

Prisalgoritmer och prisbindning

- En konkurrensrättslig analys

Abstract

Pricing algorithms and their impact on competition has been discussed for a long period of time in the competition law community. The discussion has primarily concerned the question on how pricing algorithms may facilitate horizontal collusion in terms of price fixing and has only to a limited extent considered the question on how pricing algorithms may facilitate vertical restraints in terms of retail price maintenance. This paper therefore investigates the question on how pricing algorithms may be used in the context of retail price maintenance.

In order to investigate the above mentioned question, the paper examines different kinds of pricing algorithms. It is concluded that there are mainly four types of pricing algorithms and that these are price monitoring algorithms, price comparison algorithms, algorithms for dynamic pricing and algorithms for personalized pricing. Moreover, the paper examines what retail price maintenance is and concludes that retail price maintenance is a vertical agreement entered into by manufacturers who strive to control the retail prices of their products. Retail price maintenance thereby means that manufacturers impose minimum or fixed retail prices or otherwise recommend retail prices and pressure retailers to adhere to these.

In regards to the question on how pricing algorithms may be used in the context of retail price maintenance, the paper concludes that it is mainly price monitoring algorithms and price comparison algorithms that is being used and that these are being used by both manufacturers and retailers. However, it is also concluded that the use of pricing algorithms has an influence on the incentives behind, and results of, retail price maintenance. The use of pricing algorithms incentivize retail price maintenance due to the fact that pricing algorithms increase price transparency and thereby price competition. Moreover, pricing algorithms enables manufacturers to more easily monitor retailers and make sure that they adhere to the recommended retail prices.

The paper also investigates the competition law and in regards to retail price maintenance. It is concluded that retail price maintenance is a “by object” restriction under article 101(1) TFEU and a “hardcore restriction” under the Vertical Block Exemption Regulation (no 330/2010). Lastly, the paper analyses the public enforcement of retail price maintenance. The analysis includes questions on how the Commission calculates fines and enters into settlements in cases regarding retail price maintenance. The analysis includes a review of the Commission’s decisions to fine four consumer electronics manufacturers for retail price maintenance.

Förkortningar

CMA	Competition & Markets Authority of the United Kingdom
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
KKV	Konkurrensverket
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development

Innehåll

Abstract.....	3
Förkortningar.....	5
1 Introduktion.....	9
1.1 Inledning.....	9
1.2 Syfte.....	11
1.3 Avgränsning.....	11
1.4 Metod.....	11
1.5 Material.....	13
1.6 Disposition.....	14
2 Konkurrensrättsliga utgångspunkter.....	16
2.1 Konkurrensrätt i allmänhet.....	16
2.2 Konkurrensrätt i EU.....	17
3 Prisalgoritmer.....	19
3.1 Algoritmer i allmänhet.....	19
3.2 Algoritmer för prisövervakning.....	19
3.3 Algoritmer för prisjämförelser.....	21
3.4 Algoritmer för dynamisk prissättning.....	23
3.5 Algoritmer för personlig prissättning.....	24
4 Prisbindning.....	26
4.1 Prisstyrning i allmänhet.....	26
4.2 Prisstyrning som innebär prisbindning.....	27
4.3 Prisstyrning som inte innebär prisbindning.....	28
4.4 Prisstyrning med prisövervakningssystem.....	29
5 Prisalgoritmers inverkan på prisbindning.....	30
5.1 Prisalgoritmers användning vid prisbindning.....	30
5.1.1 AT.40181 – Philips.....	30
5.1.2 AT.40182 – Pioneer.....	31
5.1.3 AT.40465 – Asus.....	32
5.1.4 AT.40469 – Denon & Marantz.....	33
5.1.5 50565-2 – Casio.....	34
5.2 Prisalgoritmers påverkan på prisbindning.....	36
5.2.1 Prisalgoritmer kan öka incitamenten till prisbindning.....	36

5.2.2	Prisalgoritmer kan förenkla prisbindning.....	37
5.2.3	Prisalgoritmer kan effektivisera prisbindning	38
5.2.4	Prisalgoritmer kan försvåra prisbindning.....	39
6	Konkurrensrättslig reglering.....	40
6.1	Konkurrensbegränsande avtal	40
6.1.1	Avtal med konkurrensbegränsande syfte	42
6.1.2	Avtal med konkurrensbegränsande resultat	42
6.1.3	Avtal som är undantagna tillämpning av förbudet	43
6.2	Avtal om prisbindning.....	45
6.2.1	Konkurrensbegränsande effekter.....	45
6.2.2	Konkurrensfrämjande effekter	48
6.2.3	Prisbindning som syftesöverträdelse	49
6.2.4	Prisbindning som särskilt allvarlig konkurrensbegränsning	51
7	Konkurrensrättslig tillsyn	54
7.1	Konkurrensrättslig tillsyn i allmänhet.....	54
7.2	Beslut om att ålägga företag med böter	55
7.2.1	Beräkning av böter i allmänhet.....	55
7.2.2	Beräkning av böter vid prisbindning.....	57
7.3	Beslut om att förlikas med företag.....	60
7.3.1	Beslut om att förlikas i allmänhet.....	61
7.3.2	Beslut om att förlikas vid prisbindning	61
8	Sammanfattning och slutsatser	64
	Källförteckning	68

1 Introduktion

1.1 Inledning

Prisalgoritmer och deras påverkan på konkurrensen har diskuterats under en längre tid inom konkurrensrätten.¹ Prisalgoritmer kan beskrivas som systematiserade och standardiserade sekvenser av instruktioner som utförs i en viss ordning för att verkställa en prisrelaterad uppgift. En prisrelaterad uppgift kan till exempel vara att övervaka priset på en viss produkt eller att anpassa priset på en viss hemsida efter priset på en annan hemsida.² Diskussionen om prisalgoritmer har främst berört frågan om hur prisalgoritmer påverkar konkurrensen genom att användas vid horisontella prissamarbeten och har endast i begränsad utsträckning beaktat frågan om hur prisalgoritmer påverkar konkurrensen genom att användas vid vertikal prisbindning.³ Det är frågan om hur prisalgoritmer påverkar konkurrensen genom att användas vid vertikal prisbindning som ska diskuteras i denna uppsats.

Prisalgoritmer kan användas inom vertikal prisbindning och påverka prisbindningen på flera olika sätt. Ett sätt är att prisalgoritmer genom att övervaka och jämföra priser kan underlätta för tillverkare att kontrollera efterlevnaden av sin prisbindning. Ett annat sätt är att prisalgoritmer genom att anpassa priser kan medföra att tillverkare som inte är prisbundna ändå tillämpar prisbundna priser och att tillverkarens prisbindning således sprids till andra produkter.⁴ Att prisalgoritmer kan påverka vertikal prisbindning på dessa sätt är dock inte det fullständiga svaret på frågan eftersom det är möjligt att det finns flera sätt än dessa. För att få ett fullständigt svar på frågan måste därför först frågor om vad prisalgoritmer och prisbindning som två separata företeelser är och hur dessa fungerar att diskuteras. Därför ska även dessa frågor diskuteras i denna uppsats.

¹ OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017 [cit. OECD, *Algorithms and Collusion*], s. 7.

² Competition and Markets Authority, *Pricing algorithms, Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalized pricing*, 2018 [cit. CMA, *Pricing algorithms*], s. 9; Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, 2019 [cit. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*], s. 4-7.

³ Se till exempel OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 18-31 och Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 15-56.

⁴ Morfey, Anna & Gueret, Amandine, *Resale Price Maintenance and Artificial Intelligence: A First Glimpse into Growing Challenges for EU Competition Law*, 2018-09-18, “www.scl.org/articles/10294-resale-price-maintenance-and-artificial-intelligence”.

Det finns flera anledningar till att frågor om prisalgoritmer och prisbindning ska diskuteras i denna uppsats. En första anledning är att prisbindning under en lång tid har ansetts medföra konkurrensbegränsande effekter och därför har varit förbjudet enligt det konkurrensrättsliga regelverket. De konkurrensbegränsande effekterna som prisbindning har ansetts medföra har emellertid ifrågasatts på senare tid och konkurrensfrämjande effekter har istället framförts.⁵ Att prisalgoritmer används vid prisbindning och påverkar prisbindningen på flera olika sätt medför att både de konkurrensbegränsande och de konkurrensfrämjande effekterna kan skifta och att regelverket av denna anledning bör ifrågasättas än mer.

En annan anledning till att frågor om prisalgoritmer och prisbindning ska diskuteras är att prisbindning är en av de mest använda vertikala konkurrensbegränsningarna och att konkurrenstillsyn över prisbindning därför prioriteras.⁶ Denna anledning har anknytning till det faktum att Europeiska kommissionen (härefter ”Kommissionen”) för första gången på femton år beslutade att bötfälla fyra företag för vertikal prisbindning. Samtliga av dessa beslut adresserade dessutom frågan om användning av prisalgoritmer i samband med prisbindning. Kommissionens beslut åskådliggjorde inte enbart att konkurrenstillsyn över prisbindning prioriteras utan även att sådan tillsyn kan ske i form av förlikningsförfaranden. Att tillsyn kan ske i form av förlikningsförfaranden innebär att företag kan få sina böter nedsatta.⁷

Med hänsyn till dessa anledningar ska frågor om prisalgoritmer och prisbindning diskuteras i denna uppsats. Som anledningarna ovan antyder ska frågorna också kopplas till den konkurrensrättsliga regleringen och den konkurrensrättsliga tillsynen. Uppsatsen kommer således att besvara ett antal frågor om prisalgoritmer och prisbindning och deras förhållande till regelverket och tillsynen.

⁵ Se till exempel Wijckmans, Frank, Tuytschaever, Filip, Lindblom, Fredrik, Molin, Kristoffer, Wettergren, Maja & Widén, Sanna, *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, Karnov Group Sweden, Visby, 2018 [cit. Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*], s. 423-425 och Ioannis, Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, European Competition Law Review, vol. 37(3), 2016, s. 114-121 [cit. Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*], s. 114-118.

⁶ Europeiska kommissionen, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, Bryssel, 2017, 229 final av den 10 maj 2017 [cit. Kommissionen, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*], p. 29; Graf York von Wartenburg, Clemens, Falls, Craig & Okkonen, Michael, *EU fines for resale price maintenance are symptoms of broader challenges faced by today's consumer-goods manufacturers*, European Competition Law Review, vol. 39(11), 2018, s. 495-498 [Graf York von Wartenburg m.fl., *EU fines for resale price maintenance are symptoms of broader challenges faced by today's consumer-goods manufacturers*], s. 498.

⁷ Se Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, och Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*.

1.2 Syfte

Uppsatsen syftar till att undersöka hur prisalgoritmer påverkar konkurrensen genom att användas vid prisbindning utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv. Det konkurrensrättsliga perspektivet som kommer att anläggas är EU-rättsligt och behandlar ändamålen med konkurrensrätten samt den konkurrensrättsliga regleringen och tillsynen. För att uppfylla uppsatsens syfte kommer följande frågeställningar att användas:

1. Vad är prisalgoritmer och prisbindning och hur fungerar de?
2. Hur kan prisalgoritmer användas vid prisbindning och hur påverkar denna användning prisbindningen?
3. Hur ser EU:s konkurrensrättsliga reglering och tillsyn ut avseende prisbindning och är regleringen och tillsynen ändamålsenlig?

1.3 Avgränsning

Uppsatsens undersökning och utvärdering av den konkurrensrättsliga tillsynen avgränsas till frågor avseende beslut om att bötfälla företag samt beslut om att förlikas med företag. Anledningen till denna avgränsning är att det är dessa frågor som aktualiseras som följd av Kommissionens beslut om att bötfälla fyra företag för prisbindning.

1.4 Metod

Uppsatsens syfte förverkligas med den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metodens syfte är dels att fastställa de rättsregler som är tillämpliga på ett rättsligt problem och förklara rättsreglernas innehåll, dels att tillämpa rättsreglerna på det rättsliga problemet.⁸ Syftet kan även sägas vara att rekonstruera en rättsregel. Rekonstruktionsövningens utgångspunkt är användandet av de allmänt accepterade rättskällorna och rättskällevärdet.⁹ Övningen innebär därmed att lagstiftning ska beaktas, förarbeten och rättspraxis bör beaktas samt att doktrin får beaktas.¹⁰ Resultatet av rekonstruktionsövningen återspeglar den rättsdogmatiska metodens analys av *de lege lata*.¹¹ Den rättsdogmatiska metoden kan emellertid även innefatta en analys av *de lege ferenda*.¹² Uppsatsens syfte uppfylls därmed genom att både undersöka hur

⁸ Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [cit. Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*], s. 29-30.

⁹ Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 21.

¹⁰ Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 28-29.

¹¹ Latin för "lagen som den är".

¹² Latin för "lagen som den borde vara". Se Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 40-41; Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning, vol. 3, 2005, s. 249-272, på s. 249-250.

rättsreglerna är och sedan utvärdera hur rättsreglerna bör vara. Rättsreglerna som används i uppsatsen är EU-rättslig. För att tolka och tillämpa EU-rättsliga regler och därvid rekonstruera en sådan rättsregel behöver den EU-rättsliga metoden användas. Den EU-rättsliga metoden syftar till att fästa avseende vid EU-rättens särdrag och innebär bland annat att en annan rättskällevärdelse används och att rättsreglerna tolkas annorlunda.¹³

Avseende rättskällorna kan dessa delas in i två kategorier, nämligen primärrätt och sekundärrätt. Primärrätten är den överordnade rättskällan och består av de grundläggande fördragen medan sekundärrätt innefattar de rättsakter som utfärdas med stöd av de grundläggande fördragen.¹⁴ Sekundärrätt kan vara bindande, såsom förordningar, direktiv och beslut, eller icke bindande, såsom rekommendationer och yttranden.¹⁵ Utöver primärrätt och sekundärrätt innefattar rättskällor från EU även oskrivna rättskällor såsom domstolarnas rättspraxis och allmänna rättsprinciper.¹⁶ Domstolarnas rättspraxis är särskilt viktig inom EU-rätten eftersom de skrivna rättskällorna många gånger är vaga och ger begränsad vägledning.¹⁷ Angående rättsreglernas tolkning ska teleologisk tolkning användas. Teleologisk tolkning innebär att en rättsregel tolkas utifrån de mål som rättsregeln syftar till att uppfylla.¹⁸ EU-rättsliga regler tolkas utifrån de mål som fastställts i fördragen. Ett sådant mål är målet att upprätta en inre marknad.¹⁹ Målet att upprätta en inre marknad är därför vägledande för hur rättsregler ska tolkas. Utöver teleologisk tolkning används även textuell tolkning och tolkning utifrån rättsreglernas sammanhang.²⁰

Det konstaterades ovan att rättsreglerna som beaktas i förevarande fall är EU-rättsliga och att det därför måste fästas avseende vid EU-rättens särdrag. Det måste också konstateras att rättsreglerna som används är konkurrensrättsliga och att det även konkurrensrättens särdrag måste beaktas. Ett av konkurrensrättens särdrag är att konkurrensrätten påverkas av ekonomisk teori och att konkurrensrättsliga bedömningar är beroende av ekonomiska modeller som förklarar marknader. Ekonomisk teori är dock inte en självständig rättskälla inom rättsdogmatisk eller EU-rättslig metod. Oaktat detta utgör ekonomisk teori en väldigt viktig källa inom konkurrensrätten eftersom de kan klargöra och rättfärdiga rättsregler.²¹ Av denna anledning används ekonomisk teori att i denna uppsats. Ett annat konkurrensrättsligt särdrag är att tillämpningen av

¹³ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 [cit. Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*], s. 36-37.

¹⁴ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 40-41.

¹⁵ Se artikel 288 Fördraget för Europeiska unionens funktionssätt ("FEUF").

¹⁶ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 40-41.

¹⁷ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 49.

¹⁸ Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [Reichel, *EU-rättslig metod*], s. 121.

¹⁹ Se artikel 3 Fördraget om Europeiska unionen ("FEU").

²⁰ Reichel, *EU-rättslig metod*, s. 121-123.

²¹ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 122-132.

rättsreglerna sker av tillsynsmyndigheter i första hand och domstolar i andra hand.²² Detta medför att både beslut från tillsynsmyndigheter och domar från domstolar beaktas i uppsatsen.

1.5 Material

Uppsatsens syfte uppfylls genom att besvara de angivna frågeställningarna. Materialet som krävs för att besvara frågeställningarna varierar frågeställningarna emellan och uppsatsens material är därför mångfacetterat. För den första frågeställningen, som tar sikte på att utreda vad prisalgoritmer och prisbindning är och hur de fungerar används material i form av rapporter från nationella konkurrensmyndigheter och det internationella organet The Organisation for Economic Co-operation and Development (härefter ”OECD”). Rapporterna berör bland annat frågor om prisalgoritmer, priskonkurrens och pristransparens och är därför relevanta att använda för den första frågeställningen. Vad avser rapporterna från nationella konkurrensmyndigheter kan det konstateras att de uppvisar konsensus kring vad prisalgoritmer är och hur det påverkar konkurrensen och att informationen från rapporterna därför kan användas utan att särskiljas. Vad gäller rapporten från OECD är den framtagen inom organisationens konkurrensrättsdivision och belyser de konkurrensrättsliga utmaningarna som användningen av prisalgoritmer orsakar. Rapporten fokuserar visserligen mycket på frågor om hur prisalgoritmer kan facilitera horisontella prissamarbeten men förklarar även fakta om prisalgoritmer som kan appliceras på frågor om vertikal prisbindning.

För den första frågeställningen och särskilt frågan om hur prisalgoritmer och prisbindning fungerar används material som belyser hur aktörer använder sig av prisalgoritmer respektive prisbindning. Exempel på material som belyser detta och som således används är Kommissionens sektorsundersökning av e-handelsmarknaden (hädanefter ”sektorsundersökningen”). Sektorundersökningen utfördes genom att Kommissionen begärde information från olika marknadsaktörer och bad dem besvara ett frågeformulär. Det är inte säkert att alla marknadsaktörer besvarade frågeformuläret med tillräcklig noggrannhet och öppenhet för att sektorsundersökningens resultat ska kunna anses säkerställt. Sektorundersökningen används därför endast till att belysa hur rådande marknadstrender på e-handelsmarknaden ser ut samt hur dessa marknadstrender kan influera marknadsaktörernas prissättningsstrategier och användningen av prisbindning och prisalgoritmer. Sektorundersökningen används således inte till att dra några slutsatser.

För uppsatsens andra frågeställning, som tar sikte på hur prisalgoritmer kan användas vid prisbindning och hur prisalgoritmerna påverkar prisbindningen, används ett antal beslut från konkurrensmyndigheter.

²² Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 125.

Konkurrensmyndigheterna utövar tillsyn över konkurrensreglerna och har fattat ett antal beslut där prisbindning ansetts utgöra konkurrensrättsöverträdelser och där prisalgoritmer har använts inom ramen för prisbindningen. Besluten som beaktas är fyra stycken tillsynsbeslut från Kommissionen och ett tillsynsbeslut från Competition & Markets Authority of the United Kingdom (hädanefter ”CMA”).²³ Det kan inte uteslutas att det finns fler beslut där prisalgoritmer har använts vid prisbindning och som således kunde vara beaktansvärda för uppsatsens andra frågeställning. Uppsatsens omfång tillåter emellertid inte att göra en uttömmande avhandling av sådana beslut. Besluten som används får således ses som en icke uttömmande exemplifiering av hur prisalgoritmer kan användas vid prisbindning. Besluten från Kommissionen används också för att besvara uppsatsens tredje frågeställning, särskilt vad avser hur den konkurrensrättsliga tillsynen kring prisbindning ser ut.

För uppsatsens tredje och sista frågeställning används artikel 101 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (hädanefter ”FEUF”) som utgångspunkt. Artikel 101 FEUF är relativt vag till sin ordalydelse och andra rättskällor används därför för att tolka bestämmelsen och tillämpa den på vertikal prisbindning. Exempel på rättskällor som används är Kommissionens gruppundantag för vertikala avtal²⁴ (härefter ”gruppundantaget”) och Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar²⁵ (härefter ”riktlinjerna”). Gruppundantaget är en bindande rättsakt medan riktlinjerna inte är det. Riktlinjerna kan emellertid förtydliga tillämpningen av gruppundantaget. Riktlinjerna kan dock inte förändra omfattningen av eller innehållet i gruppundantaget och gruppundantaget har alltid företräde framför riktlinjerna.²⁶ Utöver dessa rättskällor används även andra riktlinjer och tillkännagivanden från Kommissionen. För att besvara uppsatsen tredje frågeställning, särskilt vad avser huruvida regleringen och tillsynen är ändamålsenlig används dessutom doktrin.

1.6 Disposition

Uppsatsen består av fem delar. Den första delen av uppsatsen (kapitel 1 och 2) anger uppsatsens ramar dels vad avser uppsatsens utgångspunkter i form av syfte, metod och material, dels vad gäller konkurrensrättens utgångspunkter. Den andra delen (kapitel 3 och 4) behandlar prisalgoritmer och prisbindning. Denna

²³ CMA är Storbritanniens konkurrensmyndighet. CMA fattade beslutet innan Storbritanniens utträde ur EU och beslutet berör således tillämpningen av artikel 101 FEUF och är därför relevant för förevarande uppsats.

²⁴ Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, Europeiska unionens officiella tidning (”EUT”) L 102/1, 23.4.2010.

²⁵ Tillkännagivande från Kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130/1, 19.5.2010.

