570/97, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – tillämpat rabattsystem vid anbudsgivning (Norra Jämtlands Taxi)*, 1998-05-29

Dnr 1337/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning avseende prissättning av distribution av oadresserad reklam (Oadresserad reklam)*, 1998-12-17

Dnr 533/1998, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – rabattsystem på fjärrvärme (Tekniska Verken)*, 1998-12-22

Dnr 142/1999, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning avseende prissättning av framföranderättigheter till upphovsrättsligt skyddad musik i TV (STIM – minimiavgifter*, 1999-04-28

Dnr 107/95 m.fl., *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning; villkor för samtrafik med Telias fasta kopplade telenät*, 1999-05-26

Dnr 902/1998, *Missbruk av dominerande ställning – flygmarknaden (Eurobonus)*, 1999-11-12

Dnr 353/1999, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – prissättning av satellitnättjänster (Telenor)*, 2000-04-14

Dnr 409/2000, *Missbruk av dominerande ställning; rabattvillkor på fjärrvärmemarknaden (Linde Energi)*, 2000-12-19

Dnr 418/2000, *Missbruk av dominerande ställning; rabatter på fast telefoni (Telia rabatter)*, 2001-03-30

Kommissionens pressreleaser

IP/88/615, Bryssel den 13 oktober 1988, *The Commission intervenes to restore competition in the Italian cola-drinks market*

IP/90/7, Bryssel den 9 januari 1990, *The Commission accepts a formal undertaking from the Coca-Cola export corporation regarding its commercial activities in the community soft drinks market*

IP/96/975, Bryssel den 31 oktober 1996, *Commissioner Van Miert links DT's new business users tariffs to comprehensive network access.*

IP/97/292 Bryssel, den 11 april 1997, *Settlement reached with Belgacom on the publication of telephone directories – ITT withdraws complaint*

IP/98/430, Bryssel den 13 maj 1998, *Commission terminates procedure against Deutsche Telekom's fees for preselection and number portability and transfers the case to national authorities*

IP/99/504, Bryssel den 14 juli 1999, *Commission sets out its policy on commissions paid by airlines to travel agents*

IP/01/419, Bryssel den 20 mars 2001, *Antitrustförfaranden inom postsektorn leder till att Deutsche Post tvingas separera konkurrensutsatta pakettjänster från brevmonopolet*

IP/02/890, Bryssel, den 19 juni 2002, *Deutsche Post must repay Euro 572 million used to subsidise price undercutting in commercial parcel services*

Övrigt material från Europeiska Kommissionen

Tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn – Ramen, relevanta marknader och principer, EGT C 265, 22/08/1998

Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, EGT C 233, 6/9/1991

Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, EGT C 372, 1997-12-09

Meddelande från kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, EGT C 039, 6/2/1998

98/195/EG: Kommissionens rekommendation av den 8 januari 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad (Del 1 – Prissättning vid samtrafik), EGT L 73, 12/03/1998

98/511/EG: Kommissionens rekommendation av den 29 juli 1998 om ändring av rekommendation 98/195/EG om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad (Del 1 – Prissättning vid samtrafik), EGT L 228,1998

2000/417/EG: Kommissionens rekommendation av den 25 maj 2000 om tillträde till accessnät (LLUB) – för att skapa ett konkurrenskraftigt och komplett utbud av elektroniska kommunikationstjänster, däribland bredbandiga multimedietjänster och snabba Internettjänster, EGT L 156, 2000

K(2002) 561, Kommissionens rekommendation av den 22 februari 2002 om ändring av rekommendation 98/195/EG senast ändrad genom rekommendation 2000/263/EG, om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad (Del 1 – Prissättning vid samtrafik) (Text av betydelse för EES), EGT L 58, 2002

98/322/EG: Kommissionens rekommendation av den 8 april 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad (Del 2 – Särredovisning och kostnadsredovisning) EGT L 141, 13/05/1998

Joos Stragiers tal vid EALA-konferensen i Stockholm 22 november under temat *Outlook of European Commission's competition policy and enforcement priorities in air transport.*

Joos Stragiers tal 22 mars 2002 vid Annual conference of the guild of European business travel agents (GEBTA) i Lissabon under temat *EC competition policy in the aviation sector: State of play and outlook*

Joos Stragiers tal vid European Air Law Association i Zürich den 9 november 2001 under temat *Airline alliances and mergers –the emerging Commission policy.*

Europeiska Kommissionen, *XXIV:e rapporten om konkurrenspolitiken*, 1994

Europeiska Kommissionen, *XXIX:e rapporten om konkurrenspolitiken*, 1999

Europeiska Kommissionen, *XXXI:e rapporten om konkurrenspolitiken*, 2002

Rättsfall från brittiska Competition Commission Appeal Tribunals

Napp Pharmaceutical Holdings Limited and subsidiaries v the Director of Fair Trading, Case No. 1001/1/01. (cit. *Napp*)

Danska Konkurrencerådet

Konkurrencerådets avgörande av den 29 maj 2002, *MetroXpress Danmark A/S mod Berlingske Gratisaviser A/S*. (cit. MetroXpress)

Danska Konkurrencestyrelsen, *Rapport om konkurrencebegrænsende erhvervsstøtte, Tværministerielt udvalg om forbud med konkurrencebegrænsende*

erhvervsstøtte, 2000. elektronisk resurs: <http://www.ks.dk/publikationer/2000/KES/rapporten(04)TK-PDF.pdf>

Danska Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, 1998, elektronisk resurs: <http://www.ks.dk/publikationer/1998/prisdiskrimim/index.htm>

Norska Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynets beslut V2002-22 av den 18 mars 2002, Konkurranseloven § 3-10 – inngrep mot SAS', Widerøes og Braathens' bonusprogrammer, EuroBonus og Wings.

Norska kommittébetänkanden

NOU 2003:12 Ny konkurranselov. Utredning fra konkurranselovutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 24. november 2000. Oslo

Bundeskartellamt, Tyskland

Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder zur Höhe der Netznutzungsentgelte und sonstigen Wettbewerbsbehinderungen der Stromnetzbetreiber, Bundeskartellamt, 19.04.2001

Tyska Bundeskartellamts beslut av den 14 februari 2003, B11–40 100–T–45/01, *Thüringer Energie AG*

Tyska Bundeskartellamts beslut av den 18 februari 2003, B9-144/01, *Deutsche Lufthansa AG*, Köln

Storbritannien – myndigheter

Office of Fair Trading, OFT Guidelines 414, Assessment of individual agreements and conduct, 1999 (cit. OFT 414)

Office of Telecommunications, Oftel, Guidelines *The Application of the Competition Act in the Telecommunications Sector*, 2000 (cit. Oftel guidelines)

Amerikanska rättsfall

FTC v. Borden Co, 383 U.S. 637 (1966) (cit. Borden)
Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967) (cit. Utah Pie)
Texaco, Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543 (1990) (cit. Texaco)
Brooke Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993) (cit Brooke)
Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, (1986) (cit. Matsushita)
Cargill, Inc. et. al. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104 (1986) (cit. Cargill)
Virigin Atlantic Airways ltd. V. British Airways PLC 2nd Circ (2001). Docket No. 99-9402

Material från Kanandas konkurrensmyndighet

Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, *Predatory Pricing Enforcement Guidelines*, 1992. (cit. Canada Predatory guidelines)
Competition Bureau, Industry Canada, *Price Discrimination Enforcement Guidelines*, 1992

Övriga internationella rättskällor

UNCTAD, The United Nations Set of Principles and Rules on Competition, The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, principles and rules for enterprises, including transnational corporations, TD/RBP/CONF/10/Rev.2, Geneva, 2000, del IV (D)

Övrig citerad litteratur

Abbamonte, Guiseppe B., *Cross-Subsidisation and Community Competition rules: Efficient Pricing versus Equity*, EurLR 23(5), 1998, s. 414–433

Andersen Management International A/S, *Cost Oriented Access and Interconnection in Sweden*, Konsultrapport för Post- och Telestyrelsen, 2001 (cit. PTS-rapporten)

Andrews, Philip, *Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing–The Irish Sugar Decision Suggest a New Approach*, ECLR, 1998, s. 49–57

Areeda, Philip och Turner, Donald F., *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, Harvard Law Review 88, 1975, s. 697–733 (cit. Areeda/Turner)

Areeda, Philip, Turner Donald F., *Scherer on predatory pricing: A rep*ly, Harvard Law Review, 1976 s. 891–900 (cit. Areeda/Turner II)

Ax, Christian, Johansson, Christer och Kullvén, Håkan, *Den nya ekonomistyrningen*, 2 uppl., Malmö 2002

Baumol, William J., *Quasi-Permanence of Price Reductions: A policy for Prevention of Predatory Pricing*, The Yale Law Journal 89, 1979, s. 1–26 (Cit. Baumol I)

