

Marginalpress

En jämförelse av förhållandet till överprissättning respektive underprissättning

Amanda Claeson

Kandidatuppsats i handelsrätt
Konkurrensrätt
VT2012

Handledare
Catrin Karlsson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	10
1.1 Ämnesbakgrund	10
1.2 Syfte och problemställning	12
1.3 Avgränsning	12
1.4 Metod och material	13
1.5 Disposition	14
2. Underprissättning	15
2.1 Definition	15
2.2 Lågt pris eller underpris	16
2.2.1 Areeda-Turner testet	16
2.2.2 <i>AKZO-testet</i>	17
2.3 Förutsättningar	19
2.3.1 Möjligheten att återhämta förluster.....	19
2.3.2 Avsikten med prissättningen.....	20
2.3.3 Ekonomisk motivering.....	21
3. Överprissättning	22
3.1 Definition	22
3.2 Rimlig proportion till det ekonomiska värdet	23
3.2.1 Produktionskostnadsmetoden	24
3.2.2 Jämförelsemetoden	24
3.3 Konkurrensbegränsande effekter	25

4. Marginalpress.....	26
4.1 Definition	26
4.2 Förutsättningar	27
4.2.1 Kostnader och priser	27
4.2.2 Konkurrensbegränsande effekt	29
4.2.3 Oumbärlig resurs.....	31
4.2.4 Möjligheten att återhämta förluster.....	32
5. Analys.....	33
5.1 Introduktion.....	33
5.2 Bakgrundsbeskrivning.....	34
5.3 Underprissättning	35
5.3.1 Kostnader att jämföra med.....	35
5.3.2 Syfte respektive effekt	36
5.3.3 Kommentar	36
5.4 Överprissättning	37
5.4.1 Prisnivåer som beaktas.....	37
5.4.2 Konkurrensbegränsande effekt	38
5.4.3 Kommentar	38
6. Slutsats	40

Sammanfattning

Denna uppsats omfattar företag som har en dominerande ställning på marknaden. Ett företag som har en dominerande ställning på marknaden har ett ansvar att inte snedvrída och hämma den effektiva konkurrensen. De får dels inte, direkt eller indirekt, påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser. Skulle ett företag tillämpa sådana oskäligen affärsvillkor anses det förbjudet och oförenligt med den inre marknaden. Följaktligen anses företaget ha missbrukat sin dominerande ställning.

De oskäligen villkoren kan t.ex. bestå i att företaget tillämpar priser som är oskäligen låga i syfte att eliminera konkurrenter. Denna form av missbruk benämns underprissättning, eller s.k. ”predatory pricing”. Ett företag kan även, för att dra fördel av sin starka marknadsposition, tillämpa oskäligen höga priser, eller s.k. monopolpriser. En sådan prissättning kan anses utgöra överprissättning. Dessa förfaranden anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF.

En form av missbruk som också anses oförenlig med den inre marknaden är marginalpress. I ett förhandsavgörande från EU-domstolen, på begäran av Stockholms tingsrätt, gör domstolen en del tolkningar gällande artikel 102 FEUF och de kriterier som ska beaktas vid bedömningen av huruvida prissättning som innebär marginalpress ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning.

När ett vertikalt integrerat företag tillämpar priser i grossistled som skiljer sig från priserna som de tillämpar i detaljistled kan detta utgöra missbruk av dominerande ställning i form av marginalpress. De förutsättningar som ställs för att marginalpress ska anses utgöra missbruk har vissa likheter och skillnader med de som ställs i bedömningen av underpris- respektive överprissättning. Detta medför att tillämpningen av artikel 102 ser annorlunda beroende på vilket förfarande som åberopas.

Summary

This thesis covers companies with a dominant market position. A company with a dominant market position is responsible not to distort and impede the effective competition. They shall not, directly or indirectly impose unfair purchase or selling prices. If an undertaking applies such unfair trading conditions, it is considered prohibited and incompatible with the internal market. Accordingly, such an undertaking has abused its dominant position.

The unfair conditions can consist of a company charging a price that is unreasonably low, in order to eliminate competitors. This form of abuse is known as predatory pricing. A company may also, in order to take advantage on its strong market position, apply excessive prices. These proceedings constitute abuse within the meaning of Article 102 TFEU.

One form of abuse that is also considered incompatible with the internal market is “margin squeeze”. In a preliminary ruling from the European Court of Justice, at the request of the Stockholm District Court, the Court makes some interpretations regarding Article 102 TFEU. They also make some interpretations of the criteria that shall be considered when deciding whether the pricing means “margin squeeze” and abuse of a dominant position.

Where a vertically integrated company sets prices in the wholesale market that differ from the price in the retail market it can be an abusive pricing, in terms of “margin squeeze”. The conditions required for “margin squeeze” to be abusive have some similarities and some differences with those provided by the assessment of predatory pricing and excessive pricing. This results in a different application of Article 102, depending on the proceedings.

Förkortningar

ATC	Average Total Cost
AVC	Average Variable Cost
EU	Europeiska Unionen
FEU	Fördragen om den Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget för Unionens Funktionssätt
Kommissionen	Europeiska Gemenskapens Kommission

1. Inledning

1.1 Ämnesbakgrund

Fördraget om den Europeiska unionen (FEU), även kallat unionsfördraget, innehåller de grundläggande bestämmelserna om unionens värden och mål. Där föreskrivs att unionen ska upprätta en inre marknad och verka för en ekonomi med hög konkurrenskraft.¹ Det andra grundläggande fördraget som är en mer ingående normering av EU:s verksamhet är fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), funktionsfördraget.² Av artikel 119 FEUF följer att för att de mål som anges i artikel 3 i unionsfördraget ska kunna uppnås ska medlemsstaterna och unionens verksamhet följa de villkor som anges i bl.a. funktionsfördraget. En grundläggande pelare är artikel 102 FEUF och av denna framgår att,

”Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden och förbjudet.”³

Missbruket kan i synnerhet bestå av att ett företag direkt eller indirekt påtvingar någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor.⁴ De företag som är dominerande på en marknad har ett ansvar att se till att den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden inte snedvrids eller hämmas p.g.a. deras beteende. För att konkurrensen på marknaden ska vara effektiv och inte snedvriden är det viktigt att det finns en effektiv tillämpning av de rättsliga grunderna inom konkurrenspolitiken. Kommissionen konstaterar att artikel 102 i funktionsfördraget är den allra viktigaste grunden. Med en effektiv tillämpning av dessa regler kan målet om en integrerad inre marknad uppfyllas.⁵

¹ Artikel 3, Fördraget om den Europeiska Unionen

² Bernitz, Ulf, Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder 2010, s. 61

³ Artikel 102, Fördraget om unionens funktionssätt

⁴ Artikel 102 (a), Fördraget om unionens funktionssätt

⁵ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, p. 1

Missbruk genom oskäliga prissättningar kan ske på olika sätt. T.ex. exkluderande och exploaterande missbruk. Det exkluderande missbruket innebär att företag använder sin maktposition på marknaden för att stänga ute andra företag från marknaden genom att försvåra deras konkurrenssituation.⁶ Således ett agerande gentemot konkurrenterna. Exempel på det är underprissättning och leveransvägran. Exploaterande missbruk är till skillnad från det exkluderande riktat mot konsumenterna. Företagen utnyttjar sin marknadsposition till fördel för sig själva.⁷ Exempel på detta är överprissättning.

Ett missbruk som på senare tid har uppmärksammats allt mer är det som ett vertikalt integrerat företag kan göra sig skyldig till, marginalpress. Marginalpress innebär att det dominerande företaget tillämpar priser i grossistled som är högre än de priser de tillämpar direkt till sina slutkunder i detaljistled. Resultatet av det blir att konkurrenterna tvingas pressa sina marginaler till slutkund för att ha någon möjlighet att konkurrera mot det dominerande företaget. Detta kan även bli resultatet om grossistpriset är lägre än slutkundspriset men då p.g.a. att skillnaden är otillräcklig för att täcka de tillkommande kostnaderna, som konkurrenten har för att distribuera till slutkund. De tvingas även då pressa sina marginaler. I båda fallen kan konkurrenterna tvingas lämna marknaden.

Ett centralt, men dock inte det första målet som behandlar marginalpress är ett som Stockholms tingsrätt genomför prövning av.⁸ I februari 2011 lämnade Stockholms tingsrätt in en begäran om ett förhandsavgörande till EU-domstolen. Domstolen gjorde en del tolkningar gällande artikel 102 FEUF och vilka kriterier som ska beaktas vid bedömningen av huruvida prissättning som innebär marginalpress ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning.⁹

I uppsatsen kommer jag utgå ifrån att alla företag har dominerande ställning på respektive marknad. Jag kommer inte gå djupare in på det men däremot vill jag tydliggöra vad som anses vara dominerande ställning och missbruk av denna. Ett uttalande från EU-domstolen som har citerats flertalet gånger i senare rättsfall och blivit en definition av begreppet missbruk av dominerande ställning följer,

”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 ifrågasvarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens och 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.”¹⁰

⁶ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 2011, s. 165

⁷ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 2011, s. 165

⁸ T 31862-04 Telia Sonera AB m. Konkurrensverket

⁹ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 1

¹⁰ Mål C-85/76 Hoffman-La Roche & Co m. Kommissionen, p. 91

1.2 Syfte och problemställning

Syftet med denna uppsats är att analysera och klargöra skillnaderna i de villkor som krävs för att oskäligen prissättningar ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Avsikten är mer specifikt att jämföra marginalpress med underprissättning och överprissättning, samt dess konkurrensbegränsande effekter. Den huvudsakliga problemställningen är,

- *Under vilka förutsättningar utgör marginalpress, överpris respektive underpris missbruk av dominerande ställning?*

Och den underliggande frågeställningen är,

- *Föreligger det några skillnader och vad får det i så fall för betydelse för tillämpningen av artikel 102?*

1.3 Avgränsning

Uppsatsen behandlar endast företag som har dominerande ställning på en marknad. Den redogörande delen i uppsatsen kommer således inte innehålla någon djupare förklaring i de grundläggande begreppen dominerande ställning, relevant marknad eller missbruksbegreppet. Vidare kommer jag inte heller göra någon genomgång av konkurrensrättens teorier då läsaren antas ha dessa kunskaper inom ämnet. Detta med avsikten att ha utrymme för djupare redogörelser.

Även om jag belyser det svenska målet *Telia Sonera*¹¹ har jag för avsikt att belysa konkurrensrätten inom EU. Trots detta kommer det likväl sätta sina spår i den svenska konkurrenslagstiftningen, med tanke på att den svenska konkurrensrätten ses och tolkas mot bakgrund av den europeiska konkurrensrätten och där utvecklade rättspraxis.