²⁶ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 68.

del är ägnad till att undersöka vad prisalgoritmer respektive prisbindning är och hur de fungerar. Den tredje delen (kapitel 5) analyserar hur prisalgoritmer används vid prisbindning och hur prisalgoritmer påverkar prisbindning. Denna del innehåller därför exempel på fall där prisalgoritmer har använts vid prisbindning och diskuterar sedan hur prisalgoritmer påverkar prisbindningen (avsnitt 5.2). Den fjärde delen (kapitel 6 och 7) behandlar den konkurrensrättsliga regleringen och tillsynen. Denna del av uppsatsen är ägnad att dels undersöka hur regleringen och tillsynen ser ut vad gäller prisbindning, dels utvärdera huruvida regleringen och tillsynen är ändamålsenlig. Det är således i denna del som regleringen och tillsynen undersöks (avsnitt 6.1, 7.1.1 och 7.2.1) och sedan utvärderas (avsnitt 6.2, 7.1.2 och 7.2.2). Den femte delen av uppsatsen (kapitel 8) är uppsatsens sista del och summerar därför uppsatsen med en sammanfattning och slutsats.

2 Konkurrensrättsliga utgångspunkter

2.1 Konkurrensrätt i allmänhet

Konkurrensrätt reglerar förhållandet mellan olika aktörer på en marknad. De olika aktörerna på marknaden är säljare och köpare samt konkurrenter till dessa. Konkurrensrättslig reglering finns för att skydda konkurrensen mellan dessa aktörer inom en marknadsekonomi, vilket är ett ekonomiskt system där resursfördelningen på marknaden bestäms av utbud och efterfrågan.²⁷ En marknadsekonomi fri från statlig inblandning är en fri marknadsekonomi.²⁸ En marknadsekonomi som är helt fri från statlig inblandning förutsätter en marknad med perfekt konkurrens. Sådana marknader finns emellertid endast i teorin och inte i praktiken.²⁹ En marknad med perfekt konkurrens är nämligen en marknad där ingen aktör ensam kan påverka marknadspriset och för att ingen aktör ska kunna göra detta krävs det väldigt mycket. Det krävs att det finns många säljare på marknaden, att säljarna erbjuder likadana produkter samt att säljare kan etablera och avveckla sig på marknaden utan hinder. Därutöver krävs det att samtliga aktörer har tillgång fullständig och uppdaterad information, att aktörerna inte lider några kostnader för att verka på marknaden och att det inte finns några omständigheter kring en aktörs verkan på marknaden som medför fördelar eller nackdelar för andra aktörer på marknaden.³⁰ Sammanfattningsvis krävs det väldigt mycket för att ingen aktör ensam ska kunna påverka marknadspriset.

Marknader med perfekt konkurrens behöver ingen statlig inblandning men sådana marknader finns som sagt inte i praktiken. I praktiken krävs således viss statlig inblandning för att skydda konkurrensen mellan aktörerna på marknaden. Statlig inblandning i form av konkurrensrättslig reglering är ämnad att förhindra marknadsmisslyckanden. Ett exempel på ett marknadsmisslyckande är att aktörer på en marknad handlar i samförstånd och således slutar konkurrera med varandra.³¹ Att konkurrensrättslig reglering är ämnad att förhindra sådana

²⁷ Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 9 u., Oxford University Press, Oxford, 2018, [cit. Whish & Bailey, *Competition Law*], s. 2; Jones. Alison, Sufrin. Brenda, Dunne. Niamh, *Jones & Sufrin's EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7 up., [cit. Jones m.fl., *EU Competition Law*], s. 2.

²⁸ Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 2.

²⁹ Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 8-10.

³⁰ Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 7-11.

³¹ Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 3.

marknadsmisslyckanden har samband med att den syftar till att skydda effektiv konkurrens.³² Vad som menas med effektiv konkurrens är inte entydigt och effektiv konkurrens kan således karaktäriseras på många olika sätt.³³ Effektiv konkurrens kan karaktäriseras av att det finns tillräckligt många säljare på marknaden, att säljarna erbjuder tillräckligt snarlika produkter och att det finns möjlighet för fler säljare att etablera sig på marknaden. Effektiv konkurrens kan också kännetecknas av att utbudet utökas och priserna pressas.³⁴ Att konkurrensrättslig reglering syftar till att skydda effektiv konkurrens har samband med att konkurrensrättslig reglering är ägnad att främja effektiv resursanvändning. Effektiv konkurrens anses nämligen bidra till bättre användning av samhällets resurser medan otillräcklig konkurrens anses orsaka onödiga kostnader för samhället.³⁵

2.2 Konkurrensrätt i EU

EU:s grundläggande konkurrensrättsliga regler är förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (artikel 101.1 FEUF) och förbudet mot missbruk av dominerande ställning (artikel 102 FEUF).³⁶ EU:s konkurrensrätt syftar bland annat till att skydda EU:s inre marknad genom att säkerställa att konkurrensen på den inre marknaden inte snedvrids.³⁷ EU:s konkurrensrätt kan således sägas vara en av de åtgärder som EU ska besluta om i syfte att upprätthålla den inre marknaden och säkerställa dess funktion.³⁸

EU:s konkurrensrätt syftar också till att skydda effektiv konkurrens. Skyddet är dock inte motiverat av att skydda konkurrensen som sådan utan istället av att skydda konsumenterna.³⁹ EU kännetecknar således effektiv konkurrens som konkurrens som skyddar konsumenterna. Konsumenterna som skyddas är alla direkta och indirekta köpare och sålunda inte bara slutkonsumenterna.⁴⁰ Konkurrensrätten syftar till att skydda konsumenterna från förfaranden som faktiskt skadar dem och förfaranden som genom att undergräva konkurrensen potentiellt kan skada dem.⁴¹ Att det finns ett syfte att skydda konsumenterna innebär dock inte att det krävs att en konsument har lidit skada av en

³² Mål 6/72 *Continental Can*, p. 25.

³³ Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 17.

³⁴ Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt - En handbok*, 5 up., Karnov Group Sweden, Stockholm, 2014 [cit. Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt - En handbok*], s. 9.

³⁵ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt - En handbok*, s. 9.

³⁶ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt - En handbok*, s. 12.

³⁷ Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, Protokoll (nr 27) om den inre marknaden och konkurrens, EUT C 115, 9.5.2008.

³⁸ Artikel 26.1 och 26.2 FEUF.

³⁹ Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 18-19; Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 27. Se även förenade målen T-213/01 och T-214/01 *Österreichische Postsparkasse AG m.fl.*, p. 115.

⁴⁰ Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 47.

⁴¹ Mål 6/72 *Continental Can*, p. 25; Mål C-52/09 *TeliaSonera Sverige*, p. 24.

konkurrensbegränsning för att konkurrensreglerna ska kunna tillämpas.⁴² Skadorna som omfattas av konkurrensrättens skydd för konsumenter är skador på konsumenters välbefinnande.⁴³

Konsumenters välbefinnande är ett abstrakt begrepp och för att konkretisera dess betydelse och avgränsa konkurrensrättens skydd för konsumenter används även begreppet konsumentvälfärd. Begreppet konsumentvälfärd är mer ekonomiskt och används inom konkurrensrätten för att avgöra huruvida konsumenters välbefinnande skadas.⁴⁴ För att avgöra huruvida konsumentvälfärden skadas undersöks om någon konkurrensparameter såsom pris, produktion, produktutbud, produktkvalitet och produktutveckling utvecklas till konsumentens nackdel.⁴⁵

För att undersöka om en konkurrensparameter utvecklas till konsumenters nackdel används ett ekonomiskt riktmärke kallat konsumentöverskott.⁴⁶ Konsumentöverskott är skillnaden mellan vad en konsument skulle vara villig att betala för något och vad konsumenten faktiskt behövde betala för det. Om vad konsumenten skulle vara villig att betala överstiger det som konsumenten behövde betala finns det ett konsumentöverskott.⁴⁷ Med konsumentöverskott som riktmärke blir frågan om konsumenters välbefinnande och konsumentvälfärd fokuserad på en särskild konkurrensparameter, nämligen pris. Det är därför viktigt att komma ihåg att frågan om konsumenters välbefinnande och konsumentvälfärd också fokuserar på andra konkurrensparametrar och att det därför egentligen inte finns entydiga definitioner på begreppen.⁴⁸ Det är också viktigt att komma ihåg att definitionerna inte kan vara statiska eftersom marknader utvecklas och medför nya utmaningar.⁴⁹

⁴² Mål C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, p. 39; Mål C-519/06 *GlaxoSmithKline*, p. 63.

⁴³ Ezrachi, Ariel, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, The European Consumer Organisation ("BEUC"), Brussels, 2018, BEUC-X-2018-071 [cit. Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*], s. 5.

⁴⁴ Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, s. 5-6.

⁴⁵ Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 48.

⁴⁶ Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, s. 6.

⁴⁷ Albæk, Svend, Consumer Welfare in EU Competition Policy, Directorate General Competition, The Chief Economist, Publications and Discussion Papers, 2013, "ec.europa.eu/dgs/competition/economist/consumer_welfare_2013_en.pdf" [cit. Albæk, Consumer Welfare in EU Competition Policy], s. 70-71.

⁴⁸ Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, s. 6-7; Evans, Phil, *Assessing consumer detriment*, European Competition Law Review, vol. 28(1), 2007, s. 26-35, på s. 26.

⁴⁹ Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, s. 2-6.

3 Prisalgoritmer

3.1 Algoritmer i allmänhet

Detta kapitel är ägnat att förklara vad en prisalgoritm är. För att klargöra vad en prisalgoritm är måste först frågan om vad en algoritm i allmän bemärkelse är besvaras. En algoritm kan beskrivas som en systematiserad och standardiserad sekvens av instruktioner som utförs i en viss ordning för att utföra en viss uppgift eller en viss typ av uppgift.⁵⁰ Algoritmer kan användas både manuellt och automatiskt men det är den automatiska användningen av algoritmer som kommer att behandlas i det följande. Automatiska algoritmer är datoriserade och genererar genom att använda vissa värden, så kallad indata, ett annat värde, så kallad utdata. Den datoriserade sekvensen av instruktioner omvandlar därmed indata till utdata.⁵¹

Algoritmer kommer i många olika former och med många olika funktioner. Algoritmer kan karaktäriseras av vilken typ av indata de använder, vilken typ av utdata de genererar samt vilken typ av instruktion de följer.⁵² Nedan följer en kategorisering av en viss typ av algoritmer, nämligen prisalgoritmer. Prisalgoritmer är inom ramen för denna uppsats alla algoritmer som använder pris som indata eller som med en särskild instruktion sätter ett pris som utdata.⁵³ Kategoriseringen nedan är inte ägnad att vara uttömmande och är en kategorisering som är ämnad att underlätta för konkurrensrättsligt inriktade diskussioner. För andra diskussioner, som exempelvis är inriktade på teknik eller personlig data, kan en annan typ av kategorisering användas.

3.2 Algoritmer för prisövervakning

Algoritmer kan användas för att övervaka priser. Priserna som algoritmerna kan övervaka är de som finns tillgängliga på återförsäljares e-handelssidor. Algoritmerna följer då en instruktion som innebär att den extraherar prisdata från olika återförsäljares e-handelssidor.⁵⁴ Vilka e-handelssidor vars prisdata algoritmen extraherar varierar och kan vara endast ett fåtal eller upp emot ett

⁵⁰ OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 8-9.

⁵¹ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 3-4.

⁵² Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 4.

⁵³ CMA, *Pricing algorithms*, s. 9.

⁵⁴ OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 26.

hundratal.⁵⁵ Prisdata extraheras från e-handelssidorna för att sedan struktureras och systematiseras. Den strukturerade och systematiserade prisdatan kan vara produktspecifik, märkesspecifik eller både och. Prisdatan kan även specificera hur mycket priset avviker från ett referenspris och hur länge denna avvikelse har funnits. Efter att prisdatan har strukturerats och systematiserats levereras den till användaren av algoritmen. Leveransen av prisdatan sker synnerligen snabbt, om inte till och med i realtid.⁵⁶ Sammanfattningsvis kan algoritmer för att övervaka priser således berätta väldigt mycket om priser på väldigt kort tid. Algoritmer för prisövervakning medför därmed att prisövervakningen blir mer extensiv och effektiv. I takt med att prisövervakning blir mer extensiv och effektiv blir pristransparensten mer påtaglig.⁵⁷ Pristransparensten medför i sin tur att priskonkurrensen ökar.⁵⁸

Algoritmer för att övervaka priser kan användas av såväl tillverkare och återförsäljare som konsumenter. För tillverkare kan algoritmerna exempelvis användas till att förstå sina återförsäljares prissättningsstrategier, utreda om det finns en prisspridning på deras produkt samt undersöka om de bör rekommendera återförsäljningspriser till sina återförsäljare och om återförsäljarna sedan följer en sådan rekommendation.⁵⁹ För återförsäljarna kan algoritmerna exempelvis användas för att övervaka konkurrerande återförsäljares priser och således hjälpa återförsäljare i deras prissättningsarbete.⁶⁰ För konsumenterna används algoritmerna exempelvis genom att konsumenterna genom vissa hemsidor kan övervaka priset på en särskild produkt och notifieras när priset sjunker eller når en särskild nivå.⁶¹ För konsumenterna kan algoritmer för att övervaka priser därmed medföra ett konsumentöverskott.

På e-handelsmarknaden är prisövervakning naturlig och normal och användningen av algoritmer för prisövervakning är därför utbredd.⁶² Den utbredda användningen av algoritmer för prisövervakning på e-handelsmarknaden åskådliggjordes i Kommissionens sektorsundersökning av e-handelsmarknaden. Sektorsundersökningen visade nämligen att 53 % av de tillfrågade återförsäljarna övervakar deras konkurrenters priser och att 67 % av dessa använder algoritmer för att göra detta.⁶³ Sektorsundersökningen visade även att tillverkare övervakar deras återförsäljares priser och att nästan 30 % av

⁵⁵ Europeiska kommissionen, *Commission staff working document, accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, Bryssel, 2017, 154 final av den 10 maj 2017 [cit. Kommissionen, *Staff working document*], p. 604.

⁵⁶ Kommissionen, *Staff working document*, p. 604.

⁵⁷ OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 21-24.

⁵⁸ Rudholm, Niklas & Lindgren, Charlie på uppdrag av Konkurrensverket ("KKV"), *Prisspridning på e-handelsmarknader med låga sökkostnader*, Uppdragsforskningsrapport 2019:1, ISSN-nr 1652-8069 [cit. KKV, *Prisspridning på e-handelsmarknader med låga sökkostnader*], s. 10.

⁵⁹ OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 15-16.

⁶⁰ OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 11-12.

⁶¹ CMA, *Pricing algorithms*, s. 21.

⁶² Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 4.

⁶³ Kommissionen, *Staff working document*, p. 149.

de tillfrågade tillverkarna gör detta systematiskt. Av tillverkarna som uppgav att de övervakar sina återförsäljares priser använder 38 % algoritmer för prisövervakning.⁶⁴

3.3 Algoritmer för prisjämförelser

Algoritmer för prisjämförelser överlappar delvis med algoritmer för prisövervakning. Algoritmer för prisjämförelser kan nämligen, liksom algoritmer för prisövervakning, extrahera prisdata från e-handelsidor. Algoritmer för prisjämförelser kan däremot likväl få prisdata direkt från återförsäljarna och behöver således inte innehålla någon algoritm för prisövervakning.⁶⁵ Det är algoritmer för prisjämförelser sedan som gör att använda prisdata och rangordna dem för att kunna jämföra de olika priserna.⁶⁶ Prisjämförelsesidor såsom Prisjakt⁶⁷ och Pricerunner⁶⁸ är exempel på hur algoritmer för prisjämförelser kan användas. Priserna för en viss produkt rangordnas i en stigande skala, där lägsta priset visas högst upp och högsta priset visas längst ner. Förutom priser kan prisjämförelsesidorna också visa annan jämförelseinformation, såsom lagerstatus, produktomdömen och fraktvillkor.⁶⁹ Prisjämförelsesidor säljer inte produkterna utan visar priserna för produkten på olika e-handelsidor som konsumenten sedan kan använda för att köpa produkten.⁷⁰

Prisjämförelsesidor används på olika sätt av aktörer emellan. Konsumenterna använder prisjämförelsesidor för att jämföra produkter och priser. Konsumenterna kan med hjälp av prisjämförelsesidorna se vilken produkt de anser är mest prisvärd samt vilken återförsäljare som erbjuder det lägsta priset.⁷¹ Huruvida konsumenten med hjälp av prisjämförelsesidan kan avgöra vilken produkt de anser är mest prisvärd beror dock på vad det är för typ av produkt. Homogena produkter, det vill säga produkter som är perfekta ersättare för varandra, är enklare att jämföra än heterogena produkter, det vill säga produkter som är svåra att ersätta med en annan produkt.⁷² Konsumenters användning av

⁶⁴ Kommissionen, *Staff working document*, p. 577.

⁶⁵ OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 26.

⁶⁶ Kommissionen, *Staff working document*, p. 116-123.

⁶⁷ För mer information om Prisjakt, se "www.prisjakt.nu".

⁶⁸ För mer information om Pricerunner, se "www.pricerunner.se".

⁶⁹ KKV, *Prisjämförelse på e-handelsmarknader med låga sökkostnader*, s. 33.

⁷⁰ Competition and Markets Authority, *Digital comparison tools market study*, 2017 [cit. CMA, *Digital comparison tools market study*], p. 2.9.

⁷¹ Axelsson, Björn, Söderström, Johan, Bern, Ann-Britt, Jonsson, Per & Jeanrond, Jakob på uppdrag av KKV, *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader, Ett regeringsuppdrag om e-handel och delningsekonomi*, Konkurrensverkets rapportserie 2017:2, ISSN-nr 1401-8438 [cit. KKV, *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader*], s. 30-31.

⁷² Exempel på en homogen produkt är bananer eftersom de kommer att vara väldigt lika varandra oavsett varumärke. Exempel på en heterogen produkt är böcker eftersom olika böcker behandlar olika ämnen och de skiljer sig åt vad avser innehåll.

prisjämförelsesidor för homogena produkter kan således skilja sig från den för heterogena produkter. För heterogena produkter kan det tänkas att konsumenten först avgör vilken produkt den anser är mest prisvärd, exempelvis genom att besöka ett fysiskt försäljningsställe för att jämföra produkterna själv, för att sedan använda prisjämförelsesidan för att hitta den återförsäljare som erbjuder det lägsta priset. Oberoende av hur konsumenterna använder prisjämförelsesidan kan det konstateras att användningen är utbredd och att konsumenterna normalt inte betalar något för att använda dem.⁷³

Återförsäljare använder prisjämförelsesidor för att marknadsföra sina produkter och priser. Återförsäljarnas marknadsföring kan skilja sig åt beroende på vilken prisjämförelsesida som används. Olika prisjämförelsesidor erbjuder nämligen olika sorters marknadsföring och vissa erbjuder mer marknadsföring om återförsäljaren erlägger en avgift. Återförsäljare som erlägger en sådan avgift kan således förstärka sin marknadsföring genom att profilera sig på prisjämförelsesidan. Profileringen kan exempelvis innebära att återförsäljare får skriva om produktens egenskaper och återförsäljarens fördelar samt visa återförsäljarens logotyp när återförsäljaren visas på prisjämförelsesidan. Återförsäljare som erlägger en avgift till prisjämförelsesidor kan också få tillgång till statistik och analyser. Avgiften är dock valfri och återförsäljare kan således välja att avstå från denna och ändå visas på prisjämförelsesidan. Huruvida återförsäljaren erlägger en avgift till prisjämförelsesidan påverkar normalt inte rangordningen av priserna.⁷⁴

Användningen av prisjämförelsesidor skiljer sig som sagt åt aktörer emellan. Oberoende av hur prisjämförelsesidorna används medför det faktum att de används vissa följder. En sådan följd är att pristransparensen på e-handelsmarknaden ökar.⁷⁵ I detta sammanhang ska det påpekas att pristransparensen är den faktor som återförsäljare med e-handlssidor har uppgett som den som har störst påverkan på konkurrensen på e-handelsmarknaden.⁷⁶ Pristransparensen påverkar olika aktörer på e-handelsmarknaden på olika sätt. För konsumenter innebär pristransparensen en möjlighet att köpa produkten till lägsta tillgängliga återförsäljningspris medan det för återförsäljarna innebär en ökad priskonkurrens.⁷⁷

⁷³ KKV, *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader*, s. 30-31; CMA, *Digital comparison tools market study*, p. 3.9.

⁷⁴ Angående detta stycke, se KKV, *Prisspridning på e-handelsmarknader med låga sökkostnader*, s. 33.

⁷⁵ Europeiska kommissionen, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, Bryssel, 2017, 229 final av den 10 maj 2017 [cit. Kommissionen, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*], p. 12.

⁷⁶ Kommissionen, *Staff working document*, p. 147.

⁷⁷ KKV, *Prisspridning på e-handelsmarknader med låga sökkostnader*, s. 10.

3.4 Algoritmer för dynamisk prissättning

Algoritmer kan användas för att åstadkomma en dynamisk prissättning. Det är främst återförsäljare som använder sig av algoritmer för dynamisk prissättning och algoritmen kan, beroende på vad för instruktion algoritmen följer, ändra återförsäljares priser med hänsyn till exempelvis återförsäljarens kostnader eller kapacitet.⁷⁸ Algoritmen kan även instrueras att ändra prissättningen med hänsyn till konsumenters efterfrågan eller konkurrenters prissättning.⁷⁹ Slutligen kan algoritmen vara instruerad att anpassa prissättningen till marknadspris, till något under marknadspris eller till något över marknadspris.⁸⁰ Instruktionen som algoritmen följer varierar således och vilken instruktion en återförsäljare väljer att använda för sin algoritm beror på vilken prissättningsstrategi återförsäljaren har.⁸¹ På grund av denna variation kan algoritmer för dynamisk prissättning medföra ett flertal följder för priserna på marknaden.

