



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Lönnberg

Oskäliga avtalsvillkor inom konkurrensrätten

- marknadsmissbruk genom otillbörlig
prissättning m.m.

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Katarina Olsson

Ämnesområde
Konkurrensrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Ämnespresentation	4
1.2 Syfte och avgränsning	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Forskningsläge	6
1.5 Disposition	7
2 ÖVERPRISSÄTTNING	8
2.1 Ekonomisk teori om överpris	8
2.2 Definition av överpris	9
2.3 Produktionskostnadsmetoden	12
2.3.1 Beräkning av produktionskostnad	12
2.3.2 Oskäligen vinstmarginal i relation till produktionskostnad	14
2.4 Jämförelsemetoderna	16
2.4.1 Företagsintern jämförelse	16
2.4.2 Branschjämförelse	18
2.4.3 Jämförelse med närliggande marknader	18
1.1.4 Oskäligen prissättning på monopolmarknader	20
1.5 Val av metod	21
1.6 Svenska avgöranden om överpris	22
1.7 Helhetsbedömning i varje enskilt fall	24
1.7.1 Gränsdragning för bestämmandet av överpris	24
1.7.2 Tillfälliga överpriser	24
1.7.3 Överpris på grund av ineffektivitet	25
3 PRISDISKRIMINERING	28
3.1 Ekonomisk teori om prisdiskriminering	28

3.2	Rekvisit för prisdiskriminering	29
3.2.1	Likvärdiga transaktioner	30
3.2.1.1	Ekvivalens	30
3.2.1.2	Pris efter prestation	31
3.2.1.3	SAS-fallet	32
3.2.2	Ofördelaktig konkurrenssituation	33
3.2.3	Objektivt godtagbara skäl	35
3.3	Rabatter	36
3.3.1	Allmänt om rabatter	36
3.3.2	Lojalitetsrabatter och målrabatter	38
3.4	Paketpris	38
3.5	Särskilt om objektivt godtagbara skäl	39
4	ANDRA OSKÄLIGA AVTALSVILLKOR	44
4.1	Påtvingat underpris	44
4.2	Leveransvägran	45
4.3	Långtgående förpliktelser	47
4.4	Indrivande av tvistiga fordringar	47
4.5	Kopplingsförbehåll	48
5	AVTALSRÄTTEN OM OSKÄLIG PRISSÄTTNING	50
5.1	Överpris enligt 36 § Avtalslagen	50
5.2	Relationen mellan konkurrenslagen och avtalslagen	52
6	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	55
	LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61
	OFFENTLIGT TRYCK	65

Sammanfattning

Den konkurrensrättsliga forskningen har under senare år riktat visst fokus på möjliga sanktioner vid överträdelser av konkurrensreglerna och därmed deras relation till obligationsrätten. I det här arbetet har jag tagit ett steg tillbaka för att söka utröna under vilka omständigheter ett avtalsvillkor kan komma att betraktas som ett oskäligt utnyttjande när dessa tillämpas av en marknadsdominerande aktör. Särskilt stor vikt har lagts på oskäliga prissättningsbeteenden. Exploaterande oskälig prissättning kan huvudsakligen ske på två sätt, nämligen genom överprissättning eller genom diskriminerande prissättning. Överpriser föreligger när diskrepans mellan en produkts ekonomiska värde och dess faktiska pris kan konstateras. Hur det ekonomiska värdet ska bestämmas är något oklart, men möjliga metoder är att utgå från de kostnader produkten gör anspråk på, jämföra med motsvarande företags priser på motsvarande produkter i andra länder, jämföra med liknande produkter i branschen eller med liknande produkter inom liknande branscher, eller att utgå från lagar och föreskrifter när sådana finns. När det gäller prisdiskriminering utgör det ett missbruk av dominerande ställning i form av oskäligt avtalsvillkor om olika ersättning för ekvivalenta transaktioner avkrävs olika kunder utan att godtagbara skäl finns samt att den förfördelade parten därmed försatts i en ofördelaktig konkurrenssituation. Med ofördelaktig konkurrenssituation avses svårighet att konkurrera med såväl det dominerande företaget som med dennes andra kunder. Utifrån EG-domstolens praxis finns även skäl att anta att det är tillräckligt att visa svårigheter med att konkurrera på vilken marknad som helst för kriteriets uppfyllande.

Andra oskäliga avtalsvillkor som kan aktualisera civilrättsliga sanktioner är påtvingad underprissättning, leveransvägran till tidigare kund, långtgående förpliktelser och kopplingsförbehåll. Kännetecknande för dessa är att en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet alltid görs eftersom även dominerande företag också har rätt att försvara sina företagsekonomiska intressen, så länge det inte utmynnar i ett missbruk. Ett missbruk antas föreligga om parten agerar på utnyttjande sätt som inte hade varit möjligt på en marknad med tillfredsställande konkurrens.

Oskäliga avtalsvillkor behandlas troligen regelmässigt utifrån avtalslagen, men om den part som uppställer villkoret också intar en dominerande ställning kan denna också fällas för att ha missbrukat denna ställning. Det faktum att en kontrahents motpart intar en dominerande ställning torde kunna öka dennas förmåga att vinna framgång i ärendet eftersom extra höga krav på konkurrensneutralt beteende uppställs för dessa.

Förord

Förevarande uppsats behandlar problematiken kring missbruk av dominerande ställning genom tillämpandet av oskäligen avtalsvillkor. Detta är en fråga som trots explicita förbud i konkurrenslagen i vissa fall är underutvecklat i svensk doktrin och praxis. Min avsikt med uppsatsen har varit att belysa och kommentera några av dessa villkor och för resultatet är jag min handledare Katarina Olsson djupt tacksam. Hon har både bidragit med värdefulla synpunkter och förslag samt utgjort en god inspirationskälla. Vad gäller materialinsamling vill jag dessutom tacka berörda personer på Konkurrensverket som varit behjälpliga.

Det här arbetet utgör det sista ledet i vad som innebär erhållandet av min juris kandidat examen. För allt stöd under utbildningen och under uppsatsförfattandet i synnerhet är jag min familj evigt tacksam. Jag vill framförallt tacka mor och far för att ni ställt upp i allehanda situationer. Jag vill också särskilt tacka PhD Johan Sällström för att han tagit sig tid att sätta sig in i uppsatsämnet och korrekturläsa materialet.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Art.	Artikel
C.M.L.R.	Common Market Law Review
E.C.L.R	European Competition Law Review
ECR	European Court Report
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska Gemenskapens domstol
EGT	Europeiska Gemenskapens Tidning
Fördraget	Fördraget om den Europeiska Unionen (Amsterdamfördraget)
Förstainstansrätten	Europeiska Gemenskapens Förstainstansrätt
GM	General Motors company
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk Tidskrift
KL	Konkurrenslag (1993:20)
KKV	Konkurrensverket
Kommissionen	Europeiska Gemenskapens Kommission
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
OJ	Official Journal of the European Communities
Prop.	Proposition
SAMI	Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation
SOU	Statens Offentliga Utredningar
STIM	Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt
UBC	United Brands Company
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
ÄKL	Konkurrenslag (1982:729)

1 Inledning

1.1 Ämnespresentation

I november 2002 nekade HD prövningstillstånd för ett principiellt viktigt fall inom konkurrensrätten rörande ett oskäligt avtalsvillkor och missbruk av dominerande ställning; ett nekande som innebar att Göta hovrätts dom i frågan vann laga kraft.¹ Hovrätten kom i det här fallet fram till att Luftfartsverket gjort sig skyldig till otillåten prisdiskriminering gentemot SAS och ogiltigförklarade därmed avtalet mellan parterna. Domstolen menade att grund för ogiltighet följde av EG-rättens effektiva genomförande och 36 § AvtL. Att överträdelse av art. 82 kan medföra ogiltighet framgår inte av Fördraget och har heller inte prövats av EG-domstolen. Målet vittnar om en sällan påtänkt möjlighet att komma åt oskäliga klausuler i kommersiella avtalssammanhang. Hovrätten ställdes inför flera komplexa juridiska frågor t.ex. hur art. 82 om missbruk av dominerande ställning kan tillämpas i ett avtalsförhållande d.v.s. relationen mellan art. 82 och AvtL och vilka påföljder som kan aktualiseras, hur avtal på avreglerade marknader kan komma att ifrågasättas i efterhand, bedömningar rörande prisdifferentiering och utsträckningen av konkurrensrätten som en ny grund för avtals ogiltighet. Liknande avgöranden saknas i tidigare svensk rätt, men under de senaste åren har den civilrättsliga delen av konkurrensrätten kommit att uppmärksammas allt mer i doktrinen, särskilt vad gäller frågan om avtals ogiltighet och rätten till skadestånd.

För att ogiltighetssanktionen eller erhållande av skadestånd ska kunna aktualiseras krävs naturligtvis grund härför. En viktig grund för avtals ogiltighet är oskälighet, vilket exempelvis kan föreligga vid otillbörlig prissättning. Oskälighet prissättning är en av kärnfrågorna inom konkurrensrätten, men beteendet har visat sig svårbedömt med anledning av oklarheten angående vilken metodik som ska tillämpas. Gränsdragningar är dessutom svåra att göra med hänsyn till att fri prissättning också är en grundläggande princip för marknadsekonomi. Konkurrenslagens regler om marknadsmissbruk som grund för oskälighet prissättning och andra oskäliga avtalsvillkor har sällan påtalats i allmänna domstolar och det är möjligt att rättstillämpare och advokater ännu inte har insett konkurrenslagens räckvidd. Det förändrade rättsläget med hänsyn till EU-medlemskap, flera avregleringar och införandet av konkurrenslagen tyder på en krock mellan gammal och ny kultur.² Om så är fallet torde vi kunna vänta oss flera fall av liknande slag som det här relevanta avgörandet.

¹ HD 11 november, 2002, T 2137/01.

² Bernitz, *Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse*, s. 386. Se även Andersson, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, s. 20f.

1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med uppsatsen är att klargöra hur oskäligen avtalsvillkor, såsom oskäligen prissättning, kan angripas med stöd av konkurrensrättens förbud mot missbruk av dominerande ställning. Här behandlas situationer där en dominant aktör på ett otillbörligt sätt utnyttjar sin ställning till nackdel för motparterna, medan övriga former av missbruk av dominerande ställning utesluts. Det bör redan här poängteras att oskäligheten genom tillämpandet av underpris inte direkt behandlas eftersom uppsatsen är inriktad på situationer där en dominant utnyttjar sina handelsparter, d.v.s. exploaterande missbruk och inte där företaget söker frysa ut faktiska eller potentiella konkurrenter och eliminera konkurrensen, d.v.s. exkluderande missbruk. Då syftet rör missbruksbeteenden på marknader med enskilda starka aktörer kommer följaktligen 6 § KL och art. 81 i Fördraget om otillåtna konkurrenshämmande avtalsrelationer inte att behandlas. Vidare kommer jag, av utrymmesskäl, endast att behandla svensk rätt (vari också EG-rätten ingår), även om komparationer med europeiska och amerikanska rättsfall skulle kunna vara av intresse.

Då läsaren förväntas ha fundamentala kunskaper i konkurrensrätt har grundläggande teori härom medvetet uteslutits. Detsamma gäller de politiska skäl som eventuellt kan ligga till grund för frågan om en konkurrenslag överhuvudtaget bör finnas och hur den bör utformas.

För att uppfylla syftet kommer jag att försöka besvara en huvudsaklig problemställning, nämligen under vilka omständigheter ett marknadsdominerande företags avtalsvillkor, särskilt vad gäller prissättning, kan vara oskäligen. I frågan inryms fyra delproblemställningar som jag har för avsikt att bringa klarhet i, dessa är följande:

- Hur definieras och konstateras exploaterande oskäligen prissättning, d.v.s. överpris och prisdiskriminering?
- Vilka andra oskäligen avtalsvillkor kan utgöra missbruk i form av utnyttjande och hur bör dessa bedömas?
- vad krävs för att ett avtalsvillkor ska vara oskäligen och finns det omständigheter som rättfärdigar ”oskäligheten”?
- Hur förhåller sig 19 § KL och art. 82 i Fördraget till avtalslagens regler om oskäligen avtalsvillkor?

1.3 Metod och material

Som tidigare nämnts syftar förevarande uppsats till att analysera den konkurrensrättsliga regleringen kring exploaterande missbruk på marknader med dominant aktörer. Grunden för framställningen är en rättsdogmatisk analys, d.v.s. en systematisk genomgång av lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Uppsatsen grundas huvudsakligen på rättsfallsanalyser från EG-domstolen och på beslut av Kommissionen och

Konkurrensverket. Rättsfall visar hur lagarna tillämpas och även om avgöranden sker in casu har de stor betydelse över hur framtida liknande fall kommer att behandlas varför dessa är mycket viktiga för den framtida rättstillämpningen. Det måste emellertid påtalas att rättsfall från domstolarna inte utgör lag varför allt för generella slutsatser inte kan dras. Detta gäller i synnerhet marknadsrättsliga ärenden eftersom rättsinstanserna här inte är prejudikatbildande. I dagsläget saknas rättsfall från HD som rör tillämpningen av EG:s konkurrensregler, vilket medför en lucka mellan EG-rätten och svensk civilprocess i ämnet.³ Sammantaget med den svårigheten som gör sig gällande vid inskränkningar i avtalsfriheten beträffande oskäligen avtalsvillkor och oskäligen prissättningar i synnerhet, har omfattande egna analyser befunnits nödvändiga. Därmed måste ambitionen att redogöra för vad som utgör gällande rätt stundtals ge vika för vad som skulle kunna utgöra gällande rätt i ett de lege ferenda perspektiv.

1.4 Forskningsläge

Det finns ett omfattande utbud av litteratur inom avtalsrätten som behandlar frågan om hur oskäligen avtalsvillkor bör hanteras och rättsfallen i ämnet är många även om SAS-fallet i skrivandets stund är det enda som knyter an problematiken till konkurrensrätten. Inte heller är det svårt att finna material rörande marknadsmissbruk och konkurrensrätt, men då framförallt i offentlighetsrättslig bemärkelse, d.v.s. Konkurrensverkets och Europeiska Kommissionens övervakning över att konkurrensreglerna följs samt beivrande av eventuella överträdelser. Det civilrättsliga perspektivet i konkurrensärenden är förvisso mer sällan granskat,⁴ men förväntas sannolikt få större betydelse inom rättsvetenskapen och näringslivet i framtiden. Att så är fallet visar inte bara det nämnda SAS-fallet utan också EG-domstolens avgörande i *Courage*-fallet⁵ rörande skadestånd liksom nyligen utkomna monografier inom konkurrensrätt såsom Torbjörn Anderssons *Dispositionsprincipen* mars 1999, Nils Wahl *Konkurrensskada* juli 2000 och Lars Henriksson *Rätten till pris konkurrens*, september 2003. Dessutom uppvisar KKV en viss uppgivenhet i frågan om svårigheten att hantera oskäligt höga priser, vilket kan medföra att enskilda missgynnade kunder istället vänder sig till de allmänna domstolarna. KKV har åsikten att ”det är mindre meningsfullt att försöka lösa problemet med s.k. överpriser på varor och tjänster till konsumenterna eller slutförbrukare med

³ Åtminstone har inte jag funnit några sådana fall i min materialsökning fram till november 2003. Ett HD-fall från 28 oktober, 2003 (HD T 1477/02) rör förvisso prisdiskriminering, men utan direkt hänvisning till EG-rätten eller andra konkurrensrättsliga bedömningsgrunder, se avsnitt 3.3.1.

⁴ Se KKV:s årsredovisning 1997 s. 11, enligt vilken 286 ansökningar om icke-ingripande besked inkom under 1997, jämfört med sju mål 1/7 1993 – 31/12 1996 om ogiltighet & skadestånd, SOU 1997:20 s. 192.

⁵ C-453/99 *Courage Ltd. mot Bernard Crehan och Bernard Crehan mot Courage Ltd* [2001].

konkurrenslagstiftningen” och menar att problemet bör lösas genom ”åtgärder som kan öka konkurrensen på området”.⁶

Konkurrensrätt är ett ämnesområde av intresse inte enbart för jurister och andra rättstillämpare utan det är även viktigt inom den nationalekonomiska forskningen.⁷ Mer fördjupad mikroekonomisk teori härom behandlas bl.a. av Pigou i verket *The Economics of Welfare* och av Philips i *The Economics of Price Discrimination*. Även i detta avseende förtjänar Henrikssons avhandling *Rätten till priskonkurrens*, att nämnas då denna sammantaget med juridisk analys redogör för relevant teori i fråga om prissättning. Ekonomiska överväganden i juridisk kontext återfinns också i *The Economics of EC Law* av Bishop & Walker samt i Konkurrensverkets rapportserie och offentliga utredningar.

1.5 Disposition

Den följande framställningen av uppsatsen är disponerad på så sätt att de två närmaste kapitlen (2-3) behandlar oskälighet i form av otillbörlig prissättning såsom överprissättning och prisdiskriminering. Vardera kapitel inleds med en kort beskrivning av grundläggande ekonomisk teori över respektive prissättningsbeteende. Den ekonomiska dimensionen tas upp av två skäl; dels härstammar spörsmål kring konkurrens till stor del från nationalekonomin där syftet bakom konkurrenslagar åskådliggörs, dels har praxis visat svårigheter i framtagandet av adekvata kostnadsberäkningar vid bedömning av överprissättning varför teori om ett pris uppkomst bör belysas. Den ekonomiska aspekten är på intet sätt heltäckande. I kapitel 2 och 3 redovisas och analyseras därefter hur överpris och prisdiskriminering har definierats och angripits i praxis och doktrin. I kapitel 4 undersöks sedan vilka andra former av oskäliga avtalsvillkor som kan utgöra missbruk av dominerande ställning när dessa tillämpas av en dominant aktör. Ett flertal oskäliga villkor som kan ligga till grund för missbruket torde även omfattas av 36 § AvtL och i vilken mån reglerna överlappar varandra och skiljer sig åt kommer att bedömas i avsnitt 5. Avsnittet rör främst frågan hur prissättning kan angripas och bedömas som oskälig enligt 36 § AvtL och om det har någon betydelse om denna eller 19 § KL tillämpas.

Avslutningsvis kommer de slutsatser som studien påvisat jämte några kompletterande egna reflektioner och synpunkter att redogöras för i kapitel 6.

⁶ Sundbom & Larsson, *Konkurrenshinder för småföretag*, s. 46.

⁷ Beakta i detta avseende följande uttalande: ”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.” Prop. 1999/2000:140, *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*, s. 59.

2 Överprissättning

2.1 Ekonomisk teori om överpris

På en marknad med perfekt konkurrens bestäms en produkts pris utifrån efterfrågan på och utbudet av densamma.⁸ Det pris och den kvantitet som kommer att gälla på en sådan marknad bestäms till den punkt där efterfrågekurvan skär utbudskurvan, eller med andra ord, där marginalintäkten är lika med marginalkostnaden. I den här punkten uppstår jämvikt, *equilibrium*, där det är olönsamt för leverantören att sälja en ytterligare enhet, vilket kommer att gälla på (i teorin) perfekta marknader.⁹

På monopolmarknader behöver säljaren emellertid inte ta hänsyn till utbudsfaktorn eftersom han själv styr denna. För att få ut så hög vinst som möjligt kommer priset alltid att överstiga *equilibrium*. Monopolmarknader innebär inte bara högre pris utan också marknadsmisslyckanden i form av allokering förluster (den streckade ytan i fig. 2.1) eftersom tillräckligt stor mängd varor för att möta efterfrågan inte produceras. Modellen åskådliggör att det låga utbudet och det höga priset ger en lucka på marknaden vilket borde attrahera nya aktörer. Av den anledningen hävdas det ofta att överprissättning inte hindrar konkurrensen och att det är felaktigt av konkurrensmyndigheter att bestraffa företagets framgång genom att beröva dem belöningen för mödan som lett fram till dess starka ställning.¹⁰

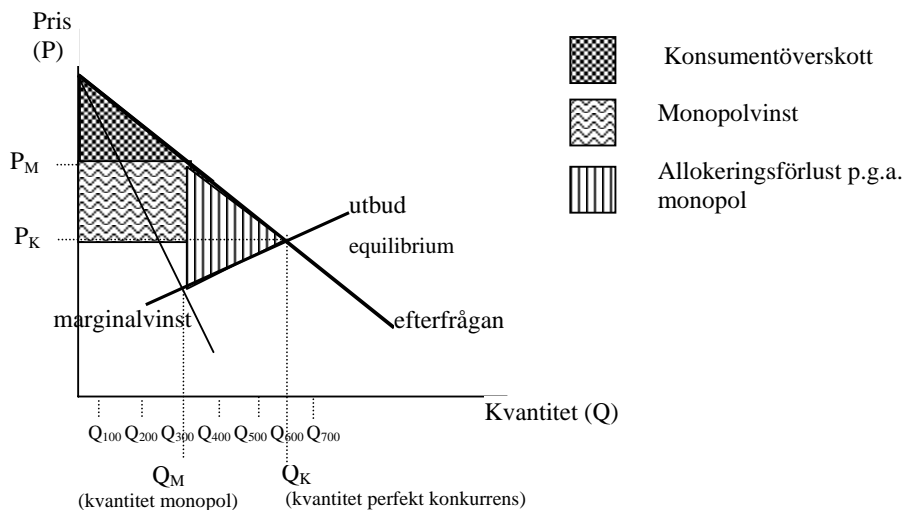


Fig. 2.1 Monopol ger lägre pris och minskad kvantitet jämfört med konkurrensutsatta marknader. Producentöverskottet utgörs av ytan under strecken P_K och Q_K vid perfekt konkurrens och under strecken P_M och Q_M vid monopol.

⁸ Uttrycket *produkt* avser såväl vara som tjänst.

⁹ Parkin et al., *Economics*, s. 298-300, källan avser även fig. 2.1.

¹⁰ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 190.

Ett företags prispolicy grundas på hur det ska gå tillväga för att få ut så hög vinst som möjligt. Här tas hänsyn till både vinstmarginal och kvantitet. Den traditionella metoden att bestämma ett pris är att genom kalkylering ta fram de kostnader som tillhör respektive produkt och utifrån denna kostnad lägga på en önskad vinstmarginal. En annan metod är att utgå från vad marknaden (kunderna) är beredda att betala för produkten i fråga. I det senare fallet är säljaren pristagare och kan alltså inte självständigt besluta om priset, till skillnad från monopolsituationer eller i fall med differentierade produkter där han är prissättare. Det finns ingen lagstiftning som generellt säger hur priser ska sättas, men med tanke på konkurrenslagstiftningens mål om upprätthållande eller skapande av effektiv konkurrens finns ett önskemål om efterfrågebaserad prissättning.¹¹ Vad gäller prisdifferentiering ska dessa dock vara kostnadsbaserade, vilket kommer att behandlas närmare i kap. 3.

En säljare måste ta hänsyn till många olika faktorer vid prissättning. Produktens kostnader kan delas upp i tre delar: specifika, direkta och hänförliga rörliga kostnader, specifika, direkta och hänförliga fasta kostnader samt gemensamma fasta kostnader.¹² Utöver kostnaderna måste hänsyn även tas till priselasticiteten,¹³ omfattningen av substituerbara produkter dels inom den egna produktionen och dels inom den relevanta marknaden. På konkurrensetsatta marknader måste hänsyn även tas till konkurrenternas priser eftersom kunder tenderar att välja den leverantör som ger dem högst värde i förhållande till deras kostnad. Värdet kan vara relaterat till service, kvalitet, relationen parterna emellan etc.¹⁴

2.2 Definition av överpris

Det klassiska fallet av exploaterande missbruk är överprissättning, vilket innebär att ett dominerande företag tar ut högre pris för produkten än vad som tillämpats på en marknad med perfekt konkurrens. En sådan fiktiv bedömning kan emellertid inte med lätthet genomföras. Överprissättning har tvärtom visat sig vara notoriskt svårbevisat med anledning av komplexiteten att bestämma vad som konstituerar ett otillbörligt högt pris.¹⁵ En ytterligare

¹¹ På en idealmarknad är alla aktörer pristagare, Aronsson, *Prisdifferentieringarnas janusskifte*, s. 65. Jfr även mål C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, [1979], samt prop. 1992/93:56 s. 20 och s. 86.

