

HENRIK NIELSEN

Brister i förbudet mot underprissättning*

Ett förbud mot sk underprissättning infördes i Sverige förra året. I denna artikel visas att förbudet dels riskerar att få en konkurrenshämmande effekt och dels kommer att misslyckas med att identifiera vissa former av underprissättning.

Inledning

En ny konkurrenslag trädde i kraft den 1 juli 1993 (SFS 1993:20). Bland förbuden som infördes i den nya lagen återfinns förbudet mot underprissättning, som räknas in i vad som benämns missbruk av dominerande ställning. Kortfattat kan underprissättning beskrivas som att ett dominerande företag försöker slå ut ett eller flera mindre företag från marknaden genom en tillfällig prissänkning, i syfte att ytterligare öka sin marknadsmakt. Problemet med ett förbud mot underprissättning sönderfaller i princip i två delar: under vilka omständigheter har ett enskilt företags agerande negativa effekter på konkurrensen, samt hur ska ett fungerande förbud mot sådant agerande utformas? Ett förbud måste således kunna särskilja normal konkurrens från för konkurrensen skadliga åtgärder. Vad som framförallt gör underprissättning intressant ur svensk synvinkel är att det i och med den nya konkurrenslagen införts ett uttryckligt förbud, något som tidigare saknats. Dessutom har under den tid som förbudet funnits redan cirka arton anmälningar om på-

stådd underprissättning kommit in till Konkursverket.¹

Syftet med artikeln är att peka på vissa brister i det nya förbudet mot underprissättning, brister som antyder att förbudet dels kan komma att verka konkurrenshämmande istället för konkurrensfrämjande och dels misslyckas med att identifiera vissa former av underprissättning. Först presenteras det nya förbudet mot underprissättning, åtföljt av en kort teoretisk bakgrund. Sedan diskuteras den kritik som framförts dels mot underprissättning som rationell strategi och dels mot förbudets utformning. Kritiken visar att underprissättning knappast kan ses som en rationell strategi, förutsatt att det dominerande företaget endast agerar på en marknad, samt att förbudet kan vara svårt att tillämpa praktiskt. Därefter ges ett exempel på en spelteoretisk modell som ger avsevärt skilda resultat jämfört med teorin bakom förbudet. Modellen visar att underprissättning kan vara en lönsam strategi om det råder asymmetrisk information och det dominerande företaget agerar på flera marknader, förutsättningar som det nya förbudet inte tar hänsyn till. Artikeln avslutas med en diskussion av vilka slutsatser som kan dras angående problemets lösning.

Förbudets utformning

Underprissättning tas upp under 19§ 1p i den nya konkurrenslagen, den paragraf som förbjuder olika former av missbruk

*Civilekonom HENRIK NIELSEN
studerar på juristlinjen vid Uppsala
universitet.*

* Artikeln bygger på en C-uppsats framlagd vid Nationalekonomiska institutionen, Uppsala universitet.

¹ Konkursverket [1994].

av dominerande ställning. Hur förbudet mot underprissättning ska tillämpas definieras i propositionen² med hjälp av ett rättsfall från EG-domstolen. Där uttalas att "priser som är lägre än den genomsnittliga rörliga kostnaden, och genom vilka ett dominerande företag försöker eliminera en konkurrent" är förbjudna. Det rör sig således om en kostnadsregel där det avgörande är relationen mellan det dominerande företagets priser och kostnader. Detta motiveras med att ett företags skäl för att sätta ett sådant pris inte kan vara annat än att försöka slå ut en konkurrent. Även priser lägre än den genomsnittliga totala kostnaden kan vara förbjudna. Det sistnämnda motiveras med att ett lika effektivt företag som har en svagare ekonomisk ställning kan slås ut av en sådan prissättning. Här måste dessutom någon form av uppsåt hos det dominerande företaget bevisas, dvs att syftet med prissättningen verkligen är att slå ut en konkurrent. Det är vidare inte nödvändigt att underprissättningen har "lyckats" i den meningen att konkurrenten verkligen har slagits ut, för att förbudet ska kunna åberopas. Detta rättsfall är det enda som finns att tillgå från EG-domstolen. Någon svensk praxis har inte etablerats, då något avgörande ännu inte har meddelats av Konkurrensverket. Endast ett fall av underprissättning togs upp av Marknadsdomstolen under den gamla lagens existens, där domstolen angav att kostnadsregeln skulle utgöra grunden för när underprissättning ska anses olagligt.³ Domstolen lämnade dock fallet utan åtgärd p g a bristande utredningsunderlag.