Baumol, William J., *Superfairness: Application and Theory*, Cambridge, Mass. 1986 (cit. Baumol, 1986)

Baumol, William J., *Predation and the logic of the average variable cost test*, The Journal of Law and Economics, 1996, s. 49–72 (Cit. Baumol, 1996)

Baumol, William J., *Predation Criteria in the Swedish Postal Zone Price Case–A reply*, ECLR, 2000, s. 225–231 (cit. Baumol 2000)

Baumol, William J. och Bradford, David F., *Optimal Departures From Marginal Cost Pricing*, The American Economic Review, 1970, s. 265–283 (cit. Baumol/Bradford)

Baumol, William J. och Sidak, Gregory J., *Toward Competition in Local Telephony*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1994 (cit. Baumol/Sidak)

Baumol, William J., Panzar, John C. och Willig, Robert D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Revised Ed., San Diego 1988

Beckenstein, Alan R. och Gabel, H. Landis, *Predation Rules: an economic and Behavioural analysis*, The Antitrust Bulletin, 1986, s. 29–49 (cit. Beckenstein/Gabel)

Bellamy, Christopher och Child, Graham, *European Community Law of Competition*, 5 uppl., London 2001 (cit. Bellamy/Child)

Benoit, Jean-Pierre, *Financially constrained entry in a game with incomplete information*, The Rand Journal of Economics 15, 1984, s. 490–499

Bergman, Lars, *Mot en europeisk elmarknad?*, Stockholm 2000

Bergman, Lars m.fl., Romesh Vaitliningam (redaktör), *A European market for electricity?*, London 1999

Bergman, Mats A., *A prohibition aginst losses? The Commission's Deutsche Post decision*, ECLR, 2001, s. 351–354

Bergmann, Bettina, *Maβstäbe für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht*, WuW, 3/2001, s. 234–244

Bergstrand, Jan, *Ekonomisk styrning*, 3 uppl., Lund 2003

Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm 1996

Bernitz, Ulf, *Mera om prisdiskriminering*, SvJT 1981, s. 44–47

Bernitz, Ulf, *Prisdiskriminering*, SvJT, 1979, s. 513–537

Bernitz, Ulf, *Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse*, ERT 2003, s. 382-386.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2 uppl., Stockholm 2002 (cit. Bernitz/Kjellgren)

Bishop, W, *Price Discrimination under article 86: Political economy in the european court*, MLR 1981, s. 282-295 (cit Bishop)

Bishop, Simon och Walker, Mike, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, 2 uppl., London 2002 (cit. Bishop/ Walker)

Bishop, William, Caffarra, Cristina, Kühn, Kai-Uwe och Whish, Richard, *Liberalising Postal Services: On the Limits of Competition Policy Intervention*, Occasional Papers Series 1, London 1998 (cit. Bishop m.fl.)

Bladini, Filip, *Den konkurrensrättsliga argumentationen*, i Ånd og rett : festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997 , Oslo 1997, s. 155–172

Blomgren-Hansen, Niels, *Prisdiskrimination og effektiv samfundsmæssig resourceanvændelse*, Institut for Nationaløkonomi, Handelshøjskolen i København, Working paper 9-98, Köpenhamn 1998

Blomgren-Hansen, Niels, *Prisdiskrimination og konkurrencepolitik*, Samfundsøkonomen, 8, 1999, s. 24-32

Bolton, Patrick och Scharfstein, David S., *A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting*, The American Economic Review, 1990, s. 93–106 (cit. Bolton/Scharfstein)

Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. och Riordan, Michael H., *Predatory Pricing: Strategic and Legal Policy*, The Georgetown Law Journal 88, 2000, s. 2239–2330 (cit. Bolton m.fl. 2000)

Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. och Riordan, Michael H., *Predatory Pricing: Response to Critique and Further Elaboration*, The Georgetown Law Journal 89, 2001, s. 2495–2529 (cit. Bolton m.fl. 2001)

Bork, Robert H., *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York 1993

Bradley, Michael D., Colvin, Jeff och Panzar, John C., *On setting prices and testing cross-subsidy with accounting data*, Journal of Regulatory Economics, 1999, s. 83–100

Brealey, Richard A, Myers, Stewart C., *Principles of Corporate Finance*, 7 uppl., Boston, 2003

Cabral, Luís M. B., *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, Mass. 2000

Cairns, Robert D. och Galbraith, John W., *Artificial compatibility, barriers to entry, and frequent flyer programs*, Canadian Journal of Economics, 1990, 807–816

Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik och Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen: en kommentar*, Stockholm 1999

Carlton, Dennis W. och Perloff, Jeffrey M., *Modern Industrial Organization*, 3 uppl., Reading, Mass. 2000 (cit. Carlton/Perloff)

Cassady, Ralph Jr, *Techniques and Purposes of Price Discrimination*, The Journal of Marketing, 1946, s. 135–150

Curien, Nicolas, *The theory and measure of cross-subsidies. An application to the telecommunications industry*, International Journal of Industrial Organization 9, 1991, s. 73–108

Due, Ole, *Hvad mener dog?(Om læsning af EF-domstolens afgørelser)*, i Festskrift till Ole Lando, Köpenhamn 1997, s. 125–144

Easterbrook, Frank H., *Predatory Strategies and Counterstrategi*es, The University of Chicago Law Review, 1981, s. 263–337

Edlin, Aaron S., *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, The Yale Law Journal, 2002, s. 941–991

Eilmansberger, Thomas, *Quersubventionen, marktwirtschaftlich handelnde Kapitalgeber und das EG-Wettbewerbsrecht*, RIW, 2001, s. 901–911

Ekelund, Robert B., Jr, *Price discrimination and product differentiation in economic theory: an early analys*is, s. The quarterly journal of economics, 1970, 268–278

Ekelöf, Per Olof, *Rättegång H. 4*, 6 omarb. uppl., Stockholm 1992

Ekelöf, Per Olof, *Rättegång H. 5*, 7 uppl., Stockholm 1998

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Boman, Robert, *Rättegång. H. 5*, 7 bearb. uppl., Stockholm 1998

Elzinga, Kenneth G. och Mills, David D., *Predatory Pricing and Strategic Theory*, The Georgetown Law Journal 89, 2001, s. 2475–2494 (cit. Elzinga/Mills)

Energimyndigheten, *Fjärrvärmen på värmemarknaderna*, Rapport över uppdraget att följa utvecklingen på fjärrvärmemarknaden, ER 19:2000, oktober 2000 (cit. Fjärrvärmerapporten)

Europeiska Kommissionen, *Glossary of terms used in EU Competition Policy. Antitrust and control of concentrations*, Bryssel 2002

Europeiska Kommissionen, *XXIVth Report on Competition Policy*, Bryssel–Luxemburg 1995

Faulhaber, Gerald R., *Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises*, The American Economic Review, 1975, s. 966–977

Faulhaber, Gerald R. och Levinson, Stephen B., *Subsidy-Free Prices and Anonymous Equity*, The American Economic Review, 1981, s. 1083–1091

Fejø, Jens, *Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer*, Köpenhamn 1997 (cit. Fejø 1997)

Fejø, Jens, *Monopolret og Marked: studier i EF-konkurrenceretten med US-amerikansk antitrustret som sammenligningsgrundlag og med støtte i markedsøkonomisk grundteori*, akademisk avhandling, Köpenhamn 1985

Fjell, Kenneth, Hagen, Kåre P. och Johansen, Geir Mo, *Kryssubsidiering–operasjonaliserbar definition og samfunnsøkonomisk tiltak*, SNF-Rapport Nr. 19/00, 2000 (cit. Fjell m.fl.)