Avsikten med uppsatsen är att undersöka förhållanden när prissättning utgör missbruk av dominerande ställning, och oförenligt med den inre marknaden enligt artikel 102 FEUF. Därmed kommer uppsatsen inte behandla artikel 101 FEUF. Utav de former av missbruk som faller under artikel 102 kommer uppsatsen endast beröra de som hör till punkt a).¹² Även om de övriga formerna av missbruk hade kunnat vara av intresse kommer jag, med tanke på mitt syfte och utrymme, avgränsa mig till att utöver marginalpress endast redogöra för underprissättning respektive överprissättning.

Med tanke på att syftet är att analysera skillnaderna i de förutsättningarna som föreligger kommer uppsatsen inte innehålla någon fördjupning i de olika prisberäkningsmetoderna. Avsikten är att belysa de överblickande principerna, det som är av betydelse är vems kostnader och vilka kostnader som ska beaktas. Det är således inte relevant att gå djupare in på hur kostnadsanalyserna genomförs.

¹¹ T 31862-04 *Telia Sonera AB m. Konkurrensverket*

¹² a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor.

1.4 Metod och material

Uppsatsen grundar sig på rättsvetenskaplig metod.¹³ Undersökningen utgör en beskrivning, systematisering och analys av gällande rätt. De rättskällor jag använder mig av är EU:s primärrätt (de grundläggande fördragen) och sekundära rättsakter. Ytterligare rättskällor är doktrin och till stor del rättspraxis. Utöver det refererar jag till viss del till litteratur på området. Jag använder mig även av ”soft law” som inte är bindande för domstolarna, men däremot vägledande för hur artikel 102 ska tillämpas. ”Soft law” på området utgörs av riktlinjer och diskussioner som legat till grund för riktlinjerna, t.ex. DG Competition Discussion Paper. Vid ett antal tillfällen hänvisar redogörelsen till doktrin, generaladvokatens förslag och ekonomiska teorier. Detta är icke bindande sekundärrätt men ändå vägledande.¹⁴ De ekonomiska teorierna är en viktig källa, dock är det viktigt att påpeka att det inte är någon självständig källa. Teorierna är däremot ett verktyg för att tolka och tillämpa artikel 102. Redogörelsen lägger stor tyngd på fördrag och praxis på området, i och med att det är bindande rättskällor. Praxis är en viktig del och en utfyllnad för tolkningen av fördragen.¹⁵

Uppsatsens är fr.o.m. kapitel fem en jämförelse där jag gör en analyserande undersökning i syfte att utröna vilka skillnader som föreligger i de förutsättningar som ställs på de oskäligen prissättningarna. I och med målet med *Telia Sonera* uppmärksammades tolkningen av marginalpress och Stockholms tingsrätt begärde ett förhandsavgörande av EG-domstolen där de klargjorde hur skillnaderna i priset kunde utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. För att tydliggöra eventuella skillnader kommer jag analysera hur utgången av fallet hade kunnat bli med ett annat förhållningssätt. Denna jämförelse har till syfte att analysera den gällande rätten och förstärka undersökningen genom ett konkret exempel.

Utöver domar från EU-domstolen och uttalanden från generaladvokater kommer jag lägga stor tyngd i de förhandsavgöranden som EU-domstolen gjort för att tolka och tydliggöra EU-rättens innebörd och tillämpning. Förhandsavgörandena säkrar att unionsrätten får en enhetlig utveckling genom EU-domstolens prejudikatskapande verksamhet.¹⁶ Den svenska konkurrensrätten grundar sig i den praxis som utvecklats i EU genom åren. I och med att EU:s konkurrensrätt ligger till grund för den svenska konkurrensrätten, och dess tolkning finner jag det oerhört viktigt att lägga stor tyngd där.¹⁷

Anledningen till att jag vid vissa tillfällen använt mig av engelska citat i uppsatsen är frånvaron av en korrekt översättning på svenska.

¹³ Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare 2007, s. 39

¹⁴ Hettne, Jörgen, Eu-rättslig metod 2011, s. 40

¹⁵ Hettne, Jörgen, Eu-rättslig metod 2011, s. 40

¹⁶ Bernitz, Ulf, Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder 2010, s. 75

¹⁷ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 2011, s. 70

1.5 Disposition

Detta första kapitel är ett inledande kapitel där jag redogör vad som är mitt syfte med denna uppsats och vilka problem- och frågeställningar som ska hjälpa mig att uppfylla syftet. Kapitlet redogör även för mina metodologiska överväganden och vilket material jag använder mig av samt varför detta är lämpligt. Det andra kapitlet redogör för en av de tre formerna av missbruk som ligger till grund för uppsatsen, underprissättning eller även kallat rovprissättning. Det tredje kapitlet är motsvarande det andra men med en redogörelse för den andra formen av missbruk som jag har för avsikt att jämföra marginalpress med, överprissättning. Det fjärde kapitlet utgör en redogörelse för den tredje formen av missbruk, marginalpress. Kapitel två, tre och fyra har för avsikt att svara på min huvudsakliga problemställning. Det femte och det näst sista kapitlet utgör en analys och undersökning där jag genomför en jämförelse av de förutsättningar som skildras i förekommande kapitel (2-4). I det sista och sjätte kapitlet redogör jag för min slutsats. Kapitel fem och sex har för avsikt att knyta an till min underliggande frågeställning.

2. Underprissättning

2.1 Definition

När ett företag har en dominerande ställning på en marknad kan oskäligen prissättning utgöra missbruk av denna position. Ett av de sätt som denna oskäligen prissättning kan ta sig uttryck i är ett oskäligt lågt pris, underprissättning. Detta är en form av exkluderande missbruk.¹⁸ Enligt Lars Henriksson är underprissättning en missvisande och allt för diffus beskrivning av vad det egentligen är frågan om. Eftersom att underprissättning har till syfte att eliminera konkurrenter från marknaden för att själv vinna marknadsandelar bör det istället ha översättningen rovprissättning, som är den direkta översättningen av det ursprungliga amerikanska uttrycket ”predatory pricing”.¹⁹ Hädanefter kommer jag dock att benämna missbruket som underpris även om jag avser en prissättning som syftar till att eliminera konkurrenter.

Underprissättning innebär att ett företag tar ut ett *så pass lågt pris* att konkurrenterna inte har möjlighet att matcha det priset, och de kan därför tvingas lämna marknaden. Ett underpris är ett pris som ligger under det pris som skulle vara nödvändigt för att täcka alla kostnader som företaget har. Många gånger är dominerande företag verksamma på en annan marknad. Eventuell vinst på den marknaden skulle då kunna väga upp förlusterna som företaget fått till följd av otillräckliga priser. Således är det ofta de mindre företagen med små marknadsandelar som inte kan matcha den låga prissättningen.²⁰ En förutsättning för att prissättningen ska anses utgöra missbruk är att det stänger ute lika effektiva konkurrenter. Detta framgår bl.a. i ett meddelande från kommissionen.

”Kommissionen kommer i regel att ingripa för att förebygga konkurrenshämmande avskärmning endast om det aktuella beteendet redan har hämmat eller kan hämma konkurrensen från konkurrenter som anses vara lika effektiva som det dominerande företaget”²¹

¹⁸ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 2011, s. 167

¹⁹ Henriksson, Lars, Rätten till priskonkurrens 2003, s. 57

²⁰ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 2011, s. 167

²¹ Mål C-62/86 AKZO Chemie BV m. Kommissionen, p. 72., Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, p. 23

De företag som är lika effektiva elimineras från marknaden p.g.a. att deras finansiella kapacitet inte är lika stark.²² När mindre starka företag inte kan kompensera förlusten på en annan marknad tvingas de lämna den ”utsatta” marknaden.²³

Frågan är vad som utgör ett *så pass lågt pris* att det kan anses vara missbruk av dominerande ställning? Vilka kostnader är det som måste anses kunna täckas och vilka förutsättningar krävs för att prissättningen ska betraktas som otillbörlig? Påföljande avsnitt i kapitlet redogör för detta.

2.2 Lågt pris eller underpris

Den effektiva konkurrensen som råder på en marknad är förutom service, kvalité och större utbud en fråga om det mest attraktiva priset. Det största problemet som konkurrensmyndigheterna har i sitt arbete med oskäligt låga priser är att identifiera var gränsen går mellan en stark priskonkurrens och underprissättning.²⁴ I och med att sänkning av priset gynnar konkurrensen och framförallt konsumenterna, är det något som konkurrensmyndigheterna arbetar hårt för att skydda och inte reglera. Samtidigt som de arbetar hårt för att vara vaksamma över att prissättningen inte utgör missbruk. Det är följaktligen viktigt att skilja på vad som är ett lågt konkurrenskraftigt pris och vad som är ett underpris.

2.2.1 Areeda-Turner testet

För att fastställa huruvida ett pris kan anses vara ett underpris finns en rad olika test. Många av dessa test är enbart kostnadsrelaterade och ett av de första testen är det som ekonomerna Philip Areeda och Donald F. Turner la fram i en artikel i Harvard Law Review 1975.²⁵ Testet utgår helt och hållet från en kostnadsanalys där ett pris som överstiger en viss angiven nivå utgör missbruk men under den angivna nivån är det ett lagligt pris.²⁶

Testet förutsätter att det dominerande företaget avstår från en kortsiktig vinst för att det ska anses utgöra underprissättning. Areeda och Turner ansåg att priser som understeg den kortsiktiga marginalkostnaden skulle utgöra missbruk och att de som var lika med eller högre än den kortsiktiga marginalkostnaden skulle bedömas lagenliga.²⁷ Att testet innebar att jämförelsen skulle ske mot marginalkostnaderna fick mycket kritik. I och med att den kortsiktiga marginalkostnaden är oerhört svår att beräkna i praktiken, då det är svårt att avgöra vad företagets marginalkostnader var under en viss tidigare period, kom Areeda och Turner med förslaget att marginalkostnaden skulle bytas ut mot de genomsnittliga

²² Jones, Alison, EU Competition Law 2011, s. 392

²³ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 2011, s. 167

²⁴ Jones, Alison, EU Competition Law 2011, s. 392

²⁵ Jones, Alison, EU Competition Law 2011, s. 393

²⁶ Henriksson, Lars, Rätten till priskonkurrens 2003, s. 144

²⁷ Henriksson, Lars, Rätten till priskonkurrens 2003, s. 147

rörliga kostnaderna – average variable cost (AVC). Kontentan av detta är att testet ser ut som följande,²⁸

- Ett pris som är lika med eller högre än de rimligen förväntade genomsnittliga rörliga kostnaderna ska presumeras som lagenligt.
- Ett pris som understiger de rimligen förväntade genomsnittliga rörliga kostnaderna presumeras utgöra missbruk.