Teoretisk bakgrund till kostnadsregeln

I detta avsnitt kommer jag att presentera den teoretiska bakgrunden till varför underprissättning (enligt lagstiftaren) är en rationell, konkurrenshämmande strategi för ett dominerande företag och varför förbudet givits den utformning som beskrivits ovan.⁴ Teorin bygger på två förut-

sättningar. För det första antas det dominerande företaget ha större finansiella reserver än övriga faktiska och potentiella konkurrenter vilket ger företaget bättre möjligheter att överleva ett priskrig. För det andra föreligger någon form av inträdeshinder som gör det möjligt för företaget att behålla en erövrad monopolställning. Det dominerande företaget och konkurrenten antas vidare ha ungefär samma kostnadsminimum. Utgångspunkten för när underprissättning ska bedömas som skadlig utgörs av det dominerande företagets marginalkostnad, vilket följer av den prissättning som sker enligt de teoretiska fri konkurrens- respektive monopolmodellerna. Så länge priset överstiger marginalkostnaden, kan underprissättning inte skiljas från normala konkurrerande åtgärder. En sådan prissättning kan inte med tillräcklig säkerhet sägas vara ett försök att slå ut en konkurrent. Att sätta ett prisgolv för underprissättning som ligger över marginalkostnaden skulle också medföra att mindre effektiva företag, med högre kostnader än det dominerande, erhåller ett skydd mot normal konkurrens.

Marginalkostnaden kan emellertid vara mycket svår att bedöma i realiteten för ett enskilt företag, där de tillgängliga uppgifterna vanligen består av företagets redovisning. Den genomsnittliga rörliga kostnaden kan därför användas som proxy. Regeln bör vara flexibel i så måtto att ett företag tillåts visa att priset ligger i närheten av en ungefärligt uppskattad genomsnittlig kostnad. Det kan härvid vara tillåtet att använda sig av en uppskattning av förväntade kostnader.

² Regeringens proposition [1992/93:56, s 86-87].

³ *Pris och Konkurrens* [1985].

⁴ Teorin om en kostnadsregel framfördes av Areeda & Turner [1975].

Är underprissättning en rationell strategi?

Viss kritik har riktats mot teorin om underprissättning, där det ifrågasätts om en sådan strategi överhuvudtaget kan betraktas som ett rationellt beteende av ett vinstmaximerande företag.⁵ Att ett företag på kort sikt skulle föredra att skada ett annat företag istället för att maximera sin egen vinst är tveksamt, med tanke på den press som ett företag är utsatt för från investerare och aktieägare. Ett företag måste inte bara försöka sälja mer och bättre varor än sina konkurrenter, det måste också visa för omvärlden att det gör en vinst. I annat fall riskerar det fallande aktiepriser, kapitalanskaffningsproblem, fiendliga övertaganden m m. Vinstmaximering på både kort och lång sikt är således av yttersta vikt för ett företags överlevnad. Det betyder att om underprissättning verkligen används, måste ett företag som överväger strategin vara säker på att den är lönsam.