Fudenberg, Drew och Tirole, Jean, *A "signal-jamming" theory of predation*, The Rand Journal of Economics, 1986, s. 366–376

Fudenberg, Drew och Tirole, Jean, The Fat-Cat Effect, *The Puppy-Dog Ploy, and the Lean and Hungry Look*, The American Economic Review, 1984, s. 361–366

Furse, Mark, *Monopoly Price Discrimination. Article 82 and the Competition Act*, ECLR, 2001, s. 149–155

Gale, Douglas och Hellwig, Martin, *Incentive-Compatible Debt Contracts: The One-Period Problem*, Review of Economics Studies, 1985, s. 647–663

Gifford, Daniel J., *Predatory Pricing analysis in the Supreme Court*, The Antitrust Bulletin, 1994, s. 431–483

Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 3 upp., Oxford 1998

Graham, Martin och Steele, Anthony, *The assessment of profitability by competition authorities*, OFT Research paper 10, East Molesey 1997 (cit. Graham/Steele)

Greer, Douglas F., *A Critique of Areeda and Turner's Standard for Predatory Practices*, The Antitrust Bulletin, 1979, s. 233–261 (cit. Greer)

Griffiths, Mark, *Failing to install effective competition in postal services–the limited impact of E.C. Law*, ECLR, 2000, s. 399–407

Gundlach, Gregory T. och Guiltinan, Joseph P., *A marketing perspective on predatory pricing*, The Antitrust Bulletin, 1998, s. 883–916 (cit. Gundlach/Guiltinan)

Gyselen, Luc, *Abuse of Monopoly Power within the meaning of article 86 of the EEC Treaty: Recent developments*, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1990, s. 597–650

Haag, Marcel och Klotz, Robert, *Commission Practice concerning excessive pricing in Telecommunications*, Competition Policy Newsletter 1998 (2), 1998, s. 35–38 (cit. Haag/Klotz)

Hancher, Leigh och Buendia Sierra, José Luis, *Cross-Subsidization and EC Law*, CMLR 35, 1998, s. 901–945 (cit. Hancher/Buendia Sierra)

Hartung, Isabella, *Prävention und Repression von Quersubventionen im Gemeinschaftsrecht: Efficiency versus Equity*, Doktorsavhandling, Wien 2000

Hausman, Jerry A. och Tardiff, Timothy J., *Efficient local exchange competition*, The Antitrust Bulletin, 1995, s. 529–556 (cit. Hausman/Tardiff)

Heald, David, *Contrasting approaches to the 'problem' of cross subsidy*, Management Accounting Research, 1996, s. 53–72 (cit. Heald, 1996)

Heald, David, *Cost Allocation and Cross Subsidies*, Europeiska Kommissionen , Bryssel–Luxemburg 1994 (cit. Heald, 1994)

Heald, David, *Public Policy towards Cross Subsidy*, Annals of Public and Cooperative Economics 68:4, 1997, s. 591–623 (cit. Heald, 1997)

Henriksson, Lars, *Kostnadsmotiverad prissättning och missbruk av dominans*, Tidskriften Konkurrens 2/99, 1999, s. 8–11

Henriksson, Lars, *Överprissättning*, i Rättsvetenskapliga studier tillägande minnet av Knut Rodhe, 1999, s. 125–146

Hildebrand, Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 2 uppl., Haag 2002

Hoegh, Katja, *Hvor snæve grænser gælder for store virksomheder og dominerende virksomheders rabat og bonussystemer?*, UfR, 2002, s. 32–41

Hordijk, Erik Pijnacker, *Excessive Pricing under EC Competition Law; an update in the light of "Dutch Developments"*, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 2002, s. 463–495

Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*, 2 uppl., S:t Paul, Minn. 1999

Hård, Tom, *Prisdiskriminering eller prisdifferentiering*, SvJT, 1980, s. 115–122

Høg, Torkil, *"Blød" praksis om dræbende priskonkurrence–afgørelse fra Konkurrencerådet 29. maj 2002*, UfR, 2003, s. 18–21

Joskow, Paul L. och Klevorick, Alvin K., *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, The Yale Law Journal 89, 1979, s. 213–270 (cit. Joskow/Klevorick)

Kauper, Thomas E., *Whither article 86? Observations on excessive prices and refusals to deal*, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1990, s. 651–686

King, Stephen P. och Maddock, Rodney, *Imputation Rules and a Vertical Price Squeeze*, Australian Business Law Review 30, 2002, 43–60 (cit. King/Maddock)

Klemperer, Paul, *Competition when Consumers have Switching Costs: An overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade*, Review of Economic Studies, vol. 62, 1995, s. 515–539

Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i konkurrenceret*, 5 uppl., Köpenhamn 2003

Koller II, Roland H., *When is pricing predatory?*, The Antitrust Bulletin, 1979, s. 283–306

Kon, Stephen och Turnbull, Sarah, *Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the Napp Case*, ECLR 2, 2003, s. 70–86 (cit. Kon/Turnbull)

Konkurrencestyrelsen, *Competitive Airlines: towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market*, Report for the Nordic Competition Authorities, 2002:1, Köpenhamn 2002 (cit. Competitive Airlines)

Konkurrencestyrelsen, *Redogørelse om prisdiskriminering*, <http://www.ks.dk/publikationer/1998/prisdiskrimim/index.htm>, Köpenhamn 1998

Konkurrensverket, *Vårda och skapa konkurrens: vad krävs för ökad konsumentnytta?*, Konkurrensverkets rapportserie 2002:2, Stockholm 2002 (cit. KKV rapport 2002:2)

Konkurrensverket, *Smakar det så kostar det–En utredning med fokus på flygbonusprogram*, Konkurrensverkets rapportserie, 2003:1, 2003 (cit. KKV 2003:1)

Korah, Valentine, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 6 uppl., Oxford 1977 (cit. Korah, 1977)

Korah, Valentine, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 7 uppl., Oxford 2000 (cit. Korah, 2000)

Korah, Valentine, *Tetra Pak II–Lack of Reasoning in Court's Judgment*, ECLR, 1997, s. 98–103

Kotler, Philip, *Marketing Management*, Millennium Edition, Upper Saddle River, New Jersey 2000

Kreps, David M., Milgrom, Paul, Roberts, John och Wilson, Robert, *Rational Cooperation in the Finitely Repeated Prisoners' Dilemma*, Journal of Economic Theory, 1982, s. 245-252

Kreps, David M. och Wilson, Robert, *Reputation and Imperfect Information*, Journal of Economic Theory, 1982, s. 253–279

Lang, John Temple, Media, *Multimedia and European Community Antitrust Law*, <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1997_070_en.pdf>, 1997

Lenard, Thomas, Bettendorf, Monica M. och McGonegal, Stephen, *Stand-Alone Costs, Ramsey Prices, and Postal Rates*, Journal of Regulatory Economics, 1992, s. 243–262

Linden, Oliver, *Application of the EC competition rules in a liberalized electricity market*, i Konkurrens på reglerade marknader: hur långt kan konkurrenslagen tillämpas?, Stockholm 1999, s. 171–224

Lüder, Tilman, *A new Standard for Predatory Pricing*, Presentation vid IBC Conference on Postal Services 2002-06-18, Bryssel 2002

Madsen, Palle Bo, *Markedsret del 1 Konkurrencebegrænsningsret*, 4 uppl., Köpenhamn 2000

Marchand, Maurice, Pestieau, Pierre och Tulkens, Henry, *The performance of public enterprises: normative, positive and empirical issues*, i The Performance of public enterprises: concepts and measurement, Marchand, Maurice, Pestieau, Pierre och Tulkens, Henry (red.), Amsterdam 1984, s. 3–42

Martenius, Åke, *Konkurrenslagstiftningen: Konkurrenslagen, marknadsdomstolslagen, uppgiftsskyldighetslagen och sekretessbestämmelserna – med kommentarer*, Lund 1985.

Martinez, Luis Miguel Hinojosa, *Predatory Pricing Literature under European Competition Law: The AKZO Case*, Legal Issues of Economic Integration, 1993, s. 95–128

Mastromanolis, Emmanuel P., *Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform*, ECLR, 1998, s. 211–224

Maurer, Boris, *Innovation and investment under financial constraints and product market competition*, International Journal of Industrial Organization, 1999, s. 455–476

McGee, John S., *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*, The Journal of Law and Economics 1, 1958, s. 137–169

McGee, John S., *Predatory Pricing Revisited*, The Journal of Law and Economics 23 , 1980, s. 289–330 (cit. McGee, 1980)

Merkin, Robert, *Predatory Pricing or Competitive Pricing: Establishing the truth in English and EEC Law*, Oxford Journal of Legal Studies 7, 1987, s. 182–214

Milgrom, Paul och Roberts, John, *Predation. Reputation and Entry Deterrence*, Journal of Economic Theory 27, 1982, s. 280–312 (cit. Milgrom/Roberts)

Nerep, Erik, *Current competition law issues in regard to the de-(re-)regulation of the Swedish postal services market–especially the problems of defining the relevant market, and establishing price discrimination and predatory pricing*, Stockholm 1996

Nicolaides, Phedon, *Effective Competition in Network Industries: An assessment of Commission Decision 2001/354 imposing a fine on Deutsche Post for abusing its dominant position in parcel delivery*, ECLR, 2001, s. 390–393

Nicolaides, Phedon och Polmans, Roel, *Competition in EC Telecommunications: Cross-Subsidisation, Access and Predatory Pricing*, World Competition, 1999, s. 21–43 (cit. Nicolaides/Polmans)

Niederprüm, Antonia, *Quersubventionierung und Wettbewerb im Postmarkt*, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, WIK, Diskussionsbeitrag Nr. 225, Bad Honnef 2001

Norman, George, *The Economics of Price Discrimination*, Cheltenham 1999

NUTEK och Nätmyndigheten, *Korssubventionering på elmarknaden*, Stockholm 1997

Office of Fair Trading, *Assessment of Individual Agreements and Conduct*, OFT 414, 1999

Oi, Walter Y., *A Disneyland Dilemma: Two-Part Tariffs for a Mickey Mouse Monopoly*, Quarterly Journal of Economics, 1971, s. 77–96

Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) och Nederlandse Mededingingsautoriteit NMa, *Richtsnoeren prijssqueeze*, OPTA, EGM/2000/200494/ NMa/2201/12, 2001.