Även om testet har haft stort inflytande i bedömningen av konkurrensbegränsande prissättning inom EU så har det mött stor kritik för problemen som infinner sig i och med testet. Bl.a. så anses inte de kortsiktiga marginalkostnaderna vara rätt nivå för att mäta oskälighetsprissättning p.g.a. att en prissättning som är över de kortsiktiga marginalkostnaderna också skulle kunna leda till konkurrensbegränsande effekter. Dessutom så stämmer bara antagandet om att de genomsnittliga rörliga kostnaderna och marginalkostnaderna är likvärdiga på lång sikt eftersom att marginalkostnaden ändrar sig mer dramatiskt än de genomsnittliga rörliga kostnaderna.²⁹

2.2.2 AKZO-testet

Till följd av den kritik som Areeda-Turner testet förde med sig utvecklades testet i *AKZO*³⁰ som är det första fallet där kommissionen behandlade underprissättning. På grund av utveckling av testet har det blivit ett centralt avgörande och är än idag av stor vikt när EU-domstolen bedömer om missbruk ägt rum. Utvecklingen av testet blev en ny definition av när ett lågt pris anses vara ett underpris och utgöra missbruk.³¹

- Priser som understiger de genomsnittliga rörliga kostnaderna anses utgöra missbruk
- Priser som överstiger de genomsnittliga rörliga kostnaderna men understiger de genomsnittliga totala kostnaderna utgör endast missbruk OM det kan visas att syftet var att eliminera en konkurrent

I det senare fallet krävs det att det kan påvisas att det föreligger ett syfte att eliminera konkurrenter för att det ska utgöra missbruk. Däremot gjorde EU-domstolen i och med den nya definitionen bedömningen att syftet inte är nödvändigt att påvisa när priset understiger de genomsnittliga rörliga kostnaderna på grund av att,

²⁸ Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 2007*, s.189., Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 394

²⁹ Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 394

³⁰ Mål C-62/86 *AKZO Chemie BV m. Kommissionen*

³¹ Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 397

”Ett dominerande företag har egentligen inget intresse av att tillämpa sådana priser, om det inte är för att slå ut sina konkurrenter för att sedan kunna höja sina priser med hjälp av sin monopolsituation, eftersom varje försäljning medför en förlust [...]”³²

Dessutom är utestängningseffekterna så uppenbara i sig att det inte finns någon mening med att påvisa att det fanns en avsikt att slå ut en konkurrent.³³ Om priset däremot överstiger de genomsnittliga totala kostnaderna – average total cost (ATC), ses prissättningen generellt inte som något missbruk i och med att det endast kan eliminera mindre effektiva konkurrenter. De företag som är lika effektiva som det dominerande företaget har möjlighet att matcha priserna och priskonkurrensen kan anses vara precis det som utgör konkurrens och det som konkurrensmyndigheterna försöker skydda, konkurrens på egna meriter.³⁴

Enligt testet är det de genomsnittliga rörliga kostnaderna som ska beaktas vid en bedömning om prissättningen har varit oskäligen eller inte. Dessa kostnader utgör de kostnader som varierar i förhållande till den producerade mängden.³⁵ Om priserna överstiger de genomsnittliga rörliga kostnaderna ska även de genomsnittliga totala kostnaderna beaktas. Dessa utgörs av de rörliga och de fasta kostnaderna. De fasta kostnaderna är de kostnaderna som är konstanta oavsett vilket mängd som produceras.³⁶ Både de rörliga och de fasta kostnaderna fastställs utifrån företagets egna kostnader och går i de flesta fall att fastställa utifrån företagets egna uppgifter och bokföring. Svårigheterna är dock att avgöra huruvida dessa uppgifter stämmer överrens med de faktiska kostnaderna och hur väl det går att förlita sig på de uppgifterna som läggs fram.

Trots att även testet i AKZO har mött mycket kritik har det i senare fall bekräftats och tillämpats i både *Tetra Pak II*³⁷ och *France Télékom*³⁸, där de hänvisar till testet i AKZO som rättspraxis som belägg för att tillämpa det i det aktuella fallet.

³² Mål C-62/86 AKZO Chemie BV m. Kommissionen, p. 71, Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, p. 41

³³ Mål C-62/86 AKZO Chemie BV m. Kommissionen, p. 65

³⁴ DG Competition Discussion Paper, p. 127

³⁵ Mål C-62/86 AKZO Chemie BV m. Kommissionen p. 71

³⁶ Mål C-62/86 AKZO Chemie BV m. Kommissionen, p. 71

³⁷ Mål C-333/94 P, Tetra Pak International SA m. Kommissionen, p. 41

³⁸ Mål T-340/03 France Télékom SA m. Kommissionen, p. 130

2.3 Förutsättningar

Förutom att priset ska anses utgöra ett *för lågt pris* finns en del andra villkor som uppmärksammas i bedömningen om prissättningen ska anses vara konkurrensbegränsande eller endast konkurrenskraftig.

2.3.1 Möjligheten att återhämta förluster

I bedömningen om ett lågt pris ska anses utgöra missbruk har diskussionen angående företagets möjlighet att återhämta sina förluster fått stort utrymme. När ett företag med dominerande ställning har lyckats eliminera konkurrenterna från marknaden med sina låga priser kan de höja priserna och återhämta sina förluster, så kallad recoupment. När företaget då har monopol eller nästintill monopolliknande ställning så kan deras nu höga priser bidra till ökade vinstmarginaler. I och med detta förfarande gynnas konsumenterna på kort sikt av de låga priserna men skadas däremot på längre sikt när företagen kan höja priserna p.g.a. deras monopolliknande ställning. Detta kan även skada konsumenterna i form av att utbudet på marknaden försämras, varorna får sämre kvalitet och innovationen hämmas.³⁹ En del ekonomer är överrens om att det är företagets möjlighet att återhämta sina förluster som skadar konsumenterna⁴⁰ men frågan är om det verkligen har någon betydelse i bedömningen om missbruk har ägt rum?

I målet med *Tetra Pak*⁴¹ betonar EU-domstolen att den viktigaste faktorn vid fastställandet av underprissättning är risken att konkurrenterna kommer att elimineras från marknaden.

”[...] Det måste nämligen vara möjligt att vidta sanktionsåtgärder mot underprissättning så snart det finns en risk för att konkurrenterna slås ut. [...]”⁴²

Anledningen till beslutet att möjligheten för företaget att återhämta sina förluster inte hade någon betydelse grundade sig däremot i de omständigheter som rådde. Tetra Pak hade nästintill monopolställning på marknaden och den påstådda underprissättningen var på en marknad som skiljde sig från den som de hade dominerande ställning på. Detta är så kallad korssubventionering.⁴³ Utöver det fanns det tydliga bevis på att Tetra Pak förde en väl medveten strategi för att eliminera konkurrenterna från marknaden.⁴⁴

I målet med *France Télécom*⁴⁵ kom gen. adv. Masák med invändandet att det skulle ställas krav på bevisning av att företaget hade möjlighet att återhämta sina förluster. Detta utan att behöva se till omständigheterna i det speciella fallet, som med *Tetra Pak*.⁴⁶ Detta

³⁹ DG Competition Discussion Paper, p. 96

⁴⁰ Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 2007*, s. 195

⁴¹ Mål C-333/94 P, *Tetra Pak International SA m. Kommissionen*

⁴² Mål C-333/94 P, *Tetra Pak International SA m. Kommissionen*, p. 44

⁴³ Henriksson, Lars, *Rätten till priskonkurrens 2003*, s. 258

⁴⁴ Mål C-333/94 P, *Tetra Pak International SA m. Kommissionen*, p. 42

⁴⁵ Förslag till avgörande i Mål T-340/03, *France Télékom SA m. Kommissionen*

⁴⁶ Mål C-333/94 P, *Tetra Pak International SA m. Kommissionen*, p. 44

samtäckte inte EU-domstolen med om utan reciterade istället den rättspraxis uppkommen av tidigare domslut, *Tetra Pak*⁴⁷ och *AKZO*⁴⁸.

Enligt lagstiftningen i EU finns det inget krav på att möjligheten att återhämta en förlust ska kunna påvisas. Även om de dominerande företagen eftersträvar att återhämta sina förluster är det, enligt gen. adv. Ruiz-Jarabo Colomer i *Tetra Pak*⁴⁹, prissättningen som syftar till att eliminera konkurrenterna från marknaden som i sig utgör ett konkurrensbegränsande förfarande. Det spelar således ingen roll om målet att återhämta sina förluster uppnås eller inte. Colomer belyser dessutom att bevisen för möjligheten för ett företag att återhämta sina förluster kräver invecklade marknadsanalyser som är svåra att påvisa.⁵⁰

2.3.2 Avsikten med prissättningen

Tyngdpunkten i praxis när det gäller bedömningen av underprissättning ligger på avsikten att eliminera konkurrenter och inte på själva effekten.⁵¹ Detta grundar sig i *AKZO*-testet. En del i den kritiken som riktats gentemot testet i *AKZO* är det faktum att om priset befinner sig mellan de rörliga och de totala kostnaderna är det oerhört svårt att fastställa avsikten som krävs för att det ska anses utgöra missbruk.

En stark priskonkurrens kan pressa priserna till en oerhört låg nivå. Svårigheterna är att bedöma om den låga nivån beror på en konkurrenskraftig situation eller om det är så att företaget har för avsikt att eliminera sina konkurrenter. Det måste således kunna påvisas att det fanns ett syfte med den låga prissättningen, om priset är mellan de rörliga och de totala kostnaderna.⁵² Tilltron till att förlita sig på syftet har däremot nackdelen att de flesta företag vill att deras konkurrenter ska försvinna från marknaden.⁵³ Den största delen i ett företags verksamhet går ut på att dra till sig konsumenter och vinna andelar på marknaden. Det är en del av den effektiva konkurrensen och det kan följaktligen sägas att alla företag har för avsikt att eliminera konkurrenter på marknaden genom det faktum att de försöker anpassa sig och bli konkurrenskraftiga.⁵⁴

Tydligast att bevisa och fastställa avsikten med en oskälighetsprissättning är genom *direkta bevis*, som t.ex. skriftliga dokument. I *AKZO* förekom dokument som innehöll klara bevis om att *AKZO* hotade sina konkurrenter att sätta underpriser om de inte drog sig ur marknaden och det förekom även uppgifter om hur de skulle gå till väga om inte konkurrenterna drog sig ur.⁵⁵ För att det ska vara möjligt att åberopa dessa direkta bevis måste de vara konkreta och ha ett uppenbart samband med företagets beteende. Det ska

⁴⁷ Mål C-333/94 P, *Tetra Pak International SA m. Kommissionen*

⁴⁸ Mål C-62/86 *AKZO Chemie BV m. Kommissionen*

⁴⁹ Mål C-333/94 P, *Tetra Pak International SA m. Kommissionen*

⁵⁰ Förslag till avgörande i mål C-333/94 P, *Tetra Pak International SA m. Kommissionen*, p. 78

⁵¹ Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 399

⁵² Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 397

⁵³ Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 2007*, s. 191

⁵⁴ Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 398

⁵⁵ Mål C-62/86 *AKZO Chemie BV m. Kommissionen*, p. 76-82

följaktligen inte enbart vara en generell diskussion hur företaget ska vinna marknadsandelar. Om de direkta bevisen kan fastställas behöver inga andra faktorer påvisas. Det kan då förutsättas att prissättningen kommer ha en negativ effekt på konkurrensen på marknaden.⁵⁶