¹² Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 316f.

¹³ En produkts elasticitet bestäms av kundernas förmåga/vilja att använda substitut. Elasticitetsmättet fokuserar på hur prisfluktuationer påverkar kundens beteende vad gäller inhandlad kvantitet, d.v.s. ceteris paribus, hur stor mängd av produkten kommer kunden att köpa om priset höjs eller sänks med x kr? Om efterfrågan är konstant oavsett prisförändring är produktens elasticitet noll, vilket exempelvis gäller vissa mediciner. Låg elasticitet ger alltså goda möjligheter för utnyttjande, medan hög elasticitet är mer problematisk. Om elasticitetsberäkning, se Bishop & Walker, *The Economics of EC Law*, kap. 10 (s. 351ff).

¹⁴ Angående inköpsstrategi, se Axelsson-Hellman, *Inköp en ledningsfråga*.

¹⁵ Kommissionen uttalade i *Fifth Report on competition Policy*, 1975, s. 13 att:

försvårande omständighet är avsaknaden av bra jämförelseobjekt, vilket är givet när ett monopol föreligger. I *United Brands*¹⁶ bedömdes frågan grundligt, men därefter har det varit tyst. Överprissättning är dock ett problem som inte kan negligeras p.g.a. svårigheter och under senare år har Kommissionen varit villig att undersöka höga priser uttagna av telekommunikationsföretag, vilket är en god början.¹⁷

Överprissättning är förbjudet enligt KL 19 § p.1 och art. 82(a) i Fördraget. I den upphävda konkurrenslagen från 1982 (ÄKL) 2 § stadgades att ett ”uppenbart för högt pris” med hänsyn till kostnader och övriga omständigheter är förbjudet. Redan i lagtexten påtalades här alltså att ett ifrågasatt pris ska vägas mot företagets kostnader för den relevanta produkten, vilket också idag är den förhärskande metoden för att bedöma saken.

*General Motors*¹⁸ är det första fallet inom EG-rätten som behandlar överprissättning. Enligt domen ska överpris bedömas utifrån relationen mellan det *ekonomiska värdet* varan eller tjänsten medför och *priset* för densamma. Här ansågs priset om 5 900 Belgiska Franc (BFr) för utfärdande av besiktningssintyg vara klart oskäligt i relation till kostnaden om 123 BFr.¹⁹ Någon utförlig förklaring över hur en produkts ekonomiska värde ska bestämmas presenterades dock inte utan här gjordes en direkt jämförelse mellan pris och kostnad. Eftersom kostnaderna var en viktig del i bedömningen är det tänkbart att det ekonomiska värdet ska bestämmas utifrån kostnaden med ett skäligt vinstpålägg. Om så är fallet släpper man emellertid ambitionen om marknadsmässig efterfrågebaserad prissättning där produktens ekonomiska värde bestäms av kunderna. Den här ambitionen överges redan i och med införandet av ett förbud mot överpriser, varför den kan antas vara av mindre betydelse vid tillämpningen av förbudet. När kostnaderna för produkten har bestämts måste det skäliga vinstpålägget avgöras, vilket torde bero på en rad olika faktorer såsom vilken produkt det är frågan om, typen av kunder och kundernas köpbeteende. Det dessutom nödvändigt att beakta företagsekonomiska bedömningsfaktorer som risk, lagerhållning, efterservice etc. direkt mot företagets kostnader. Hur vinstpålägget ska bestämmas måste också bero på vilka kostnader som ingår i begreppet *kostnader*, d.v.s. om hänsyn bara ska tas till direkta kostnader för produkten eller också till verksamhetens fasta kostnader.

”In proceedings against abuse consisting of charging excessively high prices, it is difficult to tell whether in any given case an abusive price has been set for there is no objective way of establishing exactly what price covers cost plus a reasonable profit margin.”

¹⁶ C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978].

¹⁷ Bellamy & Child, *European Community Law on Competition*, s. 723f. Se även Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn – Ramen, relevanta marknader och principer.

¹⁸ C-26/75 *General Motors Continental NV v Commission* [1975], p. 16. Frågan ställdes dock inte på sin spets eftersom överprissättningen var ostridig och General Motors (GM) sänkt priset till en lämplig nivå samt återbetalat prisskillnaden till dem som betalat för mycket redan innan Kommissionen påbörjade sina undersökningar. De kunde därmed inte fällas för missbruk av dominerande ställning.

¹⁹ Kommissionens beslut 75/75/EEC 1974, *General Motors*, OJ, L29 /14 [1975] p.4.

Testet i *General Motors* vidareutvecklades och tillämpades sedan i *United Brands*.²⁰ Här påpekades att ett pris är överdrivet om det saknar rimlig relation till produktens ekonomiska värde och resulterar i skada för konsumenterna. Domstolen menade att den avgörande frågan är:

”whether the difference between *the costs actually incurred* and the *price actually charged* is excessive and, if the answer to this question is in the affirmative, to consider whether a price has been imposed which is either *unfair in itself or when compared to competing products*.”²¹

Som framgår av citatet består testet av två led. Först måste en noggrann kostnadsanalys för produkten upprättas; här torde det vara lämpligt att använda sig av företagets egna kostnadskalkyler.²² Den framtagna kostnaden ska sedan jämföras med priset för att bestämma om priset är överdrivet högt. Genom att på så sätt jämföra försäljningspriset med produktionspriset kan produktens vinstmarginal tas fram, vilken därmed ligger till grund för frågan om oskälighet. Om priset anses vara överdrivet högt går man vidare till det andra steget där en jämförelse med priset på konkurrerande produkter görs. Jämförelsen leder fram till svaret om det överdrivna priset är otillbörligt i jämförelse med konkurrenternas vinstmarginal eller i sig själv, eller inte alls otillbörligt. Testet redovisar den metodik som ska användas vid bedömning av överprissättning. Emellertid brister testet i frågan om det avgörande problemet, nämligen vad som krävs för att priset ska anses vara överdrivet, eller med andra ord, hur stort prispålägg utöver kostnaderna för produkten som är godtagbart. I det här fallet var UBC:s priser i genomsnitt ca 7 % högre än konkurrenternas pris varför det torde stå klart att konkurrenters pris plus 7 % inte är oskäligt. Huruvida produktionskostnaderna är onormalt höga hos det dominerande företaget, exempelvis p.g.a. ineffektiviteter, verkar vara irrelevant. Det kanske inte är önskvärt att förmåna produktionsineffektivitet även om alla skulle kunna tjäna på det, men någonstans måste gränsen för myndigheternas möjligheter att intervensera i enskilda företag sättas.²³ En strikt tolkning av *United Brands* antyder att så länge företaget kan visa att de faktiskt har höga tillverkningskostnader och därmed inte tar ut någon otillbörlig vinst går de fria. Det är inte heller Kommissionens eller konkurrensmyndigheternas sak att vara prisväktare i sig utan de fokuserar på beteenden som utnyttjar kunder och skadar en redan bristande konkurrenssituation.²⁴

²⁰ C-27/76 *United Brands*, p. 251. Det framhölls dock, i p. 253, att andra lämpliga metoder kan användas.

²¹ C-27/76 *United Brands*, p. 252, egen kursivering.

²² Se t.ex. C-26/75 *General Motors*; Kommissionens beslut 2001/892/EG *Deutsche Post II*, EGT L331/40 [2001].

²³ Jämför dock Korah, Valentine, *An Introductory guide to EC Competition Law and Practice*, s. 97 och mål C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier* [1989]. Se även avsnitt 2.7.3.

²⁴ Kommissionen, *XXIV Report on Competition Policy*, 1994, s. 119f. I Sverige hade Statens Pris och Kartellnämnd något av en sådan uppgift, se förordning (1983:407) med instruktioner för Statens pris och kartellnämnd, upphävd genom SFS 1993:980. Regeringen kan enligt lag (1989:978) om prisreglering förordna om visst maximipris. Lagen har

EG-domstolens beskrivning över hur överpris ska bedömas i *United Brands* visar att det finns två olika tillvägagångssätt. Det ena är att jämföra priset med kostnaden, den s.k. *produktionskostnadsmetoden*. Den andra, som framkommer mer indirekt men som utvecklats i senare praxis, är den s.k. *jämförelsemetoden* där priset jämförs med priset på andra produkter. Jämförelsemetoden omfattar såväl företagets egna priser på konkurrerande produkter som andra företags pris på jämförbara konkurrerande marknader.²⁵ Metoderna kommer i det närmaste att redovisas och analyseras.

2.3 Produktionskostnadsmetoden

2.3.1 Beräkning av produktionskostnad

En avgörande bedömning i frågan om överprissättning ligger i den granskande myndighetens förmåga att adekvat beräkna det dominerande företagets tillverkningskostnad för produkten. Kommissionens brister på denna punkt torde vara en viktig orsak till att UBC inte kunde fällas för överprissättning.²⁶ Trots det klargjordes inte vilka kostnader som ska tas med i bedömningen.

I syfte att få fram en produktkostnad jämförbar med priset måste produktens självkostnad med hänsyn till företagets samtliga kostnader för densamma bestämmas. Det här kräver att en fullständig kostnadsanalys tas fram, med samtliga kostnadslag och kostnadsställen representerade. Med denna information fördelas sedan kostnaderna till respektive produkt, vilket är enkelt i fråga om rörliga kostnader medan fasta och rörliga gemensamma kostnader måste fördelas på ett sätt som representerar varje produkts nyttjande av dessa kostnadsställen.²⁷ Tillverkningen av en viss produkt behöver ett visst antal personaltimmar, ett visst antal maskintimmar, vissa kostnader för marknadsföring och till detta kommer direkt material, indirekta kostnader som lokalhyra, administration, etc. De kalkyler det missbruksmisstänkta företaget själva har utfärdat tjänar en viktig roll i bestämmandet av produktens självkostnad. Det finns ett flertal olika

undantags- och beredskapskaraktär och gäller framförallt vid krigsfara eller vid fara för allvarlig prisstegring. Lagen kan användas i fredssituationer men bestämmelsen gäller då under max ett år. Se mer härom i Bernitz, *Konkurrens och priser i Norden*, s. 196-202; SOU 1978:9, *Ny konkurrensbegränsningslag*; Svensson et al, *Praktisk marknadsrätt*, s. 647-649.

²⁵ Lang, *Monopolisation and the definition of "abuse" of a dominant position under article 86 EEC Treaty*, s.347.

²⁶ C-27/76 *United Brands*, p 251. Domstolen uttalade att överpris kan "be determined objectively if it were possible for it to be calculated by making a comparison between the selling price of the product in question and its cost of production, which would disclose the amount of profit margin; however the Commission has not done this since it has not analysed UBC's costs structure."

²⁷ Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 426.

accepterade kalkylmetoder att tillgå när det gäller kostnadsallokering men det måste uppmärksammas att dessa kan ge olikartade resultat.²⁸ Med anledning av att bedömningen om överpris måste göras mot de verkliga kostnaderna kan priset inte direkt jämföras med kalkylerna. Självkostnadskalkyler baseras nämligen på historiska kostnadsuppgifter och innehåller ett visst mått av godtycke.²⁹

Det finns alltså anledning till viss skepsis mot direkt nyttjande av kalkyler. Det är emellertid tveksamt om en domstols förmåga att bestämma den verkliga produktionskostnaden är bättre eftersom det granskade företaget har ett informationsövertag. Det är knappast troligt att de kalkyler företag upprättar i förhand (innan granskning aktualiserats) skulle innehålla medvetna fel. Om företaget medvetet felkalkylerar kommer det att synas i jämförelse med resultatrapporterna och stora felaktigheter skapar oro på aktiemarknaden och bland andra investerare till nackdel för företaget. Att i årsredovisningen uppvisa högre kostnader än de verkliga är vidare straffbart.³⁰ Min uppfattning är därför att egna kalkyler är en god utgångspunkt i bestämmandet av kostnadsallokering och att man utifrån principerna i vald kalkyl applicerar de verkliga kostnader som företaget har vid tiden för frågans bedömning. De verkliga kostnaderna kan exempelvis hämtas från bokföringen. Metoden kan dock ifrågasättas om det skulle visa sig att en framtagen vinstmarginal är oskälig enligt en kalkylmetod men inte enligt en annan. För att komma runt problemet kan särskilda riktlinjer för kostnadsbestämning tas fram i lagstiftning eller myndighetsföreskrifter. Regeringen har tagit initiativ till sådana riktlinjer beträffande post, tele och elnät.³¹ Dessa riktlinjer skulle kunna ligga till grund också för bedömningen av överpris rörande andra produkttyper, men då med viss försiktighet angående produktspecifika hänsyn.

Det kan påpekas att de flesta fall som undersökts i uppsatsen inte uppvisar några djupgående kostnadsanalyser från myndigheternas sida beträffande bestämmandet av produktionskostnaden, utan de har i stora drag förlitat sig på de kalkyler som företaget tagit fram. Därav är det inte omöjligt att domstolar i framtiden kan ifrågasätta riktigheten av ett företags kostnadsuppgifter och själva räkna ut de verkliga kostnaderna.

²⁸ Här kan nämnas självkostnadskalkyl, ABC-kalkyl, se t ex *Yard Kalkyler*.

²⁹ Prop. 1996/97:61 *Översyn av telelagen (1993:957) m.m.*, s. 61.

³⁰ Enligt årsredovisningslagen 2 kap 3-4 §§ ska kostnaderna redovisas på så sätt att de ger en rättvisande bild, vilket enligt god redovisningssed innebär att *verkliga kostnader* ska anges. Dock kan poängteras att olika redovisningsregler gäller länder emellan varför direkta jämförelser mellan redovisningsrapporter inte kan göras. Straffbarheten följer av 11 kap 5 § Brottsbalken.

³¹ Kommissionen rekommenderar användandet av LRAIC-metoden (LRAIC = Long Run Average Incremental Cost), vilket beträffande telekommunikation betyder att pris baseras på relevanta särkostnader som uppstår för samtrafik. Se Post- och Telestyrelsens promemoria 16 april, 2002, 02-2257, *Ny kalkylmodell – LRIC-metoden*; Kommissionens rekommendation 98/195/EG 8 januari, 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad, EGT L73, 1998 med ändringar genom 98/511/EG, EGT L228, 1998 och K(2002) 561, EGT L58, 2002; SOU 2002:60, *Lag om elektronisk kommunikation*, bilaga 3.

Testet förutsätter i princip att företags prisbestämmande sker utifrån kostnader plus önskad vinst, vilket kanske inte alltid gäller i näringslivet och ibland kan vara direkt olämpligt, särskilt beträffande immateriella produkter.³² Priset måste åtminstone uppvisa någon slags rimlig relation till kostnaderna. I ärendet *ITT*³³ kritiserades ett belgiskt telefonbolag för ett visst avgiftssystem beträffande informationsutlämning. Telebolaget, som hade upphovsrätt till abonnemangsuppgifter, sålde dessa till telefonkatalogutgivare och avgiften för uppgifterna uppgick till en viss procentsats av katalogföretagets omsättning. Priset saknade således helt koppling till telefonbolagets egna kostnader för levererandet av tjänsten och bestämdes utifrån kundernas maximala betalningsvilja. Efter Kommissionens inblandning införde telefonbolaget en helt kostnadsbaserad prissättning, vilket medförde en total prissänkning på datauppgifter om dryga 90 %. Sedan en överenskommelse träffats med det klagande katalogföretaget, ITT Promedia, beslutade Kommissionen att inte driva ärendet vidare. Blotta möjligheten att göra en så omfattande prissänkning utan att underpris uppstår bevisar att det tidigare priset måste ha varit oskäligt högt.

I *United Brands* räknade Kommissionen aldrig ut produktionskostnaderna, vilket kritiserades hårt av EG-domstolen. Kommissionen utgick helt sonika från att det pris som UBC begärde av sina irländska kunder, vilket var det lägsta bland gemenskapens medlemsländer, var ett normalt pris och att priser som kraftigt överskred detta var för höga. UBC hävdade att bananerna såldes med förlust till irländarna och att det låga priset tillämpades här i syfte att ta sig in på marknaden.³⁴ Domstolen accepterade argumentet och framhöll dessutom att det irländska priset inte utgjorde ett adekvat jämförelsetal eftersom försäljningen till Irland endast stod för 1,6 % av den relevanta marknaden. UBC:s årsredovisning visade dessutom att försäljningen till Irland var en förlustaffär.³⁵

2.3.2 Oskälig vinstmarginal i relation till produktionskostnad

När den omtvistade produktens produktionskostnader fastställts ska dessa, enligt testet i *United Brands*, vägas mot försäljningspriset.³⁶ Enligt testet ska

³² Korah är särskilt kritisk till domstolens cost plus resonemang och hävdar att överpriser för immateriella rättigheter inte bör vara förbjudet. Korah, *EC Competition Law and Practice*, s. 99. Jfr C-24/67 *Parke Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm* [1968], där det fastslogs att det inte är ett missbruk att begära högre ersättning för produkter med immaterialrätt jämfört med produkter utan immaterialrätt.

³³ Kommissionens pressrelease IP/97/292, *ITT Promedia N.V./Commission v Belgacom*.

³⁴ Kommissionen grundade bedömningen på det irländska priset eftersom UBC vid granskningens början verifierat att viss vinst erhöles även på den irländska marknaden. Emellertid kunde UBC vid en senare tidpunkt visa att produkten såldes med förlust här.

³⁵ C-27/76 *United Brands*, p. 243-244.

³⁶ En variant av produktionskostnadsmetoden är att jämföra priset med *konkurrenternas kostnader* som beräkningsgrund för vinsten. Här tas alltså hänsyn till eventuella ineffektiviteter jämfört med konkurrenterna. Metoden har utvecklats av Competition

frågan om överpris först bedömas utifrån kostnaden och sedan kan en jämförelse med priset på konkurrerande produkter göras. Ett pris som är oskäligt i sig själv, utan jämförelse, torde bara bli aktuellt i fall där konkurrens helt saknas och då elasticiteten är låg.³⁷

I *General Motors* hade General Motors ursprungligen tagit ut mycket höga priser för utfärdandet av besiktningssintyg. Innan ärendet granskades hade dock priserna sänkts till en kostnadsrelaterad nivå med en vinstmarginal om 15 %, vilket inte betraktades som oskäligt av vare sig EG-domstolen eller Kommissionen. Av fallet kan *é contrario* utläsas att en vinstmarginal om 15 % inte är att bedöma som oskäligt, åtminstone inte vad gäller just den produkten. Fortfarande kvarstår dock frågan var den övre gränsen bör dras.

En bedömning av prisets relation till dess kostnader gjordes även i fallet *GZS*³⁸ rörande avgifter för hantering av gränsöverskridande post. Den tyska posten, som åtnjöt legalt monopol på den tyska postmarknaden, tog här ut en dubiös portoavgift från postverken i övriga gemenskapsländer. Posten begärde helt enkelt en ersättning som motsvarande full inhemsk taxa utan avdrag för de terminalavgifter som den avsändande postförvaltningen redan hade betalat. Priset var oskäligt högt eftersom terminalavgifterna betalades två gånger och därmed måste rimlig relation till kostnaderna ha saknats, även om domstolen inte explicit uttalade detta.³⁹

Relationen mellan pris och en ekonomiskt värde bedömdes också i fallet *British Leyland*.⁴⁰ Frågan rörde British Leylands prissättning för utfärdandet av intyg om personbilar som var nödvändigt för att kunna återimportera bilarna. Priset för tjänsten chockhöjdes 1981 från £25 till £150 (£100 för privatpersoner) för vänsterstyrda bilar, men låg kvar på £25 för högerstyrda bilar. I samband med Kommissions granskning ändrades priset till £100 för samtliga kunder och sedermera till £50. Under förhandlingen avslöjades att de tidigare tillämpade prisskillnaderna inte bestämts med anledning av olika kostnader utan berodde British Leylands åsikt att den som vill ha intyget för handel och egen vinning kunde avkrävas ett högre pris. Prisskillnaden mellan vänster- och högerstyrda bilar berodde i sin tur på en önskan om minskad återimport av vänsterstyrda bilar.⁴¹ Argumenten kunde naturligtvis inte rättfärdiga prisskillnaden varför missbruk hade förelegat. Kommissionen ifrågasatte aldrig huruvida priset på £50 var skäligt, varför det kan antas vara det. Fallet berör egentligen frågan om prisdiskriminering, varför ingen adekvat kostnadsanalys med bestämmande av vinstmarginal

Commission Appeal Tribunal i Storbritannien, men har inte tillämpas av EG-domstolen, Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 440-442.

³⁷ Siragusa menar att jämförelser med konkurrenters pris alltid ska göras och avfärdar därmed möjligheten att ett pris kan vara oskäligt i sig själv, Siragusa, *The application of article 86 to the pricing policy of dominant companies*: s. 192. Angående definition av elasticitet, se not 13 s. 9.

³⁸ Joined cases C-147/97 and C-148/98 *Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZH) and Citicorp Kartenservice GmbH* [2000].

³⁹ C-147/97 and C-148/98 *Deutsche Post AG*, p. 61.

⁴⁰ C-226/84 *British Leyland Public Lts Company v Commission* [1986].

⁴¹ C-226/84 *British Leyland*, p. 29.

genomfördes. Eftersom British Leyland inte lyckades visa några kostnadsmässiga grunder till prisskillnaderna mellan höger- och vänsterstyrda bilar torde det stå klart att kostnaderna dem emellan inte varierade nämnvärt. Om man ändå, för enkelhets skull, antar att det ekonomiska värdet uppgick till £25 för vänsterstyrda bilar skulle det innebära att ett ytterligare pålägg om 100% kan betraktas som skäligt. Det bör påpekas att tolkningen är vag med anledning av att fallet inte uttryckligen rör överpris och att Kommissionen vid ärendets beredning fortfarande kan antas ha lidit av bakslaget i *United Brands*.

2.4 Jämförelsemetoderna

Om en adekvat kostnadsanalys med uträkning av vinstmarginal inte kan göras måste skälighetsbedömningen grundas på något annat. Enligt EG-domstolens praxis kan olika prisjämförelser göras. I *United Brands* framhölls exempelvis att ett pris kan vara oskäligt i jämförelse med priset på konkurrerande produkter. De analysmetoder som framtagits i efterföljande praxis och doktrin är framförallt intern jämförelse, jämförelse med liknande produkter och jämförelse med närliggande branscher.⁴²

2.4.1 Företagsintern jämförelse

Utan att göra någon direkt kostnadsrelaterad bedömning kan ett pris anses oskäligt högt vid en jämförelse med priset på samma produkt hos ett motsvarande företag på en annan marknad. Den här metoden benämns *företagsintern jämförelse* och innebär att prisnivåerna på de marknader ett företag agerar jämförs, varpå stora prisskillnader marknaderna emellan indikerar överpris. Metoden utvecklades i SACEM-fallen, *Lucazaeau* och *Tournier*,⁴³ där frågan hurvida den franska upphovsrättsorganisationen SACEM tagit ut oskäligt höga priser för framföranderätten till musikverk på diskotek i Frankrike behandlades. EG-domstolen utformade här en omvänd presumptionsregel i de fall där en organisation i ett land tar ut en avgift som är betydligt högre än den som tillämpas i andra medlemsländer och uttalade att:

”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.”⁴⁴

⁴² Uppdelningen av de olika jämförelsemetoderna har utformats av Henriksson. Han har utifrån EG-rättslig praxis tagit fram fyra olika metoder för jämförelse, nämligen företagsintern, inom branschen, inom liknande marknader och jämförelser för marknader utan konkurrens. Se Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 442-454.