Ordover, Janusz A. och Saloner, Garth, *Predation, Monopolization and Antitrust*, i Handbook of Industrial Organization, 1989, s. 537–596 (cit. Ordover/Saloner)

Ordover, Janusz A. och Willig, Robert D., *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, The Yale Law Journal 91, 1981, s. 8–53 (cit. Ordover/Willig)

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Loyalty and Fidelity discounts and rebates*, OECD series roundtables on competition policy, DAFFE/COMP(2002)21, 2003 (cit. OECD loyalty rebates)

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Predatory Pricing*, 1999

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Promoting Competition in Postal Services*, DAFFE/CLP(99)22, Competition Policy report from roundtable on promoting competition in postal services, working party No. 2 of Committee on Competition Law and Policy, February 1999 (cit. OECD postal report 1999)

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Promoting Competition in Postal Services*, OECD Journal of Competition Law & Policy, 2001, s. 1–97 XXX

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris 2001 (cit. OECD Transfer Pricing)

Parsons, Steve G., *Cross-Subsidization in Telecommunications*, Journal of Regulatory Economics, 1998, s. 157–182

Paulander, Henrik, *Översättning av juridiska texter vid EG-domstolen*, JFT, 1998, s. 426–436

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1 uppl., Stockholm 1995

Pehrson, Lars och Wahl, Nils, *Marknadsdominerande företags rätt att prisdiskriminera*, JT, 1998-99, s. 960–972 (cit. Pehrson/Wahl)

Persson, Lars, *Marknadsdomstolen och begreppet företagsekonomi*, Ekonomen 1979:1, 1979, s. 34–36

Pettersson, Tommy och Perván Lindeborg, Stefan, *Comments on a Swedish Case on Predatory Pricing–particularly on Recoupment*, ECLR, 2001, s. 75–78

Philips, Louis, *The economics of price discrimination*, Cambridge 1981

Philips, Louis, *Predatory Pricing*, Europeiska Kommissionen, Luxemburg, 1987

Pigou, Arthur Cecil, *The Economics of Welfare*, 4 uppl., London 1932 (1950)

Pindyck, Robert S. och Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomics*, 5 uppl., Upper Saddle River, New Jersey 2001 (cit. Pindyck/Rubinfeld)

Posner, Richard A., *Antitrust Law*, 2 uppl., Chicago, Ill. 2001

Post- och Telestyrelsen, *Model Reference Paper Guidelines for the LRIC bottom-up and top-down models*, 2002, Dnr. 02-2257/23

Post- och Telestyrelsen, *Ny kalkylmodell – LRIC-metoden*, Promemoria av den 16 april 2002, 02-2257

Preece, Steven, *Compagnie Maritime Belge: Missing the Boat?*, ECLR, 2000, s. 388–393

Ramsey, Frank P., *A Contribution to the Theory of Taxation*, The Economic Journal, 1927, s. 47–61

Rasmusen, Eric, *Entry for buyout*, The Journal of Industrial Economics, 1988, s. 281–299

Rees, Ray, *The Public Enterprise Game*, The Economic Journal, vol. 94, Issue supplement: conference papers, 1984, s. 109–123.

Ridyard, Derek, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination under Article 82–An Economic Analysis*, ECLR, 2002, s. 286–303

Riordan, Michael H., *Imperfect information and dynamic conjectural variations*, Rand Journal of Economics, 1985, s. 41–50

Ritter, Lennart, Braun, W.. och Rawlinson, Francis, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 2 uppl., Haag 2000

Roberts, John, *A Signaling Model of Predatory Pricing*, Oxford Economic Papers, vol. 38, Issue Supplement: Strategic Behaviour and Industrial Competition, 1986, s. 75–93

Sahlin, Eric, *Prisdiskriminering*, SvJT, 1980, s. 561–564

Salop, Stephen C. och Scheffman, David T., *Raising Rivals' Cost*, American Economic Review, 1983, s. 267–271

Sanders, Robert J., Warford, Jeremy J. och Mann, Patrick C., *Alternative Concepts of Marginal Cost for Public Utility Pricing: Problems of Application in the Water Supply Sector*, World Bank Staff Working Paper No. 259, 1977

Scherer, F. M., *Predatory Pricing and the Sherman Act: A comment*, Harvard Law Review 89, 1976, s. 869–903 (cit. Scherer)

Scherer, F. M., *Some last words on predatory pricing*, Harvard Law Review, 1976 s. 901–903

Scherer F. M. och Ross, David., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3 uppl., Dallas, Texas 1990 (cit. Scherer/Ross)

Selten, Richard, *The Chain Store Paradox*, Theory and Decision 9, 1978, s. 127–159

Shepherd, William G., *Assessing "predatory" actions by market shares and selectivity*, The Antitrust Bulletin, 1987

Sher, Brian, *Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around*, ECLR, 2002, s. 482–489

Siragusa, Mario, *The Application of article 86 to the pricing policy of dominant companies: Discriminatory and unfair prices*, C.M.L.Rev., 1979, s. 179–194

Soames, Trevor och Ryan, Alan, *Predatory Pricing in Air Transport*, ECLR, 1994, s. 151–164 (cit. Soames/Ryan)

Sohlberg, Stig, *Prisdiskriminering–Sverige och USA*, SvJT, 1981, s. 317–318

Spector, David, *Definitions and criteria of predatory pricing*, MIT Dept. of Economics Working Paper No. 01-10. Elektronisk resurs: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=262027>, Cambridge, Mass. 2001

Springer, Ulrich, *Borden and United Brands Revisited: A Comparison of the elements of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law*, ECLR, 1997, s. 42–53 (cit. Springer I)

Springer, Ulrich, *"Meeting Competition": justification of price discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law*, ECLR, 1997, s. 251–258

Stigler, George J., *The Theory of Price*, New York 1947

Striby, Christina och Billing, Magnus, *The Swedish Zone Price Case: Sweden Post's Comments*, ECLR, 1999, s. 446–488

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, 5 uppl., Stockholm 1996

Sundberg, Jacob W. F., *Rättskällorna på 1900-talet*, i Belfrage/Stille (red.) Filosofi och rättsvetenskap, Lund 1975, s. 171–211

Sundbom, Per-Arne och Larsson, Pernilla, *Konkurrenshinder för småföretag. En studie av klagomålsärenden*, Konkurrensverkets rapportserie 1998:2, 1998 (cit. Sundbom/Larsson)

Telser, L. G., *Cutthroat Competition and the Long Purse*, The Journal of Law and Economics 9, 1966, s. 259–277

Treacy, Pat och Feaster, Trudy, *Compagnie Maritime Belge SA & Others v. Commission*, ECLR, 1997, s. 467–472

Waelbrock, Michel, *Price Discrimination and rebate policies under EU Competition Law*, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1996, s. 147–160

Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden: Om förhållanden mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt*, Stockholm 1994 (cit. Wahl)

Walsh, Patrick Paul och Whelan, Ciara, *Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World*, International Review of Law and Economics 19, New York 1999, s. 333–347 (cit. Walsh/Whelan)

Van Bael, Ivo och Bellis, Jean-François, *Competition Law of the European Community*, 3 uppl., Bicester 1994

Varian, Hal R., *Price Discrimination*, i Handbook of Industrial Organization, 1989, s. 597–654

Westh, Sven och Skovgaard Kristensen, Bente, *Konkurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) – principper og praksis*, Ufr 2003, s. 225-228

Wetter, Carl och Rislund, Olle, *Geographical Pricing in the Postal Sector–The Swedish Zone Price Case*, ECLR, 1999, s. 240–245 (cit. Wetter/Rislund)

Wetter, Carl, Karlsson, Johan, Rislund, Olle och Östman, Marie, *Konkurrenslagen: en handbok*, Stockholm 2002 (cit. Wetter m.fl.)

