



LUNDS UNIVERSITET

Ekonomihögskolan
Institutionen för handelsrätt
HAR333
Kandidatuppsats

VT 2007

Underprissättningens identifieringsteorier

– EG:s konkurrensrättsliga mångtydighet –

Handledare: Henrik Norinder

Författare: Kristoffer von Scheele

Innehåll

Abstract	4
Sammanfattning	5
Förkortningar	6
1 Introduktion	7
1.1 Inledning.....	7
1.2 Syfte.....	9
1.3 Metod.....	9
1.4 Avgränsningar.....	9
1.5 Disposition.....	10
2 Artikel 82	11
2.1 Inledning.....	11
2.2 Dominansbegreppet.....	12
2.3 Missbruksbegreppet.....	14
3 Prissättningsstrategier	16
3.1 Inledning.....	16
3.2 Prissättningsmetoder.....	17
3.3 Prissättning av ny produkt eller tjänst.....	17
3.3.1 <i>Market penetration</i>	17
3.3.2 <i>Market skimming</i>	18
3.3.3 <i>Anpassningsstrategier och illustrativ rättspraxis</i>	18
4 Underprissättning	21
4.1 Inledning.....	21
4.2 Grundläggande kostnadsdefinitioner.....	22
4.3 Identifieringsteorier.....	23

4.3.1 Areeda-Turner teorin.....	23
4.3.2 The average total cost teorin.....	28
4.3.3 The avoidable cost teorin.....	30
4.3.4 The long-run incremental cost teorin.....	31
5 Analys.....	36
6 Slutdiskussion.....	40
Källförteckning.....	42
Bilaga 1.....	46

Abstract

Predatory pricing is one of the most frequently discussed topics in competition law and should be considered both from a legal and economic perspective. The concept of predatory pricing can be described as a situation where a company is pricing at a level that, according to the assessment theories, is unreasonably low. The problems with this type of conduct arises when the low prices hinder competition. A company which uses predatory pricing will likely deter rivals entry to the market or drive the existing ones out of it. In the long run, the effects on competition will likely be higher prices which will hurt customers and consumers as well as competition.

Assessing predatory pricing is not easy. The critical issue for EC law is to distinguish healthy competition from predatory conduct. In its assessments, the European commission and the courts, use certain cost benchmarks to determine whether a price is to be seen as predatory or not.

The aim of this paper is to illustrate predatory pricing and find an explanation to why EC law is ambiguous in assessing predatory pricing. In this paper Article 82 of the EC Treaty will be described, followed by an overview of the economic considerations behind low prices. Thereafter, the main theories on how to assess predatory pricing will be described in the light of relevant case law. Concluding the discussion, the development of different assessment theories will be analyzed, as will the importance of economic considerations when investigating predatory pricing and the different approaches used to clarify the assessment theories and their applicability concerning certain cases and industries.

Keywords: Competition, predatory pricing, assessment theories, Article 82 EC Treaty, cost benchmarks

Sammanfattning

Underprissättning är ett av de mest frekvent diskuterade ämnena inom konkurrensrätten. Företeelsen måste ses ur såväl ett ekonomiskt som juridiskt perspektiv, vilket ökar dess komplexitet. Med underprissättning avses en situation där ett företag tillämpar ett pris som enligt etablerade identifieringsteorier betraktas som omotiverat lågt. Problemet med de låga priserna är att de kan vara konkurrenseliminerande. Ett företag som tillämpar underprissättning avskräcker nya marknadsinträden samtidigt som befintliga konkurrenter möjligen drivs bort från marknaden. Effekten på konkurrenssituationen torde bli att priserna i det långa loppet stiger och därmed skadar kunderna, konsumenterna samt konkurrensen.

Att identifiera underprissättning är inte lätt. Ett av syftena med artikel 82 i EG-fördraget är att reglera de fall där sund priskonkurrens övergår till underprissättning och därmed är till skada för konkurrensen. Vid identifieringen av underprissättning använder kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen specifika kostnadsått för att avgöra om ett pris utgör underprissättning.

Syftet med detta arbete är att illustrera underprissättningens problematik och finna en förklaring till varför EG-rätten är mångtydig i sin syn på underprissättning. I arbetet kommer artikel 82 i EG-fördraget, samt de ekonomiska överväganden som är förknippade med tillämpandet av låga priser, att beskrivas. EG-rättens identifieringsteorier vad gäller underprissättning kommer därefter att framställas och belysas med hjälp av relevant rättspraxis. Avslutningsvis kommer arbetet att redogöra för utvecklingen av underprissättningens identifieringsteorier jämte en analys av de ekonomiska överväganden som är förknippade med en underprissättningsundersökning. Dessutom kommer identifieringsteoriernas tillämplighet i specifika fall och industrier att klarläggas.

Nyckelord: Konkurrens, underprissättning, identifieringsteorier, artikel 82 i EG-fördraget, kostnadsått

Förkortningar

AAC – Average avoidable cost

ATC – Average total cost

AVC – Average variable cost

ECR – European Court Record

EG – Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen

EGF – Fördraget om Europeiska gemenskapen

EU – Europeiska unionen

FC – Fixed cost

HD-tv – High definition tv

IT – Informationsteknik

LAIC – Long-run average incremental cost

LRIC – Long-run incremental cost

MC – Marginal cost

RegTP – Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

VC – Variable cost

ä.e.p – Ännu ej publicerad

1 Introduktion

I kapitel ett introduceras läsaren till den problematik som är förknippad med underprissättning. Syftet med arbetet, samt den metod som använts, kommer att förklaras och även arbetets avgränsningar och disposition beskrivs här.

1.1 Inledning

Gränsen mellan hård priskonkurrens och underprissättning är svår att dra. Det faktum att låga priser är önskvärda medan konkurrenseliminerande priser inte är det gör att underprissättning är ett synnerligen kontroversiellt ämne.¹ Grundtanken med konkurrensrätten är att priskonkurrens och rivalitet gör att företag levererar produkter, alternativt tjänster, med högt kundvärde² samtidigt som priset inte kan vara alltför högt. Resonemanget torde även gälla företag med dominerande ställning. Företag med starkt marknadsinflytande tenderar nämligen annars att sätta priser som överstiger produkternas verkliga värde, vilket är till nackdel för kunderna och konsumenterna.³

Ovanstående resonemang har tilldelats stort utrymme i rättspraxis. I *Hilti*⁴ uttalade kommissionen att aggressiv prissättning är en viktig faktor för en stimulera konkurrensen. I ett annat mål, *Compagnie Maritime Belge*⁵, hävdade dessutom generaladvokat *Fennelly* att EG-rättens fundamentala målsättning vad gäller priskonkurrens även omfattar företag med dominerande ställning.⁶ Sådana företag har inte bara rätt att konkurrera med priset utan skall även uppmuntras till detta.⁷ Även om priskonkurrens generellt är önskvärt är det emellertid inte alltid lagenligt. Ett företag som tillämpar ett alltför lågt pris kan anses underprissätta och på så sätt skada

1 Baumol W.J, Principles relevant to predatory pricing, sidan 15 (hädanefter förkortat s 15), The Pros and Cons of low prices-www.kkv.se, 3 april 2007

2 Kundvärde kan ses som ett mått på den belåtenhet kunden upplever till följd av införskaffandet av en viss produkt eller tjänst.

3 O'Donoghue. R, Padilla. J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 235

4 T-30/89 Hilti mot kommissionen, [1991], ECR II-01439

5 C-395/96 P och C-396/96 Compagnie Maritime Belge Transports mot kommissionen, [2000], ECR I-01365

6. O'Donoghue. R, Padilla. J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 235

7 Generaladvokat Fennellys förslag till förhandsavgörande i Compagnie Maritime Belge - C-395/96 P och C-396/96, [2000], ECR I-01365, paragraf 117 (hädanefter förkortat para 117)

konkurrenssituationen, vilket strider mot artikel 82 i EG-fördraget⁸ (tidigare artikel 86 i EGF). Syftet med ett sådant pris är nämligen vanligtvis att eliminera, alternativt begränsa, konkurrensen för att kort därefter sedan höja priset successivt och täcka det tillfälliga intäktsbortfallet.⁹ Ett pris klassificeras dock inte som underprissättning bara för att det är lågt under en kortare tidsperiod. Ett lågt introduktionspris kan exempelvis vara legitimt när ett företag lanserar en ny produkt som kunderna, alternativt konsumenterna, inte är bekanta med eller om företaget försöker etablera sig på en marknad där konkurrensen är hård.¹⁰ Ett av syftena med artikel 82 EG är således att reglera de fall där ett företag underprissätter på ett otillbörligt sätt. En genomgång av artikel 82 EG och två av dess centrala begrepp är därför nödvändig och följer i nästkommande kapitel.

Underprissättning måste ses ur såväl ett juridiskt som ekonomiskt perspektiv. Att bortse från det ena resulterar sannolikt i en felaktig bedömning vilket skapar misstroende mot kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen. Den stora utmaningen för nyss nämnda institutioner torde således vara att identifiera de fall där den generellt önskvärda företeelsen, låga priser, och ett av konkurrensrättens primära mål, priskonkurrens, missbrukas på ett sätt som skadar kunderna och konsumenterna.¹¹ Den ekonomiska och juridiska litteraturen, men även rättspraxis, framhäver en rad teorier om vad som bör betraktas som underprissättning.¹² Dessa identifieringsteorier bygger vanligtvis på ett test vilket generellt grundar sig i ekonomiska överväganden vars uppgift är att fastställa om ett pris är att betrakta som underprissättning eller inte. Vilken teori som är bäst och varför är en invecklad fråga som ännu inte besvarats på ett tillfredställande sätt. Kommissionen, förstainstansrätten samt EG-domstolen har tidigare föredragit ett test som bygger på huruvida priset understiger den genomsnittliga rörliga kostnaden (AVC). I ett kommissionsbeslut användes emellertid ett test som bygger på tilläggskostnaden av tillhandahållandet av ytterligare en specifik tjänst utöver de tjänster som vanligtvis erbjuds.¹³ EG-domstolen har dessutom konstaterat att även priser över den genomsnittliga totala kostnaden kan utgöra underprissättning.¹⁴

⁸ Se bilaga I, (hädanefter benämnt artikel 82 EG)

⁹ O'Donoghue, R, Padilla, J, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006, s 236

¹⁰ OECD, *Predatory Foreclosure*, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 231- <http://www.oecd.org/competition>, 3 april 2007

¹¹ O'Donoghue, R, Padilla, J, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006, s 236

¹² Se arbetets källförteckning samt 62/86 AKZO BV mot kommissionen, [1991], ECR 1503

¹³ Se Deutsche Post AG (Case Comp/35.141) O.J. 2001 L125/27

¹⁴ Se C-395p och 396/96P *Compagnie Maritime Belge* mot kommissionen, [2000], ECR I-01365, se även Kate. A and Niels. G, *Below cost pricing in the presence of network Externalities*, s 97, www.kkv.se, 3 april 2007

1.2 Syfte och frågeställningar

Teorierna kring identifieringen av underprissättning är många och författarna med skiljaktiga åsikter ännu fler. Det faktum att kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen delvis verkar ha frångått sitt tidigare val av identifieringsteori gör att ovissheten om vilken teori som bör tillämpas ökar. Syftet med arbetet är att undersöka de identifieringsteorier som är relevanta i EG-rätten och med hjälp av rättspraxis finna en förklaring till varför EG-rätten är mångtydig i sin syn på underprissättning. Syftet föranleder bl.a. till följande frågor. Hur har utvecklingen av underprissättningens identifieringsteorier sett ut sedan mitten av 1970-talet? Är de ekonomiska övervägandena, d.v.s. företagets kostnader i förhållande till det pris som tillämpas, avgörande vid identifieringen av underprissättning? Beror valet av identifieringsteori på det fall och den industri som utreds? Till synes verkar det inte finnas någon sammanhållen teori vad gäller identifieringen av underprissättning. Om detta beror på ad-hoc baserade lösningar torde emellertid vara svårt att avgöra. Min hypotes är att utvecklingen av identifieringsteorier vad gäller underprissättning kontinuerligt vuxit fram allteftersom EU har utvecklats. Ekonomiska överväganden bör sannolikt alltid vara av intresse men dess betydelse torde variera beroende på det fall och den industri som utreds.