Det är även möjligt att även åberopa *indirekta bevis*. Ett exempel på detta är de bevis som åberopades i *Tetra Pak*.⁵⁷ Bedömningen gjordes utifrån varaktigheten och omfattningen av förlusterna och att det var en taktik att importera produkter till Italien med intentionen att sälja dem med förlust.⁵⁸ Bevisen kan även bestå i att prissättningen endast är kommersiellt betydelsefull som en del av en strategi att eliminera konkurrenter. Det faktum att prissättningen är riktad till specifika aktörer på marknaden visar på att företaget har intentionen att utöka sin kapacitet, men även varaktigheten och kontinuiteten av den låga prissättningen kan i sig själv eller tillsammans med andra utestängande metoder vara bevis på att det dominerande företaget haft som syfte att eliminera sina konkurrenter från marknaden.⁵⁹

2.3.3 Ekonomisk motivering

Ett företag som tillämpar en prissättning som innebär att de går med förlust, har med stor sannolikhet en dold avsikt med detta om prissättningen inte kan motiveras ekonomiskt. Det är således viktigt att påpeka att låg prissättning inte är otillbörlig bara för att det innebär att företaget går med förlust under en kortare period. Trots att de finns en möjlighet till utestängningseffekter kan prissättningen vara tillåten om det dominerande företaget har minimerat sina förluster på kort sikt. Detta skulle t.ex. kunna inträffa om det p.g.a. ekonomiska omständigheter varit en minskad efterfrågan på marknaden under en viss period och inget företag på marknaden hade möjlighet att sälja till ett pris som kunde täcka de genomsnittliga totala kostnaderna.⁶⁰

En ekonomisk motivering skulle kunna vara att det finns ett behov av att sälja slut på färskvaror eller att företaget har förlegade maskiner eller lagerbehållning som de måste bli av med. Det kan även vara att kostnaderna för att lagra produkterna som företaget tillhandahåller har blivit oöverkomliga. Det är då viktigt att ta hänsyn till att vissa kostnader kan p.g.a. omständigheterna gå från att vara rörliga kostnader till att bli fasta kostnader. Att ett företag har ett nytt sortiment som ska introducerats på marknaden kan vara en anledning till prissättningen. Eftersom att det ibland kan vara bättre för ett företag att temporärt sälja med förlust och få en viss behållning är det viktigt att bedöma vad som är avsikten med det låga priset.⁶¹

⁵⁶ DG Competition Discussion Paper, p. 113-114

⁵⁷ Mål C-333/94 P, Tetra Pak International SA m. Kommissionen, p. 42

⁵⁸ Jones, Alison, EU Competition Law 2011, s. 398

⁵⁹ DG Competition Discussion Paper, p. 112

⁶⁰ Lang Temple, John., Robert, O'Donoghue, "Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under article 82 EC", Fordham International Law Journal, 2002, Vol. 26, No. 1, s. 148, hämtad 2012-05-18

⁶¹ DG Competition Discussion Paper, p. 131

3. Överprissättning

3.1 Definition

Att ha en dominerande ställning på en marknad utgör inte i sig något missbruk, det är först om ett företag utnyttjar sin ställning på marknaden som de kan dömas för missbruk. Oskäligen priser är det mest påtagliga sättet ett företag i monopol eller i monopolliknande ställning kan exploatera sin position på marknaden. Ett av de sätt som oskäligen priser kan uttryckas i är att ett företag med en stark marknadsställning tar ut oskäligen höga priser, så kallade överpriser eller monopolpriser. På sätt och vis kan monopolpriser, som innebär höga vinstnivåer locka till sig nya aktörer på marknaden och främja konkurrensen. Dock så innebär bl.a. de höga inträdeskostnaderna på de utsatta marknaderna att det anses ha en konkurrensbegränsande effekt och skada konsumenterna.⁶²

Oskäligen höga priser på avreglerade marknader är inte helt ovanliga. Det finns stora risker i att de företag som tidigare haft monopol förblir i en sådan ställning även om marknaden avregleras. Exempel på detta är telefoni och energi marknaden. Även om det finns regler om att detta utgör missbruk så har det varit svårt och nästintill omöjligt att få ett sådant förfarande att leda till en slutlig dom.⁶³ En anledning till att det i få fall leder till en slutlig dom skulle kunna vara att även om ett oskäligen högt pris uttryckligen faller under missbruk i artikel 102 så har varken EU eller något medlemsland funnit en tydlig definition på vad som ska anses utgöra ett överpris.⁶⁴

Precis som med underpriser så är det svårt att klargöra vart gränsen går mellan ett marknadsmässigt pris som är skapat av en effektiv konkurrens, utbud och efterfrågan och ett pris som är oskäligen högt och utgör missbruk. En viktig utgångspunkt i bedömningen om priset är oskäligen högt har genom praxis fastställts vara att undersöka om det dominerande företaget har tillämpat priserna för att nå handelsfördelar som denne inte skulle ha uppnått om det hade rått en normal och tillräckligen effektiv konkurrens. En sådan fördel får ett företag om priset som tidigare nämnts inte står i rimlig proportion till det ekonomiska värdet på transaktionen.⁶⁵ Däremot är det oerhört svårt att i praktiken fastställa vad priset hade varit på en mer konkurrenskraftig marknad, eftersom att det

⁶² Jones, Alison, EU Competition Law 2011, s. 531

⁶³ Gustafsson, Leif, Svensk konkurrensrätt 2010, s. 172

⁶⁴ Henriksson, Lars, Rätten till priskonkurrens 2003, s. 408

⁶⁵ Mål C-27/76 United Brands m. kommissionen, p. 249-250

endast blir en fiktiv bedömning utifrån förhållanden som inte existerar. För att kunna bedöma huruvida ett pris utgör missbruk krävs tydligare definitioner på vad begreppet innebär. Ett av de första fallen där EU-domstolen diskuterade definitionen av överpris var i *General Motors*. Där fastställde domstolen att,

“Such an abuse might lie, inter alia, in the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided [...] by leading to unfair trade in the sense of Article 86 (2) (a). [nu artikel 102 (2) (a) EG, förf. anm.]”⁶⁶

I detta fall ansågs inte den svarande ha missbrukat sin dominerande ställning så det krävdes inte att några vidare definitioner formulerades. Däremot utvecklades begreppet och tolkningen av överpris i fallet med *United Brands*.⁶⁷ EU-domstolens tolkning om vad som ska anses utgöra ett oskäligt högt pris stämmer överens med den som fastställdes i *General Motors* om att priset är oskäligt om det är orimligt i förhållande till det ekonomiska värdet av den varan som tillhandahålls.⁶⁸ Principen om att priset ska stå i rimlig proportion till det ekonomiska värdet på den prestation som tillhandahålls har bringat stor tyngd i tolkningen av begreppet, och det har i senare fall haft en prejudicerande verkan.⁶⁹

3.2 Rimlig proportion till det ekonomiska värdet

Definitionen att ett pris är ett överpris om det inte står i rimlig proportion till det ekonomiska värdet utgör två tveksamheter. Vad är det ekonomiska värdet på varan och vad är en rimlig proportion till det värdet? Definitionen förutsätter på så sätt att vi både kan fastställa det ekonomiska värdet och vad som är en rimlig relation till det. I *United Brands*⁷⁰ konstaterar EU-domstolen att bedömningen om ett pris utgör ett överpris kan bedömas på ett objektivt sätt genom att jämföra försäljningspriset med produktionskostnaden. Skillnaden kan då fastställa om det står i orimlig proportion till det ekonomiska värdet och då anses som en oskälig vinstnivå. I och med att detta inte var möjligt i detta fall var domstolen tvungna att utveckla det definierade begreppet. Domstolen konstaterar att det går att fastställa med hjälp av att bestämma,

”[...] om det finns en alltför stor brist på överensstämmelse mellan den kostnad som faktiskt har burits och det pris som faktiskt utkrävts och, om det visar sig vara så, skulle det undersökas om det är fråga om ett påtvingande av ett oskäligt pris, antingen i fråga om priset i sig eller i förhållande till priserna på konkurrerande produkter.”⁷¹

⁶⁶ Mål C-26/75 *General Motors Continental NV* m. Kommissionen, p. 12

⁶⁷ Mål C-27/76 *United Brands* m. kommissionen, s. 207

⁶⁸ Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 532

⁶⁹ Bl.a. Mål C-52/07 *Kanal 5 och TV 4* m. STIM, p. 28

⁷⁰ Mål C-27/76 *United Brands* m. Kommissionen, p. 251

⁷¹ Mål C-27/76 *United Brands* m. kommissionen, p. 252, *Det påpekar även att de finns andra metoder för att fastställa det ekonomiska värdet men de går däremot inte in på vad dessa skulle kunna utgöras av*, p. 253

3.2.1 Produktionskostnadsmetoden

Den primära utgångspunkten för att fastställa det ekonomiska värdet anses vara produktens självkostnad, även kallat produktionskostnad. Den så kallade produktionskostnadsmetoden är en av de mest framträdande metoderna genom praxis. Produktionskostnadsmetoden innebär att det först görs en fullständig kostnadsanalys där alla kostnader beräknas och identifieras. Efter detta ska alla kostnader fördelas på ett korrekt sätt, då kan självkostnaden fastställas. Sedan ska en jämförelse mellan produktionskostnaden och försäljningspriset avgöra om vinstmarginalen är oskäligt hög.⁷²

I *United Brands*⁷³ framgår det att självkostnaden ska utgöras av kostnaderna för produktion, förpackningar, transport, försäljning och distribution. Däremot kan det föreligga svårigheter i att fastställa dessa kostnader i och med företagets komplexitet, dess storlek och det geografiska området som företaget täcker. Det kan också vara svårt att fastställa då företaget kanske tillverkar en eller flera produkter samt att de har ett antal dotterbolag med egna inbördes kostnader.

3.2.2 Jämförelsemetoden

När det p.g.a. omständigheterna inte går att fastställa företagets egna kostnader eller om de inte kan anses oskäligen i sig själva kan de i andra hand jämföras med andra produkter eller marknader. EU-domstolen konstaterar i *Scandlines* att enligt rättspraxis från kommissionen ska det utredda priset först och främst jämföras med andra priser som tas ut av det dominerande företaget på en marknad som skiljer sig från den relevanta marknaden. Sen ska priset jämföras med priser som *andra* företag, som tillhandahåller liknande produkter och tjänster, tar ut på andra relevanta marknader. Vissa tveksamheter finns dock till detta då det skulle jämföra ett företags priser på en produkt eller en tjänst som troligtvis har ett högre pris på den marknaden där företaget är dominerande och än på den marknaden där företaget möter konkurrens. Trots detta har domstolen indirekt godkänt detta i praxis.⁷⁴

Denna jämförelsemetod är ett komplement till den tidigare nämnda produktionskostnadsmetoden. Lars Henriksson har i sin avhandling formulerat fyra sätt som jämförelsen kan genomföras på. Beroende på vilka jämförelseobjekt som finns att iakta kan det antingen göras en företagsintern jämförelse, en jämförelse inom branschen, en jämförelse med liknande marknader eller en jämförelse med en marknad utan konkurrens.⁷⁵ Genom att jämföra priset och den vinstnivån med andra produkter och andra marknader kan det bedömas huruvida relationen mellan det ekonomiska värdet och vinstnivån kan anses rimlig. Om det föreligger en oskäligt hög prisnivå eller vinstnivå ska prissättningen anses utgöra missbruk av dominerande ställning.