Whish, Richard, *Competition Law*, 4 uppl., London 2001 (cit. Whish)

Wilhelmsson, Thomas, *Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran*, TfR, 1985, s. 181–197

Williamson, Oliver E., *Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis*, The Yale law Journal 87, 1977, s. 284–340 (cit. Williamson I)

Williamson, Oliver E., *Williamson on Predatory Pricing II*, The Yale Law Journal 89, 1979, s. 1183–1200

Williamson, Oliver, *Antitrust Economics: Mergers, Contracting and strategic Behavuior*, Oxford, 1987

Willig, Robert D., *Pareto-superior Nonlinear Outlay Schedules*, Bell Journal of Economics, 1978, s. 56–69 (cit. Willig, 1978)

Willig, Robert D., *Consumer Equity and Local Measured Service*, i Baude, J.A. m.fl. (red.), Perspectives on Local Measured Service, Telecommunications Workshop, Kansas City 1979, s. 71–80

Wiman, Bertil, *Utvecklingen på internprissättningsområdet*, SkatteNytt, 1997, s. 500–523

Yamey, B. S., *Predatory Price Cutting: Notes and Comments*, The Journal of Law and Economics 15, 1972, s. 129–142

Zanon di Valgiurata, Lucio, *Price discrimination under article 86 of the E.E.C. treaty: The United Brands case*, ICLQ, 1982, s. 36–58

17. Sakregister

Access price 501
Accounting Rate of Retrurn, ACC 460
Activity Based Costing, ABC 342
Adulteration 533
Agent-Principal teorin 123
Alignment of prices 94
Allianssamarbeten 733
Analys av marknadsstrukturen 478
Arbitrage 532 ff, 577, 580
Areeda-Turner testet 64, 67, 144
Avreglering 285
Avskärmning av marknader 780

Bevekelsegrunder 222, 248 ff
Bevisbördeomkastning 670
Bevisbörderegler 668
Brevlådeföretag 265, 284
Bruttovinstmarginaler 441
Bundling 561, 693

Capital Asset Pricing Method, CAPM 460
Certainty Equivalent Accounting Rate of Return, CARR 460
Chain-store paradox 127 ff
Chicagoskolan 34, 117
Competition on the merits 96, 147
Consumer/customer lock-in 31, 695
Contestable markets 277

Defender's paradise 154
Defensiva prissänkningar 222
Discounted cash flow, DCF 297
Diskriminering, – terminologi 516 f
Divestiture 282
Dominansbegreppet 188
Dræbende priskonkurrence 57
Dynamiska marknadsfaktorer 181

Economies of Scale 637
Economies of Scope 331, 637
Effektiv prissättning – tester (efficient pricing) 383 ff
Effektivitetsrelaterade priser 419
Effet utile 44
Efficiency defence 765
Efterfrågeelasticitet 518, 548
Efterfrågefaktorer 298, 325
Efterhandskalkyler 82, 671
Ekonomisk motprestation 746
Ekonomisk teori

– om rovpriser 110
– prisdiskriminering 523 ff
– volymrabatter 715
– överpriser 408 ff
Elasticiteter
– enhetselastisk 549
– helt inelastisk 549
– inelastisk 549
– oändligt elastisk 549
– priselastisk 549
Elimineringsplan 89, 213
Endogena faktorer 531
Engelska klausuler
– i allmänhet 771 ff
– i konsumentförhållanden 774
Enkeltvarekalkulations-princippet 432
Erfarenhetskurvan 158
Essential facilities 274, 473, 483
Exclusionary commercial Practices 67
Exogena faktorer 531
Exploaterande missbruk 31
Exploaterande prismissbruk 287, 675
Externalitetseffekter 79, 227

Faulhabertestet 357 ff
Fighting companies 190
Fighting ships 190, 270, 822 ff
Finansiering under assymetrisk information 122
First mover advantage 159
Fiskala monopol 274
Flygbonusprogram 725 ff
Freiburgskolan 34
Fångarnas dilemma 127
Förbehållen sektor 258, 263
Företagsekonomisk motivering 662
Förhandlingsprincipen 28

Genomsnittliga undvikbara kostnader se average avoidable cost
Gruppdiskriminering 519 ff

Hard-core restrictions 584
Harvardskolan 34
Helhetsbedömning 93, 478, 595

Icke-diskriminerinande prissystem,
– allmänna krav 604
Icke-kostnadsrelaterade test 164 ff
Imputation rules 503 ff
Incremental profit 80, 87
Ineffektivt marknadsinträde 78
Inlärningskurvan 157, 225
Intermediary goods 50
Internprissättning 284, 373
Introduktionsförsäljning 89, 149, 194
Inträdesbarriärer 192
Inträdesvillkor, analys av 181
Irrationella konsumenter 193

Juridisk separation av verksamhet 281
Jämförelsemetoden
– företagsintern 443 ff
– inom branschen 447 ff
– liknande marknader 449 ff
– marknader utan konkurrens 453 ff

Kampfpreisen 57, se även rovpriser
Kassarabatter 639
Known-Value-Items (KVI) 79
Kompletterande produkter 77
Konkurrensnackdel 640
Konsumentöverskott 527
Korspriselasticitet 299, 549
Korssubventionering, 49, 257 ff
– definition 291
– positiv 267
Kortsiktig monopolstyrka 180
Kortsiktiga
försäljningskampanjer 77
Kortsiktigt höga priser 418
Kostnader
– accounting cost 297, 308, 341
– alternativkostnad / opportunity cost 309
– Average Avoidable Cost, AAC 218, 221, 236, 237
– Average Incremental cost 379
– Average Total Cost, ATC 65, 76, 147, 218
– Average Total Cost, ATC 302
– Average Variable Cost, AVC 64, 76, 218
– direkt hänförliga 306
– direkta 305
– Economic cost 297, 309, 345
– fasta 302
– Fully Allocated Costs 340
– Fully Distributed Cost, FDC 340
– gemensamma / common costs 306
– Incremental cost, IC 62, 235, 301, 315, 354, 378, 637
– indirekt hänförliga 306
– Long Run Average Incremental Cost, LRAIC 210, 219, 322, 356, 434
– Long Run Incremental Cost, LRIC 236, 314, 324, 318 ff, 322 ff
– marginal cost se marginalkostnad
– produktlivscykelns inverkan 305
– residual joint and residual
– common costs 307
– rörliga 64, 302
– samkostnader / joint costs 306
– Short Run Incremental Cost, SRIC 210, 314, 322 ff
– självkostnad 302
– Stand Alone Cost, SAC 301, 354, 460, 335 ff
– Sunk cost 89, 277, 336
– sökkostnader 536
– totala 65
Kostnadsallokering 154, 259, 279, 293 ff
Kostnadsanalys 66
Kostnadsavlastningar 635
Kostnadsbaserade test 300, 144 ff
Kostnadsberäkningar – Myndighetsföreskrifter 432 ff
Kostnadsmotiverad
prissättning 625, 570 ff,
Kostnadsperiodisering 293 ff
Kostnadssignalering – teori 134 ff
Kostnadstest 248 ff
Kvasi-permanenta prisreduktioner 172 ff

Laissez Faire – teori 143 ff
Legitimt affärsintresse 93

Likviditetsflöde – cash flow 297
Likvärdiga transaktioner 577
Likvärdiga transaktioner 584 ff
Linjekonferens 821
Lockpriser / bait prices 68 f
Lojalitetsrabatter se trohetsrabatter
Loss leading 78 ff

Marginalintäkt 145, 356
Marginalkostnad 59, 145, 148, 235, 310
– svårighet vid mätning 152
Marginalkostnadstestet 64
Market economy investor principle, MEIP 396
Marknadsexpanderande effektivitetskriterier 224
Marknadsföringsteori 201 ff
Marknadspris 59, 373
Marknadsstrukturens betydelse 244, 633, 179 ff
Missbruksprincipen 27
Mötande av konkurrens, 96, 98, 150
– prisdiskriminering 648
– selektiv prissättning 815

Nettointäktstestet 80 ff
Nettopriser 524
Normalt vederlag 393
Nätverksindustrier 273, 288, 266 ff

Objective justification 92
Offensiv prisdiskriminering 96
Ofullständig information – teori 120
Omställningskostnad/switching cost 726
ONP Kommittén 501 ff
Optimal prissättning 298

Paretoeffektivitet 527, 535
Passiv respons 96
Peak-load pricing 560
Perfekt konkurrens 525
Persisk marknad 518
Postdirektivet 289, 345, 346, 347, 348, 350, 351
Predatory intent 91, 230, 161 ff
Predatory scheme 213
Presumtion om olaglighet 75
Primary line injury 696
Pris efter prestation 615, 617
Prisbegreppet 579
Prisdifferentering, 517
– skillnad mot prisdiskriminering 576 f
– företagsekonomiskt motiverad 565 ff, 572 ff
Prisdiskriminering 50, 515 ff
– 1:a gradens 535 ff
– 2:a gradens 545 ff
– 3:e gradens 547 ff
– av handelspartner 675 ff
– bevekelsegrunder 645 ff
– förhållande till rovpriser 697 f
– gentemot konsumenter 692
– geografisk 785
– implicit prissättning 799 ff
– legal 638 ff
– presumtion om olaglighet 677
– sporadisk 529
– tidsmässig 559 ff
– uthållig 529
Priselasticitet 299
Priser

– mellan AVC och ATC 88 ff
– sporadiska och uthålliga 579
– underskridande AVC 71 ff
– överstigande ATC 100
Prispress / price squeeze 50, 481 ff
Prisskillnader, objektiv motivering 611
Privatisering 285
Processkostnadsberäkning 326
Produktdiskriminering 521 ff
Produktivitetskurvan 242
Produktlivscykel 238 ff
Profit split method, PSM 455
Progressiv rabatt 754 ff
Promotional pricing 149, 150, 170, 225, 666
Proportionsdifferens 636
Publicitetsprincipen 28