Om marknadspriset ligger över det dominerande företags kostnader erhåller företaget vad som kan kallas en övernormal vinst. En prissänkning under den genomsnittliga totala kostnaden kommer dels att kosta det dominerande företaget en normal vinst och dels vinsten som erhållits vid det ursprungliga priset. För att tillgodose den ökning i efterfrågad kvantitet som prissänkningen medför måste det dominerande företaget dessutom öka sin utbudna kvantitet. Om det mindre företaget väljer att ligga kvar på det ursprungliga priset och minskar sin produktion i syfte att minimera förlusterna måste den utbudna kvantiteten ökas än mer. Ett priskrig kommer således att vara betydligt mer kostsamt för det dominerande företaget jämfört med det mindre. När det dominerande företaget uppskattar lönsamheten av underprissättning måste också de framtida vinster som strategin antas medföra diskonteras på lämpligt sätt. Ett långvarigt priskrig kan innebära att vins-

terna diskonteras så kraftigt att de inte överstiger förlusterna av priskriget. Det viktigaste argumentet för varför underprissättning är rationellt, att ett dominerande företag skulle ha större reserver och därmed bättre möjligheter att klara ett priskrig, kan också ifrågasättas. Ett företag som planerar ett priskrig måste skaffa oproportionellt större reserver jämfört med sin konkurrent och dessa reserver är inte gratis. Stora reserver medför stora kostnader, de utgör ingen implicit fördel hos ett stort företag.

Kritik mot förbudets utformning

De allokeringsmässiga fördelarna med marginalkostnadsprissättning är framtagna i ett givet, statiskt läge. Underprissättning definieras genom intertemporal vinstmaximering, medan kostnadsregeln utgår från de priser och kostnader som är relevanta för kortsiktig vinstmaximering. Det existerande priset innefattar marknadsaktörernas förväntningar om framtida marknadsförhållanden. En jämförelse mellan nuvarande pris och nuvarande kostnader kan därför vara missledande. Ett exempel är inlärningseffekter som får den genomsnittliga kostnaden att skifta neråt när den ackumulerade produktionsvolymen ökar. För att ta hänsyn till detta måste alltså de kostnadsbesparingar som företaget väntar sig på längre sikt, kanske tre år framåt, bestämmas om man vill hålla fast vid kostnadsregeln.

Genomsnittliga rörliga kostnader är heller inte så lätta att definiera i verkligheten som i teorin. I det tidigare nämnda rättsfallet från EG-domstolen ägnades stort utrymme åt att försöka utröna vad som var rörliga kostnader i det aktuella fallet. Vidare kan ett stort företag, tex en koncern, anpassa sin redovisning och sin kostnadsfördelning mellan olika verksamhetsgrenar på ett sätt som gör det

⁵ Kritiken har huvudsakligen framförts av McGee [1980].

mycket svårt att beräkna genomsnittskostnaden för en enskild produkt. I rättsfallet MD 1985:13⁶ kunde det inte visas att underprissättning förekommit just på grund av att den tillgängliga kostnadsredovisningen, som inte innefattade någon sårredovisning av kostnaderna för den aktuella produkten, inte gav tillräckligt underlag för att ta fram genomsnittskostnaden. En av regelns fördelar hävdas vidare vara att den ger klara spelregler för företagen. Denna fördel kan lika gärna vara en nackdel när underprissättning ska förhindras: företagen får helt klart för sig på vilket sätt de kan använda strategin utan att riskera att bryta mot lagen.

Utifrån den kritik som framförts i detta avsnitt framstår det som mycket tveksamt om underprissättning kan ses som en rationell strategi under de förutsättningar som det nya förbudet bygger på. Slutsatsen skulle därför bli att underprissättning i den form som diskuterats hittills är väldigt sällsynt förekommande. Detta faktum tillsammans med de praktiska problem som förbudets tillämpning möter innebär en klar risk för en konkurrenshämmande snarare än konkurrensfrämjande verkan. Att förbjuda något som inte förekommer i praktiken kan knappast förväntas ha en positiv inverkan på konkurrensen. Underprissättning kan emellertid förekomma i andra former, något som avslöjar ytterligare brister i förbudet. Detta kommer att visas i nästa avsnitt.