Exempel på sådana följder är lägre priser, högre priser eller mer stabila priser. Ett annat exempel sådana följder är att prissättningen blir optimal utifrån de faktiska förhållandena på marknaden. Optimal prissättning balanserar utbud och efterfrågan för stunden och medför därmed fördelar för både återförsäljare och konsumenter.⁸² Ett sista, visserligen exceptionellt, exempel på följder av dynamisk prissättning kan illustreras av ett fall där priset på en bok vid namn ”The making of a fly” bestämdes av algoritmer för dynamisk prissättning. Det fanns två exemplar av boken till försäljning av två olika säljare och båda säljarna använde algoritmer för dynamisk prissättning. Den ena säljarens algoritm var instruerad att sätta priset till 1,2705 gånger den andra säljarens pris. Den andra säljarens algoritm var instruerad att sätta priset till 0,9983 gånger den första säljarens pris. Den första säljarens algoritm medförde således en ständig prisökning tills priset nådde 23 miljoner dollar och säljarna uppmärksammade priset och avbröt algoritmernas prissättning.⁸³ Detta exempel är som sagt exceptionellt vad gäller följdena av algoritmer för dynamisk prissättning.

Algoritmer för dynamisk prissättning används som sagt främst av återförsäljare. I sektorsundersökningen av e-handelsmarknaden visade det sig att

⁷⁸ CMA, *Pricing algorithms*, s. 15.

⁷⁹ CMA, *Pricing algorithms*, s. 15; Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 4-5.

⁸⁰ Honoré, Pierre & Fabre, Guillaume, *E-Commerce Competition Enforcement Guide, European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU*, 2018-12-07, “globalcompetitionreview.com/insight/e-commerce-competition-enforcement-guide/1177725/european-union—algorithmic-pricing-under-article-101-tfeu” [cit. Honoré & Fabre, *European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU*].

⁸¹ Picht, Peter Georg, Freund, Benedikt, *Competition (law) in the era of algorithms*, European Competition Law Review, vol. 39(9), 2018, s. 403-410 [cit. Picht & Freund, *Competition (law) in the era of algorithms*], s. 404.

⁸² OECD, *Algorithms and Collusion*, s. 16-17; Honoré & Fabre, *European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU*.

⁸³ Honoré & Fabre, *European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU*.

78 % av de återförsäljare som övervakar konkurrenters priser också anpassar sina priser därefter. Av dessa anpassar 43 % priserna manuellt medan 8 % anpassar priserna automatiskt med algoritmer. 27 % av de återförsäljare som anpassar priserna använder både manuell och automatisk prisanpassning.⁸⁴ Eftersom sektorsundersökningen avsåg e-handelsmarknaden framgår inte huruvida återförsäljare med fysiska butiker använder sig av dynamisk prissättning. Det är emellertid svårt för återförsäljare med fysiska butiker att använda dynamisk prissättning eftersom priserna hos deras direkta konkurrenter, det vill säga andra återförsäljare med fysiska butiker, måste samlas in manuellt och prissättning måste göras med mänsklig inblandning. Återförsäljare med fysiska butiker konkurrerar även indirekt med återförsäljare på nätet och det kan därför vara nödvändigt för dem att använda dynamisk prissättning för att kunna konkurrera effektivt.⁸⁵ Med hjälp av digitala hyllkantsetiketter kan återförsäljare med fysiska butiker använda algoritmer för dynamisk prissättning och därför konkurrera mer effektivt.⁸⁶ De digitala hyllkantsetiketterna kan anpassa priserna automatiskt efter till exempel återförsäljarens pris på nätet.⁸⁷ Det framstår som att det främst är återförsäljare med egen e-handelsida som använder digitala hyllkantsetiketter i fysiska butiker och att återförsäljare med enbart fysiska butiker därför fortsatt kan antas ha det svårt att använda algoritmer för dynamisk prissättning.

3.5 Algoritmer för personlig prissättning

Algoritmer för personlig prissättning skiljer sig från algoritmer för dynamisk prissättning på det viset att dynamisk prissättning innebär att priserna ändras över tid medan personlig prissättning innebär att prissättningen varierar mellan personer.⁸⁸ Algoritmer för personlig prissättning använder konsumentdata för att försöka förutspå vad en konsument kan vilja köpa och till vilket pris konsumenten är villig att köpa det.⁸⁹ Algoritmen används därmed för att ta fram personliga erbjudanden vad gäller produkter och priser. Algoritmer för personlig prissättning kan således medföra fördelar för konsumenterna eftersom de erbjuder produkter till ett pris som motsvarar det de är villiga att betala.⁹⁰ Algoritmer för personlig prissättning kan därmed leda till ett konsumentöverskott.

⁸⁴ Kommissionen, *Staff working document*, p. 605.

⁸⁵ CMA, *Pricing Algorithms*, s. 19.

⁸⁶ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 5.

⁸⁷ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 4. Exempel på återförsäljare som använder digitala hyllkantsetiketter är MediaMarkt och Elgiganten.

⁸⁸ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 6.

⁸⁹ Picht & Freund, *Competition (law) in the era of algorithms*, s. 407-408; Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 6.

⁹⁰ Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019, ISBN 978-1-912809-44-8 [Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition*], s. 15.

Att algoritmer för personlig prissättning kan medföra ett konsumentöverskott är dock inte detsamma som att det faktiskt medför ett konsumentöverskott. Algoritmer för personlig prissättning kan nämligen rikta in sig på olika konsumentgrupper och ta fram erbjudanden riktade till en specifik konsumentgrupp. Detta kan innebära gynnsamma erbjudanden för vissa konsumenter samtidigt som det innebär ogynnsamma erbjudanden för andra.⁹¹ Personlig prissättning kan därmed resultera i prisdiskriminering, vilket innebär att vissa konsumenter kanske får ett konsumentöverskott medan andra inte får det. Prisdiskrimineringen kan vara relaterad till var konsumenten befinner sig, vad konsumenten tidigare har köpt eller vad konsumenten har sökt på för produkter.⁹² Exakt hur sådan prisdiskriminering påverkar den totala konsumentvälfärden är än så länge oklart och tills detta är klarlagt är det viktigt att ha i beaktan att algoritmer för personlig prissättning kan medföra både fördelar och nackdelar för konsumenterna.⁹³

Precis som algoritmer för dynamisk prissättning används algoritmer för personlig prissättning främst av återförsäljare. Användningen av algoritmer för personlig prissättning framstår emellertid som begränsad. I sektorsundersökningen uppgav 87 % av de tillfrågade återförsäljarna att de inte använde algoritmer för personlig prissättning medan endast 2 % angav att de gjorde det. Användningen av algoritmer för personlig prissättning förväntas dock enligt sektorsundersökningen att öka i takt med att tekniken bakom algoritmerna utvecklas.⁹⁴

⁹¹ Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition*, s. 15. Se även Picht & Freund, *Competition (law) in the era of algorithms*, s. 407-408.

⁹² Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, s. 6.

⁹³ Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition*, s. 15.

⁹⁴ Kommissionen, *Staff working document*, p. 152.

4 Prisbindning

4.1 Prisstyrning i allmänhet

I föregående kapitel klargjordes vad prisalgoritmer är och hur de fungerar. I följande kapitel ska samma sak göras för prisbindning. Inledningsvis kan det konstateras att prisbindning är en form av prisstyrning och att prisstyrning är ett sorts vertikalt avtal. Med vertikalt avtal avses ett avtal eller samordnat förfarande som avser villkor för inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster och som ingås mellan två eller fler företag, som inom ramen för avtalet eller det samordnade förfarandet, är verksamma i olika delar av handelsledet.⁹⁵ Vertikala avtal kan omfatta både varor och tjänster samt ingås för såväl mellanprodukter och tjänster i mellanledet som för slutprodukter och tjänster i slutledet.⁹⁶ Den följande framställningen är emellertid fokuserad på vertikala avtal för slutprodukter.

Prisstyrning är ett avtal som förekommer när tillverkaren av en vara inte är, eller endast delvis är, vertikalt integrerad nedåt i handelsledet. Att en tillverkare är vertikalt integrerad nedåt i handelsledet innebär att den själv eller genom bolag som den själv har kontroll över, levererar eller säljer varan vidare nedåt i handelsledet.⁹⁷ Vertikal integration innebär således att tillverkaren har kontroll över distributionen av varan nedåt i handelsledet. Att en tillverkare inte är, eller endast delvis är, vertikalt integrerad nedåt i handelsledet innebär istället att tillverkare använder sig av leverantörer, underleverantörer och/eller återförsäljare. Tillverkaren överlämnar således en stor del av kontrollen över distributionen till leverantörer, underleverantörer och/eller återförsäljare.⁹⁸ Huruvida en tillverkaren vill överlämna kontrollen över distributionen samt hur stor del av kontrollen den i sådant fall vill överlämna kan endast varje enskild tillverkare svara på.⁹⁹ Det framstår emellertid som att tillverkare vill ha mer kontroll över distributionen och prissättningen nu än tidigare och att anledningen till detta är utökningen av e-handelsmarknaden och de utmaningar e-handelsmarknaden medför.¹⁰⁰ Ett sett för tillverkarna att få mer kontroll över prissättningen är att ägna sig åt just prisstyrning.

⁹⁵ Gruppundantaget för vertikala avtal, art. 1.1a).

⁹⁶ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 1.

⁹⁷ Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 632-634.

⁹⁸ Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 738-739.

⁹⁹ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 428.

¹⁰⁰ Jones m.fl., *EU Competition Law*, s. 741.

Prisstyrning är införandet av fasta priser, lägsta priser, högsta priser och rekommenderade priser.¹⁰¹ Införandet av dessa priser sker genom att tillverkaren av varorna styr återförsäljaren av varorna i dennes prissättning. Prissättningen som styrs är därmed den prissättning som återförsäljaren tillämpar gentemot konsumenterna. Prissättningen som tillverkaren tillämpar gentemot återförsäljaren innebär därmed inte prisstyrning i den bemärkelse som ska förklaras i det följande.¹⁰² Den fortsatta framställningen är ämnad att förklara vad för prisstyrning som utgör prisbindning och hur prisstyrningen fungerar. Framställningen kommer att fokusera på prisstyrning i återförsäljningsledet av slutprodukter och avser således prisstyrning tillverkare och återförsäljare emellan.

4.2 Prisstyrning som innebär prisbindning

Prisstyrning som innebär prisbindning kan förekomma både i form av direkt och indirekt prisbindning. Prisstyrning som direkt syftar till att fastställa ett fast eller lägsta återförsäljningspris är direkt prisbindning. Avtal som innebär direkt prisbindning är avtal som innebär att tillverkaren och återförsäljaren explicit fastställer ett fast eller lägsta återförsäljningspris som återförsäljaren ska tillämpa gentemot konsumenterna.¹⁰³ Avtal som innebär direkt prisbindning är också avtal där återförsäljaren är förhindrad från att marknadsföra varor till ett pris under en viss nivå även fast återförsäljaren inte är förhindrad från att sälja varor till ett pris under den nivån. Anledningen till att direkt prisbindning omfattar även sådana avtal är att återförsäljare som inte får marknadsföra produkter till ett visst pris inte kan konkurrera med priset.¹⁰⁴ Avtal om prisstyrning som innebär direkt prisprisbindning genom att fastställa ett fast eller lägsta återförsäljningspris kan vara såväl skriftliga som muntliga.¹⁰⁵

Prisstyrning som istället indirekt syftar till att fastställa ett fast eller lägsta återförsäljningspris är indirekt prisbindning. Avtal om indirekt prisbindning är avtal som innebär att tillverkaren och återförsäljaren implicit fastställer ett fast eller lägsta återförsäljningspris som återförsäljaren ska tillämpa gentemot konsumenterna.¹⁰⁶ Ett exempel på prisstyrning som innebär indirekt prisbindning är avtal där tillverkaren ålägger återförsäljaren att använda en viss summa eller en viss procentsats som påslag på inköpspriset. Ett annat exempel är avtal där tillverkaren förhindrar återförsäljaren från att lämna rabatter över en viss nivå på ett visst pris. Ett sista exempel på prisstyrning som innebär indirekt prisbindning är avtal där tillverkaren förmår återförsäljaren att sätta sitt återförsäljningspris i

¹⁰¹ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 423.

¹⁰² Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 217.

¹⁰³ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 48.

¹⁰⁴ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 220-221.

¹⁰⁵ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 475-476.

¹⁰⁶ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 222-223.

relation till konkurrerande återförsäljares återförsäljningspriser.¹⁰⁷ Precis som avtal om prisstyrning som innebär direkt prisbindning kan avtal om prisstyrning som innebär indirekt prisstyrning vara såväl skriftliga som muntliga.¹⁰⁸

4.3 Prisstyrning som inte innebär prisbindning

Prisstyrning som inte innebär prisbindning är avtal där tillverkaren anger högsta priser eller rekommenderar priser som återförsäljare kan tillämpa gentemot konsumenter.¹⁰⁹ Att återförsäljaren kan, men inte måste, tillämpa priserna gentemot konsumenter är vad som skiljer avtal som inte innebär prisbindning från de som faktiskt innebär prisbindning. Om återförsäljaren måste tillämpa de högsta eller rekommenderade priserna innebär nämligen det en indirekt prisbindning.¹¹⁰ Huruvida prisstyrningen begränsar återförsäljarens frihet att bestämma sitt återförsäljningspris är således avgörande för frågan om prisstyrning innebär prisbindning eller inte.

Om prisstyrningen inte begränsar återförsäljarens frihet att bestämma sitt återförsäljningspris är det fråga om prisstyrning som inte innebär prisbindning. Syftet med sådan prisstyrning är endast att ange högsta priser eller rekommenderade priser och således inte till att fastställa priset, även fast sådan prisstyrning kan medföra likformighet i prissättningen mellan återförsäljare.¹¹¹ Syftet med rekommenderade priser kan vara att informera både återförsäljare och konsumenter om vilken prissättning som tillverkaren anser vara motiverat. Rekommenderade priser kan därmed underlätta för återförsäljaren i dennes prissättning och vägleda konsumenter kring priser.¹¹² Syftet med högsta priser kan istället vara att förhindra återförsäljare från att sätta ett omotiverat högt återförsäljningspris. Ett omotiverat högt återförsäljningspris är ett pris som överstiger det pris som tillverkaren har tagit ut själv om denne hade varit vertikalt integrerad.¹¹³

Om prisstyrningen däremot åtföljs av förfaranden som begränsar återförsäljarens frihet att faktiskt bestämma sitt återförsäljningspris är det fråga om prisstyrning som innebär indirekt prisbindning.¹¹⁴ Ett exempel på förfaranden som begränsar återförsäljarens frihet är att tillverkaren gynnar de som följer tillverkarens prisstyrning och missgynnar eller hotar om att missgynna dem som inte gör det. Gynnande av återförsäljare kan vara att tillverkaren beviljar rabatter på återförsäljarens inköpspris eller betalar ut bonusar till återförsäljaren.

¹⁰⁷ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 48.

¹⁰⁸ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 475-476.

¹⁰⁹ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 228-232.

¹¹⁰ Mål C-279/06 *CEPSA*, p. 70-72; Mål C-260/07 *Pedro IV Servicios*, p. 80.

¹¹¹ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 481 och 484.

¹¹² Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 484.

¹¹³ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 481-483.

¹¹⁴ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 229-230.

Missgynnande av återförsäljare kan vara att tillverkaren avbryter eller försenar leveranser eller säger upp återförsäljarens återförsäljningsavtal.¹¹⁵ Ett annat exempel på förfaranden som begränsar återförsäljarens frihet är att tillverkaren skriver ett rekommenderat pris på produkten och tillverkaren därmed måste vidta en aktiv åtgärd för att avvika från det rekommenderade priset.¹¹⁶

För att avgöra huruvida avtal där tillverkaren anger högsta priser eller rekommenderar priser i praktiken innebär indirekt prisbindning kan återförsäljarnas följsamhet undersökas. Om alla eller nästan alla återförsäljare följer tillverkarens prisstyrning talar detta för att prisstyrningen medför indirekt prisbindning. Att alla eller nästan alla återförsäljare följer tillverkarens prisstyrning är däremot inte tillräckligt för att konstatera att avtalet i praktiken innebär indirekt prisbindning. För att konstatera detta måste det först klarläggas att tillverkaren faktiskt använder något förfarande som beskrivits ovan, det vill säga något förfarande som begränsar återförsäljarens frihet att bestämma sitt återförsäljningspris.¹¹⁷

4.4 Prisstyrning med prisövervakningssystem

Prisstyrning kan göras mer effektiv när de kombineras med prisövervakningssystem. Prisövervakningssystem är åtgärder som är avsedda att identifiera avvikelser från prisstyrningen. Åtgärderna kan innebära att tillverkaren själv övervakar återförsäljarnas priser eller att tillverkaren förmår återförsäljare att övervaka andra återförsäljares priser och rapportera avvikelser till tillverkaren.¹¹⁸

Prisövervakningssystem kan som sagt göra prisstyrning mer effektiv men utgör inte prisstyrning i sig. Att tillverkare använder ett prisövervakningssystem innebär därmed inte att de ägnar sig åt prisstyrning. Tillverkare kan nämligen ha goda anledningar till att övervaka de priser som återförsäljare tillämpar. En sådan anledning är att prissättning är en av de främsta konkurrensfaktorerna och tillverkaren därför finner information därom som intressant för dess framtida möjlighet att konkurrera på marknaden.¹¹⁹ Om tillverkarna använder ett prisövervakningssystem och sedan vidtar vidare åtgärder för att förmå återförsäljare att ändra sin prissättning ägnar sig däremot tillverkaren åt prisstyrning som innebär prisbindning.¹²⁰

¹¹⁵ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 484-487.

¹¹⁶ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 485.

¹¹⁷ Angående detta stycke, se Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 485-486.

¹¹⁸ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 225.

¹¹⁹ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 225.

¹²⁰ Se avsnitt 4.2 och 4.3.

5 Prisalgoritmers inverkan på prisbindning

5.1 Prisalgoritmers användning vid prisbindning

I föregående avsnitt har prisalgoritmer respektive prisbindning behandlats som separata företeelser. I följande kapitel ska fokus vara på frågan om hur dessa två företeelser fungerar tillsammans, det vill säga hur prisalgoritmer används vid prisbindning. För att visa hur prisalgoritmer används vid prisbindning kommer ett antal tillsynsbeslut att behandlas. Samtliga tillsynsbeslut som behandlas avser prisbindning där prisalgoritmer användes i någon bemärkelse. Tillsynsbesluten tydliggör att tillsynsmyndigheterna ser avtal om prisbindning som en konkurrensrättsöverträdelse med hänvisning till att de utgör avtal med konkurrensbegränsande syfte och att de därmed strider mot artikel 101 FEUF.¹²¹

Först kommer fyra stycken tillsynsbeslut från Kommissionen att behandlas. Kommissionen beslutade den 24 juli 2018 att ålägga fyra tillverkare av elektronikprodukter böter om totalt 111 miljoner euro för att ha ägnat sig åt prisbindning.¹²² Sedan kommer ett beslut från CMA att behandlas. CMA beslutade den 1 augusti 2019 att ålägga Casio, en tillverkare av musikinstrument, med böter om 2,7 miljoner brittiska pund för att ha tillämpat en prispolicy som utgjorde prisbindning.¹²³

5.1.1 AT.40181 – Philips

I det första beslutet som ska behandlas var det Philips som var adressat. Philips är en tillverkare av elektronikprodukter till konsumenter. Philips produkter såldes till konsumenter via återförsäljare, varav vissa sålde produkterna endast över internet medan andra sålde produkterna både över internet och i fysiska butiker.¹²⁴ Philips övervakade sina återförsäljares priser för att upptäcka när återförsäljningspriserna var så låga att de understeg den nivå Philips ansåg rimlig. Philips uppmärksammades även om låga priser av andra återförsäljare. Efter att

¹²¹ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 61; Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 152; Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 107; Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 92; CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 4.152.

¹²² Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018, IP/18/4601, ”ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601” [cit. Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018].

¹²³ Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018.

¹²⁴ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 12.

Philips upptäckt eller uppmärksammats om låga priser kontaktade Philips återförsäljaren i fråga och uppmanade den att höja återförsäljningspriset. Philips hänvisade då till vilket återförsäljningspris de ansåg rimligt och rekommenderade således ett visst återförsäljningspris.¹²⁵ Återförsäljare som inte följde uppmaningen att höja priset eller som ofta avvek från de rekommenderade återförsäljningspriserna blev föremål för hämndaktioner från Philips sida. Hämndaktionerna kunde exempelvis vara hot om att återförsäljningsavtalet skulle sägas upp.¹²⁶ Med hänsyn till att Philips rekommenderade återförsäljningspriser åtföljdes med dessa hämndaktioner utgjorde Philips prisstyrning en begränsning av återförsäljarnas frihet att faktiskt bestämma sitt återförsäljningspris. Philips prisstyrning innebar således prisbindning.

Philips prisbindning var ägnad att hindra eller bromsa den priserosion som Philips upplevde att deras produkter drabbades av på internet. Priserosionen kan förklaras som en bredare prisnedgång på marknaden som uppstod genom att återförsäljarna normalt sänkte sina priser när de såg att andra återförsäljare gjorde det. Philips ville därför hindra eller bromsa denna priserosion genom att med prisbindning förhindra återförsäljare från att automatiskt anpassa sina priser till det lägsta återförsäljningspriset på marknaden.¹²⁷ Med Philips prisbindning anpassades istället återförsäljarnas priser automatiskt till det pris Philips bestämde. Den bredare prisnedgången på marknaden blev därmed istället en bredare prisuppgång.¹²⁸ Philips prisbindning fick därmed förstärkta effekter på grund av automatisk prisanpassning.¹²⁹ I detta sammanhang kan det konstateras att den automatiska prisanpassningen skedde med algoritmer för dynamisk prissättning och att sådana algoritmer således påverkade incitamenten bakom och effekterna av Philips prisbindning.

5.1.2 AT.40182 – Pioneer

I det andra beslutet som ska behandlas var det Pioneer som blev bötfällt. Pioneer är även det en tillverkare av elektronikprodukter till konsumenter. Pioneer distribuerade sina produkter på två olika sätt, nämligen genom helägda dotterföretag och fristående distributörer. Distributionen som skedde genom dotterföretagen var den som var föremål för utredning.¹³⁰ Denna distribution innebar att Pioneer hade kontroll över distributionskedjan nedåt i handelsledet men överlät det sista steget i handelsledet, det vill säga återförsäljning till konsumenter, till fristående återförsäljare.