1.3 Metod

För att infria arbetets syfte kommer en traditionell juridisk metod att användas, där rättspraxis och doktrin tilldelas störst utrymme. Dessutom kommer ekonomiskt material att begagnas för att möjliggöra en ekonomisk infallsvinkel till arbetet. Tillsammans ska de båda områdena successivt klarlägga EG:s konkurrensrättsliga identifieringsteorier vad gäller underprissättning och lägga grunden för att besvara arbetets frågeställningar. För att få ett vidare perspektiv på identifieringen av underprissättning kommer även doktrin som rör den amerikanska Sherman Act att användas.

1.4 Avgränsningar

Då mitt syfte är att undersöka EG-rättens mångtydighet vad gäller identifieringen av underprissättning kommer inte de amerikanska konkurrensreglerna tilldelas något utrymme.

Även om en sådan skildring delvis hade kunnat förklara EG-rättens nuvarande läge torde dess inverkan vara av mer upplysande än analytisk karaktär. En sådan genomgång, liksom en granskning av amerikansk rättspraxis, fordras därav inte för att ge svar på arbetets frågeställningar. Vidare har vissa begrepp som återfinns i artikel 82 EG inte åtnjutit någon beskrivning då en redogörelse av dessa saknar relevans när man ser till arbetets syfte. I avsnittet 2.2 som rör dominansbegreppet kommer endast den mest betydelsefulla faktorn, marknadsandelen, att behandlas och övriga faktorer som beaktas vid en dominansundersökning att utelämnas. En fullständig genomgång av dessa faktorer fordras inte för att ge svar på arbetets frågeställningar då de, liksom begreppen i artikel 82 EG, sannolikt inte påverkar undersökningen av EG-rättens mångtydighet.

Arbetet har enbart för avsikt att ge läsaren en grundläggande kunskap om de ekonomiska överväganden som kan ligga till grund för ett företags prissättning. Av den orsaken berörs endast de prissättningsmetoder som kan kopplas till underprissättning och resterande utelämnas. Det finns ytterligare rättspraxis som rör underprissättning utöver den som tas upp i arbetet. Denna har emellertid utelämnats då den främst rör rabattsystem och därmed inte är tillräckligt deskriptiv. Vidare bör det poängteras att begreppen produkt och tjänst är ständigt återkommande i arbetet. För att undvika enformiga upprepningar används dock begreppet produkt mestadels. Vad som då avses är emellertid produkter och tjänster.

1.5 Disposition

Arbetet inleds med ett kapitel som behandlar de två nyckelbegreppen i artikel 82 EG, nämligen ”dominerande ställning” och ”missbruk”. Därefter följer en genomgång av de överväganden som är kopplade till prissättningen av en produkt eller tjänst. Arbetet fortsätter med ett avsnitt som behandlar underprissättningens identifieringsteorier samt den rättspraxis som är relevant i sammanhanget. Den rättspraxis som används är utvald på basis av att den är illustrativ, välkänd och därmed rikligt kommenterad i doktrinen. Vissa av fallen är av äldre karaktär men då de fortfarande anses ge god vägledning kan de omöjligt frångås. Arbetet avslutas med en analys och slutdiskussion som tillsammans har för avsikt att ge svar på arbetets frågeställningar.

2 Artikel 82 EG

Kapitel två har för avsikt att ge läsaren en bättre förståelse för artikel 82 EG samt redogöra för två av dess centrala begrepp. Rättspraxis kommer att användas, dels för att tydliggöra innebörden av begreppen, dels för att belysa de utredningar som är förknippade med dem.

2.1 Inledning

Att bestraffa ett företag enbart för att det är innehavare av en stark marknadsposition saknar logik. Emellertid krävs lagstiftning på området för att förhindra att den starka ställningen missbrukas på ett sätt som skadar konkurrensen. Missbruk av dominerande ställning regleras EG-rätten av artikel 82. Syftet med förbudet har aldrig tidigare kunnat utläsas i formella dokument eller beslut. Först nu genom "DG Competition's discussion paper on application of Article 82" har ändamålet klarlagts, och då framförallt vad gäller missbruk av exkluderande karaktär.¹⁵

*" With regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources. Effective competition brings benefits to consumers, such as low prices, high quality products, a wide selection of goods and services, and innovation. "*¹⁶

Utöver konkurrens effektivisering och konsumentvälfärd finns det andra syften med artikel 82 EG. Att underlätta marknadsintegrationen inom EU samt minimera risken för att mindre företag blir otillbörligt behandlade av dominerande företaget är exempel på detta. Även om dessa kommer något i skymundan är det ingen tvekan om att de beaktas då artikeln tillämpas.¹⁷

¹⁵ O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 4

¹⁶ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, Brussels, December 2005, punkt 4 (hädanefter förkortat p 4), <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> 19 april 2007

¹⁷ O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 4

De missbruksförfaranden som återfinns i artikel 82 EG kompletteras av en uppsjö av rättspraxis som vuxit fram under årens gång.¹⁸ Artikeln är alltså icke uttömmande vilket medför att en tolkning enbart av ordalydelsen sällan är tillräckligt. Två begrepp av särskilt stor betydelse i artikel 82 EG är missbruk, och dominerande ställning.

2.2 Dominansbegreppet

För att ett företags agerande ska aktualisera artikel 82 EG krävs en dominerande ställning på den relevanta marknaden. I *United Brands*¹⁹ besvarades frågan om vad som menas med dominerande ställning. Domstolen definierade begreppet på följande sätt:

*”Med begreppet dominerande ställning i artikel 86 avses den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter”.*²⁰

Det faktum att *United Brands* hade en dominerande ställning på marknaden för bananer medförde att företaget tack vare sin ekonomiska styrka hade möjlighet att använda konkurrensbegränsande strategier, vilket annars inte varit möjligt.²¹ Domen i *United Brands* har citerats vid flera tillfällen vilket visar dess stora betydelse för EG-rättens konkurrensregler. Det bör dock erinras, vilket inte framgår i *United Brands*, att ett företag måste ha möjlighet att agera oberoende av sina konkurrenter under en längre tidsperiod för att anses ha dominerande ställning.²² Det är alltså inte tillräckligt att ett företag endast temporärt kan agera på ett visst sätt utan att beakta konkurrenterna.

Vid en utredning som rör en presumtiv överträdelse av artikel 82 EG är det nödvändigt att fastställa vilken den relevanta marknaden är. En oklarhet om vilken den relevanta marknaden är

¹⁸ Korah, V - An introductory guide to EC competition law and practise 8th Edition, s 121

¹⁹ 27/76 *United Brands mot kommissionen*, [1978], ECR 207

²⁰ *Ibid*, paragraf 65 (hädanefter förkortat para 65)

²¹ *Ibid*, para 121

²² Faull, J & Nikpay, A, *The EC law of competition*, 1999, s 124

resulterar nämligen i att marknadsandelar samt inträdeshinder inte kan fastställas. Dessa två komponenter är tveklöst de mest betydelsefulla vid en dominansutredning.²³ För information om hur den relevanta marknaden fastställs hänvisas läsaren till kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad.²⁴ Däri framgår att man vid fastställandet bl.a. undersöker produktens, eller tjänstens, utbytbarhet samt inom vilken geografisk omfattning den rimligen kan erhållas.

När väl den relevanta marknaden definierats är det möjligt att fastställa vilka leverantörer, kunder samt konsumenter som existerar på den aktuella marknaden. När väl dessa är identifierade kan den totala marknadsstorleken och därefter företagets marknadsandelar beräknas på grundval av försäljningssiffrorna.²⁵ Marknadsandelen är av särskilt stor betydelse vid en utredning av dominerande ställning, vilket framgår av domen i *Hoffmann-La Roche & Co. AG*²⁶:

”För övrigt kan det med rätta antas att särskilt stora marknadsandelar i sig själva, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning, även om marknadsandelarnas betydelse kan skifta från en marknad till en annan”²⁷

Beroende på hur stor marknadsandel ett företag besitter är det av varierande intresse att beakta andra faktorer. Rättspraxis visar emellertid att faktorer så som inträdeshinder, finansiella resurser samt konkurrenternas marknadsandelar bör uppmärksammas även då ett företag har så mycket som 60-70 % av den relevanta marknaden. I *United Brands* uttalade t.ex. EG-domstolen att man inte enbart på grundval av den procentuella marknadsandelen kan dra slutsatsen att företaget kontrollerar marknaden.²⁸ Emellertid talade *United Brands* marknadsandel i kombination med det faktum att marknadsstrukturen var komplex och största konkurrenten endast hade en marknadsandel på 16 % för att företaget hade en dominerande ställning.²⁹ Stora marknadsandelar är således, förutom i exceptionella fall, ett tydligt tecken på dominans.

23 Steiner.J m.fl., EU Law 9th Edition, 2006, s 614ff

24 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03)

25 Ibid, para 53, se även Steiner.J m.fl., EU Law 9th Edition, 2006, s 614

26 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommission, [1979], ECR 461

27 Ibid, para 41

28 27/76 United Brands mot kommissionen , [1978], ECR 207. para 109

29 Ibid. para 110-112, se även Steiner.J m.fl., EU Law 9th Edition, 2006, s 615

2.3 Missbruksbegreppet

Det är inte den dominerande ställningen i sig som är förbjuden utan endast missbruket av en sådan ställning. Liksom dominansbegreppet finns det ingen tydlig definition i artikel 82 EG av vad som menas med *missbruk* av dominerande ställning.³⁰ Domstolens uttalande i *Hoffmann-La Roche*³¹ anses emellertid ge god vägledning vid definiering av missbruksbegreppet.³²

*”Missbruksbegreppet är ett objektiva begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas.”*³³

Av ordalydelsen i artikel 82 EG framgår det att ett företag, med en dominerande ställning på den relevanta marknaden, har ett visst ansvar. Ansvaret innebär att företaget inte får agera på ett sådant sätt att konkurrenssituationen skadas. Några exempel på förfaranden som ansetts bryta mot ansvaret och därmed utgjort missbruk av dominerande ställning är följande:

☞☞ Underprissättning – *AKZO*³⁴

☞☞ Lojalitets- och målrabatter – *Hoffmann-La Roche*,³⁵ *Michelin*³⁶

☞☞ Kopplingsförbehåll – *Tetra Pak II*³⁷

☞☞ Prisdiskriminering och leveransvägran – *United Brands*³⁸

☞☞ Licensvägran – *Magill*³⁹

☞☞ Att inleda en ogrundad process – *ITT Promedia*⁴⁰

30 Steiner.J m.fl., EU Law 9th Edition, 2006, s.617

31 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommission, [1979], ECR 461

32 Korah, V - An introductory guide to EC competition law and practise 8th Edition, 2004, s.124

33 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommission, [1979], ECR 461, para 39

34 62/86 AKZO mot kommissionen, [1991], ECR 1503

35 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommission, [1979], ECR 461

36 322/81 Michelin mot kommissionen, [1983], ECR 3461

37 C-333/94P Tetra Pak International SA mot kommissionen, [1996], ECR I-05951

38 27/76 United Brands mot kommissionen, [1978], ECR 207

39 C-241/91 P och C-242/91 P Radio Telefis Eireann och Independent Television Publications Ltd mot kommissionen, [1995], ECR I-00743

Exemplifieringen visar att en rad olika typer av förfaranden kan klassificeras som missbruk av dominerande ställning. Exakt hur stort ansvar ett dominerande företag har är omöjligt att avgöra. Det kan emellertid konstateras att varje fall fordrar en egen analys där rättspraxis tilldelas stor betydelse.