⁴³ C-110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau and others v SACEM* [1989] och C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier* [1989].

⁴⁴ C-395/87 *Tournier*, p. 38; C-110/88, 241/88, 242/88 *Lucazaeau*, p. 25, egen kursivering.

Här poängteras alltså att överpris antas föreligga om prisskillnader finns och objektivt rättfärdigande olikheter härför saknas. Vad som utgör objektivt rättfärdigande skillnader förklaras inte närmare. Sett i ljuset av *United Brands* måste det dock stå klart att om vissa medlemsländer betingar högre kostnader för försäljningen av varan eller utövandet av tjänsten, exempelvis skatter och avgifter, är det ett objektivt skäl för prisskillnader. Domstolen antyder i citatet att det utöver kostnadsskillnader förekommer andra godtagbara skäl, vilket i doktrinen har tolkats som att överpris kan föreligga även om högre kostnader kan påvisas och att företaget därmed har en icke oskäligt hög vinstmarginal.⁴⁵

Till grund för SACEM:s höga pris jämfört med andra upphovsrättsorganisationer anfördes komplexiteten i den franska lagstiftningen där avgiften delades upp i en framförandeavgift och en reproduktionsavgift, samt att de franska diskoteken tog ut höga entréavgifter och den traditionellt höga skyddsnivån för upphovsrättigheter i Frankrike. EG-domstolen instämde dock inte i att detta skulle vara tillräckliga skäl för den ansevärd prisskillnaden.

Domen visar att prisjämförelsen ska göras på grundval av den *totala ersättningen* och att skillnader i hur avgiften för nyttjande av framföranderättigheter bestäms förekommer är oväsentliga.⁴⁶ Jämförelsen mellan organisationernas totala ersättningskrav ska sedan göras mot ett utgångspris baserat på medel- eller medianpriset i samtliga medlemsländer. Viss försiktighet i användandet av genomsnittspriser bör dock påkallas eftersom dessa i sig kan vara ett överpris. Det är emellertid inte heller lämpligt att direkt jämföra med den lägsta ersättningen i gemenskapen eftersom det kan vara ett underpris.⁴⁷ Generaladvokat Jacobs framhöll i fallet att:

“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.”⁴⁸

Uttalandet synes påvisa att framtagandet av ett utgångspris kräver justering för omfattande skillnader i beräkningsgrunderna. I det här fallet gjordes ingen så noggrann kostnadsanalys, vilket kan ha berott på den omfattande prisskillnaden, men en mer detaljerad bedömning kan vara nödvändigt i mer svårbedömda fall.

⁴⁵ Se t.ex. Korah, *EC Competition Law and Practice*, s. 97.

⁴⁶ C-395/87 *Tournier*, p. 36-37, i Frankrike bestämdes priset utifrån besöksfrekvens medan priset i andra medlemsländer bestämdes utifrån golvytan. För att ingå i jämförelsen uppställdes dock vissa krav angående öppettider, drinkpriser, skatter, omsättning, yta m.m.

⁴⁷ Se C-27/76 *United Brands* där Kommissionen använde priset i Irland som utgångspris och detta enligt UBC:s utsago var en förlustaffär.

⁴⁸ Opinion of Mr Advocate Generale Jacobs in case C-395/87 and joined cases 110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazueau*, p. 60.

2.4.2 Branschjämförelse

Den företagsinterna metoden förutsätter att en och samma verksamhet finns och att olika priser tillämpas på olika marknader. Vidare krävs att prisskillnaderna är någorlunda regelbundna. Dessa rekvisit är inte alltid uppfyllda eftersom vissa produktkategorier uppvisar stora prisfluktuationer och då kan en jämförelse grundad på enskilda företags genomsnittliga pris vara att föredra. Tillvägagångssättet innebär att genomsnittspriset på varje marknad inom branschen beräknas och jämförs. I *United Brands* genomfördes en sådan branschjämförelse där prisskillnader mellan produkter i samma bransch undersöktes. Undersökningen visade att Chiquitabananer i genomsnitt kostade 7 % mer än andra märkesbananer, vilket i sig inte utgjorde ett missbruk. Det är dock möjligt att liknande prisskillnader under andra omständigheter än de som förelåg i just det här fallet skulle kunna utgöra ett missbruk.⁴⁹

Här undersöktes genomsnittspriset och inte de enskilda prisnivåerna som varierade kraftigt mellan olika marknader. Orsaken härtill framgår inte, men det är möjligt att varor med små inneboende prisfluktuationer d.v.s. där priset ofta varierar p.g.a. säsong, konjunktur, världsekonomin m.m. inte lämpar sig för enskilda direkta jämförelser.

2.4.3 Jämförelse med närliggande marknader

När det inte är möjligt att finna jämförbara prisnivåer hos konkurrenter, t.ex. p.g.a. att adekvat konkurrens saknas på den relevanta marknaden kan jämförelsen istället grundas på gällande pris på liknande, närliggande marknader. Här jämförs det ifrågasatta priset med det pris som tillämpas på jämförbara marknader med tillräcklig konkurrens. Metoden kom till uttryck i fallet *Bodson*⁵⁰ där Corinne Bodson ansåg att det franska begravningsföretaget PFRL tog ut oskäligt höga priser för sina tjänster. PFRL hade här försetts med ett exklusivt tillstånd från den franska regeringen som gav dem rätt att vara ensam begravningsentreprenör i en viss kommun (franska: "commune"). EG-domstolen påpekade här att det fanns över 30 000 kommuner utan exklusivtetsavtal, varför en prisjämförelse mellan marknader för begravnings tjänster med exklusivtetsavtal och marknader för begravnings tjänster utan exklusivtetsavtal skulle kunna göras.⁵¹

Samma metod tillämpades sedan av Kommissionen i ärendet *Deutsche Post II*.⁵² Frågan här var bl.a. huruvida priset om €0,56 för distribution av s.k. A-B-A-remail⁵³ var oskäligt högt. Kommissionen framhöll här att ett pris är

⁴⁹ Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 447.

⁵⁰ C-30/87 *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées* [1988].

⁵¹ C-30/87 *Bodson*, 27:e stycket (fallet saknar numrering).

⁵² Kommissionens beslut 2001/892/EG *Deutsche Post II*. Beslutet har överklagats till Förstainstansrätten, men har ännu inte avgjorts (november 2003), T-266/02.

⁵³ A-B-A-remailing betyder att inrikes post i land A postas i land B för att sedan skickas till land A genom utnyttjandet av vanliga transportfirmor, vilket kan vara lönsamt p.g.a.

oskäligt högt i relation till dess ekonomiska värde om det medför minskad parallellhandel eller oskäligt utnyttjande av kunder.⁵⁴ En undersökning härom förutsätter att en objektiv bedömning av dels en produkts ekonomiska värde och dels vad som konstituerar en oskälig skillnad mellan värde och pris kan fastställas. För att få fram det ekonomiska värdet av produkten i fråga menade Kommissionen att en jämförelse mellan det dominanta företags pris och konkurrenternas pris normalt sett bör göras.⁵⁵ Den här metoden förutsätter att marknaden har en viss konkurrens, vilket inte var fallet för den tyska posten som åtnjöt monopol. Kommissionen valde då att istället uppskatta snittkostnaden inklusive skälig vinst för tjänsten till 80 % av gällande inrikestariff vilket uppgick till €0,45.⁵⁶ Uppskattningen hämtades från tyska postens egen utsago och avtalet REMISS II, vilket accepterades av Kommissionen i brist på andra tillförlitliga kostnadsuppgifter. Eftersom priset var €0,56 innebar detta ett ytterligare vinstpålägg om 25 %. Tjänstens ekonomiska värde bedömdes således uppgå till €0,45 och ett pris som överstiger detta med 25 % kunde enligt Kommissionens bedömning inte betraktas som skäligt. I beslutet framkommer också att Postens vinst per utdelat brev var 3 %, ⁵⁷ vilket i relation till de kostnader som redovisats ger en vinstmarginal om 22 %.

Om beslutet jämförs med *General Motors* och *United Brands* kan slutsatsen bli att ett prisålägg om 7-15 % över kostnaderna är skäligt men inte 25 % och att prispålägg däremellan svävar i gränslandet. Det verkar dock som att frågan om överpris är hårt knuten till produktkategorin och att samma vinstmarginal kan bedömas annorlunda på en annan produktmarknad.⁵⁸ Vidare kan bedömningen säkerligen bli annorlunda när adekvata kostnadsberäkningar kan göras; här var ju Kommissionen ytterst tveksam till att kostnaderna verkligen uppgick till 80 % av inrikestariffen. Med anledning av den spretiga praxisen som hittills finns i ämnet är det nog betänkligt att dra några generella slutsatser.

Kommissionens uttalande att direkta jämförelser mellan ett företags priser och konkurrenternas priser är det normala tillvägagångssättet i fråga om överprissättning bör inte tillmätas större betydelse. Kommissionen syftar på konkurrensutsatta marknader, men på sådana aktualiseras inte ens frågan eftersom överprissättning endast kan förekomma på marknader med bristande konkurrens enligt den ekonomiska teorin om härom. Jag vill påstå att det är föga lämpligt att direkt jämföra konkurrenters pris eftersom dessa, även i avsaknad av kartellsamarbete inte nödvändigtvis måste uppvisa större avvikelser för att oskälighet ska vara förhanden. Ett överpris skulle lika gärna

varierande posttariffer hos länderna (Kommissionens beslut 2001/892/EG *Deutsche Post II*, p. 11-12).

⁵⁴ Beslut 2001/892/EG *Deutsche Post II*, p. 155.

⁵⁵ Beslut 2001/892/EG *Deutsche Post II*, p. 159.

⁵⁶ Kommissionen ansåg förvisso att 80 % var väl tilltaget eftersom kostnaderna för internationell post enligt avtalet mellan Nederländerna och Sverige uppgick till 70 % av inrikestariffen. Beslut 2001/892/EG *Deutsche Post II*, p. 163-165.

⁵⁷ Beslut 2001/892/EG *Deutsche Post II*, p. 162.

⁵⁸ Jämför med C-226/84 *British Leyland* där ett 100%-igt pålägg inte ifrågasattes som oskäligt angående tjänsten utfärdande av besiktningssintyg för bilar.

kunna grundas på det dominanta företags möjlighet att tillskansa sig betydligt bättre leveransvillkor jämfört med konkurrenterna och därmed erhålla lägre enhetskostnader, leveranskostnader etc. Beteendet kan då i och för sig komma att omfattas av missbrukstypen *påtvingat underpris*, men de lägre kostnaderna kan också bero på legitima skäl som stordriftsfördelar. Direkta jämförelser är vidare olämpliga på marknader utan tillfredsställande konkurrens eftersom tillräcklig grund för jämförelse alltid saknas. Kommissionens uttalande om direkta jämförelser stämmer förvisso överens med domen i målet *Tournier* där direkta jämförelser mellan de priser upphovsrättsorganisationerna begärde för musikframförande på diskotek i de olika medlemsländerna gjordes utan hänsyn till produktens ekonomiska värde. Som tidigare anförts är emellertid min bedömning att den metoden endast gäller i de speciella situationer där kostnader i princip är omöjliga att ta fram, även för företaget i fråga. Också Faull & Nikpay förkastar direkta jämförelser eftersom "[t]he requirement to make a comparison with the prices of competing products is, [...] potentially unreliable in that the prices compared may themselves be unfair."⁵⁹

2.4.4 Oskäligen prissättning på monopolmarknader

När det gäller oskäligen prissättning på marknader som helt saknar konkurrens och där tillräcklig information inte kan erhållas från närliggande marknader är det särskilt svårt att bestämma produktens ekonomiska värde, eller skäliga pris. Sådana marknader torde företrädesvis vara nyligen avreglerade marknader där marknadsmässig prissättning inte tidigare tillämpats. Kommissionen har uttalat att dylika fall kan lösas genom framtagandet av ett fiktivt pris som skulle gälla på en konkurrensutsatt marknad i enlighet med tillsynsmyndighetens regelverk för prissättningsprinciper. Det fiktiva priset ska sedan jämföras med det ifrågasatta priset och så får en bedömning i varje enskilt fall avgöra huruvida den eventuella skillnaden häremellan är oskäligen eller inte.⁶⁰ Metoden förutsätter att det finns en tillsynsmyndighet som har tagit fram branschvisa riktlinjer för bestämmandet av ett pris. Problemet här är att myndigheter måste ta fram ett regelverk för prissättningsprinciper, vilket innebär ett intrång i avtalsfriheten och marknadsekonomin.

På vissa marknader där statliga monopol tidigare förelegat finns lagstiftning eller myndighetsföreskrifter som kan utgöra bas för bedömningen av oskäligen priser. I fallet *Ahmed Saeed*⁶¹ hämtade EG-domstolen vägledning i direktivet om biljettpriser för regelbunden luftfart⁶² i sin prövning av huruvida ett flygbolag begärt oskäligen höga biljettpriser.⁶³ Enligt art. 3 i

⁵⁹ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 192.

⁶⁰ Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, 22/08/1998, EGT C 265, p. 109.

⁶¹ C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* [1989].

⁶² Direktiv 87/601/EEG. Direktivet har numera upphört och ersatts av Rådets förordning nr 2342/90.

⁶³ C-66/86, *Ahmed Saeed*, p. 43.

direktivet ska biljettpriser uppvisa rimlig relation till flygbolagets långsiktiga kostnader och samtidigt ta hänsyn till kundernas behov, bolagets behov av acceptabel avkastning på investerat kapital, konkurrenssituationen inklusive det pris som begärs av andra bolag på samma rutt, samt behovet att motverka dumpad prissättning. EG-domstolen utvecklade inte närmare hur dessa faktorer skulle användas för att bestämma om det aktuella priset var oskäligt. Det är möjligt att man med hjälp av en granskning av flygbolagets kalkyler kan få fram en vinstmarginal som utifrån de uppräknade kriterierna i direktivet kan bedömas som skälig eller inte.

2.5 Val av metod

Vilken av de presenterade metoderna en konkurrensmyndighet eller domstol väljer att använda kommer som framgått till stor del bero på omständigheterna i det aktuella fallet. Det är svårt att dra någon generell slutsats om när ett överpris föreligger. Det produktionskostnadstest som utvecklades i *United Brands* kan fortfarande sägas vara förhärskande i den mån det är möjligt att ta fram en adekvat kostnadsanalys. Om kostnadsanalysen påvisar mycket stor skillnad mellan priset och produktens ekonomiska värde (kostnaderna plus en skälig vinstmarginal) föreligger ett överpris i sig självt. För att det här ska vara fallet torde det krävas att skillnaden är synnerligen stor som i *General Motors*⁶⁴ och *British Leyland*⁶⁵ med vinstmarginaler om flera hundra procent. I fall där skillnaden är mindre uppenbart oskälig är det nödvändigt att dessutom tillämpa någon av jämförelsemetoderna och vilken av dem beror på hur konkurrensutsatt marknaden är.

I vissa fall är det inte ens möjligt att göra en korrekt kostnadsbedömning, vilket särskilt gäller beträffande immateriella produkter såsom olika upphovsrättsliga verk. Här finns det inget annat val än att göra direkta prisjämförelser mot liknande produkter hos det egna företaget alternativt organisationen eller mot samma produkter i andra medlemsländer. Eftersom det här ger ett ganska dåligt underlag och det är tveksamt om priserna verkligen är jämförbara torde det krävas mycket stora konsistenta prisskillnader för en fällande dom. En mer nyanserad bedömning med hänsyn till andra faktorer än enbart pris och kostnad är att föredra.

Den säkraste metoden för att fastställa en oskälig prisnivå torde vara att fokusera på vilken vinstmarginal ett dominerande företag kan tillämpa utan att den är oskäligt hög, vare sig det sker utifrån kostnaderna, i jämförelse med vinstmarginalen på motsvarande organisationers liknande produkter eller konkurrenternas produkter. Tillvägagångssättet är ofta invecklat, men knappast omöjligt. Lang lyfter i en artikel fram andra kriterier som är användbara för att besvara frågan om ett pris är oskäligt. Några av dessa är omotiverade kortsiktiga prishöjningar, risk, omotiverade paketpriser för

⁶⁴ C-26/75 *General Motors*.

⁶⁵ C-226/84 *British Leyland*.

tjänster, jämförelse av avkastningsgrad, förhållanden vid prisets uppkomst, förändrad priselasticitet och efterhandskonstruktioner till motivering av prisnivå.⁶⁶

2.6 Svenska avgöranden om överpris

KKV har i några fall berört frågor kring överpris, men sällan funnit sådant vara för handen. Det har då ofta fråga om privatpersoner som vänder sig dit efter starka aktörers stora prishöjningar.⁶⁷ Marknadsdomstolens praxis är däremot mera tunnsådd, men ett par intressanta avgöranden kommer att redovisas nedan.

Bland ärendena om överpris behandlar flera pris för produkter på tidigare avreglerade marknader och därtill har STIM en framträdande roll i KKV:s praxis. Ett par fall rör organisationens prissättning av framföranderättigheter till musikaliska verk i olika TV-kanaler.⁶⁸ I ett fall gjorde de kommersiella TV-bolagen TV3, TV4 och Kanal 5 gällande att priset för framföranderättigheterna var oskäligt höga. STIM begärde här en ersättning som motsvarade 4 % av TV-bolagens reklamintäkter, vilket gav helt skilda totala priser per sänd musikminut. KKV framhöll att frågan om överpris kunde bedömas utifrån jämförelser med priset i andra länder eftersom det var svårt att finna en god utgångspunkt för prisjämförelser på den relevanta marknaden (Sverige). Inte heller var det möjligt att jämföra priset med produktionskostnaden då den ansågs svår att fastställa för musik producerad lång tid tillbaka. KKV framhöll att STIM:s ersättningsanspråk var förhållandevis höga, men att det var osäkert om de utgjorde *överpris* med hänsyn till den internationella jämförelsen.⁶⁹ STIM kunde dock inte hållas ansvariga för överprissättning eftersom vissa andra europeiska länder krävde ännu högre ersättning och att enhetliga principer för beräkandet av skälig ersättning för framförd musik saknades.⁷⁰ I ett annat STIM-ärende framhöll emellertid KKV att följande faktorer ska vara avgörande vid frågan om överpris: mängden sänd musik, d.v.s. antalet sända musikminuter, TV-kanalens räckvidd och potentiella tittande, faktiskt tittande och STIM:s kostnader för tillhandahållandet av musik till TV-bolagen.⁷¹ Här ansågs

⁶⁶ Lang, John Temple, *Media, Multimedia and European Community Antitrust*, s. 53ff.

⁶⁷ Flera olika exempel finns på webbsidan www.konkurrensverket.se/indexns.html.

⁶⁸ KKV:s beslut 1996-03-05, Dnr 1302/93, *STIM/TV3 Broadcasting Group Ltd*; beslut 1996-03-05, Dnr 712/94, *TV3 Broadcasting Group Ltd. m.fl./STIM*; 1996-08-15, Dnr 772/96, *TV3 Broadcasting Group m.fl./STIM*; 1996-10-11, Dnr 395/96 *MTV Europé./STIM*.

⁶⁹ Den internationella jämförelsen visade att majoriteten organisationer tog ut en avgift på 2-3 % av kommersiella TV-bolags reklamintäkter, men att avgiften uppgick till 5 % i två fall. När det gällde reklamfinansierad public service TV var motsvarande siffra 1,69-4,8 %, beslut 1996-05-03, Dnr 712/94, s. 18.

⁷⁰ Beslutet överklagades till TR som instämde med KKV:s beslut, Stockholms TR 1997-05-28, T 8-768-96 och T 8-1135-96, *TV 3 Broadcasting Group Ltd m.fl./ STIM*; MD 1998:5, *TV 3 Broadcasting Group Ltd m.fl./ STIM*. Vid prövningen i MD frångick TV 3 talan om överpris varför det inte bedömdes här.

⁷¹ Beslut 1996-03-05, Dnr 1302/93, *STIM/TV3 Broadcasting Group Ltd*, s. 16f.

STIM:s ersättningsanspråk gentemot TV 3 utgöra missbruk enligt 19 § KL eftersom kostnadsmässig koppling mellan en TV-kanals reklamintäkter och en upphovsrättsorganisations kostnader för levererandet av tjänsten saknades.⁷²

KKV:s bedömning i STIM-ärendet grundar sig på den företagsinterna jämförelsemetoden där jämförelser med motsvarande företag i andra länder görs. Som EG-domstolen framhöll i SACEM-fallen måste en organisations pris vara avsevärt högre än övriga för att indikera överpris,⁷³ vilket inte kunde påvisas här då franska och belgiska organisationer begärde högre ersättning för motsvarande produkt. I SACEM-fallen uppgavs inte utifrån vilken organisation prisjämförelsen skulle göras. KKV synes ha utgått ifrån att så länge någon annan organisation begärde högre ersättning än STIM kunde inte STIM:s priser var överdrivna. En jämförelse med det högsta priset torde dock inte vara korrekt eftersom detta i sig kan utgöra ett överpris. En jämförelse med det lägsta priset skulle kunna verka allt för inskränkande, men samtidigt ger jämförelsen bara en indikation på missbruk och företaget kan själva bevisa att så inte är fallet. Jämförelser som grundas på en genomsnittlig prisnivå kan tänkas ge ett rättvisare resultat, men det här förutsätter att tjänsterna är identiska. Den genomsnittliga procentsatsen i Europa uppgick enligt KKV:s prisuppgifter till ca 3,27 % och STIM:s pris om 4 % av TV-bolagens reklamintäkter torde därmed inte vara så avsevärt mycket högre att överpris kunde ha presumerats föreligga.

I STIM-ärendet gjordes också en branschjämförelse i och med att STIM:s ersättningsanspråk beträffande reklamfinansierad TV jämfördes med ersättningsanspråket för public service TV. Kanal 1 och TV 2 i Sveriges Television (SVT) betalade en årlig klumpsumma om 1,5 % av TV-licensintäkterna, vilket jämfördes med 366 kr/musikminut för TV 3, 825 kr/musikminut för TV 4 och 110 kr/musikminut för Kanal 5.⁷⁴ Då priserna bestämdes utifrån olika grundvalar behövde de konverteras till jämförbara tal, vilket KKV anses ha gjort tillfredställande. Beräkningen visade att priset för SVT faktiskt uppgick till 765 kr/musikminut, vilket gjorde att begärd ersättning från de kommersiella TV-kanalernas inte ansågs överdriven.

I fallet Telia/Infomedia⁷⁵ tillämpades istället den produktionskostnadsmetod som fastlades i *United Brands*. I fallet beskylldes Telia för överpris beträffande uppdateringsuppgifter om telefonabonnemang. Uppgifterna åtnjöt upphovsrätt enligt URL 49 §, vilket gav Telia ensamrätt till exemplarframställning och rätt till ersättning vid överlåtelse respektive upplåtelse.⁷⁶ Trots ensamrätten får ersättningen i sig inte utgöra ett överpris.

⁷² Beslut 1996-03-05, Dnr 1302/93, *STIM*, s. 18. Här var det frågan om ett icke-ingripandebesked vilket kan vara orsaken till beslutets olikhet från Dnr 712/94 meddelat samma datum.

⁷³ C-395/87 *Tournier*, p. 38 och Joined cases C-110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau* p. 25.

⁷⁴ KKV:s beslut 1996-05-03, *STIM*, Dnr 712/94, s. 17f.

⁷⁵ KKV:s beslut 1994-08-23, *Telia/Infomedia*, Dnr 118/94.

⁷⁶ När immaterialrätt aktualiseras i konkurrensärenden ska ensamrättens *essential function* (väsentliga funktion) och *specific-subject-matter* (särskilda föremål) fastställas eftersom det inte är ett missbruk att i sig utöva ensamrätten. Uphovsrättens väsentliga funktion kan till

I ärendet konstaterade KKV att så inte var fallet eftersom det verkade finnas en rimlig relation mellan kostnaderna och den begärda ersättning; någon grundlig analys företogs dock inte.