¹²⁵ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 30.

¹²⁶ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 25-33.

¹²⁷ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 46-47.

¹²⁸ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 64.

¹²⁹ Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018.

¹³⁰ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 1-10.

Pioneer och dotterföretagen blev kontaktade av fristående återförsäljare som beklagade sig över att andra återförsäljare sålde Pioneers produkter till vad de ansåg var för låga priser på internet.¹³¹ Pioneer övervakade också återförsäljarnas priser på internet själva i syfte att upptäcka låga priser på deras produkter.¹³² Både återförsäljare och Pioneer övervakade priserna på internet med hjälp av algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser.¹³³ Återförsäljarna och Pioneer kunde således upptäcka låga priser på internet enkelt och effektivt. Efter att låga priser upptäckts bad Pioneer helt enkelt återförsäljaren med det låga priset att höja priset. Återförsäljarna som ombads höja sina priser gjorde ofta det och bad i sin tur Pioneer att be andra återförsäljare att göra detsamma, vilket Pioneer då gjorde.¹³⁴ Sammanfattningsvis kan det konstateras att Pioneer tillämpade prisstyrning som innebar prisbindning.¹³⁵

Anledningen till att Pioneer använde prisbindning var att de ville hindra låga återförsäljningspriser på nätet eftersom detta pressade priserna som Pioneer själva kunde ta betalt av återförsäljarna. Dessutom upplevde Pioneer en press från återförsäljare och stora återförsäljningskedjor om att motverka låga återförsäljningspriser på nätet.¹³⁶ Vidare ville Pioneer, likt Philips, hindra eller bromsa den priserosion som de upplevde att deras produkter utsattes för.¹³⁷ Förklaringen till priserosionen var enligt Pioneer att återförsäljare övervakade varandras återförsäljningspris på internet och alltid anpassade sina återförsäljningspriser efter det. Pioneer förklarade att återförsäljningspriserna anpassades oavsett återförsäljarens servicenivå, fraktvillkor eller lagerstatus och att anpassningen kunde ske automatiskt med algoritmer för dynamisk prissättning.¹³⁸ Med hänsyn till användningen av algoritmer för dynamisk prissättning vidtog Pioneer inom ramen för sin prisbindning även åtgärder för att försöka identifiera den återförsäljare som först sänkte återförsäljningspriset eftersom en höjning av dennes pris på grund av algoritmerna skulle få andra återförsäljare att höja sina priser igen.¹³⁹

5.1.3 AT.40465 – Asus

Det tredje beslutet som ska belysas berörde företaget Asus. Asus är en tillverkare av elektronikprodukter till konsumenter, särskilt olika typer av datorer och

¹³¹ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 32.

¹³² Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 36.

¹³³ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 136 och 155.

¹³⁴ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 28-36.

¹³⁵ Pioneer vidtog även åtgärder för att förhindra eller försvåra återförsäljares gränsöverskridande handel. För detaljer om detta, se Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 33 och 38.

¹³⁶ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 35.

¹³⁷ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 134 och 136.

¹³⁸ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 136-139.

¹³⁹ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 139.

datorrelaterade tillbehör.¹⁴⁰ Asus produkter distribuerades via fristående distributörer som sedan sålde produkterna till enskilda återförsäljare. Oberoende av att distributionen skedde via fristående distributörer hade anställda hos Asus hade direkt kontakt med återförsäljare. Asus distribution kan sammanfattas på så sätt att distributörerna hade hand om leveransen av produkter till återförsäljarna och återförsäljarnas betalning av produkterna medan Asus själva hade hand om återförsäljarnas villkor för att över huvud taget få köpa produkterna.¹⁴¹

Som ett del av sina villkor för att få köpa in produkterna rekommenderade Asus återförsäljningspriser och vidtog åtgärder för att återförsäljarna skulle tillämpa dem.¹⁴² Åtgärderna som Asus vidtog var att övervaka återförsäljningspriserna och på olika sätt ingripa mot återförsäljare som inte tillämpade de rekommenderade återförsäljningspriserna. Vid övervakningen av återförsäljningspriserna använde Asus både algoritmer för prisjämförelser och algoritmer för prisövervakning.¹⁴³ Vad avser ingripandena mot återförsäljare som inte tillämpade de rekommenderade återförsäljningspriserna kunde de bestå av att hota om att ställa in leveranser.¹⁴⁴ Utöver ingripanden när återförsäljare inte följde rekommendationerna använde Asus sig av villkorade bonusar för att förmå återförsäljarna att följa rekommendationerna. Bonusarna var villkorade av att återförsäljarna tillämpade de rekommenderade återförsäljningspriserna.¹⁴⁵ Sammantaget utgjorde Asus handlande pristyrning som innebar prisbindning.

Utöver den prisbindning som förklarats ovan försökte Asus få sina återförsäljare att ta bort deras priser från prisjämförelsesidor. Anledningen till detta var att Asus inte ville att återförsäljarna skulle anpassa deras priser efter varandras i en nedåtgående riktning. Anpassningen av priser återförsäljarna emellan skedde dock oaktat om återförsäljaren hade sina priser på prisjämförelsesidor eftersom återförsäljarna använde algoritmer för prisövervakning och dynamisk prissättning. På grund av detta förmådde Asus återförsäljarna att inte bara ta bort deras priser från prisjämförelsesidor utan även ändra priserna på deras egna hemsidor.¹⁴⁶

5.1.4 AT.40469 – Denon & Marantz

Det fjärde beslutet som ska behandlas riktade sig mot Denon & Marantz. Denon & Marantz är en tillverkare av elektronikprodukter till konsumenter. Denon & Marantz produkter distribuerades via återförsäljare som sålde produkterna till slutkonsumenter.¹⁴⁷ Denon & Marantz försåg återförsäljarna med prislistor som

¹⁴⁰ Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 2-8.

¹⁴¹ Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 11.

¹⁴² Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 26.

¹⁴³ Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 26-28.

¹⁴⁴ Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 68.

¹⁴⁵ Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 37 och 46.

¹⁴⁶ Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 58.

¹⁴⁷ Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 12.

motsvarade de lägsta priser som Denon & Marantz ville att återförsäljarna skulle tillämpa gentemot slutkonsumenterna.¹⁴⁸ Dessutom övervakade Denon & Marantz återförsäljarnas priser i syfte att upptäcka avvikelser från prislistorna. Avvikelser från prislistorna upptäcktes också av andra återförsäljare som då underrättade Denon & Marantz om detta.¹⁴⁹ Prisövervakningen kunde ske med algoritmer för prisjämförelser genom användning av prisjämförelsesidor.¹⁵⁰

Vid upptäckt av avvikelser från prislistorna kontaktade Denon & Marantz återförsäljaren i fråga och uppmanade den att höja priset.¹⁵¹ Återförsäljare kunde kontaktas simultant i syfte att få dem att höja priserna samtidigt och därigenom åstadkomma en bredare prisuppgång på marknaden.¹⁵² Utöver de uppmaningar som Denon & Marantz gav till återförsäljare fick återförsäljare som tillämpade priserna på prislistan finansiella fördelar medan återförsäljare som inte gjorde det blev bestraffade, bland annat genom att Denon & Marantz inte levererade produkter till dem.¹⁵³ Sammantaget utgjorde Denon & Marantz handlande prisstyrning som innebar prisbindning.

Prisbindningen syftade till att resultera i stabilare och högre priser. Anledningen till att Denon & Marantz ville uppnå detta resultat var att de ville möjliggöra högre marginaler på deras produkter för återförsäljarna. För att åstadkomma högre marginaler på produkterna behövde antingen återförsäljningspriset höjas eller inköpspriset sänkas och för att inte påverka Denon & Marantz egna marginaler föredrog de det förstnämnda.¹⁵⁴

5.1.5 50565-2 – Casio

CMA beslutade den 1 augusti 2019 att ålägga Casio, en tillverkare av elektroniska musikinstrument, med böter om 2,7 miljoner brittiska pund för att ha tillämpat en prispolicy som innebar prisbindning. Prispolicyen gick ut på att Casio informerade deras återförsäljare om vilka priser de förväntade sig att återförsäljarna tillämpade för deras produkter. Priserna framgick av prislistor som återförsäljarna periodvis fick skicka till sig. Av prislistorna framgick inte bara vilka återförsäljningspriser som förväntades tillämpas utan även vilka inköpspriser återförsäljare skulle betala. Därmed framgick även den marginal som återförsäljarna kunde förväntas få på produkterna i fråga.¹⁵⁵

Prispolicyen innebar även att Casio, utöver prislistorna, skickade särskilda instruktioner till återförsäljare angående till exempel internetförsäljning. Instruktionerna tydliggjorde att återförsäljarna skulle marknadsföra produkterna

¹⁴⁸ Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 36.

¹⁴⁹ Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 30.

¹⁵⁰ Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 56.

¹⁵¹ Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 30 och 56.

¹⁵² Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 48 och 64.

¹⁵³ Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 52, 58 och 74.

¹⁵⁴ Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 31.

¹⁵⁵ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.83-3.84.

på internet till det pris som framgick av prislister. Återförsäljarna fick inte inkludera en fraktkostnad i detta pris utan fick endast erbjuda fri frakt eller ta ut en extra fraktkostnad. Återförsäljarna var vidare förhindrade att erbjuda rabattkoder för internetförsäljning.¹⁵⁶ De särskilda instruktionerna kunde även avse vilka produkter som fick ingå i paketerbjudanden och till vilket pris ett sådant erbjudande skulle säljas. Dessa instruktioner syftade till att förhindra återförsäljare från att kringgå prispolicyn genom att använda paketerbjudanden.¹⁵⁷

För att se till att återförsäljare efterlevde prispolicyn övervakade Casio deras försäljningspriser. Övervakningen av återförsäljningspriser skedde systematiskt och anställda hos Casio såg övervakningen som ett särskilt arbetsflöde.¹⁵⁸ Prisövervakningen övergick med tiden från att vara manuell till att vara automatisk. Den automatiska prisövervakningen utgjordes av användningen av Price2Spy,¹⁵⁹ ett program med både algoritmer för prisövervakning och algoritmer för prisjämförelser.¹⁶⁰ Casio bestämde vilka återförsäljares priser som skulle övervakas och jämföras och fick sedan dagliga rapporter och notiser i realtid om prisförändringar. Price2Spy möjliggjorde således enkel och effektiv prisövervakning.¹⁶¹ Casio höll sig också uppdaterade om återförsäljningspriserna genom att låta återförsäljare övervaka varandras priser och uppmärksamma Casio om priser som avvek från prispolicyn. Återförsäljarnas övervakning av varandras priser gjordes bland annat med algoritmer för prisövervakning.¹⁶²

Utöver att övervaka återförsäljarnas priser vidtog Casio åtgärder för att uppmäna återförsäljare att efterleva prispolicyn. Exempel på åtgärder som vidtogs var att hota återförsäljare om att de skulle betala ett högre inköpspris för produkterna eller att leveranserna av produkterna skulle bli försenade eller utebli. Ett annat exempel på åtgärder som vidtogs var att hota om att återförsäljarens så kallade marknadsföringsbidrag, som Casio betalade, skulle sättas ner eller dras in.¹⁶³ Åtgärderna bestod således främst av hot men hoten verkställdes nästintill aldrig. Oaktat detta medförde hoten en uppmaning till återförsäljarna att efterleva prispolicyn.¹⁶⁴ Sammanfattningsvis kan det således konstateras att Casios prispolicy och deras handlande i samband med denna utgjorde prisstyrning som innebar prisbindning.

Prisbindningen motiverades av att Casio ville säkerställa att deras återförsäljare hade gynnsamma marginaler på deras produkter. Casio ansåg nämligen att gynnsamma marginaler på produkterna var en av anledningarna till att Casio var framgångsrik på marknaden eftersom det då var attraktivt för återförsäljarna att

¹⁵⁶ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.87.

¹⁵⁷ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.89.

¹⁵⁸ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.101.

¹⁵⁹ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.103.

¹⁶⁰ För mer information se "www.price2spy.com/en/".

¹⁶¹ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.104.

¹⁶² CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.92-3.93.

¹⁶³ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.171-3.177.

¹⁶⁴ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.183.

sälja och ha Casios produkter i lager. Med prisbindningen ville Casio således säkra och förstärka deras ställning på marknaden.¹⁶⁵ Prisbindningen motiverades även att Casio ville harmonisera och stabilisera priserna på deras produkter på internet och motverka skillnader på priserna olika länder emellan. Internetpriserna i andra länder gjorde nämligen priserna i Storbritannien mer volatila.¹⁶⁶ Casio tillämpade därför även en bredare prispolicy som innebar att priserna på deras produkter sattes i euro för att sedan, med vid var tid gällande valutakurs, omväxlas till priser i brittiska pund. På så vis kunde Casio undvika att valuta- och prisfluktuationer i andra medlemsländer påverkade priserna i Storbritannien.¹⁶⁷

5.2 Prisalgoritmers påverkan på prisbindning

I föregående avsnitt klargjordes hur prisalgoritmer har använts vid prisbindning. I följande avsnitt ska frågan om hur denna användning av prisalgoritmer kan påverka prisbindning analyseras. Prisalgoritmer har olika funktioner beroende på vilken typ av prisalgoritm det är.¹⁶⁸ Olika typer av prisalgoritmer påverkar således prisbindning på olika sätt. Samtidigt används flera olika typer av prisalgoritmer simultant och deras påverkan på prisbindning kan uppstå som en följd av denna simultana användning. Analysen och slutsatserna om prisalgoritmers påverkan på prisbindning kommer därmed att kategoriseras efter vilken typ av påverkan de har på prisbindningen istället för efter vilken typ av prisalgoritmer som resulterar i denna påverkan.

5.2.1 Prisalgoritmer kan öka incitamenten till prisbindning

Algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser tillsammans med algoritmer för dynamisk prissättning påverkar prisbindning på så sätt att det ökar incitamenten till prisbindning. Detta kan sägas bero på algoritmernas effekt på återförsäljningspriserna på marknaden. Effekten på återförsäljningspriserna kan härledas till två olika steg. Det första steget är att algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser medför en ökad pristransparens på marknaden som föranleder en ökad priskonkurrens.¹⁶⁹ Det andra steget är att algoritmer för dynamisk prissättning på grund av denna ökade priskonkurrens kan medföra en priserosion.¹⁷⁰ Priserosionen uppstår genom att många av återförsäljare använder prisalgoritmer och att det lägre priset hos en återförsäljare sprids till andra återförsäljare. Priset hamnar i en nedåtgående spiral, vilket således kan kallas

¹⁶⁵ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.75 och 3.80.

¹⁶⁶ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.77.

¹⁶⁷ CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.81.

¹⁶⁸ Se kapitel 3.

¹⁶⁹ Se avsnitt 3.2 och 3.3.

¹⁷⁰ Se avsnitt 3.4

priserosion. Prisalgoritmernas effekt på återförsäljningspriserna uppmärksammades i samtliga av de tillsynsbeslut som behandlades i föregående avsnitt.¹⁷¹ I ett av besluten beskrevs effekten som följande:

”... all retailers closely monitored online resale prices and immediately lowered their price when they noticed that a retailer had decreased its online price. As a result, with only one retailer lowering its price, the entire market quickly followed. [...] Many retailers used so-called spiders that are software programmes that track the prices online and automatically adjust to match the lowest price available online, often even without the dealer being aware of that price adjustment.”¹⁷²

Effekten på återförsäljningspriserna ökar incitamenten till prisbindning eftersom det ger tillverkaren en anledning att ägna sig åt prisbindning. I tillsynsbesluten som behandlades i föregående avsnitt angavs nämligen effekten på återförsäljningspriserna som en av, eller till och med den främsta, anledningen till att tillverkarna hade ägnat sig åt prisbindning.¹⁷³ Att tillverkarna ägnar sig åt prisbindning på grund av att återförsäljarnas priser pressas kan förklaras av att tillverkarna har ett intresse i att återförsäljningspriserna är höga. Detta intresse består dels av att återförsäljare behöver en bra marginal på produkterna för att vilja sälja dem, dels för att återförsäljarna inte i sin tur ska vilja pressa inköpspriserna. Intresset kan vidare bestå av att tillverkaren vill signalera en viss kvalitet på produkterna till konsumenter.

5.2.2 Prisalgoritmer kan förenkla prisbindning

Algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser kan förenkla prisbindningen. Tillverkarna kan nämligen använda algoritmer för att upprätta ett prisövervakningssystem som förenklar för tillverkaren att säkerställa efterlevnad av prisbindningen. Ett prisövervakningssystem kan innebära att tillverkarna själva övervakar återförsäljarnas priser med hjälp av algoritmer eller att tillverkaren förmår återförsäljare att övervaka varandras priser och dessa återförsäljare använder algoritmer.¹⁷⁴ I flera av tillsynsbesluten som behandlades i föregående avsnitt konstaterades det att antingen tillverkaren eller dess återförsäljare använde algoritmer för att övervaka priser.¹⁷⁵ Kommissionen

¹⁷¹ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 46 och 64; Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 155; Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 103; Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 95; CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.77.

¹⁷² Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 136.

¹⁷³ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 137.

¹⁷⁴ Se avsnitt 4.4.

¹⁷⁵ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 97; Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 58; Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 56; CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, p. 3.104.

konstaterade att detta förenklade företagens prisbindning eftersom de kunde ingripa mot låga priset väldigt snabbt.¹⁷⁶

Algoritmer för prisövervakning kan instrueras att notifiera en tillverkare direkt när priset på deras produkt sänkts medför att en tillverkare kan agera mot denna prissänkning väldigt fort.¹⁷⁷ Om tillverkaren agerar tillräckligt fort mot en prissänkning kommer återförsäljaren inte att hinna sälja något till det sänkta priset. Om återförsäljare inte hinner sälja något till det sänkta priset kommer det inte framstå som förmånligt att sänka priserna i framtiden och återförsäljaren kommer därför att efterleva tillverkarens prisbindning. Att algoritmer kan instrueras att notifiera en tillverkare direkt när priset på deras produkt sänks medför också att tillverkaren kan identifiera vilken återförsäljare som sänkte priset först och vilka återförsäljare som därefter följde efter. Identifieringen av den återförsäljaren som först sänkte priset för produkten möjliggör för tillverkaren att förmå just den återförsäljaren att höja priset och sedan låta de andra återförsäljarna följa efter. Eftersom de följde återförsäljarens prissänkning kan de förväntas följa återförsäljarens prishöjning och tillverkarens prisbindning efterlevs därmed av flera återförsäljare efter att de agerat gentemot endast en återförsäljare.¹⁷⁸ Identifieringen av den återförsäljare som sänkte priset kan även möjliggöra för tillverkaren att utreda om återförsäljaren kunde sänka sitt pris till följd av att någon distributör sänkt sitt pris till återförsäljaren. Tillverkaren kan således identifiera inte bara återförsäljare utan även distributörer som inte följer tillverkarens prisbindning.

5.2.3 Prisalgoritmer kan effektivisera prisbindning

På samma sätt som algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser tillsammans med algoritmer för dynamisk prissättning kan medföra att prissänkningar sprids på marknaden kan de medföra att prishöjningar sprids. Spridningen kan dels ske till andra, icke prisstyrda återförsäljare av samma produkt, dels ske till andra, icke prisstyrda produkter.¹⁷⁹ Detta medför att prisalgoritmer kan sprida resultatet av prisbindning, det vill säga en prishöjning. Prishöjningen sprids således på marknaden och motverkar priserosionen. Avseende de fyra tillsynsbesluten kommenterade Kommissionen följande:

“Many, including the biggest online retailers, use pricing algorithms which automatically adapt retail prices to those of competitors. In this way, the pricing

¹⁷⁶ Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018.

¹⁷⁷ Se avsnitt 3.2.

¹⁷⁸ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 139.

¹⁷⁹ Se avsnitt 3.4.

restrictions imposed on low pricing online retailers typically had a broader impact on overall online prices for the respective consumer electronics products."¹⁸⁰

Både spridningen av låga priser och spridningen av höga priser är emellertid beroende av att algoritmerna för dynamisk prissättning är instruerade att använda konkurrerande återförsäljares priser som referenspris för prissättningen.¹⁸¹ Algoritmernas påverkan på prisbindning beror således på algoritmernas instruktion.

5.2.4 Prisalgoritmer kan försvåra prisbindning

Prisalgoritmer kan även försvåra prisbindning. Det är dock endast algoritmer för personlig prissättning som kan göra detta. I den mån återförsäljare använder sig av algoritmer för personlig prissättning försvåras prisbindning. Prisbindningen för återförsäljare som använder algoritmer för personlig prissättning kan till exempel inte avse fasta priser eftersom algoritmernas instruktion går ut på att inte tillämpa enhetliga priser. Prisbindning kan dock ske med hänsyn till ett lägsta pris eftersom algoritmen då kan tillämpa personliga priser över detta pris.

Algoritmer för personlig prissättning kan också försvåra prisbindning genom att de övervakningen av återförsäljningspriser försvåras. Övervakningen av prisbindningen är nämligen beroende av pristransparensen och pristransparensen på marknaden minskar om algoritmer för personlig prissättning används.

Algoritmer för personlig prissättning kan också motverka den effektivisering av prisbindning som algoritmer för dynamisk prissättning kan medföra. Prisbindningens prishöjande effekt kan nämligen inte spridas i lika stor utsträckning om återförsäljare använder algoritmer för personlig prissättning. Algoritmer för personlig prissättning används emellertid enligt Kommissionens sektorsundersökning av e-handelsmarknaden i begränsad utsträckning i dagsläget och dess påverkan på prisbindning är därför liten.¹⁸²

¹⁸⁰ Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018.