Rabatter
– aggregerade rabatter 721
– avhämtningsrabatter 639
– betalningsrabatter 639
– effekt i efterföljande handelsled 805 ff
– exportgynnande 792 ff
– funktionsrabatter 639
– grupprabatter 735
– kombinerade målrabatter 721
– marginalrabatter 716
– målrabatter 741
– mängdrabatter se volymrabatter
– planläggningsrabatter 639
– straffande rabatter 736
– top-slice rebates 716
– trohetsrabatter 520, 699
– trohetsrabatter i konsumentförhållanden 761 ff
– volymrabatter 546, 639, 705, 802 ff
Ramsey-prissättning 384, 387, 539, 555 ff
Redovisningsprinciper 477
Referensperioder
– allmänt 775 ff
– kumulativa effekter 777
– maximal längd 781
Reservationspris 374, 412, 526, 535
Return of Capital Employed, ROCE 459
Rovbeteende på testmarknader 139
Rovpriser / predatory pricing
– som irrationellt beteende 113
– terminologi 48, 55, 58
Rule of reason 93, 142, 155, 177
Ryktbarhetsmodeller 212, 126 ff

Samtrafikdirektivet 434
Selektiv prissättning 52, 809 ff
Skada på konkurrensen och konsumenter 217
Skyddad verksamhet 263
Slots 735
Stationary limit pricing 174
Statsstöd 288
– och korssubventionering 391 ff
Strategiskt marknadsbeteende 164 ff, 209 ff
Strukturanalys 189 ff, 198 ff
Strukturella åtgärder 281
Substituerbarhet 590 ff
Substitut för marginalkostnad 151
Subventionering

– inom reglerade sektorer 260
– mellan konkurrensutsatta sektorer 262
– mellan reglerade och konkurrensutsatta sektorer 262
– mellan reglerade sektorer 261
Superdominance 827
Systempriser 85
Särredovisning 281

Telesektorn 495 ff
Terminalavgifter 429
The long purse/deep pocket theory 118 ff
Tidsperiod 70, 153, 246, 278, 294, 775 ff
Tilgift 732
Tilläggsförpliktelse, otillåten 724
Tobin's q 459
Tolkningsmetoder 43
Traffic builders 79
Transactional net margin method, TNMM 455
Transaktionskostnader 525
Tvåstegspriser 540 ff

Underpriser se rovpriser
Underprisförsäljning 62
Underprissättning 57
Utbudsbegränsning 166 ff
Utestängande missbruk 31, 58, 216
Utestängande prissättning 286
Uthålliga överpriser 109

Weighted average cost of capital, WACC 416
Verdrängungswettbewerb 57
Versioning 552, 693
Vertikala begränsningsavtal 534

Åberopsbörda 669
Åtaganden / undertakings 280
Återhämtning / recoupment 102, 193, 202, 215, 247, 272, 378, 824

Österrikeskolan 34
Överpriser 49, 57, 407 ff, 676
– forskning och utveckling 419 ff
– jämförelsemetoden 442
– kostnadsplusmetoden 456
– marknadsprismetoden 455
– produktionskostnadsmetoden 426 ff
– återförsäljningsprismetoden 456

18. Rättsfallsregister

EG-domstolen

24/67, *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm* 413, 420
78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.* 414 f
40/70, *Sirena S.r.l. V Eda S.r.l. and others* 414, 438
6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. Commission* 592, 632, 634
Förenade målen 6 och 7/73, *Instituto Chemiterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission* 592, 806
173/73, *Italien mot Kommissionen* 393
8/74, *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville (Dassonville)* 792
26/75, *General Motors Continental NV v Commission* 415, 427, 428
Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 144/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission* 701 ff, 716, 795
30/77, *Régina v Pierre Bouchereau* 39
77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission* 601
27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* 287, 415, 421 ff, 444 f, 447, 459, 581, 583 ff, 595 f, 609 f, 649, 651, 667, 798
85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* 70, 92, 287, 593, 706 ff, 716, 769, 770, 772f
Förenade målen 209 till 215 och 218/78, *Heintz van Landewyck SARL and others v Commission (FEDETAB)* 796
283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* 38

249/81, *Kommissionen mot Irland (Buy Irish)* 792
322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission,* 608, 634, 710, 716, 724, 742 ff, 769, 771, 775
7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) mot Kommissionen* 785
298/83, *Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes (CICCE) mot Kommissionen* 58, 408
311/84, *Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédifussion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)* 486
Förenade målen 240, 241, 242, 261, 262, 268 och 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie and others v Commission* 796
41/83, *Italien mot Kommissionen* 795
226/84, *British Leyland Public Limited Company v Commission* 416, 438
Förenade målen 67, 68 och 70/85, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV and others v Commission* 393, 401
30/87, *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées* 449f
247/86, *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v SA Novasam* 458
53/87, *Consorzio italiano della compnentistica di ricambio per autoveicoli (CICRA) and Maxicar v Régie nationale des usines Renault* 413, 420, 473f
238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.* 413, 420, 473
395/87, *Ministère public v Jean-Louis Tournier* 443, 445, 465, 468
Förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, *François Lucazeau and others v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and others* 443, 465
66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* 432
C-202/88, *Frankrike mot Kommissionen (Terminaux)* 687, 795
C-305/89, *Italien mot Kommissionen* 400
C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH.* 466
C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission* 61 ff, 70 f, 76, 90 ff, 94 ff, 376, 590, 598, 656, 681, 770, 831
C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA.* 466, 642
C-18/88, *Régis des télégraphes et des téléphones v GB-Inno-BM SA,* 795
T-30/89, *Hilti AG v Commission* 660, 810

T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission* 376, 737 f
C-393/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij* 770
C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova* 586, 642 f, 786 ff, 804
C-53/92 P, *Hilti AG v Commission* 604, 810
C-387/92, *Banco Exterior de España SA v Ayuntamiento de Valencia* 393
T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)* 61, 73 f, 91, 102 ff, 376 f, 586 f, 592, 598, 612, 649 ff, 687, 785, 806, 831
C-449/93, *Rockfon A/S v Specialarbejderforbundet i Danmark* 39
C-310/93 P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission* 737
T-32/91, *Solvay SA mot Europeiska kommissionen* 717
T-37/91, *Imperial Chemical Industries plc mot Europeiska kommissionen* 717
C-39/94, *Syndicat française de l'Express international (SFEI) v La Poste and others* 392 ff
C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)* 586, 785
C-56/93, *Belgien mot Kommissionen* 393, 401
C-219/95 P, *Ferriere Nord SpA v Commission* 796
C-242/95, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)* 489 ff
Förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, *Kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd* 795
T-229/94, *Deutsche Bahn AG mot Kommissionen* 586, 680 ff
Förenade målen T-213/95 och T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) and Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) mot Kommissionen* 660
T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v Commission* 279
C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.* 473
T-111/96, *ITT Promedia NV v Commission* 426, 634

T-228/97, *Irish Sugar plc v Commission* 488 f, 605, 652, 653, 659, 660 f, 739, 740, 745 f, 790 ff, 806 f
C-436/97 P, *Deutsche Bahn AG mot Kommissionen* 680
Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA and Dafra-Lines A/S v Commission* 61, 77, 104, 821 f, 824 ff
C-286/95 P, *Europeiska kommissionen mot Imperial Chemical Industries plc (ICI)* 717
Förenade målen C-287/95 P och C-288/95 P, *Europeiska kommissionen mot Solvay SA* 717
C-420/98, *W.N. v Staatssecretaris van Financiën* 39
Förenade målen C-147/97 och C-148/97, *Deutsche Post AG mot Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) och Citicorp Kartenservice GmbH* 429
T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA v Commission of the European Communities.* 482
T-128/98, *Aéroports de Paris v Commission* 686 ff
T-613/97, *Union française de l'express (Ufex), DHL International, Federal express international (France) and CRIE v Commission* 288, 392, 394, 398, 402 ff
C-163/99, *Portugal mot Kommissionen (Portugisiska Flygplatser)* 586, 799, 802 ff
C-497/99 P, *Irish Sugar plc v Commission* 739
T-151/01 R, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG mot Kommissionen – interimistiskt förfarande* 430
C-82/01 P, *Aéroports de Paris v Commission* 686