3 Prissättningsstrategier

För att förstå underprissättningens problematik fordras såväl juridisk som ekonomisk kunskap. Kapitel tre kommer bl.a. behandla de ekonomiska överväganden som är förknippade med prissättningen av en produkt eller tjänst.

3.1 Inledning

När ett företag ska prissätta en produkt eller tjänst måste en rad faktorer beaktas. Dessa brukar delas in i interna och externa faktorer. De interna har främst sin grund i företagets egna kostnader. Dessa kan delas in i fasta och rörliga kostnader där de fasta är oberoende av produktionsvolymen medan de rörliga påverkas direkt av den.

En stor kostnadspost för ett företag är dess marknadsföring. Det är både tidskrävande och dyrt att fastställa vilken målgrupp som en produkt främst bör rikta sig till. När väl målgruppen identifierats måste företaget utarbeta en marknadsföringsplan som har till syfte att maximera försäljningen. De kostnader som uppstår internt i samband med en marknadsföringsåtgärd påverkar i allra högsta grad prissättningen av en produkt. En produkt som kräver en intensiv marknadsföring får generellt sett ett högre pris än en som kräver en mindre intensiv marknadsföring, och vice versa.⁴¹ De faktorer som påverkar företagets prissättning externt är framförallt kopplade till den aktuella marknaden. Medan kostnaderna inom företaget sätter ett nedre pristak för en produkt, sätter marknaden ett övre pristak. Anser kunderna och konsumenterna att prissättningen är för hög i förhållande till det värde de upplever att produkten genererar kommer färre enheter att säljas. Att överprissätta resulterar således i en försämrad avsättning, vilket minskar företagets lönsamhet i det långa loppet.⁴² Att beakta andra externa faktorer vid prissättningen så som konjunkturen och inflationen i ett land är viktiga.⁴³ Vid lågkonjunktur torde konsumenterna inta ett mer kritiskt förhållningssätt till produkter av dyrare

⁴¹ Kotler, P, Armstrong, G, Marketing an introduction, 8.th Edition, 2006, s 268ff

⁴² Ibid.

⁴³ A.a. s 274

karaktär. Att lansera en lyxvara vid ett sådant tillfälle är därför inte att rekommendera. Varierar inflationen kraftigt i ett land torde det kunna påverka prissättningen på så sätt att det pris som ena dagen är vinstgivande dagen därpå kan vara förlustgivande. Den fluktuerande inflationen torde således försvåra företagens prissättning.

3.2 Prissättningsmetoder

En av de enklaste prissättningsmetoderna är att utgå från produktionskostnaderna och tillföra en standardmarginal. Även om metoden är tämligen enkel kvarstår det faktum att den varken tar hänsyn till kundvärdet, konkurrenternas prissättning eller förhållandet mellan pris och efterfrågan. Trots detta är den kostnadsbaserade metoden fortfarande ett av de mest populära tillvägagångssätten att tillämpa när en produkt prissätts. Anledningen till det är troligtvis att företag generellt har mer kunskap om en produkts kostnader än efterfrågan av den.⁴⁴ Osäkerheten kring den kostnadsbaserade prissättningsmetoden gör dock att vissa företag idag väljer att basera sitt pris på produktens kundvärde. En produkt som levererar ett högt kundvärde ges ett högre pris än en produkt som levererar ett lågt och vice versa. Problemet är att det emellanåt kan vara svårt att fastställa vad det egentliga värdet av en produkt är. Överskattas kundvärdet kan det ha fördande effekter för produktens avsättning och därmed skada företagets lönsamhet.⁴⁵

3.3 Prissättning av en ny produkt eller tjänst

3.3.1 Market – penetration

Market – penetration innebär att företag använder ett lågt introduktionspris för att snabbt få ut nya produkter eller tjänster på marknaden. På så sätt attraheras en stor grupp köpare och i samma veva vinner företaget marknadsandelar. För att ett företag ska ha möjlighet att använda sig av market – penetration måste en rad faktorer vara uppfyllda. För det första måste marknaden vara priskänslig, så att det låga priset resulterar i ett effektivt marknadsinträde. För det andra måste

⁴⁴ Kotler, P, Armstrong, G, Marketing an introduction, 8.th Edition, 2006, s 267

⁴⁵ A.a. s 264f

produktions- och distributionskostnaderna minskar när väl volymen sålda enheter ökar. Slutligen måste det låga priset hålla borta konkurrenterna över en längre tid för att förhindra att prisövertaget bara blir temporärt.⁴⁶ Skulle någon av dessa faktorer inte vara uppfylld finns det en betydande risk för att prissättningsmetoden misslyckas och att företagets lönsamhet därmed fallerar. Fördelen med market - penetration torde vara att den höga försäljningen snabbt kan leda till sänkta kostnader, vilket skapar en möjlighet för företaget att sänka priset ännu mer. Om konkurrenterna däremot inte hålls borta trots det låga introduktionspriset kan det ha förödande effekter för produktens avsättning.

3.3.2 Market – skimming

Många företag som lanserar en ny produkt väljer att sätta ett högt introduktionspris. Ett högt pris ger ofta associationer till en känsla av lyx och hög kvalitet vilket generellt är önskvärt hos konsumenterna. Till skillnad från användandet av ett lågt introduktionspris, som resulterar i många sålda enheter, ”skrapar” denna metod av det översta lagret av köpvilliga konsumenter. När väl dessa tagit slut alternativt när konkurrenterna lanserat en likvärdig produkt sänker företaget priset för att ”skrapa” av ytterligare ett lager av köpvilliga konsumenter. Processen fortsätter tills företaget når de minst köpvilliga. Självklart är inte metoden lämpad för alla produkter. Det krävs redan från början en viss känsla av hög kvalitet och lyx för att kunder och konsumenter överhuvudtaget ska vara villiga att betala det höga priset. När Sony 1990 lanserade sin första HD-tv på den japanska marknaden kostade den \$43000. Idag saluförs tv-apparater med samma teknik för under \$1000. HD-tv:n är av allt att döma ett utomordentligt exempel på en produkt som lanserats genom market – skimming.⁴⁷

3.3.3 Anpassningsstrategier och illustrativ rättspraxis

Det är vanligt att företag utöver en prissättningsmetod använder någon form av anpassningsstrategier som är kopplade till priset. Det rör sig då framförallt om rabatter av olika slag, ofta på basis av inköpsvolym, lokalisering, säsong och förtidsbetalningar. Att företagen inte

⁴⁶ Kotler, P, Armstrong, G, Marketing an introduction, 8.th Edition, 2006, s 275

⁴⁷ Ibid.

tar hänsyn till kostnadsskillnaderna mellan de olika transaktionerna utan baserar priset och rabatten helt och hållet på kundens villighet att betala är inte helt ovanligt.⁴⁸ Trots att strategierna är vanligt förekommande finns det tillfällen då de inte är lagenliga. Är företaget innehavare av en dominerande ställning på den relevanta marknaden strider de nämligen oftast mot artikel 82 EG, vilket framgår av rättspraxis.

Rabatter av olika slag har en tendens att binda upp kunder på samma sätt som ett kontrakt. Vanligtvis handlar det då om rabatter som baseras på tidigare års inköpsvolym.⁴⁹ Resultatet blir nämligen att kunden inte gärna köper av andra företag då de är angelägna om att nå den högre rabattnivån. Sådana rabattsystem faller vanligtvis under artikel 82 EG om de utförs av ett dominerande företag. Detta stadgades i *Hoffmann-La Roche*.⁵⁰

”Såväl exklusiva inköpsförpliktelser av detta slag, med eller utan rabatter, som trohetsrabatter för att ge köparen incitament att endast köpa från företaget med dominerande ställning är oförenliga med målet att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte skall snedvridas”⁵¹

Kvantitetsrabatt som varierar med orderstorleken är oftast godtagbara då de är motiverade av de faktiska kostnadsskillnaderna. Dessa former av rabattsystem skapar nämligen ett incitament hos kunden att planera sina inköp och samordna dem, vilket leder till lägre försäljningskostnader. I och med det kan en viss rabatt erbjudas.⁵² I *Hoffmann-La Roche* görs en åtskillnad mellan de rabatter som har sin grund i inköpsvolymen och de som baseras på kundens lojalitet. Här hade kunderna trots inköp av samma kvantitet fått betala olika priser beroende på om de accepterat att begränsa sina inköp från företagets konkurrenter.⁵³ Domstolen kom fram till att sådana lojalitetsrabatter skiljer sig från kvantitetsrabatt genom att de premierar kundens lojalitet och sålunda inte inköpsvolymen. Resultatet blir att köparens möjlighet att välja inköpskälla inskränks

48 Kotler, P, Armstrong, G, Marketing anintroduction, 8.th Edition, 2006, s 278f

49 Ritter, L. m.fl., EEC Competition law – a practitioner’s guide, 1991, s 317

50 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommission, [1979], ECR 461

51 Ibid, para 90

52 Goyder, D.G, EC Competition law, 4.th Edition, 2003, 291f

53 O’Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s358

vilket i sin tur kan snedvrida konkurrensen på marknaden.⁵⁴ Av den orsaken är sådana rabattsystem förbjudna enligt artikel 82 (c) EG.

I *Michelin*⁵⁵ ansågs de ”målrabatter” som företaget använt strida mot artikel 82 EG. Det faktum att rabatten baserades på föregående års försäljning och ökade ju mer distributörerna sålde bidrog till en klart utestängande effekt av övriga marknadsaktörer. Att rabattsystemet dessutom inte fanns i skriftlig version utan endast som en överenskommelse mellan Michelin och deras distributörer talade ytterligare för en överträdelse av artikel 82 EG hade skett.⁵⁶ Michelin hävdade i sitt försvarstal att de tillämpat kvantitetsrabatter. Domstolen var av en annan uppfattning:

”Vad beträffar det i föreliggande fall omtvistade systemet, vilket kännetecknas av tillämpning av försäljningsmål, måste det anmärkas att detta system inte är ett rent mängdrabattsystem som uteslutande är knutet till mängden inköpta varor, eftersom den progressiva skalan för det föregående årets omsättning endast visar de gränser inom vilka systemet gäller”⁵⁷

Vid en jämförelse av *Hoffman La-Roche* och *Michelin* framgår det klart, trots att de båda rabattsystemen skiljer sig åt, att systemen ansågs strida mot artikel 82 EG på grund av den inbindande effekt de hade. Att de båda företagen redan före tillämpandet av rabatterna hade en stark ställning på den relevanta marknaden gjorde systemen än mindre godtagbara. Det verkar inte vara rabattsystemet i sig som är det avgörande utan den inbindande verkan ett sådant system kan tänkas ha hos kunderna eller konsumenterna.⁵⁸ Rabatter torde således åtminstone i teorin kunna klassas som underprissättning.⁵⁹

54 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommissionen, [1979], ECR 461 para 90

55 322/81 Michelin mot kommissionen, [1983], ECR 3461

56 Ritter, L. m.fl., EEC Competition law – a practitioner’s guide, 1991, s 319

57 322/81 Michelin mot kommissionen, [1983], ECR 3461, para 7, se även Ritter, L. m.fl., EEC Competition law – a practitioner’s guide, 1991, s 319

58 Middleton, K m.fl., UK & EC Competition law, 1th Edition, 2003, s 344

59 Hildebrand Doris, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, 2nd Edition, 2002, s 117

4 Underprissättning

Kapitel fyra är arbetets huvudkapitel. EG-rättens identifieringsteorier kommer att beskrivas och belysas genom den rättspraxis som valts ut.