¹⁸¹ Se avsnitt 3.4. Se även Treacy, Pat, Smith, Stephen & Bond, Edwin, *Maintaining price competition between retailers in e-commerce markets: the European Commission's recent RPM decisions*, *European Competition Law Review*, vol. 39(11), 2018, s. 470-473 [cit. Treacy m.fl., *Maintaining price competition between retailers in e-commerce markets*], s. 471-473.

¹⁸² Kommissionen, *Staff working document*, p. 152.

6 Konkurrensrättslig reglering

6.1 Konkurrensbegränsande avtal

EU:s grundläggande konkurrensrättsliga regler är förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (artikel 101.1 FEUF) och förbudet mot missbruk av dominerande ställning (artikel 102 FEUF).¹⁸³ Förbudet mot konkurrensgränsande avtal är den konkurrensrättsliga reglering som kommer att behandlas i det följande. Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal återfinns som sagt i artikel 101.1 FEUF och föreskriver att:

”Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att ...”

Det framgår av ordalydelsen återgiven ovan att bestämmelsen inte bara omfattar konkurrensbegränsande avtal utan även konkurrensbegränsande beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden. Bestämmelsen omfattar således tre olika former av samförstånd. De tre olika formerna av samförstånd är dock av samma art och skiljer sig endast åt avseende hur intensiva de är och hur de kommer till uttryck.¹⁸⁴ I det efterföljande stycket kommer dessa tre olika former att förklaras översiktligt. Efter det stycket kommer, för enkelhetens skull, däremot alla former att benämnas som avtal.

För att det ska vara fråga om ett avtal är det tillräckligt att företagen i fråga har gett uttryckt för sin gemensamma vilja att agera på ett visst sätt. Hur företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja har inte någon betydelse, vilket innebär att såväl muntliga som skriftliga samt formella och informella avtal omfattas av bestämmelsen.¹⁸⁵ Avseende beslut av företagssammanslutningar kan beslut som fattas med bindande verkan för de enskilda företagen eller beslut som de enskilda företagen faktiskt följer omfattas av bestämmelsen.¹⁸⁶ De enskilda företagen behöver inte ha deltagit i beslutsfattandet för att omfattas av besluten och

¹⁸³ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 12.

¹⁸⁴ Mål C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, p. 23.

¹⁸⁵ Mål T-41/96 *Bayer AG*, p. 69; Mål T-208/06 *Quinn Barlo m.fl.*, p. 35.

¹⁸⁶ Mål C-113/04 *Technische Unie*, p. 115; Förenade målen 209/78 till 215/78 och 218/78, *Van Landewuick*, p. 88-89.

därigenom bestämmelsen.¹⁸⁷ Vad gäller samordnade förfaranden förutsätter bestämmelsen ett samförstånd mellan företagen och ett uppförande på marknaden som svarar mot detta samförstånd. Uppförandet på marknaden måste också vara en följd av företagens samförstånd. För att det ska vara fråga om ett samordnat förfarande i bestämmelsens mening måste företagen varit i direkt eller indirekt kontakt med varandra.¹⁸⁸

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal omfattar såväl avtal mellan företag på samma nivå handelsledet som avtal mellan företag på olika nivåer i handelsledet.¹⁸⁹ Avtal mellan företag på samma nivå kallas horisontella avtal medan avtal mellan företag på olika nivåer kallas vertikala avtal. Horisontella avtal är till sin art ofta mer skadliga för konkurrensen än vad vertikala avtal är.¹⁹⁰ För att det kunna fastställa att det är fråga om ett vertikalt avtal inom ramen för bestämmelsen kan det vara nödvändigt att undersöka huruvida det är fråga om ett ensidigt beslut eller ensidig åtgärd från tillverkarens sida eller om beslutet och åtgärden är en del av ett ömsesidigt avtal med återförsäljaren.¹⁹¹ Undersökningen tar sikte på om återförsäljaren tillmötesgår tillverkaren eller samtycker till tillverkarens beslut eller åtgärd. Samtycket behöver inte vara uttryckligt utan kan vara underförstått eller uppkomma genom återförsäljarens handlande.¹⁹²

Oavsett avtalets form och huruvida det är ett horisontellt eller vertikalt avtal måste avtalet vara konkurrensbegränsande till sitt syfte eller med sitt resultat för att omfattas av bestämmelsen. Vilka avtal som är konkurrensbegränsade till sitt syfte eller med sitt resultat framgår inte av bestämmelsen. I artikel 101.1(a)-(e) exemplifieras emellertid ett antal avtalstyper som typiskt sett är konkurrensbegränsande. Exempelen är bland annat avtal där inköps- eller försäljningspriser fastställs, produktion eller teknisk utveckling begränsas och marknader eller inköpskällor delas upp. Uppräkningen av exempel i bestämmelsen är inte uttömmande och de exemplifierade avtalstyperna är inte förbjudna i sig utan måste även de konstateras ha ett konkurrensbegränsande syfte eller resultat.¹⁹³ Ett avtal med konkurrensbegränsande syfte eller resultat behöver inte ha implementerats eller tillämpats för att en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal ska föreligga.¹⁹⁴ En överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal medför att avtalet är automatiskt ogiltigt.¹⁹⁵

¹⁸⁷ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 191.

¹⁸⁸ Mål C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, p. 26-33.

¹⁸⁹ Mål 56/64 *Consten och Grundig*.

¹⁹⁰ Mål C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító m.fl.*, p. 43.

¹⁹¹ Förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, *BAI och Kommissionen*, p. 101-103.

¹⁹² Riktlinjerna om vertikala avtal, p. 25.

¹⁹³ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok* s. 205.

¹⁹⁴ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 215.

¹⁹⁵ Artikel 101.2 FEUF.

6.1.1 Avtal med konkurrensbegränsande syfte

Avtal med konkurrensbegränsande syfte kallas syftesöverträdelser. Huruvida ett avtal utgör en syftesöverträdelse ska bedömas utifrån avtalets objektiva syfte. Att bedömningen ska göras utifrån avtalets objektiva syfte innebär att avtalsparternas subjektiva avsikt inte måste, men får, beaktas.¹⁹⁶ Avtal som har ett objektivt syfte att begränsa konkurrensen är avtal som är av sådan natur att de normalt sett är konkurrensbegränsande. Avtalet bör bedömas inte bara utifrån bestämmelserna i avtalet utan även utifrån avtalets implementering i ett visst sammanhang och de incitament en sådan implementering medför.¹⁹⁷ Bedömningen av avtalets objektiva syfte bör ske med tidpunkten för avtalets ingående som utgångspunkt.¹⁹⁸

Om det kan konstateras att avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte behöver det inte undersökas om avtalet har ett konkurrensbegränsande resultat.¹⁹⁹ Med hänvisning till denna följd har Europeiska Unionens domstol (härefter ”EU-domstolen”) uttryckt följande:

”Begreppet konkurrensbegränsning ’genom syfte’ kan nämligen endast tillämpas för vissa typer av samordning mellan företag som är så pass skadlig för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras, eftersom det i annat fall skulle betyda att kommissionen befriades från skyldigheten att styrka de konkreta effekterna på marknaden av avtal vilka inte på något sätt har visats vara skadliga för den normala konkurrensen redan till sin art.”²⁰⁰

Frågan om ett avtal är konkurrensbegränsande till sitt syfte tar således sikte på hur konkurrensöverträdelserna ska bevisas. Att något är en syftesöverträdelse underlättar för konkurrensmyndigheter att bevisa en konkurrensöverträdelse samtidigt som det medför en förutsebarhet för företag angående frågan om huruvida ett avtal utgör en konkurrensöverträdelse.²⁰¹

6.1.2 Avtal med konkurrensbegränsande resultat

Avtal med konkurrensbegränsande resultat kallas resultatöverträdelser. För att undersöka huruvida ett avtal är en resultatöverträdelse måste det undersökas

¹⁹⁶ Mål C-519/06 *GlaxoSmithKline*, p.58; Mål C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító*, p. 37; Mål C-67/13 *P Groupement des cartes bancaires*, p. 54.

¹⁹⁷ Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 213-214; Mål C-519/06 *GlaxoSmithKline*, p. 58; Mål C-67/13 *P Groupement des cartes bancaires*, p. 53.

¹⁹⁸ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 217.

¹⁹⁹ Mål 56/65, *Société Technique Minière* Mål; Mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, p. 34; Mål C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító m.fl.*, p. 34; Mål C-67/13 *P Groupement des cartes bancaires*, p. 49.

²⁰⁰ Mål C-67/13 *P Groupement des cartes bancaires*, p. 58.

²⁰¹ Bennett, Matthew, Fletcher, Amelia, Giovannetti, Emanuele & Stallibrass, David, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, *Fordham International Law Journal*, vol. 33(4), 2011 s. 1278-1299, på s. 1281-1282.

huruvida avtalet har ett faktiskt eller potentiellt konkurrensbegränsande resultat. Avseende ett potentiellt konkurrensbegränsande resultat räcker det med att konkurrensen sannolikt kommer att påverkas negativt i framtiden.²⁰² Frågan om ett avtal har ett faktiskt eller potentiellt konkurrensbegränsande resultat besvaras genom att beakta avtalets påverkan på konkurrensparametrar. Om konkurrensparametrar, såsom pris, produktion, produktutbud, produktkvalitet och produktutveckling, påverkas negativt är avtalets resultat konkurrensbegränsande.²⁰³ För att undersöka hur konkurrensparametrarna påverkas av avtalet ska ett kontrafaktiskt scenario användas. Det kontrafaktiska scenariot är den konkurrens som skulle finnas på marknaden om avtalet inte förekom på marknaden. Det kontrafaktiska scenariot jämförs med det faktiska scenariot, det vill säga scenariot att avtalet förekommer på marknaden. Om det vid en sådan jämförelse framkommer att konkurrensen påverkas negativt har avtalet ett konkurrensbegränsande resultat.²⁰⁴

För att avtal med ett konkurrensbegränsande resultat ska utgöra en resultatöverträdelse måste konkurrensbegränsningen vara märkbar på marknaden. Märkbarhetskriteriet omfattar i teorin både avtal med konkurrensbegränsande syfte och avtal med konkurrensbegränsande resultat. Avtal med konkurrensbegränsande syfte anses däremot alltid vara märkbara på marknaden och märkbarhetskriteriet bedöms därför i praktiken endast för avtal med konkurrensbegränsande resultat.²⁰⁵ Märkbarhetskriteriet har definierats negativt vilket innebär att avtal inte anses kunna leda en märkbar begränsning av konkurrensen om vissa tröskelvärden för marknadsandelar inte överskrids. Den negativa definitionen av märkbarhetskriteriet betyder dock inte att alla avtal mellan företag som överskrider tröskelvärdena uppfyller märkbarhetskriteriet eftersom sådana avtal fortfarande kan ha en försumbar konkurrensbegränsande effekt.²⁰⁶

6.1.3 Avtal som är undantagna tillämpning av förbudet

Vissa konkurrensbegränsande avtal är undantagna från tillämpning av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Undantaget stadgas i artikel 101.3 FEUF, som föreskriver att bestämmelserna i artikel 101.1 FEUF inte är tillämpliga på avtal uppfyller fyra kumulativa villkor, varav två är positiva och två är negativa. Det första positiva villkoret är avtalet måste innebära en effektivitetsvinst, exempelvis genom att bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor. Det

²⁰² Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 218.

²⁰³ Tillkännagivande från Kommissionen – Riktlinjer för bedömningen av artikel 81.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT C 101/94, 27.4.2004, p. 24.

²⁰⁴ Mål 56/65, *Société Technique Minière*; Mål C-7/95 *John Deere*, p. 76.

²⁰⁵ C-226/11 *Expedia*, p. 35-37.

²⁰⁶ Meddelande från Kommissionen – Tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT C 291/1, 30.8.2014, p. 3-4.

andra positiva villkoret är att konsumenterna måste tillförsäkras en skälig andel av den vinst som uppnås genom effektivitetsvinsten. Det första negativa villkoret är att avtalet inte får ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå de positiva villkoren. Det andra negativa villkoret är att avtalet inte får ge företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

Det följer av ordalydelsen i artikel 101.3 FEUF att bestämmelsen inte bara kan tillämpas på enskilda avtal utan även på grupper av avtal. För tillämpningen av bestämmelsen på grupper av avtal utfärdas gruppundantagsförordningar. Gruppundantagsförordningarna tillämpas på grupper av avtal som kan omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal men som i regel uppfyller villkoren för undantag. Grupperna av avtal som omfattas av en gruppundantagsförordning presumeras således uppfylla villkoren för undantag och undantas automatiskt från tillämpning av artikel 101.1 FEUF.²⁰⁷

Kommissionen har utfärdat en gruppundantagsförordning för grupper av vertikala avtal. Gruppundantaget för vertikala avtal är tillämpligt på vertikala avtal som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster.²⁰⁸ Gruppundantagets tillämplighet är villkorad av att vissa tröskelvärden för marknadsandelar inte överskrids och att avtalet inte innehåller några särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar.²⁰⁹ Villkoret att avtalet inte får innehålla några särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar innebär att avtalet varken direkt eller indirekt får syfta till exempelvis prisbindning, områdesskydd eller uppdelning av kunder.²¹⁰

Ett avtal som innehåller en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning kommer inte att omfattas av gruppundantagets tillämplighet.²¹¹ Enligt Kommissionens riktlinjer för vertikala avtal, som är ämnade att förklara tillämpningen av gruppundantaget,²¹² medför det faktum att ett avtal som innehåller en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning en motbevisbar presumtion om att avtalet inte uppfyller villkoren för undantag enligt artikel 101.3 FEUF. Eftersom presumtionen är motbevisbar kan ett företag som ingått ett avtal med en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning visa att avtalet medför konkurrensfrämjande effekter i enlighet med artikel 101.3 FEUF. Om ett företag visar att villkoren i artikel 101.3 FEUF allmänt sett är uppfyllda måste avtalets konkurrensbegränsande effekter bedömas innan en slutlig bedömning av om villkoren i artikel 101.3 FEUF görs.²¹³

Enligt Kommissionens riktlinjer om vertikala avtal kommer ett avtal som innehåller en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning även presumeras omfattas

²⁰⁷ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 278-283.

²⁰⁸ Gruppundantaget för vertikala avtal, art. 1(1)(a) och art. 2(1).

²⁰⁹ Gruppundantaget för vertikala avtal, art. 3 och art. 4.

²¹⁰ Gruppundantaget för vertikala avtal, art. 4(a) och art. 4(b).

²¹¹ Gruppundantaget för vertikala avtal, art. 4.

²¹² Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 68.

²¹³ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 47.

av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101.1 FEUF.²¹⁴ Enligt riktlinjerna är dessutom ett avtal med en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning konkurrensbegränsande till sitt syfte och ses således som en syftesöverträdelse.²¹⁵

I detta sammanhang är det viktigt att göra åtskillnad mellan vad som å ena sidan framkommer i Kommissionens gruppundantag för vertikala avtal och å andra sidan vad som framkommer i Kommissionens riktlinjer för vertikala avtal. Kommissionens riktlinjer för vertikala avtal är nämligen, till skillnad från Kommissionens gruppundantag, inte bindande för någon annan än Kommissionen själv.²¹⁶ Kommissionen måste följa riktlinjerna vid sin tillämpning av konkurrensreglerna i en viss fråga medan EU-domstolen inte måste göra det.²¹⁷ EU-domstolen kan använda riktlinjerna som tolkningsunderlag men kan göra egna tolkningar som har företräde framför Kommissionens tolkning.²¹⁸

6.2 Avtal om prisbindning

För att utvärdera hur det konkurrensrättsliga regelverket hanterar användning av prisalgoritmer vid prisbindning och undersöka om regleringen är rimlig måste prisbindningens konkurrensbegränsande och konkurrensfrämjande effekter undersökas. Efter att effekterna av prisbindning har undersökts kommer en utvärdering av det konkurrensrättsliga regelverket, dels med utgångspunkt i att prisbindning är en syftesöverträdelse, dels med utgångspunkt i att prisbindning är en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning.

6.2.1 Konkurrensbegränsande effekter

Prisbindning kan medföra konkurrensbegränsande effekter på ett antal olika sätt, varav tre olika sätt ska framföras i det följande. Utöver dessa tre sätt kan prisbindning medföra konkurrensbegränsande effekter på två andra sätt. För dessa två sätt måste dock specifika sakförhållanden föreligga för att effekten ska förverkligas och de kommer därför inte att behandlas i det följande.²¹⁹

För det första kan prisbindning underlätta horisontell samverkan mellan tillverkare och återförsäljare. Samverkan mellan tillverkare underlättas genom att

²¹⁴ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 47.

²¹⁵ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 23.

²¹⁶ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 69.

²¹⁷ Se till exempel mål C-226/11 *Expedia*, p. 28 och mål T-105/95 *WWF UK*, p. 55.

²¹⁸ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 69-79.

²¹⁹ Den första av dessa effekter är uppmjukning av konkurrensen mellan tillverkare och/eller återförsäljare. Denna effekt kräver att de konkurrerande tillverkarna använder samma återförsäljare och att alla använder prisbindning. Den andra av dessa effekter är minskad marginalpress för återförsäljare. Denna effekt kräver att tillverkaren har ett särskilt åtagandeproblem. För mer detaljer, se Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 224 och Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 220.

pristransparensen på marknaden ökar och tillverkare därför lättare kan upptäcka om en annan tillverkare avviker från den samverkan som tillverkarna har åstadkommit.²²⁰ Sådan samverkan medför minskad mellanmärkeskonkurrens. Mellanmärkeskonkurrens är konkurrens mellan tillverkare av olika varumärken med liknande varor. Samverkan mellan återförsäljare underlättas genom att priskonkurrensen återförsäljarna emellan försvinner för de varumärken som är föremål för prisbindning. Samverkan mellan återförsäljarna underlättas därmed genom att priskonkurrensen inom varumärket i fråga går förlorad.²²¹ Sådan samverkan medför minskad inommärkeskonkurrens, vilket är konkurrens mellan återförsäljare av samma varumärken och likadana varor.

Att prisbindning kan underlätta horisontell samverkan är en intressant konkurrensbegränsande effekt eftersom det inte är prisbindningen i sig som är konkurrensbegränsande utan att det är den horisontella samverkan det.²²² Avseende horisontell samverkan mellan tillverkare kan det dessutom konstateras att prisbindningens underlättade av horisontell samverkan mellan tillverkare inte är lika påtaglig med prisalgoritmer på marknaden. Pristransparensen på marknaden är nämligen tydligt märkbar på grund av algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser.²²³ Pristransparensen som finns på marknaden även utan prisbindning är således så pass påtaglig att tillverkare som ägnar sig åt horisontell samverkan kan upptäcka om en annan tillverkare avviker från samverkan. Angående horisontell samverkan återförsäljare emellan kan det konstateras att priskonkurrensen mellan varumärken på grund av prisalgoritmer kan vara så pass påtaglig att priskonkurrensen inom samma varumärke inte är lika betydelsefull att bevara. Det kan dessutom konstateras att priskonkurrensen inte är den enda konkurrensparametern som återförsäljare konkurrerar med och att återförsäljarnas service, tillgänglighet och villkor kan främja konkurrens återförsäljarna emellan.²²⁴

För det andra kan prisbindning medföra minskad konkurrens i tillverkningsledet respektive återförsäljningsledet. Beträffande minskad konkurrens i tillverkningsledet och därmed minskad mellanmärkeskonkurrens, skulle detta bero på att återförsäljare kan stänga ute mindre tillverkare från marknaden genom att missgynna dessa. Missgynnandet av mindre tillverkare skulle ske till gynnande av större tillverkare om den sistnämnde tillämpade prisbindningen. Om den större tillverkaren tillämpade prisbindning skulle detta medföra högre marginaler för återförsäljaren och återförsäljaren skulle därmed föredra att sälja varor från den större tillverkaren. Missgynnandet kan utföras genom att återförsäljaren rekommenderar den större tillverkarens varor i sina kontakter med konsumenter eller avstår från att ha den mindre tillverkarens varor

²²⁰ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 224.

²²¹ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 224.

²²² Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 424.

²²³ Se avsnitt 3.2 och 3.3.

²²⁴ Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, s. 115-116.

i sitt sortiment.²²⁵ Gällande minskad konkurrens i återförsäljarledet, och således minskad inommarkeskonkurrens, skulle det bero på att prisbindningen hindrar priskonkurrens vilket försvårar för nya prispressande återförsäljare att gå in på marknaden eller förhindra dem från att uppnå tillräcklig försäljningsvolym för att stanna på marknaden.²²⁶

Vad gäller den nyss nämnda konkurrensbegränsande effekten kan det konstateras att för att återförsäljare ska vara villiga att missgynna en viss tillverkare krävs sannolikt att återförsäljaren åtnjuter fler fördelar än en hög marginal på varorna från en viss tillverkare alternativt att tillverkaren utövar marknadsmakt över återförsäljaren. Att återförsäljare missgynnar en tillverkare enbart på grund av bindning framstår således som en konkurrensbegränsande effekt som är mer trolig i teorin än i praktiken. Dessutom skulle detta missgynnande inte ske om den mindre tillverkaren också ägnade sig åt prisbindning. Även att prisbindning försvårar för prispressande återförsäljare att gå in på marknaden eller förhindrar dem från att uppnå tillräcklig försäljningsvolym framstår som en konkurrensbegränsande effekt som är mer trolig i teorin än i praktiken. Anledningen till detta är att en förutsättning för en sådan effekt är att alla, eller nästintill alla tillverkare ägnar sig åt prisbindning.²²⁷

För det tredje kan prisbindning medföra högre priser till konsumenter eftersom återförsäljare förhindras från att sänka priserna för varumärket som tillverkaren tillämpar prisbindning för.²²⁸ Priskonkurrensen återförsäljare emellan försvinner därmed på grund av prisbindningen och inommarkeskonkurrensen påverkas negativt vad gäller pris. Prisbindningen ger således upphov till en prishöjningseffekt som påverkar konsumenter eftersom priset kommer att vara detsamma oavsett hos vilken återförsäljare konsumenten köper varumärkets vara.²²⁹ Prishöjningseffekterna av prisbindning, som är ett vertikalt samarbete, kan liknas med effekterna av priskarteller, som är en horisontell samverkan.²³⁰ Skillnaden mellan dessa prishöjningseffekter är dock att prisbindning främst medför prishöjning för ett varumärke medan priskarteller medför prishöjningar för flera varumärken. Denna skillnad är dock beroende av att mellanmarkeskonkurrensen är god.²³¹ Dessutom kan skillnaden sannolikt minska på marknader där prisalgoritmer används eftersom prisalgoritmer kan medföra att prisbindningens prishöjning sprids till andra tillverkares produkter.²³²

²²⁵ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 224.