2.7 Helhetsbedömning i varje enskilt fall

2.7.1 Gränsdragning för bestämmandet av överpris

Den praxis som hittills har utvecklats rörande överpris visar att frågan à priori ska avgöras utifrån kostnaderna och vinstmarginalen. Vad som utgör en skälig vinstmarginal varierar emellertid från fall till fall och det är omöjligt att sätta en absolut gräns där vinstmarginalen betraktas oskälig. Av de behandlade rättsfallen kan åtminstone utläsas att ett pris är oskäligt högt när det är så pass mycket högre än kostnaderna att det aldrig hade tillämpats på en konkurrensutsatt marknad eller att priset är mycket högre än vad andra företag tar ut för liknande produkter. Vidare kan ett pris vara oskäligt om det inte följer gällande lagar och myndighetsföreskrifter för branschen eller liknande branscher. Eftersom gränsen mellan ett högt pris och ett oskäligt högt pris är diffus är det troligt att hänsyn måste tas till ett flertal andra faktorer än de angivna, åtminstone i mindre uppenbara fall av missbruk. Väsentliga, men knappast i sig avgörande faktorer, kan vara under hur lång tid överpriset tillämpats, ineffektivitet, graden av risktagande och marknadens dynamik. Om utbudandet av en produkt är förenat med stort risktagande på en föränderlig marknad bör det sannolikt motivera ett högre pris än i en mer stabil miljö.⁷⁷ Andra faktorer är deltagande i begränsande samarbete (som i och för sig kan vara lagligt genom undantag eller att samarbetet inte i tillräcklig utsträckning påverkar handeln) och förändring i priselasticitet. Förändrad elasticitet kan exempelvis uppkomma genom att stora investeringar från dominanten har gjort kunden mer beroende av denna vilket därmed sänker elasticiteten. Ibland ifrågasätts vilken betydelse det har att ett överdrivet högt pris bara tillämpats ett fåtal fall och i vilken uträkning kostnader motiverar ett högt pris. Dessa frågor behandlas närmast.

2.7.2 Tillfälliga överpriser

Ett inte helt ovanligt försvar angående uttagandet av överpriser bland marknadsdominerande företag är att det höga priset endast tillämpats under

skillnad från dess särskilda föremål inskränkas av art 82. Se t ex Joined cases C-241/91 and 242/91 P, *RTE and ITP v Commission (Magill)*, [1995], särskilt generaladvokat Gulmanns uttalande, och Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*. När det gäller överprissättning verkar emellertid immaterialrättens väsentliga funktion och särskilda föremål vara mindre viktigt, se C-395/87 *Tournier*; C-110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau and others v SACEM*; C-238/87 *Volvo v Veng* [1988]; C-24/67 *Parke Davis v Probel*. Se även Ekelöf, Dan, *Immaterialrätterna och konkurrenslagen*, s. 106.

⁷⁷ Korah, *EC Competition Law and Practice*, s. 101.

en kortare tidsperiod. Tillfällighetsargumentet leder dock sällan till önskat resultat; det torde vara tillräckligt att överpris uttagits en gång. I *British Leyland*⁷⁸ hade det ingen betydelse att företaget själva sänkt priset på den omtvistade tjänsten från £150 till £100 och bara tillämpat det högre priset under en kortare period eftersom £100 fortfarande ansågs utgöra ett överpris. I *General Motors*⁷⁹ undgick GM emellertid en fällande dom p.g.a. de få fall (fem) som överpriset tillämpats och för att de betalat tillbaka prisskillnaden till berörda kunder. Att GM:s beteende inte utgjorde missbruk måste i första hand antas berott på att de självmant korrigerade felet. Orsaken till att tillfällighetsargumentet överhuvudtaget återopas torde vara den felaktiga uppfattningen att otillåtet missbruk av dominerande ställning förutsätter att befintlig eller potentiell konkurrens riskerar att elimineras eller allvarligt skadas. Detta är bara nödvändigt vid exkluderande missbruk.

2.7.3 Överpris på grund av ineffektivitet

Kan ett pris som förvisso uppvisar rimlig relation till kostnaderna med skälig eller t.o.m. låg vinstmarginal utgöra överpris? Frågan berördes ovan i avsnitt 2.3.1 och är tämligen kontroversiell. Om ett företag med anledning av sin dominans tillåter sig att ha extremt höga kostnader bara för att det inte måste tänka kostnadseffektivt för att överleva borde även det vara otillåtet. Det här gör nämligen också att företaget utnyttjar kunderna eftersom kunderna då får betala för kostnader som inte hade funnits normalt.⁸⁰ Visst stöd för att ineffektivitet har betydelse visades i *Tournier* och *Lucazeau* där EG-domstolen påtalade att SACEM uppvisade betydligt högre kostnader än upphovsrättsorganisationer i andra medlemsländer för samma verksamhetsutövning.⁸¹ Generaladvokat Jacobs yttrande i sitt förslag till dom i de här fallen att:

“In determining whether the level of the royalty imposed on a category of its customers by a copyright-management society [...] is excessively high so that the imposition of that royalty constitutes an abuse within the meaning of Article [82 of the Treaty], a national court may have regard to whether the level of the royalty is disproportionate:

- (a) in relation to the royalties imposed by the same society on other categories of customers;
- (b) in relation to the *necessary costs* of the effective management of copyright and to the need to ensure reasonable remuneration for copyright owners.”⁸²

⁷⁸ C-226/84 *British Leyland*.

⁷⁹ C-26/75 *General Motors*.

⁸⁰ Det är dock sannolikt att nya aktörer som kan producera mer effektivt lockas till marknaden vilket så småningom försvagar dominantens starka ställning. Alla marknader är mer eller mindre dynamiska och självreglerande, men beroende på omfattningen av inträdesbarriärer kommer tiden för nyetableringar att variera. Se t.ex. Smith Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1976, där han beskriver marknaden som styrd av en ”osynlig hand”.

⁸¹ C-395/87, *Ministère public v. Jean-Louis Tournier*, p.42-43; C-110/88, 241/88 and 242/88, *Francois Lucazeau and others v. SACEM and others*, p. 29.

⁸² Opinion of Mr Advocate Generale Jacobs, in case C-395/87 and joined cases 110/88, 241/88 and 242/88, p. 74, egen kursivering.

Generaladvokat Jacobs framhåller alltså att priset kan vara överdrivet antingen i relation till det pris som tas ut av andra kunder eller till de *nödvändiga kostnader* som krävs för att ge upphovsrätten effektivt skydd och upphovsrättsinnehavarna en skälig ersättning för framställningen av deras verk. Generaladvokaten hävdar inte att högre kostnader generellt motiverar ett högre pris, utan endast skillnader i nödvändiga kostnader. Hur avgränsningen till nödvändiga kostnader ska göras förklaras inte, men i det aktuella fallet framhöll EG-domstolen att SACEM uppvisade betydligt högre driftskostnader, d.v.s. kostnader för personal, inkassering, förvaltning och fördelning, jämfört med motsvarande organisationer i andra medlemsländer.⁸³ Eftersom SACEM:s prissättning här ansågs utgöra överpris kan domen antas innebära att ineffektiviteter i viss mån är grund för oskäligt höga priser. Det torde dock förutsättas att ineffektivitet då innebär en uppenbar vidlyftighet utan företagsekonomiska överväganden och att ineffektiviteten påvisats efter en jämförelse.

Domen har å ena sidan tolkats som att dominerande företag måste visa att verksamheten bedrivs minst lika effektivt som liknande företag och å andra sidan som att hänsyn till ineffektivitet bara ska tas i undantagsfall som här där de extremt höga administrationskostnader kunde anses utgöra en mycket speciell omständighet. Henriksson menar att ineffektivitet är en grund bland andra som indikerar ett missbruk, men att ineffektivitet inte i sig utgör ett missbruk.⁸⁴ Tolkningen överensstämmer med Lang som hävdar att ineffektivitet föreligger om dominanten inte klarar att sänka sina kostnader till vad som rimligen kan förväntas av ett modernt företag, exempelvis genom datorisering.⁸⁵ Korah har tolkat domen i *Tournier* och *Lucazeau* som att om ett företags kostnader för en produkt i ett medlemsland är högre än för motsvarande produkt erbjudna av motsvarande företag i andra medlemsländer, kan priset för produkten vara överdrivet även om vinstmarginalen inte är det.⁸⁶ Uttalandet tyder på en uppfattning att överpriser kan förekomma p.g.a. ineffektivitet. Det här står emellertid i strid med definitionen av överpris enligt domen i *United Brands*, vari framhålls att ett pris baserat på produktens kostnader med ett skälig vinstpålägg inte utgör överpris.

Enligt 19 § 2st 2p KL anges explicit att missbruk kan bestå i att ”begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling” och en vid analogi av stadgandet kan stödja tanken att ineffektivitet kan ligga till grund för överpris. Visst stöd för att en sådan vid tolkning kan aktualiseras finns i fallet *Merci* där EG-domstolen uttalade att

”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, [...] induced either to [...] demand payment for services which have not been requested, to charge disproportionate prices, to refuse to have resource to modern technology, which

⁸³ C-395/87 *Tournier*, p.42; C-110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau*, p. 29.

⁸⁴ Henriksson, *Rätten till pris konkurrens*, s. 465.

⁸⁵ Lang, *Media, Multimedia and European Community Antitrust*, s. 53.

⁸⁶ Korah, *EC Competition Law and Practice*, s. 97

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 customers.”⁸⁷

Det kan alltså krävas att ett dominerande företag använder någorlunda modern teknik och om de vägrar att göra det skulle nekandet kunna antyda missbruk. Om vägran leder till ett mycket högt pris för produkten i fråga och kausalitet kan konstateras torde det vara skäl för missbruk genom överprissättning i enlighet med SACEM-målen.⁸⁸ För att ineffektivitet ska kunna utgöra ensam grund för överpris torde krävas mycket dålig förmåga att effektivisera och organisera verksamheten eller en omfattande diskrepans mellan verkliga kostnader och nödvändiga kostnader.

⁸⁷ C-197/90 *Merci konvensionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, [1991], p. 18-19.

⁸⁸ C-395/87 *Tournier*; C-110/88, 241/88 and 242/88 *Lucazeau*.

3 Prisdiskriminering

3.1 Ekonomisk teori om prisdiskriminering

Prisdiskriminering innebär att en leverantör tillämpar olika försäljningspriser mellan olika kunder, vilket kan främja effektiv konkurrens, eftersom det gör produkten tillgänglig för fler kunder. Främjandet av effektiv konkurrens skulle kunna ske genom att prisförhandlingar pressar priser och tvingar leverantören att effektivisera sin verksamhet. Om fler produkter än vad som annars hade varit lönsamt släpps på marknaden gynnas kunderna, vilket exempelvis kan antas gälla för erbjudandet om studentrabatter på tåg- och flygresor eftersom studenterna kanske inte hade rest lika mycket utan rabatten. Tillämpandet av olika priser kan även motiveras av att olika kunders egenskaper och kringliggande krav såsom leverans etc. medför varierande kostnader för leverantören. Om prisvariationen däremot inte kan härledas till kostnadsskillnader kan det vara frågan om en *godtycklig prisdiskriminering*, vilket missgynnar vissa kunder. Således föreligger prisdiskriminering när en produkt som betingar samma kostnader säljs till olika pris, samt när en produkt säljs till samma pris oberoende av faktiska kostnadsskillnader. Härvid kan skillnaden mellan *prisdifferentiering* och *prisdiskriminering* uppmärksammas. Differentierade priser kan objektivt förklaras med prisskillnader som uppstår för säljaren med anledning av olika kunders köpbeteenden, t.ex. transportkostnader, till skillnad från diskriminering som direkt verkar omfattas av missbruksbegreppet i 19 § KL.⁸⁹ Begreppen *prisdifferentiering* och *prisdiskriminering* kan användas synonymt men det finns en viss värdeladdad skillnad dem emellan.

Det finns tre olika kategorier av diskriminerande prissättning. En av dem innebär att varje enskild kund får betala det högsta pris som han är beredd att göra för den första, andra, tredje etc. enheten. Det här kallas *första gradens prisdiskriminering* och den kräver att individuella avtal träffas med varje kund, vilket endast lämpar sig i vissa branscher. En vanligare metod att prisdiskriminera är istället att dela upp kundsegment i olika intervaller efter deras betalningsvilja, vilket kallas *andra gradens prisdiskriminering*. Priset bestäms då till det lägsta i varje enskilt intervall. På så sätt undviks de transaktionskostnader som enskilda avtal medför, men ändå kan en stor del av konsumentöverskottet tillfalla säljaren, se fig. 3.1. *Tredje gradens prisdiskriminering* infinner sig när kunderna delas upp efter någon praktisk grund, t.ex. nationalitet, och olika priser tas ut för varje grupp.⁹⁰ Samtliga former kan utgöra otillåten prisdiskriminering om de utövas på marknader

⁸⁹ Se prop. 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 87. Märk att definitionen av prisdiskriminering i ekonomisk teori är detsamma som den legala definitionen av prisdifferentiering. När differentierad prissättning är otillåten torde denna i juridiska sammanhang kallas prisdiskriminering och annars prisdifferentiering.

⁹⁰ Teorin om olika graders prisdiskriminering har utvecklats av Pigou, i *The Economics of Welfare*, s. 244.

utan tillfredsställande konkurrens och där prisvariationerna inte beror på varierade kostnader för säljaren. Prisdiskriminering karaktäriseras av att priserna återspeglar möjligheterna till större vinster som ett resultat av att sälja till flera delmarknader samtidigt men till olika priser. Det bör beaktas att det överskott tillverkaren får ut genom att prisdiskriminera erhålls utöver skälig vinstmarginal eftersom denna måste vara inräknad i priset vid equilibrium.⁹¹

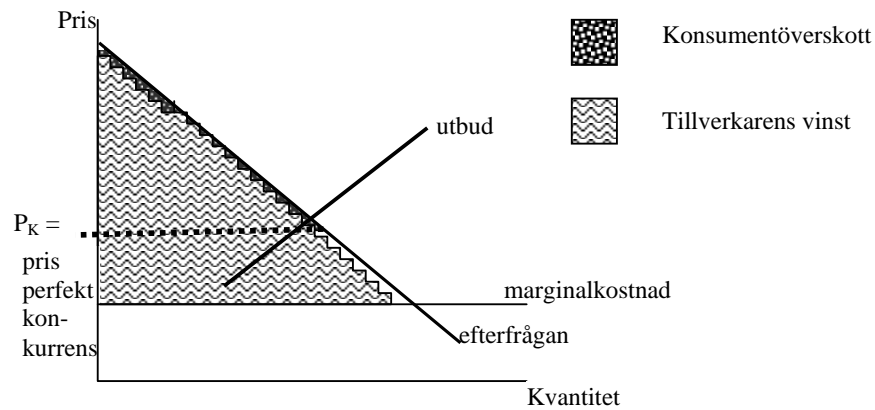


Fig. 3.1 Prisdiskriminering ger ökat överskott för tillverkaren och litet överskott för kunden.

Prisdiskriminering kan endast aktualiseras om följande tre marknadsmässiga kriterier är uppfyllda. För det första är det nödvändigt att företaget har marknadsmakt; företag på en konkurrensutsatt marknad utan nödvändig makt klarar inte att diskriminera eftersom kunden då väljer att handla med en konkurrent istället. För det andra måste marknaden för produkten kunna delas upp i olika kundsegment med olika efterfrågeelasticitet och för det tredje får inte arbitrage handel mellan kundsegmenten vara möjlig.⁹²

Under angivna förutsättningar är det alltså strategiskt möjligt att tillämpa olika affärsvillkor för likvärdiga transaktioner kunder emellan. De olika affärsvillkoren behöver inte, såsom den förenklade modellen i fig. 3.1 ger skenet av, yttra sig i olika pris på samma vara, utan kan lika väl uttryckas i form av rabatter, kvotering, service eller andra förmåner för favoriserade parter.

3.2 Rekvisit för prisdiskriminering

När de ovan angivna marknadsmässiga kriterierna för prisdiskriminering är uppfyllda kan denna äga rum till skada för konkurrensen dels genom

⁹¹ Modellen är egen med inspiration från Parkin et al., *Economics*, s. 293-295 och Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 526.

⁹² Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 174; Aronsson, *Prisdifferentieringens janusskifte*, s. 73.

exkludering och dels genom exploatering. Enligt 19 § 2st 3p. KL och art. 82.2(c) Fördraget är det ett missbruk att tillämpa *olika avtalsvillkor för likvärdiga transaktioner* gentemot vissa handelsparter och därmed försätta dem i en *ofördelaktig situation*, åtminstone så länge *objektivt godtagbara skäl* för beteendet saknas.⁹³ Detsamma gäller beträffande likvärdiga avtalsvillkor för icke likvärdiga transaktioner.⁹⁴

3.2.1 Likvärdiga transaktioner

3.2.1.1 Ekvivalens

Bedömning av prisdiskriminering tar sin utgångspunkt i frågan om produkterna är ekvivalenta, vilket görs utifrån den relevanta produktens egenskaper och tilltänkta användningsområde, vilket i sin tur bl.a. bedöms utifrån dess sammansättning, kvalitet, leverans, marknadsföringskostnader m.m. I *United Brands* bedömdes olika pris på bananer, inte olika frukter, i *Corsica Ferries II*⁹⁵ var det frågan om lotstjänster och i *Portugisiska flygplaster*⁹⁶ om landningsavgifter. Med anledning av att EG-domstolens praxis uppvisar en snäv avgränsning för den relevanta produktmarknaden⁹⁷ kan det ifrågasättas om samtliga produkter som omfattas av den relevanta produktmarknaden är ekvivalenta. Svaret måste bli nekande.

Enligt Kommissionens meddelande om marknadsdefinition⁹⁸ omfattar produktmarknaden samtliga produkter som är substituerbara för konsumenterna med hänsyn till karaktäristika, pris och avsedd användning. Att produkter är utbytbara innebär att de har hög korselasticitet, d.v.s. att kunden lika gärna köper den ena som den andra produkten beroende på priset. En produkts utbytbarhet beror också på hur enkelt en tillverkare kan ställa om sina resurser för att tillverka en annan produkt som görs av en konkurrent.⁹⁹

Med anledning av de mycket hårda krav som uppställs för att transaktioner ska vara likvärdiga är det knappast troligt att samtliga produkter på den relevanta marknaden omfattas härav. Det är snarare så att vissa produktmarknader kan innehålla icke ekvivalenta produkter och då får

⁹³ Att objektivt godtagbara skäl rättfärdigar diskrimineringen framgår förvisso inte ur lagtexten, men är en allmän princip som också har lyfts fram i praxis, se t.ex. *C-27/76 United Brands*, p. 189-190.

⁹⁴ Se Kommissionens beslut i *Van den Bergh Foods*, OJ L 246/1 [1998] och 88/518/EEC *Napier Brown/British Sugar*, OJ L284/41 [1982], rörande kopplingsförbehåll, fallen refereras nedan.

⁹⁵ *C-18/93, Corisca Ferries Italia Srl mot Corpo dei piloti del porto di Genova*, [1994].

⁹⁶ *C-163/99 Portuguese Republic v Commission of European Union* [2001].

⁹⁷ Se t.ex. *C-22/78, Hugin v Commission*, [1979], p. 7 och 9, där den relevanta produktmarknaden ansågs utgöra marknaden för reservdelar till Hugins maskiner.

⁹⁸ *Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of Community Law*, OJ C375/5 [1997].

⁹⁹ Se *C-322/81 Nederlandsche Baden-Industrie Michelin NV v Commission* [1983], p. 41.

Omställning av maskinparken för att tillverka däck till bilar jämfört med däck till tung trafik ansågs vara så omfattande att däck för tung trafik var en egen marknad. Se även Craig & De Búrca, *EU Law*, s. 942f.

frågan om substituerbarhet å köparens sida dras ytterligare ett steg.¹⁰⁰ Trots att marknaden redan är snävt avgränsad krävs att hela transaktionen är likvärdig för en diskriminering ska föreligga. I *United Brands* visade Kommissionen att bananer med varumärket Chiquita betingade ett pris som var 20-40 % högre än omärkta bananer, trots att kvaliteten på de senare bara var något sämre. EG-domstolen kommenterade inte detta, vilket tyder på att produktmarknaden (bananer) inte enbart innehåller likvärdiga produkter (Chiquita-bananer och omärkta bananer).

Graden av ekvivalens verkar emellertid inte direkt behöva följa den relevanta produktmarknaden. I fallet *AKZO*¹⁰¹ menade Kommissionen och generaladvokat Lenz att olika tillsatsmedel för mjöl som var för sig utgjorde olika produktmarknader ändå var jämförbara eftersom kunders efterfrågan relaterades till hela produktlinjen.¹⁰² Fallet rör underprissättning, vilket ger ett begränsat värde beträffande frågor om prisdiskriminering.¹⁰³

3.2.1.2 Pris efter prestation

I ekvivalensbedömningen vid avgörandet om prisdiskriminering aktualiseras frågan om prissättningen utgör olika villkor. Bedömningen ska göras utifrån principen *pris efter prestation* vilken kort innebär att kunden ska betala för den prestation, vara och/eller tjänst, som efterfrågas och priset ska beräknas på samma sätt för samtliga kunder.¹⁰⁴ Om en kund betalar ett annat pris än övriga kunder för en liknande produkt men gör något annat för säljaren i gengäld, kan detta göra produkterna icke ekvivalenta. Enligt min mening måste dock kundens prestation i så fall stå i rimlig proportion till prisreduktionen för att rabatten ska vara tillåten och icke jämförbar.

Principen medför att andra faktorer än själva produkten ska ingå i bedömningen över likvärdighet. I *United Brands* framförde domstolen ett generellt uttalande angående väsentliga faktorer i fråga om prestationers likvärdighet. För ekvivalens måste åtminstone följande faktorer överensstämma:

”Once it can be grasped that differences in transport costs, taxation, customs duties, the wages 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”¹⁰⁵

¹⁰⁰ Se T-229/94 *Deutsche Bahn AG v Commission*, där frågan om två olika tjänster som tillhandahölls av ett järnvägsföretag var likvärdiga där den relevanta produktmarknaden hade bestämts till järnvägstjänster mellan järnväg och transportföretag. Kommissionen menade att transport av containers från västra hamnen (av Intercontainer) och transport från den norra hamnen (av Transfracht) var ekvivalenta, vilket fick gehör av Förstainstansrätten, se p. 93.

¹⁰¹ Commission Decision 85/609/EEC ECS/AKZO, OJ L374/1 [1985], p. 94.

¹⁰² Opinion of Mr Advocate Generale in C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991], p. 59.

¹⁰³ Jfr dock Springer, *Borden and United Brands Revisited*, E.C.L.R. 1997 s. 42-53, på s. 43f. Enligt Springers tolkning gäller bedömningen även prisdiskriminering fullt ut.

¹⁰⁴ SOU 1991:59, *Konkurrens för ökad välfärd*, del 2 s. 455; Bernitz, *Prisdiskriminering*, SvJT 1979, s. 513-537, på s. 518-520.

¹⁰⁵ C-27/76, *United Brands*, p. 228.

Det faktum att produkterna säljs på olika geografiska marknader är dock inte i sig tillräckligt för att transaktionerna inte skulle vara ekvivalenta.¹⁰⁶ Om försäljning i olika länder medför varierande transportkostnader gör det naturligtvis att produktens pris varierar, men det bedöms då just som transportkostnad och inte som kostnad relaterad till geografisk marknad.