Underprissättning i en spelteoretisk modell

Under 1980-talet började ett flertal spelteoretiska modeller utvecklas i syfte att undersöka under vilka förutsättningar underprissättning kan vara en rationell strategi. Ursprunget till dessa modeller kan sägas vara den välbekanta sk *chain-store paradox* som togs fram av Selten [1978]. En lösning på paradoxen presenterades av Kreps & Wilson [1982], där det nya låg i antaganden om asymmetrisk informa-

tion.⁷ Här kommer jag att utgå från en modell som presenterats av Easley m fl [1985], då denna är något elegantare jämfört med Kreps & Wilsons modell och bygger på mindre restriktiva förutsättningar.

Det nya förbudet mot underprissättning och den kritik mot förbudet som hittills diskuterats bygger på traditionell mikroteori, där framförallt antagandet om fullständig information är väsentligt. Vidare bör observeras att endast det förhållandet att det dominerande företaget är verksamt på en enskild marknad har behandlats. Om emellertid osäkerhet råder i den meningen att konkurrenterna inte kan avgöra hur starkt det dominerande företaget är och detta företag dessutom opererar på flera marknader, öppnas möjligheten för det dominerande företaget att satsa investera i rykte.

Om konkurrenterna inte vet hur effektivt det dominerande företaget är kan de heller inte avgöra när de blir utsatta för underprissättning. En prissänkning kan antingen betyda att det dominerande företaget är tillräckligt effektivt för att kunna hålla ett lågt pris eller att det använder sig av underprissättning. Syftet med underprissättning blir då ett annat jämfört med tidigare resonemang. För att underprissättning ska vara lönsamt är det inte nödvändigt att konkurrenten slås ut. Det dominerande företaget försöker istället påverka konkurrenternas information för att framstå som mer effektivt än vad det egentligen är. Det rykte som det dominerande företaget härigenom kan skaffa sig gör att företaget lättare kan behålla sin ställning på övriga marknader, då konkurrenterna (felaktigt) bedömer det som olönsamt att försöka gå in på någon av dessa.

⁶ *Pris och Konkurrens* [1985].

⁷ För en genomgång av Selten och flera av de spelteoretiska modellerna, se Ordoover & Saloner [1989, s 550–556].

Observera att ett företag som använder underprissättning på det här sättet inte behöver sänka priset så lågt att konkurrenten (eller företaget självt) går med förlust på kort sikt, då det som nämnts inte är nödvändigt att konkurrenten slås ut för att uppnå syftet med strategin. Vad som krävs är att förlusten (i form av utebliven vinst) av att använda underprissättning på en marknad uppvägs av vinstflödena från de marknader som skyddas. Utifrån dessa förutsättningar visar Easley i ett par exempel att underprissättning kan vara en lönsam strategi för det dominerande företaget.⁸ Förutom möjligheten att det dominerande företaget använder underprissättning "i evighet" för att skydda sina övriga marknader, kan det också vara så att företaget endast finner det lönsamt att använda underprissättning en viss tid för att sedan sätta det pris som uppkommer i normal konkurrens. Även i ett sådant fall kan underprissättning vara lönsamt för ett dominerande företag, då strategin fördröjer ytterligare inträde på de övriga marknaderna en viss tid.

Jämförelse med kostnadsregeln

Den beskrivna strategin visar att ytterligare ett villkor måste vara uppfyllt för att underprissättning ska vara lönsamt: strategin används för att hämma konkurrensen på en annan marknad än den där underprissättningen sker. Detta villkor tillsammans med de som togs upp i föregående stycke om asymmetrisk information och flera marknader beaktas inte till någon del i det nya förbudet.