⁷² Henriksson, Lars, Rätten till priskonkurrens 2003, s. 426

⁷³ Mål C-27/76 *United Brands* m. Kommissionen, p. 254-255

⁷⁴ Mål COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, p. 171-172

⁷⁵ Henriksson, Lars, Rätten till priskonkurrens 2003, s. 442-454

3.3 Konkurrensbegränsande effekter

När det gäller överprissättning framgår det av EU-domstolen dom i *General Motors*⁷⁶ att det inte krävs att det går att påvisa att det dominerande företaget hade till syfte att hindra konkurrensen eller att det fick ett konkurrensbegränsande resultatet på den inre marknaden. I *Deutsche Telekom*⁷⁷ konstaterar domstolen att det inte krävs några ytterligare kriterier för tillämpningen av artikel 102 utan det är just det faktum att missbruka sin dominerande ställning som har en negativ påverkan på konkurrensen. Detta kommer domstolen fram till p.g.a. formuleringen i artikel 102 och genom en analys av dess struktur och funktion. Detta leder tillbaka till att missbruksbegreppet är ett objektiva begrepp och omfattar de beteenden av ett företag som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad. Beteenden som hindrar konkurrensen från att upprätthållas eller utvecklas utgör missbruk av dominerande ställning.⁷⁸

Praxis på området är som tidigare nämnts mycket begränsat. Varken för kommissionen eller konkurrensverket har det funnits någon större framgång i att döma företag för missbruk av sin dominerande ställning p.g.a. överpris. Lars Henriksson skriver i sin avhandling att detta troligtvis har sin förklaring i att de oskäligen vinstmarginalerna har visat sig vara mycket svåra att fastställa i praktiken.⁷⁹ Och p.g.a. det även svårt att fastställa om prissättningen kan anses utgöra missbruk i form av överprissättning.

⁷⁶ Mål C-26/75 *General Motors* m. Kommissionen

⁷⁷ Mål C-280/08 P, *Deutsche Telekom* m. Kommissionen

⁷⁸ Mål C-85/76 *Hoffman-La Roche & Co* m. Kommissionen, p. 91

⁷⁹ Henriksson, Lars, *Rätten till priskonkurrens* 2003, s. 413

4. Marginalpress

4.1 Definition

Marginalpress innebär att ett vertikalt integrerat företag⁸⁰ missbrukar sin dominerande ställning på marknaden. Detta är en form av missbruk som faller under artikel 102 FEUF. De företag som har en dominerande ställning på en föregående marknad, t.ex. grossistmarknaden gör sig skyldiga till marginalpress om de tillämpar ett pris på en insatsvara till sina konkurrenter som inte gör det möjligt för konkurrenterna att driva en lönsam verksamhet på marknaden i slutkundsled. Konkurrenternas verksamhet blir olönsam p.g.a. att marginalen mellan priset på insatsvaran och priset i efterföljande led pressas. De är däremot tvungna till det för att kunna matcha det pris som det dominerande företaget erbjuder slutkunderna. Det är den enda möjligheten för konkurrenten att genom ett attraktivt pris vinna marknadsandelar och expandera på marknaden.⁸¹

Bland de första fallen där marginalpress ansågs utgöra missbruk av dominerande ställning finner vi *Industrie des poudres sphériques*.⁸² Här görs det en hänvisning till doktrin och missbruket benämns som ”prispress”. Ytterligare några år senare upptäckts detta missbruk inom telekomsektorn. Anledningen till detta var att företaget Deutsche Telekom hade påverkat marginalen på den tyska marknaden genom att ta ut ett högre pris från konkurrenterna i grossistled för tillgång till deras accessnät, än de tog ut från sina egna slutkunder. I beslutet *Deutsche Telekom*⁸³ fastställde domstolen att marginalpress ska anses vara en form av missbruk och de definierade sedan att det föreligger en oskäligen marginalpress om,

”[...] skillnaden mellan slutkundsavgifterna hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för jämförbara tjänster för konkurrenterna antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna slutkundstjänster på en marknad i senare led”⁸⁴

⁸⁰ Ett vertikalt integrerat företag är verksamt i två eller flera led i leveranskedjan

⁸¹ Jones, Alison, EU Competition Law 2011, s. 413

⁸² Mål T-5/97 *Industrie des poudres sphériques SA* m. Kommissionen, p. 178-180

⁸³ Mål T-271/03 *Deutsche Telekom* m. Kommissionen

⁸⁴ Mål T-271/03 *Deutsche Telekom v. Kommissionen*, p. 166

Avgörandet *Deutsche Telekom*⁸⁵ har sedan dess varit ledande i bedömningen om hur marginalpress ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Definitionen fick prejudicerande verkan och är än idag oerhört central i flera fall.⁸⁶

4.2 Förutsättningar

Enligt Faella et al. har det förts en livlig debatt i doktrin och i praktiken huruvida en kombination av ett lagenligt pris i grossistled och ett skäligt pris till slutkunderna ändå kan karaktäriseras som utestängande beteende och missbruk av dominerande ställning.⁸⁷ Att de priser som tillämpas i sig är helt lagenliga har överhuvudtaget ingen relevans p.g.a. att det är *skillnaden* mellan priset till grossisterna och priset till slutkunderna som utgör missbruk.⁸⁸

Även om det är skillnaden mellan priserna som utgör missbruk så kan marginalpress innebära att priset i föregående led, grossistled, är oskäligt högt. Det kan även föreligga så att priset i efterföljande led, detaljistled, är ett underpris. Det behöver följaktligen inte vara så att det dominerande företag som utövar marginalpress går med förlust. För att fastställa att marginalpress ägt rum krävs det inte att det går att fastställas att dessa priser i sig utgör missbruk i form av underprissättning i konkurrensbegränsande syfte eller att det varit oskäligt högt.⁸⁹ Det är som sagt skillnaden mellan priserna som är avgörande för om prissättningen ska anses utgöra missbruk av dominerande ställning.

4.2.1 Kostnader och priser

När marginalpress i sig kan utgöra missbruk är det med hänsyn till den utestängningseffekt den kan ha för konkurrenter. Det är då endast med hänsyn till de konkurrenter som är minst lika effektiva som det dominerande företaget.⁹⁰ Kriteriet lika effektiv konkurrent utgörs av en undersökning av huruvida ett dominerande företags prissättning skulle kunna innebära att en ekonomisk aktör som är lika lönsam som det dominerande företaget riskerar att utestängas från marknaden. Detta grundar sig endast på det dominerande företags priser och kostnader.⁹¹ Ett företag som har samma effektivitet som det dominerande företaget men kanske inte samma ekonomiska kapacitet kan inte stå emot priserna och elimineras därför från marknaden.⁹² I det begärda förhandsavgörandet gällande *Telia Sonera* konstaterar EU-domstolen att,

⁸⁵ Mål T-271/03 *Deutsche Telekom v. Kommissionen*

⁸⁶ Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 414

⁸⁷ Faella, Gianluca., Pardolesi, Roberto, "Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law", 2010, s. 256, hämtad 2012-05-22

⁸⁸ Mål C-280/08 P, *Deutsche Telekom m. Kommissionen*, p. 167

⁸⁹ Jones, Alison, *EU Competition Law 2011*, s. 414

⁹⁰ Mål C-280/08 P, *Deutsche Telekom m. Kommissionen*, p. 183

⁹¹ Mål C-280/08 P, *Deutsche Telekom m. Kommissionen*, p. 196

⁹² Mål C-280/08 P, *Deutsche Telekom m. Kommissionen*, p. 199, Mål C-52/09 *Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket*, p. 40

”I princip och i första hand ska det berörda företags priser och kostnader på detaljistmarknaden beaktas. Först och när det på grund av omständigheterna saknas möjlighet att referera till dessa priser och kostnader ska konkurrenternas priser och kostnader på samma marknad beaktas.”⁹³

4.2.1.1 Egna kostnader

Den allmänna rättssäkerhetsprincipen innebär att tillämpningen av rätten ska vara förutsägbar.⁹⁴ Praxis som fastställer att företags egna kostnader ska beaktas stämmer överrens med denna princip eftersom att företaget har kännedom om sina egna kostnader och priser. På grund av denna princip görs bedömningen utifrån dessa. Det så kallade ”as-efficient competitor test” gör det möjligt för företaget att själva kunna kontrollera huruvida deras prissättning utgör missbruk av dominerande ställning eller inte. Enligt Bay et al. fångar detta test inte till fullo upp de ekonomiska möjligheter som erbjuds konkurrenterna i efterföljande led. Därför skulle vissa bedömningar av marginalpress kräva en mer grundlig analys.⁹⁵

EU-domstolen anser att för att avgöra om ett pris kan anses lämpligt eller inte ska det avgöras i vilken mån det är baserat på företags egna kostnader och strategi.⁹⁶ Genom att beräkna det dominerande företags tillkommande kostnaderna i detaljistledet går det att kontrollera om de själva hade varit tillräckligt effektiva och kapabla att erbjuda sina slutkundstjänster utan förlust. Dock med förutsättningen att de varit tvungna att betala sina egna grossistspriser för tjänsterna. Genom en sådan jämförelse går det att avgöra huruvida prissättningen leder till utestängningseffekter för konkurrenterna p.g.a. marginalpressen.⁹⁷ I kommissionens vägledning för tillämpningen av artikel 102 framgår det att de i regel kommer

”[...] använda sig av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden för det integrerade dominerande företags enhet i efterföljande led som jämförelsetal för att fastställa en lika effektiv konkurrents kostnader”⁹⁸

Praxis i EU-rätten visar även den, framförallt inom telekomsektorn att det är den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden som användas vid bedömningen av marginalpress. Detta utgörs av både företags fasta och rörliga kostnader och för att det ska vara lönsamt för ett företag att vara verksam på en marknad krävs det att båda dessa

⁹³ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 113

⁹⁴ Bernitz, Ulf, Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder 2010, s. 68

⁹⁵ Bay, Matteo., De Stefano, Gianni, “ECJ Rules on Margin Squeeze Appeal”, Journal of European Competition Law & Practice, 2011, s. 129

⁹⁶ Mål C-202/07 France Télékom SA m. Kommissionen, p. 108, Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 41