I beslutet *Tekniska Verken* bedömdes frågan om ett fjärrvärme- och elbolag i Linköping hade gjort sig skyldiga till prisdiskriminering med anledning av en s.k. helkundsrabatt, innebärande att kunder som köpte hela sitt behov av både fjärrvärme och el från Tekniska Verken erhöll en rabatt om 3-4 % på fjärrvärmens. KKV framhöll här att principen pris efter prestation måste vara vägledande för frågan om differentierad prissättning är diskriminerande. För att inte vara diskriminerande ska differentierade villkor avspegla skillnader i de kostnader som uppstår för säljaren vid försäljningen eller bero på andra godtagbara skillnader. Med anledning av att Tekniska Verken var den enda fjärrvärmeleverantören i området uttalade KKV att principen innebär att kunder som köper samma volym fjärrvärme och därmed bidrar med samma prestation, ska betala lika mycket.¹⁰⁷

3.2.1.3 SAS-fallet

I hovrättsfallet *SAS mot Luftfartsverket*¹⁰⁸ uppkom frågan om ekvivalens i den bemärkelsen att SAS betalade en högre avgift än andra flygbolag för nyttjandet av Arlanda flygplats och för Luftfartsverkets tillhörande service. Avgörande härför var huruvida SAS åtagande enligt vissa avtal gjorde att den tjänsten SAS köpte inte var ekvivalent med den tjänst andra flygbolag köpte. Orsaken till SAS högre ersättningsåliggande var ett par avtal som träffats mellan parterna innan den svenska luftfartsmarknaden avreglerades. Ett var det s.k. Principavtalet innehållande ett nytt prissystem för bestämmandet av lämplig luftfartstaxa. I överenskommelsen stadgades bl.a. att flygbolagen SAS och Linjeflyg skulle betala för ökning av kapacitetskostnader som berodde på investeringar och serviceförändringar som de begärt och nyttjade.¹⁰⁹ Ett annat avtal var Kapacitetsavtalet, enligt vilket SAS skulle betala 128,5 Mkr årligen för nyttjandet och uppförandet av en ny inrikesterminal, T 2, som inte fick användas av någon annan flygoperatör. I och med inrikesflygets avreglering 1992 upphörde samtliga då gällande avgiftssystem, men enligt ett nytt avtal från 1993 hade SAS fortfarande visst betalningsansvar för T 2.

Vid prövningen av prisdiskriminering var det avgörande om den extra avgift om 128,5 Mkr per år som SAS betalade utöver ordinarie luftfartstaxa var särskild eller om den ingick i priset för nyttjandet av Luftfartsverkets

¹⁰⁶ Se exempelvis målen C-27/76 *United Brands* och C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996].

¹⁰⁷ KKV:s beslut 1998-12-22, dnr 533/1998, *Tekniska Verken*. Tekniska verkens prissättning ansågs dels utgöra otillåten prisdiskriminering och dels lojalitetsrabatt.

¹⁰⁸ Göta hovrätt, mål T 33/00, *Staten genom Luftfartsverket mot Scandinavian Airlines Systems*.

¹⁰⁹ T 33/00, s. 3, Protokollöverenskommelsen punkt b).

tjänster och därmed kunde likställas med de tjänster andra bolag hade till förfogande. Hovrätten konstaterade att T 2 uppförts med anledning av ökat kapacitetsbehov, för vilket Luftfartsverket hade ansvar. Vidare konstaterades att T 2 inte hade anpassats efter SAS behov i den utsträckning att det kan vara frågan om ett renodlat beställningsuppdrag. Luftfartsverket försvar att SAS hade frihet att välja terminal godtogs inte eftersom luftfartstaxan för flygbolagen bestämdes oberoende av vilken terminal som användes. Inte heller hade det någon betydelse att SAS frivilligt ingått avtalet eftersom KL är indispositiv. Indispositiviteten verkar dessutom ha medfört att faktumet att bägge parter vid avtalets ingående bedömt avgiften som skälig irrelevant. Genom att direkt tillämpa KL undgick domstolen ett annars nödvändigt resonemang om avtals ogiltighet p.g.a. ändrade förhållande.¹¹⁰

Avgörande i det här fallet var att T 2 inte bedömdes som ett beställningsuppdrag eftersom det i så fall inte längre hade varit frågan om en ekvivalent produkt med den som erbjöds andra flygbolag. Att en produkt är i tillräckligt stor grad anpassad efter kundens särskilda behov torde vara ett godtagbart skäl till differentierad prissättning.

3.2.2 Ofördelaktig konkurrenssituation

Det andra kriteriet för prisdiskriminering enligt 19 § KL är att motparten till det dominerande företaget försätts i en ofördelaktig konkurrenssituation. Det framgår emellertid inte i relation till vem den ofördelaktiga relationen ska uppstå. Motparten kan få en konkurrensnackdel i förhållande till det dominerande företaget, eller i förhållande till dennas andra kunder som också är motpartens konkurrenter. Kunden kan också drabbas av en ofördelaktig konkurrenssituation eftersom han gör en dålig affär som försämrar hans möjligheter att konkurrera effektivt på vilken följdmarknad som helst (om han själv inte är slutkonsument). EG-domstolen och Kommissionen har nuddat vid frågan i några fall och det verkar stå klart att ofördelaktig konkurrenssituation gentemot det dominerade företaget liksom gentemot andra kunder uppfyller kriteriet.¹¹¹

Huruvida en försämrad position på vilken marknad som helst kan ligga till grund för en otillåten diskriminering är mer tveksamt. Att avkräva sina kunder olika ersättning för samma produkter är uppenbarligen orättvist, men så länge dessa verkar på olika marknader uppstår inga direkta skador i bemärkelsen att den ena kunden på ett orättvist sätt kan konkurrera ut den andra från dess relevanta marknad. För att en otillåten exploaterande prisdiskriminering ska äga rum är det emellertid inte nödvändigt att missbruket har konkurrenshämmande och utestängande effekter. I *United Brands* tillämpades olika försäljningspriser kunderna emellan enligt

¹¹⁰ Avtalet om SAS betalningsansvar för T 2 ogiltigförklarades *ex tunc* i enlighet med 36 § AvtL med motiveringen att det stred mot KL:s förbud mot missbruk av dominerande ställning.

¹¹¹ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s.176.

principen att varje kund skulle betala ”what the market can bear”¹¹² och trots att kunderna befann sig på olika geografiska marknader och därmed inte konkurrerade direkt med varandra förelåg en prisdiskriminering. Generaladvokat Van Gerven har i ett avgörandeförslag påpekat att

“the Court does not interpret that phrase [article 82.2(c)] 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.”¹¹³

Praxisen tyder alltså på att rekvisitet konkurrensnackdel ska tolkas vidsträckt, men doktrinen är oenig. Det måste vara felaktigt att påstå att konkurrensnackdel är irrelevant eftersom det uttrycks explicit i lagtexten, men Van Gervens uttalande torde kunna tolkas som att det inte är avgörande hur konkurrensnackdelen tar sig uttryck. Carlsson, Söderlind och Ulriksson hävdar att prisdiskriminering som huvudregel enbart kan utgöra ett missbruk när kunderna står i ett tillräckligt nära konkurrensförhållande för att visa tydlig konkurrenspåverkan.¹¹⁴ Furse menar att om någon konkurrensnackdel p.g.a. prisskillnaden inte uppkommer mellan kunderna, är det inte frågan om likvärdiga transaktioner varför det inte heller kan vara ett missbruk.¹¹⁵ Henriksson framhåller att rekvisitet konkurrensnackdel är av underordnad betydelse i missbruksbedömningen, men att sådan bör finnas av processtekniska skäl.¹¹⁶ Som jag ser det är en uttalad konkurrensnackdel inte nödvändig, utan det borde vara tillräckligt att ett betydligt sämre handelsvillkor, kan påvisas. Orsakerna härför är flera. För det första kan vissa kunder avkrävas ett pris som nästan utgör ett överpris och det måste vara oskäligt att tvinga en svagare kund att (jämfört med starkare kunder) betala ett högre pris bara för att denna är mer beroende av dominanten; för det andra motverkar geografisk prisdiskriminering gemenskapens mål om gemensam inre marknad; för det tredje är potentiella skador på en marknadsstruktur ytterst svårbevisade och för det fjärde har dominanta aktörer ett särskilt omfattande ansvar att inte utnyttja sina handelspartner. Naturligtvis måste den diskriminerade parten kunna bevisa någon ekonomisk *skada* som försvårar hans möjligheter att konkurrera effektivt men det behöver inte vara en direkt *konkurrensskada* i relation till dominanten eller dennes andra kunder som agerar på samma marknad som

¹¹² C-27/76, *United Brands*, p. 227.

¹¹³ Opinion of Mr Advocate Generale Van Gerven in C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl* [1994], p. 34. Generaladvokaten åsyftade här domstolens domskäl i C-179/90 *Merci* och C-27/76 *United Brands*.

¹¹⁴ I samband med påståendet hävdar de att UBC:s kunder i *United Brands* drabbades av konkurrensnackdel eftersom ”United Brands på ett konstlat sätt hindrade kunder med egen verksamhet i olika länder att, direkt eller indirekt, konkurrera med varandra.” Carlsson et al, s. 266. Jag antar att de syftar på att UBC förbjöd kunderna att handla med varandra, vilket kan ha hindrat danska kunder från att handla med irländska kunder. Det är dock tveksamt om detta hade någon betydelse i fallet eftersom domstolen inte kommenterar det särskilt. Dessutom är omöjlighet till arbitrage en förutsättning för prisdiskriminering, varför en skada likt denna alltid bör uppkomma.

¹¹⁵ Furse, *Monopoly Price Discrimination, Article 82 and the Competition Act*, s. 153f.

¹¹⁶ Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 644.

parten ifråga.¹¹⁷ För ett missbruks förekomst torde det vara tillräckligt att dominanten utnyttjat sin ställning genom att systematiskt pressa upp priserna på sina produkter till det högsta priset varje enskild kund kan betala och att kunder därigenom lider någon form av ekonomisk skada. Den ekonomiska skadan skulle exempelvis kunna uttryckas som att priset på kundens förädlade vara blir så pass högt att efterfrågan minskar och att varan måste säljas med betydligt lägre vinstmarginal än annars. En ekonomisk skada kan vidare påvisas genom att motsvarande pris aldrig hade förekommit på en marknad med någorlunda konkurrens, vilket blotta tillämpandet av prisdifferentiering vittnar om (undantaget de marknader där dominanten ofrivilligt säljer med förlust, om sådana existerar).¹¹⁸

I HD:s precis nyligen avkunnade dom *SAMI* rörande differentierad prissättning för spelande av musik på hotellrum där medlemmar i SHR (Sveriges Hotell och Restaurangföretagare) betalade ett lägre pris än andra, kunde oskälig prissättning konstateras utan att frågan om konkurrensnackdelens berördes.¹¹⁹

3.2.3 Objektivt godtagbara skäl

När ekvivalenskravet är uppfyllt och skada kunnat påvisas måste slutligen objektivt godtagbara skäl för prisskillnaderna saknas för att en prisdiskriminering ska föreligga. Det dominerande företaget skulle exempelvis kunna visa att en viss marknad betingar högre kostnader eller att det varit tvunget att tillämpa ett lägre pris på en viss marknad för att kunna möta konkurrensen där. I syfte att penetrera en ny marknad är det nämligen inte helt ovanligt att låga priser inledningsvis tillämpas. Det är något oklart hur ett sådant argument bemöts av beslutande myndigheter, men det finns indikatorer på att konkurrenshänsyn är ett godtagbart skäl.¹²⁰ I *BPB Industries* konstaterade Kommissionen att rabatter i en viss geografisk region var tillåten med anledning av den vitala konkurrensen i just det här området.¹²¹ Det här betyder ju att kunderna i andra områden, med sämre konkurrens, förfördelas. För att argumentet ska hålla bör den dominanta aktören enligt min mening behöva visa att det högre pris som gäller på andra

¹¹⁷ För definition och vidare diskussion om begreppet konkurrensskada se t.ex. Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 155f och Wahl, *Konkurrensskada*, s. 344f, 370-390 m.fl.

¹¹⁸ I den federala amerikanska lagstiftningen mot prisdiskriminering. *Robinson Pactman Act* av 1936 (Clayton Act Sec. 2) presumeras diskriminerande priser ha negativ verkan på konkurrens utan att konkret bevisning måste läggas fram i varje enskilt fall. Näringsidkare som skadas av den otillåtna diskrimineringen har rätt till skadestånd med tredubbla beloppet. Bernitz, *Prisdiskriminering*, s. 514f.

¹¹⁹ HD:s dom 2003-10-28, HD T 1477/02 (ej infört i NJA). Fallet avgjordes utifrån URL 47 § och rörde egentligen inte frågan om missbruk av dominerande ställning, men domen avkunnades utifrån bedömningsgrunder liknande dem i KL 19 § och AvtL 36 §.

¹²⁰ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 176.

¹²¹ Kommissionens beslut 89/22/EEC *BPB Industries plc*, OJ L10/50 [1989], p. 131-134. Beakta även följande uttalande från EG-domstolen: "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." C-62/86 *AKZO*, p. 156.

marknader eller inom andra segment är det ”normala” priset med hänsyn till produktens ekonomiska värde.¹²²

3.3 Rabatter

3.3.1 Allmänt om rabatter

Rabatter är ofta ett tecken på en gynnsam priskonkurrens, men kan också vara en form av indirekt prisdiskriminering, eftersom det gynnar de kunder som erhåller rabatten men inte övriga. Rabatterna kan angripas med stöd av konkurrenslagen om de minskar sannolikheten att kunderna av kommersiella skäl väljer att handla med konkurrenterna, vilket medför att konkurrensen på marknaden hämmas. Tillämpningen av rabatter är rättfärdigad om det kan visas att dessa medför ekonomiska besparingar med hänsyn till det utbud som den berörda kunden förses med. Exempelvis kan mängdrabatter minska säljarens kostnader för lagerhållning och risken att behöva kassera varor som inte säljs inom stipulerad tid. Även funktionsrabatter, där kunden åtar sig att utföra vissa prestationer som inte är direkt relaterade till inköpen, är tillåtna om de motsvarar leverantörens kostnadsavlastning härför, t ex ansvar för marknadsföring, rådgivning, utvecklingsarbete och lagerhållning.¹²³

I fallet *Marabou*¹²⁴ bedömdes frågan om AB Marabous olika utformade rabatter i form av årsbonus, orderstorleksrabatter och pattersättning till sina kunder utgjorde otillåten prisdiskriminering. De största aktörerna på livsmedelsmarknaden, ICA, KF och Dagab erhöll större rabatter än Metro, vilket motiverades med att dessa var större kunder och att rabatternas syfte var att verka inköpsstimulerande. Marabou medgav dock att rabatterna saknade koppling till eventuella kostnadsbesparingar, åtminstone ifråga om särkostnader. Efter en granskning av motiven till dåvarande konkurrensbegränsningslag¹²⁵ uttalade MD att prisdifferentieringar var både tillåtet och önskvärt när dessa bestämdes utifrån kostnadsskillnader, men även utifrån andra företagsekonomiska skäl. Marabous prisskillnader grundades på efterfrågestimulans, förenklade möjligheter att styra produktion och administration och därmed högre lönsamhet och bättre grepp om marknaden. Det här medförde ökad täckning för verksamhetens samkostnader och MD menade att det borde vara möjligt att även ta hänsyn till dessa kostnader vid frågor om prisdiskriminering. Eftersom rabattskillnaderna dessutom var relativt små ogillades talan.

¹²² Vad som utgör objektiva godtagbara skäl behandlas mer utförligt nedan, avsnitt 3.5.

¹²³ Wetter et al, *Konkurrenslagen*, s. 507f.

¹²⁴ MD 1978:19, *NO mot Marabou AB*, märk att målet ägde rum innan nuvarande KL trätt i kraft, varför domstolen tillämpade då gällande konkurrensbegränsningslag från 1953.

¹²⁵ SOU 1951:27 och 28 *Konkurrensbegränsning – betänkande med förslag till lag om skydd mot samhällsskadlig konkurrensbegränsning*. På s. 243 uttalas: ”En rabattskala, som ger intryck av att åtminstone i grova drag vara grundad på företagsekonomiska överväganden, skall icke anses vara diskriminativ [sic!]. Det bör sålunda icke begäras, att skalan skall ge någon rättvisa i detalj.”

Avgörandet utsattes för hård kritik av Bernitz¹²⁶ som såg ett stort problem i att kunder med marknadsmakt förhandlade sig till omfattande leverantörsrabatter utan hänsyn till leverantörens kostnadsbesparingar till nackdel för sina mindre konkurrenter. Bernitz åsikter ligger väl i linje med dagens ståndpunkt rörande prisdiskriminering och det är knappast troligt att *Marabou*-fallet skulle leda till samma domslut idag.¹²⁷ Inte ens idag är det emellertid nödvändigt att rabatterna exakt motsvarar leverantörens kostnadsbesparing för att vara tillåtna. MD har uttalat att prisdifferenser för olika kunder normalt inte är konkurrensskadligt om företagsekonomiska grunder finns; en rabattskala behöver inte ge rättvisa på pricken.¹²⁸

HD verkar dock inta en hårdare ställning. I fallet SAMI konstaterade domstolen att det åligger dominanten att bevisa att skäl för prisdifferentiering verkligen finns och trots att omfattande besparingar kunde visas gentemot de parter som erhöll rabatten här fanns det inga uträkningar som visade hur stor själva rabatten var. HD uttalade:

”Även om rabattavtalet otvivelaktigt innebär fördelar för SAMI som medför lägre kostnader och motiverar en viss rabatt finns det inte tillräckligt underlag för antagande att besparing uppgår till omkring hälften av det pris som SAMI annars tar ut.”¹²⁹

Med anledning därav upphävde HD hovrättens (och TR:s) dom och fastslog att gällande ersättning var oskälig. Anmärkningsvärt i domen är att HD direkt tog fasta på prisets *skälighet* och inte bedömde frågan om missbruk av dominerande ställning eller oskäligt enligt 36 § AvtL. HD uttalade sonika:

”Helt oberoende om denna differentierade prissättning kan anses ha innefattat missbruk av en dominerande ställning i konkurrenslagstiftningens mening får det [...] anses ankomma på SAMI att visa att den högre ersättning [...] ändå är skälig.”¹³⁰

För att rabatter som erbjuds av en dominant aktör ska anses acceptabla verkar det krävas att det är frågan om en kvantitetsrabatt som baseras på verkliga, motsvarande kostnadsbesparingar.¹³¹

¹²⁶ Se Bernitz, *Prisdiskriminering*, s. 513-537 och Bernitz, *Mera om prisdiskriminering*, s. 44-47; se även Hård, *Prisdiskriminering eller prisdifferentiering?*, s. 115-122, som förespråkar MD:s domslut och Sahlin, *Prisdiskriminering*, s. 561-564, som instämmer med Bernitz.

¹²⁷ Bara några år senare bedömdes en liknande frågeställning i MD 1983:2 *NO mot Boråstapeter*, där MD gjorde en mer kostnadsrelaterad bedömning även om otillåten prisdiskriminering inte ansågs föreligga här heller. Se även kommissionens beslut 1999/198/EG *Ilmailulaitos/Luftfartsverket* EGT L 69/24 [1999], som kommenteras nedan, avsnitt 3.5.4.

¹²⁸ MD 1999:12, *Nordbanken AB m. fl. mot KKV*. Den merkostnad som de mindre kunderna drabbades av p.g.a. rabattskalans konstruktion var måttliga och torde, enligt MD, inte påtagligt påverka deras konkurrenssituation. Som framgår bör uttalandet alltså inte tolkas som att praxisen från *Marabou* fortfarande gäller.

¹²⁹ HD T 1744/02 *SAMI*, s. 8 i domen.

¹³⁰ HD T 1744/02 *SAMI*, s. 8 i domen.

¹³¹ Se även Springer, *Borden and United Brands Revisited*, s. 47.

3.3.2 Lojalitetsrabatter och målrabatter

Rabatter som belönar kunder för deras lojalitet mot leverantören och inte enbart är baserad på inköpt kvantitet är otillåtna enligt 19 § 2st 4p. KL. Den här typen av rabatter, som används för att knyta kunderna till sig och på så sätt tränga ut andra aktörer från marknaden, utgör ett exkluderande missbruk där det i regel krävs att konkurrensen på en viss marknad hämmas utan att någon enskild kontraktspart lider skada genom ett oskäligt villkor. Detsamma gäller målrabatter eller bonussystem som innebär att leverantör och kund tillsammans tar fram ett individuellt pris baserat på kundens förväntade inköp under en viss tidsperiod. Rabattsystemet är här kopplat till en viss inköpsnivå, likt kvantitetsrabatter, men rabatten grundas inte på faktiskt inhandlad kvantitet utan på individuella försäljningsmål.

Kommissionen behandlade frågan om rabatter som grund för godtycklig prisdiskriminering i fallet *Hilti*.¹³² Spikpistolföretaget Hilti delade upp sina kunder i två kategorier där den ena kategorin bestod av kunder som förutom spikpistoler också köpte spikar av Hilti medan den andra kategorin endast köpte pistoler. Den förstnämnda gruppen fick betydligt bättre rabatter än de senare. Kommissionen fann att uppdelningen gjorts på skönsmässiga grunder utan koppling till kostnader i syfte att tränga ut andra aktörer på marknaden för spikar, vilket var ett missbruk av dominerande ställning. Vidare konstaterades att rabatters storlek inte får vara beroende av lojalitetsfaktorer utan ska grundas på tydliga kvantitets- eller värdebaserade listor med enhetlig tillämpning utan diskriminering.¹³³ Kommissionen angav att godtagbara skäl för åtnjutande av rabatter här exempelvis kunde vara deltagande i utbildning rörande systemet för spikpistoler eller köp av stora volymer.¹³⁴

3.4 Paketpris

En särskild form av prisdiskriminering utgörs av paketpriser där en kund är tvungen att köpa ett helt paket och oavsett om denne är intresserad av hela eller bara en del av det tillämpas samma pris. Det är alltså frågan om samma pris för icke ekvivalenta transaktioner, vilket strider mot principen *pris efter prestation*. Problemet behandlades i *Napier Brown*¹³⁵ där British Sugar tillämpade samma pris till alla kunder som köpte socker av dem oavsett om kunderna ville ha sockret levererat av British Sugar eller ville ombesörja transporten själva. Kommissionen menade att detta utgjorde missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering. Efter Kommissionens inblandning infördes ett lägre pris exklusive transport.

¹³² Commission decision 88/138/EEC, *Eurofix-Bauco v Hilti*, OJ L65/19 [1988].

¹³³ Beslut 88/138/EEC, *Hilti*, Annex – Undertakings, 1(b).

¹³⁴ Beslut 88/138/EEC, *Hilti*, p. 82.

¹³⁵ Kommissionens beslut 88/518/EEC, *Napier Brown/British Sugar* OJ L248/41 [1988].

I *Van den Bergh Foods*¹³⁶ uttalade Kommissionen att Unilevers tidigare gällande paketpriser utgjorde missbruk av dominerande ställning, men då systemet upphört att gälla vid Kommissionens granskning vidtogs inga vidare åtgärder. Systemet innebar att frysbox och glass såldes som en enhet till alla återförsäljare trots att inte alla återförsäljare var intresserade av frysboxen.

I Kommissionens beslut *DSD*¹³⁷ behandlas också frågan om betalning för en mer omfattande tjänst än den som utnyttjas av alla kunder, även om det här inte var frågan om ett renodlat paketpris. I fallet fanns en tysk förordning enligt vilken tillverkare och distributörer undantogs från en återvinningskyldighet för förpackningar om de deltog i ett särskilt heltäckande insamlingssystem. DSD tillhandahöll en sådan heltäckande tjänst. DSD krävde att deras avtalsparter märkte samtliga förpackningar med miljömärket ”Der Grüne Punkt” och att en särskild avgift erlades för varje märkning oavsett om företagen inte alls eller bara delvis nyttjade återvinnings-tjänsten. Om en konkurrent till DSD anlätades försågs parten med högre finansiell börda än annorledes. Kommissionen konstaterade att de kommersiella villkor och priser som tillämpas för företag som använde märket ”Der Grüne Punkt” utan att utnyttja återvinnings-tjänsten var oskäliga eftersom märkesanvändningen endast orsakade små omkostnader för DSD. De huvudsakliga kostnaderna bestod av förvaltning av system för insamling, sortering och återvinning av använda förpackningar. Omhändertagande av en delvolym gav inte upphov till några ytterligare kostnader. Eftersom priserna inte stod i proportion till kostnaderna hade DSD missbrukat sin dominerande ställning i strid med principen om pris efter prestation och art 82.2(a) Fördraget.¹³⁸

3.5 Särskilt om objektivt godtagbara skäl

Den mest typiska omständighet som godkänner prisdiskriminering är att leverantören kan uppvisa olika kostnader för de olika marknaderna eller kunderna. När det finns en tydlig relation mellan kostnaderna och priserna bör det inte vara frågan om ett missbruk. I *United Brands* sålde UBC bananer till olika distributörer i Europa med stora prisvariationer. De transaktioner som var föremål för bedömning i fallet rörde bananer av samma mängd, i princip samma kvalitet under varumärket Chiquita, enligt samma försäljnings- och betalningsvillkor och samtliga bananer lossades i Rotterdam eller Bremerhaven. Den vidare transporten sköttes av kundernas egna transportmedel och det var kunderna som stod för tullar, skattepålägg och andra transportkostnader från hamnarna. Den maximala prisskillnaden i genomsnitt per vecka varierade mellan 11,3 % - 17,6 % under åren 1971-1974, men i ett fall hade prisskillnaden mellan irländska och danska kunder

¹³⁶ Commission Decision, *Van den Bergh Foods*, EGT L246/1 [1998].

¹³⁷ Kommissionens beslut 2001/463/EG, (COMP D3/34493 – Der Grüne Punkt – DSD), EGT L166/1 [2001].

¹³⁸ Kommissionens beslut 2001/436/EG, *DSD*, p. 111.

uppgått till 138 % och i ett annat var skillnaden mellan priset till belgiska kunder jämfört med irländska kunder 80 %.¹³⁹ EG-domstolen påpekade att då alla kunder utom de irländska, hämtade bananerna i hamnarna hade det varit rimligt att tillämpa samma priser.¹⁴⁰ Köparna själva hade inga möjligheter att påverka priset, särskilt med tanke på att UBC förbjudit dem att handla med varandra, vilket inte bara omöjliggjorde arbitragevinster utan också skapade en artificiell marknadsuppdelning.¹⁴¹ Med tanke på att domstolen särskilt betonar att UBC:s kostnader inte varierade alls mellan de olika kunderna, eller snarare var högre för de som erhöll det lägsta priset (irländska kunder) är det troligt att prisdiskriminering inte hade ansetts föreligga om prisskillnaderna följt förhöjda särkostnader för specifika kunder. Van Bael & Bellis, liksom Henriksson, stödjer också denna tolkning.¹⁴² Enligt Van Bael & Bellis ska domen inte tolkas som att företag måste tillämpa samma pris gentemot alla kunder i gemenskapen utan att kostnadsskillnader är en godtagbar grund för differentierade priser. Henriksson menar att en kostnadsmotivering medför att transaktionerna inte är likvärdiga. I sådana fall är det inte frågan om ett prisdiskriminerande missbruk eftersom detta förutsätter olika pris på likvärdiga transaktioner. Slutsatsen ligger i linje med EG-domstolens ovan citerade kommentar från *United Brands* om kriterierna på vad som anses vara ekvivalenta produkter. Så länge det verkligen finns konstaterbara skillnader i nödvändiga kostnader är jag benägen att instämma med Henrikssons tolkning om att produkterna inte längre är ekvivalenta. Enligt min mening är dock härledningen till varför kostnadsskillnaderna existerar viktigare än ett blott konstaterande att kostnaderna är olika.

Att kostnadsskillnader måste kunna påvisas objektivt framgår särskilt i fallet *Luftfartsverket*¹⁴³ där frågan rörde finska Luftfartsverkets olika landningsavgifter. Avgifterna varierade dels med hänsyn till planets vikt och dels med hänsyn till om det var en inrikes eller utrikes flygning. Dessutom multiplicerades avgiften av miljöskäl med 1,3 för avgångar mellan 22:00 och 06:00, dock inte vad gällde flygplatsen i Helsingfors-Vanda. Luftfartsverket menade att de olika avgifterna berodde på flygplatsernas olika krav på teknisk utrustning, banlängd och hållfasthet eftersom kostnaderna varierade mellan inrikes och utrikes trafik, samt att flygplatsernas öppettider och tillgänglighet varierade. Kommissionen underkände Luftfartsverkets resonemang och framhöll bl.a. att vissa utrikeslinjer faktiskt var kortare än vissa inrikeslinjer och att flygsträckans längd inte var det enda kriteriet för flygbolagets val av flygplanstyp (med varierande vikt och därmed slitage). Det framhölls t.ex. att Finnair använde samma flygplan oavsett om det var en inrikes eller utrikes flygning. Dessutom påpekades att en högre avgift för utrikes flygning inte kunde motiveras utifrån högre kostnader för banskötsel och hållfastighet eftersom

¹³⁹ Commission decision 76/353/EEC *Chiquita*, OJ L95/1 [1976], s.9 i beslutet.

¹⁴⁰ C-27/76 *United Brands*, p. 207.

¹⁴¹ C-27/76 *United Brands*, p. 158.

¹⁴² Van Bael & Belis, *Competition Law of the European Community*, s. 398; Henriksson, *Rätten till priskonkurrens*, s. 611.

¹⁴³ Kommissionens beslut 1999/198/EG *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*.

hänsyn till detta redan tagits vid bestämmandet av kostnaden relaterad till vikt. Inte heller godtogs Luftfartsverkets försvar att högre pris för utrikesflyg motiverades av ökade kostnader för tillhandahållande av långtidsparkering, större passagerarterminaler m.m. Kommissionen menade helt enkelt att detta täcktes av passageraravgiften.

Vid en första anblick kan Luftfartsverkets argument att utrikesflygningar orsakar högre kostnader verka rimligt. Att påtala *rimliga* kostnadsvariationer är emellertid inte tillräckligt. Kommissionens beslut här visar att en dominant aktör måste lägga fram verifierbara faktiska bevis för att kostnadsskillnader verkligen finns och att göra schablonmässiga uppskattningar, om än så troliga, betyder ingenting om de inte kan bevisas.

Att den främsta godtagbara grunden för differentierad prissättning är kostnadsmotiv syns även i KKV:s och MD:s avgöranden. I fallet *CityMail*¹⁴⁴ sänkte Posten AB sitt porto i Stockholmsområdet efter att konkurrenten CityMail tagit sig in på postmarknaden där. Så småningom ville Posten även tillämpa det lägre portot i andra städer, men inte alla, och ansökte därför om ett icke-ingripande besked för ett nytt prissystem hos KKV. Posten ansökte således om tillstånd för att få tillämpa olika priser på samma tjänster. Enligt det nya prissystemet skulle portot variera mellan olika områden i Sverige eftersom Posten menade att det förelåg kostnadsskillnader områden emellan. Det nya systemet skulle innebära att landet delades in i fyra olika zoner och att portot varierade beroende på *till* vilken av dessa en postförsändelse skulle skickas, men det var ovidkommande varifrån det skickades. Syftet med systemet var att möta den ökade konkurrensen, särskilt av CityMail. KKV avslog ansökan med motiveringen att det förvisso kunde finnas godtagbara skäl till en prisdifferentiering här, men att det ändå kunde utgöra ett missbruk av dominerande ställning om syftet var att stärka sin position eller att eliminera en konkurrent.

Trots avslaget verkställde Posten sitt nya system. KKV ingrep och förbjöd posten vid vite att tillämpa fyrzonslistan eftersom denna inte avspeglade konsumenters sätt att köpa postdistribution. Portosystemet ändrades då till två zoner, en för de storstadsområden som tidigare utgjort zon 1-3 och en för övriga landet. KKV menade dock att missbruket kvarstod eftersom de lägre priserna bara förekom på de områden där CityMail var etablerade, d.v.s. på områden där åtminstone viss konkurrens fanns. Både Stockholms TR och MD var av avvikande uppfattning. Här konstaterades att fyrzonslistan, men inte tvåzonslistan utgjorde ett missbruk, eftersom det kunde visas att den senare motsvarades av kostnadsbesparingar. MD:s dom ger sken av att endast kostnadsskäl motiverar prisdifferentiering särskilt med tanke på uttalandet att ”en prissättning enligt prislistorna i och för sig utgör ett missbruk av Postens dominerande ställning, om inte prissättningen är motiverad från kostnadssynpunkt.”¹⁴⁵ Om MD menar att kostnadsskäl är

¹⁴⁴ MD 1998:15 *CityMail*; se även följande beslut av KKV, 1998-12-22, Dnr 533/1998 *Tekniska Verken*; 1994-10-24, Dnr 288/94 *Mineralgödsel*; Dnr 502/95 *Golden Air*; Dnr 344/95 *Rostock Livs*.

¹⁴⁵ MD 1998:15 *CityMail*, s. 214.

det enda som rättfärdigar prisskillnader, underkänner den domen i *BPB Industries*¹⁴⁶ där prisdiskriminering de facto tilläts p.g.a. vital konkurrens i ett visst område. Det kan knappast vara kostnadsskäl som ligger bakom ett lägre pris på marknader med konkurrens. Ska domen tolkas som att Sverige intar en hårdare inställning mot prisdiskriminering än EU? TR uttalade att det kunde vara ett missbruk att möta konkurrens ”genom att selektivt sänka priser till strax över eller i nivå med konkurrentens utan att sänkningen är kostnadsmotiverad”.¹⁴⁷ Utifrån det kan åtminstone konstateras att TR inte anser konkurrens vara skäl nog för varierad prissättning, men TR:s dom har lågt prejudikatvärde så rättsläget är oklart. Inom EG-rätten verkar argumentet ”mötande av konkurrens” vara acceptabelt som principiellt försvar även om en sådan situation inte alltid föreligger.¹⁴⁸ Som det svenska rättsläget ser ut just verkar mötande av konkurrens inte i sig vara ett godtagbart försvar utan dominanten måste påvisa kostnadsbesparingar.

Det skulle kunna hävdas att livlig konkurrens oftast medför att en dominant aktör saknas eftersom dominans per definition kräver att företaget kan agera självständigt utan hänsyn till konkurrenter och kunder. Om prissänkningar måste göras för att möta konkurrens agerar företaget inte självständigt och intar ej dominerande ställning och kan därmed inte missbruka sådan ställning.¹⁴⁹ I fall där företaget är dominerande på en geografisk marknad men inte en annan bör denna marknad inte tas med i missbruksbedömningen och på så sätt falla utanför art 82 och 19 § KL:s ram. Därmed inte sagt att den geografiska marknaden bör avgränsas så snävt som att avse enstaka städer.¹⁵⁰ I fallet var det emellertid klart att Posten Sverige intog en dominerande ställning och troligtvis inte behövde sänka portot i vissa städer för att överleva.

I doktrinen har framhållits att icke kostnadsmotiverade prisskillnader är godtagbart så länge de inte tillämpas under längre tid och utgör ett *verkligt hot* mot konkurrenterna.¹⁵¹ En ännu mer kritisk approach till domen har intagits av Bishop som ifrågasätter om Postens agerande någonsin utgjorde

¹⁴⁶ C-310/93P *BPB Industries plc & Anor v Commission* [1995], se avsnitt 3.5.1.

¹⁴⁷ Stockholms TR dom 1998-03-11, Ä 8-151-96 och Ä-7-97, s. 10.

¹⁴⁸ Exempelvis godtogs detta principiellt i C-62/86 *AKZO*, Commission decision 88/138/EEC *Hilti* och Commission decision 92/163 *Tetra Pak II* OJ L72/1 [1992] även om prisdiskrimineringen i sig inte kunde godtas här. Se även Lang & O'Donoghue, *Defining legitimate competition*, s. 104ff, som framhåller att priser under konkurrentens kan utgöra missbruk, men inte att begära samma pris (se not 56).

¹⁴⁹ Jämför med följande uttalande: ”The dominant position thus referred to relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers.” C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, p. 38.

¹⁵⁰ Enligt *Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market* bestäms den geografiska marknaden till ”the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of the products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas.”

¹⁵¹ Baumol, *Predation Criteria in the Swedish Postal Zone Price Case – A Reply*, s. 225; Pehrson & Wahl, *Marknadsdominerande företags rätt att prisdifferentiera*, s. 970f.

ett missbruk.¹⁵² Pehrson & Wahl menar att icke kostnadsmotiverade prisskillnader skulle kunna vara godtagbara skäl för prisdifferentiering i fallet om vissa särskilda omständigheter hade kunnat konstateras. Dessa omständigheter kunde vara att Postens priser, trots variationerna, var så mycket högre än CityMails priser att företagen inte priskonkurrerade; att CityMails priser redan var så höga att de medförde en betydande vinst, vilket måste kunna bemötas av Posten eftersom CityMail annars skulle vara garanterat mot priskonkurrens vilket strider mot syftet med konkurrensrätten (enligt 1 § KL ska lagen skapa förutsättningar för effektiv konkurrens); eller om den relevanta marknaden var på väg att ändras så att Posten inte längre skulle åtnjuta dominerande ställning, vilket ger det rätt att prisdiskriminera.¹⁵³ Det finns ingen praxis som visar att de angivna grunderna i sig skulle kunna utgöra godtagbara skäl för prisskillnader, men som Pehrson & Wahl själva framhåller, kan de blott aktualiseras i fall om exkluderande missbruk där endast konkurrenter och inga kunder drabbas av differentieringen.

De refererade fallen visar att tydliga kostnadsskäl alltid gör prisdifferentieringen acceptabel och det verkar i viss mån tillräckligt att efterkalkyler kan visa att så är fallet.¹⁵⁴ Det här gäller oavsett om det verkliga syftet är att tränga ut en konkurrent. Förekomsten av andra godtagbara skäl för prisdiskriminering är mer omtvistade, men livlig konkurrens på ett visst område av den relevanta marknaden kan möjligen vara godtagbart.

¹⁵² Bishop et al, *Liberalising Postal Services: On the limits of Competition Policy Intervention*, s. 37

¹⁵³ Pehrson & Wahl, *Marknadsdominerande företags rätt att prisdifferentiera*, s. 970f.

¹⁵⁴ MD 1998:15 s. 204 och 214. MD menade i det här fallet att fyrzonslistan var otillåten bl.a. p.g.a. att Posten vid aviserandet saknat styrkt kunskap om kostnaderna i de olika zonerna, men då nya kostnadsberäkningar inlämnats kunde konstateras att tillräcklig bevisning om kostnadsskäl för tvåzonslistan men inte fyrzonslistan fanns. Efterhandskalkyler som med ren tur påvisar kostnadsskäl torde dock ha mycket lågt bevisvärde.

4 Andra oskäligen avtalsvillkor

Det finns naturligtvis flera andra oskäligen avtalsvillkor än de ovan behandlade som kan utgöra exploaterande missbruk. Några sådana är för hårda restriktioner, villkor som kraftigt begränsar motpartens möjlighet att nyttja immateriell rättighet och långa bindningstider. Här är det frågan om vanliga civilrättsliga oskäligen avtalsvillkor som likväl torde kunna angripas med medlemsländernas egna lagar på området, vilket för svenskt vidkommande huvudsakligen är 36 § AvtL. Frågan är då om och vilken betydelse det har att företaget också intar dominerande ställning och missbrukar denna position för att få igenom sitt orättvisa avtalsvillkor. Är det bara en omständighet bland andra eller gör det den svaga partens sak starkare? Frågan kommer att diskuteras närmare i avsnitt 5. Nedan följer några exempel på restriktioner och förbud i dominerande företags försäljningsvillkor som kan utgöra oskälighet.

4.1 Påtvingat underpris

Ett företag med marknadsmakt som utnyttjar sin starka ställning genom att tillskansa sig ett avtal med mycket lågt pris för produkten från en leverantör, kan fällas för missbruk av dominerande ställning. Eftersom det dominerande företaget är den enda, eller åtminstone den största, kunden för den aktuella produkten kan leverantören vara så pass beroende av företaget att denna inte ser något annat val än att acceptera det i och för sig orättvisa avtalet. Förmåga att pressa priser är förvisso något som uppmuntras inom konkurrensrätten eftersom det torde medföra ökad produktionseffektivitet, men bara så länge det också kommer konsumenterna till gagn.¹⁵⁵ Situationen är sällsynt, men leverantörer och kunders klagomål på stora aktörers makt ökar i vissa medlemsländer.¹⁵⁶

Att påtvingande underpriser är ett problem framhölls i motiven till lagförslaget om förbud mot missbruk av dominerande ställning. Här uppmärksammades särskilt problemet med marknadsrabatter, d.v.s. erhållandet av icke prestationsbetingade förmåner.¹⁵⁷

Problemet berördes i fallet *CICCE*¹⁵⁸ där *CICCE*, en organisation för filmdistribution, klagade på den låga ersättning tre TV-bolag erbjöd dem för framföranderättigheter av deras filmer. EG-domstolen ansåg förvisso att TV-bolagen intog dominerande ställning med en så stark köpmakt att oskäligt låg ersättning kunde förhandlas fram. Dock saknades tillräckliga bevis på att så var fallet här, varför målet ogillades. Den bristande bevisning

¹⁵⁵ SOU 1991:56, s. 46.

¹⁵⁶ Faull & Nikpay s. 192; Commission XVI Report on Competition Policy 1986, s. 236f, p. 345-348.

¹⁵⁷ SOU 1991:59 del 2 s. 456.

¹⁵⁸ C-298/83 *CICCE v Commission of the European Communities*, [1985].

var att varken CICCE eller Kommissionen hade tagit fram uppgifter om priset för liknande produkter i andra medlemsländer trots att sådana handlingar uttryckligen begärts av domstolen. Att parterna negligerar domstolens begäran om viss bevisning som är nödvändig för att utreda saken är inte bara nonchalant utan också förödande för möjligheten att vinna i sak. Förvisso är det normalt Kommissionen som förser domstolen med bevisning över priser och kostnader i den här typen av fall, men för den skull är det riskfyllt att CICCE inte, för att ge sig själv en ärlig chans, tar fram begärd information. Enligt min uppfattning var det inte svårigheten att bestämma oskäligheten om ett pris i sig som var problemet här utan bristande inlagor till rätten.

4.2 Leveransvägran

Ett oskäligt avtalsvillkor kan också utgöras av plötslig leveransvägran till tidigare kund eller p.g.a. minsta lilla regelbrott. En leverantörs vägran att leverera till en tidigare kund kan exempelvis bero på att kunden har misskött sina åtaganden enligt parternas avtal eller att leverantören själv vill verka på den marknad där kunden finns och underlåter därmed av strategiska skäl att leverera insatsvaror till kunden. De fall av leveransvägran som är av intresse här är sanktionen av det dominerande företaget för att någon annan del av avtalet inte uppfyllts eller då förnyelse av leveransavtal förvägras, eftersom den här uppsatsen rör avtalsförhållanden och sådana inte alls finns vid direkt leveransvägran.¹⁵⁹ En sådan situation förelåg i *United Brands* där den danska distributören Olesen förvägrades fortsatta bananleveranser från UBC efter att han hade sålt bananer från Dole, en konkurrent till UBC, och inte följt de skötselinstruktioner som gällde för bananerna, t.ex. att dessa inte fick säljas gröna. Domstolen framhöll att det förvisso var tillåtet också för dominanta aktörer att vidta åtgärder för att skydda sitt varumärke och egna kommersiella intressen, men inte om det verkliga syftet var att stärka sin position och missbruka denna. I fallet konstaterades att Olesons avtalsbrott inte var av sådan art att en leveransvägran var befogad och att UBC dessutom måste ha varit medvetna om att agerandet skulle avskräcka UBC:s andra kunder från att marknadsföra konkurrenters bananer. Sanktionens avskräckande effekt skulle kunna leda till att UBC:s position på marknaden stärktes ytterligare. Något förvånande är att domstolen inte krävde bevis på att Olesen skulle komma att uteslutas från bananmarknaden p.g.a. uteblivna leveranser från UBC. Det här måste vara liktydigt med att det är ett oskäligt avtalsvillkor att kräva att en distributör endast marknadsför motpartens varumärke på en viss produktmarknad. Dylika exklusivitetsavtal medför att

¹⁵⁹ Med direkt leveransvägran avses här vägran att ingå ett nytt avtal med en ny kund. Att tvinga ett företag, även ett mycket starkt sådant, att inleda en affärsrelation med en ny kund kräver exceptionella omständigheter, se C-238/87, *Volvo v Veng*, p. 9 och C-241 & 242/91P, *RTE & ITP v Commission*, [1995] p. 50.

distributörer och andra kunder förvägras rätten att själva välja det förmånligaste alternativet i varje enskild situation.¹⁶⁰

En liknande bedömning gjordes i KKV:s ärende *Buena Vista*¹⁶¹ där frågan bl.a. rörde Buena Vistas beslut att inte längre leverera Disney-filmer som köp- och hyrkassetter till FilmTajm. Buena Vista menade att FilmTajm hade brutit mot avtalet parterna emellan genom att vid några tillfällen hyra ut videokassetter som var avsedda för försäljning. Vid en närmare granskning visade det sig dock att orsaken till de upphörda leveranserna var FilmTajms lågprispolitik, vilket inte utgjorde ett godtagbart skäl att avbryta avtalsförhållandet. KKV framhöll vidare att även om uthyrning av köpfilmer hade varit det verkliga skälet till upphörandet av leveranserna var detta en orimlig sanktion jämfört med avtalsbrottet. Leveransvägran utgjorde därmed ett missbruk av dominerande ställning.

I ett *STIM*-ärende ålades *STIM* genom ett interimistiskt beslut att upplåta framföranderättigheter till musikaliska verk i några TV-kanaler under tiden ersättningsfrågan för rättigheten avgjordes. Stockholms TR menade att vägran att upplåta framföranderätt under pågående tvist kunde jämföras med en leveransvägran, vilket kunde medföra att TV-kanalerna måste upphöra med vissa sändningar. Sändningsuppehållen kunde i sin tur åsamka stora skador för dem.¹⁶²

Det kan sammantaget konstateras att en dominerande aktör har långtgående krav på sig att leverera till tidigare kunder och att detta även gäller vid mindre avtalsbrott från kundens sida samt under pågående rättstvist.

Det finns dock godtagbara grunder för leveransvägran även för dominanta aktörer. Enligt praxis tillhör bristande betalningsförmåga och risk för allvarlig skada på leverantörens varumärke eller rykte sådana grunder. I ärendet *Telia AB*¹⁶³ vägrade *Telia* att upplåta betalsamtal för samtal med sex- eller våldsinnehåll, vilket godtogs av KKV sedan *Telia* visat den negativa goodwill denna typ av samtal åsamkat dem. Vad gäller bristande betalningsförmåga uttalade KKV i ärendet *Trollhättan Energi*¹⁶⁴ att en dominerande aktör brukar ha rätt att vägra fortsatt leverans tills full betalning erlagts för tidigare leveranser. Emellertid kan även det vara missbruk av dominerande ställning i vissa situationer, t.ex. vid konkurs eller ackord. Här hade dominanten erbjudit en avbetalningsplan m.m. varför förfarandet inte ansågs utgöra missbruk.

¹⁶⁰ Exklusivitetsavtal bedöms oftast under art. 81, och det finns ofta möjligheter att erhålla undantag enligt art 81(3). Angående försäljningsrestriktioner se *Dior* och *Lancôme* i *Report on Competition Policy* 1974 (Vol IV), s. 60 och Commission Decision 92/33/EEC *Yves Saint Laurent*, OJ L12/24 [1992].

¹⁶¹ KKV:s beslut 1996-06-07, Dnr 1413/94, *Buena Vista*.

¹⁶² Stockholms TR, mål T 8-768-96, domen fastställdes i MD 1996:23.

¹⁶³ KKV:s beslut 1995-07-28, Dnr 958/94 & 982/94, *Telia AB*.

¹⁶⁴ KKV:s beslut 1994-06-30, Dnr 821/94, *Trollhättan Energi AB*.

4.3 Långtgående förpliktelser

I fallet *SABAM*¹⁶⁵ uppkom frågan om upphovsrättorganisationen SABAM missbrukat sin dominerande ställning genom att påtvinga sina medlemmar stränga avtalsvillkor för att erhålla det skydd som organisationen erbjöd. De omtvistade villkoren rörde dels att upphovsmannen tvingades göra en generell överlåtelse av samtliga upphovsrättigheter utan åtskillnad mellan olika kategorier och dels att överlåtelsen avsåg såväl rätten till nuvarande krav som rätten till framtida verk. Dessutom förbehöll sig organisationen dessa rättigheter under fem år efter medlemmens utträde. EG-domstolen framhöll att den här typen av villkor förvisso framstod som oskäliga transaktioner, men att hänsyn också måste tas till vikten av att aktuella organisationer övertar den mängd rättigheter som behövs för att verksamheten ska kunna tjäna sitt syfte. Verksamhetens syfte i stort ansågs vara att skydda enskilda medlemmar gentemot viktiga användare och distributörer. EG-domstolen konstaterade slutligen att:

”ett företag med dominerande ställning enligt artikel 86 [82] , som har anförtrotts att förvalta upphovsrätt, påtvingar sina medlemmar skyldigheter som inte är absolut nödvändiga för att uppnå dess samhällsliga syfte och därigenom otillbörligt hindrar en medlem från att utnyttja sin upphovsrätt kan utgöra ett missbruk.”¹⁶⁶

Det är således ett oskäligt avtalsvillkor att tvinga sina medlemmar att acceptera mer långtgående förpliktelser än vad som är nödvändigt för att den köpta tjänstens syfte ska tillgodoses.

En liknande bedömning gjordes i fallet *Alsatel* som behandlar uthyrning av utrustning för telekommunikation. Hyresavtalet innehöll en klausul som gav uthyrningsföretaget (*Alsatel*) rätt att ensidigt höja hyran och automatiskt förlänga kontraktet femton år, vilket bedömdes som oskäligt av EG-domstolen.¹⁶⁷ Sedan *Alsatel* bedömts inneha dominerande ställning ansågs oskäligheten utgöra missbruk av denna.

4.4 Indrivande av tvistiga fordringar

Att tilltvinga sig indrivning av en omtvistad fordran eller kräva förskottsbetalning från en kund som försatts i konkurs kan utgöra ett sådant oskäligt avtalsvillkor som aktualiserar missbruk. I ärendet *Ånge Elverk AB*¹⁶⁸ tillämpade elbolaget *Ånge Elverk* en särskild princip gentemot kunder som försatts i konkurs. Konkursförvaltaren hade i dessa fall att välja mellan att antingen betala samtliga gamla skulder uppkomna före konkursdagen eller att först avstängas från elleverans under femton dagar för att sedan få

¹⁶⁵ C-127/73 *Belgische Radio en Televisie v SABAM and NV Fonior*, [1974].

¹⁶⁶ C-127/73 *SABAM*, p. 15.

¹⁶⁷ C-247/86 *Alsatel – Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique v SA Novasam*, [1988], p. 10.

¹⁶⁸ KKV:s beslut 1993-12-02, Dnr 562/93, *Ånge Elverk AB*.

elleveranser som en ny abonnent. Principerna gällde oavsett om betryggande säkerhet för framtida betalningar kunde ställas. KKV menade att syftet bakom principen var att tvinga konkursboet att ta över ansvaret för gamla skulder och därmed säkert erhålla full betalning för fordringarna som annars varit oprioriterade enligt förmånsrättslagen (1970:979).

En liknande situation förelåg i fallet *Svenska Travsportens Centralförbund*¹⁶⁹ där förbundet förbjöd vissa hästar att delta i tävlingar som påtryckningsmedel för att hästägarna skulle betala sina skulder till förbundet. Startförbudet bibehölls även sedan en konkursförvaltare tagit över hästarna. KKV menade att det var ett oskäligt avtalsvillkor att upprätthålla startförbudet mot konkursboet då det var oklart om förbundets fordran var förenad med särskild förmånsrätt. Tingsrätten, och sedermera MD, var av motsatt åsikt och framhöll att startförbudet var ett godtagbart påtryckningsmedel mot den ursprungliga hästägaren och att bolaget därefter försattes i konkurs var en ny omständighet som inte påverkade den konkurrensrättsliga bedömningen av startförbudet.

I fallet *Isover*¹⁷⁰ ansågs ett elbolag ha missbrukat sin dominerande ställning då de hotat Isover att fränkoppla dem från elnätet om de inte erlade betalning för förfallna men tvistiga fordringar. MD menade att fränkopplingen skulle medföra ett långvarigt avbrott i bolagets verksamhet vilket i sin tur skulle leda till omfattande ekonomiska skador. Här verkar domstolen ha gjort en proportionalitetsbedömning där NVSH:s intresse att erhålla betalning för vissa fordringar, som i och för sig kunde ifrågasättas, vägdes mot de skador agerandet skulle åsamka Isover. Ett påtryckningsmedel för att erhålla betalning för omtvistade fordringar som ger allvarliga konsekvenser kan alltså utgöra ett oskäligt utnyttjande av marknadsakt.

4.5 Kopplingsförbehåll

Kopplingsförbehåll innebär enligt 19 § 4p. KL och art. 82(d) i Fördraget att förvärv av en produkt knyts till annan ytterligare förpliktelse som inte naturligen eller enligt handelsbruk, hör samman med den ursprungliga produkten. Agerandet utövas ofta som ett försök att uttänja styrkan på en viss marknad till en annan där konkurrens finns för att på så sätt stärka sin ställning där. Kopplingsförbehållet kan vidare hämma utvecklingen eftersom det hindrar kunderna från att leta upp bättre alternativ. Ett avtalsvillkor som gör ett förvärv beroende av något annat kan vara oskäligt om det är till nackdel för köparen t.ex. genom att denna går miste om garanti om något annat än den kopplade varan används tillsammans med produkten och det saknas objektiva skäl härför. Det ställs normalt höga krav för att

¹⁶⁹ MD 1999:10, *KKV mot Svenska Travsportens Centralförbund*; se även Tingsrättens dom Ä 8-39-97, *Svenska Travsportens Centralförbund mot KKV* och beslut 1997-02-21, *Svenska Travsportens Centralförbund*.

¹⁷⁰ MD 2002:11 *Saint-Gobain Isover AB mot Nordvästra Skåne Södra Halland Energi AB*.

objektiva skäl ska vara förhanden.¹⁷¹ Det är vidare möjligt att ett överpris tas ut på den kopplade varan, vilket ger företaget möjlighet att komma åt monopolvinster på eftermarknaden där konkurrens finns och därmed komma runt förbudet mot överprissättning på marknaden där det är dominant. På de här sätten kan kopplingsförbehållet också betraktas som ett exploaterande missbruk. Kopplingsförbehållets exploaterande del framstår särskilt tydligt när den kopplade varan är av sådan art att kunden inte hade köpt denna utan förbehållet.¹⁷²

I fallet *Hilti*¹⁷³ villkorade företaget Hilti köp av en viss typ av patenterade spikpistoler till att också avse spikar till pistolerna. Villkoret var i och för sig inte absolut, men genom att acceptera detta fick kunden ta del av ett betydande rabattsystem. Hilti utnyttjande alltså sin ställning här genom att dels villkora köpet av spikpistoler och dels förhindra fungerande konkurrens på en marknad angränsande till den där Hilti redan intog stark ställning (marknaden för spikpistoler).¹⁷⁴ I det fallet, liksom de flesta fall rörande kopplingsförbehåll, fokuserades på konkurrensskador som uppstår på eftermarknaden. Det skulle emellertid också kunna vara intressant att bedöma beteendet utifrån de missgynnade kundernas perspektiv eftersom de kunder som inte accepterar det kopplade avtalet tvingas betala ett högre pris. Det blir i så fall också en fråga om prisdiskriminering i form av rabatter, vilket diskuterades ovan.¹⁷⁵

I Kommissionens beslut i *Hilti* framkom även att Hilti regelmässigt återkallade lämnad garanti på spikpistolerna om andra än Hiltis egna spikar användes i pistolen. Kommissionen framhöll att det kunde finnas fog för garantiåterkallande om andra spikar försämrar spikpistolens funktion, orsakar onormal nedslitning eller skadar utrustningen. Det åligger det dominerande företaget att visa så är fallet.¹⁷⁶ Ingenting i Kommissionens uttalande tyder på en presumtion att garantiåterkallelser ska vara olagliga om inte annat visas, men bevisen om att andra tillbehör är skadliga måste ha viss styrka.

¹⁷¹ Förstainstansrätten uttalade i T-30/89 *Hilti* p. 118 att det rör sig om "dangerous or at least inferior in quality to its own products".

¹⁷² Wahl, *Konkurrensskada*, s. 350.

¹⁷³ T-30/89 *Hilti AG v Commission of the European Communities*.

¹⁷⁴ En liknande situation förelåg i *Tetra Pak II* där Tetra Pak genom ett flertal klausuler hindrade kundernas möjlighet att fritt använda inköpta förpackningsmaskiner från Tetra Pak. Kopplingsförbehållet låg i att kunderna var tvungna att använda Tetra Paks kartongförpackningar, vilket omöjliggjorde konkurrens på den marknaden. T-83/91 *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities* [1994]; se även Commission Decision 92/163/EEC *Tetra Pak II*, p. 1-68.

¹⁷⁵ Det måste framhållas att EG-domstolen i *Hilti* också gjorde en bedömning utifrån de missgynnade kundernas perspektiv, se avsnitt 3.3.2.

¹⁷⁶ Commission Decision 88/138/EEC, *Hilti*, p. 79.

5 Avtalsrätten om oskälig prissättning

5.1 Överpris enligt 36 § Avtalslagen

Rätten till fri prissättning är en av hörnstenarna inom förmögenhetsrätten och även om direkt lagregel härom saknas kommer principen åtminstone till uttryck i köplagen (1990:931). I 45 § stadgas att i fall där avtal om en varas pris saknas ska köparen betala ett *skäligt pris* med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet samt omständigheterna i övrigt.¹⁷⁷ Regelns syfte är inte att ligga till grund för allmän priskontroll eller för att bedöma generellt höga prisnivåer, utan oskäliga priser ska angripas med stöd av avtalslagen.¹⁷⁸ I NJA 1996 s. 663 konstaterade också HD att ett överenskommet pris inte kan jämkas utifrån 45 § köplagen med anledning av köplagens dispositivitet och att det i första hand är 36 § AvtL som ska tillämpas i dylika fall. Eftersom prövningen i HD var en mellandom i fråga om jämningsmöjligheter enligt köplagen gjordes ingen bedömning av priset i just det här fallet.

Ett oskäligt högt pris kan alltså jämkas med stöd av 36 § AvtL. I förarbetena till paragrafen anges att såväl ett angivet pris som prispåverkande villkor t.ex. indexklausuler kan bedömas utifrån generalklausulen.¹⁷⁹ Prisbedömningar bör huvudsakligen aktualiseras vid långvariga avtal där utvecklingen blivit annorlunda än vad parterna ursprungligen antagit, kanske p.g.a. inflation eller deflation. Jämkning skulle även kunna ske till förmån för en part som vid avtalets ingående intagit en starkare ställning men som sedan försvagats. 36 § kan dock bli tillämplig även i andra fall än förändrade omständigheter. Prispåverkande villkor kan vara oskäliga om dessa grundas på en skönsmässig bedömning eller ett orimligt index. Om avtalet däremot innehåller en prisregleringsklausul som föreskriver att priset förändras i takt med att kostnaderna för produkten höjs kan detta inte ifrågasättas med stöd av generalklausulen även om utvecklingen har blivit annorlunda än parterna förutsett. Sett tillsammans med motiven till ÄKL ligger bevisbördan på den som påstår att kostnaderna har ökat.¹⁸⁰ Som exempel anges i utredningen att 36 § AvtL också har betydelse som komplement till reglerna om ocker i 31 §. För att ocker ska vara för handen ställs höga krav på att den starkare parten missbrukar motpartens oförstånd, vilket är att medvetet lura någon. Utredningen föreslog att paragrafen skulle kunna användas i lindrigare fall av ocker, men var inte beredda att klargöra hur långt regeln kan användas. Det ansågs vara upp till rättstillämpningen

¹⁷⁷ Regeln kan jämföras med 1905 års köplag som föreskrev att det högsta pris som inte är oskäligt ska utgöra köpeskillingen.

¹⁷⁸ Bernitz, *Svensk marknadsrätt*, s. 86f.

¹⁷⁹ SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*, om pris se s.164-167.

¹⁸⁰ SOU 1978:9 *Ny konkurrensbegränsningslag*, s. 235.

att avgöra hur regeln kunde tillämpas i fråga om prissättning i det enskilda fallet. Vidare uttalades att ”det bör således finnas möjlighet till jämkning av priset där överlägsen part missbrukat sin maktställning”.¹⁸¹

Trots att förarbetena klart visar 36 § skulle kunna användas för att ogiltigförklara, jämka eller på andra sätt angripa uttagandet av överpris av en dominant aktör har frågan ännu inte prövats i domstol. I ett fall har emellertid HD funnit skäl att jämka ett underpris grundad på en prisrelaterad indexklausul med stöd av 36 § AvtL.¹⁸² Det var här frågan om ett 49-årigt arrendeavtal som ingåtts 1950 där den bestämmelse som reglerade priset ansågs föråldrad p.g.a. att ersättningen reglerades i förhållande till priset på 100 kg höstvetete. Då arrendeavgiften vid avtalets tillkomst hade motsvarat priset för jämförliga arrenden på orten och nu uppvisade ett klart underpris i jämförelse med dessa ansåg HD att priset kunde jämkas. HD fastslog att priset årligen skulle justeras i enlighet med konsumentprisindex. Fallet visar att 36 § kan användas vid oskäligt påtvingad underprissättning, vilket enligt *CICCE*-fallet¹⁸³ också kan utgöra missbruk av dominerande ställning.

Det är svårt att finna någon förklaring till varför så få fall behandlar oskälig prissättning. Det kan tyckas som en självklar orsak att avtal aldrig ingås om priset är för högt i förhållande till vilket värde produkten har för kunden och att oskäliga priser därför inte förekommer. Argumentet håller dock inte för situationer där kunden är fullständigt beroende av en viss produkt och denna bara tillhandahålls av en leverantör. Leverantören kan här med lätthet utnyttja motpartens beroendesituation till att ta ut oskäligt högt pris och det är möjligt att kunden aldrig får vetskap om oskäligheten eftersom denna knappast känner till leverantörens produktkostnader. När 36 § AvtL tillämpas angående oskälighet ska en avvägning mellan å ena sidan den svagare partens skyddsbehov och å andra sidan principen *pacta sunt servanda* göras. Paragrafen syftar inte till att korrigera varje oskälig situation utan en god affär kan fortfarande bestå, men vid uppenbara missförhållanden ska jämkning kunna ske.¹⁸⁴

I fallet *Leasingavgift*¹⁸⁵ bedömdes frågan huruvida en klausul som gav leasingbolaget rätt att höja leasingavgiften i enlighet med rådande marknadsränta var oskälig. Klausulen hade tillämpats på så sätt att avgiften höjdes då statsskuldräntan höjdes, men sänktes inte när statsskuldräntan på motsvarande sätt sjönk. Trots att det inte framgick av klausulen, kunde denna tolkas som att avse ändrad leasingavgift såväl vid höjning som vid sänkning av rådande ränteförändringar på marknaden. Både HovR och TR menade att en överdebitering hade skett varmed återbetalning skulle ske. Bedömningen grundades på en noggrann kalkylering utifrån fakturor,

¹⁸¹ SOU 1974:83, *Generalklausul i förmögenhetsrätten*, s. 165.

¹⁸² NJA 1983 s. 385 *Bostadsarrende i Löddeköpinge*.

¹⁸³ C-298/83 *CICCE*.

¹⁸⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 287 och 292.

¹⁸⁵ Svea Hovrätt, mål 905/00 av den 29 oktober 2001, *Leasingavgift*. Målet har överklagats till HD som har beviljat prövningstillstånd, 27 maj 2002, Mål T3233-01; PT T 4233/01, men ännu ej avgjort fallet.

förändrade bankräntor, förändrade penningmarknadsräntor och refinansieringsräntan.¹⁸⁶

I det här fallet tolkades avtalsvillkoret så att leasegivaren ägde rätt att ändra avgiften i enlighet med marknadsräntan som att ändring skulle ske likformigt och lojalt, men att själva *tillämpningen* varit oskälig varpå överdebitering hade skett. Om leasingbolaget hade intagit dominerande ställning på den relevanta marknaden skulle tillämpningen ev. även kunnat utgöra missbruk av dominerande ställning. Det finns i och för sig ingenting i domen som tyder på att en sådan bedömning skulle kunna göras, men leasingbolaget intog inte heller någon stark ställning på marknaden. Sett i ljuset av EG-domstolens dom i *Alsatel*¹⁸⁷ där ensidiga avgiftshöjningar och kontraktsprolonger ansågs utgöra missbruk av dominerande ställning torde emellertid även ränteklausulen i fallet *Leasingavgift* kunna utgöra ett missbruk.

När det gäller ett diskriminerande villkor kan detta kanske i och för sig uppfattas som skäligt, men definitivt framstå som oskäligt vid en jämförelse med motpartens andra avtal. Här ligger dock ett stort problem, hur ska en liten kontraktspart veta vad andra betalar? Rabattsystem som erbjuds av dominanta aktörer får inte hemlighållas, utan kriterierna för deras beviljande ska framgå för alla handelsparter. EG-domstolen framhöll i *Michelin*¹⁸⁸ att bristen på insyn i det ifrågasatta rabattsystemet och bristen på skriftliga bekräftelser på villkoren för rabatt var en försvårande omständighet. KKV har intagit en liknande ställning i beslutet *Privpak*¹⁸⁹ angående Postens beviljande av rabatter baserade på årsvolym. Här konstaterades att bristen på bevis över vilka konsekvenser som följer när stipulerad försäljningsvolym inte uppfylls av kunden utgör en särskilt försvårande omständighet.

Även om vissa rabattsystem faktiskt offentliggörs är det troligt att många särskilda villkor förhandlas fram i det fördolda eftersom enskilda avtal nästan alltid är hemliga, utom de som faller under lagen om offentlig upphandling. Det kommer då i princip krävas att KKV eller Kommissionen genomför en s.k. gryningsråd enligt 45 § KL för att få tillgång till informationen.

5.2 Relationen mellan konkurrenslagen och avtalslagen

Så här långt i uppsatsen står det klart att en, av någon anledning, svagare part kan komma till rätta med oskäliga avtalsvillkor antingen genom 36 § AvtL eller genom 19 § KL. Det kan ifrågasättas om paragraferna, på det här relevanta området, överlappar varandra eller åsyftar skilda situationer. Enligt nuvarande praxis verkar det finnas en outtalad uppfattning om att

¹⁸⁶ Svea Hovätt, mål 905/00 av den 29 oktober 2001, *Leasingavgift*.

¹⁸⁷ C-247/86 *Alsatel*.

¹⁸⁸ C-322/81 *Michelin*, p. 83.

¹⁸⁹ KKV:s beslut 1994-05-30, Dnr 152/94, *Privpak*.

frågor rörande konkurrensrätt tillhör marknadsrätten (och inte förmögenhetsrätten).¹⁹⁰ Trots att det hittills har funnits en viss motvilja angående tillämpningen av konkurrensrättsliga regler i de allmänna domstolarna står denna möjlighet alltså till buds. I och med att HovR i SAS-fallet tillämpade 19 § KL för bedömningen kring otillåten prisdiskriminering och avtalets ogiltighet, är det möjligt att nämnda motvilja är på väg att luckras upp.

Även om KL och 36 § AvtL i viss mån kan täcka samma situationer är det viktigt att ha i åtanke att de tjänar olika syften. Konkurrenslagens primära syfte är att skapa ekonomisk effektivitet och främja eller åtminstone inte motverka skäliga marknadsuppträdanden och sociala värden. För EU:s vidkommande gäller dessutom att konkurrensreglerna ska underlätta integration på den gemensamma marknaden.¹⁹¹ 36 § AvtL grundas på den s.k. skyddsprincipen vars primära syfte är att skydda handelsparter mot otillbörligt utnyttjande.¹⁹² En viktig skillnad ligger i att KL lagtekniskt *per se* förbjuder något medan AvtL kräver en enskild bedömning även om domstolarna även här anmodas att göra en så principiell prövning som möjligt. I SAS-fallet ansågs villkoret om SAS betalningsansvar utgöra ett missbruk av dominerande ställning, trots att detta vid avtalets ingående ansågs skäligt. Med hänsyn till efterkommande omständigheter blev emellertid *tillämpningen* av villkoret oskäligt; resonemanget här följer i stort det som gäller för AvtL.

I förarbetena till KL framhålls att MD ska ha det yttersta ansvaret för rättstillämpningen här, även om allmän domstol får avgöra vissa fall om konkurrensrätt.¹⁹³ I MD görs bedömningen i form av en förbudsprocess där ett företags beteende generellt kan förbjudas medan allmänna domstolars civilprocess omfattar en enskild bedömning i varje fall. Förbudsprocessen karaktäriseras av en typiserad bedömning om ett visst avtalsvillkor är oskäligt mot kunder sedda som ett kollektiv, låt vara mot bakgrund av en konkret situation. Civilprocessen avser istället frågan om det i ett visst fall, med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter, är otillbörligt att tillämpa villkoret.¹⁹⁴ I förarbetena till 36 § AvtL betonas att avtalsvillkor som i och för sig kan verka skäliga ändock kan anses oskäliga i ett specifikt fall.¹⁹⁵ Det här gör att en allmän domstol inte är bunden av att marknadsdomstolen kan ha konstaterat att avtalsvillkoret inte är oskäligt vid

¹⁹⁰ Uttalandet grundar jag på att HD i skrivandets stund (november 2003) inte har avgjort ett enda mål med stöd av KL och Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 20. Stockholms Tingsrätt tillämpade dock EG:s konkurrensregler i mål T 7-358/92 av den 11 oktober 1993, *Kvaerner mot Ahlström*.

¹⁹¹ Andersson, *Dispositionsprincipen*, s. 67.

¹⁹² Adlererutz, *Avtalsrätt I*, s. 287-289; Jansohn & Kjellin, *Vad är oskäligt?*, s. 16.

¹⁹³ Prop 1992/93 s. 34-36.

¹⁹⁴ Prop 1971:15, *Avtalsvillkorlagen*, s. 63. I MD 1998:15 *Konkurrensverket mot Posten Sverige AB (CityMail)* bedömdes postens agerande på hela den svenska marknaden, där varierande portoavgifter bedömdes skada inte bara konkurrenten CityMail utan även postens kunder som diskriminerades. I HD T 1477/02 *SAMI* bedömdes bara huruvida ersättningsanspråket på Hotell du Nord var oskäligt.