En jämförelse med svensk rätt och den kostnadsregel som det nya förbudet bygger på visar därför på stora skillnader, både vad gäller hur underprissättning definieras och hur det ska identifieras. Frågan om starkare ekonomisk ställning kan ge ett större företag bättre möjlighet att genomföra ett priskrig jämfört med ett mindre kan lämnas därhän. Hur stora likvida reserver företagen har är inte intres-

sant för den strategi som beskrivits här, utan lönsamheten bestäms av vinstflödena från det dominerande företags olika marknader. Förhållandet mellan priset och det dominerande företags kostnader är helt avgörande när kostnadsregeln ska tillämpas. Kostnadsregeln förutsätter också att konkurrenten ska åsamkas sådana förluster att han tvingas lämna marknaden. Ingen av dessa faktorer är nödvändiga för att underprissättning ska vara lönsamt i den spelteoretiska modellen; tvärtom skulle strategin som beskrivits i detta avsnitt bedömas som helt laglig. Lagstiftaren har inte räknat med möjligheten att ett företags beteende på en marknad kan hämma konkurrensen på en annan marknad.

Slutsatser och förslag till ändring

I och med den nya konkurrenslagen finns nu en klar regel att tillgå, som ett litet företag kan åberopa när det anser sin överlevnad vara hotad på grund av ett dominerande företags agerande. I Sverige skulle det kunna medföra att betydligt fler mål om underprissättning än tidigare kommer upp till prövning i domstol. Vissa indikationer på att så sker kan faktiskt ses, även om det måste betonas att det bara rör sig om indikationer än så länge. Trots att lagen endast varit gällande sedan den första juli 1993 har som nämnts cirka arton anmälningar om underprissättning redan kommit in till Konkurrensverket.⁹

Om anmälningarna fortsätter att strömma in i samma takt kan endera av två slutsatser dras:

1. Underprissättning är vanligt förekommande och förbudet kommer att fylla en viktig funktion.
2. Små företag ser sin chans att med lagens hjälp skydda sig från att bli utkon-

⁸ Easley m fl [1985, s 450ff].

⁹ Konkurrensverket [1994].

kurrerade av visserligen större men framförallt mer effektiva företag.

Den första slutsatsen implicerar att lagen för närvarande är utformad på ett bra sätt. Med tanke på den kritik som redovisats och de helt andra resultat som erhöles från den spelteoretiska modellen är det emellertid svårt att acceptera den första slutsatsen. De amerikanska domstolarna har också valt att frångå kostnadsregeln allteftersom kritiken mot den har växt.¹⁰ Därmed skulle den andra slutsatsen kunna hållas för riktig. Vad som egentligen utgör normal konkurrens kommer att bedömas som olagligt. Längre fram i tiden då företagen blir medvetna om möjligheterna som förbudet ger de mindre företagen och riskerna med att använda priset som konkurrensmedel, kan de dominerande företagen förväntas vidta försiktighetsåtgärder för att undvika att bli felaktigt anklagade för underprissättning.

Stora resurser kommer också att behöva ägnas från myndigheternas sida åt att utreda de kostnader som är helt avgörande för det nya förbudets tillämpning. De bevisvärigheter som kostnadsutredningarna ger upphov till kan eventuellt medföra att några fällande domar inte kommer till stånd, något som bekräftas av ett oerhört lågt antal avgöranden i andra länder där kostnadsregeln använts.¹¹ Det är därför för tidigt att bedöma hur pass konkurrenshämmande det nya förbudet i själva verket kommer att vara. Däremot visar den spelteoretiska modellen att möjligheterna att använda underprissättning utan risk att överträda förbudet är tämligen goda. Med den nuvarande utformningen av förbudet finns det således en risk att flera fall av underprissättning inte kan upptäckas.