⁹⁷ Mål C-280/08 P, Deutsche Telekom m. Kommissionen, p. 201 & Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 42

⁹⁸ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, p. 80

kostnader kan täckas.⁹⁹ Om det skulle visa sig att företaget inte skulle kunna erbjuda tjänsterna utan att själva göra förlust kan de konkurrerande företagen inte betraktas som mindre effektiva företag. Därför ska en sådan prissättning som riskerar att konkurrenterna stängs ute anses bero på en snedvriden konkurrens och betraktas som missbruk av dominerande ställning.¹⁰⁰

4.2.1.2 Konkurrenters kostnader

Som det framgår av den andra delen av domstolens tolkning så ska konkurrenternas priser och kostnader på samma marknad beaktas om det p.g.a. omständigheterna saknas möjlighet att referera till företagets egna kostnader och priser. En anledning till att istället beakta konkurrenternas kostnader kan vara att kostnadsnivån som i första hand ska beaktas ligger på den nivån p.g.a. företagets konkurrenskraft som de fått till följd av sin dominerande ställning, och det är därför inget tillförlitligt mått.¹⁰¹ Det kan även vara så att det är svårt att skilja på de kostnader som det dominerande företaget har i det tidigare marknadsledet och det senare marknadsledet.¹⁰²

4.2.2 Konkurrensbegränsande effekt

Det är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet för ett dominerande företag att tillämpa en prissättning som har en utestängningseffekt. Det gäller både för befintliga och potentiella konkurrenter, förutsatt att de är lika effektiva. För att fastställa att prissättningen utgör marginalpress så krävs det att det föreligger en konkurrensbegränsande effekt på marknaden. Effekten måste däremot inte utgöras av en konkret konkurrensbegränsande effekt utan det måste endast kunna påvisas att det föreligger en potentiell effekt, således effekt för potentiella konkurrenter.¹⁰³ Stockholms tingsrätt konstaterar att det relevanta i ett sådant sammanhang är huruvida prissättningen *kan* hindra konkurrenter eller potentiella konkurrenter att bedriva verksamhet på detaljistmarknaden. Det är därför inte nödvändigt att kunna bevisa att konkurrenterna helt stängs ute från marknaden. Det är följaktligen inte nödvändigt att resultatet att konkurrenterna stängs ute uppnås för att prissättningen ska anses utgöra missbruk.¹⁰⁴ Detta kan te sig på olika sätt i och med att marginalpress kan ge sig i uttryck på två olika sätt. Det kan antingen föreligga en positiv marginalpress eller en negativ marginalpress.

⁹⁹ T.ex. Mål T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 19

¹⁰⁰ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 43

¹⁰¹ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 45

¹⁰² Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, p. 80

¹⁰³ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket p. 64

¹⁰⁴ T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 78

4.2.2.1 Negativ klämning

Negativ marginalpress kan även kallas ”superklämning”.¹⁰⁵ Det innebär att marginalen mellan det priset som det dominerande företaget tar ut till sina slutkunder och det priset de tar ut till konkurrenterna i grossistled är negativ. Klämningen är följaktligen så extrem p.g.a. att slutkundspriset understiger grossistpriset. I dessa fall behöver inte domstolarna ta någon hänsyn till de kostnader som tillkommer i detaljistledet. Även om det dominerande företaget hade kunnat sälja produkten utan förlust anses det utgöra missbruk.¹⁰⁶ Ett företag som råkar ut för en superklämning riskerar att få lämna marknaden eftersom de tvingas sälja med förlust för att överhuvudtaget ha chans att konkurrera på marknaden. Trots att företagen är lika effektiva eller t.o.m. effektivare än det dominerande företaget riskerar de att elimineras. Om det föreligger en superklämning är det enligt Stockholms tingsrätt sannolikt att det åtminstone föreligger en potentiell utestängningseffekt.¹⁰⁷ Däremot anser de att det inte räcker med att det är ”sannolikt” utan beviskravet bör anses vara högre och kompletteras med övrig bevisning som rör de konkurrensbegränsande effekterna.¹⁰⁸

4.2.2.2 Positiv klämning

Positiv marginalpress innebär till skillnad från den negativa att grossistpriset understiger slutkundspriset. Däremot är skillnaden så knapp att den inte räcker för att täcka de tillkommande kostnaderna som konkurrenten har i efterföljande led, företagen som drabbas kan då få en minskad lönsamhet. Om marginalen visar sig vara positiv måste det kunna bevisas att prissättningen kan få det svårt för konkurrenterna att bedriva verksamhet på marknaden. Till exempel p.g.a. en minskad lönsamhet.¹⁰⁹

Om marginalen är positiv kan det bli svårare att påvisa en potentiellt konkurrensbegränsande effekt än när marginalen är negativ, i och med att det blir mer uppenbart att konkurrenterna får konkurrensnackdelar om de går med förlust redan innan de distribuerat insatsvaran vidare till sina slutkunder. Även den minskade lönsamheten bidrar med stor sannolikhet till en snedvriden konkurrens men detta är inte lika tydligt som när marginalen är negativ, och därmed krävs det ytterligare bevisning.

¹⁰⁵ T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 17

¹⁰⁶ T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 17

¹⁰⁷ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 73

¹⁰⁸ T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 79-80

¹⁰⁹ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 74

4.2.2.3 Ekonomisk motivering

Om en prissättning p.g.a. sina omständigheter kan anses ha utestängningseffekt, eller i vart fall potentiell konkurrensbegränsande effekt utgör det missbruk av dominerande ställning. Däremot är prissättningen inte oförenlig med den inre marknaden om den är ekonomiskt motiverad. Det ska då göras en bedömning av huruvida den utestängningseffekt som uppstår delvis eller helt kan vägas mot de fördelar som gynnar marknaden och konsumenterna. Det krävs självklart att det går att påvisa att det finns ett samband mellan prissättningen och den ekonomiska motiveringen. Om effekten kan motiveras ekonomiskt ska den således inte anses utgöra missbruk.¹¹⁰

4.2.3 Oumbärlig resurs

En av de tolkningar som EU-domstolen gjort är att avgöra huruvida det är relevant, för bedömningen av om prissättningen ska anses utgöra missbruk, att den insatsvara som det dominerande företaget tillhandahåller är en oumbärlig resurs¹¹¹ för konkurrenterna eller inte.¹¹² Om det kan påvisas att insatsvaran är oumbärlig för att konkurrenterna ska kunna sälja vidare till slutkunder är det med stor sannolikhet att konkurrenterna utsätts för en konkurrensnackdel, då de begränsas eller t.o.m. hindras från att träda in på marknaden. Hindret består i att de blir tvungna att sälja med förlust eller ytterst låg lönsamhet. Det är då mycket sannolikt att det föreligger en konkurrensbegränsande effekt, eller åtminstone en potentiell effekt.

Däremot är det inte nödvändigt att produkten anses vara oumbärlig för att prissättningen ska uppfylla förutsättningarna för marginalpress. Även om produkten inte är oumbärlig kan prissättningen ha konkurrensbegränsande effekter i och med att företaget har en dominerande ställning. Således ska en bedömning om huruvida prissättningen har konkurrensbegränsande effekter, eller i alla fall potentiella effekter, göras även om produkten inte bedöms vara oumbärlig. EU-domstolen anser således att produktens oumbärlighet kan vara av stor relevans men absolut inte nödvändig.¹¹³

Viktigt att notera är att marginalpress inte utgör samma form av missbruk som leveransvägran. Företag med dominerande ställning på en marknad är inte tillåtna att neka avtal med syfte att stärka sin egen position på en angränsande marknad. Även om den fria kontraheringsprincipen gäller och företagen har rätt att sluta avtal med valfria aktörer så har de dominerande företagen ett visst ansvar för att inte hämma den effektiva konkurrensen på marknaden. I *Svensk konkurrensrätt* hävdar författaren att marginalpress kan likställas med leveransvägran.¹¹⁴ När Telia Sonera däremot hävdar att de inte skulle kunna dömas för marginalpress p.g.a. att villkoren för leveransvägran inte kunde

¹¹⁰ Mål C-202/07 France Télékom m. Kommissionen, p. 111, Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 75-76

¹¹¹ ”En tjänst är oumbärlig om det är en objektivt nödvändig insatsvara och det saknas faktiskt eller potentiellt alternativ” Mål T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 24

¹¹² Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 12.7

¹¹³ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 69-72

¹¹⁴ Gustafsson, Westin, *Svensk konkurrensrätt* 2010, s. 176

uppfyllas så fastslog EU-domstolen att marginalpress ska anses utgöra en egen form av missbruksförfarande och ska skiljas från leveransvägran.¹¹⁵

4.2.4 Möjligheten att återhämta förluster

Att ett dominerande företag utsätter sina konkurrenter för marginalpress behöver, som jag tidigare nämnt, inte nödvändigtvis innebära att de själva går med förlust. Marginalpress kan utöver ett onormalt lågt pris i detaljistled även utgöras av ett onormalt högt pris i grossistled. Då riskerar inte det dominerande företaget att inte kunna täcka sina kostnader.¹¹⁶ Den konkurrensbegränsande effekten som uppstår till följd av marginalpress beror varken på att företaget går med förlust eller att de har möjlighet att återhämta sina eventuella förluster utan endast på det faktum att priserna som det dominerande företaget tillämpar i det horisontella ledet och i det vertikala ledet skiljer sig.¹¹⁷

Som domstolen fastställde redan i *Tetra Pak*¹¹⁸ så är det inte nödvändigt att kunna bevisa att företaget har möjlighet att vinna tillbaka gjorda förluster som de ådragit sig p.g.a. en oskäligt låg prissättning. Det är viktigt att påpeka att detta i sig själv är en form av missbruk som jag tidigare redogjort för, underprissättning som har konkurrensbegränsande syfte.¹¹⁹ Även om priset utgör ett onormalt lågt pris i detaljistled så är det marginalpressen i sig som kan utgöra missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Det är således inte relevant att bedöma huruvida företaget kan återhämta sina förluster.¹²⁰

¹¹⁵ T 31862-04, Telia Sonera AB m. Konkurrensverket, s. 29

¹¹⁶ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 98-99

¹¹⁷ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 101

¹¹⁸ Mål C-333/94 P, Tetra Pak International SA m. Kommissionen, p. 44, Mål C-202/07 Francé Télékom SA m. Kommissionen, p. 110

¹¹⁹ Se. kap 2

¹²⁰ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 97

5. Analys

5.1 Introduktion

Detta kapitel avser att undersöka de skillnader som föreligger i bedömningen av marginalpress gentemot de som föreligger i en bedömning av överpris- respektive underprissättning. Med den utgångspunkten är avsikten att jämföra dessa genom att applicera förutsättningarna på en situation där Stockholms tingsrätt bedömde att det förelåg missbruk p.g.a. marginalpress. Den svarande parten som anses ha missbrukat sin dominerande ställning är Telia Sonera. Genom att applicera förutsättningarna för underprissättning respektive överprissättning på *Telia Sonera*¹²¹ ska jag testa hur utgången hade blivit, och ställa likheter och skillnader mot varandra. Detta förutsätter att det undre priset eller det övre priset i sig kan anses oförenligt med den inre marknaden.