Beslut från Europeiska Kommissionen

73/109/EEC, *European Sugar Industry* 701
76/353/EEC, *Chiquita* 422, 595, 667
76/642/EEC, *Vitamins* 706, 773
81/969/EEC, *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* 722
85/609/EEC, *ECS/AKZO* 64 ff, 91, 95, 100, 590 f, 598, 831
88/138/EEC, *Eurofix-Bauco v. Hilti* 606 ff, 811 ff
88/518/EEC, *Napier Brown – British Sugar* 98 ff, 483 ff, 735 f
89/22/EEC, *BPB Industries plc* 651, 737 ff
91/299/EEC, *Soda-ash – Solvay* 605, 717 ff, 780
91/300/EEC, *Soda-ash – ICI* 717, 719

92/163/EEC, *Tetra Pak II* 93 f, 600
Merger case, *British Airways / TAT* 733
93/82/EEC, *Cewal, Cowac and Ukwal* 822 f
94/210/EG, *HOV SVZ/MCN* 587
95/364/EG, *Bryssels flygplats / Zaventem* 586, 613, 662 ff
Merger case, *Swissair / Sabena (II)* 734
96/180/EG, *Lufthansa/SAS* 734
Merger case, *PTT Post / TNT / GD Express Worldwide* 280
97/624/EG, *Irish Sugar plc* 652, 790
Merger case, *Boeing/McDonell Douglas* 280
97/780/EG, *Unisource* 281
98/365/EG, *SFMI-Chronopost* 392, 394
98/513/EG, *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris* 687
Merger case, *DHL / Deutsche Post* 280
1999/198/EG, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket* 586, 612 ff
1999/695/EG, *Reims II* 452
2000/12/EG, *Fotbolls-VM 1998* 789
2000/74/EG, *Virgin/British Airways* 711, 748 ff, 767
Merger case, *KLM / Alitalia* 734
2000/521/EG, *AENA* 800 f
Kommissionens tillkännagivande i ärendet, *British Midland Ltd/Deutsche Lufthansa AG/Scandinavian Airlines System* 734
2001/354/EG, *Deutsche Post AG (Deutsche Post I)* 57, 236, 281, 291, 300 f, 317 f, 326, 327, 329, 352, 354 f, 370 f, 380, 405, 711 ff
2001/463/EG, *Der Grüne Punkt – DSD* 430, 431
Merger case, *General Electric/Honeywell* 280
2001/892/EG, *Deutsche Post AG – innehållande av internationella postförsändelser (Deutsche Post II)* 450 ff
2002/753/EG, *Deutsche Post - statsstöd* 405
2002/405/EG, *PO – Michelin* 713 ff, 754 ff, 775 ff
2002/746/EG, *AuA/LH* 733
2003/6/EG, *Soda – Solvay* 717
2003/7/EG, *Soda – ICI* 717

Avgöranden från Marknadsdomstolen

MD 1978:19, *NO mot AB Marabou* 565 ff

MD 1983:2, *NO mot Boråstaper och T-konsortiet, Tapethandelns Aktieägareförening (Boråstapeter)* 570 ff
MD 1985:13, *C.P.O. Telecom AB mot Televerket* 62
MD 1990:11, *NO mot Norstedts Förlag AB* 572 f
MD 1991:17, *NO mot Scan Väst* 573 f
MD 1998:5, *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a. mot TV3 Broadcasting Group Ltd* 442, 691
MD 1998:15, *Konkurrensverket mot Posten Sverige AB (CityMail)* 302, 471
MD 2000:2, *Statens Järnvägar mot Konkurrensverket och intervenient BK Tåg AB (BK Tåg)* 61, 75, 93, 101, 105
MD 2001:4, *Konsortiet Scandinavian Airlines System mot Konkurrensverket och intervenient Braathens Malmö Aviation AB (Eurobonus)* 728, 730
MD 2002:32, *Telia AB mot Konkurrensverket (Telia – överlämnat samtal)* 497 ff

Avgörande från Hovrätten

Göta Hovrätts dom T 33-00 av den 27 april 2002, *SAS/Luftfartsverket* 688 ff

Beslut från Konkurrensverket

Dnr 685/93, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – hembryggningsprodukter (CBF Vendor AB)* 634
Dnr 152/94, *Fråga om missbruk av dominerande ställning – distribution av postorderpaket (Privpak)* 608, 743
Dnr 314/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – lastbilstranporter till och från Gotland (Bilspedition)* 417
Dnr 381/94, *Ifrågasatt leveransvägran, verktyg (HDF)* 615
Dnr 118/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – försäljning av abonnentuppgifter ur Telia-koncernens databaser (ETM)* 417, 585
Dnr 928/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – prissättning, flygresor (SAS)* 417
Dnr 1122/93, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – avgifter för flyttning av telefon (Telia – flyttning av telefon)* 417
Dnr 288/94, *Prisdifferentiering vid försäljning av mineralgödsel* 615
Dnr 641/94, *Kommunala beslut – hyresavtal m.m. (TK 77)* 585
Dnr 1543/93, *Icke-ingripandebesked-leveransavtal, sirap (Sockerbolaget)* 701

Dnr 479/93, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – posttjänster (Russinplockarklausuler m.m.)* 834
Dnr 1287/94, *Ifrågasatt diskriminering – mjölk (Arla)* 638
Dnr 713/94, *Ifrågasatt konkurrensbegränsning – förskottsbetalning (SSA)* 417
Dnr 1068/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – avgift vid spärr för utlandssamtal (Telia AB – räckviddsbegränsare)* 417
Dnr 840/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – kakel och klinker (Partek Höganäs)* 615
Dnr 735/93 m.fl., *Ifrågasatt missbruk av en dominerande ställning – kreditbedömning och tagande av säkerhet för tecknande av teleabonnemang (Telia – säkerheter)* 417
Dnr 108/94 m.fl., *Ifrågasatt missbruk av en dominerande ställning – faktureringsprinciper vid annonsering i Telia-koncernens rikstäckande telekataloger (Rosa och Gula Sidorna)* 417
Dnr 414/94, *Missbruk av dominerande ställning – tidskriftsdistribution* 703
Dnr 344/95, *Ifrågasatt konkurrensbegränsning – dagligvaruhandel (Rostock Livs)* 615
Dnr 502/95, *Ifrågasatt diskriminering vid försäljning av weekendresor – flyg (Golden Air)* 615
Dnr 61/96, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning; Postens avgifter för insortering i postboxar* 417, 438
Dnr 1302/93, *Icke-ingripandebesked – STIM:s prissättning av framföranderättigheter till upphovsrättsligt skyddad musik* 691
Dnr 712/94, *Missbruk av dominerande ställning avseende försäljning av framföranderättigheter till musik* 442
Dnr 1247/94, *Icke-ingripandebesked avseende ombudsavtal samt förfarande vid val av ombud; färdbiljetter (Storstockholms lokaltrafik)* 634
Dnr 63/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – rabattsystem för mobila tjänster (Stattel-avtalet)* 723
Dnr 1548/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning tillika konkurrensbegränsande samarbete; rättsinformation (Norstedts Juridik AB)* 246
Dnr 601/96, *Icke-ingripande besked – förfarandet att tillämpa särskilt prto för post till vissa områden och normalporto för post till andra områden* 629
Dnr 1074/96, *Missbruk av dominerande ställning – prissättning för distribution av post* 629
Dnr 1003/95, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning; diskriminering m.m. – nyhetsbevakning av fotbollsmatcher (TV Fyrstad)* 417

Dnr 587/96, *Ifrågasatt missbruk av en dominerande ställning – införande av en asymmetrisk prissättning på marknaden för nationell telefoni från fast anslutningspunkt (Telia – överlämnat samtal)* 497 ff, 635
Dnr 1142/96, *Missbruk av dominerande ställning – prissättning för distribution av post* 623, 629
Dnr 119/94, *Icke-ingripandebesked/undantag – cirkaprislista, rabatt- och årsbonussystem, industriprislista (Dorma)* 586, 619
Dnr 17/97, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – Kabel- TV,* 562
Dnr 1056/96, *Missbruk av dominerande ställning – förnödenheter till mjölk och köttproducenter (ALAS)* 723
Dnr 570/97, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – tillämpat rabattsystem vid anbudsgivning (Norra Jämtlands Taxi)* 710
Dnr 1337/94, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning avseende prissättning av distribution av oadresserad reklam (Oadresserad reklam)* 355
Dnr 533/1998, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – rabattsystem på fjärrvärme (Tekniska Verken)* 586, 615, 723
Dnr 142/1999, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning avseende prissättning av framföranderättigheter till upphovsrättsligt skyddad musik i TV (STIM – minimiavgifter* 692
Dnr 107/95 m.fl., *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning; villkor för samtrafik med Telias fasta kopplade telenät* 482
Dnr 902/1998, *Missbruk av dominerande ställning – flygmarknaden (Eurobonus)* 720, 728 ff, 747, 782
Dnr 353/1999, *Ifrågasatt missbruk av dominerande ställning – prissättning av satellitnättjänster (Telenor)* 417
Dnr 409/2000, *Missbruk av dominerande ställning; rabattvillkor på fjärrvärmemarknaden (Linde Energi)* 586, 618
Dnr 418/2000, *Missbruk av dominerande ställning; rabatter på fast telefoni (Telia rabatter)* 707