¹⁹⁵ SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*, s. 117.

en tillämpning av avtalsvillkorlagen (Lag (1994:1512) om oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden).¹⁹⁶ Det är möjligt att bedömningen enligt KL är mer generell jämfört med bedömningen enligt 36 § AvtL, utan att för den skull vara så allmänt hållen som enligt avtalsvillkorlagen. 36 § AvtL torde nämligen kräva en detaljerad proportionalitetsbedömning med hänsyn till fler faktorer än 19 § KL p.g.a. att 36 § är en allmän generalklausul utan angivande av vad som är oskäligt. Dessutom är svenska domstolar bundna av EG-domstolens domar rörande art. 82 i Fördraget, vilka ofta är generellt utformade och svenska domstolar behöver inte göra en lika omfattande analys för tillämpandet av en bestämmelse som redan avgjorts där av dem jämfört med frågor som aldrig tidigare har behandlats.

Utifrån det här kan slutsatsen dras att 19 § KL också innehåller ett mått av skyddsprincip och också kan komma att kräva en behandling i det särskiljda fallet. Hur frågan ska bedömas och vilken instans parten ska vända sig till beror naturligtvis på sakens natur. Om parten framförallt är intresserad av att erhålla ett skadestånd ska talan direkt väckas vid allmän domstol,¹⁹⁷ som också kan ogiltigförklara ett avtalsvillkor *ex tunc*. Bedömningen av avtalets skälighet och giltighet kan även göras av de marknadsrättsliga instanserna, men deras uppgift torde snarare vara att tillrättavisa beteenden som skadar balansen på marknaden än till att bedöma en enskild kunds skada, även om sådant alltjämt kan bedömas även här.¹⁹⁸

¹⁹⁶ SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*, s. 106.

¹⁹⁷ Jfr Prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*, s. 96.

¹⁹⁸ Jfr KKV:s beslut 1996-03-05, Dnr 712/94 och Dnr 1302/93.

6 Sammanfattande slutsatser

Enligt 19 § KL är det förbjudet för företag med dominerande position på sin relevanta marknad att utnyttja sina kunder genom att avkräva dem överpriser eller andra oskäligen priser. EG-domstolen har i ett par rättsfall fastslagit att överpris definieras som en överdriven diskrepans mellan en produkts pris och dess ekonomiska värde. Produktens ekonomiska värde är många gånger vanskligt att konkret bestämma eftersom det torde variera kunder emellan och beroende på vilka alternativ som står till buds. I syfte att konkretisera värdet kan ett flertal olika analysverktyg användas och det kan i svåra fall vara lämpligt att använda flera av dessa för att få fram ett acceptabelt jämförelsetal.

En möjlighet att bestämma produktens ekonomiska värde är att tillämpa produktionskostnadsmetoden som tar sin utgångspunkt i de kostnader produkterna gör anspråk på med tillägg för en skälig vinstnivå. Om skillnaden mellan det framtagna skäliga priset och det faktiska priset är avsevärd torde ett överpris kunna konstateras. Här görs alltså en jämförelse mellan godtagbart och faktiskt vinstpåslag. Det saknas emellertid en generellt gällande måttstock som påvisar för hög vinstmarginal; en sådan vore dessutom direkt olämplig eftersom detta ofta får till följd att den högsta tillåtna vinstmarginalen tillämpas vilket skadar kunderna. En bedömning måste istället göras för varje enskilt fall där faktorer som påverkar påslagets storlek kan vara produktkategori, grad av risktagande, kvantitet och marknadens dynamik. Produktionskostnadsmetoden är endast användbar i fall där produktens kostnader med säkerhet kan kvantifieras, men vem kan bestämma kostnaden för en konstnärs arbete med en tavla eller en kompositörs musikaliska verk?

Det är naturligtvis inte möjligt att bestämma kostnaden för immateriella produkter som ett upphovsrättsligt skydd och utförandet av vissa tjänster, varför det ekonomiska värdet på sådana istället ska fastställas utifrån jämförelsemetoderna. Jämförelsen kan ta sikte på företagsintern prissättning där jämförelsen avser priset för samma produkt på andra marknader, på olikheter i branschen, på priset för liknande produkter på närliggande marknader eller på vissa myndighetsföreskrifter som beskriver prisbestämning. Avsevärda prisskillnader som inte kan motiveras med objektiva godtagbara fakta ger då ett överpris.

Oskälig prissättning i form av prisdiskriminering är lättare att konstatera än överpris eftersom det här är frågan om att ett företag uppställer olika villkor för ekvivalenta transaktioner eller lika villkor för icke ekvivalenta produkter. Prisdiskriminering innebär att kunders varierande värdering av produkten i fråga utnyttjas av leverantören, vilket många gånger kan öka marknadens effektivitet. Med anledning av detta och att det i allmänhet kan ifrågasättas om prisdiskriminering verkligen är ett missbruk föreskriver lagtexten att dominantens motpart måste drabbas av en konkurrensskada

p.g.a. diskrimineringen. I EG-domstolens praxis har begreppet emellertid tolkats vidsträckt och det är troligt att konkurrensskada kan uppstå inte bara i relation till det dominanta företags andra kunder som verkar på samma marknad eller till dominanten själv utan även på vilken följdmarknad som helst. Så länge en ekonomisk skada som försvårar partens möjligheter att konkurrera på sin relevanta marknad kan visas, torde en prisdiskriminering föreligga, förutsatt att ekvivalenskravet är uppfyllt och objektivt godtagbara skäl saknas.

Förutom prisdiskriminering och överprissättning har några andra former av oskälig exploatering av dominerande ställning kunnat konstateras i praxis. I de här fallen blir det ofta frågan om en proportionalitetsbedömning där dominantens skäl för att uppställa vissa villkor vägs mot motpartens skada. Det kan vara frågan om leveransvägran till en tidigare kund, förpliktelser som sträcker sig över mycket lång tid, villkor som ger dominanten långtgående ensidiga rättigheter, att vidta åtgärder för att driva in tvistiga fordringar eller att påtvinga sin leverantör godtagande av oskäligt låga priser. En särskild form av oskäligt avtalsvillkor utgörs av kopplingsförbehåll där den svagare parten går miste om tillgängliga förmåner beträffande huvudprodukten om inte en kopplad vara också köps, vilket är förbjudet enligt 19 § 2st 4p KL.

I och med att oskälighetsbedömningar, oavsett om det gäller pris, kopplingsförbehåll eller andra villkor, alltid företas genom en bedömning i det enskilda fallet, låt vara att presumptionsregler kan förekomma, finns det omständigheter som kan rättfärdiga ett till synes oskäligt beteende. När det gäller brukande av höga priser eller differentierade priser kan dessa motiveras av dominantens kostnader för produkten ifråga. Då ett dominerande företags motparter regelmässigt befinner sig i ett mer eller mindre omfattande beroendeförhållande till detta kan dock inte vilka kostnader som helst rättfärdiga ett oskäligt pris. Kostnader som beror på att dominanten saknar incitament att effektivisera verksamheten eftersom denna i vilket fall som helst får sälja sina produkter torde inte vara acceptabla. Generaladvokat Jacobs uttalande att hänsyn ska tas till nödvändiga kostnader stödjer detta. Även om rättsläget härom ännu är oklart kan det med viss säkerhet konstateras att exceptionell ineffektivitet är grund för överpris.

Förutom direkta, verkliga kostnader finns andra godtagbara skäl till annars oskäliga villkor. När det gäller leveransvägran eller prisdiskriminering kan en påtaglig kreditrisk hos kunden vara ett godtagbart skäl. Skäl till att en viss kund erhåller ett lägre pris än andra kan vara att denna hjälper leverantören med vissa tjänster, t.ex. marknadsföring. Även i dessa situationer antas tjänstens värde motsvara storleken av prissänkningen i enlighet med principen om pris efter prestation. Omvänt torde särskilda restriktioner vara påkallade om det finns risk att kunden förorsakar dominantens produkter sämre anseende.

Flera av de oskäliga avtalsvillkor som har behandlats i den här uppsatsen träffas också av 36 § AvtL och det kan uppfattas som att denna överlappas av KL. Fallen *SAS* och *SAMI* visar i viss mån att så är fallet. Båda dessa fall rör prisdiskriminering av en dominant aktör där det förstnämnda bedömdes enligt KL 19 § och det senare utifrån en skälighetsbedömning likt den i AvtL 36 §.

Med anledning av att prövningen enligt 36 § AvtL oftast sker utifrån proportionalitetsprincipen med en avvägning i det enskilda fallet och att 19 § KL *per se* förbjuder missbruk, finns skäl att anta att KL uppvisar ett något större utrymme att komma åt oskäliga avtalsvillkor. Orsaken till min uppfattning här är att då vissa beteenden är marknadsmässigt acceptabla om god konkurrens existerar, t.ex. beträffande prissättning, kan det ibland vara tillräckligt att en dominerande ställning kan påvisas för att fördöma en dubiös oskälighet. En bedömning över parternas styrka och storlek kan visserligen även göras utifrån 36 § AvtL, men då speciallagar har företräde framför generella lagar är det troligt KL *à priori* bör tillämpas av domstolarna i de fall överlappning förekommer. Det ska dock poängteras att detta är en uppfattning som domstolar och lagstiftare ännu inte har någon åsikt om. Inte heller torde det vara av någon större betydelse eftersom mål om ogiltighet och skadestånd kan prövas enligt båda lagrummen av allmän domstol och dessutom utgör indispositiv rätt vilket beaktas av domstolen utan särskilt åberopande.

Litteraturförteckning

Åberopad litteratur och artiklar

- Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt I*, Studentlitteratur, 10 uppl., Lund, 1995
- Anderman Steven, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights – the Regulation of Innovation*, Oxford University Press, Oxford 1998
- Andersson Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, Iustus förlag, Uppsala, 1999
- Aronsson Britt, *Prisdifferentieringens janusskifte – prisdifferentieringar mot mellanled som ett konkurrenspolitiskt problem*, Akademityck, Stockholm, 2000
- Axelsson Björn & Hellman Jens Laage, *Inköp: en ledningsfråga: en bok om styrning, organisation och ledning av strategiskt inköpsarbete*, Sveriges Mekanförb., Stockholm 1991
- Baumol William, *Predation Criteria in the Swedish Postal Zone Price Case – A Reply*, E.C.L.R. issue 4, 2000, s. 225-231
- Bellamy Christopher & Child Graham, *The European Law of Competition*, 5 uppl., London, 2001
- Bernitz Ulf, *Konkurrens och priser i Norden*, AB Egnellska Boktryckeriet, Stockholm, 1971
- Bernitz Ulf, *Prisdiskriminering*, SvJT 1979, s. 513-537
- Bernitz Ulf, *Mera om prisdiskriminering*, SvJT 1981, s. 44-47
- Bernitz Ulf, *Svensk marknadsrätt*, Jurisförlaget JF AB, 3 uppl., Stockholm 1991
- Bernitz Ulf, *Missbruk av dominerande ställning i form av prisdiskriminering – restitution och betalningsbefrielse*, Europarättslig Tidskrift, 2003 nr. 2, s. 382
- Bishop William & Walker Mike, *The Economics of EC Law: concepts, application and measurement*, 2 uppl, London 2002
- Bishop William, Caffarra Christina, Kühn Kai-Uwe & Whish Richard, *Liberalising Postal Services: On the limits of Competition Policy Intervention*, Centre of European Law, Occasional Paper Series 1, Kings College, London 1998
- Carlsson Kenny, Söderlind Erik & Ulriksson Magnus, *Konkurrenslagen – En kommentar*, Nordstedts Tryckeri AB, Stockholm 1999
- Craig Paul & De Búrca Gráinne, *Eu Law – text cases, and materials*, Oxford University Press, 2 uppl., Oxford 1998
- Ekelöf Dan, *Immaterialrätterna och Konkurrenslagen*, artikel i *Konkurrens på reglerade marknader – hur långt kan konkurrenslagen tillämpas?* Red. Bernitz, Ulf och Edwardsson, Eva, Jure AB, Stockholm 1999
- Faull Jonathan & Nikpay Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999
- Furse Mark, *Monopoly Price Discrimination – Article 82 and the Competition Act*, E.C.L.R., 2001, s. 149-155
- Henriksson Lars, *Rätten till priskonkurrens – I marknadsdominans*, MercurIUS, Stockholm 2003

- Hård Tom, *Prisdiskriminering eller prisdifferentiering?*, SvJT 1980, s. 115-122
- Jansohn Åsa & Kjellin Henrik, *Vad är oskäligt? En analys av 36 § AvtL*, Handelsrättslig skriftserie nr 2, Institutionen för handelsrätt Lunds Universitet, Lund 1990
- Lang John Temple, *Monopolisation and the definition of "abuse" of a dominant position under article 86 EEC Treaty*, C.M.L.R. vol. 16, 1979, s. 345-364.
- Lang John Temple, *Media, Multimedia and European Community Antitrust*, http://eu.int/comm/speeches/text/sp1997_070_en.pdf [senast besökt 2003-11-15]
- Lang John Temple & O'Donoghue Robert, *Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under article 82 EC*, Fordham International Law Journal, 2002, s. 83-162
- Konkurrensverkets årsredovisning 1997
- Korah Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 5 uppl. Sweet & Maxwell, London 1994
- Parkin M, Powell M, Matthews K, *Economics*, Addison Wessly Longman, 3 uppl., Edingburgh, 1997
- Pehrson Lars & Wahl Nils, *Marknadsdominerande företags rätt att prisdifferentiera*, JT 1998-99, s. 960-972
- Pigou Arthur Cecil, *The Economics of Welfare*, Macmillan and Co, Limited, London, 1920
- Post- och Telestyrelsens promemoria 16 april, 2002, 02-2257, Ny kakylmodell – LRIC-metoden
- Sahlin, *Prisdiskriminering*, SvJT 1981, s. 561-564
- Siragusa Mario, *The application of article 86 to the pricing policy of dominant companies: discriminatory and unfair prices*, C.M.L.R., Vol. 16, 1979, s. 179-194
- Smith Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*; edited with an introduction by Kathryn Sutherland, Oxford University Press, Oxford 1998
- Springer Ulrich, *Borden and united Brands Revisited: A Comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law*, E.C.L.R., 1997, s. 42-53
- Sundbom Per-Arne & Larsson Pernilla, *Konkurrenshinder för småföretag: En studie av klagomålsärenden*, Konkurrensverkets rapportserie 1998:2, Stockholm, 1998
- Svensson Carl Anders, Stenlund Anders, Brink Torsten & Ström Lars-Erik, *Praktisk marknadsrätt*, Nordstedts juridik AB, 7 uppl., Stockholm 2002
- Wahl Nils, *Konkurrensskada – Skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen*, JureCLN AB, Stockholm 2002
- Van Bael Ivo & Bellis Jean-François, *Competition Law of the European Community*, CCH Editions Limited, 2 uppl., Bicester 1990
- Wetter Carl, Karlsson Johan, Rislund Olle & Östman Marie, *Konkurrenslagen – en handbok*, Thomson fakta; Advokatfirman Vinge, 2 uppl., Stockholm 2002

Yard Stefan, *Kalkyler för investeringar och verksamheter*, Studentlitteratur,
2 uppl., Lund 2001

Rättsfallsförteckning

Åberopade rättsfall från EG-domstolen och Förstainstansrätten

- C-24/67 *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm* [1968] ECR 55
- C-127/73 *Belgische Radio en Televisie v SABAM and NV Fonior*, [1974] ECR 51
- C-26/75 *General Motors Continental NV v Commission* [1975] ECR 1367
- C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission* [1978] ECR 207
- C-85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461
- C-22/78 *Hugin v Commission* [1979] ECR 1869
- C-322/81 *Nederlandsche Baden-Industrie Michelin NV v Commission* [1983] ECR 3461
- C-298/83 *Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes (CICCE) v Commission* [1985] ECR 1105
- C-226/84 *British Leyland Public Lts Company v Commission* [1986] ECR 2479
- C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission*, [1991], ECR I-3359
- C-66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisbüro GmbH v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* [1989] ECR 803
- C-247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v SA Novasam* [1988] ECR 5987
- C-30/87 *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées* [1988] ECR 2479
- C-238/87 *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd* [1988] ECR 6211
- C-395/87 *Ministère public v Jean-Louis Tournier* [1989] ECR 2521
- C-110, 241-242/88 *Francois Lucazeau and others v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and others*, [1989] ECR 2811
- T-30/89 *Hilti AG v Commission of the European Communities* [1991] ECR II-1439
- T-65/89 *BPB Industries plc. and British Gypsum Ltd. v Commission* [1993] ECR II-389
- C-197/90 *Merci konvensionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA* [1991] ECR I-5889
- T-83/91 *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities (TetraPak II)* [1994] ECR II-755
- C-241-242/91 P *RTE and ITP v Commission* [1995] ECR I-808
- C-18/93 *Corisca Ferries Italia Srl mot Corpo dei piloti del porto di Genova*, [1994] ECR I-1783
- C-310/93P, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v Commission*, [1995], ECR I-865
- T-229/94 *Deutsche Bahn AG v Commission* [1997] ECR II-1689
- C-333/94 P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951

C-157/97 and C-148/97 *Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZH) and Citicorp Kartenservice GmbH* [2000] ECR I-825
C-163/99 Portugal mot Kommissionen (Portugisiska Flygplatser) [2001] ECR I-2613
C-453/99 *Courage Ltd mot Bernard Crehan och Bernard Crehan mot Courage Ltd* [2001] ECR I-06297

Åberopade beslut från Kommissionen

75/75/EEC, Commission Decision of 19 December 1974, (IV/28.851 - *General Motors Continental*) OJ L29/14
76/353/EEC, Commission Decision of 17 December 1975, (IV/26.699 – *Chiquita*), OJ L95/1, 1976
85/609/EEC, Commission Decision of 14 December 1985, (IV/30.698 – ECS/AKZO), OJ L374/1, 1985
88/138/EEC, Commission Decision of 22 December, (IV/30.787 and 31.488 – *Eurofix-Bauco v Hilti*), OJ L65/19, 1988
88/518/EEC, Commission Decision of 18 July 1988, (IV/30.178 *Napier Brown - British Sugar*), OJ L248/41, 1988
89/22/EEC, Commission Decision of 19 December 1990, (IV/31.900 – *BPB Industries plc.*) OJ L10/50, 1989
92/33/EEC, Commission Decision of 16 December 1991, *Yves Saint Laurent*, OJ L12/24 1992
92/163/EEC, Commission decision of 24 July 1991, (IV/31043 *Tetra Pak II*), OJ L72/1, 1992
Commission decision of 11 March 1998, *Van den Bergh Foods*, OJ L246/1, 1998
1999/198/EG, Kommissionens beslut av den 10 februari 1999, (IV/35.767 – *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*), EGT L69/24, 1999
2001/463/EG Kommissionens beslut av den 20 april 2001 (COMP D3/34493 – *Der Grüne Punkt – DSD*), EGT L166/1, 2001
2001/892/EG, Kommissionens beslut av den 25 juli 2001, (COMP/C-1/36.915 *Deutsche Post AG – innehållande av internationella postförsändelser (Deutsche Post II)*, EGT L331/40, 2001

Övrigt material från Kommissionen

Commission Report on Competition Policy 1974 (Vol IV)
Commission Fifth Report on Competition Policy, 1975
Commission XIV Report on Competition Policy, 1984
Commission XVI Report on Competition Policy, 1986
Commission XXIV Report on Competition Policy, 1994
Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of Community Law, OJ C375/5, 9/12/1997,
http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relema_en.html
[senast besökt 1 december 2003]

Kommissionens pressrelease IP/97/292, *ITT Promedia N.V./Commission v Belgacom*, 1997-04-11
Kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn – Ramen, relevanta marknader och principer, EGT C 265, 22/08/1998
Kommissionens rekommendation 98/195/EG 8 januari, 1998 om samtrafik på en avreglerad telekommunikationsmarknad, EGT L73, 1998 med ändringar genom 98/511/EG, EGT L228, 1998 och K(2002) 561, EGT L58, 2002

Åberopade avgöranden från svenska domstolar

NJA 1983 s 385 *Bostadsarrende i Löddeköpinge*
NJA 1996 s. 663 *Jämkning av pris*
HD 27 maj 2002, T3233-01 och PT T 4233/01 *Leasingavgift*
HD 11 november, 2002, T 2137/01, *Luftfartsverket mot SAS*
HD 28 oktober, 2003, mål T 1477/02, *SAMI mot Hotell du Nord*

Göta Hovrätt 27 april, 2001, mål T 33/00, *Luftfartsverket mot SAS*
Svea Hovrätt 29 oktober, 2001, mål 905/00, *Leasingsavgift*

Stockholms TR 11 oktober, 1993, mål T 7-358/92, *Kvaerner mot Ahlström*
Stockholms TR 28 maj, 1997, mål T 8-768-96 och T 8-1135-96, *STIM*
Stockholms TR 27 maj, 1998, mål Ä 8-39-97, *Svenska Travsportens Centralförbund mot KKV*
Stockholms TR 11 mars, 1998, mål Ä 8-151-96 och Ä 7-97

MD 1978:19 *NO mot Marabou*
MD 1993:2 *NO mot Boråstapeter och T-konsortiet, Tapethandelns Aktieägareförening (Boråstapeter)*
MD 1996:23 *STIM*
MD 1998:5 *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) mot TV3 Broadcasting Group Ltd.*
MD 1998:15 *Konkurrensverket mot Posten Sverige AB (CityMail)*
MD 1999:10 *Konkurrensverket mot Svenska Travsportens Centralförbund*
MD 1999:12, *Nordbanken AB m. fl. mot Konkurrensverket*
MD 2002:11, *Saint-Gobain Isover AB mot Nordvästra Skåne Södra Halland Energi AB*

Åberopade beslut från Konkurrensverket

Dnr 1302/93, *STIM mot TV 3 Broadcasting Group Ltd. – prissättning av framföranderättigheter till upphovsrättsligt skyddad musik*, 1996-03-05
Dnr 118/94, *försäljning av abonnentuppgifter ur Telia-koncernens databaser*, 1994-06-16
Dnr 152/94, *Posten – distribution av postorderpaket (Privpak)*, 1994-05-30
Dnr 284/94 *Mineralgödsel*, 1994-10-24

Dnr 712/94, *STIM – missbruk av dominerande ställning avseende försäljning av framföranderättigheter till musik*, 1996-03-05
Dnr 958/94 & 982/94, *Telia AB*, 1995-07-28
Dnr 821/94, *Trollhättan Energi AB*, 1994-06-30
Dnr 1413/94, *Buena Vista Home Entertainment AB mot FilmTajm i Göteborg AB*, 1996-06-07
Dnr 344/95, *Rostock Livs*, 1995-06-06
Dnr 502/95, *Golden Air*, 1995-08-23
Dnr 61/96, *Postens avgifter för insortering i postboxar*, 1996-01-18
Dnr 395/96 *MTV Europe – prissättning av framföranderättigheter till upphovsrättsligt skyddad musik och film*, 1996-10-11
Dnr 772/96 *TV3 Broadcasting Group m.fl./STIM*, 1996-08-15
Dnr 533/1998 *Rabattsystem på fjärrvärme (Tekniska Verken)*, 1998-12-22

Offentligt tryck

Förarbeten

SOU 1951:27 & 28 *Konkurrensbegränsning – betänkande med förslag till lag om skydd mot samhällsskadlig konkurrensbegränsning*

SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*

SOU 1978:9 *Ny konkurrensbegränsningslag*

SOU 1991:59 *Konkurrens för ökad välfärd*

SOU 1997:20 *Konkurrenslagen 1993-1996*

SOU 2002:60 *Lag om elektronisk kommunikation*

Prop. 1971:15 *Förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, m.m.*

Prop. 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Prop. 1996/71:61 *Översyn av telelagen (1993:957) m.m.*

Prop. 1999/2000:140 *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*

Förordningar och direktiv

Rådets förordning nr 2342/90 av den 24 juli 1990 om lufttrafikföretags tillträde till flyglinjer i regelbunden lufttrafik inom gemenskapen och om delning av passagerarkapaciteten mellan lufttrafikföretag i regelbunden lufttrafik mellan medlemsstaterna

Direktiv 87/601/EEG av den 14 december 1987 om biljettpriser för regelbunden lufttrafik mellan medlemsstaterna