I målet med Telia Sonera gör tingsrätten, med hjälp av EU-domstolens tolkning, en bedömning av huruvida prissättningen som de tillämpat kan anses utgöra marginalpress och missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Som jag tidigare nämnt så är det skillnaden mellan priserna som är av betydelse när denna bedömning görs, och inte huruvida priset i grossistled utgör överpris eller priset i slutkundsled utgör underpris. Det är därför viktigt att påpeka att det inte behöver vara så att det finns ett oskäligt pris när de ses var och en för sig. Det kan således ha varit så att båda priserna i Telia Soneras fall kunde anses skäliga. Med bakgrund av att en bedömning av om priserna i sig är oskäliga inte är relevant gör heller inte tingsrätten någon bedömning av detta.

Jag kommer följaktligen inte göra någon vidare bedömning av huruvida prissättningen var oskälig i sig då det inte finns några belegg för en sådan analys. Istället utgår jag ifrån att båda scenarierna hade kunnat äga rum. För att sedan jämföra hur utgången av målet hade kunnat bli vid tillämpningen av överpris respektive underpris med den faktiska utgången som målet fick. Med anledning av detta kommer jag i nästkommande avsnitt beskriva förfarandet som låg bakom domen mot Telia Sonera.

¹²¹ T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket

5.2 Bakgrundsbeskrivning

I början av 1900-talet avreglerades telemarknaden i Sverige och Televerket, som det då hette gick mot en tid med konkurrenter där priserna skulle komma att styras av utbud och efterfrågan. Televerket som övergick till att bli Telia Sonera¹²² är idag ett vertikalt integrerat företag som efter avregleringen på telefonimarknaden intagit en dominerande ställning på telekommarknaden. Det tidigare statligt ägda accessnätet når i princip samtliga hushåll i Sverige. När telesektorn privatiserades var det tydligt att Telia intog en dominerande ställning på marknaden, bl.a. på marknaden för bredbandsanslutning. För att kunna konkurrera med Telia på marknaden för bredband var konkurrenterna tvungna att hyra in sig på Telias nät. Alternativet som var att utveckla eget nät var egentligen inte aktuellt eftersom att marknaden växte så snabbt och konkurrenterna var tvungna att ta marknadsandelar snabbt för att överhuvudtaget ha en chans på marknaden.

Telia erbjöd då bredbandsanslutning i grossistled och i slutkundsled till priser som gjorde att marginalen mellan dessa priser inte var tillräcklig för att täcka Telias egna kostnader för att sälja vidare dessa tjänster direkt till sina slutkunder. De gjorde sig även skyldiga till marginalpress genom att i vissa perioder tillämpa högre priser gentemot konkurrenterna än de gjorde gentemot sina egna kunder. I och med denna prissättning begränsades konkurrenterna att inträda och expandera på marknaden. De fick sälja med låg lönsamhet och i vissa fall t.o.m. med förlust. Detta innebar att konkurrenterna varken kunde lägga tid eller pengar på att marknadsföra sig till nya kunder. Telia intog ännu fler marknadsandelar och vissa konkurrenter tvingades t.o.m. lämna marknaden.

När Stockholms tingsrätt skulle avgöra fallet begärde de ett förhandsavgörande för en del tolkningsfrågor gällande artikel 102 FEUF. Stockholms tingsrätt ansåg att det var nödvändigt att få EU-domstolens tolkning i och med att den svenska konkurrensrätten bygger på unionens konkurrensrätt och tolkningen ska då ha gjorts av EU-domstolen.¹²³

I början av december 2011 dömde Stockholms tingsrätt Telia Sonera att betala konkurrensskadeavgift p.g.a. att de har gjort sig skyldiga till missbruk av dominerande ställning genom marginalpress. Med bakgrund av tingsrättens dom men framförallt EU-domstolens förhandsavgörande följer nu en prövning med utgångspunkten i hur utgången i fallet hade blivit vid ett återopande av annan oskäligen prissättning, i detta fall underpris respektive överpris.

¹²² Fortsättningsvis kommer företaget endast benämnas Telia

¹²³ Mål C-52/09 Telia Sonera Sverige AB m. Konkurrensverket, p. 11

5.3 Underprissättning

Med utgångspunkt i kapitel 2 där jag redogör för de förutsättningar som en bedömning av underprissättning kräver kommer jag applicera detta på målet med Telia. Därefter kommer jag jämföra det med den tillämpning och tolkning som tingsrätten och EU-domstolen gjort vid bedömningen om prissättningen utgjort missbruk genom marginalpress. Bedömningen av att det inte är relevant att kunna avgöra huruvida företaget har möjlighet att återhämta sina förluster är likadan i bedömningen av underprissättning som i bedömningen av marginalpress.¹²⁴ Med bakgrund av denna tydliga likhet kommer undersökningen inte innebära någon vidare jämförelse av detta.

5.3.1 Kostnader att jämföra med

Stockholms tingsrätt bedömer, i enlighet med EU-domstolens tolkning, att priset som tas ut i grossistled i första hand ska jämföras med företagets egna kostnader i detaljistled. Om marginalen mellan grossistpriset och detaljistpriset är negativ eller otillräcklig för att täcka det dominerande företagets egna kostnader, ska prissättningen anses utgöra missbruk. Det förutsätter att det föreligger en konkurrensbegränsande, eller åtminstone en potentiell effekt. När företagets egna kostnader beaktas så är det de långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaderna som beräknas. De genomsnittliga marginalkostnaderna utgörs av både rörliga och fasta kostnader. Marginalkostnaden är den ökning av de totala kostnaderna som ytterligare en producerad enhet av en produkt för med sig. Genom att fastställa detta går det att bedöma om företaget själva hade kunnat sälja produkten i efterföljande led utan förlust eller inte.

Om Konkurrensverket istället hade åberopat att det låga priset som Telia tillämpade i detaljistled utgjorde ett underpris skulle det i så fall krävas att villkoren för underprissättning uppfylls. Dessa villkor utgörs av, som tidigare nämnts, att först fastställa företagets genomsnittliga rörliga kostnader. Understiger priset denna nivå stannar kostnadsanalysen där och prissättningen anses utgöra missbruk. Däremot om priset är över denna nivå måste ytterligare en nivå fastställas, de genomsnittliga totala kostnaderna. De inkluderar både de rörliga kostnaderna som varierar i förhållande till den producerande mängden och de fasta, som inte varierar. Detta tillvägagångssätt innebär att det måste gå att dela upp och fastställa vilka som är de rörliga och vilka som är de fasta kostnaderna. Detta framgår av det framträdande testet i AKZO. Vid en bedömning av marginalpress krävs det inte att det går att dela upp dessa kostnader.

¹²⁴ Se avsnitt 2.3.1 och 4.2.4

5.3.2 Syfte respektive effekt

Telia dömdes till missbruk av dominerande ställning genom marginalpress bl.a. på grund av att det gick att påvisa att det förelåg konkreta konkurrensbegränsande effekter. Även om det enligt förhandsavgörandet inte krävs att det går att påvisa en konkret effekt utan endast potentiell effekt. Effekterna bestod i att konkurrenterna tvingades sälja med förlust eller med oerhört låg lönsamhet under långa perioder. De hade då inte möjlighet att ägna sig åt någon marknadsföring gentemot sina slutkunder. Detta medförde att konkurrenterna fick minskad konkurrenskraft. I och med att Telia intog allt fler marknadsandelar, som ansågs vara trögrörliga bedömdes prissättningen få långvariga konkurrensbegränsande effekter.¹²⁵

Vid Konkurrensverkets återopande av underprissättning krävs det som tidigare nämnt att det går att fastställa de genomsnittliga kostnaderna. Om priset understiger företagets genomsnittliga rörliga kostnader anses det utgöra missbruk av dominerande ställning. Däremot om priset överstiger dessa kostnader men ändå är på en nivå under de genomsnittliga totala kostnaderna krävs det ytterligare bevisning. Detta i form av att det går att påvisa att det dominerande företaget hade ett syfte att eliminera konkurrenterna från den relevanta marknaden.

5.3.3 Kommentar

Det som skiljer dessa bedömningar åt, gällande priset som ska beaktas, är att vid en bedömning av marginalpress beaktas marginalkostnaderna och i en bedömning av underprissättning beaktas de genomsnittliga kostnaderna. I och med att tingsrätten har kännedom om de flesta kostnader som företaget erhåller bedömer jag att det är mycket sannolikt att de även hade kunnat fastställa de genomsnittliga kostnaderna. Däremot skulle det kunna föreligga skillnader i utgången om dessa kostnader uppfattas olika svåra att fastställa.

Den andra förutsättningen som skiljer sig mellan dessa förfaranden är det faktum att för att en prissättning ska anses utgöra missbruk i form av underpris krävs det i vissa fall att det går att fastställa ett syfte med prissättningen. Enligt min uppfattning är det svårare att bedöma att det funnits ett syfte med prissättningen än att bedöma att det funnit en potentiellt konkurrensbegränsande effekt. Syftet ska bevisas med direkta eller indirekta bevis som kanske inte alltid finns tillgängliga rent konkret. Jag anser att det finns svårigheter med detta p.g.a. att företaget som verkligen haft som syfte att eliminera konkurrenter har med stor sannolikhet inte dokumenterat detta och de indirekta bevisen kan vara svåra att påvisa.

¹²⁵ T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 83

Sammanfattningsvis så ställer jag kravet på att visa på ett syfte gentemot kravet på att visa på en *potentiellt* konkurrensbegränsande effekt. De konkurrensbegränsande effekterna som antagligen går att se på marknaden vid tillfället för en bedömning bör vara lättare att påvisa än syften som funnits innan prissättningen. Jag anser att det är mer sannolikt att kunna bevisa en potentiell effekt och då med fördel åberopa marginalpress istället för underpris. Förutsatt att priset som Telia tillämpat inte understigit de genomsnittliga rörliga kostnaderna, hade varken syfte eller potentiell effekt behövt påvisas. Min uppfattning är då att Konkurrensverket med fördel hade kunnat åberopa att prissättningen utgjorde underprissättning istället för marginalpress.

5.4 Överprissättning

Liknande den tidigare jämförelsen följer nu, med utgångspunkt i kapitel tre och de förutsättningar som en bedömning av överprissättning kräver, en motsvarande genomgång och jämförelse.