4.1 Inledning

Låga priser är för konsumenten en företeelse som vid första intrycket enbart kan tyckas vara något positivt.⁶⁰ Begreppet underprissättning har däremot en mer negativ klang vilket är befogat när man ser till de effekter som uppstår till följd av handlingssättet. Medan ett lågt pris frambringar möjligheter för konsumenten att öka sin konsumtion torde underprissättning i det långa loppet leda till ett sämre utbud och högre priser vilket begränsar konsumentens konsumtionsmöjlighet.

En av de vanligast förekommande konkurrensstrategierna är kopplad till just priset på en produkt. Att dra en gräns mellan vad som är att betrakta som underprissättning och vad som är sund priskonkurrens torde därmed vara komplicerat. Såväl jurister som ekonomer med kunskap om konkurrensrättsliga problem och dess effekt är väl medvetna om de negativa effekter som uppstår till följd av underprissättning. Det finns exempelvis en betydande risk för att det underprissättande företaget efter att ha eliminerat konkurrensen får möjlighet att permanent höja priset vilket skadar kunderna och konsumenterna.

Konkurrensrättsliga problem är ofta svårbegripliga. Underprissättning är inget undantag. Det faktum att situationen måste ses ur såväl ett ekonomiskt som juridiskt perspektiv innebär att få besitter den kunskapen som krävs för att göra en korrekt bedömning. Att det utvecklats en rad olika identifieringsteorier vad gäller underprissättning verkar likväl frambringa en viss förvirring hos kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen.

60 OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 19 - <http://www.oecd.org/competition> 3 april 2007.

4.2 Grundläggande kostnadsdefinitioner

Ekonomer har sedan länge använt diverse standardbegrepp för de kostnader som uppstår i samband med ett företags verksamhet. För att förstå underprissättningens identifieringsteorier är det nödvändigt att ha viss grundläggande kunskap om dessa. Kostnaderna kan som nämnts tidigare delas in fasta (FC) och rörliga (VC) kostnader. De fasta kostnaderna kan i sin tur delas in i dem som går, och inte går, att undvika. Alla de kostnader som uppstår utöver de fasta är företagets rörliga kostnader. Företagets totala kostnad är då summan av dessa två kostnadsposter. När väl kostnaderna är fastställda kan en genomsnittlig kostnad för varje kostnadspost beräknas t.ex. den genomsnittliga rörliga kostnaden (AVC), den genomsnittliga totala kostnaden (ATC) och den genomsnittliga undvikbara kostnaden (AAC).⁶¹ Ett begrepp nära förankrat med den rörliga kostnaden är marginalkostnaden (MC) vilket är kostnaden för att producera ytterligare en enhet. Det är viktigt att påpeka att MC och ATC kan skilja sig åt. Anledningen till detta är att tillverkningen av en extra enhet mycket väl kan vara förknippad med nytillkomna kostnader som inte annars hade uppstått. Ytterligare ett kostnadsbegrepp är den genomsnittliga tillägskostnaden, vilket är den kostnad som uppstår till följd av att ett företag börjar tillverka en ny specifik produkt eller tillhandahålla en ny specifik tjänst och gör intåg på marknaden.⁶²

Den tidsperiod som beaktas vid ett underprissättningsärende kan vara ytterst avgörande eftersom de flesta kostnader är rörliga på lång sikt men få är det på kort sikt. Vissa menar att den tidsperiod som beräkningen ska grundas sig på är den då underprissättning pågick eller kunde pågå.⁶³ Om de har rätt i sitt ställningstagande är svårt att avgöra. Det torde emellertid förhålla sig så att beroende på vilken tidsperiod som beaktas vad gäller kostnadsberäkningarna kan ett företag löpa större eller mindre risk för att betraktas som underprissättare.

61 O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 237f

62 Luder, T, A new Standard for Predatory Pricing, Presentation at the IBC Conference on Postal Services, 18 June 2002, Brussels, s 4, <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/>, 19 april 2007

63 O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006 s 239

4.3 Identifieringsteorier

Av tidigare avsnitt framgår det att det är svårt att i praktiken göra en åtskillnad mellan hård priskonkurrens och underprissättning. Det faktum att ekonomer dessutom är oense om vad som i teorin är att betrakta som underprissättning gör att identifiering av företeelsen är ytterst svår.⁶⁴ Den teoretiska problematiken har därmed resulterat i att en kontroversiell debatt vad gäller underprissättningens identifieringsteorier har vuxit fram.⁶⁵

Syftet med en identifieringsteori är att skydda de företag som är *minst* lika effektiva som det dominerande företaget. Resterande företag som inte är fullt så kostnadseffektiva ska således inte ha möjlighet att förlita sig på en identifieringsteori för att kunna bibehålla ett för högt pris.⁶⁶ En identifieringsteori kräver följaktligen en bra balans mellan rättssäkerhet och effektivitet.

Det var först när *John McGee* 1958 lyfte fram behovet av en ekonomisk analys vid identifieringen av underprissättning som ämnet kom upp till ytan. Det dröjde emellertid ända fram till år 1975 innan det första teoretiska testet för underprissättning introducerades. Det var då *Philip Areeda* och *Donald F. Turner* publicerade sitt arbete. Då testet mötte skarp kritik uppstod efterhand allt fler identifieringsteorier, vilket lett till att det idag finns en uppsjö av olika teorier. Det är dock endast ett fåtal som vunnit acceptans hos kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen.⁶⁷

4.3.1 Areeda-Turner teorin (AVC-testet)⁶⁸

År 1975 introducerades den första kvantitativa identifieringsteorin.⁶⁹ Professorerna som utvecklade teorin, *Philip Areeda* och *Donald F. Turner*, menade att ett pris är att betrakta som underprissättning då det understiger den kortsiktiga marginalkostnaden (MC). Eftersom MC

64 Bishop. S, Walker. M, The economic of EC competition law, 1999, s. 123

65 OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 17 -<http://www.oecd.org/competition>, 3 april 2007

66 O'Donoghue. R, Padilla. J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 240

67 Ibid.

68 Areeda. P, Turner. D.F, Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act, 88 Harvard Law Review 697 (1975)

69 O'Donoghue. R, Padilla. J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 240

endast visar kostnaden av att producera ytterligare en enhet var kostnadsmåttet emellertid otillräckligt och krävde ett substitut. *Areeda* och *Turner* ansåg att AVC var ett lämpligt sådant som enkelt och effektivt kunde användas till att identifiera underprissättning.⁷⁰ Ett pris understigande AVC är nämligen förlustgivande och därmed irrationellt för ett vinstmaximerande företag och bör därför betraktas som underprissättning.⁷¹ Ett företag kan enligt professorerna, således varken påstå att ett pris understigande AVC är ett resultat av hård priskonkurrens eller en tillfällig marknadsåtgärd.⁷²

AVC-testet har haft stor betydelse för såväl EG-rätten som de amerikanska domstolarna.⁷³ De som intagit ett kritiskt förhållningssätt till teorin menar dock att testet är bristfälligt i en rad avseenden. För det första bygger testet på att det är tämligen enkelt att fastställa AVC, vilket är tvivelaktigt.⁷⁴ AVC är dessutom ett svagt substitut till den kortsiktiga MC då de båda kostnadsmåttarna är likvärdiga vid en långsiktig bedömning⁷⁵ men skiljaktiga på kort sikt.⁷⁶ För det andra brister identifieringsteorin då även priser överstigande den kortsiktiga MC kan ha en konkurrensbegränsande effekt. Testet tenderar dessutom att favorisera företag som har höga fasta, men låga rörliga, kostnader vilket ytterligare talar emot AVC-testets tillämplighet. Trots kritiken är AVC-testet förmodligen den identifieringsteori som haft mest inflytande runt om i världen. Många domstolar verkar ha intagit ställningen att testets brister vägs upp av att det är relativt lätt att tillämpa.⁷⁷ Det faktum att domstolar nu delvis tenderar att frånga AVC-testet visar emellertid att dess storhetstid kan vara över.

Det första EG-rättsliga fallet som behandlar underprissättning är *AKZO*⁷⁸. Målet rör två företag, *AKZO* och *ECS*, som båda tillverkar organiska peroxider. Kemikalierna kan användas dels som katalysator vid plasttillverkning dels som blekmedel vid mjöltillverkningen. *ECS* var aktiva på marknaden för mjöltillsatser där företaget hade en marknadsandel på 35 %. År 1979 valde *ECS*

70 Bishop. S, Walker. M, The economic of EC competition law, 1999, s. 130

71 O'Donoghue. R, Padilla. J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 240

72 Areeda. P, Turner. D.F, Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act, 88 Harvard Law Review 697 (1975), s 733

73 O'Donoghue. R, Padilla. J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006 s 240

74 Bishop. S, Walker. M, The economic of EC competition law, 1999, s. 130

75 Ibid.

76 OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 21 -<http://www.oecd.org/competition> 3 april 2007,

77 Ibid.

78 62/86 AKZO BV mot kommissionen, [1991], ECR 1503

att expandera sin verksamhet till att även innefatta den plastmarknad där AKZO hade en dominerande ställning. Med syfte att driva bort ECS från plastmarknaden började AKZO därefter erbjuda rabatter till ECS storkunder på mjölmarknaden vilket innebar ett hot mot ECS huvudmarknad.⁷⁹ AKZO tillämpade således prisnedsättningar inom en sektor som var väsentlig för ECS, men som var av begränsad betydelse för AKZO.⁸⁰ När målet nådde kommissionen hävdade AKZO i sitt försvarstal att de priser som tillämpats inte kunde anses utgöra underprissättning då de gav upphov till en viss vinst. Företaget ansåg att priset täckte AVC och därmed föll utanför AVC-testets omfattning.⁸¹ Kommissionen ifrågasatte dock deras försvarstal och ansåg att även andra faktorer så som syftet med prissättningen måste beaktas för en korrekt bedömning. Kommissionen vägrade således acceptera att en kostnadsbaserad infallsvinkel skulle vara tillräcklig.

”A test based on aggressors’s costs alone will not cover all cases of unfair conduct designed to exclude or damage a competitor. Apart from inherent difficulty of accurately establishing costs, no such test would give sufficient weight to the strategic aspect of price cutting behaviour.”⁸²

AKZO hade vid ett möte i slutet av 1979 uttalat direkta hotelser mot ECS i syfte att driva bort företaget från plastmarknaden där organiska peroxider användes. AKZO hade dessutom börjat erbjuda kemikalier till ECS kunder till onormalt låga priser med avsikt att skada deras lönsamhet.⁸³ Det var alltså många faktorer som talade för att AKZO hade till syfte att eliminera konkurrensen från ECS. Även om kommissionen inte gjorde kostnaderna till det avgörande kriteriet för att fastställa huruvida underprissättning förelåg eller inte⁸⁴, ansåg emellertid EG-domstolen att kostnaderna är väldigt centrala vid en sådan utredning.

” En noggrann analys av det dominerande företags kostnader skulle dock kunna ha stor betydelse i bedömningen av om dess prispolitik är normal eller onormal. Utestängningseffekterna av en

79 Hildebrand Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 2nd Edition, 2002, s 66, se även Furse, M, *Competition Law of the UK and EC*, 3rd Edition, 2002, s 242

80 62/86 AKZO BV mot kommissionen, [1991], ECR 1503, para 42

81 AKZO BV mot kommissionen (Case Comp/85/609) OJ 1985 L374/1, para 42 st 2

82 Ibid, para 78 st 2

83 62/86 AKZO BV mot kommissionen, [1991], ECR 1503, para 9

84 AKZO BV mot kommissionen (Case Comp/85/609) OJ 1985 L374/1, para 77

*prissänkingskampanj som genomförs av en dominerande producent skulle kunna vara så uppenbara i sig att det inte skulle finnas något behov av att fastställa en avsikt att slå ut en konkurrent”.*⁸⁵

I sin dom framhöll EG-domstolen att priser understigande AVC alltid är att betrakta som underprissättning. Ett sådant pris innebär att varje försäljning medför en förlust vilket inte rimligen kan ligga i företagets intresse. Dessutom är priser överstigande AVC men understigande ATC att betrakta som underprissättning om priset är en del av en konkurrensbegränsande plan. *AKZO* hade tillämpat priser överstigande AVC men understigande ATC samtidigt som övriga omständigheter indikerade på att syftet var att slå ut *ECS* från marknaden. Såväl EG-domstolen som kommissionen ansåg således att det fanns övertygande bevis på att *AKZO* försökte slå ut *ECS* från plastmarknaden.⁸⁶ Priserna stred därför mot artikel 82 EG.

I ett annat mål, *Tetra Pak II*⁸⁷, tog EG-domstolen ställning till huruvida *Tetra Pak* med en dominerande ställning på marknaden för aseptiska maskiner och kartonger hade använt sig av underprissättning.⁸⁸ Till skillnad från *AKZO* förekom de låga priserna på en sidomarknad till den där *Tetra Pak* ansågs ha en dominerande ställning, nämligen marknaden för icke-aseptiska maskiner och kartonger. Efter att ha analyserat *Tetra Paks* kostnadsstruktur ansåg kommissionen att de priser som företaget tillämpade var direkt förlustgivande på den engelska marknaden. Eftersom priserna varierade från år till år kunde däremot inget slutgiltigt beslut grunda sig på dessa fakta. Det faktum att även priserna på den italienska marknaden var omotiverat låga till följd av de stora rabatter som erbjöds där indikerade emellertid att priserna hade ett konkurrensbegränsande syfte. Trots att *Tetra Pak* hävdade att priserna inte hade för avsikt att eliminera konkurrensen utan var ett resultat av den hårda priskonkurrensen som rådde på marknaden betraktade kommissionen priserna som underprissättning.⁸⁹

85 62/86 *AKZO BV mot kommissionen*, [1991], ECR 1503. para 65

86 *Ibid*, para 71-72, se även *AKZO BV mot kommissionen* (Case Comp/85/609) OJ 1985 L374/1, para 81 och *Anderman. S D, EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1998, s 244

87 C-333/94P *Tetra Pak mot kommissionen*, [1996], ECR I-05951

88 *Ibid*, para 28

89 *Tetra Pak mot kommissionen* (Case Comp/92/163) OJ 1992 L72/35, para 157-158

I EG-domstolen yttrade *Tetra Pak* att företaget varken hade möjlighet eller för avsikt att täcka det tillfälliga intäktsbortfallet genom att i ett senare skede höja priset⁹⁰, vilket kommissionen inte heller hade bevisat. Försvaret var inspirerat av US Supreme Courts dom i *Brook Group*⁹¹ där domstolen ansåg att en avsaknad av möjligheten att täcka intäktsbortfallet kan vara bevis på att underprissättning inte föreligger.⁹² Förstainstansrätten avlog yttrandet och menade att det inte behöver bevisas att någon sådan möjlighet finns eller eftersträvas av det underprissättande företaget.⁹³ EG-domstolen och generaladvokat *Ruiz-Jarabo Colomer* var av samma uppfattning och ansåg att ett sådant beaktande var synnerligen olämpligt.⁹⁴ Medan generaladvokaten var tydlig i sitt ställningstagande var däremot EG-domstolen desto otydligare. Dess uttalande tyder nämligen på att domstolen i ett annat mål kan tänkas beakta ett företags möjlighet att täcka intäktsbortfallet, något som *Ruiz-Jarabo Colomer* inte visade villighet till. Det faktum att kommissionen nyligen visat benägenhet till att beakta denna möjlighet visar att ett sådant hänsynstagande mycket väl kan bli vanligt förekommande framöver.⁹⁵ I sin dom i *Tetra Pak II* bekräftade EG-domstolen att de test som getts uttryck i *AKZO* är de mest lämpliga för att identifiera underprissättning.⁹⁶ Domstolen gjorde emellertid ett tillägg när den konstaterade att den tidsperiod då underprissättningen ingått i en konkurrensbegränsande plan också bör beaktas.⁹⁷ Att *Tetra Paks* prissättning på den icke-aseptiska marknaden understeg AVC ska betraktas som underprissättning. Förlusternas varaktighet, beständighet och omfattning samt att de var en del av en medveten prispolitik, vilken *Tetra Pak* erkänt, indikerar att syftet var att eliminera konkurrensen. Att domstolen tillämpade AVC-testet utan att beakta de ekonomiskt relevanta omständigheterna, så som att priser understigande AVC kan vara legitima, har dock uppmärksamats i doktrinen.⁹⁸ Företagets prissättning ansågs emellertid enligt både förstainstansrätten och EG-domstolen utgöra underprissättning i strid med artikel 82 EG.⁹⁹

90 C-333/94P *Tetra Pak* mot kommissionen, [1996], ECR I-05951, para 39

91 *Brook Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Group* 405 US 209 (1993)

92 T-83/91 *Tetra Pak* mot kommissionen, [1994], ECR II-00755, para 143, se även *Anderman. S D, EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1998, s 245

93 T-83/91 *Tetra Pak* mot kommissionen, [1994], ECR II-00755, para 150

94 C-333/94P *Tetra Pak* mot kommissionen, [1996], ECR I-05951, para 44, se även *Bishop. S, Walker. M, The economic of EC competition law*, 1999, s 131

95 T-340/03 Förstainstansrättens beslut *France Télécom SA* mot kommissionen, [2007], ännu ej publicerad (hädanefter förkortat ä.e.p)

96 C-333/94P *Tetra Pak* mot kommissionen, [1996], ECR I-05951, para 41

97 *Anderman. S D, EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, 1998, s 245

98 *Hildebrand Doris, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 2nd Edition, 2002, s 295

99 C-333/94P *Tetra Pak* mot kommissionen, [1996], ECR I-05951, para 42, se även T-83/91 *Tetra Pak International SA* mot kommissionen, [1994], ECR II-00755, para 189f

4.3.2 The average total cost teorin (ATC-testet)

Ett pris understigande ATC anses generellt inte vara konkurrensbegränsande. Ett sådant pris kan emellertid skada konkurrenterna och på så sätt konkurrensen om det används under en längre tidsperiod med syfte att eliminera konkurrensen.¹⁰⁰ Först med att lyfta fram vikten av att undersöka huruvida ett pris understiger ATC var *Joskow* och *Klevorick*.¹⁰¹ De förespråkade ett kombinerat test där både AVC och ATC beaktas. De accepterade AVC-testets hypotes men menade att även priser överstigande AVC, men understigande ATC, är att betrakta som underprissättning om priset inte är befogat. Ett pris understigande ATC kan således vara legitimt i situationer som fodrar ett lågt pris, exempelvis när en ny produkt lanseras eller en gammal utgår från sortimentet och därmed snabbt måste avyttras.¹⁰² Det faktum att inte alla priser understigande ATC betraktas som underprissättning har emellertid lett till att flertalet välkända akademiker nu anser att sådana priser bör tillåtas då de är alltför svåra att sortera ut.¹⁰³ För att ATC-testet ska kunna tillämpas på ett effektivt sätt fordras dessutom en möjlighet att fastställa företagets kostnader relativt exakt. Dessvärre verkar beräkningen av AVC och ATC vara så komplicerad att många ekonomer hävdare att det är en omöjlighet att få fram de precisa siffrorna.

*“Outside a textbook, there probably exists no such thing as a single-product firm, and all multiproduct firms have fixed costs incurred in common on behalf of two or more of their products. There is, however, no economically defensible way of dividing such costs up among the firm’s various products. As is well known, all methods for the allocation of common fixed costs are arbitrary.”*¹⁰⁴

Det torde vara möjligt att allokera de gemensamma kostnaderna med hjälp av den procentuella andelen av intäkterna de enskilda produkterna genererar. Dessvärre är vissa produkter mer resurskrävande än vad andra är vilket försvårar processen. Självklart är det tänkbart att skatta

100 OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 22 <http://www.oecd.org/competition>, 3 april 2007

101 Joskow, P., Klevorick, A., “A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy,” 89 Yale Law Journal 213 (1979)

102 OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 32f - <http://www.oecd.org/competition> 3 april 2007

103 A.a. s 23

104 Baumol, W. J., Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, Journal of Law and Economics, Vol. 39, Nr. 1, 1996 s 59

vilken produkt som är mest resurskrävande. Att fastställa differensen mellan produkternas resursbehov, och därigenom kostnadsskillnaderna, bör dock vara på gränsen till omöjligt.¹⁰⁵

I *Compagnie Maritime Belge*¹⁰⁶ ansåg både kommissionen och förstainstansrätten att medlemmarna i *Cewal*, en linjekonferens bestående av fraktföretag som tillsammans har en marknadsandel på över 90 %, hade missbrukat den kollektiva dominerande ställning de var innehavare av.¹⁰⁷ *Cewal* hade tillämpat en selektiv prissättning för fartygslinjerna mellan Zaire och vissa nordeuropeiska hamnar för de datum och de linjer som en konkurrent trafikerade. Medlemmarna hade således använt så kallade ”fighting ships”.

Kommissionen angav framförallt tre omständigheter som pekade på att medlemmarna i *Cewal* använt sig av ”fighting ships”. För det första avgick fartygen nästan samtidigt som konkurrenternas utan att de fasta tidtabellerna ändrades. För det andra justerades priserna på dessa avgångar så att de blev samma, eller lägre, än de priser konkurrenten tillämpade. För det tredje minskade intäkterna till följd av detta, vilket fick bäras av medlemmarna i *Cewal*.¹⁰⁸ I sitt beslut framhävde kommissionen att det handlings sätt som *Cewals* medlemmar tillämpade skiljde sig från underprissättning. Kommissionens undersökning visade att priserna varken understeg AVC eller ATC vilket resulterade i att syftet med de selektiva priserna samt den konkurrensbegränsande effekten tilldelades stor betydelse.¹⁰⁹ Förstainstansrätten instämde med kommissionen och konstaterade att de ekonomiska förlusterna inte är det avgörande utan det räcker med att intäkterna minskar. En sådan situation kan likväl strida mot artikel 82 EG.¹¹⁰

När förstainstansrättens dom överklagades till EG-domstolen var det generaladvokat *Fennelly* som fick utarbeta ett förslag till förhandsavgörande. *Fennelly* påpekade att kommissionen, i sitt beslut i *AKZO*, anförde att artikel 86 EGF (nu artikel 82 EG) inte gör kostnaderna till det avgörande kriteriet när det ska fastställas huruvida ett dominerande företags låga priser utgör missbruk. De prisnedskärningar som görs kan nämligen vara konkurrensbegränsande oavsett om

¹⁰⁵ OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 23- <http://www.oecd.org/competition> 3 april 2007,

¹⁰⁶ C-395 och 396/96P *Compagnie Maritime Belge* mot kommissionen, [2000], ECR I-01365

¹⁰⁷ T-24/93, T-25/93, T-26/93 och T-28/93. *Compagnie Maritime Belge* mot kommissionen, [1996], ECR II-01201, para 203-204, se även (case comp/ 93/82) O.J 1993. L 034, article 2, <http://eur-lex.europa.eu/>, C-395 och 396/96P *Compagnie Maritime Belge* mot kommissionen, [2000], ECR I-01365, p 117

¹⁰⁸ *Compagnie Maritime Belge* (case comp/ 93/82) O.J 1993. L 034, para 73, <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁰⁹ *Ibid*, para 80-82,

¹¹⁰ *Ibid*, para 134

de är över eller under omkostnaderna.¹¹¹ Till skillnad från generaladvokat *Ruiz-Jarabo Colomer* ståndpunkt i *Tetra Pak II* ansåg generaladvokat *Fennelly* att möjligheten att täcka det tillfälliga intäktsbortfall också bör beaktas. Enligt *Fennelly* framgår det underförstått av domen i *AKZO*.¹¹²

EG-domstolen konstaterade i sin dom att *Cewals* priser inte hade fastställts enligt ekonomiska kriterier, d.v.s. i förhållande till kostnaderna, utan enbart så att de understeg konkurrentens pris.¹¹³ I domslutet poängterade EG-domstolen att kommissionen och förstainstansrätten gjort en korrekt bedömning när de fastslog att *Cewals* handlingsätt var oförenligt med artikel 86 EGF (nu artikel 82 EG).¹¹⁴ Trots att *Cewals* pris översteg ATC och därmed inte kunde definieras som underprissättning i teknisk mening kunde förfarandet inte godkännas då priserna var selektiva, anpassade efter konkurrentens pris, minskade de ursprungliga intäkterna och samtidigt hade till syfte att eliminera konkurrenten.¹¹⁵ Förfarandet stred således mot artikel 82 EG.

4.3.3 The avoidable cost teorin (AAC-testet)

Då klassificeringen och allokeringen av ett företags kostnader ansetts mödosam har andra identifieringsteorier däribland AAC-testet förordats. AAC-testet är i grund och botten en variant av det tidigare genomgångna AVC-testet. Skillnaden är att AAC-testet även tar hänsyn till de produktspecificerade kostnaderna d.v.s. de som är kopplade direkt till produkten. Dit räknas de kostnader som kan undvikas men inte de som inte kan undvikas.¹¹⁶ Tanken med testet är att undersöka kontrasten mellan ett företags potentiella kostnader för att tillverka en viss produkt, eller tillhandahålla en specifik tjänst, och de kostnadsbesparingar som är förknippade med att t.ex. lägga ner tillverkningen av produkten.¹¹⁷ AAC-testet utgår från att alla företag är rationella

111 Generaladvokat *Fennellys* förslag till förhandsavgörande i *Compagnie Maritime Belge* (C-395/96 P och C- 395/96) mot kommissionen, [2000], ECR I-01365, para 125

112 Ibid. para 136, se även 62/86 *AKZO BV* mot kommissionen, [1991], ECR 1503, para 71

113 C-395p och 396/96P *Compagnie Maritime Belge* mot kommissionen, [2000], ECR I-01365, para 101, se även *Compagnie Maritime Belge* (case comp/ 93/82) O.J 1993. L 034, para 73, <http://eur-lex.europa.eu/>,

114 C-395p och 396/96P *Compagnie Maritime Belge* mot kommissionen, [2000], ECR I-01365, para 120-121

115 OECD, *Predatory Foreclosure*, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 35f - <http://www.oecd.org/competition> 3 april 2007

116 A.a., s 23f

117 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, Brussels, December 2005, p 106-110, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> 19 april 2007

och därmed lämnar en förlustgivande marknad.¹¹⁸ Ett pris understigande AAC torde därmed vara ointressant för ett företag, vilket innebär att ett sådant pris är att betrakta som underprissättning.¹¹⁹

AAC är ett bättre mått på ett företags verkliga kostnader än vad AVC är. När ett företag underprissätter kan nämligen de fasta kostnaderna öka radikalt vilket AVC-testet inte tar hänsyn till. Ett företag som erbjuder bussresor till omotiverat låga priser kan behöva köpa in en ytterligare buss för att möta den ökade efterfrågan som torde uppstå till följd av de låga priserna. Likaså kan ett underprissättande bageri behöva köpa in en större ugn för att ha möjlighet att baka fler bröd och därigenom möta efterfrågan.¹²⁰ Eftersom AAC-testet även beaktar dessa kostnader torde det åtminstone i sådana situationer vara lämpligare att tillämpa än vad AVC-testet är. Det faktum att testet inte kräver någon åtskillnad mellan fasta och rörliga kostnader torde dessutom underlätta domstolarnas arbete avsevärt.¹²¹ En annan fördel med AAC-testet är dess flexibilitet. Testet möjliggör nämligen att flera kombinationer av ett företags produkter kan studeras, vilket torde resultera i en mer heltäckande bild av företagets kostnadsstruktur.¹²² På så sätt kan produktkombinationernas undvikbara kostnader beräknas och därefter användas i ett AAC-test. Således kan ett företag, genom att olika kombinationer av deras produkter sammanställs, anses underprissätta om priset på dessa varor understiger kombinationens undvikbara kostnad. Naturligtvis är det en orimlig börda för företagen att alltid ha dessa produktkombinationers kostnader tillgängliga. Vid en utredning är det således upp till domstolen att specificera vilka produktkombinationer som är av intresse och därefter be företaget lämna ut dessa uppgifterna.¹²³

4.3.4 The long-run average incremental cost teorin (LAIC-testet)

När ett flygplan ska avgå är den rörliga kostnaden för att låta ytterligare en passagerare gå ombord ytterst liten. Likaså är det den rörliga kostnaden för ett företag som är innehavare av en

118 O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 241

119 Ibid.

120 OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 23- <http://www.oecd.org/competition>, 3 april 2007

121 O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 241f, 269

122 OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14, 2005, s 23- <http://www.oecd.org/competition>, 3 april 2007

123 Baumol, W. J., Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, *Journal of Law and Economics*, Vol. 39, Nr. 1, 1996, s. 61

immaterialrättighet minimal när en kund väljer att ladda ner deras produkt eller tjänst via Internet. I vissa industrier händer det således att ett pris aldrig understiger AVC trots att det är nära noll¹²⁴, vilket innebär att AVC-testet inte är lämpligt för att identifiera underprissättning. Likaså är AAC-testet mindre lämpligt då ett sådant test inte skulle avspegla industrins ekonomiska verklighet.¹²⁵ Den undvikbara kostnaden torde nämligen vara obetydlig i ett sådant fall.

LAIC betyder long-run average incremental cost och är ett mått på den genomsnittliga tilläggskostnaden som uppstår när ett företag börjar tillverka en ny specifik produkt eller tillhandahålla en ny specifik tjänst. I kostnadsposten inkluderas alla kostnader, således även de som inte kan undvikas, vilket skiljer identifieringsteorin från AAC-testet. Produktionsbeslut bör dock inte påverkas av de kostnader som inte kan undvikas vilket innebär att ett pris understigande LAIC emellanåt kan vara legitimt.¹²⁶ En presumtion till att ett pris understigande LAIC utgör underprissättning finns när ett företags ena verksamhetsområde är skyddat av en avskild marknad där företaget innehar ett legalt monopol. Ett företag får inte föra över resurser från en monopolmarknad till en konkurrensutsatt, d.v.s. korssubventionera, för att möjliggöra ett pris understigande LAIC.¹²⁷ För att ett pris understigande LAIC ska betraktas som underprissättning måste det generellt ha till syfte att eliminera konkurrenter som är minst lika effektiva som det dominerande företaget.¹²⁸ LAIC-testet inkluderar alla produktspecifika kostnader så som forskning, utveckling och marknadsföring, vilket ger en realistisk syn på ett företags verkliga kostnader. Någon indelning av fasta och rörliga kostnaderna behövs inte någon allokering av produkternas, eller tjänsternas, gemensamma kostnaderna fordras inte.¹²⁹ Det nyss framförda torde vara av domstolarnas intresse. Dyra och långvariga utredningar är nämligen det som främst förknippas med fastställandet, samt allokeringen, av de fasta och rörliga kostnaderna. Domstolen torde således ha ett positivt förhållningssätt till LAIC-testet.¹³⁰

124 O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 242, 269

125 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, Brussels, December 2005, p 126, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> 19 april 2007

126 O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 242

127 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, Brussels, December 2005, p 126, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> 19 april 2007

128 O'Donoghue, R, Padilla, J, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s 242

129 A.a., s 241f, 269

130 Ibid.

Den 20 mars 2001 fattade kommissionen sitt beslut i *Deutsche Post*¹³¹. Europas postservice är en verksamhet som generellt är präglad av en statlig monopolverksamhet för brev men där kringtjänsterna däremot är konkurrensutsatta. *Deutsche Post* är innehavare av en sådan monopolställning och har därmed investerat i den infrastruktur som behövs för att frakta brev. Företaget erbjuder även andra tjänster däribland pakettransporter för postorderhandel, en marknad som var konkurrensutsatt.¹³² *Deutsche Posts* infrastruktur består av 33 fraktcentraler och 476 leveranscentraler som brev, men även paket, enkelt och effektivt kan fraktas mellan. Infrastrukturen som används vid postorderbeställda paket är densamma som företaget använder vid brevtransport¹³³ och är enligt lag en resurs som ska hållas tillgänglig för konkurrenterna.¹³⁴

Det faktum att *Deutsche Posts* hade en möjlighet att föra över resurser från deras monopolmarknad till den konkurrensutsatta försvarade identifieringen av den presumtiva underprissättningen. Kommissionen ansåg att de kostnader som uppstod till följd av den specifika tjänsten, pakettransporter för postorderhandel, skulle skiljas från de kostnader som uppstod på den marknad där *Deutsche Post* hade en monopolställning.¹³⁵

*” To avoid subsidising mail-order parcel services by using revenue from the reserved area, DPAG must earn revenue on this parcel service which at least covers the costs attributable to or incremental to producing the specific service ”*¹³⁶

Resonemanget är rimligt eftersom ett företag troligtvis inte är intresserat av att bli kvar på en marknad med låg lönsamhet. Den enda anledningen till att bli kvar på en förlustgivande marknad torde vara att eliminera konkurrensen. Kommissionen övervägde noggrant vilka kostnader som var direkt knutna till frakten av postorderbeställda paket. Slutsatsen den drog var att flera av de kostnader som uppstår vid tillhandahållandet av en sådan tjänst försvinner om företaget inte erbjuder tjänsten. Kostnaden för transport och leverans av paket som är beställda via postorder är oftast högre än övriga frakter eftersom det generellt är få paket som levereras. Denna kostnad hade således blivit betydligt lägre om tjänsten avskaffats. Dessutom skulle kostnaden för de

131 *Deutsche Post AG* (Case Comp/35.141) O.J. 2001 L125/27

132 Korah, V - An introductory guide to EC competition law and practise 8th Edition s 163

133 *Deutsche Post AG* (Case Comp/35.141) O.J. 2001 L125/27. para 11

134 Korah, V - An introductory guide to EC competition law and practise 8th Edition s 163

135 *Deutsche Post AG* (Case Comp/35.141) O.J. 2001 L125/27. para 9

136 *Ibid*, para 10

regionala frakterna halveras eftersom frakten av postorderbeställda paket upptog 50 % av företagets transportkapacitet. I sin diskussion nämnde dock kommissionen att inte alla kostnader hade försvunnit om *Deutsche Post* slutat tillhandahålla tjänsten. Kostnad för de paket som fraktas långt beror till stor del på det antal paket som fraktas. Företag som erbjuder frakt måste emellertid alltid ha kontinuerliga långtransporter för att tillfredställa kundernas och konsumenternas behov, oavsett hur många paket som ska levereras. Kostnaden är således ingen kostnad som kan knytas till den specifika tjänsten.¹³⁷

Efter att ha beaktat *Deutsche Posts* kostnader kom kommissionen fram till att företaget under perioden 1990-1995 överträtt artikel 82 EG genom att erbjuda pakettransporter för postorderhandel till priser under tilläggskostnaderna, något som inte rimligen kan ligga i företagets ekonomiska intresse.¹³⁸ Finansieringen av den icke kostnadstäckande försäljningen av pakettjänster möjliggjordes av de intäkter företaget hade från brevmonopolet. Syftet måste således ha varit att eliminera konkurrensen. Beslutet som kommissionen tog baserades alltså på den genomsnittliga tilläggskostnaden och de kostnader som hade kunnat undvikas om tjänsten hade avskaffats.¹³⁹ Att bötfälla *Deutsche Post* ansågs emellertid olämpligt då det vid den rådande tidpunkten inte var klart vilken standard för kostnadberäkning som skulle användas för den konkurrensutsatta tjänsten.¹⁴⁰ Beslutet visar emellertid tydligt kommissionens uppfattning om vilka kostnader som ska täckas av ett företag med monopolställning, som erbjuder åtskilliga tjänster, för att ett pris inte ska betraktas som underprissättning.¹⁴¹

Den 21 maj 2003 fattade återigen kommissionen ett beslut gällande ett tyskt företag. Det var nu *Deutsche Telekom* som anklagades för att ha tillämpat orimligt låga månads- och engångsavgifter för tillträdet till det fasta telefonnätet. I juni 1997 ålades *Deutsche Telekom* till följd av ett föreläggande från förbundsministeriet att bevilja sina konkurrenter fullständigt tillträde till det fasta nätet. För att få använda *Deutsche Telekoms* fasta nät är konkurrenterna emellertid skyldiga att betala en tillträdesavgift som beror på omfattningen av utnyttjandet. Enligt principen om

¹³⁷ Deutsche Post AG (Case Comp/35.141) O.J. 2001 L125/27, para 12-16

¹³⁸ Ibid, para 36

¹³⁹ Commission develops new policy for predatory pricing in network industries, <http://www.e-konomica.net/articles/index.php>, 20 april 2007

¹⁴⁰ Deutsche Post AG (Case Comp/35.141) O.J. 2001 L125/27 para 47-48, se även T-340/03 Förstainstansrättens beslut France Télécom SA mot kommissionen, [2007], ä.e.p, para 247

¹⁴¹ Hildebrand Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 2nd Edition, 2002, s 66

kostnadsorientering som återfinns i den tyska telekommunikationslagstiftningen fordrar dessa tillträdesavgifter ett förhandsgodkännande från *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)*. *RegTP* har då till uppgift att kontrollera att de avgifter som operatörerna betalar till *Deutsche Telekom* inte gynnar, eller missgynnar, någon operatör på ett konkurrensbegränsande sätt.¹⁴² De kostnadskalkyler som *Deutsche Telekom*s överlämnade till *RegTP* uppfyllde dock inte de rättsliga krav som ställdes. *RegTP* var därför tvungna att använda kostnadsberäkningssystemet LRIC¹⁴³ för att fastställa de långsiktiga kostnaderna för tillhandahållandet av det fasta nätet.¹⁴⁴ *Deutsche Telekom* är enligt lag skyldiga att ta ut de avgifter som *RegTP* fastställer på basis av kostnadsberäkningarna.¹⁴⁵

Kommissionen konstaterade att endast de kostnader som uppstår till följd av de tjänster som behövs för tillträde till det fasta nätet är att räkna som produktspecifika kostnader. Skulle *Deutsche Telekom* ha tillämpat priser understigande de egna kostnaderna innebär det att företaget sedan 1998 erbjudit sina tjänster till ett förlustgivande pris. Därigenom kan konkurrenternas marginaler ha pressats även om företagen är lika effektiv som *Deutsche Telekom*, vilket kan ha en konkurrensbegränsande effekt.¹⁴⁶ Efter överläggning konstaterade kommissionen att *Deutsche Telekom*s orimliga månads- och engångsavgifter väsentligt hade hindrat konkurrensen på marknaden för direkt tillträde till det fasta telefonnätet. Priserna var oförenliga med artikel 82 EG då de inte var tillräckligt höga för att andra företag skulle ha möjlighet att konkurrera på marknaden.¹⁴⁷

142 *Deutsche Telekom AG*, (Case Comp/37.451, 37.578, 37.579), O.J 2003 L 263/9, para 16-17

143 Long-run incremental costs, således inte de genomsnittliga incremental costs (LAIC)

144 *Deutsche Telekom AG*, (Case Comp/37.451, 37.578, 37.579), O.J 2003 L 263/9, para 24

145 *Ibid*, para 17

146 *Ibid*, para 139-141

147 *Ibid*, para 199 och artikel 1

5 Analys

I detta kapitel kommer läsaren få ta del av den diskussion som kan föras kring det material som studerats. Analysen syftar till att ge svar på arbetets frågeställningar som därefter redovisas i kapitel sex.

Alltsedan *John McGee* lyfte fram behovet av ekonomisk analys vid identifieringen av underprissättning har ämnet varit kontroversiellt. Utvecklingen av identifieringsteorier ökade hastigt efter det att *Philip Areeda* och *Donald F. Turner* år 1975 publicerade sitt arbete där de framlade sin syn på identifieringen av underprissättning. När kommissionen i *AKZO* vägrade att enbart acceptera en kostnadsbaserad infallsvinkel lyfte den ett varnande finger för en alltför trångsynt undersökning av underprissättning. Att endast falla tillbaka på AVC-testet utan att beakta syftet med de låga priserna torde således vara uteslutet redan på 1980-talet. När EG-domstolen i *AKZO* presenterade två effektiva tillvägagångssätt för att identifiera underprissättning var det början på en evolution som ännu inte är avslutad. Redan i *Tetra Pak II* kompletterades *AKZO* domen av att tidsperioden då underprissättningen ingått i en konkurrensbegränsande plan också bör beaktas. Att EG-domstolen i *Tetra Pak II* tillämpade AVC-testet utan att beakta att priser understigande AVC möjligen är legitima har uppmärksammats i doktrinen, och är något som domstolen borde ha gjort. I *Compagnie Maritime Belge* poängterade återigen kommissionen vikten av att ta hänsyn till syftet med ett lågt pris. Förstainstansrätten instämde med kommissionen och ansåg att de ekonomiska förlusterna inte är avgörande utan att det räcker med att intäkterna minskar. Trots att priserna inte understeg ATC och därmed inte kunde definieras som underprissättning i teknisk mening kunde förfarandet inte godkännas då priserna var selektiva, anpassade efter konkurrentens pris, minskade de ursprungliga intäkterna och samtidigt hade till syfte att eliminera konkurrensen. Således togs ännu ett steg från de identifieringsteorier som har sitt ursprung i *AKZO*-domen. Att generaladvokaten i *Compagnie Maritime Belge* till skillnad från generaladvokaten i *Tetra Pak II*

ansåg att möjligheten att täcka intäktsbortfallet också bör beaktas, visar att identifieringen av underprissättning är i ett ovisst men utvecklande skede.

Efter 1990-talets IT-utveckling var det väntat att identifieringen av underprissättning skulle bli svårare. Företag växte fram och värderades skyhögt på basis av humankapital, vilket var ovanliga på 1980-talet. Kostnaderna var nu i synnerhet kopplade till de anställdas löner och inte till råvarumaterial och driftkostnader. Det blev således ett naturligt steg för kommissionen, i *Deutsche Telekom*, att göra ytterligare avsteg från tidigare identifieringsteorier för att kunna fastställa vad som i det fallet var att betrakta som underprissättning. Kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen verkar således kontinuerligt vidareutveckla de teorier som började växa fram i mitten av 1970-talet, även om dessa fortfarande delvis är lämpliga i de tillverkande industrierna. Att fastställa om de ekonomiska övervägandena fortfarande är avgörande vid identifieringen av underprissättningen är svårt. Det är emellertid tydligt att fokus delvis har flyttats från att enbart beakta kostnaderna till att även ta hänsyn till andra omständigheter. Vad gäller beaktandet av möjligheten att täcka det tillfälliga intäktsbortfallet är framtiden ovisst. Klart är dock att ett sådant hänsynstagande emellanåt är önskvärt av somliga, så som generaladvokat *Fennelly i Compagnie Maritime Belge*¹⁴⁸, och mycket väl kan tilldelas stor betydelse i framtiden.

Vad gäller identifieringsteoriernas förhållande till det fall och den industri som utreds finns det vissa explicita mönster som påträffas. Det faktum att *AKZO* inte tillämpade priser understigande AVC resulterade i att ATC, men även syftet med priserna, uppmärksammades i utredningen. Det är svårt att avgöra om domstolens val av identifieringsteori var motiverat. Ett företag som tillverkar substanser torde framförallt vara belastat av kostnader som är kopplade till produktionen. Det faktum att tillverkningen av kemikalier mycket väl kan vara belastat med höga utvecklingskostnader var emellertid inget som EG-domstolen beaktade. Inte heller beaktades det faktum att *AKZO*s saluföring på en ny marknad möjligtvis var förknippat med ytterligare kostnader. Även om marknadsinträdet inte krävde något ändring i produktionen kan agerandet i sig vara förenat med tilläggskostnader. LAIC-testet torde således med framgång ha kunnat

¹⁴⁸ Generaladvokat Fennellys förslag till förhandsavgörande i *Compagnie Maritime Belge* (C-395/96 P och C- 395/96) mot kommissionen, [2000], ECR I-01365, para 125

tilldelas en kompletterande i *AKZO* fallet, även om AVC- och ATC-testet verkar vara de mest lämpliga när det gäller tillverkande industrier. Att enbart fokusera på tilläggskostnader och de undvikbara kostnaderna hade sannolikt resulterat i en missvisande bild då den enda tilläggskostnaden generellt är själva marknadsinträdet. Varje fall fordrar således en enskild undersökning där hänsyn tas till fallets specifika omständigheter. Vad gäller *Tetra Pak II* skiljer sig inte det fallet mer än i viss mån från *AKZO*. Båda företagen var tillverkare som tillämpade låga priser på en annan marknad än deras huvudmarknad. De kostnader som var förknippade med företagets produktion kunde inte klassificeras som tilläggskostnader vilket innebar att AVC och ATC-testet var, och fortfarande är, högst tillämpningsbara i dylika fall.

Compagnie Maritime Belge handlar till skillnad från *AKZO* och *Tetra Pak II* om tillhandahållandet av en tjänst som erbjuds av medlemmarna i en linjekonferens. Det är således inte frågan om någon tillverkning med dithörande produktionskostnader. Det är naturligt att kommissionen vid en sådan situation inte kan tillämpa AVC eller ATC-testet på ett fullt så effektivt sätt som i tillverkande industrier. Den rörliga kostnaden för att låta ytterligare passagerare gå ombord är liten när väl fartygen är schemalagt för avgång. AVC-testet torde därmed vara olämpligt i sammanhanget. Det faktum att priserna som tillämpades varken understeg AVC eller ATC innebar att syftet tilldelades en central roll i utredningen. Kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen accepterade således inte en strikt kostnadsbaserad infallsvinkel utan framhöll andra bevis på att prissättningen inte var legitim. Det bör erinras att *Compagnie Maritime Belge* rör en linjekonferens med en marknadsandel överstigande 90 procent där endast en konkurrent existerar. Fallet är således unikt och klart särskiljande från de andra fall som studerats i detta arbete. Troligtvis hade varken kommissionen, förstainstansrätten eller EG-domstolen tilldelat syftet med priserna lika stort utrymme i en undersökning som rör de fall där kostnaderna ger tydliga indikationer på att priset utgör underprissättning.

I *Deutsche Post* fick kommissionen ta ställning till ett fall som skiljde sig från det typiska underprissättningsärendet. *Deutsche Post* hade nämligen möjlighet att korssubventionera sin verksamhet för pakettransporter av postorderhandel med hjälp av sitt lönsamma brevmonopol. Till följd av det kunde företaget underprissätta utan att riskera att slås ut från marknaden p.g.a.

för låg lönsamhet. Det faktum att tjänsten som underprissattes var en tilläggstjänst utöver ordinarie verksamhet gjorde det orimligt att beakta alla företagets kostnader. AVC-testet, men även ATC-testet, hade resulterat i en missvisande bild av kostnaderna och testerna är därmed inte lämpliga i ett fall som detta. I sitt beslut menade kommissionen att priset som *Deutsche Post* tillämpade var orimligt i förhållande till den tilläggskostnad som uppstod till följd av tillhandahållandet av tjänsten. Dessutom indikerade företagets undvikbara kostnader att tjänsten inte var lönsam. Syftet med det pris som *Deutsche Post* tillämpade ansågs därmed vara att eliminera konkurrensen. Kommissionen lyfte således inte fram några andra omständigheter, utöver kostnaderna, som indikerade på ett konkurrensbegränsande syfte. Kommissionens beslut visar därmed tydligt vilka kostnader som ska täckas av ett företag med monopolställning som erbjuder åtskilliga tjänster och vars syfte till en början är svårtolkat. I *Deutsche Telekom* konstaterade kommissionen återigen att endast de kostnader som uppstår till följd av tillhandahållandet av den specifika tjänsten ska beaktas. *Deutsche Telekom*s orimliga månads- och engångsavgifter hade väsentligt hindrat konkurrensen på den relevanta marknaden. Någon diskussion om syftet med underprissättningen fördes inte. Kommissionen nöjde sig således med en kostnadsbaserad infallsvinkel.

6 Slutdiskussion

I kapitel sex kommer läsaren, med hjälp av nyss genomförda analys, få svar på arbetets frågeställningar.

Det är svårt att finna en förklaring till varför EG-rätten är mångtydig i sin syn på underprissättning. Det faktum att allt fler företag numera inriktar sig på att erbjuda tjänster snarare än produkter bidrar till att kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen tvingas att vidareutveckla de teorier växte fram i mitten av 1970-talet. De strikta kostnadsbaserade infallsvinklarna som främst är lämpliga i tillverkande industrier tenderar nu också att kompletteras av ett beaktande av det syfte som ligger bakom företagets prissättning. Att kommissionen åtminstone i vissa fall fäster avseende vid tilläggskostnaderna och de undvikbara kostnaderna visar att utvecklingen av identifieringsteorier följer den samhälleliga utvecklingen. Dessa kostnadsmått är nämligen lämpligare att beakta i de fall som rör tjänsteföretag. Det faktum att kommissionen dessutom visat benägenhet att uppmärksamma företagets möjlighet att täcka intäktsbortfallet¹⁴⁹ visar även det att EG:s identifieringsteorier vad gäller underprissättning fortfarande är i ett utvecklande skede. Om de ekonomiska övervägandena fortfarande är avgörande vid identifieringen av underprissättning är emellertid omöjligt att avgöra. Medan många fall antyder att så är fallet visar *Compagnie Maritime Belge* att syftet emellanåt kan tilldelas störst betydelse och därmed fälla avgörandet. Varje fall fordrar således en särskild undersökning där både företagets kostnader och syfte med förfarandet måste beaktas.

I de fall som rör tillverkningsindustrier, där driftkostnaderna generellt är den betydande kostnadsposten, tenderar kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen att tillämpa AVC- eller ATC-testet. I de fall där företaget erbjuder flera produkter eller tjänster och där driftkostnaderna generellt är låga krävs emellertid särskilda kostnadsmått för att identifiera

149 T-340/03 Förstainstansrättens dom, France Télécom SA mot kommissionen, [2007], ä.e.p

underprissättning. Tilläggskostnaderna och de undvikbara kostnaderna är vid dessa tillfällen ytterst lämpliga att använda då priset på t.ex. en tilläggsprodukt kanske aldrig understiger AVC eller ATC. Det faktum att kommissionen beaktade de undvikbara kostnaderna i *Deutsche Post* men inte i *Deutsche Telekom* är dock förvånande. Att *Deutsche Post* var innehavare av en monopolställning kan emellertid ha betytt att detta fall krävde en mer ingående kostnadsanalys än *Deutsche Telekom*. Det torde emellertid vara så att de fall som rör tilläggstjänster eller tilläggsprodukter ändå bör analyseras med hjälp av både tilläggskostnaderna och de undvikbara kostnaderna. Detta skulle i så fall sannolikt resultera i en mer heltäckande och korrekt undersökning än vad användandet av endast ett kostnadsmått hade gjort. Med andra ord är varken AVC- eller ATC-testet det mest lämpande vid en undersökning för att avgöra om en tilläggstjänst tillhandahålls till ett orimligt lågt pris. Vad gäller det underprissättande företags syfte framgår det av den rättspraxis jag studerat att *AKZO* och *Tetra Pak* hade ett tydligare syfte med sin prissättning än vad *Deutsche Post* och *Deutsche Telekom* hade. Detta kan dels tala för att det är vanligare med uppenbara konkurrenselimineringssyften i tillverkande industrier än i tjänstesektorn, dels för att det är svårare att fastlägga ett sådant syfte hos företag som erbjuder tjänster. Om detta beror på tjänsteföretagens diskretion eller okunskap om prissättningsmekanism i förhållande till konkurrens, och att de därmed av misstag sätter omotiverat låga priser, är emellertid svårt att avgöra. Följaktligen är det omöjligt att fastställa om en viss identifieringsteori generellt är av större vikt än övriga teorier. Ett tests lämplighet för att identifiera underprissättning beror således till stora delar på det fall och den industri som undersöks.

Källförteckning

Officiellt tryck

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03), http://europa.eu.int/pol/comp/index_sv.htm

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, http://europa.eu.int/pol/comp/index_sv.htm

Litteratur

Anderman Steven D, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Clarendon Press, 1998,

Areeda Philip, Turner Donald.F, *Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act*, 88 Harvard Law Review 697 (1975)

Baumol William J *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, Journal of Law and Economics, Vol. 39, Nr. 1, 1996

Baumol William J, *Principles relevant to predatory pricing*, The Pros and Cons of low prices, www.kkv.se, 3 april 2007

Bishop Simon & Walker Mike, *The economic of EC competition law*, Sweet & Maxwell, 1999

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse, Brussels, December, 2005,

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, 19 april 2007

DiLorenzo Thomas J, *The myth of predatory pricing*, 1992, Cato Policy Analysis, nr 169 - www.cato.org/pubs/pas/pa-169es.html, 29 mars 2007

Faull Jonathan & Nikpay Ali, *The EC law of competition*, Oxford University Press, 1999

Furse Mark, *Competition Law of the UK and EC*, 3rd Edition, OUP, 2002

Goyder D.G, *EC Competition law*, 4th Edition, Oxford University Press, 2003

Hildebrand Doris, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 2nd Edition, Kluwer, 2002

Joskow Paul & Klevorick Alvin, *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, 89 Yale Law Journal 213 (1979)

Kate Adriaan ten & Niels Gunnar, *Below cost pricing in the presence of network Externalities*, The Pros and Cons of low prices, www.kkv.se, 3 april 2007

Korah Valentine - *An Introductory Guide to EC Competition Law and practice*, 8th Edition, Hart, 2004

Kotler Philip & Armstrong Gary, *Marketing an introduction*, 8th Edition, Pearson Prentice Hall 2006

Lüder Tilman, *A new Standard for Predatory Pricing*, Presentation at the IBC Conference on Postal Services, 18 June 2002, Brussels, s 4, <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/>, 19 april 2007

Middleton Kirsty, Rodger Barry and MacCulloch, *UK & EC Competition law*, 1st Edition, U.P, 2003

O'Donoghue Robert & Padilla Jorge, *The Law and Economics of article 82 EC*, Hart, 2006

OECD, *Predatory Foreclosure*, DAF/COMP(2005)14, 2005, <http://www.oecd.org/competition>, 3 april 2007

Ritter Lennart, Braun David, Rawlinson Francis, *EEC Competition law – a practitioner's guide*, Kluwer, 1991

Steiner Josefine & Woods Lorna . *EU Law*, 9th Edition, Oxford University Press, 2006

Commission develops new policy for predatory pricing in network industries, <http://www.e-konomica.net/articles/index.php>, 20 april 2007

Domar från EG - domstolen

C-395/96 P och C-396/96P, Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) och Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) mot Europeiska kommissionen, [2000], ECR I-01365

C-333/94, Tetra Pak International SA mot Europeiska kommissionen, [1996], ECR I-05951

C-241/91 P och C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska kommissionen, [1995], ECR I-00743

62/86, AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1991], ECR 1503

322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1983], ECR 3461

85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1979], ECR 461

27/76, United Brands Company et United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1978], ECR 207

Domar från förstainstansrätten

T-340/03, France Télécom SA mot Europeiska kommissionen, [2007], ä.e.p.

T-111/96, ITT Promedia NV mot Europeiska kommissionen, [1998], ECR II-02937

T-24/93, T-25/93, T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports SA och Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. och Nedlloyd Lijnen BV mot Europeiska kommissionen, [1996], ECR II-01201

T-83/91, Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1994], ECR II-00755

T-30/89, Hilti AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1991], ECR II-01439

Kommissionens beslut

AKZO BV mot kommissionen (Case Comp/85/609) OJ 1985 L374/1

Compagnie Maritime Belge (Case Comp/ 93/82) O.J 1993. L034, p 73

Deutsche Post AG (Case Comp/35.141) O.J. 2001 L125/27

Deutsche Telekom AG (Case Comp/37.451, 37.578, 37.579), O.J 2003 L263/9

Tetra Pak mot kommissionen (Case Comp/92/) OJ 1992 L72/35

Bilaga 1

Artikel 82 i EG-fördraget

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

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att:

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