²²⁶ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 224.

²²⁷ Wijckmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, s. 424.

²²⁸ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 224.

²²⁹ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 479.

²³⁰ Mål C-27/87 *Erauw-Jaquery*, p. 15.

²³¹ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 479, not 178.

²³² Se avsnitt 5.2.3.

6.2.2 Konkurrensfrämjande effekter

Prisbindning kan även medföra konkurrensfrämjande effekter. Konkurrensfrämjande effekter kallas i detta sammanhang effektivitetsvinster. Ett exempel på när prisbindning kan medföra effektivitetsvinster är när en ny produkt ska lanseras på marknaden och efterfrågan på denna produkt ökas genom att återförsäljarna får goda förutsättningar att främja försäljningen av produkten. Förutsättningarna för återförsäljarna att främja försäljningen blir goda eftersom återförsäljarna kan avsätta medel till marknadsföring och försäljningsinsatser tack vare den högre marginal på produkten som prisbindningen medför.²³³

Ett annat exempel är att prisbindning kan hindra snålskjutsproblematik som kan uppstå när en återförsäljare tillhandahåller service till konsumenten före försäljning och konsumenten sedan köper produkten hos en annan återförsäljare som inte tillhandahåller sådan service och därför kan erbjuda produkten till ett lägre pris. Snålskjutsproblematiken kan i längden leda till att återförsäljare slutar tillhandahålla sådan service.²³⁴ Det kan konstateras att denna snålskjutsproblematik är framstående mellan återförsäljare med fysiska butiker och återförsäljare utan fysiska butiker. Det är nämligen inte ovanligt att konsumenter besöker återförsäljare med fysiska butiker för att prova en produkt eller få information om en produkt och sedan använder en prisjämförelsesida för att därefter köpa produkten hos den återförsäljare som erbjuder det lägsta priset. Återförsäljaren som erbjuder det lägsta priset är många gånger en återförsäljare som inte har en egen fysisk butik.²³⁵ Snålskjutsproblematiken kan således antas öka i omfattning i takt med att algoritmer för prisjämförelser ökar i användning. Prisbindning kan hindra denna snålskjutsproblematik genom att återförsäljaren som inte tillhandahåller service inte får erbjuda produkten till ett lägre pris.²³⁶ Snålskjutsproblematiken är emellertid inte helt självklar.

Även om det inte är ovanligt att konsumenter besöker fysiska butiker för att prova en produkt eller få information om en produkt och sedan köper produkten hos en återförsäljare utan fysisk butik är snålskjutsproblematiken avseende service endast tillämplig för produkter där efterfrågan är beroende av tillhandahållande av service före försäljningen på så sätt att konsumenter ser servicen som väsentlig och således värderar den. Produkter där konsumenter ser servicen som väsentlig och således värderar den är produkter som exempelvis kräver teknisk support eller fysisk uppvisning. För dessa produkter kan snålskjutsproblematiken avseende service tillämpas.²³⁷ För andra produkter, som endast kräver viss grundläggande information som inte behöver tillhandahållas i

²³³ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 225.

²³⁴ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 225; Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, s. 114-115.

²³⁵ Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, s. 114-115.

²³⁶ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 225.

²³⁷ Whish & Bailey, *Competition law*, s. 640-641.

en fysisk butik, kan denna snålskjutsproblematiken inte tillämpas. För dessa produkter kan emellertid en annan sorts snålskjutsproblematik tillämpas, nämligen snålskjutsproblematik avseende kvalitetsstämpling. Återförsäljare med högt anseende som säljer produkten kan sägas bidra till en produkts kvalitetsstämpling. Denna kvalitetsstämpling kan sedan bli föremål för snålskjuts av återförsäljare med lågt anseende som säljer produkten till lägre priser.²³⁸

För både snålskjuts avseende service och snålskjuts avseende kvalitetsstämpling är det svårt att avgränsa affärssuppförande som är snålskjuts från affärssuppförande som är legitimt. Även fast återförsäljare utan fysiska butiker eller återförsäljare med lägre anseende erbjuder lägre priser än återförsäljare med fysiska butiker som tillhandahåller service eller återförsäljare med högt anseende är detta inte nödvändigtvis motiverat av att de förstnämnda återförsäljarna vill åka snålskjuts på de andra. Den förstnämnda återförsäljaren kanske säljer produkter till konsumenter som utöver pris värderar den bekvämlighet och tillgänglighet som försäljning över internet kan erbjuda.²³⁹

6.2.3 Prisbindning som syftesöverträdelse

Prisbindning är en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning enligt Kommissionens gruppundantag för vertikala avtal. Enligt Kommissionens riktlinjer utgör sådana särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar, och därmed avtal om prisbindning, dessutom syftesöverträdelser. Att Kommissionen i sina riktlinjer framhäver prisbindning som en syftesöverträdelse är emellertid inte detsamma som att prisbindning faktiskt är en syftesöverträdelse eftersom riktlinjerna inte är bindande för någon annan än Kommissionen. Att riktlinjerna och Kommissionens syn på prisbindning inte är bindande för någon annan än Kommissionen är i detta sammanhang viktigt av den anledning att Kommissionen har ett intresse i att prisbindning ska anses vara en syftesöverträdelse. Om prisbindning är en syftesöverträdelse har Kommissionen nämligen lägre beviskrav på sig avseende konkurrensbegränsningen eftersom den då inte behöver utföra avancerade ekonomiska analyser kring prisbindningens effekter.²⁴⁰

Oaktat huruvida Kommissionens syn på prisbindning som syftesöverträdelse är motiverad av ett egenintresse har Kommissionen stöd för sin syn av EU-domstolen. EU-domstolen har nämligen i flera fall fastslagit att prisbindning utgör en syftesöverträdelse.²⁴¹ EU-domstolens domar i dessa fall är emellertid

²³⁸ Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, s. 115-116.

²³⁹ Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, s. 115-116.

²⁴⁰ Banjeri, Cornelia, *Should the EU reconsider the rules on resale price maintenance*, European Competition Law Review, vol. 37(7), 2016, s. 290-293 [cit. Banjeri, *Should the EU reconsider the rules on resale price maintenance*], s. 290.

²⁴¹ Mål 243/83 *Binon*, p. 44; Mål 311/85 *VVR* p. 17. Notera att det förstnämnda målet avsåg både horisontella och vertikala avtal om att fastställa priser. Oberoende av detta framförde domstolen att alla avtal som fastställer priser är konkurrensbegränsande till sitt syfte.

från en tid då prisbindningens konkurrensfrämjande effekter inte framförts i lika stor utsträckning som idag och då prisalgoritmers påverkan på prisbindning inte fanns. Frågan om EU-domstolen även idag skulle fastslå att prisbindning är en syftesöverträdelse är således obesvarad och bör därför diskuteras.

Som utgångspunkt för denna fråga bör det beaktas att EU-domstolen på senare tid har utvecklat sin syn på syftesöverträdelser, särskilt med hänsyn till de låga beviskrav syftesöverträdelser har samt de höga böter som de kan resultera i.²⁴² EU-domstolen har i detta sammanhang uttalat att det viktigaste villkoret för att ett avtal ska anses vara en syftesöverträdelse är att det kan fastställas att avtalet i sig själv uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen.²⁴³ Vid en undersökning av dessa villkor i förhållande till prisbindning kan det konstateras att prisbindning kan vara skadlig för konkurrensen på grund av de konkurrensbegränsande effekter som kan uppstå. För vissa av de konkurrensbegränsande effekterna gäller emellertid att de är mer troliga i teorin än i praktiken. För vissa andra konkurrensbegränsande effekter kan det konstateras att effekten är att de möjligen skulle underlätta andra konkurrensbegränsningar och att dessa konkurrensbegränsningar är förbjudna i sig.²⁴⁴ Det kan därför ifrågasättas att prisbindning i sig själv uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen för att vara en syftesöverträdelse.

Prisbindning är dock skadlig för konkurrensen på ett sätt, nämligen genom att prisbindning i sig själv medför en konkurrensbegränsande effekt i form av prishöjningar.²⁴⁵ Den prishöjande effekten av prisbindning kan omfatta inte bara tillverkarens produkter och således minska inommärkeskonkurrensen vad gäller pris utan även andra tillverkarens produkter och därmed hämma mellanmärkeskonkurrensen vad avser pris. Detta på grund av att prisalgoritmer kan sprida en prishöjande effekten.²⁴⁶ Den prishöjande effekten innebär att konsumenter betalar ett högre pris för en produkt och konsumentvälfärden minskar således i förhållande till pris.²⁴⁷ Konsumentvälfärden förhåller sig dock inte enbart till pris utan även till andra konkurrensparametrar, såsom produktion, produktutbud, produktkvalitet och produktutveckling. Detta har konstaterats av EU-domstolen på följande vis:

”Fastän priskonkurrens är så viktigt att den aldrig helt får undanröjas, utgör den inte det enda effektiva konkurrensmedlet och inte heller det konkurrensmedel som under förhållanden ska ges absolut prioritet.”²⁴⁸

²⁴² Mål C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires*, p. 57.

²⁴³ Mål C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires*, p. 58; Mål C-228/18 *Budapest Bank*, p. 37.

²⁴⁴ Se avsnitt 6.2.1.

²⁴⁵ Se avsnitt 6.2.1.

²⁴⁶ Se avsnitt 5.2.3.

²⁴⁷ Se avsnitt 6.2.1.

²⁴⁸ Mål 26/76 *Metro*, p. 21.

Eftersom pris inte under alla förhållanden ska ges absolut prioritet måste prisbindnings effekter på andra konkurrensparametrar undersökas. Prisbindning kan medföra konkurrensfrämjande effekter i form av effektivitetsvinster och kan således påverka andra konkurrensparametrar positivt. I detta sammanhang bör följande uttalande från Generaladvokat Bobek uppmärksammas:

”Detta innebär att avtal vars resultat både är konkurrensfrämjande och konkurrensbegränsande endast omfattas av artikel 101.1 FEUF om det senare väger tyngre. Exempelvis kan en begränsning av priskonkurrensen godtas om den är ett sätt att öka konkurrensen i förhållande till andra faktorer än pris. [...] Således krävs en bedömning av resultatet varje gång ett avtal verkar ha en kluven inverkan på marknaden. Med andra ord kan ett avtal inte klassificeras som konkurrensbegränsande ’genom syfte’ om det inte går att utesluta att det har ett konkurrensfrämjande ekonomiskt motiv utan att bedöma det faktiska resultatet på marknaden.”²⁴⁹

Uttalandena stöds till synes av EU-domstolen och talar för att prisbindning inte kan anses utgöra en syftesöverträdelse med hänsyn till de konkurrensfrämjande effekter som prisbindningen kan medföra.²⁵⁰ Sammanfattningsvis kan det framhållas att frågan om EU-domstolen även idag skulle fastslå att prisbindning är en syftesöverträdelse är obesvarad men att mycket talar för att svaret bör vara nekande. Ett nekande svar på frågan överensstämmer dessutom med den utveckling av synen på prisbindning som förekommit i andra konkurrensrättsligt framåtsträvande jurisdiktioner.²⁵¹

6.2.4 Prisbindning som särskilt allvarlig konkurrensbegränsning

Prisbindning är som sagt en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning enligt Kommissionens gruppundantag för vertikala avtal. Detta innebär att avtal om prisbindning inte kan undantas tillämpning av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal även om avtalsparternas marknadsandelar understiger gruppundantagets tröskelvärden.²⁵² Gruppundantaget kan sägas ha som utgångspunkt att det för de flesta vertikala avtalen endast uppstår konkurrensproblem om konkurrensen i ett handelsled är otillräckligt på grund av att det finns en marknadsmakt i handelsledet men att detta inte gäller avseende

²⁴⁹ Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-228/18, p. 80-81.

²⁵⁰ Mål C-228/18 *Budapest Bank*, p. 82; MacMahon Baldwin, Sam, *The Sisyphian quest for a clear test – on ‘by object’ methodology, gin & tonics and Budapest Bank*, 2020-05-04, “competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/04/the-sisyphian-quest-for-a-clear-test-on-by-object-methodology-gin-tonics-and-budapest-bank/?doing_wp_cron=1590241537.6263461112976074218750”.

²⁵¹ Ett nekande svar skulle stämma överens med den rättsutveckling som skedde i USA i fallet *Leegin Creative Leather Products Inc. v PSKS Inc.*, Supreme Court of the United States, 2007, No. 06-480, 551 U.S. 877.

²⁵² Se avsnitt 6.1.3.

särskilt allvarlig konkurrensbegränsningar.²⁵³ Frågan är hur detta förhåller sig till prisbindning, som anses vara en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning.

Prisbindning har åtminstone en konkurrensbegränsande effekt, vilket är den prishöjande effekten. Den prishöjande effekten uppstår oavsett aktörernas marknadsandelar och påverkar således inommarkeskonkurrens vad avser pris negativt. Innommarkeskonkurrens anses emellertid inte som lika betydelsefull som mellanmarkeskonkurrens. Den prishöjande effekten kan dock, som tidigare poängterats, spridas till andra aktörer och påverkar därmed även mellanmarkeskonkurrensen vad gäller pris negativt.²⁵⁴ Det kan således konstateras att prisbindning är ett sorts vertikalt avtal där konkurrensproblem kan uppstå utan att det finns marknadsaktör i handelsledet och att sådan prisbindning därför är rimlig att se som en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning.

Gruppundantaget har också som utgångspunkt att det endast ska vara tillämpligt på avtal som ”med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 fördraget.” Villkoren i artikel 101.3 FEUF är fyra till antalet och kan sägas ta sikte på att avtalet ska ha en övervägande konkurrensfrämjande effekt som kommer konsumenterna till godo och att dessa effekter inte kan uppnås på ett mindre konkurrensbegränsande sätt.²⁵⁵ Prisbindning kan visserligen ha övervägande konkurrensfrämjande effekter i teorin,²⁵⁶ men det finns ingen praktisk erfarenhet av sådan prisbindning eftersom effekterna av prisbindning inte prövas.²⁵⁷ Därutöver kan de konkurrensfrämjande effekterna som prisbindning kan medföra antagligen kan uppnås på mindre konkurrensbegränsande sätt, såsom att tillverkaren tillämpar selektiv distribution.²⁵⁸ Av dessa anledningar kan det inte antas att avtal om prisbindning med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 FEUF och det framstår således som rimligt att se prisbindning som en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning.

Att det är rimligt att se prisbindning som en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning är något som marknadsaktörer har framfört i samband med att Kommissionen nu utvärderar gruppundantaget och riktlinjerna. Marknadsaktörer har under utvärderingen även framfört att de konkurrensfrämjande effekter som prisbindning kan medföra bör förtydligas i riktlinjerna.²⁵⁹ Utvärderingen kommer att resultera i att gruppundantaget antingen

²⁵³ Riktlinjerna för vertikala avtal, p. 23.

²⁵⁴ Se avsnitt 5.2.3.

²⁵⁵ Se avsnitt 6.1.3.

²⁵⁶ Se avsnitt 6.2.2.

²⁵⁷ Se avsnitt 6.1.1.

²⁵⁸ Riktlinjer för vertikala avtal, p. 107(a) och 185; Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, s. 116-118.

²⁵⁹ Kommissionen, *Summary of the Vertical Block Exemption Regulation Evaluation Workshop*, “ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_summary.pdf”.

löper ut, förnyas utan förändringar eller förnyas med förändringar.²⁶⁰ Förra gången gruppundantaget reviderades motiverades förändringarna bland annat av den ökade betydelsen av internetförsäljning. I och med internetförsäljningens framfart och de utmaningar den har medfört, särskilt avseende pristransparens och användningen av prisalgoritmer,²⁶¹ vore det inte oväntat att gruppundantaget förnyas med förändringar. Även riktlinjerna förändras i sådant fall, varpå Kommissionens kommentar om att särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar utgör syftesöverträdelser bör tas bort.

²⁶⁰ Kommissionen *Summary of the Vertical Block Exemption Regulation Evaluation Workshop*, Annex II, "ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_annex_ii.pdf".

²⁶¹ Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt – En handbok*, s. 429.

7 Konkurrensrättslig tillsyn

7.1 Konkurrensrättslig tillsyn i allmänhet

I detta kapitel ska frågan om den konkurrensrättsliga tillsynen klargöras. Den konkurrensrättsliga tillsynen avser den offentliga tillsynen, det vill säga Kommissionens och de nationella konkurrensmyndigheternas tillämpning av konkurrensrätten. Följande framställning kommer dock att fokusera på Kommissionens tillsyn eftersom nationella konkurrensmyndigheters tillsyn kan skilja sig åt. Kommissionens tillsyn måste alltid utföras med beaktande av allmänna rättsprinciper. Allmänna rättsprinciper som får betydelse vid tillsynen är bland annat proportionalitetsprincipen, principen om likabehandling och principen om rättssäkerhet.²⁶²

Kommissionen kan utreda konkurrensbegränsningar efter eget initiativ eller efter att ha mottagit klagomål. Klagomålen lämnas av privata parter, som därmed har en betydelsefull funktion i den offentliga tillsynen.²⁶³ Utredningar av konkurrensbegränsningar kan utmynna i ett antal olika typer av beslut, nämligen beslut om att ålägga de berörda företagen att upphöra med konkurrensbegränsningen, beslut om interimistiska åtgärder, beslut om åtaganden samt beslut om böter och vite.²⁶⁴ Beslut om att ålägga de berörda företagen att upphöra med konkurrensbegränsningen kan innefatta ålägganden om att företagen ska vidta beteendemässiga eller strukturella åtaganden.²⁶⁵ Angående beteendemässiga åtaganden kan det konstateras att dessa används oftare för förfaranden relaterade till missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF och används försiktigt för förfaranden relaterade till konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 101 FEUF. Avseende strukturella åtaganden kan det konstateras att dessa, precis som samtliga åtaganden, måste vara proportionerliga och att strukturella åtaganden endast vid exceptionella omständigheter anses uppfylla kravet på proportionalitet.²⁶⁶ Beslut om att ålägga

²⁶² Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 256.

²⁶³ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, 4.3.2003 [cit. Förordning 1/2003], art. 7.

²⁶⁴ Förordning 1/2003, art. 7-9 och art. 23-24.

²⁶⁵ Förordning 1/2003, art. 7.

²⁶⁶ Ortiz Blanco, Luis, Jörgens, Konstantin, Sauer, Ralf, Hödlmayr, Corneliu, Kellerbauer, Manuel & Tierno Centella, Marisa, *Antitrust Rules (Articles 101 and 102)*, i Ortiz Blanco, Luis (red.), *EU*

företag att upphöra med konkurrensbegränsningen kan även kombineras med ett beslut om att ålägga företaget med böter.²⁶⁷ Att ålägga företag med böter är det mest centrala verktyget inom ramen för tillsynen.²⁶⁸

När Kommissionen beslutar om att ålägga ett företag med böter kan Kommissionen besluta detta inom ramen för ett förlikningsförfarande. Att beslut om böter fattas inom ramen för ett sådant förlikningsförfarande får följder för utredningen av konkurrensöverträdelsen samt boten för den.²⁶⁹ Av denna anledning ska fokus för framställningen nedan vara dels beslut om att ålägga företag med böter, dels beslut om att förlikas med företag.

7.2 Beslut om att ålägga företag med böter

Kommissionen får beslut om att ålägga företag med böter om de uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101 FEUF eller förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF.²⁷⁰ Att ålägga företag med böter har ett tvådelat syfte. Syftet med böter är nämligen dels att straffa företag för att de överträtt konkurrensrättens regler, dels att avskräcka företag från att i framtiden överträda konkurrensrättens regler. Den avskräckande delen av syftet med böter förhåller sig inte bara till företag som faktiskt överträtt konkurrensrättens regler (specifik avskräckning) utan även till andra företag som kan framstå som benägna att överträda konkurrensrättens regler (allmän avskräckning).²⁷¹ Böterna ska vara så stora att detta tvådelade syfte uppfylls. Böternas storlek beräknas och bestäms av Kommissionen, som har en vid bedömningsmarginal av bötesbeloppet. Beräkningen av bötesbeloppet och beslut om böter måste dock ske på ett transparent och opartiskt sätt. För att garantera sådan transparens och opartiskhet har Kommissionen utfärdat riktlinjer för beräkning av böter.²⁷²

7.2.1 Beräkning av böter i allmänhet

Enligt Kommissionens riktlinjer för beräkning av böter använder Kommissionen en tvåstegsметод. Det första steget innebär att Kommissionen fastställer ett

Competition Procedure, 3 u., Oxford University Press, Oxford, 2013 [cit. Ortiz Blanco, *EU Competition Procedure*], s. 470.

²⁶⁷ Se till exempel Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*; AT.40182 *Pioneer*; AT.40465 *Asus*; AT.40469 *Denon & Marantz*.

²⁶⁸ Ortiz Blanco, *EU Competition Litigation*, s. 473.

²⁶⁹ Ortiz Blanco, *EU Competition Litigation*, s. 446-449.

²⁷⁰ Meddelande från Kommissionen – Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003, EUT C 210, 1.9.2006 [cit. Riktlinjerna för beräkning av böter], p. 1.