Rättsfall från brittiska Competition Commission Appeal Tribunals

Case No. 1001/1/01, *Napp* 81 ff, 440 f, 445, 447, 458, 475 f, 478

Amerikanska rättsfall

Brooke Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993) 106 ff, 216

Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986) 106, 216
FTC v. Borden Co., 383 U.S. 637 (1966) 587
Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967) 588
Texaco, Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543 (1990) 588
Cargill, Inc. et. al. v. Monfort of Colorado, Inc. 479 U.S. 104 (1986) 108
Virgin Atlantic Airways ltd. V. British Airways PLC 2nd Circ (2001) Docket No. 99-9402 752 ff

19. Författarregister

Abbamonte, Guiseppe B 266, 322, 335, 352, 369, 379, 387 f
Andrews, Philip 75, 98
Areeda, Philip och Turner, Donald F. 144 ff
Ax, Christian, Johansson, Christer och Kullvén, Håkan 343

Baumol, William J., 77, 172 ff, 356, 361, 623, 818, 832
Baumol, William J. och Bradford, David F. 556 f
Baumol, William J. och Sidak, Gregory J. 556 f
Baumol, William J., Panzar, John C. och Willig, Robert D. 277
Beckenstein, Alan R. och Gabel, H. Landis 157 ff, 241
Bellamy, Christopher och Child, Graham 31, 75, 91, 634, 648
Benoit, Jean-Pierre 120 ff
Bergman, Lars 284
Bergman, Mats A. 274, 323, 332
Bergmann, Bettina 482
Bergstrand, Jan 343
Bernitz, Ulf 59, 568 f, 690
Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders 39, 43 f
Bishop, Simon och Walker, Mike 420, 477, 479, 564
Bishop, W. 583
Bishop, William, Caffarra, Cristina, Kühn, Kai-Uwe och Whish, Richard 629, 642, 816
Bladini, Filip 36
Blomgren-Hansen, Niels 558, 646
Bolton, Patrick och Scharfstein, David S. 23 ff
Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F. och Riordan, Michael H. 108 f, 125, 133 f, 138 f, 209 ff

Bork, Robert H. 564
Bradley, Michael D., Colvin, Jeff och Panzar, John C. 331
Brealey, Richard A, Myers, Stewart C. 460

Cabral, Luís M. B. 532, 552 ff, 563
Cairns, Robert D. och Galbraith, John W. 727
Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik och Ulriksson, Magnus 641
Carlton, Dennis W. och Perloff, Jeffrey M. 532, 533, 677
Cassady, Ralph Jr 517
Curien, Nicolas 294

Due, Ole 43

Easterbrook, Frank H. 115 ff
Edlin, Aaron S. 176
Eilmansberger, Thomas 402
Ekelund, Robert B. 554
Ekelöf, Per Olof 671
Elzinga, Kenneth G. och Mills, David D. 211 ff

Faulhaber, Gerald R. 357 ff
Faulhaber, Gerald R. och Levinson, Stephen B. 361
Fejø, Jens 432, 647, 705
Fjell, Kenneth, Hagen, Kåre P. Och Johansen, Geir Mo 259, 329
Fudenberg, Drew och Tirole, Jean 122, 135
Furse, Mark 487, 642

Gale, Douglas och Hellwig, Martin 122
Gifford, Daniel J. 238
Goyder, D. G. 105
Graham, Martin och Steele, Anthony 459 f
Greer, Douglas F. 161 ff
Griffiths, Mark 279
Gundlach, Gregory T. och Guiltinan, Joseph P. 201 ff
Gyselen, Luc 465

Haag, Marcel och Klotz, Robert 448, 454
Hancher, Leigh och Buendia Sierra, José Luis 278, 292, 369

Hartung, Isabella 354
Hausman, Jerry A. och Tardiff, Timothy J. 503, 510
Heald, David 259 f, 264, 275 f, 293, 295,296 ff, 315, 334 f, 338, 341, 343, 353, 366, 384 f
Henriksson, Lars 407, 620
Hildebrand, Doris 117
Hoegh, Katja 656
Hordijk, Erik Pijnacker 462, 465, 472
Hovenkamp, Herbert 153, 472, 529 f, 579, 673
Hård, Tom 569
Høg, Torkil 97, 656

Joskow, Paul L. och Klevorick, Alvin K. 179 ff, 211, 479

Kauper, Thomas E. 465, 472
King, Stephen P. och Maddock, Rodney 503 ff
Klemperer, Paul 726
Koktvedgaard, Mogens 57, 79, 422, 432, 439, 459, 461, 647 f, 771
Koller II, Roland H. 141, 196 ff, 241
Kon, Stephen och Turnbull, Sarah 87, 439, 472
Korah, Valentine 92, 444, 473 f, 475
Kotler, Philip 239, 240
Kreps, Daniel M., Milgrom, Paul, Roberts, John och Wilson, Robert 132
Kreps, Daniel M. och Wilson, Robert 132

Lang, John Temple 418, 463 f, 468 ff
Lenard, Thomas, Bettendorf, Monica M. och McGonegal, Stephen 335
Linden, Oliver 274
Lüder, Tilman 331 f

Madsen, Palle Bo 432, 462, 467
Marchand, Maurice, Pestieau, Pierre och Tulkens, Henry 384
Martinez, Luis Miguel Hinojosa 94, 96, 100, 153, 160, 177, 188, 200
Martenius, Åke 79
Mastromanolis, Emmanuel P. 237
Maurer, Boris 125
McGee, John S. 113
Merkin, Robert 90, 175, 189 ff

Milgrom, Paul och Roberts, John 130 ff

Nerep, Erik 478, 670
Nicolaides, Phedon 330, 361, 362, 372, 375, 401
Nicolaides, Phedon och Polmans, Roel 219, 313
Niederprüm, Antonia 332
Norman, George 524, 535, 547, 561 f

Oi, Walter Y. 541
Ordover, Janusz A. och Saloner, Garth 111, 113 ff, 119, 121 f, 135 f, 141,164, 174
Ordover, Janusz A. och Willig, Robert D. 198 ff

Parsons, Steve G. 386
Paulander, Henrik 38
Peczenik, Aleksander 32
Pehrson, Lars och Wahl, Nils 623, 654 f, 816, 819, 832 f
Persson, Lars 568
Pettersson, Tommy och Perván Lindeborg, Stefan 105
Philips, Louis 156, 524, 530, 535, 542 f, 545
Pigou, Arthur Cecil 534
Pindyck, Robert S. och Rubinfeld, Daniel L. 309, 315, 410 ff, 537,549 f, 552, 555, 560
Posner, Richard A. 115, 539, 540
Preece, Steven 828 f

Ramsey, Frank P. 556
Rasmusen, Eric 114
Rees, Ray 384
Ridyard, Derek 646, 716, 766 ff
Riordan Michael H. 135
Ritter, Lennart, Braun, W.. Och Rawlinson, Francis 643
Roberts, John 137

Sahlin, Eric 569
Salop, Stephen C. och Scheffman, David T. 125
Sanders, Robert J., Warford, Jeremy J. och Mann, Patrick C. 385
Scherer, F. M. 155 f, 165

Scherer, F. M och Ross, David 129, 517, 548
Selten, Richard 127 ff
Shepherd, William G. 176 ff
Sher, Brian 781
Siragusa, Mario 454
Soames, Trevor och Ryan, Alan 112, 233 f
Sohlberg, Stig 570
Spector, David 186
Springer, Ulrich 578, 585, 587, 591, 596, 598 ff, 656, 764
Stigler, George J. 524
Stragiers, Joos 735
Striby, Christina och Billing, Magnus 817
Strömholm, Stig 32
Sundberg, Jacob W. F. 32
Sundbom, Per-Arne och Larsson, Pernilla 458

Telser, L. G. 119
Treacy, Pat och Feaster, Trudy 833

Waelbrock, Michel 593, 668
Wahl, Nils 36, 37, 44
Walsh, Patrick Paul och Whelan Ciara 79
Van Bael, Ivo och Bellis, Jean-François 424, 582, 610, 634, 721, 779
Varian, Hal R. 516, 524, 530, 535, 547, 559, 561 f
Westh, Sven och Skovgaard Kristensen, Bente 97
Wetter, Carl och Rislund, Olle 624, 817, 832
Wetter, Carl, Karlsson, Johan, Rislund, Olle och Östman, Marie 59, 466
Whish, Richard 75, 103, 234, 583, 642, 668, 675 f, 809 f, 831
Wilhelmsson, Thomas 47
Williamson, Oliver E. 157, 164, 166 ff
Willig, Robert D. 543 ff
Wiman, Bertil 454 ff

Yamey, B. S. 65, 127

Zanon di Valgiurata, Lucio 583, 668