Alternativ till kostnadsregeln

Syftet med kostnadsregeln är att skapa ett användbart test som kan särskilja konkurrenshämmande prissättning från normal

konkurrens. Utifrån vad som anförts i denna artikel får det anses stå klart att en kostnadsregel inte kan uppfylla dessa intentioner. Regeln blir alltför oflexibel i och med att den utgår från ett givet kostnadsbegrepp, ett begrepp som dessutom härletts från statiska förhållanden och under orealistiska förutsättningar.

Det är enligt min mening mycket tveksamt om man kan införa en schablon a priori för vilka prissänkningar som ska bedömas som konkurrenshämmande. En mer tilltalande lösning vore att använda en kvalitativ bedömning för att kunna ta hänsyn till samtliga faktorer som påverkar konkurrensen på en viss marknad. En kvalitativ bedömning skulle också innebära ett krav på att en verkligt skadlig påverkan på konkurrensen förekommit och kunnat påvisas. Flera olika strategier skulle kunna granskas, främst med avseende på samtliga marknader som det dominerande företaget är verksamt på.

Problemet med om regeln är praktiskt användbar gör sig emellertid starkt gällande beträffande en kvalitativ bedömning. Att i efterhand visa att ett dominerande företags prissättning verkligen har påverkat konkurrensen negativt kan visa sig vara en svåröverstiglig uppgift. Stor oklarhet om vad som kan anföras som bevisning i en rättegång riskerar också att uppkomma, likväl som att fallen kan bli väldigt komplicerade och svårutredda. Även en kvalitativ bedömning kan därför leda till att väldigt få fällande avgöranden blir möjliga.

Problemet med hur ett väl fungerande test ska utformas för att identifiera underprissättning kan i själva verket ha djupare orsaker. Att bestämma vilka former av missbruk av dominerande ställning som bör förhindras beror ytterst på vilken grad av konkurrens som lagstiftaren eftersträ-

¹⁰ Klevorick [1993, s 166].

¹¹ EG, se Bernitz [1993, s 38], och USA, se Klevorick [1993, s 166].

var. Hur effektiv konkurrens ska definieras berörs dock inte i vare sig lagtext eller förarbeten. Ingripanden mot enskilda konkurrenshämmande beteenden utan att det övergripande målet med konkurrenslagen har fastställts kan vara att börja i fel ände. En måttstock på vad effektiv konkurrens innebär skulle kunna bereda en utgångspunkt för analys av underprissättning och förmodligen även andra liknande problem.

Referenser

- Areeda, P & Turner, D F, [1975], "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of The Sherman Act". *Harvard Law Review*, vol 88, s 697-733.
- Bernitz, U, [1993], *Den nya konkurrenslagen*. Marknadsrättsförlaget, Stockholm.
- Easley, D, Masson, R T & Reynolds, R J, [1985], "Preying for Time". *Journal of Industrial Economics*, vol 33, s 445-460.
- Klevorick, A K, [1993], "The Current State of the Law and Economics of Predatory Pricing". *American Economic Review*, vol 83, s 162-167.
- Konkurrensverket [1994], *Diarietförteckning över anmälningar om underprissättning*, 1 juli 1993-16 mars 1994.
- Kreps, D & Wilson, R, [1982], "Reputation and Imperfect Information". *Journal of Economic Theory*, vol 27, s 253-279.
- McGee, J, [1980], "Predatory Pricing Revisited". *Journal of Law and Economics*, vol 23, s 289-330.
- Ordover, J A & Saloner, G, [1989], "Predation, Monopolization, and Antitrust". I Schmalensee, R & Willig, R D (red), *Handbook of Industrial Organization*, kap 9. Elsevier Science Publishers B V.
- Pris och Konkurrens, [1985], "Underprissättning beträffande telefonsvarare, beslut MD 1985:13". Nr 4, s 42-56.
- Regeringens proposition [1992/93:56], *Ny konkurrenslagstiftning*.
- Selten, R, [1978], "The Chain-Store Paradox". *Theory and Decision*, vol 9, s 127-159.