²⁷¹ Mål C-100-103/80 *Musique Diffusion Française*, p. 105-106; Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 4.

²⁷² Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 286; Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 3.

grundbelopp för företaget och det andra steget innebär sedan att detta grundbelopp höjs eller sänks.²⁷³

För att fastställa grundbeloppet utgår Kommissionen från försäljningsvärdet på de varor som har ett samband med överträdelsen och som företaget sålt inom det geografiska området inom EES där överträdelsen skedde. Om överträdelsen skett även i ett geografiskt område utanför EES kan Kommissionen också uppskatta försäljningsvärdet av varor sålda i det området. Grundbeloppet för böterna bestäms sedan genom att en viss andel av försäljningsvärdet multipliceras med antalet år som överträdelsen varat. Andelen av försäljningsvärdet överstiger normalt inte 30 %. Andelen av försäljningsvärdet bestäms utifrån överträdelsens allvar och samtliga relevanta omständigheter beaktas vid denna bedömning.²⁷⁴ Omständigheter som beaktas är bland annat överträdelsens art, överträdelsens geografiska omfattning, om överträdelsen har genomförts eller inte samt det överträdande företagens marknadsandel.²⁷⁵ Överträdelsens art har stor betydelse vid bestämmandet av andelen. Avseende överträdelsens art kan det konstateras att horisontella avtal om fastställande av priser anses vara en av de mest allvarliga konkurrensbegränsningarna och att andelen av försäljningsvärdet för en sådan överträdelse normalt uppgår till minst 15 % oavsett överträdelsens geografiska omfattning. Överträdelsens geografiska omfattning har dock också betydelse och andelen kan höjas om överträdelsen omfattar nästan hela eller hela EES. Andelen kommer däremot inte att sänkas om överträdelsen endast omfattar en medlemsstat.²⁷⁶

Det andra steget innebär som sagt att grundbeloppet höjs eller sänks. Grundbeloppet höjs om det finns försvårande omständigheter och sänks om det finns förmildrande omständigheter. Exempel på försvårande omständigheter är att företaget fortsätter eller upprepar en liknande eller identisk överträdelse eller att företaget vägrar samarbeta under utredningen. Ytterligare exempel på försvårande omständigheter är att företaget har haft en ledande roll eller har tvingat andra företag att delta i överträdelsen.²⁷⁷ Exempel på förmildrande omständigheter är att företaget kan visa att överträdelsen begåtts av oaktsamhet, att företaget kan visa att dess deltagande i överträdelsen har varit väldigt begränsad eller att företaget samarbetar under utredningen i en omfattning som går utöver företagets lagstadgade skyldighet att samarbeta.²⁷⁸ Exemplen på försvårande omständigheter och förmildrande omständigheter är inte uttömmande.²⁷⁹ Därutöver kan Kommissionen höja böterna för att se till att de

²⁷³ Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 9-11.

²⁷⁴ Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 13-20.

²⁷⁵ Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 21-23.

²⁷⁶ Ortiz Blanco, *EU Competition Litigation*, s. 503-504.

²⁷⁷ Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 28.

²⁷⁸ Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 29.

²⁷⁹ Ortiz Blanco, *EU Competition Litigation*, s. 509.

har en tillräckligt avskräckande effekt.²⁸⁰ Kommissionen kan därför sägas ha en vid bedömningsmarginal i det andra steget av tvåstegsbedömningen.

När Kommissionen har använt tvåstegsmetoden för beräkning av böter måste Kommissionen kontrollera att den beräknade boten inte överstiger det högsta tillåtna bötesbeloppet. Det högsta tillåtna bötesbeloppet är 10 % av företagets sammanlagda omsättning under föregående räkenskapsår och Kommissionen kommer således att anpassa beloppet till detta om bötesbeloppet annars överstiger det.²⁸¹ Kommissionen kan också anpassa bötesbeloppet på grund av att företaget har samarbetat med Kommissionen under utredningen av konkurrensöverträdelsen. Samarbete kan ske på olika sätt och kan därför påverka beräkningen av böterna olika mycket. Mer om sådana samarbeten kommer att behandlas senare i detta kapitel.²⁸²

Utöver att anpassa bötesbeloppet efter det högsta tillåtna bötesbeloppet eller efter ett företags samarbete vid utredning kan Kommissionen anpassa bötesbeloppet genom att avvika från den tvåstegsmetod som fastställs i riktlinjerna om omständigheterna i ett enskilt ärende kräver det eller om det krävs för att uppnå en tillräckligt avskräckande effekt.²⁸³ Kommissionen har således en vid bedömningsmarginal vid beräkning av bötesbeloppet.

7.2.2 Beräkning av böter vid prisbindning

Som framgått i föregående avsnitt har Kommissionen en vid bedömningsmarginal vid beräkning av bötesbeloppet. I detta avsnitt ska frågan om hur Kommissionen använder denna bedömningsmarginal vid beräkning av böter för prisbindning att undersökas. För att se hur beräkningen av böter görs vid prisbindning ska följande framställning ägnas åt de beslut om att bötfälla fyra företag som Kommissionen fattade den 24 juli 2018. Samtliga beslut avsåg prisbindning där prisalgoritmer hade använts och där prisbindningen främst avsåg priser vid internetförsäljning.²⁸⁴

Vid beräkningen av böterna använde Kommissionen den tvåstegsmetod som beskrevs i föregående avsnitt.²⁸⁵ Enligt den tvåstegsmetoden ska Kommissionen först bestämma ett grundbelopp baserat på försäljningsvärdet föregående år. Försäljningsvärdet skiljer sig naturligen företagen emellan och säger ingenting om Kommissionens beräkning av böter vid prisbindning. Andelen av försäljningsvärdet som används för att fastställa grundbeloppet är dock mer intressant eftersom andelen bestäms utifrån överträdelsens allvar. Andelen av

²⁸⁰ Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 30.

²⁸¹ Förordning 1/2003, art. 23.2; Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 32.

²⁸² Se avsnitt 7.3.

²⁸³ Riktlinjerna för beräkning av böter, p. 37.

²⁸⁴ Se avsnitt 5.1.

²⁸⁵ Se avsnitt 7.2.1.

försäljningsvärdet som tillämpades var 7 % i tre av fallen och 8 % i ett av fallen.²⁸⁶ Andelen av var således i den lägre delen av skalan i alla fyra fall och Kommissionen motiverade detta med att prisbindning till sin art är konkurrensbegränsande men att vertikala konkurrensbegränsningar till ofta är mindre skadliga för konkurrensen än horisontella konkurrensbegränsningar.²⁸⁷

Andelen av försäljningsvärdet som används signalerar hur allvarlig Kommissionen anser att överträdelsen är. Att andelen som användes i dessa fall var 7-8 % för prisbindning är intressant av flera anledningar. För det första kan det konstateras att även fast Kommissionen anser att vertikala konkurrensbegränsningar är mindre allvarliga än horisontella sådana anser den också att vertikal prisbindning är så pass skadlig för konkurrensen att det är en syftesöverträdelse.²⁸⁸ Att prisbindning är en syftesöverträdelse signalerar att Kommissionen ser konkurrensöverträdelsen som av den allvarligaste arten och att det bedöms på samma sätt som horisontella priskarteller. Att horisontella priskarteller anses vara av den allvarligaste arten och att andelen av försäljningsvärdet för en sådan överträdelse normalt uppgår till minst 15 % föranleder viss förvåning över att andelen av försäljningsvärdet i dessa fall av vertikal prisbindning endast uppgår till 7-8 %.

För det andra kan det konstateras att Kommissionen vid fastställande av vilken andel av försäljningsvärdet som ska ligga till grund för botten kan ta hänsyn till alla relevanta omständigheter och således har en vid bedömningsmarginal.²⁸⁹ Hur Kommissionen använde denna bedömningsmarginal framgår i fallen i fråga med undantag för hänvisningen till att vertikala konkurrensbegränsningar ofta är mindre konkurrensbegränsande än horisontella sådana. I detta sammanhang är det intressant att prisbindningen i de fyra fallen kunde effektiviseras, förenklas och spridas på grund av prisalgoritmer.²⁹⁰ Prisalgoritmernas påverkan på prisbindningen reflekteras inte i andelen av försäljningsvärdet även fast detta måste anses påverka överträdelsens allvar, särskilt prisalgoritmernas spridning av de högre priserna även till andra varumärken. Prisalgoritmernas påverkan på prisbindningen kan emellertid inte tillskrivas företagen i fråga eftersom påverkan berodde på inte bara deras egna användning av prisalgoritmer utan även andra aktörers användning av dem. Eftersom prisalgoritmernas påverkan på prisbindningen inte kan tillskrivas företagen ifråga bör det inte beaktas vid beräkningen av böterna. Därutöver kan det konstateras att Kommissionen inte

²⁸⁶ I fallen som rörde företagen Philips, Asus och Denon & Marantz tillämpades 7 % som andel av försäljningsvärdet medan 8 % tillämpades i fallet som rörde Pioneer. I fallet som rörde Pioneer avsåg konkurrensbegränsningen tolv medlemsländer och bestod inte bara av prisbindning utan även av begränsningar för gränsöverskridande handel.

²⁸⁷ Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 92; Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 185; Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 138; Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 125.

²⁸⁸ Se avsnitt 6.1.1 och 6.2.3.

²⁸⁹ Se avsnitt 7.2.1.

²⁹⁰ Se avsnitt 5.2.

under utredningen av prisbindningen har undersökt dess effekter eftersom prisbindningen ansågs vara en syftesöverträdelse. Omständigheter kring prisbindningens effekter blir därför svåra att beakta vid beräkningen av böterna.

För det tredje reflekterar inte andelen av försäljningsvärdet något om antalet medlemsländer som prisbindningen påverkade. I ett av fallen användes prisbindningen i tolv medlemsländer²⁹¹ länder och i ett annat fall två medlemsländer.²⁹² I det fall där tolv medlemsländer var föremål för prisbindning tillämpades en enprocentigt högre andel av försäljningsvärdet. Det framgår dock inte om den enprocentigt högre andelen motiverades av antalet medlemsländer eller av andra anledningar.²⁹³ Detta kan Kommissionen kritiseras för eftersom beräkningen av boten i detta fall inte framstår som transparent. Avseende frågan om hur många medlemsländer prisbindningen påverkade kan dessutom konstateras att prisbindningen främst avsåg internetförsäljning och att den således kunde påverka många fler medlemsländer. Antalet medlemsländer och därmed överträdelsens geografiska omfattning kan få betydelse dels vid bestämmandet av försäljningsvärdet eftersom detta beräknas på de varor som har ett samband med överträdelsen och som företaget sålt inom det geografiska området i EES där överträdelsen skedde, dels vid bestämmande av andel av försäljningsvärdet som ska ligga till grund för boten eftersom andelen kan höjas om överträdelsen omfattar hela eller nästa hela EES. Eftersom prisbindningen inte skedde i, utan endast kunde påverka, flera medlemsländer är det förståeligt att det inte påverkade försäljningsvärdet. Det är också förståeligt att det faktum att prisbindningen avsåg internetförsäljning och således kunde påverka fler medlemsländer inte beaktades vid bestämmande av andelen av försäljningsvärdet eftersom prisbindningens effekter inte klarlades helt eftersom prisbindningen ansågs vara syftesöverträdelse.

Som framgått använde Kommissionen tvåstegsbedömningen vid beräkningen av böterna i dessa fyra fall. Efter att grundbeloppen fastställdes konstaterade Kommissionen att det inte fanns några försvårande eller förmildrande omständigheter i något av fallen. Kommissionen har en bred bedömningsmarginal även vad avser försvårande och förmildrande omständigheter och de omständigheter som kunnat föranleda en högre andel av försäljningsvärdet hade likväl kunnat anses som en försvårande omständighet. Efter att Kommissionen konstaterat att inga försvårande eller förmildrande omständigheter förelåg sänkte Kommissionen företagets bötesbelopp med hänvisning till att de samarbetat med Kommissionen. Hur samarbetet påverkade böterna kommer att behandlas i ett senare avsnitt.²⁹⁴

²⁹¹ Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 8.

²⁹² Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 15.

²⁹³ En annan anledning skulle kunna vara att företaget i detta fall också begränsande gränsöverskridande handel. Se Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 38.

²⁹⁴ Se nästkommande kapitel.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att beräkningen av böterna i dessa fyra fall väcker ett antal frågor som diskuterats ovan. Det är emellertid svårt att dra några slutsatser om beräkningen av böter vid prisbindning eftersom dessa fyra fall är de enda fallen där beräkning av böterna har skett i enlighet med de nu gällande riktlinjerna för beräkning av böter.

7.3 Beslut om att förlikas med företag

Att ålägga företag med böter är som sagt det mest centrala verktyget inom ramen för Kommissionens tillsyn. För att ålägga företag med böter måste Kommissionen emellertid först identifiera en misstänkt överträdelse och inleda en utredning och sen klarlägga fakta kring överträdelsen och avsluta utredningen. För att underlätta Kommissionens arbete med detta kan Kommissionen samarbeta med företag som är involverade i en överträdelse. Samarbete med Kommissionen kan ske antingen inom ramen för Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (hädanefter ”tillkännagivandet om förmånlig behandling”) eller Kommissionens tillkännagivande om förlikningsförfaranden i samband med beslut enligt artikel 7 och 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 i kartellärenden (hädanefter ”tillkännagivandet om förlikning”).²⁹⁵

Det är viktigt att särskilja de två typerna av samarbete med Kommissionen. Den första typen av samarbete, det vill säga samarbete inom ramen för tillkännagivandet om förmånlig behandling, är ägnad till att hjälpa Kommissionen att inleda en utredning och uppmuntrar därför företag som ingår i en kartell att avslöja kartellen. Uppmuntran sker genom att det första företaget som samarbetar och lämnar tillräckliga bevis om en kartell kan befrias från böter. Det andra företaget som samarbetar kan minska sitt bötesbelopp med upp till 50 procent.²⁹⁶ Den andra typen av samarbete, det vill säga samarbete inom ramen för tillkännagivandet om förlikning är ägnad att hjälpa Kommissionen när en utredning redan är inledd och uppmuntrar därför företaget att samarbeta under utredningens gång. Företag som förlikar ett kartellärende med Kommissionen erbjuder en sänkning av böterna med 10 procent.²⁹⁷ Det är samarbete inom ramen för tillkännagivandet om förlikning som ska behandlas i det följande.

²⁹⁵ Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT C 298/17, 8.12.2006 [cit. Tillkännagivandet om förmånlig behandling]; Kommissionens tillkännagivande om förlikningsförfaranden i samband med beslut enligt artikel 7 och 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 i kartellärenden, EUT C 167, 2.7.2008 [cit. Tillkännagivandet om förlikningsförfaranden].

²⁹⁶ Tillkännagivandet om förmånlig behandling, p. 8 och 23-26.

²⁹⁷ Tillkännagivandet om förlikningsförfaranden, p. 1 och 32.

7.3.1 Beslut om att förlikas i allmänhet

Samarbete inom ramen för tillkännagivandet om förlikning kan inte ske i alla ärenden. Det är Kommissionen som beslutar om ett ärende kan förlikas, även om ett företag kan meddela Kommissionen om att de vill förlika ett ärende. Kommissionen måste anse att ett ärende är lämpat för förlikning för att det ska bli aktuellt.²⁹⁸ I detta sammanhang kan det konstateras att endast ärenden om karteller kan förlikas inom ramen för tillkännagivandet om förlikning. Ärenden om karteller, så kallade kartellärenden, är ärenden med avtal eller samordnade förfaranden där två eller flera konkurrenter samordnar deras konkurrensbeteende eller påverkar konkurrensfaktorer genom att till exempel fastställa priser.²⁹⁹ Kartellärenden är således ärenden där det är fråga om ett horisontellt samarbete företag emellan. Avseende bedömningen om huruvida ett kartellärende är lämpat för förlikning har Kommissionen en vid bedömningsmarginal. Vid bedömningen beaktar Kommissionen hur stor sannolikhet det är att ett samförstånd kan uppnås och huruvida ett sådant samförstånd kan uppnås inom en rimlig tidsram.³⁰⁰

Om Kommissionen anser att ett ärende är lämpat att förlikas medför detta fördelar både för Kommissionen och för företaget som ärendet berör. För Kommissionen medför förlikningsförfarandet en kortare och mindre omfattande utredning eftersom företaget erkänner överträdelsen och tar ansvar för den. För företaget i fråga medför förlikningsförfarandet för det första en sänkning av böterna med 10 %. För det andra skonas företaget från att en eventuell höjning av boten i avskräckande syfte överstiger en fördubbling av boten.³⁰¹ För det tredje minskar den skada som utredningen kan medföra på företagets anseende och de kostnader som företaget kan få på grund av utredningen eftersom utredningen avslutas snabbare.

7.3.2 Beslut om att förlikas vid prisbindning

Som ovan framgått finns det ett flertal fördelar med att ärenden förlikas. Som också framgått kan emellertid endast kartellärenden förlikas inom ramen för tillkännagivandet om förlikning. Förlikning kan dock ske även för andra ärenden, men då utanför ramen för något tillkännagivande.³⁰² Sådan förlikning skedde i de fyra fall som resulterade i att Kommissionen den 24 juli 2018 bötfällde fyra företag för prisbindning.³⁰³

²⁹⁸ Tillkännagivandet om förlikningsförfaranden, p. 6.

²⁹⁹ Tillkännagivandet om förmånlig behandling, p. 1; Tillkännagivandet om förlikningsförfaranden, p. 1.

³⁰⁰ Tillkännagivandet om förlikningsförfaranden, p. 5.

³⁰¹ Tillkännagivandet om förlikningsförfaranden, p. 32.

³⁰² Treacy m.fl., *Maintaining price competition between retailers in e-commerce markets*, s. 472-473.

³⁰³ För mer info om fallen, se avsnitt 5.1.

I alla fyra fall förlikade Kommissionen ärendena med företagen. Företagen erkände överträdelserna och avstod vissa processuella rättigheter. Företagen tillhandahöll också bevis förstärkte Kommissionens förmåga att bevisa överträdelserna. Att företagen tillhandahöll sådan bevisning föranledde att Kommissionen anpassade böterna därefter.³⁰⁴ De företag som tillhandahöll bevis som till stor del förstärkte Kommissionens förmåga att bevisa överträdelserna fick en nedsättning på 40 % av böterna medan det företag som tillhandahöll bevis som till en mycket stor del förstärkte Kommissionens förmåga att bevisa överträdelserna fick en nedsättning på 50 %.³⁰⁵ Nedsättningarna av böterna var således betydligt högre i dessa fall än i de fall som förlikas inom ramen för tillkännagivandet om förlikning.

Nedsättning inom ramen för tillkännagivandet om förlikning är som ovan framgått endast 10 %. Skillnaden på de procentuella nedsättningarna mellan förlikning som sker utanför respektive innanför ramen för tillkännagivandet om förlikning kan emellertid förklaras av att nedsättningen av böter inom kartellärenden inte får vara så stor att den riskerar att motverka den uppmuntran om att avslöja karteller som tillkännagivandet om förmånlig behandling syftar till att uppnå.³⁰⁶ Inom tillkännagivandet för förmånlig behandling kan det första företaget som samarbetar och därigenom avslöjar en kartell få immunitet mot böter medan det andra företaget som samarbetar kan få en nedsättning av boten med upp till 50 %. Om förlikning av kartellärenden skulle kunna ge en lika stor, eller nästan lika stor, nedsättning som det andra företaget som samarbetar kan få skulle kartellmedlemmar antagligen avstå från att samarbeta i kartellärenden om de inte visste att det var det första företaget som samarbetade. Kartellmedlemmar skulle således i en större utsträckning vänta på att kartellen avslöjades och istället samarbeta under utredningens gång inom ramen för tillkännagivandet om förlikning.

Att dessa fyra fall blev föremål för förlikning och nedsättningen av böterna var så stora kan riskera att undergräva den avskräckande effekt som böterna är ägnade att uppnå. Att böterna är avskräckande, både för de företag som överträtt konkurrensrätten och för företag som annars är benägna att göra det, kan anses som särskilt viktigt vad avser prisbindning eftersom det prisbindning framstår som en av de vanligaste vertikala konkurrensöverträdelserna.³⁰⁷ Att fallen var föremål för förlikning kan därutöver medfört att företagen inte framförde några argument kring de konkurrensfrämjande effekter som prisbindningen kunde uppnå. Om Kommissionen fortsätter förlika ärenden om prisbindning kan det resultera i att någon praktisk erfarenhet av sådana effekter kan komma att utebli.

³⁰⁴ Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018.

³⁰⁵ Avseende nedsättningarna med 40 %, se Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, p. 97-98; Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, p. 143-144; Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, p. 130-131. Angående nedsättningen med 50 %, se Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, p. 190-191.

³⁰⁶ Ortiz Blanco, *EU Competition Litigation*, s. 445.

³⁰⁷ Kommissionen, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, p. 29.

Denna effekt av förlikningsförfarandet måste vägas emot den effekt som förfarandet har vad gäller information om prisbindningen. Förfarandet kan nämligen antas ha medfört att Kommissionen i dessa fall fick mer information om prisbindningen och användningen av prisalgoritmer än vad de hade fått utan förlikningsförfarandet. Med den information som Kommissionen fick i de fyra fallen kan Kommissionen ha fått bättre förståelse för prisbindning och prisalgoritmer, vilket kan vara värdefullt för den i framtida ärenden.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att förlikningsförfarandet har både nackdelar och fördelar. Oberoende av dessa kan det konstateras att Kommissionen visar en tendens till att förlika även ärenden som inte är kartellärenden. Om Kommissionen har för avsikt att förlika fler ärenden som inte är kartellärenden bör det dock tas fram ett särskilt tillkännagivande för förlikning i dessa ärenden eftersom det skulle främja Kommissionens transparens och objektivitet.

8 Sammanfattning och slutsatser

Sammanfattningen och slutsatserna av denna uppsats kommer att disponeras efter de frågeställningar som uppsatsen syftar till att besvara. Den första frågeställningen tar sikte på vad prisalgoritmer respektive prisbindning är och hur de fungerar. Svaret på den frågan kan sammanfattas som följer. Prisalgoritmer är systematiserade och standardiserade sekvenser av instruktioner som utförs i en viss ordning för att utföra en viss prisrelaterad uppgift. Vilken prisrelaterad uppgift prisalgoritmen utför varierar och det finns därför ett flertal olika former och funktioner av prisalgoritmer. För att kategorisera prisalgoritmerna utifrån deras funktioner kan det konstateras att det finns algoritmer för prisövervakning, algoritmer för prisjämförelser, algoritmer för dynamisk prissättning och algoritmer för personlig prissättning. Prisbindning är ett vertikalt avtal som tillverkare ingår med återförsäljare i syfte att utöva kontroll över prissättningen av deras produkter. Det framstår som att prisbindning är mer attraktivt för tillverkare nu än tidigare och att detta beror på e-handelsmarknadens framfart och de utmaningar den medför. Prisbindning innebär införandet av fasta och lägsta återförsäljningspriser eller rekommenderade priser som åtföljs med förfaranden som begränsar återförsäljarens frihet att faktiskt bestämma sitt återförsäljningspris.

Uppsatsens andra frågeställning tar sikte på hur prisalgoritmer används vid prisbindning och hur denna användning påverkar prisbindningen. Avseende frågeställningens första del kan det konstateras att prisalgoritmer kan användas inom prisbindning på ett flertal olika sätt. Det främsta sättet är emellertid att tillverkare och återförsäljare använder algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser för att enklare och mer effektivt övervaka återförsäljningspriser. Övervakningen av återförsäljningspriser innebär att avvikelser från de fasta, lägsta eller rekommenderade priserna upptäcks och tillverkaren därefter kan vidta åtgärder för att avhjälpa dessa avvikelser. Detta anknyter även till frågeställningens andra del eftersom det kan konstateras att algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser påverkar prisbindningen genom att förenkla den. Prisalgoritmer påverkar emellertid prisbindningen på tre andra sätt.

För det första ökar prisalgoritmer, närmare bestämt algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser tillsammans med algoritmer för dynamisk prissättning, tillverkarens incitament att ägna sig åt prisbindning. Tillverkare upplever nämligen att deras priser utsätts för en priserosion på grund av den ökade pristransparens och priskonkurrens som dessa algoritmers samverkan medför. Anledningarna till att tillverkarna försöker motverka en sådan

priserosion är att de vill att deras återförsäljare har en bra marginal på produkterna så att återförsäljarna ska vilja sälja och lagerhålla produkterna samt att tillverkarna vill undvika att återförsäljare på grund av låga återförsäljningspriser försöker pressa inköpspriserna.

För det andra effektiviserar prisalgoritmer tillverkarnas prisbindning. Användningen av algoritmer för prisövervakning och prisjämförelser tillsammans med algoritmer för dynamisk prissättning resulterar en sådan effektivisering. Anledningen till detta är att algoritmerna likväl som de kan sprida en prisnedgång och därmed föranleda en priserosion kan sprida en prisuppgång. Tillverkarens prisbundna priser kan således spridas till andra, icke prisbundna återförsäljare av samma produkter och till andra, icke prisbundna återförsäljare av andra produkter. Spridningen av priserna, både i uppåt- och nedåtgående riktning är emellertid beroende av att algoritmer för dynamisk prissättning är instruerade att använda konkurrerande återförsäljares priser som referenspris för prissättningen.

För det tredje kan prisalgoritmer försvåra prisbindning. Det är endast algoritmer för personlig prissättning som kan göra detta. I den mån återförsäljare använder sig av algoritmer för personlig prissättning försvåras prisbindning. Anledningen till detta är att algoritmer för personlig prissättning inte tillämpar prisbundna priser som avser ett fast pris. Algoritmerna sprider inte heller prisbundna priser till andra återförsäljare eller produkter Dessutom medför algoritmerna en minskad pristransparens och försvårar tillverkarens och återförsäljares övervakning och jämförelse av återförsäljningspriser.

Uppsatsens tredje frågeställning tar sikte på hur EU:s konkurrensrättsliga reglering och tillsyn behandlar prisbindning och om regleringen och tillsynen är ändamålsenlig. Avseende regleringen kan det konstateras att prisbindning anses vara konkurrensbegränsande till sitt syfte och att avtal om prisbindning därför är oförenliga med förbudet om konkurrensbegränsande avtal i artikel 101 FEUF. Att ett avtal är konkurrensbegränsande till sitt syfte, och således är en syftesöverträdelse, innebär att Kommissionen inte behöver utreda resultatet av avtalet. Av den anledningen är benämningen av avtal som syftesöverträdelser förbehållen avtal där det kan fastställas att avtalet i sig själv uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen. Avseende avtal om prisbindning är dess skadlighet för konkurrensen en prishöjande effekt. Pris är emellertid inte den enda konkurrensparametern som ska tillmätas betydelse vid bedömningen av en konkurrensöverträdelse. På grund av detta, samt det faktum att de konkurrensbegränsande effekterna av prisbindning inte framstår som självklara, är benämningen av prisbindning som syftesöverträdelse inte ändamålsenlig.

Den konkurrensrättsliga regleringen benämner även avtal om prisbindning som en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning vilket medför att sådana avtal inte kan undantas från tillämpning av artikel 101 FEUF enligt gruppundantaget för vertikala avtal. Gruppundantaget har som utgångspunkt att det endast ska vara tillämpligt på avtal som med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 FEUF. Villkoren i artikel 101.3 FEUF tar sikte på att avtalet ska ha

en övervägande konkurrensfrämjande effekt som kommer konsumenterna till godo och att dessa effekter inte kan uppnås på ett mindre konkurrensbegränsande sätt. Prisbindning kan visserligen ha övervägande konkurrensfrämjande effekter i teorin men det finns ingen praktisk erfarenhet av sådan prisbindning eftersom effekterna av prisbindning inte prövas. Därutöver kan de konkurrensfrämjande effekterna som prisbindningen kan medföra antagligen uppnås på mindre konkurrensbegränsande sätt, såsom att tillverkaren tillämpar selektiv distribution. Av dessa anledningar kan det inte antas att avtal om prisbindning med tillräcklig säkerhet kan antas uppfylla villkoren i artikel 101.3 FEUF och det framstår således som ändamålsenligt att benämna prisbindning som en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning.

Vad avser den konkurrensrättsliga tillsynen kan det konstateras att Kommissionen har signalerat att tillsyn över avtal om prisbindning kommer att prioriteras genom att för första gången på femton år besluta om att bötfälla fyra företag för prisbindning. Vid Kommissionens beslut om att bötfälla dessa företag tillämpade Kommissionen den tvåstegsbedömning som framgår av riktlinjerna för beräkning av böter. Beräkningen av böterna i dessa fall föranleder emellertid några frågor vad avser den andel av företagets försäljningsvärde som användes för att fastställa grundbeloppet för böterna. Andelen av försäljningsvärdet som tillämpades i dessa fall var 7-8 %. Andelen av försäljningsvärdet var således i den lägre delen av skalan, som uppgår till 30 %, och Kommissionen motiverade andelen med att prisbindning till sin art är konkurrensbegränsande men att vertikala konkurrensbegränsningar ofta är mindre skadliga för konkurrensen än horisontella konkurrensbegränsningar.

Den andel av försäljningsvärdet som tillämpades i de fyra fallen föranleder som sagt några frågor. Den första frågan som aktualiseras av angår det faktum att Kommissionen visserligen anser att vertikala konkurrensbegränsningar är mindre allvarliga i allmänhet men också att vertikal prisbindning är så pass skadlig för konkurrensen att det är en syftesöverträdelse. Det kan således ifrågasättas huruvida det är ändamålsenligt att benämna prisbindning som en syftesöverträdelse men sedan inte signalera allvaret i konkurrensöverträdelsen vid beräkningen av botten. Den andra frågan som aktualiseras avser det faktum att Kommissionen har en vid bedömningsmarginal när den fastställer andelen av försäljningsvärdet men att det i dessa fyra fall inte framgår hur Kommissionen har använt den. Detta framstår inte som ändamålsenligt eftersom Kommissionens tillsyn ska präglas av transparens. Den sista frågan som aktualiseras tar sikte på att prisbindningen i dessa fyra fall påverkades av prisalgoritmer men att detta inte reflekterades i beräkningen av böterna. Det kan dock konstateras att denna påverkan inte kan tillskrivas företagen i fråga eftersom påverkan inte bara berodde på deras egen användning av prisalgoritmer utan även andra aktörers. Det kan också konstateras att Kommissionen inte under utredningen av prisbindningen har undersökt dess effekter eftersom prisbindningen anses vara en syftesöverträdelse.

Tillsynen i dessa fyra fall resulterade också i att ärendena blev föremål för förlikning och böterna sattes ned med 40-50 %. Att dessa fyra fall blev föremål för förlikning och nedsättningen av böterna var så stora kan riskera den att undergräva den avskräckande effekt som böterna är ägnade att uppnå. Det kan anses särskilt viktigt att böterna har en avskräckande effekt, både för de företag som överträtt konkurrensrätten och de företag som annars är benägna att göra det, vad avser prisbindning eftersom det prisbindning framstår som en av de vanligaste vertikala konkurrensöverträdelserna. Att fallen var föremål för förlikning kan därutöver medfört att företagen inte framförde några argument kring de konkurrensfrämjande effekter som prisbindningen kunde uppnå. Om Kommissionen fortsätter att förlika ärenden om prisbindning kan detta resultera i att någon praktisk erfarenhet av konkurrensfrämjande effekter kan komma att utebli. Denna effekt av förlikningsförfarandet måste vägas emot den effekt som förfarandet har vad gäller information om prisbindningen. Förfarandet kan nämligen antas ha medfört att Kommissionen i dessa fall fick mer information om prisbindningen och användningen av prisalgoritmer än vad de hade fått utan förlikningsförfarandet. Med den information som Kommissionen fick i de fyra fallen kan Kommissionen ha fått bättre förståelse för prisbindning och prisalgoritmer, vilket kan vara värdefullt för den i framtida ärenden. Sammanfattningsvis kan det konstateras att förlikningsförfarandet har både nackdelar och fördelar. Oberoende av dessa kan det konstateras att Kommissionen visar en tendens till att förlika även ärenden som inte är kartellärenden. Om Kommissionen har för avsikt att förlika fler ärenden som inte är kartellärenden skulle det vara ändamålsenligt att ta fram ett särskilt tillkännagivande för förlikning i dessa ärenden eftersom det skulle främja Kommissionens transparens och objektivitet.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att frågan om hur prisalgoritmer påverkar konkurrensen genom att användas vid prisbindning är en komplex fråga som föranleder utmaningar för den konkurrensrättsliga regleringen och tillsynen. Det är därför önskvärt att Kommissionen och andra konkurrensrättsliga aktörer undersöker denna fråga vidare.

Källförteckning

Rättsakter från EU

Fördraget om Europeiska Unionen, Konsoliderad version, EUT C 326/13, 26.10-2012 [cit. FEU].

Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, Konsoliderad version, EUT C 326/47, 26.10.2012 [cit. FEUF].

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, Konsoliderad version, Protokoll (nr 27) om den inre marknaden och konkurrens, EUT C 115/309, 9.5.2008.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1/1, 4.3.2003 [cit. Förordning 1/2003].

Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EUT L 102/1, 23.4.2010 [cit. Gruppundantaget för vertikala avtal].

Officiella dokument från EU

Tillkännagivande från Kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130/1, 19.5.2010 [cit. Riktlinjerna om vertikala avtal].

Tillkännagivande från Kommissionen – Riktlinjer för bedömningen av artikel 81.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT C 101/94, 27.4.2004.

Meddelande från Kommissionen – Tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT C 291/1, 30.8.2014.

Meddelande från Kommissionen – Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003, EUT C 210, 1.9.2006 [cit. Riktlinjerna för beräkning av böter].

Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT C 298/17, 8.12.2006 [cit. Tillkännagivandet om förmånlig behandling].

Kommissionens tillkännagivande om förlikningsförfaranden i samband med beslut enligt artikel 7 och 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 i kartellärenden, EUT C 167, 2.7.2008 [cit. Tillkännagivandet om förlikningsförfaranden].

Rättspraxis

Europeiska unionens domstol

Mål 56/64, *Consten och Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41
Mål 56/65, *Société Technique Minière*, ECLI:EU:C:1966:38
Mål 6/72, *Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22
Mål 26/76, *Metro*, ECLI:EU:C:1977:167
Förenade målen 209/78 till 215/78 och 218/78, *Van Landewyck*, ECLI:EU:C:1980:248
Förenade målen 100/80 till 103/80, *Musique Diffusion Française*, ECLI:EU:C:1983:158
Mål 243/83 *Binon*, ECLI:EU:C:1985:284
Mål 311/85, *VVR*, ECLI:EU:C:1987:418
Mål C-27/87, *Erauw-Jacquery*, ECLI:EU:C:1988:183
Mål C-7/95 *John Deere*, ECLI:EU:C:1998:256
Förenade målen C-2/01 och C-3/01 P, *BAI och Kommissionen*, ECLI:EU:C:2004:2
Mål C-113/04, *Technische Unie*, ECLI:EU:C:2006:593
Mål C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485
Mål C-519/06, *GlaxoSmithKline*, ECLI:EU:C:2009:610
Mål C-260/07, *Pedro IV Servicios*, ECLI:EU:C:2009:215
Mål C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:343
Mål C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83
Mål C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, ECLI:EU:C:2011:649
Mål C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító m.fl.*, ECLI:EU:C:2013:160
Mål C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795
Mål C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204
Mål C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265

Europeiska unionens tribunal

Mål T-105/95, *WWF UK*, ECLI:EU:T:1997:26
Mål T-41/96, *Bayer AG*, ECLI:EU:T:2000:242
Mål T-208/06, *Quinn Barlo m.fl.*, ECLI:EU:T:2011:701
Förenade målen T-213/01 och T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG m.fl.*, ECLI:EU:T:2006:151

Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokat Bobeks förslag till avgörande i mål C-228/18, ECLI:EU:C:2019:678

Internationell rättspraxis

Leegin Creative Leather Products Inc. v PSKS Inc., Supreme Court of the United States, 2007, No. 06-480, 551 U.S. 877, tillgängligt på: "www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/06-480.pdf"

Beslutspraxis

Europeiska Kommissionen

Kommissionens beslut AT.40181 *Philips*, tillgängligt på:
”ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf”

Kommissionens beslut AT.40182 *Pioneer*, tillgängligt på:
”ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40182/40182_370_3.pdf”

Kommissionens beslut AT.40465 *Asus*, tillgängligt på:
”ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40465/40465_337_3.pdf”.

Kommissionens beslut AT.40469 *Denon & Marantz*, tillgängligt på:
”ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf”

Competition & Markets Authority of the United Kingdom

CMA:s beslut 50565-2 *Casio*, tillgängligt på:
”assets.publishing.service.gov.uk/media/5d9c539aed915d399eb2160b/non_conf_decision_arrow.pdf”

Litteratur

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättslämpning*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 [cit. Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*].

Jones, Alison, Sufrin, Brenda, Dunne, Niamh, *Jones & Sufrin’s EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7 u., [cit. Jones m.fl., *EU Competition Law*].

Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt - En handbok*, 5 up., Karnov Group Sweden, Stockholm, 2014 [cit. Karlsson & Östman, *Konkurrensrätt - En handbok*].

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [cit. Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*].

Ortiz Blanco, Luis, Jörgens, Konstantin, Sauer, Ralf, Hödlmayr, Corneliu, Kellerbauer, Manuel & Tierno Centella, Marisa, *Antitrust Rules (Articles 101 and 102)*, i Ortiz Blanco, Luis (red.), *EU Competition Procedure*, 3 u., Oxford University Press, Oxford, 2013 [cit. Ortiz Blanco, *EU Competition Procedure*].

Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [Reichel, *EU-rättslig metod*].

Whish, Richard & Bailey, David, *Competition Law*, 9 u., Oxford University Press, Oxford, 2018, [cit. Whish & Bailey, *Competition Law*].

Wijkmans, Frank, Tuytschaever, Filip, Lindblom, Fredrik, Molin, Kristoffer, Wettergren, Maja & Widén, Sanna, *Distributionsavtal och konkurrensrätten*, Karnov Group Sweden, Visby, 2018 [cit. Wijkmans m.fl., *Distributionsavtal och konkurrensrätten*].

Artiklar

- Albæk, Svend, *Consumer Welfare in EU Competition Policy*, Directorate General Competition, The Chief Economist, Publications and Discussion Papers, 2013, “ec.europa.eu/dgs/competition/economist/consumer_welfare_2013_en.pdf” [cit. Albæk, *Consumer Welfare in EU Competition Policy*].
- Banjeri, Cornelia, *Should the EU reconsider the rules on resale price maintenance*, *European Competition Law Review*, vol. 37(7), 2016, s. 290-293 [cit. Banjeri, *Should the EU reconsider the rules on resale price maintenance*].
- Bennett, Matthew, Fletcher, Amelia, Giovannetti, Emanuele & Stallibrass, David, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, *Fordham International Law Journal*, vol. 33(4), 2011 s. 1278-1299.
- Evans, Phil, *Assessing consumer detriment*, *European Competition Law Review*, vol. 28(1), 2007, s. 26-35.
- Ezrachi, Ariel, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, The European Consumer Organisation (“BEUC”), Brussels, 2018, BEUC-X-2018-071 [cit. Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*].
- Graf York von Wartenburg, Clemens, Falls, Craig & Okkonen, Michael, *EU fines for resale price maintenance are symptoms of broader challenges faced by today’s consumer-goods manufacturers*, *European Competition Law Review*, vol. 39(11), 2018, s. 495-498 [Graf York von Wartenburg m.fl., *EU fines for resale price maintenance are symptoms of broader challenges faced by today’s consumer-goods manufacturers*].
- Honoré, Pierre & Fabre, Guillaume, *E-Commerce Competition Enforcement Guide, European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU*, 2018-12-07, “globalcompetitionreview.com/insight/e-commerce-competition-enforcement-guide/1177725/european-union—algorithmic-pricing-under-article-101-tfeu” [cit. Honoré & Fabre, *European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU*].
- Ioannis, Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*, *European Competition Law Review*, vol. 37(3), 2016, s. 114-121 [cit. Apostolakis, *E-commerce and free rider considerations under article 101 TFEU*].
- MacMahon Baldwin, Sam, *The Sisyphean quest for a clear test – on ‘by object’ methodology, gin & tonics and Budapest Bank*, 2020-05-04, “competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/04/the-sisyphean-quest-for-a-clear-test-on-by-object-methodology-gin-tonics-and-budapest-bank/?doing_wp_cron=1590241537.6263461112976074218750”.
- Morfey, Anna & Gueret, Amandine, *Resale Price Maintenance and Artificial Intelligence: A First Glimpse into Growing Challenges for EU Competition Law*, 2018-09-18, “www.scl.org/articles/10294-resale-price-maintenance-and-artificial-intelligence”.
- Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, *Svensk Juristtidning*, vol. 3, 2005, s. 249-272.
- Picht, Peter Georg, Freund, Benedikt, *Competition (law) in the era of algorithms*, *European Competition Law Review*, vol. 39(9), 2018, s. 403-410 [cit. Picht & Freund, *Competition (law) in the era of algorithms*].
- Treacy, Pat, Smith, Stephen & Bond, Edwin, *Maintaining price competition between retailers in e-commerce markets: the European Commission’s recent RPM decisions*, *European Competition Law Review*, vol. 39(11), 2018, s. 470-473 [cit. Treacy m.fl., *Maintaining price competition between retailers in e-commerce markets*].

Övrigt

Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, 2019, tillgänglig på: ”www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5”, [cit. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*].

Axelsson, Björn, Söderström, Johan, Bern, Ann-Britt, Jonsson, Per & Jeanrond, Jakob på uppdrag av KKV, *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader, Ett regeringsuppdrag om e-handel och delningsekonomi*, Konkurrensverkets rapportserie 2017:2, ISSN-nr 1401-8438 [cit. KKV, *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader*]

Competition and Markets Authority, *Pricing algorithms, Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalized pricing*, 2018, CMA94, tillgänglig på: “assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf”, [cit. CMA, *Pricing algorithms*].

Competition and Markets Authority, *Digital comparison tools market study*, 2017, tillgänglig på: “assets.publishing.service.gov.uk/media/59c93546e5274a77468120d6/digital-comparison-tools-market-study-final-report.pdf”, [cit. CMA, *Digital comparison tools market study*]

Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019, ISBN 978-1-912809-44-8 [Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition*]

Europeiska kommissionen, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, Bryssel, 2017, 229 final av den 10 maj 2017 [cit. Kommissionen, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*].

Europeiska kommissionen, *Commission staff working document, accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, Bryssel, 2017, 154 final av den 10 maj 2017 [cit. Kommissionen, *Staff working document*].

OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017, tillgänglig på: “www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf”, [cit. OECD, *Algorithms and Collusion*].

Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018, IP/18/4601, tillgänglig på: ”ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601”, [cit. Kommissionens pressrelease den 24 juli 2018].

Kommissionen, *Summary of the Vertical Block Exemption Regulation Evaluation Workshop*, tillgänglig på: “ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_summary.pdf”.

Kommissionen, *Summary of the Vertical Block Exemption Regulation Evaluation Workshop, Annex II*, tillgänglig på: “ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_annex_ii.pdf”.

Rudholm, Niklas & Lindgren, Charlie på uppdrag av Konkurrensverket (“KKV”), *Prispridning på e-handelsmarknader med låga sökkostnader*, Uppdragsforskningsrapport

2019:1, ISSN-nr 1652-8069 [cit. KKV, *Prisspridning på e-handelsmarknader med låga sökkostnader*].