5.4.1 Prisnivåer som beaktas

När tingsrätten åberopar marginalpress gör de i första hand, och *endast* i detta fall en bedömning utifrån Telias egna kostnader. Detta för att sedan bedöma hur väl de själva hade kunnat driva en lönsam verksamhet om de varit tvungna att betala sina egna grossistpriser. Fördelen med att beakta företagets egna kostnader och priser är att företaget med stor sannolikhet har koll på dessa. Vid en bedömning utifrån de kostnaderna är det då istället en fråga om hur påförlitliga de kan vara och hur väl de stämmer överens med verkligheten. Slutsatsen av detta är att det är faktiska priser som jämförs med varandra, priset i slutkundsled och priset i grossistled. Samtidigt är det företagets egna kostnader och strategier som analyseras. Om inte företagets egna kostnader hade kunnat fastställas ska konkurrenternas kostnader i detaljistled beaktas. Detta är påtagliga kostnader utifrån ett konkurrerande företags strategi på samma marknad.

När jag ställer detta mot de förutsättningar som ligger till grund för att en prissättning ska utgöra missbruk p.g.a. överprissättning kommer tydliga skillnader påvisas. Istället för att utgå från att de priser som Telia tillämpar utgör marginalpress så förutsätter jag att det pris som Telia tillämpar gentemot sina konkurrenter i grossistled är ett pris som förmodas vara oskäligt högt.

Utifrån den tidigare redogörelsen av överprissättning framgår det att en förutsättning för att kunna fastställa huruvida priset ska anses vara oskäligt högt är att det går att fastställa företagets produktionskostnad, i det här fallet Telias. Detta för att sedan jämföra den kostnaden med försäljningspriset. Utifrån det ska bedömningen göras om vinstmarginalen är oskäligt hög. Först och främst kan det bli svårt att fastställa Telias produktionskostnad då de är verksamma i både grossistled och detaljistled och det enligt praxis anses svårt att

delar upp ett företags kostnader om det ter sig så.¹²⁶ Sedan kan det även, som i de flesta fall, vara svårt att fastställa om vinstmarginalen är oskäligt hög. Priset kan då jämföras med konkurrerande produkter eller marknader, där det råder normala konkurrensförhållanden.

5.4.2 Konkurrensbegränsande effekt

När det ska bedömas huruvida en prissättning utgör marginalpress är det skillnaden mellan priserna som har betydelse. Det ska som tidigare nämdes i avsnitt 4.4.2 föreligga en konkurrensbegränsande effekt, eller åtminstone en potentiell effekt. Är marginalen negativ är sannolikheten stor att det föreligger konkurrensbegränsande effekter. Är den däremot positiv är det inte lika uppenbart och ytterligare bevisning måste fram. I målet med Telia föreligger det både negativa marginaler och positiva marginaler till olika konkurrenter. Tingsrätten fastställer i båda fallen att det fanns en potentiell konkurrensbegränsande effekt och att det troligtvis t.o.m. förekom en konkret konkurrensbegränsande effekt. Någon utredning om ekonomiska motiv lades inte fram och kunde då inte konstateras.¹²⁷

Om Konkurrensverket hade åberopat att prissättningen som tillämpades gentemot konkurrenterna var oskäligt hög hade det, som tidigare nämnts, varken krävts bevisning på att det förelåg ett syfte att eliminera konkurrenter eller att prissättningen hade konkurrensbegränsande resultat. Det är det faktum att ett företag med dominerande ställning missbrukar sin position på den relevanta marknaden som har en negativ påverkan på konkurrensen. I målet med Telia är det ur min mening mycket troligt att sådant förhållande hade kunnat konstateras, i och med att det t.o.m. kunde visas att det förelåg konkurrensbegränsande effekter. De konkreta konkurrensbegränsande effekterna innebär en negativ påverkan och snedvriden konkurrens.

5.4.3 Kommentar

Kostnadstestet som genomförs i bedömningen av om marginalpress ägt rum är likvärdigt med den produktionskostnadsmetod som används i bedömningen av om ett oskäligt högt pris utgör överprissättning. Enligt min uppfattning finns den en stor sannolikhet att tingsrätten hade kunnat fastställa företagets självkostnader även genom denna metod. Även om det är svårt att dela upp ett företags kostnader, som är verksamma i två led, har tingsrätten lyckats göra detta i fallet med Telia Sonera.

Däremot så skiljer sig bedömningen åt i vid en senare del i bedömningen. För att fastställa marginalpress jämförs självkostnaden med priset som tas ut i grossistled, och i situationen med överpris jämförs självkostnaden med försäljningspriset för att avgöra om vinstmarginalen är oskäligt hög. Om jag ställer svårigheterna i att fastställa om en vinstnivå är oskäligt hög gentemot att endast konstatera att priserna i detaljistled skiljer sig mot de priserna som tillämpas i grossistled, anser jag att förutsättningarna i

¹²⁶ Se avsnitt 3.2.1.1

¹²⁷ T 31862-04 Telia Sonera m. Konkurrensverket, s. 83-85

marginalpress är påtagligare att bevisa. Detta p.g.a. det diffusa begreppet oskäligt hög vinstmarginal. I bedömningen av marginalpress beaktas i andra hand konkurrenternas kostnader i detaljistled. Detta anser jag vara ett bättre jämförelseobjekt, än de som används i bedömningen av överprissättning, i och med att utbudet och efterfrågan kan te sig annorlunda på konkurrerande marknader och produkter.

Förutsättningarna att kunna påvisa potentiellt konkurrensbegränsande effekt och just det faktum att ett dominerande företag har missbrukat sin dominerande ställning är likartade. Detta p.g.a. att ett missbruk av dominerande ställning snedvrider konkurrensen. Däremot behöver inget faktiskt hinder kunna påvisas. Sammanfattningsvis så bedömer jag att det hade varit svårt att fastställa att prissättningen i målet med Telia hade kunnat utgöra överprissättning då det antagligen hade varit ytterst svårt att fastställa det ekonomiska värdet på tjänsten de tillhandahåller. Till störst del p.g.a. att det inte finns några tillförlitliga jämförelseobjekt i och med att produkt- och geografiska marknader har olika utbud och efterfrågan och därav olika priser. Även om den negativa påverkan på konkurrensen är uppenbar väger förmodligen de diffusa definitionerna och fastställandet av det ekonomiska värdet och den oskäliga vinstnivån över.

6. Slutsats

I och med mina redogörelser och med bakgrund av det material som jag lagt fram anser jag att förutsättningarna för marginalpress har ett mer juridiskt perspektiv än de förutsättningar som ligger till grund för en underprissättning respektive överprissättning. Förutsättningarna som föreligger vid en bedömning av om en prissättning ska anses vara oskäligt låg eller oskäligt hög är mer ekonomiskt grundade. Både när det gäller överprissättning och underprissättning grundar sig bedömningen till stor del i ekonomiska teorier och olika slags metoder för att beräkna kostnader och priser. Utgångspunkten i de båda fallen är att fastställa vad det korrekta marknadspriset bör vara. Detta i avsikt att sedan bedöma hur väl det existerande priset, som det dominerande företaget tillämpar, stämmer överens med marknadspriset. Ett sådant fastställande av vad priset bör vara, föreligger inte i bedömningen om prissättningen utgör missbruk i form av marginalpress. På grund av det anser jag att bedömningen av marginalpress är effektivare än bedömningen av överprissättning respektive underprissättning.

Värt att påpeka är att en prissättning som utgör marginalpress eller underprissättning i stor utsträckning är selektiv och riktad till specifika aktörer på marknaden. Marginalpress och underprissättning har således fördelen att det är tydligare att upptäcka än överprissättning, som för det mesta är riktad till alla aktörer på marknaden.

Diffusa, svårbedömliga och odefinierade begrepp försvårar arbetet att avgöra om en oskälig prissättning utgör missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Bristen på tydliga definitioner ger utrymme för fria tolkningar och tillämpningar av artikel 102 och risken blir då att bedömningarna skiljer sig åt mellan fallen. Tillämpningen och tolkningen av denna artikel blir således tydligare i bedömningen om prissättningen ska anses utgöra marginalpress. Detta p.g.a. de tydliga definitionerna som utvecklats genom praxis. I och med att tillämpningen av artikel 102 skiljer sig i dessa förfaranden och att utgången eventuellt kan bli olika beroende på vilken oskälig prissättning som åberopas, så anser jag att det kan vara relevant från den svarandes sida att först bedöma huruvida det är det låga priset eller det höga priset som anses utgöra missbruk. Alternativt om det enbart är skillnaden som kan anses utgöra missbruk. Detta skulle kunna underlätta och förenkla en bedömning av om prissättningen utgör missbruk eller inte, i och med att de förutsättningar som ställs skiljer sig åt.

Källförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 11 uppl., 2010, Norstedts Juridik AB

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt I – Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, 3 uppl., 2011, Norstedts Juridik AB

Gustafsson, Leif, Westin, Jacob, *Svensk konkurrensrätt*, 3 uppl., 2010, Norstedts Juridik AB

Henriksson, Lars, *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, 2003, Stiftelsen MercurIUS

Hettne, Jörgen, *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., 2011, Norstedts Juridik AB

Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *EU Competition Law*, 4 uppl., 2011, Oxford University Press

Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9 uppl., 2007, Hart Publishing

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, 2:1 uppl., 2007, Norstedts Juridik AB

Artiklar

Bay, Matteo., De Stefano, Gianni, "ECJ Rules on Margin Squeeze Appeal", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, Vol. 2, No. 2, s. 128-130, hämtad 2012-05-22

Faella, Gianluca., Pardolesi, Roberto, "Squeezing Price Squeeze EC Antitrust Law", *European Competition Journal*, 2010, s. 255-284, hämtad 2012-05-22

Lang Temple, John., Robert, O'Donoghue, "Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under article 82 EC", *Fordham International Law Journal*, 2002, Vol. 26, No. 1, s. 83-162, hämtad 2012-05-22

EU-fördrag

Fördraget om den Europeiska Unionen, FEU

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF

Riktlinjer

European Commission, DG Competition, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005

Kommissionen, *Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder*, (2009/C 45/02)

Åberopade domar från Stockholms tingsrätt

T-31862-04, Telia Sonera m. Konkurrensverket, 2011-12-02

Åberopade domar från EU-domstolen, Förstainstatsrätten och förslag till avgörande

C-26/75 General Motors Continental NV v Commission [1975] ECR 1367

C-27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission [1978] ECR 207

C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461

C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359

C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359

C-333/94 P Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I-5951

T 5/97 Industrie des Poudres Sphériques v Commission [2000] ECR II-3755

T 340/03 France Télécom v Commission [2007] ECR II-107

C-52/07 Kanal 5 och TV 4 m. STIM, [2008] ECR I-9275

T 271/03 Deutsche Telekom AG v Commission [2008] ECR II-477

C-202/07 P France Télécom SA v Commission [2009] ECR I-2369

C 280/08 P Deutsche Telekom AG v Commission [2010] ECR I-0000

C 52/09 TeliaSonera Sverige AB & Tele2 Sverige AB m Kommissionen [2011] ECR I-0000

Förslag till avgörande i C-333/94 P Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I-5951

Förslag till avgörande i T-340/03, France Télécom SA v. Commission [2007] ECR II-107

Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg