

Forbrugervelfærd som formål med TEUF art. 102

Consumer welfare as the objective of TFEU art. 102

Matilde Toftdal Pedersen

Pernille Hjulmand Bundgaard

Kandidatafhandling: Cand. Merc. (Jur.)

Vejledere: Grith Skovgaard Ølykke og Lasse Henningsen

Antal anslag: 240.558

Indholdsfortegnelse

1	Introduktion	5
1.1	Indledning	5
1.2	Problemformulering	6
1.3	Formålsbeskrivelse	6
1.4	Disposition	6
1.5	Afgrænsning	8
1.6	Teori og metode	10
1.6.1	<i>Juridisk metode</i>	10
1.6.1.1	Forholdet mellem domme afsagt af EU-Domstolen, Retten samt kommissionsbeslutninger	12
1.6.2	<i>Økonomisk metode</i>	13
1.6.3	<i>Integreret metode</i>	16
2	Reguleringen af dominerende virksomheder	17
2.1	TEUF art. 102	17
2.1.1	<i>Dominansbegrebet</i>	18
2.2	Forbrugervelfærd som formål med TEUF art. 102	19
2.2.1	<i>Er forbrugervelfærd det rette formål?</i>	19
2.2.1.1	Formålet ud fra en økonomisk betragtning	20
2.2.1.2	Formålet anvendt i praksis	20
2.2.2	<i>Forbrugervelfærd som formål i retspraksis</i>	21
2.3	Kommissionens Vejledning om ekskluderende misbrug	24
2.3.1	<i>Hensigten med Vejledningen</i>	25
2.3.2	<i>Vejledningens opbygning</i>	26
2.3.3	<i>As efficient competitor testen</i>	27
2.3.3.1	AAC	28
2.3.3.2	LRAIC	28
2.3.3.3	Prissætning over LRAIC	30
2.3.3.4	Prissætning under AAC	30
2.3.3.5	Prissætning under LRAIC men over AAC	30
2.3.3.6	Undtagelse til as efficient competitor testen	31
2.3.4	<i>Objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster</i>	31
2.4	Delkonklusion	34

3 Dominansbegrebet i Vejledningen og i retspraksis.....	35
3.1 Dominansbegrebet	35
3.2 Definitionen af dominans	36
3.3 Den dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling	39
3.3.1 Den dominerende virksomheds markedsandel.....	39
3.3.1.1 Tidligere retspraksis.....	39
3.3.1.2 Nyere retspraksis	40
3.3.2 Andre relevante faktorer	42
3.4 Ekspansion og markedstilgang	44
3.4.1.1 Tidligere retspraksis.....	45
3.4.1.2 Nyere retspraksis	46
3.5 Modstående købermagt.....	47
3.5.1 Tidligere retspraksis.....	48
3.5.2 Vejledningen	49
3.6 Delkonklusion	50
4 Misbrugsbegrebet i retspraksis.....	52
4.1 Forbrugerhensynet.....	53
4.1.1 Tidligere retspraksis.....	53
4.1.2 Nyere retspraksis	57
4.2 Generelle analysefaktorer	60
4.2.1 Interne dokumenter.....	61
4.3 Prisbaseret ekskluderende adfærd.....	64
4.4 Anvendelse af den formbaserede tilgang i retspraksis.....	66
4.5 Anvendelsen af den effektbaserede tilgang i retspraksis	67
4.5.1 Tomra	68
4.5.1.1 Sagens fremlagte argumenter	68
4.5.1.2 Tomras brug af en effektbaseret tilgang	70
4.5.1.3 Har Vejledningen tilbagevirkende kraft?	71
4.5.2 Post Danmark	73
4.5.2.1 As efficient competitor testen	73
4.5.2.2 Lige effektive konkurrenter	75
4.5.2.3 Effektivitetsgevinster	75
4.5.3 Deutsche Telekom.....	76
4.6 Delkonklusion	78

5	Vejledningens plads i retskildehierarkiet	80
5.1	Behovet for en vejledning	80
5.2	Retningslinje eller prioritering?	81
5.2.1	<i>Forskellen mellem en prioritering og en retningslinje.....</i>	<i>82</i>
5.3	Er Vejledningen forenelig med EU-retten?	82
5.3.1	<i>Strider Vejledningen mod hard law?</i>	<i>83</i>
5.4	Delkonklusion	85
6	Regulering og efficiens	87
6.1	SCP-skolen og Chicago-skolen	87
6.1.1	<i>Behovet for lovgivning</i>	<i>88</i>
6.2	Den nye industriøkonomi	90
6.2.1	<i>Det relevante benchmark</i>	<i>91</i>
6.3	Delkonklusion	92
7	Økonomiske konsekvenser af den anvendte tilgang	93
7.1	Markedsstrukturen	93
7.1.1	<i>Strukturen under den formbaserede vurdering</i>	<i>95</i>
7.1.2	<i>Strukturen under den effektbaserede vurdering.....</i>	<i>96</i>
7.1.3	<i>Andre faktorer, der har betydning for strukturen.....</i>	<i>98</i>
7.1.3.1	<i>Usammenhængende retspraksis før Vejledningen.....</i>	<i>98</i>
7.1.3.2	<i>Per se regler øger forudsigeligheden af den ellers effektbaserede tilgang</i>	<i>99</i>
7.1.3.3	<i>Forkerte kendelser før Vejledningen</i>	<i>99</i>
7.1.3.4	<i>Forkerte kendelser efter Vejledningen</i>	<i>100</i>
7.1.4	<i>Opsummering af markedsstrukturen.....</i>	<i>101</i>
7.2	Conduct	102
7.2.1	<i>Ændringen af virksomhedernes udbud</i>	<i>102</i>
7.2.2	<i>Fejlkendelser</i>	<i>104</i>
7.2.3	<i>Opsummering af conduct</i>	<i>105</i>
7.3	Performance	105
7.3.1	<i>Transaktionsomkostningernes betydning for performance</i>	<i>106</i>
7.3.1.1	<i>Transaktionsomkostninger før Vejledningen.....</i>	<i>106</i>
7.3.1.2	<i>Transaktionsomkostninger efter Vejledningen</i>	<i>107</i>
7.3.1.3	<i>Vurdering af nettoomkostninger</i>	<i>108</i>
7.3.2	<i>Fejlkendelser</i>	<i>109</i>
7.3.3	<i>Opsummering af performance.....</i>	<i>110</i>

7.4	Delkonklusion	110
8	Økonomiske konsekvenser af Vejledningens indhold	112
8.1	Markedsstrukturen	112
8.1.1	Markedskoncentration	112
8.1.1.1	Industriøkonomi og markedskoncentration	113
8.1.1.2	Vejledningens indflydelse på markedskoncentrationen.....	113
8.1.2	Adgangsbarrierer.....	114
8.1.2.1	Industriøkonomi og adgangsbarrierer	114
8.1.2.2	Vejledningens indflydelse på adgangsbarriererne.....	116
8.1.3	Produktdifferentiering	116
8.1.3.1	Industriøkonomi og produktdifferentiering.....	116
8.1.3.2	Vejledningens indflydelse på produktdifferentiering	117
8.1.4	Opsummering af markedsstrukturen.....	118
8.2	Conduct	119
8.2.1	Vejledningen skaber et oligopol.....	119
8.2.1.1	Priserne på et oligopolmarked.....	119
8.2.1.2	Stordriftsfordele på et oligopolmarked	120
8.2.2	Kartelaftaler.....	121
8.2.3	Opsummering af conduct	123
8.3	Performance	124
8.3.1	Statisk efficiens betragtning	124
8.3.2	Dynamisk efficiens betragtning	124
8.3.3	Opsummering performance.....	126
8.4	Delkonklusion	126
9	Vurderingen af Vejledningen	128
9.1	Prioritering eller retningslinje?.....	128
9.2	Effektbaseret tilgang	129
9.3	Forbrugerhensynet	131
9.4	As efficient competitor testen	132
9.5	Objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster.....	134
9.6	Delkonklusion	134
10	Konklusion	136

1 Introduktion

1.1 Indledning

TEUF art. 102 er den europæiske konkurrencerets grundpille i reguleringen af dominerende virksomheders adfærd. Praktikere inden for området har længe efterspurgt en Vejledning fra Kommissionen om håndhævelsen af bestemmelsen, idet retspraksis har været inkonsistent. Andre konkurrenceretlige bestemmelser har længe været underlagt fortolkende *soft law* fra Kommissionen, og netop derfor er det bemærkelsesværdigt, at en bestemmelse som TEUF art. 102, uden defineret formål og en ikke-udtømmende liste over misbrugsformer, ikke tidligere har været genstand for opklarende *soft law*.

Det var således tiltrængt, da Kommissionen i december 2008 offentliggjorde "*Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 [nu TEUF art. 102] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*" (herefter Vejledningen), hvori Kommissionen udtrykker sin officielle holdning til håndhævelsen af TEUF art. 102.

Vejledningen blev imidlertid modtaget med en vis skepsis, idet kritikere såede tvivl om indholdet. Kritikken gik på, at Vejledningens angivelse af forbrugerhensynet som formål med TEUF art. 102 er i strid med retspraksis. En vurdering af, hvorvidt en virksomheds adfærd respekterer forbrugervelfærd, betyder nemlig, at bestemmelsen underlægges en effektbaseret tilgang, hvor økonomiske analyser er nødvendige for at vurdere, hvorvidt velfærden skades. Dette stemmer ikke overens med den formbaserede tilgang, der tidligere har været anvendt i retspraksis.

Tilgangen til reguleringen har afgørende betydning for velfærden på markedet. Det er vigtigt, at virksomhederne selv kan vurdere og forudsige, om deres adfærd er i strid med TEUF art. 102, så de kan optimere deres virksomhed inden for lovens rammer. Markedsregulering skal med andre ord skabe incitament til konkurrence på ydelser for derigennem at skabe øget velfærd på markedet.

1.2 Problemformulering

Strider Vejledningens formål om beskyttelse af forbrugervelfærden ved reguleringen af prisekskluderende adfærd imod retspraksis, som følge af at formålet nødvendigvis gør anvendelsen af en effektbaseret vurdering? Og skaber en effektbaseret tilgang en øget velfærd på markedet?

1.3 Formålsbeskrivelse

Denne afhandling har til formål at analysere og vurdere, om Kommissionen, ved angivelsen af forbrugerhensynet som formål med TEUF art. 102, gennemfører et paradigmeskifte, der ikke foreligger klar støtte for i retspraksis. I afhandlingen vil det blive belyst, om Vejledningen indfører en ny effektbaseret tilgang til vurderingen af dominans og særligt misbrug heraf. I den forbindelse diskuteres det, hvorvidt Kommissionen har beføjelse til at indføre en ny tilgang samt angive forbrugerhensynet som formål med TEUF art. 102.

Det undersøges endvidere, om håndhævelse i henhold til Vejledningen sikrer forbrugernes velfærd, og om Vejledningen bidrager til en forøgelse heraf. Dette vurderes på baggrund af Vejledningens evne til at skabe et marked, der sammenlignet med situationen før Vejledningens offentliggørelse, i højere grad tilnærmer sig efficiens.

Der arbejdes med tre forskellige metoder i afhandlingen: juridisk metode, økonomisk metode og integration af jura og økonomi. Disse vil blive gennemgået nedenfor i afsnit 1.6.

1.4 Disposition

Denne afhandling er delt op i ti kapitler. I **kapitel 1** introduceres problemstillingen og afhandlingens formål og problemformulering. Derefter følger en afgrænsning af selve emneområdet samt en forklaring af de metoder, der vil blive anvendt i afhandlingens analyser.

I **Kapitel 2** præsenteres reguleringsgrundlaget for dominerende virksomheders misbrug af deres stilling for at klarlægge området for læseren. Der vil i kapitlet blive taget udgangspunkt i TEUF art. 102 samt Kommissionens Vejledning,

I **Kapitel 3** introduceres dominansbegrebet, som det fremstår i henholdsvis retspraksis og Vejledningen. Vejledningens kriterier for dominans inddrages for at analysere, hvorvidt disse er blevet anvendt i retspraksis og i så fald, hvordan de er blevet anvendt.

Kapitel 4 bygger på en analyse af retspraksis, hvor forskellen i konkurrencemyndighedernes tilgang til misbrugsvurderingen gennem tiden vurderes. Forbrugerhensynet vil blive inddraget, da det har afgørende betydning for vurderingen, men også andre mere generelle analysefaktorer vil blive diskuteret i det omfang, som de er relevante. Sidst i kapitlet vil tre nye afgørelser blive analyseret med henblik på at vurdere, hvorvidt Vejledningens effektbaserede tilgang bliver anvendt i retspraksis.

Kapitel 5 er en diskussion af, hvorvidt Kommissionen inddrager forbrugerhensynet som nyt formål til TEUF art. 102, og om den har beføjelser hertil.

Kapitel 6 er en diskussion af, hvad der definerer et efficient marked, og hvorvidt markedsregulering skaber eller modarbejder markedets effektivitet. I den forbindelse inddrages tre forskellige industriøkonomiske teorier, der lægges til grund for, hvilket benchmark, der bør anvendes, når det skal bestemmes, om markedet er efficient.

Kapitel 7 og 8 indeholder analyser af, hvorvidt den effektbaserede vurdering skaber en øget velfærd på markedet. For overblikkets skyld opdeles analysen i to, hvor **kapitel 7** indeholder en analyse af, hvordan tilgangen til håndhævelsen påvirker markedets performance, og **kapitel 8** indeholder en analyse af de økonomiske konsekvenser, som selve Vejledningens indhold er årsag til, og hvordan disse påvirker markedets performance.

Kapitel 9 er en endelig vurdering af Vejledningen. Det diskuteres, om Vejledningen skaber større retssikkerhed på markedet, når man sammenholder indholdet med Kommissionens praksis.

Kapitel 10 indeholder konklusionen på problemformuleringen.

Afhandlingens **bilag 1** er en begrebsforklaring.

1.5 Afgrænsning

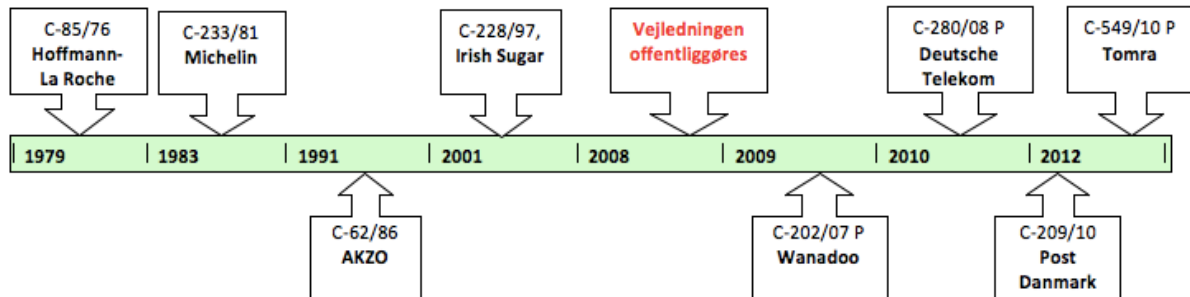
For at kunne besvare problemformuleringen, er det nødvendigt at fortage en klar afgrænsning af det emneområde, der behandles.

Afhandlingen beskæftiger sig med den EU-retlige regulering af dominerende virksomheders adfærd. De danske regler på området er underlagt EU-konformfortolkning. Der fokuseres derfor udelukkende på den EU-retlige regulering, da det er den, der danner grundlag for anvendelsen og fortolkningen af de danske regler. Som følge heraf vil afhandlingen ikke indeholde en analyse af de danske konkurrenceregler og den danske retspraksis.

TEUF art. 102 udgør retsgrundlaget og dermed fundamentet for reguleringen af virksomheder med dominerende stilling. Bestemmelsen bliver indledningsvis gennemgået, men der vil ikke blive foretaget en dybdegående analyse af traktatens bestemmelse, idet afhandlingen tager udgangspunkt i Kommissionens Vejledning.

Store dele af afhandlingen er en sammenligning af tidligere og nyere retspraksis sammenholdt med Vejledningen. Der er nøje udvalgt 4 afgørelser afsagt før Vejledningens offentliggørelse samt 4 afgørelser afsagt efter Vejledningens offentliggørelse. Afgørelserne er udvalgt, fordi de giver et repræsentativt billede af retspraksis før og efter Vejledningens offentliggørelse, og desuden fordi de alle omhandler prisbaseret ekskluderende adfærd. Første afgørelse er afsagt tilbage i 1979, mens den nyeste afgørelse er fra april 2012. Som illustreret nedenfor i tidslinjen er afgørelser-

ne jævnt fordelt i dette tidsrum, hvorfor det er muligt at påvise en udvikling i retspraksis.



Figur 1: Tidslinje over udvalgte domme

Anden retspraksis inddrages desuden i det omfang det er fundet relevant. Disse afgørelser vil dog ikke blive underlagt samme grundige analyse som afgørelserne vist i tidslinjen.

Afhandlingen beskæftiger sig udelukkende med selve dominans- og misbrugsvurderingen, og det antages derfor, at misbruget er udøvet og foregået på det relevante marked. Der foretages ingen nærmere analyse af det relevante geografiske marked og det relevante produktmarked. Desuden vil kollektiv dominans ikke blive behandlet.

Misbrug af ekskluderende adfærd kan både være pris- og ikke-prisbaseret. I afhandlingen vil der i udgangspunktet blive fokuseret på prisbaseret ekskluderende adfærd. Der vil dog blive inddraget betragtninger, der både gør sig gældende for pris- og ikke-prisbaseret ekskluderende adfærd. Under begrebet prisbaseret ekskluderende adfærd findes en række specifikke misbrugstyper. Disse vil ikke blive diskuteret dybdegående, men vil blive inddraget i det omfang, de er relevante. Det begrænser sig til eksklusivaftaler og *margin squeeze*, hvorfor der afgrænses i forhold til kombinations salg, prisdumping og leveringsnægtelse.

Vurderingen af, hvorvidt Vejledningen øger markedsp performance, analyseres på baggrund af industriøkonomiske teorier samt transaktionsomkostningsteorien. Desuden afgrænses der til de faktorer, som vurderes at have størst betydning for markedsp performance – nemlig tilgangen til håndhævelsen samt Vejledningens indhold. Andre faktorer vil ikke blive taget i betragtning.

1.6 Teori og metode

1.6.1 Juridisk metode

Til at vurdere om og i hvilket omfang Vejledningen gennemfører et paradigmeskifte, er det nødvendigt at foretage en dybdegående analyse af gældende ret. Analysen foretages ud fra en retsdogmatisk metode, hvor de relevante retskilder benyttes til at udlede og fortolke gældende ret. I det omfang det er muligt, sammenlignes retspraksis fra før Vejledningens offentliggørelse med retspraksis fra efter offentliggørelsen. Da der endnu ikke er afsagt mange domme efter Vejledningens offentliggørelse, vil analysen af, hvorvidt der gennemføres et paradigmeskifte på nogle områder udelukkende tage udgangspunkt i vores fortolkning af Vejledningen og tidligere retspraksis.

Afhandlingen tager udgangspunkt i den EU-retlige regulering, hvorfor det udelukkende er retskilderne i EU, der lægges til grund for den juridiske analyse i afhandlingen. Disse retskilder kan klassificeres på følgende måde:

- Primærretten
- Bindende sekundærregulering
- Retsspraksis
- Ikke-bindende sekundærregulering¹

¹ Nielsen; Tvarnø (2011), s. 108

Primærretten inden for den konkurrenceretlige regulering findes i TEUF art. 101-105. Afhandlingen fokuserer som udgangspunkt kun på TEUF art. 102. Dog drages der paralleller til andre bestemmelser, hvor dette findes relevant.

EU-konkurrencerettens **bindende sekundærregulering** bygger hovedsageligt på forordninger, mens anvendelsen af direktiver på området er sparsom. Anvendelsen af bindende sekundærregulering er sparsom i denne afhandling, da det ikke er fundet relevant i forhold til problemformuleringen.

I vurderingen af, om Vejledningen indfører et paradigmeskifte, foretages der en grundig analyse af relevant **retspraksis**, hvorigennem det klarlægges, om Vejledningen indeholder nye tiltag og fortolkningsbidrag i en sådan grad, at der reelt er tale om en Vejledning, der søger at ændre retspraksis.

EU-domstolen betragter sine domme som bindende for de nationale domstole, hvorfor de nationale domstole har pligt til at rette sig efter EU-Domstolens fortolkning.² EU-Domstolen praktiserer dog ikke en stare decisis³, hvorfor det principielt står EU-Domstolen frit at fortolke imod dens tidligere afgørelser.⁴ Hvor det synes relevant, inddrages også generaladvokaternes udtalelser i afhandlingen. Selvom udtalelsernes retskildeværdi er tvivlsom, kan de være med til at skabe klarhed i forhold til tankerne bag EU-domstolens afgørelser.⁵

Vejledningen, der er omdrejningspunktet i denne afhandling, kategoriseres som **ikke-bindende sekundærregulering**. Det betyder, at EU-Domstolen og medlemsstaternes domstole ikke er forpligtede til at støtte op om Vejledningen og anvende den i deres praksis.⁶

²Nielsen; Tvarnø (2011), s. 179-180

³ Dvs. læren om, at Domstolens domme er bindende præjudikater for den selv jf. Nielsen; Tvarnø (2011), s. 180

⁴ Nielsen; Tvarnø (2011), s. 179-180

⁵ Nielsen; Tvarnø (2011), s. 181

⁶ TEUF art. 288

1.6.1.1 Forholdet mellem domme afsagt af EU-Domstolen, Retten samt kommissionsbeslutninger

Ifølge Traktaten⁷ består den Europæiske Union af syv institutioner, henholdsvis:

- Europa-Parlamentet
- Det Europæiske Råd
- Rådet
- Europa-Kommissionen (i det følgende benævnt "Kommissionen")
- Den Europæiske Unions Domstol
- Den Europæiske Centralbank
- Revisionsretten

Denne afhandling vil udelukkende omhandle Kommissionen og Den Europæiske Unions Domstol. Kommissionens opgaver er bl.a. at fremme Unionens almene interesser samt føre tilsyn med gennemførslen af EU-retten, herunder EU-konkurrenceretten.⁸ Den Europæiske Unions Domstol omfatter både Domstolen, Retten og et antal specialretter, og den sikrer overholdelsen af lov og ret ved fortolkning og anvendelse af traktaterne.⁹ I afhandlingens analyse anvendes som udgangspunkt udelukkende Domstolens og Rettens afgørelser, Generaladvokatens forslag til Domstolens afgørelse samt Kommissionens beslutninger, hvorfor forholdet imellem disse beskrives nedenfor.

I Rfo 1/2003 art. 4 tildeles Kommissionen kompetence til at anvende traktatens konkurrenceregler, hvor en af opgaverne bl.a. er konstatering og standsning af overtrædelser.¹⁰ Hvis Kommissionen konstaterer, at TEUF art. 101 eller 102 overtrædes, kan den ved beslutning pålægge de deltagende virksomheder at bringe den pågældende overtrædelse til ophør.¹¹

Ifølge Rfo 1/2003 har Domstolen fuld prøvelsesret, hvad angår klager over beslutninger, hvor Kommissionen har fastsat en bøde eller tvangsbøde. Hjemlen findes i

⁷ TEU art. 13

⁸ TEU art. 17

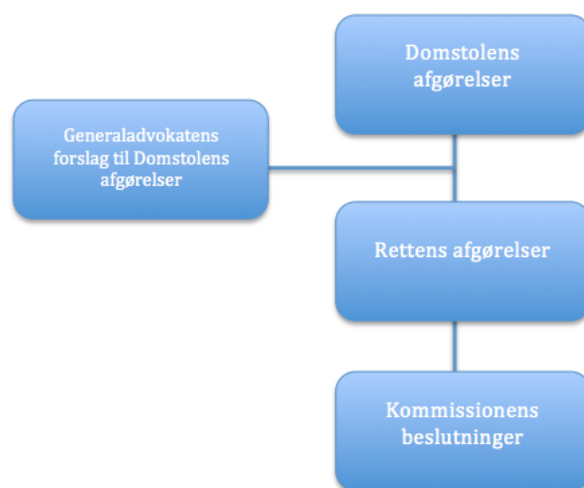
⁹ TEU art. 19

¹⁰ Rfo 1/2003, art. 7

¹¹ Fejøl (2009), s. 294

TEUF art. 261. Domstolen har desuden bemyndiget Retten fuld prøvelsesret, hvad angår størrelsen af de bøder, som er blevet pålagt virksomhederne, hvorfor Domstolen ikke kan omgøre det skøn, som Retten har foretaget. Sager der appelleres til Domstolen omhandler derfor udelukkende de retlige spørgsmål, der er blevet behandlet i første instans.¹²

Generaladvokatens opgave er at undersøge en sag til bunds, før den fremlægges for Domstolen. Man kan sige, at det er en form for *second opinion*, som dog bliver truffet først. Generaladvokatens beslutning er ikke bindende for Domstolen, men kan anvendes som inspiration.¹³



Figur 2: Forholdet mellem domme afsagt af Domstolen, Retten og Kommissionsbeslutninger

1.6.2 Økonomisk metode

Afhandlingens økonomiske analyse er funderet i industriøkonomien, herunder nærmere bestemt den neoklassiske teori. Den udvikling, som den neoklassiske- og industriøkonomiske teori har gennemgået, er resultatet af et overordnet ønske om at vurdere de forskellige markedsformer ud fra et velfærdsteoretisk perspektiv for derigennem at nå frem til mulige konkurrencepolitiske anvisninger.¹⁴ Teorien synes derfor oplagt at anvende i denne afhandling.

¹² Fejøl (2009), s. 376 og 385

¹³ Hartley (2010), s. 49-50

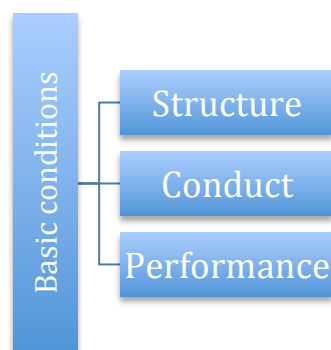
¹⁴ Knudsen (1997), s. 68

Formålet med afhandlingens økonomiske analyse er at vurdere, hvorvidt de berørte markeder ændrer struktur, og om virksomhederne ændrer adfærd som følge af Vejledningens offentliggørelse. Det undersøges om Kommissionen med Vejledningen skaber et efficient marked, hvormed samfundsvelfærden, herunder forbrugervelfærden øges.

For at kunne vurdere, hvorvidt Vejledningen tilnærmelsesvis skaber et efficient marked, indledes den økonomiske analyse med en redegørelse for, hvornår et marked anses for efficient, og hvilken virkning markedsregulering har herpå. I tilknytning hertil gennemgås de økonomiske skoler, der i dag præger de industriøkonomiske tanker. Det drejer sig om Structure-Conduct-Performance-skolen (herefter SCP-skolen), Chicago-skolen og den nye industriøkonomi.

Analysen tager herefter udgangspunkt i Structure-Conduct-Performance-paradigmet (herefter SCP-paradigmet), som ifølge F.M. Scherer er kendetegnet ved fire komponenter, der indbyrdes påvirker hinanden. De fire komponenter er:

- Basic conditions
- Structure
- Conduct
- Performance¹⁵



Figur 3: Illustration af Structure-Conduct-Performance paradigmet

¹⁵ Knudsen (1997), s. 68

Paradigmet var oprindeligt baseret på et ønske om en empirisk klarlæggelse af, hvilke velfærdsmæssige effekter forskellige markedsstrukturer havde, og paradigmet har sidenhen været et industriøkonomisk værktøj til at analysere en given branche.¹⁶ Modellens grundtanke er, at man med udgangspunkt i den enkelte branche analyserer branchestrukturen ud fra fx markedskoncentration, produktdifferentiering, adgangsbarrierer m.m. Herefter vurderes, hvilke konsekvenser markedsstrukturen har på virksomhedernes adfærd i den pågældende branche, dvs. deres pris- og produktstrategi, forsknings- og udviklingsstrategi osv. Slutteligt vurderes, hvilke konsekvenser sammenspillet mellem markedsstrukturen og virksomhedernes adfærd har på branchens performance, herunder om branchen opfylder Paretos kriterium om efficient ressourceallokering.¹⁷

Afhandlingens økonomiske analyse anvender imidlertid ikke SCP-paradigmet i dets traditionelle forstand. Det skyldes, at der i afhandlingen ikke fokuseres på enkelte brancher, men derimod på den generelle situation på det europæiske marked (herefter benævnt markedet). SCP-paradigmet bliver derfor brugt som et værktøj til at vurdere, hvorledes den generelle markedsstruktur, virksomhedernes adfærd og markedsperformance overordnet set vil reagere på Kommissionens Vejledning. I anvendelsen af SCP-paradigmet tilknyttedes flere forskellige økonomiske teorier, hvilket betyder, at analysen underlægges en form for eklektisk metode.

Der opstilles to SCP-analyser i afhandlingen. Den første undersøger, hvilke konsekvenser det har på markedsstrukturen, at håndhævelsen går fra at være formbaseret til effektbaseret. Der tages udgangspunkt i virksomhedernes transaktionsomkostninger i forbindelse med undersøgelsen af lovgivningen samt risikoen, som henholdsvis den formbaserede og effektbaserede tilgang skaber for fejlkendelser. Ud fra denne analyse vurderes det, om virksomhedernes adfærd ændres, samt hvorvidt adfærden skaber en øget markedsperformance.

¹⁶ Knudsen (1997), s. 72

¹⁷ Knudsen (1997), s. 70-71.

Den anden SCP-analyse tager udgangspunkt i selve Vejledningens indhold. Det undersøges, hvilken betydning Vejledningens offentliggørelse har for markedsstrukturen, herunder ændringen i markedets adgangsbarrierer og graden af produktdifferentiering. Ud fra bl.a. oligopolteorien og teorien om *contestable markets* foretages der en analyse af, hvorledes Vejledningen påvirker virksomhedernes adfærd. I den forbindelse undersøges virksomhedernes prissætning og incitament til karteldannelse. Analysen afsluttes med en undersøgelse af, hvad det betyder for markedets performance, at Vejledningen fører til ændrede forhold på markedet og ændret adfærd hos virksomhederne. Dette vurderes både ud fra en statisk og dynamisk betragtning.

De to SCP-analyser bidrager på forskellig vis til undersøgelsen af, hvorvidt Vejledningen skaber en øget velfærd på markedet. Dette vurderes på baggrund af, om Vejledningen skaber efficiens på markedet ud fra teorien om Pareto-optimalitet.

1.6.3 Integreret metode

I store dele af afhandlingen vil økonomi og jura være integreret. Denne integration og kombination af økonomi og jura er af særlig stor relevans for EU-konkurrenceretten, idet der ligger mange økonomiske ræsonnementer og betragtninger bag reguleringen, hvilket også vil komme til udtryk i denne afhandling. Store dele af afhandlingens analyser baseres på en retsøkonomisk tilgang, hvori Vejledningen analyseres i en økonomisk kontekst med henblik på at udlede, hvilke markedseffekter den har.

Især de mange økonomiske begreber og *as efficient competitor* testen som Vejledningen indeholder, vil være genstand for en integreret analyse. Definitionen og fortolkningen af Vejledningens økonomiske begreber er vigtige for forståelsen af, hvorledes Vejledningen skal anvendes i praksis. Også i vurderingen af Vejledningens anvendelighed anvendes en integreret analyse.

2 Reguleringen af dominerende virksomheder

TEUF art. 102 er hovedbestemmelsen, hvad angår reguleringen af dominerende virksomheders misbrug. Anvendelsen af bestemmelsen har skabt grobund for mange diskussioner blandt økonomer, jurister og politikere. Især reguleringen af dominerende virksomheders ekskluderende misbrug har været genstand for mange konflikter, der er opstået grundet vidt forskellige holdninger til industriøkonomi og industripolitik.

Med baggrund i denne konflikt og behovet for en mere klar linje i tilgangen til TEUF art. 102 offentliggjorde Kommissionen i december 2008 Vejledningen, med det formål at skabe klarhed og forudsigelighed i anvendelsen af TEUF art. 102.

Dette kapitel har til formål at introducere TEUF art. 102 samt redegøre for og diskutere Vejledningens indhold i korte træk. I afsnit 2.1 udredes den grundlæggende regulering af dominerende virksomheder. Herefter følger afsnit 2.2, der diskuterer formålet med konkurrencereglerne og særligt formålet med TEUF art. 102. Afsnit 2.3 introducerer Vejledningen og analyserer dens opbygning, formål og indhold. Derefter følger afsnit 2.4, der detaljeret beskriver *as efficient competitor* testen. Kapitlet afrundes i afsnit 2.5, hvor det diskuteres, hvorvidt der er grundlag for en fortolkning af en undtagelse til TEUF art. 102. Afsnit 2.6 samler kapitlets vigtigste aspekter i en delkonklusion.

2.1 TEUF art. 102

For at sikre, at konkurrencen på det indre marked ikke fordrejes, indeholder TEUF i art. 102 et forbud, der forhindrer dominerende virksomheder i at misbruge deres stilling på markedet. Anvendelsen af bestemmelsen forudsætter, at tre betingelser er opfyldt:

- For det første skal der foreligge en dominerende stilling
- For det andet skal denne stilling misbruges

- For det tredje skal samhandlen på det indre marked kunne påvirkes¹⁸

2.1.1 Dominansbegrebet

Begrebet ”dominerende stilling” er ikke defineret i bestemmelsen, men er et juridisk begreb, der er udviklet i retspraksis. Domstolen har fastslået, at begrebet skal forstås som:

”en virksomheds økonomiske magtposition, der sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydelig omfang uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder, og i sidste instans til forbrugerne”.¹⁹

Såfremt en virksomhed indtager en dominerende stilling, pålægges den en særlig forpligtelse, idet den ved sin adfærd nemt kan skade den effektive og ufordrejede konkurrence på det indre marked. TEUF art. 102 forbyder altså ikke eksistensen af dominerende stilling, men alene misbruget heraf.²⁰

Forbuddets territoriale anvendelsesområder fremgår af bestemmelsen, der fastslår, at den kun finder anvendelse på misbrug af dominerende stilling *”på det indre marked eller en væsentlig del heraf”²¹*. Det vil sige, at en adfærd, der ikke har (mærkbar) virkning på det indre marked, ikke er omfattet af forbuddet.²²

Forbudsbestemmelsen anvender flere begreber, som fremstår vage og elastiske. Det gælder bl.a. begreberne *dominerende* og *misbrug*. Det har derfor været nødvendigt at præcisere begreberne i retspraksis og sidenhen i Vejledningen, som introduceres i afsnit 2.3.²³

¹⁸ Karnov Group (2011), s. 25

¹⁹ Sag 27/76, *United Brands*, præmis 65 og Karnov Group (2011), s. 26

²⁰ Karnov Group (2011), s. 29

²¹ TEUF art. 102

²² Karnov Group (2011), s. 5

²³ Karnov Group (2011), s. 1

2.2 Forbrugervelfærd som formål med TEUF art. 102

”Forbrugerbeskyttelse”, ”forbrugervelfærd” eller ”forbrugerhensyn”. Kært barn har mange navne, og alle bruges som betegnelse for formålet med TEUF art. 102, som Kommissionen fremlægger det i Vejledningen.

Ifølge de fundamentale konstitutionelle bestemmelser i EU-traktaten er fællesskabsrettens primære formål at fremme Unionens værdier beskrevet i TEU art. 2 samt at fremme freden og befolkningens velfærd.²⁴ Det følger af TEU art. 3, at Unionen arbejder for en bæredygtig udvikling i Europa, der er præget af en socialmarkedskøkonomi med høj konkurrenceevne, hvor der tilstræbes fuld beskæftigelse og sociale fremskridt. Disse mål og værdier kan alle betragtes som elementer af økonomi og social velfærd, hvilket i så fald også må omfatte forbrugervelfærden.²⁵

Værdien af forbrugervelfærden kan bestemmes på tre måder:

- Den første er værdien af forbrugernes penge. Forbrugervelfærden øges, hvis prisen på produkterne sænkes, eller deres kvalitet øges uden en tilsvarende prisstigning.
- Dernæst kan forbrugervelfærden øges, når forbrugeren kan vælge mellem mange forskellige produkter, dvs. markedet skal have en høj grad af produkt-differentiering.
- Til sidst kan markedet være præget af innovation, idet forbrugerne altid vil nyde godt af nye og forbedrede produkter.²⁶

2.2.1 Er forbrugervelfærd det rette formål?

Det har gennem tiderne været meget omdiskuteret, i hvor høj grad forbrugervelfærden skal anvendes som formål med de europæiske konkurrenceregler. Der er overvejende enighed om, at forbrugervelfærd og dermed forbrugerbeskyttelse må være målet med konkurrencelovgivningen. Netop med fundament i denne konsensus og

²⁴ TEU art. 3(1)

²⁵ TEU art. 3 sammenholdt med Zäch; Heinemann; Kellerhals (2010), artikel af Zäch; Künzler, s. 66

²⁶ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 24-25

med behovet for en effektbaseret tilgang til anvendelsen af TEUF art. 102 udgav Kommissionen i december 2008 Vejledningen.

2.2.1.1 Formålet ud fra en økonomisk betragtning

Specielt økonomer stiller spørgsmålstejn til forbrugervelfærd som formål, da det gængse formål indenfor økonomien er maksimering af den totale velfærd. Fx vil økonomer altid forsøge at forhindre et monopol, da konsekvensen vil være en reduktion af den totale velfærd. Hvis man derimod kun værner om forbrugervelfærd, ville konkurrencemyndighederne kun gribe ind, hvis forbrugeren blev skadet som følge af monopolet. Dette ville være tilfældet, hvis priserne øges, idet *consumer surplus* derved ville mindskes. Et fald i *producer surplus* måtte i så fald antages at være uden betydning, da det ikke har direkte indflydelse på forbrugervelfærden. Økonomisk set kan forbrugerhensynet som formål derfor virke mangelfuldt og misvisende, da det samfundsmæssigt set må være den totale velfærd, som bør være det rette benchmark.

2.2.1.2 Formålet anvendt i praksis

Det er meget få konkurrencemyndigheder rundt om i verden, som vurderer total velfærd som det overordnede formål.²⁷ Det kan have flere årsager. Først og fremmest er forbrugerhensynet hensigtsmæssigt, når konkurrencemyndighederne på kort sigt skal vurdere, om en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd er ophørt. Her kan det nemlig undersøges, om fx priserne er faldet, da dette straks vil øge *consumer surplus*. Dernæst er en vurdering af den samlede velfærd svær at foretage på kort sigt, da en sådan vil kræve komplicerede analyser. Det skyldes, at det er nødvendigt at undersøge den indflydelse, som alle aktører har på markedet, før man endeligt kan bestemme, om den totale velfærd er faldet. En sidste årsag er, at man sjældent ser, at forbrugervelfærden og den totale velfærd er modstridende

²⁷ De eneste lande, hvor formålet med konkurrencereglerne er at øge den totale velfærd, er Canada og New Zealand jf. Zäch; Heinemann; Kellerhals (2010), artikel af Monti, s. 6

variabler, hvorfor det kan være passende at anvende forbrugervelfærden som en proxy for total velfærd.²⁸

Selvom det økonomisk set vil være mere korrekt at anvende beskyttelsen af den totale velfærd som formål med bestemmelsen, så giver det i praksis god mening at anvende forbrugervelfærd i stedet.²⁹

2.2.2 Forbrugervelfærd som formål i retspraksis

I Vejledningen fremhæver Kommissionen forbrugerhensynet som det overordnede mål med TEUF art. 102.³⁰ Dette kommer særligt til udtryk i anvendelsen af den effektiviserede tilgang, hvormed Kommissionen tilsigter at opretholde en konkurrence på markedet, der kommer forbrugerne til gode, og som ikke har til hensigt at tilgode mindre effektive konkurrenters interesser.³¹

Det var University of Chicago Law School, der introducerede en økonomisk tilgang til konkurrencelovgivningen, hvor forbrugerhensynet var i fokus, herunder særligt beskyttelsen af *consumer surplus* og/eller samfundsvelfærden (den totale velfærd).³² Samme tankegang kom også til udtryk i 1971 i Kommissionens første rapport angående konkurrencepolitik, hvori Kommissionen understregede forbrugervelfærden som et vigtigt mål med konkurrencepolitikken. Kommissionen udtalte at:

"Competition policy endeavours to maintain or create effective conditions of competition by means of rules applying to enterprises in both private and public sectors. Such a policy encourages the best possible use of productive resources for the greatest possible benefit of the

²⁸ Zäch; Heinemann; Kellerhals (2010), artikel af Monti, s. 7

²⁹ Zäch; Heinemann; Kellerhals (2010), artikel af Monti, s. 7

³⁰ Se bl.a. 2009/C 45/02, punkt 19

³¹ 2009/C 45/02, punkt 5 og Etro; Kokkoris (2010): artikel af Etro; Kokkoris, s. 1

³² Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 8.

*economy as a whole and for the benefit, in particular of the consumer.*³³

På trods af denne udtalelse har hverken Kommissionen eller Domstolens retspraksis tidligere vist konsistens i anvendelse af forbrugerhensynet som formål med traktatens konkurrencebestemmelser. I stedet har der gentagne gange været fokus på at beskytte virksomhedernes økonomiske frihed på markederne og på at hindre virksomheder i at udnytte deres økonomiske magt til at underminere konkurrencestrukturer.³⁴ Neden for i afsnit 4.1. fremlægges en mere detaljeret analyse af retspraksis, og det vil blive gjort klart, hvordan konkurrencemyndighederne har anvendt forbrugerhensynet som formål med TEUF art. 102 gennem tiden.

At retspraksis til tider bærer præg af ønsket om at beskytte virksomhedernes frihed kan bl.a. skyldes målsætningerne for økonomisk politik, der opstilles i TEUF art. 120. Det følger nemlig af bestemmelsen, at Unionens mål bør opnås gennem beskyttelse af konkurrenceprocessen, og målene bør derved sikre markedsdeltagernes individuelle frihed til at konkurrere. TEUF art. 120 konkretiserer, at:

"medlemsstaterne og Unionen skal handle i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence, der fremmer en effektiv ressourceallokering..."

Denne bestemmelse tydeliggør, at det primære mål med de europæiske konkurrenceregler er at sikre fri konkurrence. Der findes således ikke et umiddelbart traktatbestemt mål om at fremme forbrugervelfærden direkte.³⁵ Dette forklarer, hvorfor retspraksis i visse tilfælde ikke direkte søger at fremme et mål om forbrugervelfærd.

³³ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 20.

³⁴ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 20-21.

³⁵ Zäch; Heinemann; Kellerhals (2010), artikel af Zäch; Künzler, s. 67

Målet om at beskytte konkurrenceprocessen og den effektivitet, der skabes som følge heraf, kan dog ikke betragtes som et mål i sig selv, men forfølges i sidste ende netop til fordel for forbrugerne. Beskyttelsen af konkurrenceprocessen motiveres nemlig af ideen om, at forbrugerne er bedst stillede, hvis virksomhederne tvinges til at konkurrere, men samtidig skal virksomhederne nyde en vis beskyttelse i deres forsøg på at konkurrere på ydelser, hvilket de får gennem forbuddet mod misbrug i TEUF art. 102. Forbuddet mod at forvride konkurrenceprocessen ved fx misbrug af dominerende stilling er altså begrundet i antagelsen om, at fri konkurrence er den bedste måde at sikre et marked med kvalitetsvarer til lave priser og den bedste måde at stimulere virksomhedernes incitament til at forfølge effektivitet, kvalitet og innovation – alle faktorer, der i sidste ende kommer forbrugerne til gode.³⁶

Litteraturens og retspraksis' tvetydige holdninger til, om forbrugerhensynet kan betragtes som formål med den europæiske konkurrencelov og dermed TEUF art. 102, har uden tvivl spillet en betydelig rolle i tilblivelsen af Vejledningen. I årene op til Vejledningens offentliggørelse udtalte flere betydelige personer sig således også om målet med TEUF art. 102. Bl.a. i 2005, hvor Kommissionær Neelie Kroes i sin tale den 23. september udtalte, at:

*"The objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources."*³⁷

Kommissionens Discussion Paper lagde også op til, at forbrugerhensynet fremover skal spille en afgørende rolle i anvendelsen af TEUF art. 102. Dette kom bl.a. til udtryk således:

"With regard to exclusionary abuses the objective of Article 102 is the protection of the competition on the market as means of enhancing

³⁶ Eilmansberger (2005), s. 135

³⁷ Kroes (2005), s. 3

consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.”³⁸

Det skærpede fokus på forbrugerne har formentlig også sit udspring i Lissabon-traktaten, der netop medførte en ændring af unionens formål. I EØF-traktatens art. 3, litra f udtrykte Unionen et ønske om at gennemføre en ordning, der sikrede, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke blev fordrejet. I Lissabon-traktaten er dette formål ændret således, at man ikke længere taler om en ufordrejet konkurrence. I stedet hedder det i TEU art. 3 (3), at unionen arbejder for en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne. Hvordan social markedsøkonomi skal fortolkes er endnu uklart, men det synes rimeligt at antage, at begrebet indirekte indeholder et forbrugerhensyn, hvilket derfor kan forklare de skærpede krav til misbrug og effektive konkurrenter, som Kommissionen opstiller i Vejledningen.

Det kan på baggrund heraf konkluderes, at der ikke findes et direkte traktatbestemt formål om forbrugervelfærd, forbrugerbeskyttelse eller forbrugerhensyn, hvad angår de europæiske konkurrenceregler. Der er dog ikke tvivl om, at fællesskabsretten fortolker formålet om beskyttelse af konkurrenceprocessen og den frie konkurrence, som mål, der i sidste ende fører til øget forbrugervelfærd. Kommissionen har dog med Vejledningen taget skridtet videre og tydeliggjort, at TEUF art. 102 klart har til formål at fremme forbrugervelfærden.

2.3 Kommissionens Vejledning om ekskluderende misbrug

Den 3. december 2008 offentliggjorde EU-Kommissionen en vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af TEF art. 82 – nu TEUF art. 102. TEUF art. 102 forbyder virksomheder at misbruge deres dominerende stilling, og bestemmelsen udgør retsgrundlaget for en væsentlig del af konkurrencepolitikken i EU.³⁹

³⁸ Discussion Paper (2005), punkt 4

³⁹ 2009/C 45/02, punkt 1

Praktikere inden for konkurrenceretten havde længe efterspurgt en reform af TEUF art. 102, idet bestemmelsens anvendelsesområde var uklart og retspraksis inkonsistent.⁴⁰ Dette førte til, at Kommissionen i 2005 offentliggjorde "*Discussion Paper om anvendelse af TEF art. 82 på sager om ekskluderende misbrug*" (herefter Kommissionens Discussion Paper). Herefter fulgte en omfattende offentlig høringsproces, der i slutningen af 2008 resulterede i den endelige Vejledning. Vejledningen er væsentlig kortere og detaljeringsgraden mindre end i Kommissionens Discussion Paper.

2.3.1 Hensigten med Vejledningen

Hensigten med Vejledningen er bl.a. at skabe større klarhed og forudsigelighed for anvendelsen af TEUF art. 102 og give virksomhederne større mulighed for selv at vurdere, hvornår deres adfærd udgør ekskluderende misbrug.⁴¹ Ifølge Kommissionen har Vejledningen ikke til hensigt at fastlægge gældende ret, og dokumentets form betyder også, at Vejledningen ikke er bindende for Domstolen og Retten eller for de nationale domstole.

Vejledningen vedrører kun misbrug, der begås af virksomheder med dominerende stilling. Kommissionen fremhæver, at den i brugen af TEUF art. 102 på dominerende virksomheders ekskluderende adfærd, vil koncentrere sig om de former for misbrug, der er mest skadelige for forbrugerne. I forlængelse heraf oplyser Kommissionen, at:

"det er vigtig at beskytte effektiv konkurrence og ikke blot beskytte konkurrenterne".⁴²

Det vil sige, at Kommissionen kun vil gribe ind, hvis adfærden allerede har begrænset eller er egnet til at begrænse konkurrencen fra konkurrenter, der er lige så effektive, som den dominerende virksomhed selv. Kommissionen gør det klart, at en mindre effektiv konkurrent som udgangspunkt ikke har krav på beskyttelse mod prisbaseret

⁴⁰ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Waelbroeck, s. 115.

⁴¹ 2009/C 45/02, punkt 2

⁴² 2009/C 45/02, punkt 6

ekskluderende adfærd. Til vurderingen af, om der er tale om lige effektive konkurrenter, opstiller Vejledningen en række analysefaktorer, begreber og tests.

2.3.2 Vejledningens opbygning

Vejledningen er bygget op således, at den først beskriver nogle generelle principper i forbindelse med ekskluderende adfærd. Kommissionen definerer bl.a. begrebet ”dominans” og opremser, hvilke faktorer der bør tages hensyn til i vurderingen af en virksomheds markedsstyrke. Herefter redegøres der for, hvornår en dominerende stilling vil kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning.

I forbindelse med prisbaseret ekskluderende adfærd anfører Kommissionen i Vejledningen, at denne ”normalt kun vil gribe ind med det formål at forhindre konkurrenceskadelig afskærmning, hvis den pågældende adfærd har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed”⁴³. Hvorvidt adfærden er egnet til at skade konkurrencen fra en lige effektiv konkurrent, vil Kommissionen undersøge ved hjælp af en pris- og omkostningstest, hvor det undersøges, om den dominerende virksomheds prissætning ligger over eller under relevante omkostningsbenchmarks.⁴⁴ Testen kaldes *as efficient competitor* testen.

Slutteligt i Vejledningens gennemgang af de generelle principper anerkender Kommissionen, at en adfærd, som i udgangspunktet er egnet til at virke ekskluderende, kan forsvares, hvis den enten er objektivt nødvendig eller skaber betydelige effektivitetsgevinster, der opvejer eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger for forbrugerne.

Efter gennemgangen af de generelle principper i forbindelse med ekskluderende adfærd beskriver Vejledningen nogle specifikke former for misbrug nemlig: eksklusivaftaler, kombinationssalg, prisdumping og leveringsnægtelse samt avancepres

⁴³ 2009/C 45/02, punkt 23

⁴⁴ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-2), s. 1

(*margin squeeze*). Disse vil som nævnt i afsnit 1.5 ikke blive gennemgået i denne afhandling.

2.3.3 *As efficient competitor* testen

Vejledningen finder udelukkende anvendelse på dominerende virksomheders *ekskluderende* misbrug, som både kan være prisbaseret og ikke-prisbaseret. Eksempler på ikke-prisbaseret misbrug er tying-aftaler, single branding kontrakter og leveringsnægtelse.⁴⁵

Prisbaseret ekskluderende adfærd kan udøves på mange forskellige måder. Eksempler herpå er *predatory pricing*, loyalitetsrabatter og *margin squeeze*. Ved alle former for prisbaseret ekskluderende adfærd vil Kommissionen, ifølge Vejledningen, som udgangspunkt kun gribe ind, hvis adfærden har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed.⁴⁶ Hvorvidt det er sandsynligt, at en virksomheds adfærd vil begrænse konkurrencen for en lige effektiv konkurrent, vil Kommissionen vurdere ud fra *as efficient competitor* testen.

Testen er en pris- og omkostningstest, hvor det undersøges, om den dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end dens omkostninger. Vejledning opstiller to omkostningsbenchmarks til at vurdere, hvorvidt der er tale om misbrug – nemlig de gennemsnitlige, undgåelige omkostninger (AAC⁴⁷) og de langsigtede gennemsnitlige meromkostninger (LRAIC⁴⁸).⁴⁹

Tidligere har man set Kommissionen og Domstolen anvende mere almindeligt kendte omkostningsbenchmarks, såsom gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) og gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC), men ifølge Kommissionen er de nye

⁴⁵ Discussion Paper (2005), punkt 61

⁴⁶ 2009/C 45/02, punkt 23

⁴⁷ AAC er en forkortelse af average avoidable cost

⁴⁸ LRAIC er en forkortelse af long run average incremental cost

⁴⁹ 2009/C 45/02, punkt 26

omkostningsbenchmarks mere retvisende⁵⁰ til at foretage vurderingen.⁵¹ Andre omkostningsbenchmarks er dog ikke udelukket fra vurderingen, da formålet med den nye tilgang netop er at opnå det mest korrekte billede af effekterne af den dominerende virksomheds adfærd, hvorfor det i nogle tilfælde vil være passende at bruge andre omkostningsbenchmarks. I tilfælde hvor den dominerende virksomheds omkostninger er utilgængelige anbefales det at anvende omkostningsdata fra konkurrenter eller anden sammenlignelig data.⁵² Udgangspunktet for testen er derfor, at vurderingen skal bygge på en økonomisk vurdering, idet man antager, at en virksomheds pris- og omkostningsniveau har afgørende betydning for, om dens adfærd kan eller vil virke ekskluderende.⁵³

2.3.3.1 AAC

AAC "er gennemsnittet af de omkostninger, som virksomheden kunne have undgået, hvis virksomheden ikke havde produceret en given mængde (ekstra) produkter. Det vil i dette tilfælde sige den mængde, der påstås at være omfattet af misbruget af dominans"⁵⁴. Da det ofte kun er de variable omkostninger, der kan undgås, vil AAC og de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) til tider være sammenfaldende. Dette er dog ikke tilfældet, når virksomheden, der udfører misbruget, har produkt-specifikke faste omkostninger. I sådan et tilfælde vil AAC være højere end AVC, fordi de faste omkostninger kun relaterer sig til produktet, hvilket vil sige, at de faste omkostninger ikke vil blive afholdt, hvis produktet ikke produceres.⁵⁵

2.3.3.2 LRAIC

LRAIC "er gennemsnittet af alle de (variable og faste) omkostninger, som en virk-

⁵⁰ Antagelsen bygger på Kommissionens Discussions Paper, hvori de nye omkostningsbenchmarks sammenlignes med ATC og AVC, som tidligere har været anvendt. Se bl.a. C- 62/86, AKZO og C- 333/94, *Tetra Pak*. I disse afgørelser forklares det, hvorfor de nye omkostningsbenchmarks er mere præcise at anvende i forbindelse med vurderingen af, om en virksomheds prisstrategi virker ekskluderende

⁵¹ Akman (2010), s. 14

⁵² 2009/C 45/02, punkt 24 og Kjolbye (2010), s. 3

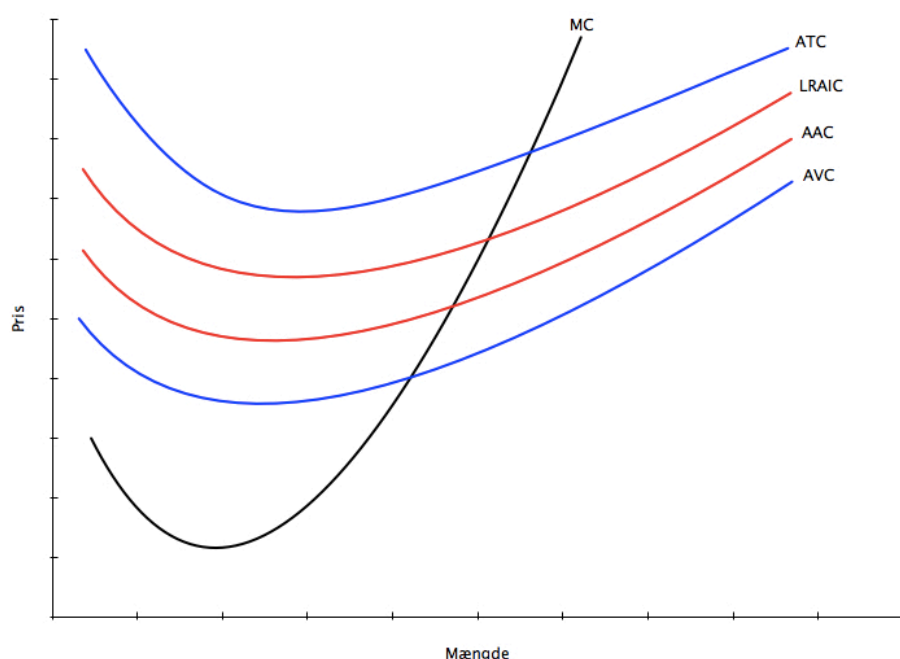
⁵³ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Waelbroeck, s. 120 og Bergquist (2009), s. 14

⁵⁴ 2009/C 45/02, afsnit C, fodnote 2

⁵⁵ 2009/C 45/02, afsnit C, fodnote 2 og Discussion Paper (2008), punkt 65

somhed afholder for at kunne fremstille et bestemt produkt”⁵⁶. LRAIC og de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC) er sammenfaldende for virksomheder, der kun producerer ét produkt, fordi alle faste omkostninger kun kan henføres til netop dette produkt. Hvis virksomheden derimod producerer flere produkter, og der herved opnås en synergieffekt, vil LRAIC være lavere end ATC, fordi der vil være flere produkter at dele de faste omkostninger ud på. Omkostninger, der ikke direkte kan henføres til produktet, skal ikke medregnes i LRAIC, medmindre de anses for væsentlige på en sådan måde, at de giver virksomheden mulighed for at afskærme markedet, når de undlades.⁵⁷

LRAIC vil som udgangspunkt ligge over AAC, idet LRAIC medregner alle produktspecifikke faste omkostninger, heriblandt produktspecifikke faste omkostninger afholdt før misbrugsperioden. ACC omfatter derimod kun de produktspecifikke faste omkostninger i misbrugsperioden.⁵⁸



Figur 3: De gamle og nye omkostningsbenchmarks

I figuren er de gamle omkostningsbenchmarks markeret med blå, mens de nye omkostningsbenchmarks er markeret med rød. AAC vil som udgangspunkt ligge højere end AVC, mens LRAIC vil ligge under ATC.

⁵⁶ 2009/C 45/02, afsnit C, fodnote 2

⁵⁷ 2009/C 45/02, afsnit C, fodnote 2 og Discussion Paper (2008), punkt 65

⁵⁸ 2009/C 45/02, afsnit C, fodnote 2 og Discussion Paper (2008), punkt 65

2.3.3.3 Prissætning over LRAIC

Det afgørende i *as efficient competitor* testen er, om en given pris giver dækning for den dominerende virksomheds LRAIC. Dette vil nemlig betyde, at virksomheden får dækket alle sine omkostninger, både faste og variable, hvorfor virksomhedens adfærd ikke vil afskærme lige så effektive konkurrenter fra det pågældende marked. Det er i sådanne tilfælde ikke nødvendigt at teste, om de generelle analysefaktorer⁵⁹ indikerer ekskluderende adfærd.⁶⁰ Virksomheden befinder sig altså i en slags *safe harbour*, når prisen fastsættes således, at LRAIC bliver dækket.⁶¹

2.3.3.4 Prissætning under AAC

Hvis den dominerende virksomhed derimod ikke får dækket AAC, indikerer det, at virksomheden pådrager sig et tab på kort sigt. Virksomheden ofrer altså profit, når prisen fastsættes under AAC, hvorfor en lige så effektiv konkurrent ikke vil være i stand til at give kunder samme vilkår uden at lide et tab.⁶² Kommissionen vil i sådanne tilfælde uden videre undersøgelse antage, at den dominerende virksomheds adfærd er egnet til at virke ekskluderende, og der er dermed tale om misbrug.⁶³

2.3.3.5 Prissætning under LRAIC men over AAC

Får den dominerende virksomhed ikke dækket LRAIC, er det et tegn på, at den ikke får dækket alle de faste omkostninger, som virksomheden måtte have i forbindelse med produktion og salg af de enkelte produkter eller tjenesteydelser. Sådan adfærd vil i udgangspunktet kunne virke markedsafskærmende eller ekskluderende for en lige så effektiv konkurrent, men så længe virksomheden stadig får dækket AAC, kan det ikke umiddelbart konkluderes, at adfærden ekskluderer lige så effektive konkurrenter fra markedet. Det skyldes, at en lige så effektiv konkurrent også får dækket AAC (på kort sigt), hvilket giver virksomheden incitament til at fremsætte en mod-

⁵⁹ 2009/C 45/02, punkt 20

⁶⁰ 2009/C 45/02, punkt 27 sammenholdt med Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), s. 3

⁶¹ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 556

⁶² Etro; Kokkoris (2010), artikel af Geradin, s. 43

⁶³ *Discussion Paper* (2005), punkt 109

strategi overfor den dominerende virksomhed for på den måde at få dækket sine omkostninger på lang sigt.⁶⁴ Derfor må Kommissionen i disse tilfælde foretage en yderligere analyse af de generelle og ellers relevante analysefaktorer, der opstilles i Vejledningen.⁶⁵

2.3.3.6 Undtagelse til *as efficient competitor* testen

Det skal bemærkes, at Kommissionen ikke undtagelsesfrit vil anvende *as efficient competitor* testen i deres vurdering af, om dominerende virksomheder udøver pris-baseret ekskluderende adfærd. I Vejledningens punkt 24 opstiller Kommissionen følgende undtagelse:

”en mindre effektiv konkurrent [kan i visse tilfælde også... udøve et pres, som bør tages i betragtning ved vurderingen af, om en bestemt prisbaseret adfærd medfører konkurrenceskadelig afskærmning”.

Som nævnt tidligere er hensigten med Vejledningen bl.a. at give virksomhederne større mulighed for selv at vurdere, om deres adfærd udgør ekskluderende misbrug. *As efficient competitor* testen synes umiddelbart også at imødekomme dette, men grundet undtagelsen i punkt 24, fjernes noget af den retssikkerhed som testen ellers skaber.

2.3.4 Objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster

Når Kommissionen håndhæver TEUF art. 102 er *as efficient competitor* testen ikke endegyldig. Den dominerende virksomhed har mulighed for at frembringe beviser for, at dens adfærd enten er objektivt nødvendig, eller at den skaber betydelige effektivitetsgevinster, som kan opveje virksomhedens konkurrencebegrænsende adfærd og dermed sikre, at forbrugerne i sidste ende ikke skades.⁶⁶

⁶⁴ Kjolbye (2010), s. 9-10

⁶⁵ 2009/C 45/02, punkt 27 sammenholdt med Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), s. 3

⁶⁶ 2009/C 45/02, punkt 28

Den førnævnte undtagelse er i tråd med Kommissionens effektbaserede tilgang, idet den anerkender, at visse former for adfærd bør beskyttes, fordi de bidrager til større effektivitet på markedet, uanset om adfærden også virker konkurrencebegrænsende. Adfærdens nettoeffekt vurderes med andre ord at være positiv.⁶⁷

Når Kommissionen skal vurdere, om den pågældende adfærd kan begrundes i objektiv nødvendighed eller effektivitetsgevinster, undersøges det, om adfærden er proportionel med virksomhedens målsætning, og om den er absolut nødvendig. Den dominerende virksomhed har ikke selv indflydelse på, hvilke faktorer Kommissionen lægger vægt på i vurderingen, og da Vejledningen ingen yderligere eksempler giver på objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster, kan undtagelsen virke indholdsløs.⁶⁸

Det er desuden bemærkelsesværdigt, at Vejledningen ikke bruger, det i retspraksis fast indarbejdede begreb "objektiv begrundelse" i stedet for "objektiv nødvendighed". Selv i Kommissionens Discussion Paper er begrebet "objektiv begrundelse" anvendt⁶⁹. Årsagen til udeladelsen af dette begreb er formentlig, at man ved at anvende et begreb, som ikke er fast indarbejdet i retspraksis, giver mulighed for at lade nye begrundelser indgå i vurderingen. Det kan fx dreje sig om omkostningsmæssige besparelser, idet sådanne kan komme forbrugerne til gode i form af lavere priser.⁷⁰

TEUF art. 102 er et utvetydigt forbud mod misbrug af dominerende stilling, og derfor kan det virke forkert at indfortolke en undtagelse, der ikke er grundlag for i selve bestemmelsen. Det faktum, at TEUF art. 101(3) indeholder en egentlig undtagelse, taler desuden for, at dette ikke har været tanken bag TEUF art. 102.⁷¹ I 1973 afsagde Domstolen afgørelse i *Europemballage Corporation*⁷², hvor det også blev gjort klart

⁶⁷ Akman (2010), s. 17

⁶⁸ 2009/C 45/02, punkt 29 og Discussion Paper (2005), punkt 80

⁶⁹ Begrebet bruges i Kommissionens Discussion Paper (2005) som et samlebegreb for "meeting competition defense" princippet og omkostningsmæssige besparelser jf. punkt 29

⁷⁰ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), s. 3

⁷¹ Akman (2010), s. 18

⁷² Sag 6/72, *Europemballage Corporation*

med nedenstående citat, at Domstolen ikke anerkendte undtagelser til TEUF art. 102:

“Article 86 [102] does not contain the same explicit provisions, but this can be explained by the fact that the system fixed there for dominant positions, unlike article 85 (3) [101(3)], does not recognize any exemption from the prohibition”.⁷³

Flere år senere virker det dog som om, at Domstolen har ændret holdning, idet den i *British Airways*⁷⁴ inddrager nogle af de samme overvejelser, som kendes fra TEUF art. 101(3), og som desuden er blevet videreført i Vejledningen:

“Det skal afgøres, om den fortrængende virkning, som følger af en sådan ordning, og som er ugunstig for konkurrencen, kan opvejes, endog overvindes, af effektivitetsfordele, som ligeledes er til gavn for forbrugeren. Såfremt denne ordnings fortrængende virkning er uden forbindelse til fordelene for markedet og forbrugerne, eller de går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå disse fordele, skal den nævnte ordning anses for at udgøre et misbrug”.⁷⁵

Denne fortolkning af TEUF art. 102 kan skyldes, at en effektivitetsbetragtning allerede skal antages at indgå i misbrugsvurderingen. Det faktum, at virksomhedens adfærd allerede er karakteriseret som misbrug i TEUF art. 102, antyder, at der allerede er foretaget en negativ konklusion. Dette står i modsætning til den neutrale terminologi i TEUF art. 101, hvor udtryk som *hindre, begrænse og forbrejde konkurrencen* anvendes. Her sidestilles adfærden ikke på forhånd med misbrug, hvorfor det er nødvendigt bl.a. at tage effektivitetsgevinster i betragtning.⁷⁶

⁷³ Sag 6/72, *Europemballage Corporation*, præmis 25

⁷⁴ C-95/04, *British Airways*

⁷⁵ C-95/04 P, *British Airways*, præmis 86

⁷⁶ Akman (2010), s. 19

Objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster er dermed i senere retspraksis blevet anerkendt som en egentlig undtagelse til TEUF art. 102. Netop derfor er det naturligt, at undtagelsen fremhæves i Vejledningen.

2.4 Delkonklusion

Dette kapitel har først og fremmest i korte træk introduceret fællesskabsrettens regulering af dominerende virksomheders misbrug. I forlængelse heraf kan det konkluderes, at der ikke findes et direkte traktatbestemt formål om forbrugervelfærd ved anvendelsen af TEUF art. 102, men at dette formål ifølge Vejledning må ligge implicit i fortolkningen af de traktatbestemte formål.

Kommissionen fastslår i Vejledningen, at mindre effektive konkurrenter ikke længere kan nyde beskyttelse mod at blive ekskluderet af dominerende virksomheder. Til at håndhæve dette indføres *as efficient competitor* testen, der via en økonomisk og effektbaseret tilgang skal sikre en højere grad af effektivitet på markedet og gøre det nemmere for virksomhederne selv at vurdere, hvornår de misbruger deres dominans. Testen har dog mangler, og det er et problem, at den anvender to omkostningsbenchmarks i stedet for ét, da den forudsigelighed, som Vejledningen ellers lægger op til, i nogle tilfælde forsvinder.

Vejledningen mangler præcision i visse formuleringer, og flere steder har Kommissionen valgt at helgardere sig ved at lave undtagelser til de fremlagte principper. Nogle principper og undtagelser genkendes fra retspraksis, mens andre ikke synes at vække samme genkendelsesværdi; tværtimod forekommer nogle som værende helt nye.

3 Dominansbegrebet i Vejledningen og i retspraksis

På baggrund af analysen i kapitel 2 foretages der i dette kapitel og det efterfølgende en dybdegående analyse af retspraksis fra før og efter Vejledningens offentliggørelse med henblik på at klarlægge, om og i hvor høj grad Vejledningens indhold understøttes af retspraksis.

Dette kapitel har til formål at undersøge, hvilke faktorer, der har betydning for dominans, og særligt om disse faktorer vægtes ens i Vejledningen og i retspraksis. I afsnit 3.1 udredes dominansbegrebet. I afsnit 3.2 ses der nærmere på den dominerende virksomheds markedsstilling, herunder særligt betydningen af høje markedsandele vurderet ud fra Vejledningen og retspraksis. I afsnit 3.3 analyseres, hvilken betydning markedsekspansion og –tilgang tillægges i dominansvurderingen. I den afsluttende del af kapitlet summeres op i en delkonklusion, bidrager afsnit 3.4 med en analyse og vurdering af, hvorvidt en stærk modstående købermagt svækker den dominerende virksomheds stilling på markedet.

3.1 Dominansbegrebet

Ifølge retspraksis er der to væsentlige faktorer, der bør indgå i bedømmelsen af, om der foreligger en dominerende stilling i henhold til TEUF art. 102. Det drejer sig om markedsandelen og markedsstrukturen.⁷⁷ De samme faktorer har Kommissionen opstillet i Vejledningens punkt 12 under følgende tre overskrifter:

1. Den dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling
2. Muligheden for ekspansion og markedstilgang
3. Styrken af den modstående købermagt

En sammenligning af virksomhedernes markedsandele kan være en klar indikator for dominans, hvis denne viser, at en eller flere virksomheder adskiller sig fra konkurrenterne ved at dække store dele af efterspørgslen.

⁷⁷ Fejøl (2009), s. 147

Udefrakommende faktorer, såsom ekspansionsmuligheder, adgangsbarrierer og modstående købermagt bør også inddrages i vurderingen, idet markedsstrukturen også har stor betydning for, om en virksomhed indtager en dominerende stilling.

3.2 Definitionen af dominans

Den juridiske definition af dominansbegrebet har været genstand for megen debat. Den første egentlige definition af begrebet fremlagde Domstolen i *United Brands*⁷⁸:

”Begrebet dominerende stilling i denne artikel [dengang EØF art. 86, nu TEUF art.102] angår den situation, at en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans forbrugere”.

Definitionen af dominansbegrebet, som vi kender den i dag, fastlagde Domstolen i 1979 i *Hoffmann-La Roche*⁷⁹. Denne sag handlede om, hvorvidt vitaminproducenten Hoffmann-La Roche havde overtrådt EØF art. 86 (nu TEUF art. 102) ved at indgå kontrakter og anvende loyalitetsrabatter, der forpligtede og tilskyndede køberne til at dække deres vitaminbehov hos Hoffmann-La Roche. I vurderingen af om Hoffmann-La Roche indtog en dominerende stilling, fastslog Domstolen følgende:

”Begrebet dominerende stilling skal forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans forbrugere”⁸⁰.

⁷⁸ C-27/76, *United Brands*, præmis 65

⁷⁹ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

⁸⁰ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*, præmis 38.

Siden der blev afsagt dom i *Hoffmann La-Roche* har fællesskabsretten anvendt denne definition i en lang række sager⁸¹, og begrebet er i dag indarbejdet og velfunderet i fællesskabsretten.⁸² Derfor er det også passende, at der ordret henvises til denne definition af dominans i Vejledningen.⁸³

Med definitionen menes, at når en virksomheds magtposition medfører, at den i betydelig omfang kan handle uafhængigt af sine konkurrenter og dermed skade konkurrencen på markedet, må virksomheden antages at have en dominerende stilling. Selvom definitionen har været refereret i en lang række sager, blev der for nylig sat spørgsmålstegn ved definitionens betydning i *Wanadoo*⁸⁴. Derfor blev det nødvendigt for Kommissionen, at uddybe definitionen fra *Hoffman La-Roche*.

I *Wanadoo*⁸⁵ var internetudbyderen Wanadoo anklaget for misbrug af sin dominerende stilling, idet virksomheden direkte og indirekte havde udbudt sine produkter til urimelige salgspriser. Wanadoo gjorde gældende, at de ikke besad en dominerende stilling i henhold til definitionen i *Hoffman La-Roche*, idet virksomhedens strategi var udarbejdet *på baggrund* af konkurrenternes adfærd, hvilket måtte betyde, at virksomheden var under pres fra både eksisterende og potentielle konkurrenter.⁸⁶ Kommissionen afviste denne fortolkning, og påpegede i stedet følgende:

*"The power to behave independently does not mean that the dominant undertaking is in a position of complete invulnerability vis-à-vis existing or potential competitors"*⁸⁷.

⁸¹ Se eksempler herpå i *Michelin* (2002/405/EC), punkt 172 og T-228/97, *Irish Sugar*, præmis 70 og senest i C-202/07 P, *Wanadoo Interactive*, præmis 103

⁸² Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 3

⁸³ Definitionen af dominans findes i 2009/C 45/02, punkt 10

⁸⁴ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*

⁸⁵ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*

⁸⁶ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 208

⁸⁷ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 209

Kommissionen påpegede hermed, at en virksomheds evne til at handle uafhængigt og dermed være dominerende ikke er ensbetydende med, at virksomheden slet ikke skal tage højde for sine konkurrenters adfærd.

Hvis virksomheden slet ikke skulle tage hensyn til sine konkurrenter, vil selve problematikken omkring misbrug af dominerende stilling være uvæsentlig, idet den dominerende virksomhed ikke vil have behov for at udvise en adfærd, hvis formål var at eliminere de rivaliserende virksomheder. Det er med andre ord kun nødvendigt, at virksomheden har en mærkbar indflydelse på konkurrencen, og at virksomheden i høj grad kan agere uafhængigt af sine konkurrenter.⁸⁸

I Vejledningens punkt 11 sammenfatter Kommissionen det ovenfor definerede dominansbegreb til:

”Virksomhedens evne til at opretholde et prisniveau, der ligger over det konkurrencedygtige niveau i en væsentlig periode”.

I en note til punkt 11 uddyber Kommissionen, at en væsentlig periode normalt vil være to år - afhængigt af produktet og forholdene på det pågældende marked. Modsætningsvis må det betyde, at en virksomhed, der har haft evnen til at forhøje priserne ud over det konkurrencedygtige niveau i mindre end to år, ikke vil blive anset for dominerende. En lignende afgrænsning af dominansvurdering er ikke tidligere set i fællesskabsretten.⁸⁹

⁸⁸ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 209

⁸⁹ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), s. 2 og Etro; Kokkoris (2010), artikel af Marsden, s. 58

3.3 Den dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling

3.3.1 Den dominerende virksomheds markedsandel

Ifølge Vejledningen er udgangspunktet for vurderingen af dominerende stilling virksomhedens markedsandel.⁹⁰ For at en virksomhed kan anses som dominerende, må den ikke være underlagt konkurrencemæssige begrænsninger. Virksomheden skal med andre ord have en betydelig markedsmagt.⁹¹ I Vejledningen opstilles en form for *soft safe harbour*, hvorefter dominans vurderes usandsynligt, hvis virksomhedens markedsandel er under 40 %.⁹² Dette er bemærkelsesværdigt, idet denne praksis ikke stemmer overens med tidligere retspraksis på området. Dette vil blive diskuteret nedenfor i afsnit 3.3.1.1.

3.3.1.1 Tidligere retspraksis

I *Hoffmann-La Roche*⁹³ konkluderede Domstolen, at medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør meget store markedsandele i sig selv bevis for, at der foreligger en dominerende stilling. Domstolen begrundede denne konklusion med, at en virksomhed, der gennem en længere periode har en meget stor markedsandel og derved repræsenterer et betydeligt omfang af markedets udbud, besidder en magtposition, der gør virksomheden til en uomgængelig handelspartner. Det betyder, at virksomheden i en væsentlig periode med sikkerhed kan udvise en uafhængig adfærd, hvilket netop er karakteristisk for en dominerende virksomhed.⁹⁴ Ligeledes fremgik det af generaladvokatens forslag til afgørelsen, at yderligere undersøgelser til vurderingen var unødvendige, når virksomhedens markedsandel var af betydelig størrelse.⁹⁵

Samme konklusion nåede Domstolen frem til i *AKZO*⁹⁶. Denne dom omhandlede virksomheden AKZO Chemie, fremstillede kemiske produkter og fibre. AKZO blev

⁹⁰ 2009/C 45/02, punkt 13

⁹¹ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 6

⁹² 2009/C 45/02, punkt 14

⁹³ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

⁹⁴ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*, præmis 41

⁹⁵ Reischl (1978), forslag til afgørelse fra generaladvokat i C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*, punkt 5

⁹⁶ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

fundet skyldig i overtrædelse af EØF art. 86 (nu TEUF art. 102), idet virksomheden overfor en konkurrent havde udøvet en adfærd, som tog sigte på at skade konkurrentens virksomhed og sikre, at denne trak sig ud af markedet for organiske peroxider.

Vedrørende spørgsmålet om AKZO's dominans henviste Domstolen til *Hoffmann-La Roche*⁹⁷ og konkluderede, at AKZO's markedsandel på 50 % var så høj, at den i sig selv udgjorde et bevis for, at AKZO besad en dominerende stilling. Domstolen udtalte desuden, at de af Kommissionen fremlagte supplerende faktorer, som også skulle indikere, at AKZO besad en dominerende stilling, bekræftede AKZO's dominans på markedet. Dette må fortolkes således, at AKZO alene på baggrund af sin høje markedsandel havde haft en dominerende stilling på markedet – også uden de supplerende faktorer til at bekræfte denne stilling.

Tidligere retspraksis peger altså i retning af en formodningsregel, hvorefter virksomheder med en markedsandel på mere end 50 % må formodes at have en dominerende stilling. Desuden viser ældre retspraksis, at den afgørende faktor er markedsandelen, mens andre faktorer kun i mindre grad inddrages i dominansvurderingen.

3.3.1.2 Nyere retspraksis

I modsætning til tidligere retspraksis opstiller Kommissionen en *soft safe harbour* i Vejledningen, hvilket bl.a. kommer til udtryk i de nyere sager *Tomra*⁹⁸ og *Deutsche Telekom*⁹⁹. I disse sager er det klart, at dominansvurderingen i langt højere grad end tidligere er effektbaseret og dermed bygger på andre relevante forhold på markedet end blot markedsandelen. Kommissionens begrundelse for dette paradigmeskifte er, at en høj markedsandel ikke i sig selv kan være et afgørende bevis for, at der foreligger en dominerende stilling.¹⁰⁰

⁹⁷ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

⁹⁸ C-549/10 P, *Tomra*

⁹⁹ C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG*

¹⁰⁰ 2009/C 45/02, punkt 13

Tomra, som blev anklaget for overtrædelse af TEUF art. 102 pga. eksklusivtetsaftaler, individuelle mængdeforpligtelser og loyalitetsrabatter, er et godt eksempel på, hvilke andre relevante faktorer, der i dag inddrages i vurderingen af dominans. I misbrugsperioden gik virksomheden fra at have en markedsandel på 70 % til ca. 95 %. På trods af den høje markedsandel, ville Kommissionen først konkludere, at Tomra havde en dominerende stilling efter inddragelsen af andre relevante faktorer i vurderingen.¹⁰¹

Det samme ses i *Deutsche Telekom*¹⁰², som også var anklaget for misbrug af dominerende stilling i henhold til art. 102 TEUF. Selvom Deutsche Telekom's markedsandel var knap 100 % i hele misbrugsperioden, var dette ikke ensbetydende med, at virksomheden var dominerende.¹⁰³ Her inddrog Kommissionen også andre faktorer i vurderingen. Hvilke faktorer, der vurderes at have relevans for dominansvurderingen, analyseres i afsnit 3.3.2.

Nyere retspraksis viser altså en tendens, hvor Domstolen tillægger markedsandelene mindre vægt end tidligere og i stedet lægger andre faktorer til grund for dominans. Med en *soft safe harbour* signalerer Kommissionen, at den agter at acceptere, at virksomheder med høje markedsandele ikke nødvendigvis er dominerende. Dette står som vist i afsnit 3.3.1.1 i kontrast til tidligere retspraksis, og det var desuden heller ikke den linje, der blev lagt op til i Kommissionens Discussion Paper¹⁰⁴. Heri følger det bl.a. af punkt 31 at:

"It is very likely that very high markets shares, which have been held for some time, indicate a dominant position. This would be the case where an undertaking holds 50 % or more of the market, provided that rivals hold a much smaller share of the market".

¹⁰¹ COMP/E-1/38.113, *Tomra*, punkt 78-79

¹⁰² COMP/C-1/37.451, *Deutsche Telekom*

¹⁰³ COMP/C-1/37.451, *Deutsche Telekom*, punkt 98

¹⁰⁴ Discussion Paper (2005)

Kommissionens Discussion Paper antyder godt nok, at alle faktorer skal vurderes i forbindelse med konstateringen af dominans, men formodningsreglen, som man har set i retspraksis, vedholdes, og det er derfor bemærkelsesværdigt, at Kommissionen ikke har gjort det samme i Vejledningen.

Når Kommissionen i stedet har valgt en *soft safe harbour*, der i modsætning til formodningsreglen ikke er fundet direkte belæg for i retspraksis, tyder det på, at Kommissionen med Vejledningen rent faktisk forsøger at ændre retspraksis. Kommissionens Discussion Paper nævner dog også begrebet *soft safe harbour*, men dette er baseret på en markedsandelstærskel under 25 % og ikke 40 % som angivet i Vejledningen.¹⁰⁵ Der er med andre ord tale om en lempelse i forhold til tidligere retspraksis, da der alt andet lige skal mere til, før virksomhederne bliver anset som dominerende og dermed udsat for en skærpet misbrugsvurdering.

3.3.2 Andre relevante faktorer

Da udgangspunktet i Vejledningen er, at markedsandelen ikke alene kan bekræfte dominans, foreslås det, at adfærden skal vurderes på grundlag af andre relevante faktorer, såsom markedsdynamikken og produkternes differentieringsgrad.¹⁰⁶ Vejledningens punkt 12 er ikke udtømmende, da Kommissionen anser det for meget individuelt, hvilke faktorer der bør inddrages fra sag til sag.

Kommissionen fortolker markedsandele ud fra de sandsynlige markedsforhold og tager i den forbindelse hensyn til, om markedet har en meget dynamisk karakter, og om markedet er ustabil på grund af innovation og vækst.¹⁰⁷

I sagen *Wanadoo*¹⁰⁸ blev der bl.a. lagt vægt på, at markedet for højhastighedsinternet i misbrugsperioden var forholdsvist nyt og umodent, og at det var præget af stor

¹⁰⁵ Discussion Paper (2005), punkt 31

¹⁰⁶ 2009/C 45/02, punkt 13

¹⁰⁷ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Kokkoris s. 143

¹⁰⁸ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*

vækst.¹⁰⁹ På baggrund heraf gjorde Wanadoo gældende, at deres markedsandel ikke kunne anses for pålidelige, da størrelsen varierede meget. Wanadoo foreslog derfor Kommissionen at lempe tilgangen til vurderingen for at undgå de usikkerheder, der vil være forbundet med et nyt marked.¹¹⁰ Dette argument afviste Kommissionen, idet de påpegede, at virksomheder på nye markeder stadig er omfattet af samme konkurrenceregler som andre. Desuden påpegede Kommissionen, at fordi virksomheden på kort tid havde opnået en relativ stor kundebase¹¹¹, kunne produktet ikke længere anses for nyt, uanset om produktet stadig kommercielt og teknisk set var i den eksperimentelle fase.¹¹²

Kommissionen gjorde det dog klart, at selvom konkurrencereglerne er gældende på lige fod for alle virksomheder uanset anciennitet, vil vurderingen altid tage hensyn til de specifikke kendetegn, der er ved et nyt marked. Det betød, at Wanadoos eget forecast for omsætningen bl.a. blev inddraget i vurderingen.¹¹³ I den forbindelse foreslog Wanadoo, at Kommissionen tog udgangspunkt i virksomhedens endelige position på markedet. Kommissionen afviste dog dette argument, da konsekvensen heraf kunne betyde en ex post accept af misbrug sket tidligere i perioden. Desuden påpegede Kommissionen, at man ikke kunne snakke om en "endelig position" på markedet, da markeder er dynamiske, hvorfor markedsandelene løbende vil ændres.

114

I stedet konkluderede Kommissionen, at den relative forskel mellem markedsandelene på den dominerende virksomhed og dennes største konkurrent var en relevant faktor at inddrage i dominansvurderingen. Hvis spændet mellem markedsandelene er stort, er dette tegn på, at virksomheden har en dominerende stilling uanset virksomhedens egentlige markedsandel. Ved at anvende denne metode undgår Kommissionen den usikkerhed, der er forbundet med at vurdere markedsandele i et

¹⁰⁹ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 212

¹¹⁰ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 216

¹¹¹ I juni 2000 havde Wanadoo 100.000 abonnenter, hvilket steg til 180.000 i slutningen af året. I det første kvartal af 2001 var der en konstant stigning på mere end 5000 abonnenter pr. uge jf.

COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 218

¹¹² COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 218

¹¹³ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 220

¹¹⁴ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 217

forholdsvis nyt marked med høj vækst. I *Wanadoo*¹¹⁵ fik det yderligere betydning, at den relative forskel mellem markedsandelene blev øget i misbrugsperioden, og det var netop på baggrund heraf, at Kommissionen konkluderede, at Wanadoo havde en dominerende stilling.¹¹⁶

Kommissionen erkender, at det kan have betydning for vurderingen, at markedet er nyt og præget af vækst, men samtidig at det ikke er ensbetydende med en generel lempelse af konkurrencereglerne.

3.4 Ekspansion og markedstilgang

Når Kommissionen har bestemt markedsandelen, bør det konkurrencemæssige pres og konkurrenternes markedsstilling efterfølgende vurderes.¹¹⁷ I den forbindelse skal det undersøges, om den dominerende virksomhed befinder sig på et marked, hvor der er stor sandsynlighed¹¹⁸ for en rettidig¹¹⁹ og tilstrækkelig¹²⁰ ekspansion eller markedstilgang, da dette vil svække den dominerende virksomheds stilling. Kommissionen undersøger med andre ord, hvorvidt der er realistiske, effektive og hurtige modstrategier, som konkurrenterne sandsynligvis vil kunne anvende.¹²¹ Kommissionen understreger desuden i Vejledningen, at vurderingen ikke udelukkende kan tage udgangspunkt i den eksisterende markedssituation, idet den er dynamisk. Netop derfor anses potentielle konkurrenter for værende lige så vigtige som faktiske konkurrenter.¹²²

¹¹⁵ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*

¹¹⁶ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 213-215

¹¹⁷ 2009/C 45/02, punkt 12

¹¹⁸ "For at Kommissionen kan betragte ekspansion eller markedstilgang som sandsynlig, må det være tilstrækkelig rentabelt for konkurrenten eller den nye virksomhed på markedet" jf. 2009/C 45/02, punkt 16

¹¹⁹ "For at ekspansion eller markedstilgang kan betragtes som rettidig, skal den ske tilstrækkelig hurtigt til at afskrække virksomheden fra eller forhindre den i at udnytte sin betydelige markedsstyrke" jf. 2009/C 45/02, punkt 16

¹²⁰ "For at ekspansion eller markedstilgang kan betragtes som tilstrækkelig, må den ikke kun være af beskedent omfang, men skal være af en sådan størrelsesorden, at den kan afskrække ethvert forsøg fra den angiveligt dominerende virksomheds side på at forhøje priserne på det relevante marked" jf. 2009/C 45/02, punkt 16

¹²¹ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), afsnit 1.5

¹²² 2009/C 45/02, punkt 16

Den dominerende virksomhed kan dog opstille ekspansions- og adgangsbarrierer, hvorved eksisterende og nye, potentielle konkurrenters rentabilitet ved ekspansion eller markedstilgang forsvinder. Sådanne ekspansions- og adgangsbarrierer indikerer derfor, at virksomheden, der er i stand til at indføre dem, dominerer markedet.¹²³

3.4.1.1 Tidligere retspraksis

Der findes flere eksempler fra tidligere retspraksis, hvor en virksomheds dominans er blevet bekræftet på baggrund af virksomhedens ekspansions- eller adgangsbarrierer. Som indicier for dominans nævnte Domstolen i *Hoffmann-La Roche*¹²⁴ virksomhedens teknologiske forspring i forhold til konkurrenterne og virksomhedens meget veludbyggede og etablerede salgsnet. Begge årsager er også nævnt i Vejledningen som eksempler på ekspansions- og adgangsbarrierer.

Kommissionens beslutning i *Irish Sugar*¹²⁵ omhandlede den eneste sukkerroeforarbejder og største sukkerroeleverandør i Irland. Virksomheden anvendte eksportrestriktioner, selektiv prisfastsættelse, produktombytning og loyalitetsrabatter og blev på baggrund heraf fundet skyldig i tilsidesættelse af EF art. 82 (nu TEUF art. 102). Kommissionen fastslog i sin beslutning, at Irish Sugar indtog en dominerende stilling, bl.a. fordi virksomheden hvert år blev tildelt hele sukkerkvoten for Irland, og fordi virksomheden havde et veletableret distributionsnet. Disse faktorer har Kommissionen også valgt at nævne i Vejledningen, som eksempler på ekspansions- og adgangsbarrierer.

Da sagen kom for Retten, blev der dog kun lagt vægt på, at Irish Sugar indtog en markedsandel på 90 %, hvorimod ekspansions- og adgangsbarriererne ikke blev taget i betragtning. Det var udelukkende på baggrund af markedsandelen, at det blev konkluderet, at virksomheden var dominerende.¹²⁶ Vejledningens afsnit om ekspansion og markedstilgang stemmer altså overens med Kommissionens beslut-

¹²³ 2009/C 45/02, punkt 17

¹²⁴ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

¹²⁵ 97/624/EF, *Irish Sugar*

¹²⁶ T-228/97, *Irish Sugar*, præmis 71

ning i *Irish Sugar*¹²⁷, men det er påfaldende, at Retten og Domstolen udelukkende har konkluderet dominans på baggrund af virksomhedens markedsandel.

3.4.1.2 Nyere retspraksis

I nyere sager er der klar overensstemmelse mellem Vejledningens afsnit "Ekspansion eller markedstilgang" og retspraksis. Bl.a. i *Deutsche Telekom*¹²⁸, hvor muligheden for markedstilgang havde stor betydning for vurderingen af dominans. I sagen blev det forklaret, at Deutsche Telekom drev det faste telefonnet i Tyskland, som var blevet opbygget med hjælp fra offentlige midler. Virksomheden havde tidligere været i besiddelse af et lovbestemt monopol, men i 1996 blev markedet for udbud af teletjenester liberaliseret.¹²⁹ Det betød, at der kun fandtes ringe alternativer til den infrastruktur, som Deutsche Telekom havde opbygget, og de få alternativer, der var, måtte anses for at være utilstrækkeligt udviklede til at kunne udgøre en egentlig substitutionsmulighed.¹³⁰

Netop manglen på substitutionsmuligheder fik betydning i Kommissionens beslutning, idet man vurderede, at det ikke vil være rentabelt for andre virksomheder at foretage de nødvendige investeringer, som det vil kræve at oprette et tilsvarende telefonnet, da telefonnettet blev anset som en *essential facility*¹³¹. Denne adgangsbarriere tillagde Kommissionen stor betydning i den endelige vurdering af dominans. Dette er tegn på, at andre relevante faktorer i dag tillægges langt større betydning i den overordnede vurdering af dominans, hvilket må begrundes i, at vurderingen er mere effektbaseret.¹³²

*Wanadoo*¹³³ er et eksempel på, i hvor høj grad andre relevante faktorer, såsom ekspansion og markedstilgang, i dag spiller ind i den endelige vurdering af dominans.

¹²⁷ 97/624/EF, *Irish Sugar*

¹²⁸ COMP/C-1/37.451, *Deutsche Telekom*

¹²⁹ COMP/C-1/37.451, *Deutsche Telekom*, punkt 6 og 7

¹³⁰ COMP/C-1/37.451, *Deutsche Telekom*, punkt 83

¹³¹ Essential facility er en indretning (facility) på markedet, som ofte ejes af en eller få virksomheder. Det er nødvendigt for konkurrenter at få adgang til denne facility for at kunne levere down-stream.

¹³² COMP/C-1/37.451, *Deutsche Telekom*, punkt 101

¹³³ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*

For at bevise, at Wanadoo havde en dominerende stilling, blev konkurrenternes bestræbelser på at vinde markedsandele samt præstationen heraf undersøgt nøje.

Begrundelsen for, at netop dette var en vigtig faktor for vurderingen, var, at Wanadoos konkurrenter i løbet af misbrugsperioden havde intensiveret deres markedsføring betydeligt. Kommissionen undersøgte derfor effekten af markedsføringen, idet markedsføring måtte anses for at være en effektiv og hurtig modstrategi i et marked med effektiv konkurrence. En udeblivende effekt måtte modsætningsvis betyde, at konkurrencen på markedet var fordrejet.

Resultatet af undersøgelsen bekræftede, hvad markedsandelen allerede havde indikeret – nemlig at virksomheden besad en dominerende stilling, idet konkurrenterne ingen betydelig vækst oplevede på trods af den intensive markedsføring. Derimod steg Wanadoos markedsandel med mere en 50-60 % af den samlede vækst på markedet i perioden. På baggrund heraf konkluderede Kommissionen, at konkurrenterne ingen realistiske modstrategier havde, hvilket pegede i retning af, at Wanadoo havde en dominerende stilling på markedet.¹³⁴

På baggrund heraf kan det konkluderes, at dominansvurderingen i dag er mere effektbaseret, idet man i langt højere grad inddrager andre faktorer end blot markedsandelen i den samlede vurdering, og at faktorerne desuden vægtes højere end tidligere.

3.5 Modstående købermagt

Som den tredje og sidste faktor, der skal tages i betragtning ved vurderingen af dominans, nævner Kommissionen modstående købermagt. Kommissionen definerer dette som:

¹³⁴ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, punkt 221

"det konkurrencemæssige pres, som virksomhedens kunder er i besiddelse af".¹³⁵

Denne faktor inddrages, fordi en virksomheds evne til at begrænse udbud og forhøje priser er en følge af dens uafhængige handlinger, hvilket indikerer, at virksomheden besidder en vis markedsmagt. En virksomhed kan imidlertid have en stor markedsmagt, uden at dette er ensbetydende med, at virksomheden kan handle uafhængigt af sine konkurrenter, kunder og forbrugere.¹³⁶

Kommissionen udtrykker, at sandsynligheden for, at en virksomhed betragtes som dominerende mindskes på markeder med meget stor købermagt, idet selv en virksomhed med stor markedsandel ikke vil være i stand til at handle uafhængigt af sine kunder, hvis disse har en tilstrækkelig forhandlingsstyrke.¹³⁷ Dette skyldes endvidere den nedadgående efterspørgselskurve¹³⁸, som indebærer, at jo højere prisen på produktet er, jo mindre bliver den efterspurgte mængde af produktet.¹³⁹

3.5.1 Tidligere retspraksis

I *Irish Sugar*¹⁴⁰ anførte den sagsøgte virksomhed, at den ikke kunne betragtes som dominerende, idet kundernes styrke i forhandlingerne var for stærk. Det drejede sig hovedsageligt om to kunder, som opkøbte størstedelen af Irish Sugars produktion, og netop derfor havde de med stor succes været i stand til selv at fastsætte prisen på produktet. På baggrund heraf mente Irish Sugar, at kundernes store forhandlingsstyrke modvejede betydningen af deres markedsandel, hvorfor de ikke kunne anses for dominerende.¹⁴¹

¹³⁵ 2009/C 45/02, punkt 12

¹³⁶ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Kokkoris, s. 153

¹³⁷ 2009/C 45/02, punkt 18

¹³⁸ For så vidt angår produkter, der er prisuelastiske, er det dog ikke sikkert, at en stigning i prisen vil medføre et fald i den efterspurgte mængde, jf. Etro; Kokkoris (2010), artikel af Kokkoris, s. 153

¹³⁹ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Kokkoris, s. 153

¹⁴⁰ T-228/97, *Irish Sugar*

¹⁴¹ T-228/97, *Irish Sugar*, præmis 94

Retten bemærkede dog, at Irish Sugars argument ikke ændrede Kommissionens konklusion i den anfægtede beslutning¹⁴². Kommissionen havde nemlig konkluderet, at den til en vis grad anerkendte de store kunders kommercielle styrke, men at efterspørgslen, trods tilstedeværelsen af de store kunder, kom fra en række mindre aftagere, som ikke var lige så stærke. Disse aftagere kunne desuden ikke betragtes som én samlet konkurrencefaktor, der kunne begrænse Irish Sugars dominans i form af en markedsandel på 90 %.¹⁴³

3.5.2 Vejledningen

I Vejledningen henvises der til *Irish Sugar*¹⁴⁴ som eksempel på en sag, hvor fællesskabsretten har anvendt modstående købermagt som indikator for dominans. Kommissionen skriver i punkt 18 med henvisning til *Irish Sugar*¹⁴⁵, at:

”Selv en virksomhed med en stor markedsandel kan være ude af stand til i vid udstrækning at handle uafhængigt af kunder med tilstrækkelig forhandlingsstyrke”.

Det skaber imidlertid undren, at Kommissionen henviser til en dom, hvori Retten konkluderede, at den modstående købermagts styrke netop *ikke* kunne begrænse en dominerende virksomheds markedsposition, når virksomheden besad en meget stor markedsandel.

Selvom Kommissionen slutteligt i Vejledningens punkt 18 anerkender, at købermagten ikke yder et tilstrækkeligt effektivt pres, hvis kun en begrænset del af kunderne beskyttes mod den dominerende virksomhedsmarkedsstyrke, er det stadig påfaldende, at den eneste dom, som Kommissionen henviser til i denne sammenhæng, ikke fuldt ud underbygger den modstående købermagts betydning for dominans.

¹⁴² 97/624/EF, *Irish Sugar*

¹⁴³ T-228/97, *Irish Sugar*, præmis 98

¹⁴⁴ T-228/97, *Irish Sugar*

¹⁴⁵ T-228/97, *Irish Sugar*

Det kan enten skyldes, at der ikke findes anden retspraksis fra fællesskabsretten, der behandler spørgsmålet om, hvorvidt den modstående købermagt kan have betydning for dominans. Dog kan det også skyldes, at Kommissionen i dag ville have nået en anden konklusion i *Irish Sugar*¹⁴⁶ i kraft af den mere effektbaserede analyse, som vurderingerne i høj grad bygger på i dag. Alt andet lige må grundlaget for modstående købermagt som en relevant faktor dog synes vag, idet den ikke tidligere har spillet en afgørende betydning i fællesskabsretten.

3.6 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at det stadig er det oprindelige dominansbegreb, der anvendes i dag, og Kommissionen citerer også direkte fra *Hoffmann La-Roche*¹⁴⁷ i sin definition af dominans i Vejledningen. Kommissionen fremlægger dog også en nyere og ikke tidligere kendt definition, der fører til, at virksomheder, der har haft evnen til at forhøje priserne ud over det konkurrencedygtige niveau i *mindre* end to år, ikke vil blive anset for dominerende. En lignende afgrænsning af dominansvurdering er ikke tidligere set i fællesskabsretten.

Retspraksis viser tydeligt, at virksomheder med en markedsandel på 50 % eller mere med stor sandsynlighed vil blive vurderet som værende dominerende. Denne formodningsregel har Kommissionen dog valgt ikke at medtage i Vejledningen. I stedet fremlægges en såkaldt *soft safe harbour*, hvorefter der ikke kan påberåbes dominans hos virksomheder med en markedsandel på under 40 %.

Den nye kurs, som Vejledningen lægger op til, og som også er slået igennem i nyere retspraksis, er, at dominans aldrig kan konkluderes udelukkende på baggrund af høje markedsandele. Størrelsen af markedsandelen anses stadig som en vigtig indikator for dominans, men Vejledningen og retspraksis har flyttet fokus i bedømmelse af dominans således, at der i langt højere grad end tidligere lægges vægt på det konkrete tilfælde, hvilket kræver en mere dybdegående undersøgelse af samtlige rele-

¹⁴⁶ T-228/97, *Irish Sugar*

¹⁴⁷ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

vante faktorer. Som relevante faktorer nævner Vejledningen: markedsandele, muligheden for ekspansion eller markedstilgang samt modstående købermagt, men også andre faktorer kan vurderes at have betydning. Det vurderes, at anvendelsen af modstående købermagt som indikator ikke har samme klare belæg i retspraksis som de andre nævnte faktorer.

Det kan derfor konkluderes, at Vejledningen til en vis grad har været med til at ændre vurderingen af, hvornår virksomheder anses for dominerende. Den tidligere gældende per se regel om dominans konkluderet udelukkende på baggrund af høje markedsandele anvendes tilsyneladende ikke længere. I stedet har Vejledningen medført, at dominans nu først kan konkluderes efter en effektbaseret analyse, hvor alle relevante faktorer inddrages.

4 Misbrugsbegrebet i retspraksis

Det er ikke kun i vurderingen af dominans, at der er sket en ændring i fællesskabsretten. Vejledningen fremlægger også en langt mere effektbaseret tilgang til misbrugsvurderingen.

Når det er fastlagt, at virksomheden har en dominerende stilling, er næste skridt at undersøge, om virksomheden misbruger denne stilling. TEUF art. 102 opstiller en ikke-udtømmende liste over, hvad misbrug kan bestå i. Vejledningen beskæftiger sig dog udelukkende med virksomheders misbrug gennem ekskluderende adfærd. Med ekskluderende adfærd mener Kommissionen en adfærd, hvor den dominerende virksomhed afskærmer markedet for konkurrenterne på en konkurrenceskadelig måde, der kommer forbrugerne til skade.¹⁴⁸

Kommissionen vil derfor ikke gribe ind i de tilfælde, hvor den dominerende virksomheds adfærd ikke er til skade for forbrugerne, uanset om adfærden er egnet til at svække eller udelukke en konkurrent fra markedet. Allerede i Vejledningens punkt 6 gør Kommissionen det klart, at den ikke agter at beskytte mindre effektive konkurrenter, men derimod udelukkende vil beskytte en effektiv konkurrence.

Kapitel 4 omhandler misbrugsbegrebet, og i afsnit 4.1 analyseres forbrugerhensynets betydning for vurderingen af misbrug. Det undersøges, hvordan forbrugerhensynet tidligere har været anvendt i tilknytning til TEUF art. 102, og hvordan det anvendes i dag. I afsnit 4.2 redegøres der indledningsvist for de generelle analysefaktorer, som Kommissionen vil anvende i misbrugsvurderingen. Disse faktorer er i store træk allerede indarbejdede i retspraksis, dog diskuteres anvendelsen af interne dokumenter kort. Herefter analyseres *as efficient competitor* testen med særlig fokus på de anvendte omkostningsbenchmarks. I afsnit 4.3 og 4.4 diskuteres forskellene mellem henholdsvis den formbaserede og den effektbaserede tilgang til misbrugsvurderingen. Gennem en analyse af nyere domme vurderes det, hvorvidt Domstolen har accepteret anvendelsen af *as efficient competitor* testen og dermed en mere effekt-

¹⁴⁸ 2009/C 45/02, punkt 19

baseret vurdering af misbrug. Afsnit 4.5 trækker kapitlets hovedpointer frem i en delkonklusion.

4.1 Forbrugerhensynet

4.1.1 Tidligere retspraksis

I Romtraktaten var det overordnede formål med konkurrencereglerne, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke måtte forbrejdes.¹⁴⁹ Dette kom også til udtryk i *Hoffmann-La Roche*¹⁵⁰, hvor Domstolen udtalte, at EØF art. 86 (nu TEUF art. 102) var et konkret udtryk for det almindelige mål med fællesskabets virksomhed, nemlig at der skulle gennemføres en ordning, der sikrede, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke blev forbrejdet.¹⁵¹

I samme afgørelse gjorde Domstolen det klart, at målet for en uforbrejdet konkurrence også indeholdt et forbrugerhensyn:

”Når det i artikel 86 forbydes at misbruge en dominerende stilling på markedet i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes, vedrører dette således ikke alene en praksis, som direkte kan forvolde forbrugerne skade, men også adfærdsmåder, som indirekte forvolde dem skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur som den, der skal skabes ifølge traktatens artikel 3, litra f’.”¹⁵²

Domstolen fortolkede således forbrugerhensynet forholdsvis bredt i *Hoffmann-La Roche*¹⁵³, idet Domstolen både tog hensyn til den direkte og indirekte skade, som en adfærd påførte forbrugerne. Denne brede fortolkning af forbrugerbegrebet anvendes også af Kommissionen i Vejledningen.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Jf. EØF art. 3, litra f

¹⁵⁰ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

¹⁵¹ C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, præmis 38

¹⁵² Sag C-85/76 *Hoffmann-La Roche*, præmis 125

¹⁵³ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

¹⁵⁴ Se note 2 til Vejledningens punkt 19: ”Begrebet ”forbrugere” omfatter alle direkte eller indirekte brugere af de produkter, der berøres af den pågældende adfærd”

Tilsvarende anerkendte Retten i *Irish Sugar*¹⁵⁵, at forbrugerhensynet indgik i vurderingen af, om konkurrencen blev fordrejet. Domstolen hævdede bl.a., at de loyalitetsrabatter, som Irish Sugar havde ydet til bestemte detailhandlere i grænseområdet op til Nordirland, var i strid med traktaten. Det blev begrundet med, at Irish Sugar derved havde begrænset indflydelsen af nabomarkedernes prispolitik på det nationale marked, hvilket var med til at skade den effektive og ufordrejede konkurrence – især hvad forbrugerinteresser angik.¹⁵⁶ Retten påpegede desuden i dommens præmis 111, at EØF art. 86 (nu TEUF art. 102) også var begrundet i hensynet til, at forbrugerne ikke måtte lide skade. Retten konkluderede herefter, at Irish Sugar havde udøvet misbrug i strid med EØF art. 86 (nu TEUF art. 102). Dette fordi Irish Sugar ikke var i stand til at bevise, at loyalitetsrabatterne var forenelige med forbrugernes interesser.¹⁵⁷

Det forbrugerhensyn, som Kommissionen fremlægger i Vejledningen, er således ikke nyt set i forhold til tidligere retspraksis. Tidligere har forbrugerhensynet dog ikke fået samme opmærksomhed, og det er derfor iøjnefaldende, at Kommissionen i henhold til Vejledningen kun vil konkludere misbrug, såfremt den dominerende virksomheds adfærd, ud over at være ekskluderende, også er egnet til at skade forbrugerne.¹⁵⁸

Det betyder, at de konkurrenter, der udelukkes fra markedet grundet den dominerende virksomheds ekskluderende adfærd, ikke kan påberåbe sig TEUF art. 102, medmindre det er klart, at den dominerende virksomheds adfærd også skader forbrugerne. Som Kommissionen også skriver i Vejledningens punkt 6 kan dette betyde, at konkurrenter, som er mindre interessante for forbrugerne, når det gælder priser, valgmuligheder, kvalitet og innovation, må forlade markedet. Det er dog svært at finde belæg for denne tolkning i den tidligere retspraksis, da der findes flere eksempler på, at fællesskabsretten beskytter konkurrenterne, uden at forbrugerhensynet indbringes i vurderingen af, om der foreligger misbrug.

¹⁵⁵ T-228/97 *Irish Sugar*

¹⁵⁶ T-228/97 *Irish Sugar*, præmis 185

¹⁵⁷ T-228/97, *Irish Sugar*, præmis 189

¹⁵⁸ Heitzer (2008), s. 3

Dette var bl.a. tilfældet i *AKZO*¹⁵⁹, hvor virksomheden blev fundet skyldig i at misbruge sin dominerende stilling ved at udøve en adfærd, der havde til hensigt at skade og/eller eliminere konkurrenten ECS. I afgørelsen blev hensynet til forbrugerne ikke nævnt en eneste gang. Selvom Domstolen i *AKZO*¹⁶⁰ udtrykte et ønske om ikke blot at beskytte små konkurrenter, men derimod at beskytte den effektive konkurrence, er det bemærkelsesværdigt, at Domstolen ikke lagde vægt på forbrugerhensynet i sin afgørelse.

Domstolen vurderede, at AKZO havde misbrugt sin dominerende stilling ved at sælge meladditiver til ECS's kunder til urimeligt lave priser. Domstolen uddybede i sin afgørelse, at disse lave priser udelukkende kunne forklares med, at AKZO havde til hensigt at skade ECS.¹⁶¹ Konklusionen om misbrug blev således ikke understøttet med, at adfærden havde været egnet til at skade forbrugerne. Domstolen dømte udelukkende ud fra det synspunkt, at adfærden havde til hensigt at skade og eliminere en konkurrent.

En lignende vurdering fandt sted i *British Airways*¹⁶². Heri fastslog Domstolen, at det ikke var nødvendigt at påvise, at forbrugerne led skade, før der kunne være tale om misbrug af dominerende stilling. Ifølge Domstolen var det afgørende kriterium, hvorvidt konkurrencen på det relevante marked var blevet begrænset.¹⁶³

I *Michelin I*¹⁶⁴ havde den dominerende virksomhed, dækproducenten Michelin, udøvet misbrug i strid med EØF art. 86 (nu TEUF art. 102) ved at indføre rabatordninger og ved at yde en ekstra bonus, der afhang af opfyldelsen af aftalte salgsmål. Heller ikke i denne afgørelse blev det vurderet, hvorvidt virksomhedens adfærd var egnet til at skade forbrugerne. Derimod blev der lagt vægt på, at forhandlernes

¹⁵⁹ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

¹⁶⁰ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

¹⁶¹ C-62/86, *AKZO Chemie BV*, præmis 102 og 103 samt præmis 108 og 109

¹⁶² C-95/04 P, *British Airways*

¹⁶³ C-95/04 P, *British Airways*, præmis 106

¹⁶⁴ C-322/81, *Michelin*

afhængighed i kraft af det omtvistede rabatsystem ikke beroede på nogen økonomisk velbegrundet modydelse.¹⁶⁵

I dommens præmis 70 redegjorde Domstolen desuden for, hvordan EØF art. 86 (nu TEUF art. 102) skulle anvendes på rabatordningen:

”Artikel 86 med det deri indeholdte forbud mod misbrug af dominerende stilling på markedet i det omfang, samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes derved, er rettet mod de former for adfærd, som er egnet til at påvirke strukturen på et marked, hvor der netop som følge af den omhandlede virksomheds tilstedeværelse foregår en mindre stærk konkurrence, og som skaber hindringer for opretholdelsen eller en skærpelse af den konkurrence, der stadig findes på markedet, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra, hvad der må anses for normalt i forbindelse med erhvervsdrivendes udbud af varer eller tjenesteydelser”.

Domstolen udviste altså sympati for de små virksomheder, og beskyttelsen af disse afhang derfor ikke af, om den dominerende virksomheds adfærd skadede forbrugerne. Samme sympati finder man ikke hos Kommissionen i dag. Vejledningen lægger derimod op til, at virksomheder kun skal beskyttes, såfremt de er lige så effektive som markedets dominerende virksomhed. Hvis en virksomhed ikke kan matche den dominerende virksomheds effektivitet, vil en beskyttelse af den mindre virksomhed ikke gavne forbrugerne. Dette skyldes bl.a., at de mindre effektive virksomheder ikke vil være i stand til at producere produkter til lige så lave omkostninger som den dominerende virksomhed, og dermed er de heller ikke i stand til at opretholde lige så lave priser.

Det kan på denne baggrund konkluderes, at der længe har været fokus på forbrugerhensynet ved anvendelsen af TEUF art. 102, men at hensynet er blevet vægtet

¹⁶⁵ C-322/81, *Michelin*, præmis 85.

forskelligt gennem tiden.¹⁶⁶ I *Hoffmann-La Roche*¹⁶⁷ udtrykte Domstolen klart, at forbuddet mod misbrug af dominerende stilling vedrørte den praksis, der både direkte og indirekte skadede forbrugerne. I årene efter *Hoffmann-La Roche*¹⁶⁸ havde Domstolen dog ikke samme fokus på at inkorporere et forbrugerhensyn i anvendelsen af TEUF art. 102, hvilket bl.a. kom til udtryk i *AKZO*¹⁶⁹ og *Michelin I*¹⁷⁰. Hensynet til forbrugerne kom imidlertid i fokus igen, og dette mere udtalt end tidligere, da Domstolen bl.a. i *Irish Sugar*¹⁷¹ påpegede, at TEUF art. 102 var begrundet i hensynet til, at forbrugerne ikke måtte lide skade.

4.1.2 Nyere retspraksis

Forbrugerhensynet har i dag særligt afgørende betydning for, om en prisbaseret ekskluderende adfærd anses som misbrug. Det skyldes, at skarp priskonkurrence på den ene side må anses som en fordel for forbrugerne grundet den øgede konkurrence, men på den anden side vil en dominerende virksomhed også kunne anvende skarp priskonkurrence til at ekskludere konkurrenter, hvilket modsat kan skade konkurrencen på markedet og dermed også forbrugerne i sidste ende. I Vejledningens punkt 23 fastslår Kommissionen derfor, at denne:

"Normalt kun vil gribe ind med det formål at forhindre konkurrence-skadelig afskærmning, hvis den pågældende adfærd har kunnet skade eller vil kunne skade konkurrence fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed".

Dette betyder, at Kommissionen ikke vil beskytte konkurrenter, men derimod kun vil beskytte konkurrencen, hvilket er til gavn for forbrugerne.

¹⁶⁶ Bravo; Siciliani (2007), s. 8-9

¹⁶⁷ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

¹⁶⁸ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

¹⁶⁹ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

¹⁷⁰ C-322/81, *Michelin*

¹⁷¹ 97/624/EF, *Irish Sugar*

I nyere domme har Domstolen anerkendt forbrugerhensynet som en del af TEUF art. 102. Dette var bl.a. tilfældet i *Deutsche Telekom*¹⁷² og *Post Danmark*¹⁷³, hvor Domstolen bl.a. lagde vægt på, at en adfærd, der kom forbrugerne til skade både direkte og indirekte, vil blive anset for misbrug. Præmis 176 i *Deutsche Telekom* og præmis 20 i *Post Danmark*¹⁷⁴ var enslydende, og Domstolen fastslog igen, at TEUF art. 102:

"... ikke blot omhandler praksis, der kan påføre forbrugerne direkte skade, men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at gribe ind i den frie konkurrence".

Dermed blev det fastslået, at også adfærd der indirekte skader forbrugerne er retsstridigt. I præmisserne blev der yderligere henvist til *France Télécom*¹⁷⁵ præmis 83 og *TeliaSonera*¹⁷⁶ præmis 24, hvilket er et tegn på, at forbrugerhensynet i dag må anses for fast indarbejdet i retspraksis.

Med Vejledningen har Kommissionen skærpet kravene til misbrug og konkurrenternes effektivitet, idet Kommissionen først vil gribe ind overfor en ekskluderende adfærd, når der er risiko for, at den pågældende adfærd skader forbrugerne. Forbrugerhensynet er derfor blevet en meget vigtig faktor, når misbrug skal påvises i henhold til TEUF art. 102.

Dette sås også i *Deutsche Telekom*¹⁷⁷, hvori Domstolen pointerede, at formålet med TEUF art. 102 bl.a. var at sikre forbrugerbeskyttelse gennem en ufordrejet konkurrence.¹⁷⁸ I sagen blev det vurderet, at Deutsche Telekoms prispres havde en sådan fortrængende virkning for virksomhedens mindst lige så effektive konkurrenter, at den vil gøre det vanskeligt eller endog umuligt for disse at få adgang til markedet.

¹⁷² C-280/08 P, *Deutsche Telekom*

¹⁷³ C-209/10, *Post Danmark*

¹⁷⁴ C-209/10, *Post Danmark*

¹⁷⁵ C-202/07 P, *France Télécom*

¹⁷⁶ C-52/09, *TeliaSonera*

¹⁷⁷ C-280/08 P, *Deutsche Telekom*

¹⁷⁸ C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, præmis 170

Det ville betyde, at den dominerende virksomheds stilling blev yderligere styrket til skade for forbrugerne.¹⁷⁹

I forbindelse med afgørelsen i *Deutsche Telekom*¹⁸⁰ udtalte Kommissionens vicepræsident Joaquín Almunia følgende:

*“Today’s judgement confirmed the Commission’s well-established policy of fighting the temptation by dominant firms in network industries to set wholesale and retail prices at levels that do not allow their competitors, which have to rely on the dominant firms’ infrastructure, to cover their costs. Such strategies prevent competition and breach EU competition rules. The judgement is good news for consumers and for the economy in general as effective competition in the crucial network industries such as telecoms or energy translates not only in more choices and ultimately lower prices but also more growth and jobs”.*¹⁸¹

Denne udtalelse er interessant, idet Almunia fremhæver forbrugerhensynet i forbindelse med håndhævelsen af konkurrencereglerne.¹⁸² I takt med at Domstolen fokuserer mere og mere på anvendelsen af en effektbaseret tilgang, får forbrugervelfærd også en mere fremtrædende rolle i misbrugsvurderingen.¹⁸³

Det kan konkluderes, at forbrugerhensynet, siden det blev defineret i *Hoffmann-La Roche*¹⁸⁴, har været en mere eller mindre vigtige faktor i forbindelse med bedømmelsen af misbrug. Retspraksis er ikke konsistent i anvendelsen af forbrugerhensynet, idet Retten og Domstolen i flere afgørelser har dømt misbrug uden hensyntagen til forbrugerhensynet og i stedet lagt til grund, at adfærden havde til formål at ekskludere en konkurrent. I andre afgørelser er det omvendt blevet direkte pointeret, at TEUF art. 102 er begrundet i et forbrugerhensyn. I Vejledningen lægger Kommissio-

¹⁷⁹ C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, præmis 253

¹⁸⁰ C-280/08 P, *Deutsche Telekom*

¹⁸¹ Eijberts (2011), s. 3

¹⁸² Eijberts (2011), s. 3

¹⁸³ Heitzer (2008), s. 3

¹⁸⁴ C-85/76, *Hoffmann-La Roche*

nen ikke skjul på, at denne fremover kun vil konkludere misbrug, såfremt adfærden er egnet til at skade forbrugerne, og det er også denne linje Retten og Domstolen har lagt i de nyeste afgørelser, hvorfor det kan konkluderes, at TEUF art. 102 i dag som udgangspunkt finder anvendelse, hvis misbruget skader forbrugervelfærden.

4.2 Generelle analysefaktorer

I vurderingen af om det er sandsynligt, at en dominerende virksomheds adfærd er egnet til at virke ekskluderende, anvender Kommissionen en række generelle analysefaktorer, som er opstillet i Vejledningens punkt 20. De generelle analysefaktorer er følgende:

- a. Den dominerende virksomheds position (særligt markedsandele)
- b. Markedsvilkårene på det relevante produktmarked herunder evt. adgangsbarriere
- c. Konkurrenternes position (særligt markedsandele) samt aktuelle og mulige adfærd
- d. Selektivitet i den dominerende virksomheds adfærd over for bestemte kunder/leverandører
- e. Omfang, varighed og hyppig af den dominerende virksomheds adfærd
- f. Evt. dokumentation for aktuelle ekskluderende virkninger
- g. Direkte bevis på en ekskluderende strategi

Disse generelle analysefaktorer er ikke nye i vurderingen af misbrug. De er indarbejdede gennem retspraksis, og deres plads i Vejledningen giver ikke umiddelbart grund til en dybere analyse. Dog bør der knyttes en kommentar til punkt g, hvorefter Kommissionen vil tillægge interne dokumenter, som indeholder direkte beviser på en ekskluderende strategi, betydning i forbindelse med fortolkningen af den dominerende virksomheds misbrugende adfærd.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), s. 2

4.2.1 Interne dokumenter

Ved at anvende interne dokumenter i misbrugsvurderingen inddrages et subjektivt kriterium i form af den dominerende virksomheds intention om at ekskludere konkurrenter. Dette stemmer imidlertid ikke overens med tidligere retspraksis på området, da Domstolen bl.a. i *Hoffmann-La Roche*¹⁸⁶ definerede misbrugsbegrebet som værende:

*”et **objektiv** begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser”.*¹⁸⁷

Tidligere har Domstolen dermed konkluderet, at misbrugsvurderingen udelukkende skal bygge på objektive kriterier.

Et yderligere problem med at anvende interne dokumenter som bevis er, at alle virksomheder må antages at ønske at ekskludere så mange konkurrenter som muligt uanset virksomhedens størrelse¹⁸⁸. Netop dette formulerede Kommissionen i *AKZO*¹⁸⁹:

”Kommissionen understreger, at den ikke betragter det som ulovligt, at selv en dominerende virksomhed har til hensigt at udkonkurrere de øvrige virksomheder. En dominerende virksomhed har ret til at konkurrere efter evne. Kommissionen mener heller ikke, at store produ-

¹⁸⁶ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

¹⁸⁷ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*, præmis 91

¹⁸⁸ Killick (2009), s. 3

¹⁸⁹ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

center bør være forpligtede til at undlade at påføre mindre konkurrenter og nye virksomheder på markedet stærk konkurrence".¹⁹⁰

Idet Vejledningen nævner, at interne dokumenter kan være et direkte bevis for misbrug, indikerer Kommissionen også, at et sådan dokument vægtes højt i den samlede vurdering. Dette stemmer ikke overens med Kommissionens tidligere betragtning i *AKZO*¹⁹¹, hvor der redegøres for, hvorfor denne type dokumenter reelt set kan være uden betydning.¹⁹²

Hvis Kommissionen fremover vil konkludere misbrug ud fra virksomhedens intention om at ekskludere konkurrenter fra markedet, kan misbrugsbegrebet desuden ikke længere anses for fuldkommen objektivt, som Domstolen fremlagde det i *Hoffmann-La Roche*.¹⁹³ Siden *Hoffmann-La Roche*¹⁹⁴ og *AKZO*¹⁹⁵ er der set eksempler på retspraksis, hvor virksomheders interne dokumenter har indeholdt bevis for misbrug, og hvor dokumenterne har haft betydning for den endelig konklusion om adfærd i strid med TEUF art. 102.¹⁹⁶

Dette var bl.a. tilfældet i *Michelin II*¹⁹⁷. Retten lagde i denne afgørelse stor vægt på et antal interne dokumenter, der beviste, at Michelin havde haft til hensigt at begrænse konkurrencen. I dommens præmis 204 blev det fastslået, at de fremlagte dokumenter beviste, at de pågældende forhandlere skulle forhøje deres Michelin-temperatur¹⁹⁸ for at kunne indtræde i klubben¹⁹⁹, samtidig med at medlemskabet af klubben var den eneste måde, hvorpå indtjeningen på Michelin-produkter kunne forhøjes. Det fremgik endvidere af et af dokumenterne, at Michelin foreslog for-

¹⁹⁰ 85/609/EØF, *AKZO*, punkt 81

¹⁹¹ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

¹⁹² Killick (2009), s. 3

¹⁹³ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), s. 2, note 21

¹⁹⁴ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

¹⁹⁵ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

¹⁹⁶ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Art; Colomo, s. 103

¹⁹⁷ T-201/01, *Michelin*

¹⁹⁸ Forhandlerne skulle sikre, at Michelin-produkterne udgjorde en vis andel af deres salg – også kaldet Michelin-temperaturen, jf. T-201/01, *Michelin*, præmis 170

¹⁹⁹ Klubben eller "Club des amis Michelin" bestod af en række dækforhandlere, der ønskede at indgå i et tættere partnerskab med Michelin, jf. T-201/01, *Michelin*, præmis 21

handlerne, at de fjernede produkter af andre mærker fra deres produktsortiment med henblik på at forhøje deres Michelin-temperatur. Retten mente at denne adfærd sigtede mod at eliminere konkurrencen fra andre fabrikanter og dermed fastholde Michelins position og begrænse graden af konkurrence på det relevante marked. Adfærden var derfor i strid med EF artikel 82 (nu TEUF artikel 102).²⁰⁰

Lignende brug af interne dokumenter sås også i *Wanadoo*²⁰¹. Kommissionen havde bl.a. anvendt et *profit and loss forecast* samt tilbud til købere som bevismateriale for, at virksomheden havde planer om at sælge med tab fra 2002-2004.²⁰² Også i *Tomra*²⁰³ havde Kommissionen anvendt interne dokumenter i deres vurdering. I begge sager blev brugen af interne dokumenter appelleret til Retten og senere Domstolen. Appellanterne gjorde gældende, at dokumenterne blot var fremstræbende handelsmål, og at der var blevet foretaget en fejlagtig læsning heraf. Argumenterne blev i begge tilfælde afvist.²⁰⁴

I *Post Danmark*²⁰⁵ havde Konkurrencerådet også anvendt interne dokumenter, der påviste, at Post Danmark havde tilbudt konkurrentens vigtige kunder lave priser, og at prisstrategien derfor havde til hensigt at eliminere konkurrenten. Domstolen påpegede dog i modsætning til andre nyere domme, at prisstrategien ikke i sig selv kunne indicere, at der forelå et ekskluderende misbrug.²⁰⁶

Retspraksis viser altså nogle divergerende holdninger til, hvorvidt en dominerende virksomheds intentioner om at eliminere konkurrenter skal indgå som bevis for, at virksomheden har misbrugt sin dominerende stilling. Det virker imidlertid som om, at virksomhedens intentioner kan få en væsentlig betydning for den endelige bedømmelse. På den ene side giver det derfor mening, at Kommissionen har valgt at

²⁰⁰ T-201/01, *Michelin*, præmis 210 sammenholdt med præmis 212

²⁰¹ COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*

²⁰² 202/07 P, *Wanadoo Interactive*, præmis, 89 og COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, bl.a. punkt 96 samt note 79

²⁰³ C-549/10 P, *Tomra*

²⁰⁴ C-549/10 P, *Tomra*, præmis 9 og C-202/07 P, *Wanadoo Interactive*, præmis 89

²⁰⁵ C-209/10, *Post Danmark*

²⁰⁶ C-209/10, *Post Danmark*, præmis 28-30

tillægge virksomheders subjektive hensigter betydning, idet Vejledningen netop også tilstræber at fremme en mere effektbaseret tilgang til anvendelse af TEUF art. 102.

På den anden side kan det imidlertid hævdes, at en virksomheds ønske og intention om at øge sine markedsandele på bekostning af sine konkurrenter, er en naturlig del af det at drive virksomhed på et effektivt marked. Netop derfor kan man diskutere, hvorvidt interne dokumenter har nogen bevismæssig værdi, idet det må antages, at mange (specielt) dominerende virksomheder har sådanne dokumenter liggende, og at disse dokumenter ikke nødvendigvis omhandler en konkret plan om ekskludering af konkurrenterne.

4.3 Prisbaseret ekskluderende adfærd

Efter gennemgangen af de generelle analysefaktorer sætter Vejledningen fokus på prisbaseret ekskluderende adfærd. Som tidligere nævnt vil Kommissionen fremover kun gribe ind over for konkurrenceskadelig afskærmning, hvis adfærden har eller vil kunne skade lige så effektive konkurrenter. For at undersøge om en dominerende virksomhed ekskluderer lige effektive konkurrenter foreslår Kommissionen, at *as efficient competitor* testen anvendes.

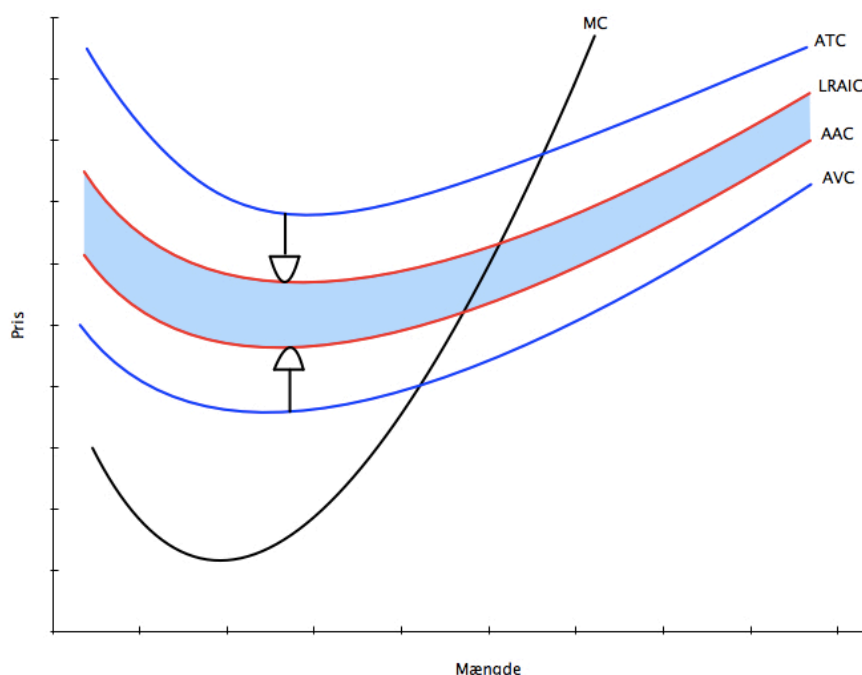
Der er ingen tvivl om, at Kommissionen har fundet inspiration til testen i *AKZO*²⁰⁷, hvori Domstolen anvendte en næsten identisk test i vurderingen af, om AKZO havde misbrugt sin dominerende stilling. Domstolen benyttede imidlertid nogle andre omkostningsbenchmarks, nemlig de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) og de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC).

Fordelene ved Vejledningens omkostningsbenchmarks er, at LRAIC er lavere end ATC. Ved at anvende et benchmark, der er lavere end tidligere, får virksomhederne mulighed for at fastsætte prisen lavere, uden at der er risiko for, at virksomhedens adfærd anses for ekskluderende.

²⁰⁷ C-62/86, *AKZO Chemie BV*

Derudover er området mellem AAC og LRAIC også mindre end tilfældet var med AVC og ATC. Dette skyldes, at LRAIC må forventes at ligge lavere end ATC, samtidig med at AAC ligger højere end AVC. Dette giver en større retssikkerhed for de dominerende virksomheder, idet tvivlsområdet²⁰⁸ er blevet mindre. De nye omkostningsbenchmarks gør det således nemmere for virksomhederne at fastsætte en ikke-ekskluderende pris, hvilket kommer forbrugerne til gode i form af lavere priser. Det kommer også virksomhederne til gode, idet de kan fastsætte en konkurrencedygtig pris uden risiko for retsforfølgning.

Da AAC ligger højere end AVC betyder det desuden, at den nedre grænse for tvivlsområdet ligger højere end tidligere. Dermed kan en dominerende virksomhed ikke fastsætte sin pris ligeså lavt som tidligere, da priser under AAC vil blive anset for misbrug uden videre undersøgelser.²⁰⁹ Dette kan for virksomhederne anses som en ulempe ved de nye benchmarks.



Figur 4: Tvivlsområdet i *as efficient competitor* testen

Figuren viser, at tvivlsområdet bliver mindre, når LRAIC og AAC anvendes som omkostningsbenchmarks.

²⁰⁸ Tvivlsområdet referer til området mellem LRAIC og AAC, hvor testen skal sammenholdes med andre relevante faktorer, før misbrug af dominerende stilling kan påvises.

²⁰⁹ Akman (2010), s. 15

Idet tvivlsområdet er mindre end tidligere, vil de nye benchmarks være mere retvisende end tidligere, hvilke betyder, at retssikkerheden øges væsentligt.

4.4 Anvendelse af den formbaserede tilgang i retspraksis

Før Vejledningens offentliggørelse anså Domstolen flere adfærdsformer som per se forbudt for dominerende virksomheder. En sådan formbaseret tilgang betød, at såfremt den dominerende virksomhed ikke kunne begrunde sin adfærd økonomisk objektivt med fx omkostningsbesparelser, ansås adfærden uden videre som misbrug i strid med TEUF art. 102. Dette var bl.a. tilfældet i *British Airways*²¹⁰, hvor Domstolen i præmis 84 i relation til loyalitetsrabatter udtalte, at:

"Ifølge fast retspraksis skal kun bonusser og præmier, som ikke er betinget af en økonomisk ydelse, der begrundes dem, anses for misbrug".

Domstolen konkluderede herefter, at British Airways havde misbrugt sin dominerende stilling, idet virksomhedens loyalitetsrabatter ikke var begrundet i en objektiv økonomisk modydelse. Domstolen fastslog, at loyalitetsrabatter per se er forbudt at anvende for dominerende virksomheder, medmindre de kan begrunde rabatterne objektivt.

I *Michelin II*²¹¹ konkluderede Retten også, at det var fast retspraksis, at rabatter ydet af en dominerende virksomhed skulle bero på en objektiv økonomisk modydelse, og Retten udtalte følgende:

"Et kvantumrabatsystem er således foreneligt med artikel 82 EF [nu TEUF art. 102], såfremt den fordel, forhandlerne tildeles, begrundes i

²¹⁰ C-95/04, *British Airways*

²¹¹ T-201/01, *Michelin*

*den tilførte aktivitetsvolumen eller i de eventuelle stordriftsfordele”.*²¹²

Retten vurderede efterfølgende, at Michelin ikke havde godtgjort, at deres rabatter beroede på reelle økonomiske besparelser. Virksomheden havde blot i generelle vendinger forsikret, at deres rabatter var retfærdiggjort af stordriftsfordele i forbindelse med produktions- og distributionsudgifter. Dette argument var for generelt formuleret, og Retten fandt derfor Michelin skyldig i misbrug.²¹³

Denne retspraksis illustrerer, at der tidligere har været visse adfærdsformer, der alene ud fra deres form og grundet manglende objektive økonomisk begrundelse, er blevet anset for værende i strid med TEUF art. 102.

4.5 Anvendelsen af den effektbaserede tilgang i retspraksis

Af Vejledningen fremgår det, at fokus i Kommissionens anvendelse af TEUF art. 102 fremover vil være på en konkret vurdering af en potentielt ekskluderende adfærds sandsynlige effekt i markedet og på forbrugerne. Dette vil i større omfang end tidligere bero på økonomiske analyser, herunder *as efficient competitor* testen.²¹⁴

En dominerende virksomhed, der består Vejledningens *as efficient competitor* test, behøver således ikke bevise, at dens adfærd er objektive økonomisk begrundet. Det medfører, at en adfærd, der tidligere per se var i strid med TEUF art. 102, ikke nødvendigvis er det i dag. Kommissionen agter først at gribe ind, hvis der foreligger stærke og klare beviser på, at det er sandsynligt, at adfærden er egnet til at medføre konkurrencebegrænsende afskærmning.²¹⁵ Dette udgør en ikke ubetydelig lempelse for de dominerende virksomheder.²¹⁶

²¹² T-203/01, *Michelin*, præmis 100

²¹³ T-203/01, *Michelin*, præmis 108-110

²¹⁴ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-1), s. 1

²¹⁵ 2009/C 45/02, punkt 20

²¹⁶ Gravengaard; Kjærsgaard (2009-2), s. 2

For at undersøge, om Domstolen har taget Kommissionens Vejledning til sig, inddrages tre afgørelser, der alle er truffet efter Vejledningens offentliggørelse. En analyse af disse domme vil vise, hvorvidt Retten og Domstolen har valgt at anerkende den effektbaserede tilgang ved håndhævelsen af TEUF art. 102, eller om de fortsat ønsker at anvende den formbaserede tilgang ved vurderingen.

4.5.1 Tomra

*Tomra*²¹⁷ er interessant at inddrage i analysen, idet denne sag er Rettens og Domstolens første afgørelse efter Kommissionens offentliggørelse af Vejledningen.²¹⁸ I Kommissionens beslutning *Tomra*²¹⁹ blev det påvist, at virksomheden både udførte pris- og ikke-prisbaseret misbrug. Tomra benyttede sig af ene- og præferenceleverandøraftaler, mængdeforpligtelser og bonusordninger med tilbagevirkende kraft for bl.a. at forhindre markedsadgangen for nye konkurrenter og for at holde konkurrenternes størrelse nede ved at begrænse deres vækstmuligheder eller ved at opkøbe dem. På baggrund af adfærdens karakter anså Kommissionen adfærden som egnet til at begrænse konkurrencen for en lige så effektiv konkurrent, hvilket betød, at Tomra havde misbrugt sin dominerende stilling.

4.5.1.1 Sagens fremlagte argumenter

Kommissionens beslutning byggede på den antagelse, at adfærden potentielt kunne ekskludere konkurrenter og derfor altid ville blive anset som misbrug, hvis virksomheden var i besiddelse af en dominerende stilling. I modsætning til Kommissionens anvendelse af denne per se regel, fremlagde Tomra i sit forsvar effektbaserede argumenter for både Kommissionen, Retten og Domstolen. Tomra fremlagde bevis for, at lige effektive konkurrenter reelt set ville være i stand til at tilbyde samme priser som Tomra, hvorfor der ikke kunne være tale om misbrug.

²¹⁷ C-549/10 P, *Tomra*

²¹⁸ Federico (2011), s. 1

²¹⁹ COMP/E-1/38.113, *Tomra*

Idet Kommissionens afgørelse blev truffet før Vejledningens offentliggørelse, er det dog ikke overraskende, at Tomras adfærd blev anset som misbrug på grund af adfærdens karakter, og at de reelle effekter var uden betydning for afgørelsen. Sagen blev appelleret til Retten *efter* Vejledningens offentliggørelse, og netop derfor er afgørelsen alligevel interessant. Dette fordi at Retten, og senere Domstolen, fik mulighed for at vise, hvorvidt de var villige til at anvende den effektbaserede tilgang, som Vejledningen fremlægger.²²⁰

I afgørelsen gentog Retten dog Kommissionens argument om, at rabatter med tilbagevirkende kraft altid har en loyalitetsskabende effekt, hvilket kan gøre det svært for mindre konkurrenter at konkurrere på det pågældende marked.

I den forbindelse anførte Tomra, at en pris- og omkostningstest kunne påvise, at en lige effektiv konkurrent ville være i stand til at sætte samme pris som Tomra på hele sin udbudsmængde, hvorved konkurrenten med stor sandsynlighed kunne opnå en større andel af efterspørgslen. Med andre ord ville tabet ved at sænke prisen blive kompenseret, fordi antallet af solgte enheder ville stige. Retten afviste dette argument med den begrundelse, at en kundes resterende efterspørgsel i de fleste tilfælde vil være begrænset, hvorfor gennemsnitsprisen strukturelt set vil forblive lidet attraktiv.²²¹

Ifølge Rettens afgørelse var det dermed ikke nødvendigt at undersøge, hvorvidt den gennemsnitlige effektive pris, som en effektiv konkurrent skulle fastsætte for at matche den dominerende virksomheds pris, lå over eller under omkostningsniveauet. Dette er en skarp kontrast til den metode, som Kommissionen fremlægger i Vejledningen, hvori formålet netop er at undersøge de egentlige effekter af adfærden, som virksomheden udviser.

²²⁰ Federico (2011), s. 1

²²¹ T-155/06, *Tomra*, præmis 270 sammenholdt med Federico (2011), s. 2

4.5.1.2 Tomras brug af en effektbaseret tilgang

Ifølge Vejledningen er en rabatstruktur ikke nødvendigvis ekskluderende, blot fordi prisen på en enhed fastsættes under LRAIC. For at afgøre om rabatten har en ekskluderende effekt, er det derimod nødvendigt at se på rabatstrukturen som en helhed og i den forbindelse vurdere, om det kan være profitabelt for en konkurrent at konkurrere på baggrund af hele sin udbudsmængde og ikke blot dele heraf.²²²

Tomra foreslog Retten at anvende en pris- og omkostningstest, ligesom den i Vejledningen og påpegede, at blot fordi en dominerende virksomheds gennemsnitspris er lavere end den pris, som de mindre konkurrenter fastsætter, betyder det ikke nødvendigvis, at disse ikke kan matche den dominerende virksomheds priser. Hvis konkurrenterne er lige effektive, kan de sætte samme priser, men de må selvfølgelig acceptere en mindre profit på samme måde som den dominerende virksomhed gør det. Konkurrenternes tab vil dog svare overens med det tab, som den dominerende virksomhed ville få pr. enhed under den forudsætning, at der er tale om en lige så effektiv konkurrent med samme omkostninger som den dominerende virksomhed. Med andre ord påpegede Tomra i sit forsvar, at Retten ikke på forhånd kunne konkludere, at en dominerende virksomhed har råd til et såkaldt tab, mens en mindre konkurrent ikke har det.²²³

Tomras forsvar blev afvist af Retten, og sagen blev appelleret til Domstolen. Her blev det endelig fastslået, at Domstolen ikke ville anvende Vejledningens test, og at det ingen betydning havde, om Tomras priser var højere eller lavere end deres LRAIC.²²⁴ Domstolen konstaterede derimod, at:

”Det er med rette, at Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 289, at det i forbindelse med beviset for, at der foreligger misbrug af dominerende stilling i henhold til art. 102 TEUF, er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til formål

²²² Federico (2011), s. 2

²²³ Federico (2011), s. 2

²²⁴ C-549/10 P, *Tomra*, præmis 67

at begrænse konkurrencen, eller at adfærden kan have denne virkning”.²²⁵

Hermed konkluderede Domstolen, at misbruget kunne konstateres udelukkende på baggrund af adfærdens karakter uden nærmere analyse af adfærdens effekt. Yderligere pointerede Domstolen, at Tomra, pga. den loyalitetseffekt, som rabatterne skabte, kunne fortrænge sine konkurrenter ved at opsuge den andel af efterspørgslen, der var udsat for konkurrence, og netop derfor vurderede Domstolen, at:

”Når der forligger et sådant forretningsinstrument (opsugningseffekt), er det således ikke nødvendigt at foretage en vurdering af de konkrete virkninger af rabatterne på konkurrencen, idet det for at fastslå en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF er tilstrækkeligt at godtgøre, at den omhandlende adfærd kan have sådanne virkninger, således som det er nævnt i denne doms præmis 68”.²²⁶

Citatet understreger endnu engang, at adfærdens karakter var det afgørende i Domstolens misbrugsvurdering, mens adfærdens reelle virkninger på markedet var uden betydning.

Domstolens tilgang stemmer tydeligvis ikke overens med Vejledningen og at antage, at en rabat med tilbagevirkende kraft altid har en såkaldt ”opsugningseffekt”, er forkert, da denne kun kan fastslås på baggrund af en pris- og omkostningstest.

4.5.1.3 Har Vejledningen tilbagevirkende kraft?

Domstolens begrundelse for ikke at anvende *as efficient competitor* testen var, at Kommissionens afgørelse blev truffet i 2006, hvilket var flere år før Vejledningen blev offentliggjort i 2009. Generaladvokaten skrev bl.a. i sit forslag til afgørelsen, at:

²²⁵ C-549/10 P, *Tomra*, præmis 68

²²⁶ C-549/10 P, *Tomra*, præmis 79

"Denne meddelelse [Vejledningen], der blev udsendt i 2009, kan imidlertid ikke være relevant for vurderingen af den foreliggende appel. Det er irrelevant, hvordan Kommissionen udformer sin konkurrencepolitik i fremtiden med hensyn til artikel 102 TEUF. Et eventuelt nyt fokus ved anvendelsen af denne bestemmelse kan kun være relevant for fremtidige Kommissionsbeslutninger, men ikke for den retlige vurdering af en beslutning, der allerede blev vedtaget i 2006".²²⁷

Generaladvokaten påpegede hermed, at Vejledningen ikke havde tilbagevirkende kraft, hvorfor den var irrelevant for den retlige vurdering i sagen.

Der var altså enighed mellem Domstolen og Generaladvokaten, og Domstolen bekræftede i sin afgørelse, at hverken Kommissionen eller Retten var forpligtede til at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt Tomras priser var lavere end deres LRAIC eller ej. Domstolen mente, at misbrug af dominerende stilling kunne godtgøres udelukkende på baggrund af enkelte betragtninger²²⁸, og at en egentlig test ikke var nødvendig til at fastslå, om der forelå misbrug.²²⁹

Hverken Generaladvokaten eller Domstolen tog dog direkte afstand fra den nye tilgang i Vejledningen, men alligevel anvendte de den ikke. Generaladvokaten skrev, at det ikke var relevant for den retlige vurdering af en sag fra 2006, at anvende de principper, som var opstillet i Vejledningen, idet den først blev offentliggjort på et senere tidspunkt. Generaladvokaten mente dermed ikke, at Vejledningen har tilbagevirkende kraft. Rettens og Domstolens afgørelser kan anses for problematiske, da de begge er et skridt baglæns i forhold til Vejledningen og ønsket om en effektbase-ret tilgang. Samtidig var det dog uundgåeligt, fordi Kommissionens beslutning blev

²²⁷ J. Mazák (2010), forslag til afgørelse fra generaladvokat i C-549/10 P, *Tomra*, punkt 37

²²⁸ I Kommissionen beslutning blev der først og fremmest lagt vægt på, at incitamentet til kun at købe hos Tomra var betydeligt større, fordi præmietærsklen påvirkede alle de køb, som kunderne foretog og ikke blot mængden, der oversteg tærsklen. For det andet var rabatordningerne tilegnet hver enkelte kundes skønnede behov, og for det tredje blev det fastslået, at Tomra anvendte rabatordningen med henblik på at sikre kundernes loyalitet.

²²⁹ T-155/06, *Tomra*, præmis 260-264

truffet næsten samtidig med Vejledningens offentliggørelse.²³⁰ Det afgørende er dog, at både Generaladvokaten og Domstolen nævner Vejledningen, og at begrundelsen for, at de ikke anvender principperne i den, er tidspunktet og ikke indholdet. Det kan med andre ord ses som en meddelelse om, at Domstolen i langt højere grad i fremtiden vil anvende en effektbaseret tilgang, som fremlagt i Vejledningen.²³¹

4.5.2 Post Danmark

*Post Danmark*²³² er en præjudiciel afgørelse, som er relevant at inddrage i dette kapitel, idet den danske Højesteret netop stillede spørgsmål til brugen af de nye omkostningsbenchmarks i *as efficient competitor* testen. I 2004 fastslog Konkurrencerådet, at Post Danmark indtog en dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser i Danmark, og at selskabet havde misbrugt denne stilling. Afgørelsen blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet og Østre Landsret og blev sidenhen appelleret til Højesteret. Sagen er interessant, idet den giver et billede af, hvorvidt Domstolen vil følge Kommissionens Vejledning, og hvordan Domstolen fortolker den.

4.5.2.1 *As efficient competitor* testen

Den danske Højesteret ønskede oplyst, om en prisnedsættelse til et niveau, der var lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger (LRAIC), men højere end de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (AAC)²³³, kunne udgøre ekskluderende misbrug, hvis målet med prisen ikke var at eliminere konkurrenterne. Domstolen anbefalede den danske Højesteret at anvende samme omkostningsbenchmarks, som blev brugt i AKZO – altså AVC og ATC. Dette er bemærkelsesværdigt, fordi Højesteret selv foreslog de nye omkostningsbenchmarks, som er angivet i Vejledningen – altså AAC og LRAIC. Selv Generaladvokaten anbefalede de nye benchmarks og påpegede, at de i det pågældende tilfælde ville være mest retvisende.²³⁴

²³⁰ Federico (2011), s. 4

²³¹ Petit (2012), s. 1

²³² C-209/10, *Post Danmark*

²³³ De gennemsnitlige samlede omkostninger svarer til LRAIC, mens de gennemsnitlige inkrementelle omkostninger kan sidestilles med AAC jf. C-209/10, *Post Danmark*, punkt 31

²³⁴ C-209/10, *Post Danmark*, præmis 31

Generaladvokaten skrev bl.a. i sit forslag til afgørelsen, at brugen af AAC ville give et mere retvisende billede end AVC, fordi en sammenligning af priser med de variable omkostninger ville være utilstrækkelig for dominerende virksomheder, der har fået overdraget at udføre en opgave af almindelig økonomisk interesse, fx offentlige tjenesteydelser eller alment tjenesteudbud.²³⁵ Det skyldes, at der på den ene side kunne ske en overvurdering af tabene, fordi en opgave af almindelig økonomisk interesse ville kunne medføre flere omkostninger for den dominerende virksomhed end for konkurrenterne, grundet den del af virksomhedens aktiviteter, der fandt sted på det frie marked. På den anden side ville anvendelsen af AVC kunne føre til en undervurdering af virksomhedens omkostninger, hvis denne opererede med høje faste omkostninger og lave variable omkostninger. På baggrund heraf konstaterede Generaladvokaten, at det var hensigtsmæssigt at anvende AAC i stedet for AVC, da man derved tog hensyn til både de faste og variable omkostninger, der var ved den specifikke aktivitet.²³⁶

Selvom Domstolen foreslog de gamle omkostningsbenchmarks, pointerede den samtidig flere steder i afgørelsen, at anvendelsen af AAC og LRAIC ville være passende i det pågældende tilfælde.²³⁷ Derfor må det konkluderes, at Domstolen er positiv stemt overfor anvendelsen af *as efficient competitor* testen, men at den (endnu) ikke ser det som afgørende, at det er de nye omkostningsbenchmarks, der anvendes. Da det er Kommissionen eller de nationale domstole, der i første omgang kommer til at foretage testen, må det forventes, såfremt de anvender de nye omkostningsbenchmarks, at brugen heraf også vil blive accepteret af Domstolen i fx en appelsag eller præjudiciel afgørelse. I så fald vil de nye omkostningsbenchmarks med tiden blive indarbejdet som en fast del af retspraksis.

²³⁵ Mengozzi (2011), forslag til afgørelse fra generaladvokat i C-209/10, *Post Danmark*, punkt 33

²³⁶ Mengozzi (2011), forslag til afgørelse fra generaladvokat i C-209/10, *Post Danmark*, punkt 34-35

²³⁷ C-209/10, *Post Danmark*, præmis 31-34

4.5.2.2 Lige effektive konkurrenter

Udover at fastslå, hvad der allerede var blevet anført i AKZO²³⁸, nemlig at priser ikke kunne formodes at være ekskluderende udelukkende med den begrundelse, at prisen lå under LRAIC²³⁹, præciserede Domstolen, at dominerende virksomheder må konkurrere på ydelser, også selvom det betyder, at konkurrenter ekskluderes fra markedet. Domstolen skrev:

*"Det er således ikke enhver eliminering, som nødvendigvis skader den frie konkurrence (jf. analogt TeliaSonera Sverige-dommen, præmis 43). Konkurrence på ydelser kan pr. definition føre til, at de mindre effektive konkurrenter, som således er mindre interessante for forbrugerne i forhold til bl.a. pris, udvalg, kvalitet eller innovation, forsvinder fra markedet eller marginaliseres".*²⁴⁰

Ud fra citatet ses det, at Domstolen anerkender, at selvom dominerende virksomheder ekskluderer konkurrenter, er der ikke nødvendigvis tale om misbrug.²⁴¹ Dette er en klar tilkendegivelse af, at mindre effektive konkurrenter som udgangspunkt ikke har krav på beskyttelse mod prisbaseret ekskluderende adfærd – denne beskyttelse er forbeholdt lige effektive konkurrenter, hvilket stemmer overens med Vejledningens punkt 23.

4.5.2.3 Effektivitetsgevinster

I *Post Danmark*²⁴² anvendte Domstolen samme principper som findes i Vejledningen vedrørende effektivitetsgevinster. I afgørelsens præmis 42 refererede Domstolen fra Vejledningens punkt 30:

²³⁸ C-62/86, AKZO Chemie BV

²³⁹ Mengozzi (2011), forslag til afgørelse fra generaladvokat i C-209/10, *Post Danmark*, punkt 37

²⁴⁰ C-209/10, *Post Danmark*, præmis 22

²⁴¹ Petit (2012), s. 1

²⁴² C-209/10, *Post Danmark*

"[Det] påhviler den dominerende virksomhed at godtgøre, at de sandsynlige effektivitetsgevinster, som den pågældende adfærd kan medføre, opvejer sandsynlige negative virkninger for konkurrencen og forbrugernes interesser på de berørte markeder, at effektivitetsgevinsterne er opnået eller vil kunne opnås som følge af den pågældende adfærd, at denne adfærd er afgørende for at opnå disse gevinster, og at adfærden ikke udelukker den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekil-
*der".*²⁴³

Citatet bevidner, at Domstolen anerkender effektivitetsgevinster, der opvejer en adfærds eventuelle negative virkninger for markedet, som undtagelse til TEUF art. 102. Brugen af effektivitetsgevinster må altså antages at være blevet en fast del af retspraksis siden afgørelsen i *British Airways*²⁴⁴, og anvendelsen i *Post Danmark*²⁴⁵ er derfor ikke banebrydende. Hvad der dog er bemærkelsesværdigt er, at Domstolen direkte referer fra Vejledningen, hvilket klart indikerer, at Domstolen har taget den til sig, og at man i langt højere grad vil se den blive anvendt i fremtidige sager.

4.5.3 Deutsche Telekom

Domstolens afgørelse fra 2012 angående Deutsche Telekom er en af de nyeste sager vedrørende misbrug af dominerende stilling. Afgørelsen bekræfter, at Domstolen har taget Kommissionens *as efficient competitor* test til sig, idet Domstolen anerkendte testen i sin afgørelse. Domstolen citerede direkte fra præmis 38 i Rettens afgørelse, som igen citerede direkte fra punkt 102 i Kommissionens afgørelse:

"Der foreligger prispres (margin squeeze), når summen af de månedlige afgifter og engangsafgifter, der skal betales til [sagsøgeren] for [formidlingstjenesteydelser, der giver adgang til abonnentledninger, tvinger konkurrenterne til at opkræve højere afgifter hos slutbruger-

²⁴³ 2009/C 45/02, punkt 30 sammenholdt med C-209/10, *Post Danmark*, præmis 42

²⁴⁴ C-95/04, *British Airways*

²⁴⁵ C-209/10, *Post Danmark*

ne, end [sagsøgeren] fakturerer sine egne slutbrugere for tilsvarende tjenester. Er engrospriserne for [formidlingstjenesteydelser, der giver adgang til abonnementsledninger] højere end detailpriserne [for adgangstjenester til slutbrugerne], kan [sagsøgerens] konkurrenter under ingen omstændigheder opnå fortjeneste, selv hvis de er mindst lige så effektive som [sagsøgeren], da de foruden engrospriserne for [formidlingstjenesteydelser, der giver adgang til abonnementsledninger] også har andre omkostninger, f.eks. til markedsføring, fakturering, inkasso osv.”²⁴⁶

Deutsche Telekom's misbrug bestod altså i, at virksomheden havde gennemtvunget urimelige priser overfor konkurrenterne, idet forskellen mellem detail- og engrospriser enten var negativ eller ikke tilstrækkelig til at dække virksomhedens AAC.²⁴⁷

Tidligere har man ikke set, at margin squeeze alene kan påvise misbrug i henhold til TEUF art. 102. Selvom AKZO til dels også omhandlede margin squeeze, dannede denne ikke præcedens for Deutsche Telekom, idet Domstolen ikke tidligere har anerkendt margin squeeze som en separat form for misbrug.²⁴⁸ I Rettens afgørelse blev det dog vurderet, at forskellen mellem detail- og engrospriser var nok til at påvise et misbrug, og at det ikke var nødvendigt for Kommissionen yderligere at påvise, at den dominerende virksomheds detailpriser udgjorde et misbrug i sig selv.²⁴⁹ Retten skrev følgende:

”... At sagsøgerens adfærd havde karakter af misbrug, skyldes imidlertid den urimelige forskel mellem sagsøgerens engrospriser og detailpriser, som havde form af et prispres (margin squeeze). På grund af det misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutning, behøvede Kom-

²⁴⁶ C- 280/08 P, *Deutsche Telekom*, præmis 4

²⁴⁷ C- 280/08 P, *Deutsche Telekom*, præmis 142 og T-271/03, *Deutsche Telekom*, præmis 166-173

²⁴⁸ Jones Day (2008), s. 4

²⁴⁹ Ligeledes blev det konkluderet i C-52/09, *TeliaSonera*, at margin squeeze kan ses som en individuel misbrugsform, hvor det ikke er nødvendigt at bakke formodningen for misbrug op med andre faktorer, dvs. en såkaldt ”stand alone” abuse

*missionen ikke heri at påvise, at sagsøgerens detailpriser udgjorde misbrug i sig selv*²⁵⁰.

Domstolen vurderede dermed, at Rettens afgørelse i Deutsche Telekom indeholdt en tilstrækkelig begrundelse for, at den anvendte test var hensigtsmæssig i det konkrete tilfælde. Derfor kan det konkluderes, at *as efficient competitor* testen er blevet anerkendt af Domstolen til at kunne påvise misbrug alene ud fra den betragtning, at prisen ligger under AAC.²⁵¹

4.6 Delkonklusion

Ud fra analysen ses det, at retspraksis ikke har været konsistent på området, men at forbrugerhensynet med tiden har vundet større og større indflydelse i håndhævelsen af TEUF art. 102. Derfor konkluderes det at stemme overens med retspraksis, når Kommissionen med Vejledningen anvender forbrugervelfærd som formål med bestemmelsen. Et formål som Retten og Domstolen også har fulgt efter Vejledningens offentliggørelse.

Gennemgangen, af de i Vejledningen opstillede generelle analysefaktorer, der bør tages i betragtning i vurderingen af misbrug, viser, at Kommissionen har taget udgangspunkt i retspraksis og fulgt den nøje. Anderledes ser det ud, hvad angår vurderingen af prisbaseret ekskluderende adfærd, hvortil Kommissionen i Vejledningen opstiller *as efficient competitor* testen. Med testen tilstræber Kommissionen en mere effektbaseret tilgang til anvendelsen af TEUF art. 102, der tidligere har været præget af en formbaseret tilgang, hvor visse former for adfærd per se blev anset for misbrug, medmindre adfærden var objektiv økonomisk begrundet.

Kommissionen har fundet inspiration til testen i tidligere retspraksis, men har valgt at indføre nye omkostningsbenchmarks, der har afgørende betydning for, hvornår dominerende virksomheder misbruger deres stilling. De nye omkostningsbench-

²⁵⁰ T-271/03, *Deutsche Telekom*, præmis 167

²⁵¹ C- 280/08 P, *Deutsche Telekom*, præmis 161 sammenholdt med Auf'mkolk (2011), s. 8

marks, der resulterer i en større retssikkerhed på området, betragtes som en modernisering af testen og ikke en konsekvent ændring af retspraksis.

På baggrund af dommene afsagt efter Vejledningens offentliggørelse kan det konkluderes, at Domstolen har accepteret Kommissionens mere effektbaserede tilgang til misbrugsbedømmelsen. *As efficient competitor* testen tillægges endvidere afgørende betydning, idet den, som vist i *Deutsche Telekom*²⁵², kan stå alene i vurderingen af misbrug.

²⁵² C-280/08 P, *Deutsche Telekom*

5 Vejledningens plads i retskildehierarkiet

Kapitel 5 er en diskussion af Kommissionens mulighed for at ændre tilgang til anvendelsen af TEUF art. 102 gennem ikke-bindende sekundærregulering. I den forbindelse vurderes Vejledningens retskildeværdi, og det diskuteres, hvor i retskildehierarkiet denne bør placeres – hvis den overhovedet kan og bør placeres.

Indledningsvis diskuteres det i afsnit 5.1, om der overhovedet er behov for Vejledningen. Herefter vurderes det i afsnit 5.2, om Vejledningen kan karakteriseres som en prioritering eller en retningslinje, hvorefter der i afsnit 5.3 foretages en analyse af, hvorvidt Vejledningen er forenelig med EU-retten, herunder om Kommissionen har beføjelse til udstede *soft law*, der fortolker TEUF art. 102. Afsnit 5.4 opsummerer kapitlet i en delkonklusion.

5.1 Behovet for en vejledning

Det er bemærkelsesværdigt, at der ikke tidligere har været en vejledning til fortolkningen af TEUF art. 102, idet Kommissionen har udgivet talrige uddybende dokumenter²⁵³ på andre områder indenfor konkurrenceretten. Endvidere er der ikke tidligere defineret et konkret formål med TEUF art. 102, som virksomheder kan fortolke bestemmelsen ud fra, og listen over adfærdstyper, som karakteriseres som misbrug, er desuden ikke udtømmende.

Det, at bestemmelsen hverken har et formål eller indeholder en udtømmende liste, øger behovet for uddybende retningslinjer, således at virksomheder ikke er overladt til sig selv og kun har mulighed for at blive oplyst gennem tidligere retspraksis. Behovet for en vejledning øges desuden yderligere af det faktum, at de nationale konkurrencebestemmelser er underlagt konformfortolkning og dermed udformet efter TEUF art. 102. Det er således naturligt, at de nationale myndigheder og domstole søger vejledning på EU-området, når de håndhæver disse regler.²⁵⁴

²⁵³ Fx 2011/C 11/01, Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på horisontale samarbejdsaftaler

²⁵⁴ Akman (2010), s. 2

5.2 Retningslinje eller prioritering?

Kommissionens vejledninger og retningslinjer bygger sædvanligvis på retspraksis, da formålet er at skabe større forudsigelighed og dermed også retssikkerhed. Ifølge navnet på Kommissionens Vejledning: *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd* er der imidlertid tale om en prioritering af indholdet i TEUF art. 102 og dermed ikke en egentlig retningslinje.²⁵⁵

Forskellen ligger i, at et prioriteringsformål ikke er at gengive rettens fortolkninger, men derimod at rangordne de adfærdstyper, som Kommissionen anser som misbrug. Ifølge Vejledningens punkt 2, er dens formål at skabe større klarhed og forudsigelighed med hensyn til de generelle regler, som Kommissionen anvender ved afgørelsen af, om den bør forfølge sager vedrørende forskellige former for ekskluderende adfærd. Endvidere har den til formål at give virksomhederne større mulighed for selv at vurdere, om en bestemt adfærd kan forventes at føre til Kommissionens indgriben i henhold til TEUF art. 102.²⁵⁶

Desværre skaber Vejledningen ikke denne klarhed og forudsigelighed. Der opstilles nemlig ikke en prioritering, der klarlægger, hvilke typer misbrug, der vægtes højere ved håndhævelsen. Det nævnes blot, at Kommissionen vil koncentrere sig om de former for adfærd, der er mest skadelige for forbrugerne, hvorefter lavere priser, højere kvalitet og større udvalg af nye og bedre varer og tjenester belyses som værende i forbrugernes interesse. Dette er dog indlysende set i betragtning af, at det er konkurrencemyndighedernes opgave at værne om den effektive konkurrence på markedet. Med andre ord er der intet nyt i Vejledningen angående Kommissionens prioritering, hvilket ellers kunne gøre det nemmere for virksomhederne at vurdere, hvorvidt deres adfærd vil medføre indgriben fra Kommissionens side. På baggrund

²⁵⁵ Akman (2010), s. 5

²⁵⁶ Akman (2010), s. 5-6

heraf kan det konkluderes, at Vejledningen ikke kan anses som en prioritering, da den nævner alle former for ekskluderende misbrug, samtidig med at intet misbrug vægtes højere end andet. Dermed må det konkluderes, at der er tale om en retningslinje.²⁵⁷

5.2.1 Forskellen mellem en prioritering og en retningslinje

Kommissionens prioriteringer er ikke underlagt samme form for begrænsninger som retningslinjer. Hvor retningslinjer skal respektere Domstolens retspraksis, så kan Kommissionen frit vælge, hvordan den vil prioritere sin egen håndhævelse.²⁵⁸ Det skyldes, at Kommissionen har beføjelser til selv at foretage et skøn, når det kommer til spørgsmålet om, hvorvidt en undersøgelse bør indledes eller ej. Dette blev bl.a. fastlagt i *Automec Srl*²⁵⁹, hvor Retten fremhævede, at fastlæggelsen af prioriteter er en naturlig del af den almindelige overvågnings- og kontrolopgave, som Kommissionen er blevet tillagt. Eneste krav er blot, at opgaven varetages indenfor lovens rammer.²⁶⁰ Netop derfor har det stor betydning, at Vejledningen udgiver sig for at være en prioritering, mens den i bund og grund er en retningslinje.

5.3 Er Vejledningen forenelig med EU-retten?

Det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt indholdet af Vejledningen er foreneligt med den primære og sekundære ret for at kunne konkludere, hvorvidt Kommissionen handler inden for sine beføjelser. TEU art. 19 og TEUF art. 267 giver Domstolen monopol på at fortolke den europæiske *hard law*, hvilket giver mening, da retssikkerheden med stor sandsynlighed vil forsvinde, hvis de berettigede forventninger, som lov og retspraksis skaber, pludselig bliver fjernet, fordi en vejledning fremlægger en anden fortolkning af loven.²⁶¹ Dog anses retspraksis ofte som en *in-between source of EU law*, da den formelt set ikke kan karakteriseres som en egentlig retskilde. Det skyldes, at Domstolens rolle er begrænset til at anvende og fortolke den

²⁵⁷ Akman (2010), s. 6

²⁵⁸ Lovdahl (2010), s. 3

²⁵⁹ T-24/90, *Automec Srl*

²⁶⁰ T-24/90, *Automec Srl*, præmis 77

²⁶¹ Akman (2020), s. 22

skrevne lov, og dermed kan den ikke selv udgøre en retskilde. Med andre ord afhænger retspraksis af andre retskilder, som fx traktaten og forordninger. Derudover praktiserer Domstolen ikke *stare decisis*, hvorfor Domstolen altid kan omstøde tidligere afgørelser.²⁶² På baggrund heraf kan det altså konkluderes, at selvom Vejledningen afviger fra Domstolens afgørelser, er dette ikke ensbetydende med, at Vejledningen bør tilbagekaldes – det afgørende er, hvorvidt den strider mod *hard law*. Desuden er Domstolen den sidste og afgørende instans, hvorfor den har til opgave at sikre, at TEUF art. 102 fortolkes korrekt. Hvis Domstolen ønsker at anvende en anden fortolkning end Kommissionen, er der intet, der forhindrer den heri, da Vejledningen er en ikke-bindende retsakt.²⁶³

5.3.1 Strider Vejledningen mod *hard law*?

Kritikere mener, at Vejledningen strider mod TEUF art. 102, idet Kommissionen fremlægger forbrugerhensynet, som formålet med bestemmelsen. Derved menes, at omfanget af bestemmelsen indsnævres, idet ét område prioriteres frem for andre.

Ifølge Lovdahl har Vejledningens fokus på forbrugervelfærd som formål ikke grundlag i retspraksis af to årsager: Først og fremmest indebærer formålet, at anvendelsen af TEUF art. 102 udelukkende skal bygge på en effektbaseret vurdering, da det er den eneste måde, hvorpå det kan afgøres, om forbrugere påvirkes negativt, men Domstolen er imidlertid ikke kun interesseret i de effekter en vis adfærd har, idet form, hensigt og formål også er blevet vægtet højt i retspraksis. For det andet er forbrugervelfærd blot et af mange formål, der er relevant for anvendelsen af TEUF art. 102, hvorfor det er forkert at fremhæve det frem for andre.²⁶⁴ Den tidligere præsident for *Bundeskartellamt* har yderligere udtalt at:

"The European Commission... is focusing more and more – in the context of the "more economic approach" – on consumer welfare. This is

²⁶² Akman (2010), s. 22

²⁶³ Akman (2010), s. 23

²⁶⁴ Lovdahl (2010), s. 4

*seen as a stark contrast to the well-established approach of European jurisprudence*²⁶⁵

Den tidligere præsident for *Bundeskartellamt* og Lovdahl mener altså ikke, at et formål om forbrugerhensyn er foreneligt med retspraksis på området.

Hvis der skal være hold i ovenstående argumenter, forudsætter det dog, at forholdet mellem retspraksis og *soft law* kan rangordnes. Dette blev ovenfor konkluderet ikke at være muligt, idet retspraksis ikke kan anses som en egentlig retskilde. Desuden behøver forbrugervelfærd som formål ikke at stride mod retspraksis. Dette så man bl.a. i *GlaxoSmithKline*²⁶⁶, hvor Retten fremlagde forbrugerhensynet som det ultimative formål med konkurrencereglerne:

*"Da formålet med Fællesskabets konkurrenceregler er at undgå, at virksomheder gennem en begrænsning af den indbyrdes konkurrence eller konkurrencen fra tredjemand begrænser velfærden for den endelige forbruger af de berørte produkter (jf. præmis 118), skal det endvidere godtgøres, at den pågældende restriktion begrænser konkurrencen til skade for den endelige forbruger".*²⁶⁷

Hermed gjorde Retten det klart, at konklusionen om misbrug skulle være begrundet med en konkurrencebegrænsning til skade for forbrugerne. I appellen af *GlaxoSmithKline* trak Domstolen dog lidt i land for så vidt angår Rettens udtalelse og påpegede, at også andre forhold kunne spille ind ved bedømmelsen:

"Det følger på ingen måde af denne bestemmelse, at alene aftaler, der fratager forbrugerne visse fordele, kan have et konkurrencebegrænsende formål. Det skal endvidere understreges, at Domstolen har fastslået, at artikel 81 EF [nu TEUF art. 101] i lighed med traktatens øvri-

²⁶⁵ Heitzer (2008), s. 3

²⁶⁶ T-168/02, *GlaxoSmithKline*

²⁶⁷ T-168/02, *GlaxoSmithKline*, præmis 171

ge konkurrenceregler ikke kun har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. Følgelig er konstateringen af, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, ikke betinget af, at den endelige forbruger fratages fordele af en effektiv konkurrence vedrørende forsyning og pris (jf. analogt dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl., præmis 38 og 39).²⁶⁸

Med citatet understregede Domstolen, at fællesskabsrettens formål ikke blot er forbrugervelfærd men også konkurrencen som helhed. Denne konstatering betyder dog ikke nødvendigvis, at forbrugerhensynet ikke kan være en standard, hvorudfra Kommissionen baserer sine vurderinger. Domstolen siger utvetydigt i afgørelsen, at konkurrencereglerne *også* er rettet mod adfærd, som er skadelig for forbrugerne. Desuden mener Domstolen, at visse adfærdsformer kan have en sådan indvirkning på konkurrencen på markedet, at det indirekte påvirker forbrugerne. Yderligere er der intet argument i *hard law*, der indikerer, at forbrugerhensynet ikke kan være formålet med bestemmelsen, og dermed må det kunne konkluderes, at Kommissionen ikke handler udenfor sine beføjelser, når den anvender forbrugerhensynet som formålet med TEUF art. 102.²⁶⁹

5.4 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at Vejledningen udgiver sig for at være en prioritering af Kommissionens håndhævelse, men en nærmere analyse viser, at den rent faktisk er en retningslinje. Dette er et problem, fordi en retningslinje bør være en fortolkning af Domstolens retspraksis og ikke et udslag af, hvordan Kommissionen vil anbefale Domstolen at fortolke TEUF art. 102.

Årsagen til kritikken skyldes Kommissionens brug af forbrugerhensynet som overordnet formål og anvendelsen af effektbaserede vurderinger. Med andre ord danner Kommissionen *soft law* på baggrund af egne holdninger, og der findes dermed ikke

²⁶⁸ C-501/06 P, *GlaxoSmithKline*, præmis 63

²⁶⁹ Akman (2010), s. 24

fuldt grundlag for disse i retspraksis. Det konkluderes dog, at dette ikke kan anses som et problem, idet retspraksis ikke er en egentlig retskilde. Det afgørende er derimod, hvorvidt Vejledningen strider mod *hard law*, hvilket kan konkluderes ikke at være tilfældet.

Hvis man modsat vurderede, at retspraksis havde større retskildeværdi end Vejledningen, ville dette heller ikke betyde, at Vejledningen var modstridende. Forbrugers hensynet er nemlig længe blevet anvendt af Domstolen, og det har ingen betydning, at Domstolen også lægger vægt på andre faktorer end netop forbrugervelfærd.

6 Regulering og efficiens

Dette kapitel har til formål at undersøge, hvornår et marked kan anses for økonomisk efficient, og hvilken virkning regulering har herpå. Inden for industriøkonomien er der flere konkurrerende teorier, men Structure-Conduct-Performance-skolen (fremover SCP-skolen) og Chicago-skolen må siges at være de dominerende på området. Begge teorier bygger på neoklassisk teori om profit- og nyttemaksimering, men alligevel vurderer de to teorier effekten af reguleringen på markedet vidt forskelligt.²⁷⁰ Afsnit 6.1 diskuterer disse traditionelle teorier, mens afsnit 6.2 omhandler teorien bag den nye industriøkonomi, som kan placeres et sted mellem de traditionelle teorier.

6.1 SCP-skolen og Chicago-skolen

Grundlæggende for både SCP-skolen og Chicago-skolen er, at der skelnes mellem markeder med fuldkommen konkurrence og markeder med monopol. På et marked med fuldkommen konkurrence er prisen lig med de marginale omkostninger, da al overnaturlig profit på lang sigt bliver udkonkurreret. Det betyder, at ingen virksomheder på markedet er i besiddelse af markedsmagt. En monopolist har derimod magt til at sætte en lavere udbudsmængde samt en højere pris og opnår dermed en overnormal profit, der vil være umulig at opnå under fuldkommen konkurrence. Ens for både SCP-skolen og Chicago-skolen er, at det relevante benchmark for, hvornår et marked anses for efficient, er fuldkommen konkurrence, men vejene dertil er vidt forskellige.²⁷¹

Ifølge SCP-skolen er markedsmagt en naturlig konsekvens af virksomhedernes adfærd på markedet. Når virksomheder handler strategisk, kan de opnå en vis magt på markedet, hvilket gør dem i stand til at udkonkurrere konkurrenter uanset effektivitet. Netop derfor mener SCP-skolen, at det er nødvendigt at regulere konkurrencen på markedet således, at strategisk adfærd ikke forhindrer de frie markeds kræfter.²⁷²

²⁷⁰ Møllgaard (1998), s. 3

²⁷¹ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 5 og 7

²⁷² Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 5

Modsat SCP-skolen er Chicago-skolen overbevist om, at den overvejende kilde til markedsmagt netop stammer fra markedsregulering, hvorfor denne bør minimeres mest muligt. Tanken er, at enhver virksomhed kan præstere, hvad en anden virksomhed kan, såfremt virksomhederne er lige effektive. Chicago-skolen har i den forbindelse bidraget med teorien om *contestable markets*, der viser, at virksomheder kan være alene på markedet, uden at de derved opnår markedsmagt. Dette er muligt, når der ikke er nogen adgangsbarrierer forbundet med at etablere sig på markedet, som fx *sunk costs*. I sådanne tilfælde, vil markedet nemlig blive udfordret af *hit-and-run* konkurrenter, så snart virksomheden sætter prisen højere end de marginale omkostninger, da en sådan prissætning fører til en overnormal profit. Chicago-skolen mener derfor, at en enkelt – aktuel eller potentiel – konkurrent er tilstrækkelig til at sikre en effektiv konkurrence på markedet, idet en monopolist i så fald vil opføre sig, som hvis markedet var præget af konkurrence. Dermed siger teorien også, at størrelsen på en dominerende virksomheds markedsandel er en upålidelig indikator for virksomheders markedsmagt og dermed også dominans.²⁷³

SCP-skolen hælder derimod til den klassiske monopolteori, hvorefter monopolisten kan sætte marginalomkostninger lig med marginalomsætningen uden at tage den aktuelle eller potentielle konkurrence i betragtning. Teorien forudsætter dermed, at der er høje adgangsbarrierer på markedet, der fjerner muligheden for *hit-and-run* konkurrenter. Modsat Chicago-skolen siger SCP-skolen således, at en stor markedsandel altid indebærer markedsmagt.²⁷⁴

6.1.1 Behovet for lovgivning

SCP-skolen og Chicago-skolen er altså grundlæggende uenige om tilstedeværelsen af adgangsbarrierer på markedet, og netop derfor har de også en forskellig opfattelse af, hvordan og hvor meget myndighederne skal blande sig, når det kommer til reguleringen af markedet.

²⁷³ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 6 og Møllgaard (1998), s. 3

²⁷⁴ Møllgaard (1998), s. 3

SCP-skolen mener, at regulering er nødvendig for, at konkurrencen på markedet ikke bliver fordrejet. Som forklaret nærmere nedenfor i afsnit 8.2.1 medfører adgangsbarrierer og strategisk adfærd, at koncentrationen på markedet øges, hvilket giver virksomhederne mulighed for at fastsætte højere priser. Når priserne stiger øges virksomhedernes profit også, hvilket i sidste ende fører til et effektivitetstab for samfundet.

Ifølge Chicago-skolen er denne teori forenklet, og rationalet bag konkurrencelovgivningen er uholdbart. Hvor SCP-skolen finder, at koncentrationen er årsag til en fordrejet konkurrence, mener Chicago-økonomerne modsætningsvis, at grunden til, at nogle virksomheder vokser sig store er, at de er mere effektive end deres konkurrenter, hvilket netop er essensen af effektiv konkurrence. Yderligere gøres det klart, at aggressive strategier såsom *bundling*, *predatory pricing* og eksklusiv aftaler ikke nødvendigvis bør anses som konkurrencebegrænsende, idet disse strategier kun ekskluderer mindre effektive konkurrenter. Sidst men ikke mindst pointerer Chicago-skolen, at adgangsbarrierer ikke ville eksistere, hvis det ikke var for konkurrencelovgivningen.²⁷⁵

Chicago-skolen er altså fortalende for et *laissez faire* regime, da de anser markedsregulering som en hindring for den frie konkurrence. De mener først og fremmest, at problemet ligger i den asymmetriske information, der resulterer i, at konkurrencemyndighederne ikke kan vurdere, hvilke virksomheder, der er mest effektive eller blot tilnærmelsesvis bestemme virksomhedernes omkostninger, for på den måde at afgøre, hvorvidt priserne virker ekskluderende for lige effektive konkurrenter. Desuden menes der at være stor risiko for reguleringsfejl. Der er tale om simple type I- og II-fejl, der medfører, at skyldige virksomheder frikendes og uskyldige virksomheder dømmes pga. elementet af skøn i bevisførelsen.

²⁷⁵ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 9

Desuden mener Chicago-skolen, at regulering er forbundet med et yderligere tab, idet virksomhederne vil bruge ressourcer på at påvirke lovgiver således, at reglerne kommer dem til gode via lobbyisme (*rent seeking*). Bevidst eller ubevidst vil lovgiver lade sig påvirke af virksomhedernes måske ensidige argumenter med det resultat, at reguleringen fjerner sig fra det ideelle formål om at fremme konkurrencen (*regulatory capture*).²⁷⁶

6.2 Den nye industriøkonomi

Inden for de seneste år er der udviklet en ny skole inden for industriøkonomien. Denne skole kan placeres et sted mellem SCP-skolen og Chicago-skolen og læner sig i store træk op af spilteorien.²⁷⁷ De moderne industriøkonomer er enige i Chicago-skolens kritik af SCP-skolen, og de mener også, at et efficient marked skabes gennem konkurrence på pris, omkostninger og innovation – og ikke gennem regulering. Den nye skole finder regulering særlig problematisk, når den øger risikoen for, at innovationen på markedet hæmmes. Hvis der produceres et nyskabende produkt, opnår virksomheden en monopolstilling på kort sigt, hvilket i perioden giver mulighed for en overnormal profit. Et forbud mod et sådan monopol vil betyde, at virksomheden ikke kan få dækket de høje omkostninger, der er forbundet med produktudviklingen, og dermed forsvinder incitamentet til at udvikle.²⁷⁸

Den nye industriøkonomi er imidlertid ikke enig i Chicago-skolens opfattelse af adgangsbarrierer. Centralt for den nye teori er forståelsen af, at (dominerende) virksomheder gennem aftaler og adfærd kan skabe adgangsbarrierer, som gør det vanskeligt for aktuelle og potentielle konkurrenter at træde ind på markedet. Yderligere har skolen vist, at strategisk adfærd kan føre til ekskludering af lige effektive konkurrenter, hvilket i sidste ende kan skade forbrugerne.²⁷⁹

²⁷⁶ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 6

²⁷⁷ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 10

²⁷⁸ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 7

²⁷⁹ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 7

I modsætning til Chicago-teorien, anerkendes det, at adgangsbarrierer og strategisk adfærd kan medføre, at virksomhederne bibeholder en overnormal profit, og netop derfor mener den nye skole, at fokus for reguleringen bør være på at rive disse adgangsbarrierer ned samt forhindre visse former for strategisk planlægning.²⁸⁰

6.2.1 Det relevante benchmark

Både SCP-skolen og Chicago-skolen mener, at det relevante benchmark for et efficient marked er fuldkommen konkurrence, men denne antagelse kritiseres af de moderne industriøkonomer. Fuldkommen konkurrence er nemlig ikke en realistisk model at stræbe efter. Fuldkommen konkurrence på et marked kræver, at virksomhederne udelukkende er pristagere; at produkterne er fuldkomment homogene; og sidst men ikke mindst, at der ikke eksisterer adgangsbarrierer, der forhindrer *hit-and-run* konkurrenter.²⁸¹ Disse faktorer er urealistiske på stort set alle markeder, hvorfor det er klart, at fuldkommen konkurrence aldrig bliver en reel mulighed.

I stedet foreslår den nye skole, at det relevante benchmark bør være den ikke-kooperative Nash-ligevægt under forudsætning af fri adgang til markedet. I denne ligevægt kan virksomheder som udgangspunkt ikke opnå en højere profit ved at øge sine priser, idet konkurrenten så vil tage hele efterspørgslen. Det skyldes, at konkurrenten bliver overlegen i konkurrencen på ydelser sammenholdt med prisen. Uanset om der er tale om Cournot²⁸²- eller Bertrand²⁸³-konkurrence, vil benchmarket adskille sig fra situationen med fuldkommen konkurrence, idet et dødvægtstab ikke kan undgås, når konkurrencen ikke er perfekt. På trods heraf vil der dog være tale om en Pareto optimal markedstilstand, da konkurrencen mellem virksomhederne og mulig-

²⁸⁰ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 7-8 og Etro; Kokkoris (2010), artikel af Etro; Kokkoris, s. 10

²⁸¹ Pindyck; Rubinfeld (2005), s. 262

²⁸² Ifølge Cournot-modellen sætter virksomheden sin udbudsmængde efter sin egen og konkurrentens reaktionskurve. Reaktionskurven er forholdet mellem virksomhedens profitmaksimerende udbudsmængde og den mængde, som konkurrenten forventes at udbyde, jf. Pindyck; Rubinfeld (2005), s. 443-444

²⁸³ Ifølge Bertrand-modeller fastsætter virksomhederne deres pris simultant jf. Pindyck; Rubinfeld (2005), s. 449

heden for *hit-and-run* konkurrenter sikrer, at profitten ikke overstiger et vist niveau.²⁸⁴

6.3 Delkonklusion

SCP-skolen, Chicago-skolen og den nye industriøkonomiske skole lægger vægt på forskellige økonomiske teorier og forudsætninger, og lige netop derfor er deres holdninger til markedsregulering forskellige. SCP-skolen tillægger adgangsbarrierer og strategisk adfærd en væsentlig betydning, og den mener derfor, at konkurrencen på markedet kun kan fungere, hvis den underlægges regulering. Chicago-skolen mener modsat, at der ikke vil eksistere adgangsbarrierer på et ureguleret marked, hvorfor en dominerende virksomhed ikke vil kunne misbruge sin stilling til at opnå overnormal profit. Fælles for de to skoler er dog, at de anser et marked for efficient, når fuldkommen konkurrence opnås.

Mellem disse to teorier finder man den nye industriøkonomi. Denne anerkender både adgangsbarrierer og strategisk adfærd som eksisterende på markedet, men samtidig opfatter den regulering som ødelæggende for de naturlige markeds kræfter. Hvad der specielt er relevant, er teoriens vurdering af, hvornår et marked er efficient. I stedet for at stræbe efter det umulige – nemlig fuldkommen konkurrence – anvendes Nash-ligevægten, som det relevante benchmark. Dette gør selve vurderingen af markedsreguleringen mere håndgribelig, da målet rent faktisk er realistisk.

²⁸⁴ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 7-8 og Pindyck; Rubinfeld (2005), s. 443 og 449

7 Økonomiske konsekvenser af den anvendte tilgang

Analysen af, hvorvidt Vejledningen skaber øget velfærd på markedet opdeles for overblikkets skyld i to. For at vurdere velfærden på markedet undersøges i

Kapitel 7 de konsekvenser, som tilgangen til håndhævelsen resulterer i, mens kapitel 8 analyserer de konsekvenser, Vejledningens juridiske indhold resulterer i. Begge analyser opbygges efter den traditionelle SCP-analyse, da denne analyse illustrerer effekterne af en ny lovgivning – i dette tilfælde skiftet fra den formbaserede til den effektbaserede tilgang.

I dette kapitel analyseres Vejledningens påvirkning på markedsstrukturen i afsnit 7.1, hvor der også foretages en sammenligning af den formbaserede og den effektbaserede tilgang. Der tages udgangspunkt i de omkostninger, der for virksomhederne er forbundet med efterlevelsen af reglerne. I den forbindelse inddrages en vurdering af, om virksomhederne kan forvente, at reglerne bliver håndhævet korrekt. I afsnit 7.2 vurderes det, om strukturændringerne også bidrager til en ændring i virksomhedernes adfærd, mens det undersøges i afsnit 7.3, hvorvidt konsekvenserne af Vejledningen skaber en mere effektiv konkurrence ændringen i den totale velfærd taget i betragtning.

Analyserne i kapitel 7 og 8 bygger på en forudsætning om, at Vejledningen danner præcedens for nye konkurrenceretlige afgørelser, uanset om de træffes af Kommissionen, Retten eller Domstolen. Virksomheder ved med andre ord, at deres adfærd bedømmes på baggrund af de faktiske effekter, og at metoden anvendt under den formbaserede tilgang er forældet.

7.1 Markedsstrukturen

Det, der har afgørende betydning for ændringen i strukturen, når man sammenligner den formbaserede tilgang med den effektbaserede tilgang, er størrelsen på virksomhedernes transaktionsomkostninger. Begrebet transaktionsomkostninger vil i det følgende dække over de omkostninger, som dominerende virksomheder pålægges,

når de skal undersøge, om en specifik adfærd kan udføres i henhold til loven, dvs. en form for undersøgelsesomkostning.²⁸⁵

Ifølge det betingede normative Coase-teorem bør lovgiver udforme lovgivningen således, at den reducerer eller helst fjerner hindringerne for private aftaler, da dette skaber øget effektivitet. Teoremet idealiserer altså forhandlinger, hvor transaktionsomkostningerne er lig nul. Dette vil dog i praksis aldrig være muligt, hvorfor man i stedet bør stræbe efter lavest mulige transaktionsomkostninger. Begrundelsen herfor er, at der vil blive indgået et større antal aftaler, når transaktionsomkostningerne er lave. Dette fordi flere vil opleve, at deres individuelle nytte af aftalen opvejer de omkostninger, der er forbundet med transaktionen. Når der indgås flere aftaler vil antallet af aktører på markedet stige, hvilket øger den samlede konkurrence.²⁸⁶

Det betingede normative Coase-teorem er anvendeligt, når det skal afgøres, om Vejledningen skaber en mere effektiv konkurrence på markedet, da en formbaseret og en effektbaseret tilgang medfører forskellige transaktionsomkostninger. Det skyldes, at tilgangenes forskelligheder, hver især er forbundet med forskellige omkostninger.

En reduktion i transaktionsomkostningerne skaber altså en øget konkurrence, hvilket vil medføre et fald i priserne. Først og fremmest grundet den øgede konkurrence og dernæst, fordi virksomhederne har lavere omkostninger. Jo mere lovgiver kan skære af transaktionsomkostningerne gennem den rette markedsregulering, jo nærmere kommer markedet en pareto-optimal tilstand.²⁸⁷

Det er derfor interessant at se nærmere på virksomhedernes transaktionsomkostninger, som de var før og er efter Vejledningens offentliggørelse. En sådan undersøgelse

²⁸⁵ Milgrom; Roberts (1992), s. 29

²⁸⁶ Eide; Stavang (2008), Rettsøkonomi, s. 142-143

²⁸⁷ Eide; Stavang (2008), Rettsøkonomi, s. 142 og 147

gelse kan nemlig klarlægge, om Vejledningen har skabt et mere effektivt marked sammenlignet med tidligere.

Strukturen på markedet analyseres i det følgende af to omgange. I afsnit 7.1.1 diskuteres det, hvordan per se regler påvirker strukturen på markedet, mens afsnit 7.1.2 indeholder en diskussion af, hvordan den effektbaserede vurdering påvirker markedet. Dernæst inddrages der i afsnit 7.1.3 andre faktorer, som kendetegner de to tilgange, og som også har indflydelse på markedsstrukturen.

7.1.1 Strukturen under den formbaserede vurdering

Før Vejledningens offentliggørelse anvendte konkurrencemyndighederne en formbaseret tilgang i deres misbrugsvurdering, og retspraksis var som følge heraf præget af brugen af per se regler. Sådanne regler reducerer omkostningerne for virksomhederne, idet det allerede på forhånd er besluttet, om en vis adfærdstype karakteriseres som misbrug. Virksomhederne skal dermed ikke bruge penge og kræfter på at undersøge, om adfærden faktisk har skadelige effekter på konkurrencen, da dette allerede er besluttet på forhånd.²⁸⁸

SCP-skolen er stor tilhænger af denne form for regler, da de skaber en høj grad af forudsigelighed, hvilket gør det nemt for virksomhederne at vurdere, hvorvidt deres adfærd anses som konkurrencebegrænsende.²⁸⁹ Reglerne tillægges stor værdi af SCP-skolen, fordi de bygger på erfaringer fra tidligere retspraksis, hvor det har vist sig, at bestemte typer adfærd altid eller næsten altid er skadelige.²⁹⁰

Problemet med per se regler er dog, at de bygger på generelle eksempler, hvor alle nuancerne fra en konkret situation ikke tages i betragtning. Det betyder, at en adfærd kan forbydes uden videre, selvom en nærmere undersøgelse måske vil vise, at adfærden gavtede konkurrencen på markedet. Ikke desto mindre må det konkluderes, at per se regler er forbundet med høj retssikkerhed, idet det er nemt for virk-

²⁸⁸ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 558-559 og Etro; Kokkoris (2010), artikel af Katsoulacos; Ulph, s. 77

²⁸⁹ Piraino (1991), s. 8

²⁹⁰ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 559

somhederne at vurdere og forudsige, om adfærden anses for lovlig ud fra de rammer, som lovgivningen nu engang har sat op.

Når vurderingen af virksomhedens adfærd ingen nærmere undersøgelse kræver, betyder det, at der vil være lave omkostninger forbundet med at vurdere lovligheden af virksomhedens adfærd. Det er dog ikke lovligheden af alle adfærdstyper, som er blevet besluttet på forhånd, hvorfor virksomhedens omkostninger ikke blot kan vurderes ud fra ovenstående. Denne konklusion uddybes nærmere i afsnit 7.1.3.

7.1.2 Strukturen under den effektbaserede vurdering

Modsætningen til per se regler er effektbaserede regler, som i høj grad er den slags regler, som Vejledningen tilskynder. Når sådanne regler anvendes, skal alle relevante faktorer tages i betragtning, før det kan vurderes, hvilke effekter en specifik adfærd har på konkurrencen. Man foretager altså en konkret økonomisk vurdering, hvor nettovirkningen af adfærden afgøres ud fra alle de skadelige og gavnlige effekter, som den måtte medføre. Hvis adfærden vurderes at have størst negativ indvirkning på markedet, vil virksomheden blive pålagt et forbud.

I teorien vil denne tilgang økonomisk set altid give et korrekt resultat, hvorfor effektbaserede regler må vurderes at øge velfærden på markedet. Dette skyldes, at konkurrencefremmende adfærd ikke risikerer at blive underlagt et forbud, fordi en per se regel fejlagtigt fastslår adfærden som misbrug, hvilket vil mindske dødvægtstab. Sagen kan dog være en anden i praksis, idet en vurdering af alle relevante effekter kræver en kompleks og dybdegående undersøgelse. Dette gælder for såvel konkurrencemyndighederne, som for virksomhederne.²⁹¹ Eilmansberg uddyber det således:

“There are limits as to what enforcement officials, judges (and competition counsel) can, as a practical matter, deal with in terms of economic complexity. If business conduct were in each case to be evaluat-

²⁹¹ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 557

ed in accordance with, and the outcome of an abuse case were to be determined by, the macro-economic consequences of the conduct in terms of allocative, productive and dynamic efficiencies, the ensuing legal uncertainty would be substantial".²⁹²

Eilmansberger pointerer hermed, at selvom en økonomisk analyse af dominerende virksomheders adfærd i teorien er det optimale, kan analysen være meget vanskelig og omkostningstung at udføre i praksis.

Det antages derfor ofte, at den effektbaserede tilgang medfører en struktur på markedet, hvor virksomheder er nødsaget til at afsætte flere ressourcer til at undersøge, om deres adfærd stemmer overens med lovgivningen. Det skyldes, at tilgangens kompleksitet og brugen af sofistikerede principper vurderes at gøre det mere indviklet og krævende at anvende regelsættet. Kritikere mener dermed, at den nye tilgang kræver en mere omkostningstung undersøgelse, og at retssikkerheden er lavere end tidligere grundet tilgangens kompleksitet.

Derfor kan det diskuteres, om den øgede velfærd, som disse effektbaserede afgørelser resulterer i, opvejer den retsusikkerhed og de øgede transaktionsomkostninger, som tilgangen også synes at medføre.²⁹³ Undersøgelser har dog vist, at en effektbaserede tilgang ikke nødvendigvis er forbundet med lav retssikkerhed. Hvorvidt dette er tilfældet afhænger af den information, som er tilgængelig for den dominerende virksomhed, hvad angår dens karakter og det marked, den opererer på. Høj information om disse variabler vil gøre det nemmere at bestemme den skade eller gavn, som en konkret adfærd medfører.²⁹⁴

Hvis der vurderes at være høj information, vil en effektbaseret vurdering ikke skabe lav retssikkerhed – ej heller hvis tilgangen medfører, at samme adfærd kan blive bedømt forskelligt, fordi effekterne i de konkrete tilfælde ikke er ens. Selv hvis

²⁹² Eilmansberger (2005), s. 9

²⁹³ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 556

²⁹⁴ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Katsoulacos; Ulph, s. 77

Kommissionen ikke har været i stand til at bestemme *alle* relevante faktorer, der skal afgøre om en given adfærd skader eller gavner konkurrencen, kan det stadig være nok til at bestemme selve effekten af adfærden.²⁹⁵ Faktisk viste en undersøgelse foretaget af Katsoulacos og Ulph i 2010, at effektbaserede vurderinger skaber større retssikkerhed, end tilfældet var med den formbaserede tilgang. Årsagen er, at de faktorer, som en dominerende virksomheder dømmes ud fra, altid vil være kendte for virksomheden, hvorimod per se regler kan indeholde elementer, som er ukendte for virksomheden²⁹⁶. Netop derfor vurderes det, at en effekt-baseret tilgang alt andet lige bidrager til en større retssikkerhed.²⁹⁷

På baggrund heraf kan det konkluderes, at den effektbaserede tilgang medfører øgede omkostninger i forbindelse med misbrugsvurderingen, men at omkostningerne ikke er så høje, som nogle kritikere har konkluderet. Dette skyldes, at virksomheden i høj grad allerede er i besiddelse af den relevante information til brug for vurderingen. Af samme årsager vurderes det, at den effektbaserede tilgang ikke nødvendigvis er forbundet med lavere retssikkerhed end den formbaserede tilgang.

7.1.3 Andre faktorer, der har betydning for strukturen

Der findes imidlertid også andre faktorer forbundet med den formbaserede og effektbaserede tilgang, som præger markedsstrukturen, og som har tilknytning til transaktionsomkostninger i højere eller mindre grad. Disse faktorer gennemgås nedenfor.

7.1.3.1 Usammenhængende retspraksis før Vejledningen

Selvom konkurrenceområdet var præget af flere per se regler før Vejledningens offentliggørelse, var det langt fra hele området, der var reguleret af disse tidligere. Faktisk anses tidligere retspraksis omhandlende TEUF art. 102 som usammenhæn-

²⁹⁵ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Katsoulacos; Ulph, s. 77-78

²⁹⁶ Et eksempel her på er, at selvom en virksomhed ved, at vurderingen af, hvorvidt den indtager en dominerende stilling, bygger på størrelsen af dens markedsandel på det relevante marked, er det ikke sikkert, at virksomheden ved, hvilken definition af det relevante marked, der vil blive anvendt i den konkrete vurdering, jf. Etro; Kokkoris (2010), artikel af Katsoulacos; Ulph, s. 78

²⁹⁷ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Katsoulacos; Ulph, s. 78

gende, og Domstolen har mødt stor kritik, fordi den ikke har ført en konsekvent linje i sin bedømmelse af forskellige former for adfærd.²⁹⁸

På baggrund heraf kan det konkluderes, at virksomhederne tidligere havde store omkostninger forbundet med fortolkningen af lovgivning og retspraksis, da der ikke tidligere har eksisteret nogle retningslinjer, der kunne skabe klarhed og forudsigelighed med hensyn til anvendelsen af TEUF art. 102.

7.1.3.2 Per se regler øger forudsigeligheden af den ellers effektbaserede tilgang

For at øge retssikkerheden, har Kommissionen opstillet *as efficient competitor* testen i Vejledningen. Denne test giver virksomhederne et konkret udgangspunkt for misbrugsvurderingen og angiver klart og præcist, hvornår en adfærd er konkurrencebe- grænsende.

Testen indeholder desuden en per se regel, idet den fastlægger en *safe harbour*, hvorefter virksomheden ikke vil blive kendt skyldig i misbrug, så længe dens priser er fastsat over et vist niveau. Man har altså vurderet ex ante, at sådanne priser ikke vil have negative effekter på konkurrencen, hvorfor sandsynligheden for, at konkurren- ter ekskluderes, er tilsvarende lille. Denne regel er hensigtsmæssig, idet den skaber større retssikkerhed, hvad angår Kommissionens vurdering. Reglen bidrager desuden til et fald i transaktionsomkostningerne, idet det ikke vil være nødvendigt at under- søge alle relevante effekter af en adfærd, når blot prisen ligger over et vist niveau.²⁹⁹

7.1.3.3 Forkerte kendelser før Vejledningen

Risikoen for fejlkendelser er en anden faktor, der også har indflydelse på markeds- strukturen. Den formbaserede tilgang til TEUF art. 102 medførte en forholdsvis høj risiko for fejlkendelser, idet afgørelserne byggede på generelle antagelser i stedet for konkrete vurderinger fra sag til sag. En sådan retspraksis øgede på den ene side risikoen for, at den retlige standard var *for* streng, hvorved man risikerede at forbyde

²⁹⁸ Waelbroeck (2009), s. 1

²⁹⁹ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 559

virksomhedsadfærd, som i realiteten gavnede konkurrencen og forbrugerne (de såkaldte type I fejl). På den anden side kunne lovgivningen også være *for* lempelig, hvilket kunne betyde, at man frikendte former for adfærd, som var til skade for konkurrencen og forbrugerne (de såkaldte type II fejl).³⁰⁰

I EU har der været en tendens til, at man hellere accepterer type I fejl end type II fejl. Per se reglerne må dermed vurderes at have været strenge, og netop derfor har forkerte forbud været en naturlig konsekvens af retspraksis. Sandsynligheden for forkerte frikendelser har derimod været lav. Begrundelsen er, at man har vægtet en solid markedsstruktur højt, idet den er en forudsætning for konkurrence. Man har ikke villet risikere, at konkurrencen gik tabt som følge af, at virksomheder fik mulighed for at udvise konkurrencebegrænsende adfærd (type II), idet det blev anset som usikkert, hvor let konkurrencen kunne genoprettes efterfølgende. Modsat kan man dog argumentere for, at en *for* streng lovgivning vil medføre uregelmæssige domsfældelser, hvilket indebærer, at virksomhederne udviser en mere forsigtig adfærd. Med andre ord vil konkurrencen mindskes, idet virksomhederne ikke vil risikere, at deres adfærd vurderes som misbrug.³⁰¹

7.1.3.4 Forkerte kendelser efter Vejledningen

Selvom der har været en tendens til type I fejl, tager Vejledningen selvfølgelig sigte på at minimere risikoen for såvel forkerte forbud, som forkerte frifindelser. Denne målsætning skal dog afvejes overfor andre hensyn. For det første må fordelene ved Vejledningens komplekse og økonomisk sofistikerede regler, der mindsker risikoen for fejl, afvejes over for de praktiske vanskeligheder og faktiske omkostninger, som påføres konkurrencemyndighederne og virksomhederne. For det andet må fordelene ved regler, som nok er egnede til at minimere fejl, men som er meget komplicerede at anvende i praksis, afvejes over for fordelene ved klare regler, som gør det muligt og overkommeligt for virksomhederne at forudsige, om deres adfærd er lovlig.³⁰²

³⁰⁰ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 555

³⁰¹ Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 556

³⁰² Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 556

Paradigmeskiftet fra en formbaseret til effektbaseret tilgang betyder på mange måder, at regelsættet er blevet mere komplekst og økonomisk sofistikeret. Meget tyder dog også på, at retssikkerheden er øget, da de komplekse regler bygger på viden, som virksomhederne allerede er i besiddelse af. Spørgsmålet er dog, hvorvidt konkurrencemyndighederne kan få adgang til disse oplysninger, således at forkerte forbud og frifindelser kan undgås. Det må imidlertid vurderes, at virksomhederne er villige til at dele disse oplysninger, hvis der er risiko for et forkert forbud. Muligheden for en forkert frifindelse skaber omvendt ikke incitament til at dele noget med konkurrencemyndighederne – tværtimod.

Uanset virksomhedernes ønske om at dele information med konkurrencemyndighederne, kan det konkluderes, at afgørelserne fremover med Vejledningen som pejlemærke i langt højere grad vil bygge på de faktiske effekter af en konkret adfærd, hvorfor risikoen for fejlkendelser mindskes sammenlignet med situationen før Vejledningen. Det skyldes, at man nu først dømmer en adfærd, når det kan bevises, at den er skadelig for konkurrencen og ikke blot på baggrund af, at adfærden normalt plejer at være skadelig for konkurrencen.

7.1.4 Opsummering af markedsstrukturen

Analysen af markedsstrukturen viser, at lovgivningsformen har stor betydning for transaktionsomkostningernes størrelse. Under den formbaserede tilgang var per se regler hyppigt brugt, men når en adfærdstype ikke var reguleret, krævede det omfattende undersøgelser af bl.a. retspraksis at bestemme lovligheden af adfærden, idet der ingen retningslinjer fandtes. Det, at retspraksis var usammenhængende, betød desuden, at virksomhederne ikke kunne vide sig sikre på, hvilke faktorer konkurrencemyndighederne ville lægge vægt på i deres misbrugsvurdering. Den formbaserede tilgang er altså forbundet med både omkostninger og omkostningsbesparelser, idet per se reglerne gør vurderingen ligetil, mens den usammenhængende retspraksis gør vurderingen kompleks.

Den effektbaserede tilgang blev af kritikere også opfattet som omfattende og dermed omkostningstung, men det konkluderes, at fordi virksomhederne må antages at være i besiddelse af den nødvendige information, så vil undersøgelsen være mindre omfattende end først antaget. Dermed øges retssikkerheden også. Anvendelsen af en *safe harbour* i *as efficient competitor* testen gør ligeledes, at omfanget af vurderingen begrænses i visse tilfælde, hvorfor omkostningerne falder.

Det har yderligere vist sig, at den effektbaserede vurdering har mindsket risikoen for fejlkendelser, fordi afgørelserne bygger på konkrete tilfælde og ikke blot på antagelser om, at visse adfærdsformer altid er skadelige for konkurrencen. De dominerende virksomheders incitament til at være forsigtige i deres prisfastsættelse er dermed mindsket væsentligt, hvilket fører til lavere priser og en skærpet konkurrencen på markedet.

7.2 Conduct

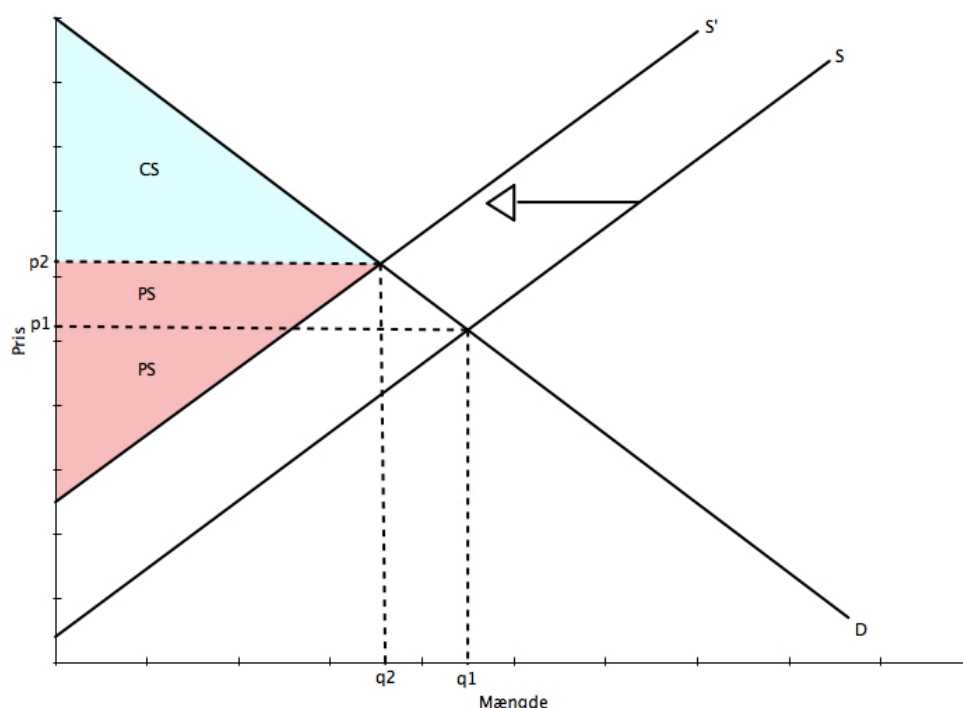
I forrige afsnit blev det konkluderet, at den effektbaserede tilgang har ændret størrelsen på transaktionsomkostningerne, og at risikoen for fejlkendelser er mindsket væsentligt. Begge disse strukturændringer har indflydelse på virksomhedernes adfærd på markedet.

Konkurrencen på markedet vil bevirke, at enhver ændring i virksomhedens omkostninger, vil få direkte indflydelse på prisniveauet. Dette forklares nærmere nedenfor i afsnit 7.2.1. Derudover har sandsynligheden for fejlkendelser også betydning for prisniveauet, hvilket diskuteres i afsnit 7.2.2.

7.2.1 Ændringen af virksomhedernes udbud

Uanset om vurderingen er formbaseret eller effektbaseret, vil virksomhederne være pålagt øgede transaktionsomkostninger i forbindelse med efterlevelsen af lovgivningen, hvilket har betydning for virksomhedernes adfærd. Jo højere transaktionsomkostninger virksomheden har i forbindelse med salg af et produkt jo mindre bliver

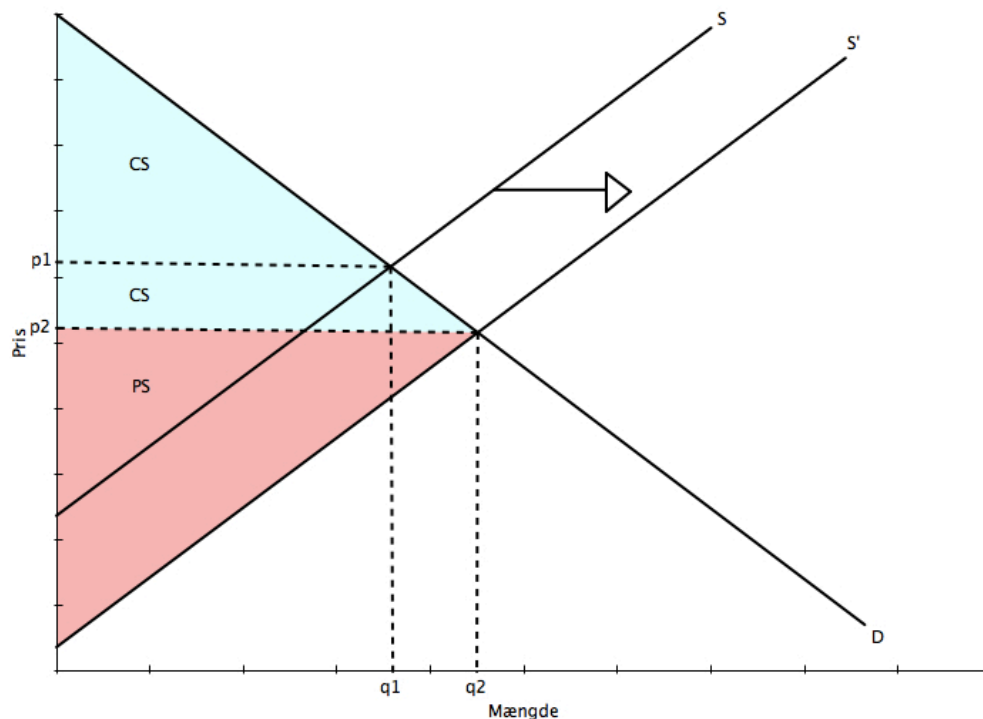
profitten.³⁰³ Dette vil typisk mindske den mængde, som virksomheden ønsker at udbyde. Grafisk betyder det, at udbudskurven rykkes mod venstre. Konsekvensen af det lavere udbud bliver, at ligevægtsprisen stiger og ligevægtsmængden falder. Forklaringen herpå er, at forbrugerne må betale en højere pris for at få del i det begrænsede udbud. Dette er illustreret nedenfor.



Figur 6: Consumer og producer surplus når virksomhedens omkostninger stiger
Grafen illustrerer, at når omkostningerne stiger (i dette tilfælde transaktionsomkostningerne), rykkes udbudskurven til venstre. Dermed mindskes *consumer surplus*.

Hvis det viser sig, at den effektbaserede tilgang mindsker transaktionsomkostningerne, betyder det, at virksomheden har mulighed for at producere billigere, hvorfor profitten øges. Virksomhederne vil dermed være interesseret i at udbyde en større mængde for at øge profitten yderligere, men på et marked med effektiv konkurrence vil udbuds- og efterspørgselskurven blot finde en ny ligevægt, og konsekvensen vil være faldende priser. Dette er illustreret nedenfor.

³⁰³ Det antages, at transaktionsomkostningerne er en variabel omkostning, der afhænger af, hvor mange produkter, der produceres. Dette begrundes med, at virksomhederne må antages at fastsætte forskellige priser alt efter, hvilken forhandler de sælger til. Desuden må det vurderes, at prisen skal tilpasses over tid.



Figur 7: Consumer og producer surplus når virksomhedens omkostninger falder
 Når omkostningerne falder (i dette tilfælde transaktionsomkostningerne), rykkes udbuds-kurven til højre. Dermed øges *consumer surplus*.

Hvis det derimod viser sig, at omkostningerne er øget, vil priserne stige yderligere. Se figur 6

7.2.2 Fejlkendelser

En risiko for fejlkendelser betyder, at flere uskyldige vil blive kendt skyldige, og at flere skyldige vil blive frikendt. I sådanne tilfælde er løsningen ikke, at virksomhederne anvender flere ressourcer på at gennemskue lovgivningen, idet det højst sandsynlig ikke vil bringe dem nærmere det resultat, som konkurrencemyndighederne vil nå. Fejlkendelser er ofte konsekvensen af upræcis lovgivning, der gør det umuligt at forudse, hvilke faktorer, der vil blive lagt vægt på i en konkret afgørelse. Netop dette var tilfældet med den formbaserede tilgang, da yderligere undersøgelser ikke nødvendigvis viste konkurrencemyndighedernes holdning til en vis form for adfærd. Det skyldes først og fremmest, at retspraksis var usammenhængende, men også at der kunne være tale om nye adfærdstyper, som endnu ikke var blevet behandlet af konkurrencemyndighederne.

Når der er risiko for fejlkendelser, har virksomhederne to muligheder:

- De kan nedprioritere vurderingen af deres adfærd, da ressourcerne som bruges herpå alligevel er spildte
- De kan udvise en mere forsigtig adfærd, for derved at mindske risikoen for, at Kommissionen pålægger dem en bøde.

En nedprioritering i vurderingen af deres adfærd må antages at være meget usandsynlig, bødestørrelserne indenfor konkurrenceretten taget i betragtning.³⁰⁴ I stedet må det derfor konkluderes, at virksomhederne prisfastsætter deres produkter ekstra højt. Årsagen er den såkaldte *chilling effect*, hvorefter lovgivningens uklare regler hæmmer visse former for adfærd, fordi virksomhederne er usikre på, hvordan konkurrencemyndighederne vil vurdere dem.³⁰⁵

7.2.3 Opsummering af conduct

Ændringen i markedsstrukturen har stor indflydelse på, hvordan virksomhederne prisfastsætter deres produkter. Når transaktionsomkostningerne falder, vil den naturlige konsekvens være, at priserne også falder. Hvorvidt dette er tilfældet med den effektbaserede tilgang, undersøges først i afsnit 7.3. Det er derimod sikkert, at den effektbaserede tilgang mindsker sandsynligheden for fejlkendelser, hvilket betyder, at den såkaldte *chilling effect* forsvinder, hvorved priserne også falder.

7.3 Performance

En vigtig faktor for, hvilken tilgang der skaber højst velfærd på markedet, er størrelsen af transaktionsomkostningerne. Derfor foretages der i afsnit 7.3.1 en afvejning af, hvilken tilgang, der er forbundet med de højeste omkostninger. Da risikoen for fejlkendelser desuden har vist sig at have indflydelse på, hvordan virksomheder prisfastsætter deres produkter og dermed velfærden på markedet, foretages der i

³⁰⁴ I 2009 blev Intel bl.a. pålagt en rekord høj bøde i COMP/37.990, *Intel* på € 1.06 mia. jf. præmis 1789

³⁰⁵ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Waelbroeck, s. 123

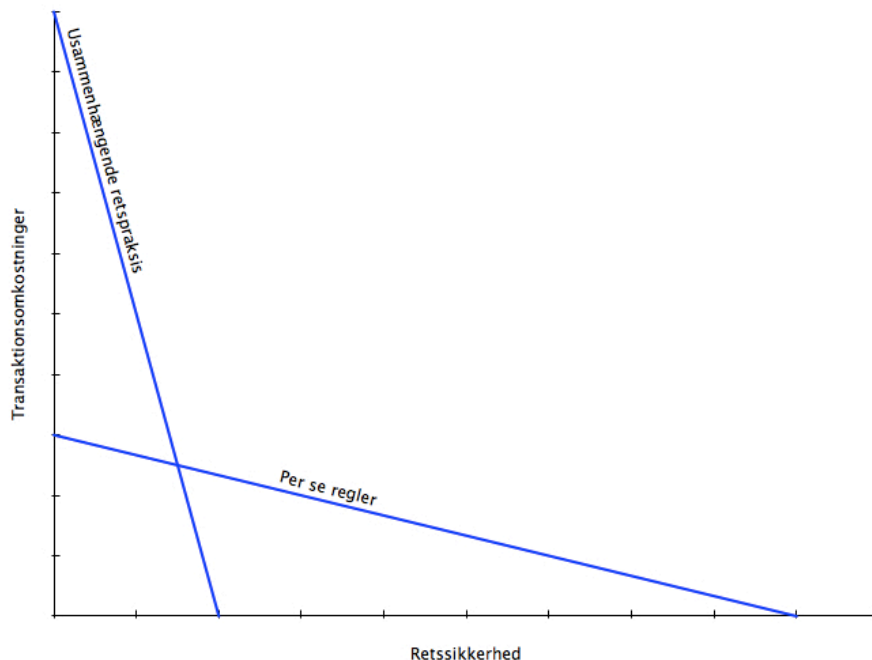
afsnit 7.3.2 ligeledes en analyse af den øgede effektivitet, som korrekte kendelser medfører.

7.3.1 Transaktionsomkostningernes betydning for performance

For at vurdere om Vejledningen har skabt en øget velfærd på markedet, vil virksomhedernes samlede nettoomkostninger i det følgende blive bestemt under den henholdsvis gamle (formbaserede) og nye (effektbaserede) tilgang.

7.3.1.1 Transaktionsomkostninger før Vejledningen

I afsnit 7.1.1 blev det konkluderet, at per se regler sænker de omkostninger, der for virksomhederne er forbundet med vurderingen af deres adfærd. Det blev endvidere fastslået, at en usammenhængende retspraksis øger disse omkostninger. Hvis man sammenholder disse konklusioner med den retssikkerhed, som disse hver især skaber, vil det se ud som illustreret nedenfor i figur 8.



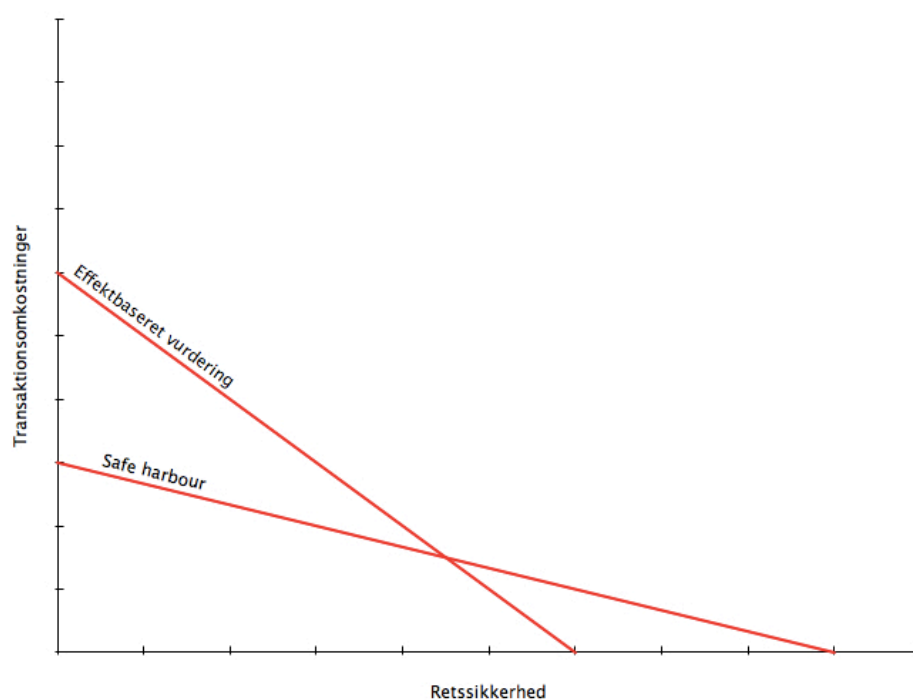
Figur 8: Variabler under den formbaserede tilgang

Figuren illustrerer, at den usammenhængende retspraksis er forbundet med høje transaktionsomkostninger og lav retssikkerhed, mens per se regler er forbundet med lave transaktionsomkostninger og høj retssikkerhed.

Per se reglerne medfører stor retssikkerhed og er forbundet med lave transaktionsomkostninger, men den usammenhængende retspraksis er forbundet med betydelige omkostninger og skaber retsusikkerhed.

7.3.1.2 Transaktionsomkostninger efter Vejledningen

I afsnit 7.1.2 blev det konkluderet, at en undersøgelse af alle relevante effekter af virksomhedens adfærd vil være omkostningstung, mens det faktum, at virksomheden ofte vil være i besiddelse af oplysningerne på forhånd, vil mindske transaktionsomkostningerne igen. Den *safe harbour*, som skabes i *as efficient competitor* testen, vil i visse tilfælde også mindske omfanget af vurderingen, og dermed mindske transaktionsomkostningerne. Dette kan illustreres nedenfor i figur 9.



Figur 9: Variabler under den effektbaserede tilgang

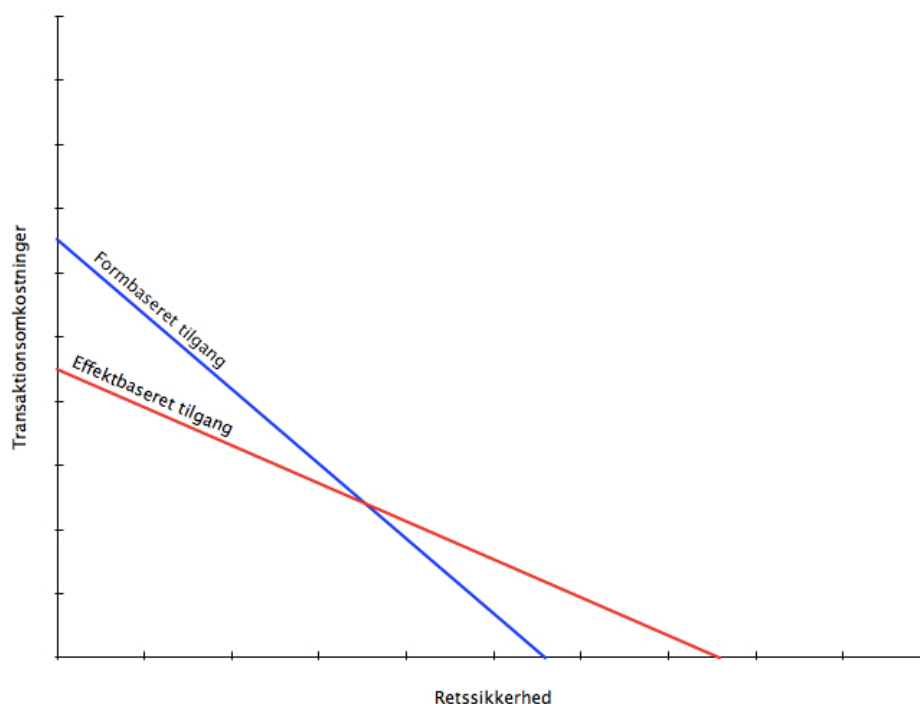
Figuren illustrerer, at den effektbaserede vurdering hverken er forbundet med høje eller lave transaktionsomkostninger, og at retssikkerheden er middel. Den anvendte *safe harbour* er derimod forbundet med lave transaktionsomkostninger samt høj retssikkerhed.

Det afgørende er, at den relevante information er tilgængelig for virksomheden. Hvis dette ikke er tilfældet, vil der være omfattende omkostninger forbundet med indhentning af relevant information, og desuden vil retssikkerheden være væsentligt mindsket. Det er dog ovenfor blevet konkluderet, at den relevante information er

nemt tilgængelig for virksomheden, idet der er tale om information, der omhandler virksomheden selv og det marked, som virksomheden opererer på.

7.3.1.3 Vurdering af nettoomkostninger

Ved at anvende en samlet graf for henholdsvis den formbaserede og den effektbaserede tilgang kan det illustreres, at Vejledningen har mindsket transaktionsomkostningerne, og at retssikkerheden samtidig ikke er faldet. Dette er illustreret nedenfor i figur 10.



Figur 10: Den formbaserede tilgang og den effektbaserede tilgang

Figuren illustrerer, at den effektbaserede tilgang samlet set er forbundet med lavere transaktionsomkostninger samt højere retssikkerhed i forhold til den formbaserede tilgang.

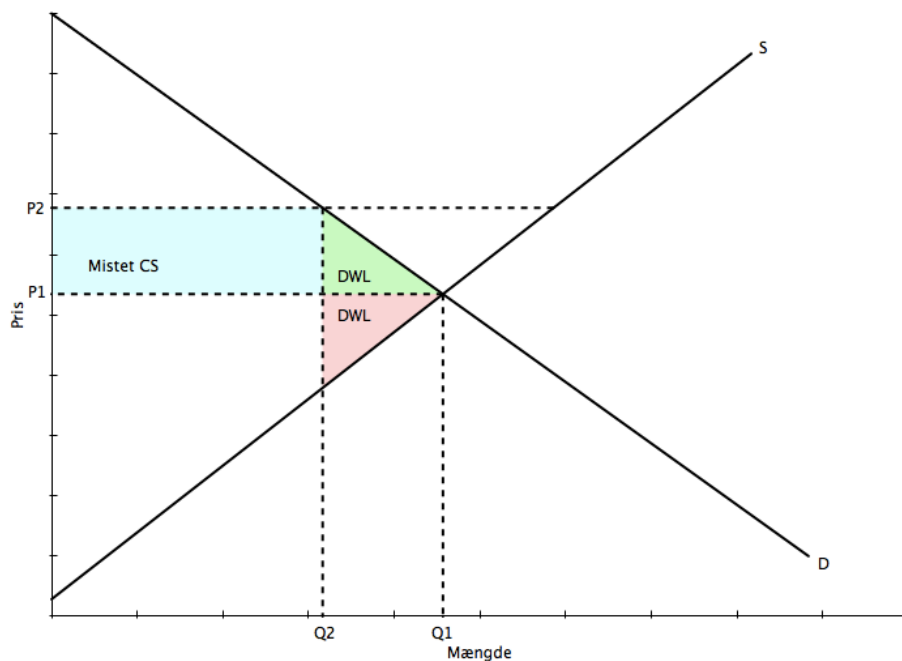
Ifølge det normative Coase theorem skaber Vejledningen altså et mere effektivt marked med øget konkurrence. Desuden medfører lavere transaktionsomkostninger, at virksomheder opnår en større profit, hvorfor udbuddet øges. Konsekvensen heraf er, at ligevægtsprisen findes på et lavere niveau end tidligere, hvilket betyder, at virksomhedernes profit falder. Dette kommer forbrugerne til gode i form af højere

forbrugervelfærd, og idet den effektbaserede tilgang medfører lavere transaktionsomkostninger, tilnærmer markedet sig en pareto-optimal tilstand.

7.3.2 Fejlkendelser

Mængden af fejlkendelser har også stor betydning for velfærden på markedet. Risikoen for fejlkendelser vurderes langt lavere under den effektbaserede tilgang, hvilket betyder, at virksomhederne er mindre forsigtige, når de prisfastsætter deres produkter. Hvor virksomhederne førhen fandt det nødvendigt at sætte prisen ekstra højt for ikke at risikere, at adfærden ansås for ekskluderende, kan priserne i dag sænkes til et på forhånd fastsat benchmark – nemlig AAC. (se afsnit 2.3.3.1). Faktisk må det forventes, at konkurrence på pris vil blive anvendt langt mere som middel til at udkonkurrere mindre effektive virksomheder.

Som illustreret nedenfor betyder dette, at dødvægtstabet mindskes, hvorfor forbrugervelfærden på markedet øges. Det samme gør sig desuden gældende, når anvendelsen af per se regler fjernes under den effektbaserede tilgang. Per se regler kan på mange måder sammenlignes med fejlkendelser, da det må vurderes, at de i konkrete tilfælde forbyder adfærdstyper, hvor en nærmere undersøgelse ville have vist, at de faktisk gavtede konkurrencen.



Figur 11: Dødvægtstab grundet fejlkendelser

Figuren illustrerer, at prisen hæves, når der er risiko for fejlkendelser. Dette mindsker efterspørgslen, hvilket skaber et dødvægtstab (DWL). Dødvægtstabet består af mistet velfærd for både forbruger og virksomhed. Desuden sænkes forbrugervelfærden yderligere (mistet CS), som følge af højere priser, og dermed overtager virksomheden noget af forbrugervelfærden.

7.3.3 Opsummering af performance

Ud fra en samlet vurdering kan det dermed konkluderes, at Vejledningen mindsker virksomhedernes transaktionsomkostninger og øger retssikkerheden. De lavere priser øger *consumer surplus*, mens den øgede retssikkerhed tilmed mindsker dødvægtstabet, hvilket har positiv indvirkning på den totale velfærd. Det at risikoen for fejlkendelser er faldet, mindsker også dødvægtstabet, hvorfor det yderligere kan konkluderes, at den totale velfærd på markedet stiger som følge af den effektbaserede vurdering.

7.4 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at Vejledningen skaber en ny struktur på markedet, idet en effektbaseret tilgang til TEUF art. 102 resulterer i lavere transaktionsomkostninger for virksomhederne. Dette medfører, at flere virksomheder vil indgå aftaler med hinanden, hvorfor konkurrencen på markedet øges. Yderligere vil de lavere transaktionsomkostninger medføre et prisfald, hvilket øger forbrugervelfærden.

Endvidere konkluderes det, at når afgørelser træffes på baggrund af en effektbase-rede vurdering, minimeres risikoen for fejlkendelser. Dette får den såkaldte *chilling effect* til at aftage. Muligheden for den øgede konkurrence, får virksomhederne til at sænke priserne, hvilket har en positiv effekt på den totale velfærd. Det, at priserne sænkes, resulterer i en øget forbrugervelfærd. Det faktum, at usikkerheden omkring, hvornår priser anses for retsstridige, er væsentligt mindsket, betyder, at virksomhederne i højere grad end tidligere konkurrerer på pris. Dermed vil priserne nærme sig virksomhedernes marginale omkostninger, hvilket betyder, at dødvægtstabet mindskes. Alt i alt forbedres velfærden på markedet og markedet bliver i højere grad pareto-optimalt.

8 Økonomiske konsekvenser af Vejledningens indhold

Som nævnt i kapitel 7 er analysen af, hvorvidt Vejledningen skaber en øget velfærd på markedet opdelt i to analyser. I kapitel 8 fokuseres der på de konsekvenser, som Vejledningens juridiske indhold er årsag til. I afsnit 8.1 analyseres det, hvordan Vejledningen påvirker markedsstrukturen, mens det i afsnit 8.2 vurderes, hvilke adfærdsændringer virksomheder vil foretage som følge af ændringen i markedsstrukturen. Endeligt konkluderes det i afsnit 8.3., hvilken indflydelse markedsstrukturen og virksomhedernes adfærd har på samfundsvelfærden. Kapitlet rundes af med en delkonklusion i afsnit 8.4.

8.1 Markedsstrukturen

I afsnit 8.1. tages der udgangspunkt i den grundlæggende ændring i reguleringen af dominerende virksomheder, som Vejledningen foreskriver – det vil sige beskyttelsen af konkurrencen frem for beskyttelsen af mindre effektive konkurrenter. Dette resulterer i flere ændringer i markedsstrukturen, hvilket bliver diskuteret i dette afsnit.

8.1.1 Markedskoncentration

Markedskoncentrationen er et mål for, i hvor høj grad markedets etablerede virksomheder skal beskytte sig mod konkurrence inde fra markedet.³⁰⁶ Vejledningens *as efficient competitor* test understøtter Kommissionens ønske om udelukkende at beskytte de konkurrenter, der er lige så effektive som markedets dominerende virksomhed. Retspraksis har imidlertid vist, at Domstolen tidligere har beskyttet konkurrenter, selvom de ikke var lige så effektive som den dominerende virksomhed. Det er derfor interessant at analysere, hvad der sker med markedskoncentrationen, nu hvor de mindre effektive konkurrenter vil blive ekskluderet fra markedet til fordel for markedets mere effektive virksomheder.

³⁰⁶ Martin (2002), s. 127

8.1.1.1 Industriøkonomi og markedskoncentration

Som nævnt ovenfor var den europæiske konkurrenceret tidligere præget af SCP-skolens tankegang, men Vejledningen og nyere retspraksis viser imidlertid, at Kommissionen har taget mange af Chicago-skolens synspunkter til sig.

SCP- og Chicago-skolen adskiller sig særligt fra hinanden, når det kommer til konsekvenserne af markedskoncentration, og hvorvidt høj markedskoncentration er et konkurrencepolitisk problem. De traditionelle industriøkonomer, herunder tilhængerne af SCP-skolen, mener, at markedskoncentration fører til markedsmagt, hvilket bør undgås ved fx konkurrencelovgivningens forbud mod misbrug af dominerende stilling.

Chicago-økonomerne mener modsætningsvis, at markedskoncentration opstår, fordi nogle virksomheder er mere efficiente end andre. Denne markedskoncentration fører dog ikke til markedsmagt, idet den potentielle og aktuelle konkurrence altid vil virke som en trussel mod de store virksomheder, hvorfor de ikke har incitament til at hæve prisen over det konkurrencedygtige niveau.³⁰⁷

8.1.1.2 Vejledningens indflydelse på markedskoncentrationen

Når Kommissionen lægger op til, at de mindre effektive konkurrenter ikke skal nyde beskyttelse fremover, må det anses som en fordel for de virksomheder, der allerede dominerer markedet, og omvendt som en ulempe for potentielle nye konkurrenter, idet disse skal være i besiddelse af en vis grad af effektivitet for at kunne indtræde på markedet. Det betyder, at de virksomheder, der ikke er effektive nok, må forlade markedet, hvormed markedskoncentrationen stiger. Der vil således være færre, men større og mere effektive virksomheder på markedet. Denne konklusion støttes af Harold Demsetz, tilhænger af Chicago-skolen, der argumenterede for, at koncentration på et givent marked er forårsaget af virksomhedernes relative efficiens, idet mere effektive virksomheder må antages at drive mindre effektive virksomheder ud af markedet og dermed øge deres relative markedsandel.³⁰⁸

³⁰⁷ Møllgaard (1998), s. 1

³⁰⁸ Knudsen (1997), s. 73

Det kan derfor konkluderes, at Vejledningen medfører en skærpet markeds-koncentration som følge af, at de ineffektive virksomheder ikke længere beskyttes af lovgivningen, hvorfor de på langt sigt vil blive ekskluderet fra markedet. Ved at indføre *as efficient competitor* testen anerkender konkurrencemyndighederne i højere grad end tidligere, at markeds-koncentration ikke nødvendigvis fører til markeds-magt.

8.1.2 Adgangsbarrierer

Markedsstrukturen afhænger desuden af markedets adgangsbarrierer. Begrebet adgangsbarrierer er et mål for i hvor høj grad nye konkurrenter kan trænge ind på markedet, og dermed om de etablerede virksomheder skal frygte konkurrence fra potentielle markedsindtrængere – dvs. konkurrence udefra.³⁰⁹

En dominerende virksomheds magt og dens mulighed for at sætte priserne over marginalomkostningerne for derved at tjene ekstra profit afhænger af, hvorvidt markedet er beskyttet af adgangsbarrierer. Høje adgangsbarrierer giver den dominerende virksomhed incitament til at sætte høje priser, idet virksomheden ikke skal bekymre sig om den aktuelle eller potentielle konkurrence, hvis bare adgangsbarriererne er høje nok. Omvendt vil et marked, der er præget af forholdsvist lave eller ingen adgangsbarrierer agere nogenlunde, som var markedet under fuldkommen konkurrence. Det skyldes, at den overvejende trussel fra *hit-and-run* konkurrenter vil sikre, at den dominerende virksomhed ikke hæver priserne over marginalomkostningerne.

8.1.2.1 Industriøkonomi og adgangsbarrierer

Både SCP-skolen og Chicago-skolen har beskæftiget sig med adgangsbarrierer, men behandler dem vidt forskellige grundet de antagelser, de hver især sætter. Hvor SCP-skolen mener, at markeds-magt kan opstå endogent, dvs. at eksisterende virksomheder af sig selv kan opnå markeds-magt ved at højne adgangsbarriererne til markedet,

³⁰⁹ Martin (2002), s. 127

mener Chicago-økonomerne, at den overvejende kilde til markedsmagt skal findes i myndighedernes indblanding i markedsøkonomien.³¹⁰

Også i denne sammenhæng kan det konkluderes, at den europæiske konkurrenceret søger væk fra SCP-skolens traditionelle industriøkonomiske tankegang og i stedet nærmer sig Chicago-skolens. Når Kommissionen i Vejledningen udtaler, at det er vigtigt at beskytte en effektiv konkurrence og ikke konkurrenterne, er det netop et forsøg på at hindre unødigt offentlig indblanding og at nedbryde de myndighedsskabte adgangsbarrierer, der tidligere har præget det europæiske marked.

I takt med at de myndighedsskabte adgangsbarrierer nedbrydes, er det interessant at undersøge, hvad der sker med de virksomhedsskabte adgangsbarrierer. Harvard-økonomen Joe S. Bain har koblet adgangsbarrierer og stordriftsfordele sammen, idet konsekvensen af sådanne gør det svært at trænge ind på markedet. Bain konkluderede, at stordriftsfordele afhænger af, hvor høj markedets minimum efficient scale (MES)³¹¹ er.³¹²

Er MES høj, vil nye konkurrenter have svært ved at komme ind på markedet. Først og fremmest fordi der kræves en høj effektivitet hos de nye virksomheder, før de er i stand til at konkurrere med de etablerede virksomheder, og dernæst fordi etableringen af en ny virksomhed vil betyde, at udbuddet øges, hvorfor priserne falder. En ny virksomheds mulighed for at overleve på et marked, der er præget af høj MES er derfor lav, da de relativt lavere priser ikke dækker virksomhedens omkostninger.

Bain argumenterede endvidere for, at virksomheder, hvis effektivitet ligger under MES, vil have for store gennemsnitlige omkostninger sammenlignet med de eksisterende virksomheders, hvorfor de eksisterende virksomheder vil være i stand til at ekskludere de nye indtrængere. Det skyldes, at de nyetablerede virksomheder ikke

³¹⁰ Møllgaard (1998), s. 1

³¹¹ MES angiver, hvilken effektivitet en virksomhed som minimum skal besidde, for at kunne trænge ind på et givent marked og blive der.

³¹² Stephen Martin (1994), s. 198-199

har muligheden for samme stordriftsfordele, som de større etablerede virksomheder.³¹³

8.1.2.2 Vejledningens indflydelse på adgangsbarriererne

Når Kommissionen fremover ikke vil beskytte mindre effektive konkurrenter, øges markedets MES. Den tidligere beskyttelse har været med til at holde MES kunstigt lav, men nu hvor denne beskyttelse er fjernet, vil markedets mest effektive virksomheder ekskludere de mindre effektive, og konkurrencen mellem de tilbageværende virksomheder vil dermed øge MES. Den øgede effektivitet og virksomhedernes stordriftsfordele gør det sværere for nye potentielle konkurrenter at trænge ind på markedet. Det vil sige, at selvom Kommissionen mindsker de myndighedsskabte adgangsbarrierer, øger Vejledningen virksomhedernes mulighed for selv at skabe adgangsbarrierer.

8.1.3 Produktdifferentiering

I vurderingen af markedets adgangsbarrierer er produktdifferentiering også relevant at inddrage i analysen. Produktdifferentiering måles bl.a. ud fra markedsføringsintensiteten på markedet, hvilket nedenstående analyse vil tage udgangspunkt i.

8.1.3.1 Industriøkonomi og produktdifferentiering

Virksomheder kan forsøge at differentiere deres produkter ved hjælp af salgsfremmende aktiviteter og kan på den måde flytte efterspørgselskurven op. Virksomheder, der kan differentiere deres produkter gennem markedsføring, oplever, at den efterspurgte mængde ikke udelukkende afhænger af prisen, men også af virksomhedernes nuværende og tidligere markedsføring samt deres investering i udviklingen af brandet.³¹⁴

³¹³ Stephen Martin (1994), s. 198-199

³¹⁴ Stephen Martin (1994), s. 241-242

Markedsføringsintensiteten anses kun som en adgangsbarriere, hvis markedets nuværende efterspørgsel afhænger af virksomhedernes tidligere markedsføring. Har den tidligere markedsføring ikke haft nogen effekt på markedets nuværende efterspørgsel, vil nye virksomheder være i stand til at trænge ind på markedet og opnå samme effekt af at markedsføre deres produkter, som de etablerede virksomheder, og dermed vil de også være i stand til at differentiere deres produkter lige så succesfuldt som de etablerede virksomheder.³¹⁵

Anderledes forholder det sig, hvis effekten af de etablerede virksomheders markedsføring er langtidsholdbar. I så fald skal de indtrængende virksomheder bruge flere ressourcer på markedsføring for at opnå en efterspørgselskurve, der er sammenlignelig med markedets etablerede virksomheder. Det skyldes, at den indtrængende virksomhed endnu ikke har skabt sig selv et brand på markedet.³¹⁶

8.1.3.2 Vejledningens indflydelse på produktdifferentiering

Markedsføringsintensiteten og dermed graden af produktdifferentiering varierer alt efter, hvilken branche man befinder sig i. Det er derfor svært at generalisere og foretage en overordnet analyse af, hvad der sker med markedets produktdifferentiering som følge af Vejledningen. I det følgende antages det dog, at de etablerede virksomheder har oparbejdet et brand i større eller mindre grad, der betyder, at produktdifferentiering må anses som en adgangsbarriere, da dette vil være tilfældet på langt de fleste markeder.

Som beskrevet tidligere medfører Vejledningen en øget markedskoncentration, idet mindre effektive virksomheder vil blive presset ud af markedet. Årsagen til denne mindre effektivitet kan bl.a. være, at virksomhederne ikke har haft midlerne til at markedsføre deres produkter og dermed differentiere sig.

³¹⁵ Stephen Martin (1994), s. 241-243

³¹⁶ Stephen Martin (1994), s. 243

Da beskyttelsen af mindre effektive konkurrenter er blevet fjernet i forbindelse med Vejledningen, betyder det, at de ikke længere bliver beskyttet mod adgangsbarrierer i form af produktdifferentiering. Det vil sige, at det nu bedre kan betale sig for etablerede virksomheder at investere i markedsføring og dermed deres brand, hvilket i sidste ende skærper markedets produktdifferentiering yderligere.

Som forklaret i afsnit 8.1.1 vil der blive færre, men større og stærkere virksomheder på markedet og konsekvensen heraf er, at konkurrencen intensiveres mellem de tilbageværende virksomheder. Selvom det kan hævdes, at der vil være færre virksomheder og dermed færre produkter at differentiere sig fra, vil den hårde konkurrence fra markedets etablerede og lige så effektive konkurrenter skabe incitamentet til yderligere produktdifferentiering for på den måde at opnå en større markedsandel og i sidste ende en højere profit. Samtidig vil de tilbageværende virksomheder udnytte, at lovgivningen ikke længere beskytter de mindre effektive virksomheder ved selv at opbygge barrierer til markedet, hvorved disse virksomheder styrker deres markedsmagt yderligere. Disse adgangsbarrierer vil dog kun udelukke de mindre effektive konkurrenter, da TEUF art. 102 stadig indeholder et forbud mod at udøve ekskluderende adfærd, der skader den effektive konkurrence.³¹⁷

8.1.4 Opsummering af markedsstrukturen

I modsætning til tidligere kan mindre effektive konkurrenter som følge af Vejledningen ikke længere opnå beskyttelse mod dominerende virksomheders ekskluderende adfærd. Dette betyder, at markedskoncentrationen skærpes, idet mindre effektive konkurrenter ikke længere har råd til at blive på markedet på lang sigt. Dette resulterer i en stigning i markedets MES, hvorfor der kræves en øget effektivitet fra de indtrængende virksomheder for at kunne blive på markedet. En naturlig konsekvens af den øgede markedskoncentration er, at de virksomhedsskabte adgangsbarrierer øges. Det skyldes, at langt flere virksomheder kan opnå stordriftsfordele, og virksomhedernes behov for produktdifferentiering forøges. Med andre ord resulterer den øgede markedskoncentration i en skærpet konkurrence på ydelser.

³¹⁷ 2009/C 45/02, punkt 19

8.2 Conduct

Da Vejledningen ændrer markedsstrukturen er det interessant at undersøge, om dette får virksomhederne til at ændre adfærd, og i så fald hvad disse ændringer består i. En nærmere analyse heraf foretages nedenfor.

8.2.1 Vejledningen skaber et oligopol

Ud fra analysen og konklusionen i afsnit 8.1 er det rimeligt at antage, at den øgede markedsconcentration medfører, at markedet tilnærmer sig et oligopol. Oligopolteorien beskæftiger sig med markeder med få virksomheder, hvilket skal forstås således, at der er en høj grad af gensidig afhængighed mellem markedets virksomheder. På et oligopolmarked må den enkelte virksomhed både tage hensyn til konkurrenternes handlinger, og hvorledes konkurrenterne responderer på virksomhedens egne handlinger.³¹⁸ Teorien forudsiger, at markedsmagten stiger, når markedsconcentrationen stiger, og ligeledes når der er høje adgangsbarrierer.³¹⁹ Til at analysere priserne på et oligopolmarked anvendes Bertrand-modellen i det følgende.

8.2.1.1 Priserne på et oligopolmarked

Ifølge Bertrand-modellen vil virksomhederne tilnærme sig markedets ligevægtspris og -mængde, uanset om produkterne er homogene eller differentierede. Er produkterne homogene, vil prisen til sidst være lig med marginalomkostningerne, og der vil herske fuldkommen konkurrence på markedet. Er der omvendt tale om differentierede produkter, vil prisen være højere, idet virksomhederne i langt højere grad kan forlange højere priser uden at tabe betydelige markedsandele grundet den asymmetriske information omkring produkterne.³²⁰

Den effektbaserede tilgang fremlagt i Vejledningen vil give virksomhederne incitament til at konkurrere på pris, idet virksomhederne som følge af *as efficient competi-*

³¹⁸ Knudsen (1997), s. 61

³¹⁹ Martin (1994), s. 197

³²⁰ Etro; Kokkoris (2010), artikel af Kokkoris, s. 147

tor testen kender den nedre omkostningsbenchmark for, hvornår deres adfærd anses som misbrug. Virksomhederne vil derfor ikke være bange for at sænke deres priser helt ned til nedre benchmark, skulle det blive nødvendigt.

Umiddelbart kunne man derfor fristes til at tro, at den effektbaserede tilgang ville resultere i meget lavere markedspriser, men dette er imidlertid ikke tilfældet på et oligopolmarked med differentierede produkter. Ifølge Bertrand-modellen vil virksomhedernes priser nemlig være *strategic complements*³²¹. Når produkterne er differentierede vil forbrugerne ofte have præference for ét produkt, og en mindre prisstigning vil ikke få dem til at købe et konkurrerende produkt. En sådan prisstigning giver derfor også konkurrenterne mulighed for at hæve deres priser tilsvarende. Når konkurrenterne reagerer positivt på en stigning i en virksomheds priser, fører dette til en yderligere prisstigning hos den første virksomhed. Fordi priserne er komplementære, er resultatet af denne adfærd, at markedet forværres af, at de rivaliserende virksomheder tilpasser sig. De ikke-dominerende virksomheders tilpasning af priser vil dermed med stor sandsynlighed gå stærkt ud over forbrugervelfærden på markedet.³²²

8.2.1.2 Stordriftsfordele på et oligopolmarked

Under antagelse af at den skærpede markedsconcentration fører til et oligopolmarked med differentierede produkter, vil Vejledningen således ikke tilgodese fællesskabsrettens mål om forbrugervelfærd. Dog forbyder TEUF art. 102 og dermed også Vejledningen at dominerende virksomheder udøver ekskluderende misbrug, hvorfor Kommissionen vil foretage en vurdering af, hvorvidt der foreligger stærke og klare beviser for, at det påståede misbrug potentielt vil medføre konkurrenceskadelig afskærmning.³²³ Som særlig relevant for denne misbrugsvurdering er faktorer som netop markedets adgangsbarrierer – herunder stordriftsfordele. Det skyldes, at

³²¹ To virksomheders priser er *strategic complements*, når beslutningen om at hæve prisen fra den ene virksomhed gensidigt styrker den anden virksomhed, jf. Geanakoplos; Klemperer (1985), s. 489

³²² Etro; Kokkoris (2010), artikel af Kokkoris, s. 147

³²³ 2009/C 45/02, punkt 20

Kommissionen vurderer, at sandsynligheden for misbrug øges i takt med, at den dominerende virksomheds stordriftsfordele øges.

Det vil sige, at Vejledningen skaber en øget markedskoncentration, hvor høje adgangsbARRIERER kan resultere i konkurrencebegrænsende adfærd fra markedets etablerede virksomheder, men at TEUF art. 102 sammenholdt med Vejledningen hæmmer denne udvikling ved at forbyde markedets dominerende virksomheder at misbruge deres stilling. De dominerende virksomheder vil derfor ikke være i stand til at udnytte fx sine stordriftsfordele til at forhindre andre lige effektive virksomheder i at få adgang til markedet. Det skal dog erkendes, at den blotte tilstedeværelse af stordriftsfordele kan afskrække potentielle nye konkurrenter fra markedet, hvilket imidlertid ikke kan betragtes som misbrug, idet virksomhederne ikke som sådan har udøvet nogen ekskluderende adfærd.

Det kan altså konkluderes, at selvom Vejledningen resulterer i øgede stordriftsfordele for markedets etablerede virksomheder, vil disse virksomheder ikke kunne udnytte stordriftsfordelene til at ekskludere lige effektive konkurrenter. Imidlertid vil et marked præget af stordriftsfordele betyde, at nogle virksomheder vil afholde sig fra at trænge ind på markedet.

8.2.2 Kartelaftaler

Som forklaret i afsnit 8.2.1.1 kan oligopolister som regel kontrollere deres priser til en vis grad. Graden af denne kontrol afhænger imidlertid af markedskoncentrationen samt produktdifferentieringen på markedet. Oligopolister vil normalt være i stand til at øge deres samlede profit ved at koordinere deres handlinger og agere som ét monopol eller én dominerende virksomhed. Derfor vil virksomhederne have incitament til indgå kartelaftaler med hinanden – både åbenlyse og stiltiende.

Set fra en oligopolists synsvinkel er en kartelaftale en succes, når den fører til en prisstigning. En sådan prisstigning vil dog give medlemmerne af kartellet incitament til at snyde ved at sænke prisen samtidig med, at potentielle nye konkurrenter vil få

incitament til at træde ind på markedet.³²⁴ I langt de fleste industrialiserede lande er karteldannelse dog ulovligt. Dette er også tilfældet i EU, hvor TEUF art. 101 forbyder konkurrencebegrænsende aftaler, herunder karteldannelse.

Selvom det er ulovligt at indgå kartelaftaler, er det ikke urimeligt at antage, at virksomhederne på et oligopolmarked med tiden vil øge markedsprisen og dermed øge deres samlede profit. Dette kan ske gennem signalering, hvor fx markedets dominerende virksomhed agerer som prissætter, og som beskrevet tidligere kan de konkurrerende virksomheder på oligopolmarkedet se en fordel i at tilpasse sig ved også at hæve deres priser. Det betyder, at Vejledningen umiddelbart ser ud til at give virksomhederne incitament til at øge deres priser, men hvorvidt dette også er muligt afhænger af virksomhedernes evne til sammen at nå markedets profitmaksimerende pris og af markedets adgangsbarrierer.

Det er tidligere konkluderet, at Vejledningen mindsker de myndighedsskabte adgangsbarrierer, mens de virksomhedsskabte adgangsbarrierer øges. Det betyder, at selvom en prisstigning vil give nye potentielle konkurrenter incitament til at træde ind på markedet, så vil det være svært for dem, grundet de virksomhedsskabte adgangsbarrierer, som fx investering i overskydende produktionskapacitet, reklame eller forsknings- og udviklingsprojekter.

Anvendelse af Bertrand-modellen og antagelsen om, at virksomhederne er prissættere betyder dog, at ovenstående adfærd udelukkende kan blive en realitet, hvis oligopolet fungerer som et perfekt koordineret kartel.³²⁵ Virksomhederne har grundet lovgivningen ikke mulighed for at koordinere sådanne karteller, og uden bindende aftaler vil den enkelte oligopolist have større incitament til at fastholde sine oprindelige priser, hvis fx markedets dominerende virksomhed øger sine. Oligopolisten kan med fordel fastholde eller sænke sin pris, for derved at udvide sit udbud og dermed også profitten. Dette er dog kun muligt, i den grad markedets produktdiffe-

³²⁴ Martin (1994), s. 150-152

³²⁵ Møllgaard (1998), s. 14

rentiering tillader det. Der skal med andre ord være forbrugere uden præferencer for et enkelt brand, da disse vil være letpåvirkelige, når prisen sænkes.

Endvidere forhindrer Vejledningen markedets dominerende virksomheder i at misbruge de omtalte virksomhedsskabte adgangsbarrierer yderligere, hvilket betyder, at potentielle nye konkurrenter vil agere som en trussel mod markedets etablerede virksomheder. Netop derfor vil virksomhederne være påpasselige med at hæve prisen på deres produkter, da de dermed risikerer at tiltrække nye konkurrenter. Dette ræsonnement følger af teorien om *contestable markets*, hvorefter virksomheder rent faktisk kan være alene på markedet, uden at der derved opstår markedsmagt. Hvis der ikke er væsentlige *sunk cost* forbundet med at etablere sig på markedet eller andre adgangsbarrierer, vil markedet blive udfordret af *hit-and-run* konkurrenter, så snart virksomhedens priser overstiger dens marginalomkostninger og virksomheden tjener en overnormal profit.³²⁶

Som tidligere nævnt vil der stadig være visse adgangsbarrierer forbundet med markedet efter Vejledningens offentliggørelse, og derfor vil markedets virksomheder stadig have incitament til at hæve priserne over marginalomkostningerne, dog kun i et sådan omfang, at det ikke er attraktivt for *hit-and-run* konkurrenter at indtræde på markedet.

8.2.3 Opsummering af conduct

Det kan konkluderes, at selvom Vejledningen skaber grobund for et oligopolmarked, vil markedspriserne ikke eksplodere – dels grundet teorien om *contestable markets*, og dels fordi TEUF art. 101 sikrer, at virksomhederne ikke kan koordinere karteller. Tværtimod kan et marked, som er præget af truslen fra *hit-and-run* konkurrenter og mistillid oligopolisterne imellem, betyde, at konkurrencen på ydelser øges.

³²⁶ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 6

8.3 Performance

Når performance skal vurderes ud fra ovenstående analyse af markedsstruktur og virksomhedernes adfærd, kan dette både ske ud fra en statisk og en dynamisk efficiens betragtning.

8.3.1 Statisk efficiens betragtning

SCP-skolen ville vurdere Vejledningens effekt på markedet ud fra en statisk efficiens betragtning. Dette vil resultere i en konklusion om, at Vejledningen fører til en højere markedskoncentration end tidligere, hvilket vil give de dominerende virksomheder større magt. Resultatet heraf vil være høje priser, der langt overstiger virksomhedernes marginalomkostninger. Dette vil medføre et samfundsmæssigt dødvægtstab, hvor konsekvensen er lavere *consumer surplus*, og derved vil Vejledningen ikke støtte traktatens mål om øget forbrugervelfærd. Ud fra denne SCP-tankegang medfører Vejledningen negative konsekvenser set ud fra en samfundsmæssig synsvinkel. Dette er dog en kortsigtet statisk efficiensvurdering, der bygger på et øjebliksbillede af markedsperformance.

8.3.2 Dynamisk efficiens betragtning

Som konkluderet oven for præger den nye industriøkonomi i langt højere grad den europæiske konkurrenceret i dag. De moderne industriøkonomer er ikke tilhængere af den statiske efficiensvurdering pga. det kortsynede aspekt. I stedet anbefales en dynamisk efficiens betragtning, som derfor også er den betragtning, Vejledningens effekter bør analyseres ud fra.

De nye industriøkonomer ønsker dermed et marked med dynamisk efficiens gennem konkurrence på pris, omkostninger og produktudvikling – det vil sige konkurrence på ydelser. En sådan konkurrence vil føre til *creative destruction*. Det vil sige et marked, hvor de mest effektive virksomheder hele tiden forsøger at opbygge nye styrkepositioner ved at udvikle deres produkter og effektivisere deres virksomhed. Dette vil føre til en overnormal profit, som ikke er skadelig for markedet, idet den giver nye potentielle konkurrenter incitament til at trænge ind på markedet, hvilket kræver, at

de udvikler og effektiviserer deres virksomhed for på den måde at tilfredsstille efterspørgslen endnu bedre.³²⁷

Ifølge teorien om *creative destruction* vil profitten, som virksomhederne kan opnå i fx et oligopol, øge potentielle nye konkurrenters incitament til at trænge ind på markedet. Dette er dog kun muligt, hvis konkurrencelovgivningen har succes med at fjerne markedets adgangsbarrierer. Selve forbuddet mod misbrug af dominerende stilling og i den forbindelse Vejledningens *as efficient competitor* test er bl.a. lovgivning, der mindsker virksomhedernes mulighed for at opstille strategiske adgangsbarrierer. På langt sigt vil konkurrencen på markedet altså øges som følge af *creative destruction*, hvilket får priserne til at tilnærme sig virksomhedernes marginale omkostninger. Effekten af dette er, at dødvægtstabet mindskes samtidig med at forbrugervelfærden øges.

Den overnormale profit, som oligopolmarkedets virksomheder opnår, vil være så fristende for potentielle nye konkurrenter, at disse får incitament til at udvikle og optimere deres virksomhed for at blive effektive nok til at træde ind på markedet. Markedets etablerede virksomheder vil derfor ligeledes være tvunget til hele tiden at effektivisere deres virksomhed, hvilket øger forbrugervelfærden. Som beskrevet i afsnit 2.2 kan forbrugervelfærden vurderes ud fra tre faktorer, henholdsvis: produktpriser, produktdifferentiering og produktinnovation. Da priskonkurrencen forventes at være høj, må det vurderes, at virksomhederne vil vægte produktdifferentiering og produktinnovation højt for på den måde at øge deres udbud. Dette har afgørende betydning for forbrugervelfærden, som må forventes at øges væsentligt på baggrund heraf.

Vejledningen fører altså ikke til fuldkommen konkurrence på markedet, men markedet tilnærmer sig derimod en Pareto optimal tilstand, hvor hverken forbrugere eller virksomheder kan stilles bedre. Det skyldes, at dødvægtstabet vurderes at blive mindsket væsentligt.

³²⁷ Blomgren-Hansen; Møllgaard (2004), s. 7

8.3.3 Opsummering performance

Det kan på baggrund af den dynamiske betragtning konkluderes, at Vejledningen har en positiv effekt på markedets performance, idet den skaber incitament til øget effektivitet og dermed øget forbrugervelfærd. Sammenlignet med situationen fra før Vejledningens offentliggørelse, hvor beskyttelsen af mindre effektive konkurrenter forhindrede virksomhederne i at konkurrere fuldt ud på ydelser, tilskynder Vejledning derimod til en sådan konkurrence. Dette får virksomhederne til i højere grad at fokusere på udviklingen af deres produkter og brand. Selvom dette ikke fører til fuldkommen konkurrence, så vurderes Vejledningen tilnærmelsesvis at skabe et Pareto optimalt marked.

8.4 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at den effektbaserede tilgang til håndhævelsen af TEUF art. 102 resulterer i, at mindre effektive virksomheder hurtigt vil blive ekskluderet fra markedet. Dette fører til, at markedet tilnærmer sig et oligopol, hvor man normalt ser en tendens til øgede priser. Men som følge af, at virksomhederne bl.a. ikke må misbruge adgangsbarrierer til at ekskludere konkurrenter, vil markedet grundet en overnormale profit være attraktivt for ny-indtrængere. Truslen fra disse ny-indtrængere giver de etablerede virksomheder incitament til at holde priserne lave således, at den attraktive overnormale profit fjernes. Alternativt vil ny-indtrængerne komme ind på markedet, hvilket vil resultere i et øget udbud, og dermed også et fald i priserne.

Da muligheden for en overnormal profit til dels fjernes grundet markedsreguleringen, mindskes dødvægtstabet ligeledes. Dette sker til fordel for forbrugerne, som vil opleve højere velfærd i form af lavere priser. Den øgede priskonkurrence vil øge virksomhedernes incitament til produktdifferentiering og produktinnovation, hvilket også vil komme forbrugerne til gode.

Sammenholdt med delkonklusionen i kapitel 7 er der altså faktorer, der både øger og sænker antallet af konkurrerende virksomheder på markedet. Faldet i transaktionsomkostningerne øger konkurrencen, og selvom mindre effektive konkurrenter ikke længere bliver beskyttet, vil konsekvensen af, at disse presses ud af markedet, blot øge konkurrencen yderligere. Dermed kan det konkluderes, at en effektbaseret tilgang skaber en øget velfærd på markedet, som kommer forbrugerne til gode i form af lavere priser.

9 Vurderingen af Vejledningen

Begrundelsen for at Kommissionen skulle udgive en vejledning i anvendelsen af TEUF art. 102, var at skabe en større *klarhed og forudsigelighed* for virksomhederne om, hvordan deres adfærd vil blive vurderet af såvel Kommissionen som Domstolen.³²⁸ Det er stadig ikke blevet vurderet, i hvor høj grad det er lykkedes Kommissionen at skabe denne klarhed og forudsigelighed. Derfor vil kapitel 9 diskutere Vejledningens indhold sammenholdt med Kommissionens praksis. Hvis der er overensstemmelse mellem de to, vil retssikkerheden være høj for så vidt angår reguleringen af TEUF art. 102, men hvis det modsatte er tilfældet, vil uoverensstemmelser betyde, at den ønskede *klarhed og forudsigelighed* ikke er opnået.

I kapitel 9 inddrages de elementer fra Vejledningen, som modvirker retssikkerheden, og som derfor gør virksomhedernes egne vurderinger usikre, hvis kun Vejledningen tages i betragtning. I afsnit 9.1. diskuteres, hvorvidt det har betydning, at Vejledningen udgiver sig for at være en prioritering, når den egentlig er en retningslinje, mens det i afsnit 9.2 afgøres, hvorvidt Vejledningen er entydig med hensyn til anbefaling af tilgang. I afsnit 9.3 vurderes det, om formålet fremstår klart i Vejledningen, og i afsnit 9.4 diskuteres de uhensigtsmæssigheder, som *as efficient competitor* testen indeholder. Endelig konkluderes det i afsnit 9.5 om Vejledningen skaber en større retssikkerhed på markedet.

9.1 Prioritering eller retningslinje?

Det faktum, at Kommissionen påpeger, at Vejledningen er en prioritering og ikke en egentlig retningslinje øger retssikkerheden. Som forklaret i kapitel 5 er en prioritering blot Kommissionens måde at fortælle omverdenen, hvilke sager den prioriterer højest, hvorfor der ikke er tale om fortolkning af retspraksis. Dermed er der heller ingen garanti for, at de nationale eller de europæiske domstole vil fortolke loven på samme måde som angivet i Vejledningen. Idet Vejledningen er en ikke-bindende retsakt behøver hverken Retten eller Domstolen at anvende den, hvis Kommissionens beslutning appelleres. Det samme gør sig gældende for de nationale domstole.

³²⁸ 2009/C 45/02, punkt 12

De er heller ikke bundet af *soft law*, og derfor har de ikke pligt til at foretage EU-konform fortolkning i forhold til Vejledningen.³²⁹

I kapitel 5 blev det dog konkluderet, at Vejledningen på trods af sit navn rent faktisk må anses som en retningslinje grundet indholdet og den manglende prioritering. Indholdet bygger dog ikke udelukkende på retspraksis, idet Vejledningen bl.a. indeholder en effektbaseret tilgang til misbrugsvurderingen, hvilket der ikke er fuldt grundlag for i retspraksis. På trods heraf er der stadig ingen garantier for, at domstolene vil afgøre sagerne på samme måde som Kommissionen.

Ser man nærmere på, hvor ofte Domstolen stadfæster Kommissionens beslutninger, viser succesraten for vundne appelsager, at sandsynligheden har ligget på 98 % gennem de seneste 20 år. Det kan derfor konkluderes, at Domstolen med stor sikkerhed ikke vil modarbejde den effektbaserede tilgang, som Kommissionen anvender til at vurdere misbrug.³³⁰

Uanset om der er tale om en prioritering eller en retningslinje, opstår der en vis form for retssikkerhed, idet virksomhederne kan forvente, at Kommissionens fortolkning af TEUF art. 102 i høj grad anerkendes af de andre retsinstanser inden for EU, idet dette er normal praksis. Spørgsmålet er dog, i hvor høj grad Kommissionen selv anvender Vejledningen i sin misbrugsvurdering. Dette diskuteres i de følgende afsnit.

9.2 Effektbaseret tilgang

Analysen i kapitel 4 viser, at Kommissionen i høj grad anvender en effektbaseret tilgang til misbrugsvurderingen, men hvorvidt Vejledningen også fremstår udelukkende som effektbaseret er usikker. Meget tyder nemlig på, at Vejledningen er et forsøg på at forene formalismen fra den tidligere retspraksis med økonomien, hvor-

³²⁹ Killick (2009), s. 4-5

³³⁰ Killick (2009), s. 2

for det er usikkert for virksomhederne, hvorvidt det er den effektbaserede eller formbaserede tilgang, som anvendes.³³¹

Mange havde forventet, at Kommissionen ville anvende Vejledningen til at bryde med den formbaserede tilgang til fordel for den effektbaserede tilgang således, at virksomhederne en gang for alle vidste, at de udelukkende skulle tage udgangspunkt i effekterne af deres adfærd. Selvom det ikke er nogen nem opgave at implementere en ny tilgang til misbrugsvurderingen, har Kommissionen om nogen mulighed herfor.

332

Det er Domstolens opgave at fortolke loven, men Kommissionen har også en vigtig rolle i denne proces. Den udvælger nemlig, hvilke sager, den ønsker at forfølge, og prioriterer dermed, hvilken vej konkurrenceretten skal gå³³³. Kommissionen er således indirekte med til at udvikle TEUF art. 102 ved at vælge og fravælge sager.

Som forklaret i afsnit 9.1, er Kommissionens succesrate i appelsager utrolig høj, hvorfor det også i dette tilfælde må vurderes, at det ikke vil være urealistisk for Kommissionen en gang for alle at ændre tilgangen, som anvendes i misbrugsvurderingerne.³³⁴ Netop derfor er det bemærkelsesværdigt, at Kommissionen ikke er gået hele vejen, når den havde muligheden for det. Begrundelsen må være, at Kommissionen har syntes, at springet fra en formbaseret til en effektbaseret tilgang har virket for stort, hvorfor den i stedet har kombineret de to tilgange, så forskellen synes mindre.³³⁵

Eksempler, hvor Vejledningen forener de to tilgange, finder man allerede i Vejledningens punkt 1. Anvendelsen af de gamle mantraer om "særligt ansvar" og "ikke i sig selv ulovligt, at en dominerende virksomhed indtager en dominerende stilling"

³³¹ Killick (2009), s. 2

³³² Killick (2009), s. 2

³³³ Kommissionens beslutning, om at indlede en sag samt fravælge en anden, er underlagt en meget begrænset prøvelse, og Kommissionen er desuden ikke forpligtet til at indlede en procedure i henhold til en klage.

³³⁴ Killick (2009), s. 2

³³⁵ Killick (2009), s. 2

gentages, som hvis der skulle være tvivl om, at det at være dominerende ikke per se er ulovligt. Med andre ord lægger Vejledningen op til, at der er områder, der stadig er præget af per se regler.³³⁶

Kommissionen lægger altså ikke den nødvendige afstand til den formbaserede tilgang i Vejledningen, selvom det i praksis virker som om, at den gamle tilgang er lagt på hylden. Dette er problematisk for retssikkerheden, idet en vurdering ud fra Vejledningen ikke stemmer overens med den tilgang, som Kommissionen vil anvende i praksis.³³⁷

9.3 Forbrugerhensynet

TEUF art. 102 har ikke tidligere været underlagt et konkret formål. Det var derfor afgørende for retssikkerheden, at formålet blev fortolket i Vejledningen. Førhen har der ikke været samme behov for et egentlig formål, idet virksomhedernes adfærd ofte blev vurderet på baggrund af adfærdens karakter som følge af per se regler og ikke på baggrund af effekterne. Når misbrugsvurderingen sker på baggrund af adfærdens karakter, er det lige meget, hvad formålet er, da adfærden er retsstridig, uanset om den respekterer formålet eller ej. Modsæt gælder det for så vidt angår effektbaserede vurderinger, hvor formålet netop er afgørende for, om adfærden bliver anset som retsstridig eller ej. Derfor er behovet for et defineret formål vigtigere end nogensinde før.³³⁸

I Vejledningens punkt 5 skriver Kommissionen, at formålet med bestemmelsen er at beskytte forbrugerne, men allerede i punkt 6 fjernes fokus fra forbrugerne, og Kommissionen lægger i stedet vægt på at beskytte konkurrencen. Det gøres desuden klart, at lige effektive konkurrenter aldrig må ekskluderes fra markedet. Disse to formål er som udgangspunkt ikke modstridende, da fokus på en effektiv konkurrence altid vil komme forbrugerne til gode. Det forholdsvis entydige formål ødelægges imidlertid af, at Kommissionen i punkt 23 fastslår, at mindre effektive konkurrenter

³³⁶ Killick (2009), s. 2

³³⁷ Katsoulacos (2009), s. 2

³³⁸ Katsoulacos (2009), s. 2

også kan opnå beskyttelse i visse tilfælde. Dette strider direkte mod forbrugerhensynet, idet en sådan beskyttelse vil medføre en ringere konkurrence mellem virksomheder. De ineffektive virksomheder vil fastsætte højere priser, hvorfor de (effektive) dominerende virksomheder vil være nødsaget til at øge deres priser tilsvarende for at undgå, at deres adfærd ses som ekskluderende og dermed i strid med TEUF art. 102.³³⁹

På baggrund heraf fremstår formålet med TEUF art. 102 ikke klart i Vejledningen. Set ud fra Kommissionens praksis er der dog ikke tegn på, at Vejledningens punkt 23 nogensinde vil finde anvendelse i praksis, men ikke desto mindre står undtagelsen sort på hvidt i Vejledningen og skaber en unødvendig usikkerhed omkring formålet. Man kunne fristes til at tro, at Kommissionen har indsat undtagelsen som en slags sikkerhedsventil, hvis formålet skulle vise sig at påvirke markedet i en uforudset negativ retning.

9.4 *As efficient competitor* testen

Der er derimod ikke tvivl om, at Kommissionen har til hensigt at anvende Vejledningens ”as efficient competitor” test i de tilfælde, hvor det er muligt. Kommissionen har gjort testen mere retvisende ved at inddrage nye omkostningsbenchmarks, som i langt højere grad end tidligere viser, hvordan priserne er i forhold til det reelle omkostningsniveau. Ikke desto mindre er disse nye omkostningsbenchmarks stadig svære at bestemme for virksomhederne og ikke mindst for konkurrencemyndighederne.³⁴⁰

Som konkluderet i afsnit 7.1.2 må man dog forvente, at virksomhederne er i besiddelse af mange af de oplysninger, som er nødvendige for at bestemme AAC og LRAIC, hvilken gør testen meget mere anvendelig. For at sikre at der ikke alligevel opstår et problem, fastslår Kommissionen i punkt 25, at den vil tillade, at konkurrenternes omkostningsoplysninger anvendes, hvis den dominerende virksomheds om-

³³⁹ Killick (2009), s. 2

³⁴⁰ Killick (2009), s. 5

kostninger ikke kan bestemmes. Konsekvensen heraf er, at Kommissionen kan konkludere, at en dominerende virksomhed misbruger sin stilling på baggrund af konkurrenternes omkostninger.

Dette er problematisk, fordi en virksomhed kan blive dømt på baggrund af en konkurrents omkostninger, som den af gode grunde ikke kender.³⁴¹ Ifølge Vejledningen må en konkurrents omkostningsoplysninger dog kun anvendes, hvis konkurrenten anses som lige så effektiv som den dominerende virksomhed. Hvordan dette skal bestemmes, siger Vejledningen intet om, men umiddelbart virker det som en umulig opgave, når den dominerende virksomheds omkostninger lige netop er ukendte. Bestemmelsen er dermed ikke bare unødvendig, men også ødelæggende for retssikkerheden. Det må konkluderes, at Kommissionen ikke har villet risikere, at Vejledningen var uanvendelig i visse tilfælde, hvilket blot har ført til en øget retsusikkerhed.

Dette er desuden ikke den eneste form for retsusikkerhed, som Vejledningens *as efficient competitor* test medfører. Ifølge testen er der to relevante omkostningsbenchmarks, hvilket giver virksomhederne en nedre grænse, der indikerer misbrug samt en øvre grænse, der indikerer en *safe harbour*. I det tilfælde, hvor prisen ligger mellem de to omkostningsbenchmarks, kan virksomheden ikke med sikkerhed vide, hvilket udfald misbrugsvurderingen får. Vurderingen afhænger pludselig af andre faktorer, som til en vis grad må være udsat for et subjektivt skøn.³⁴² Dog kan man modsat konkludere, at uanset om man kun fastsætter ét benchmark, hvad end det er AAC, LRAIC eller et helt tredje, skabes der en retstilstand, hvor de tidligere omtalte type I og type II-fejl vil være uundgåelige. Derfor må det endeligt konkluderes, at fastsættelsen af to omkostningsbenchmarks er hensigtsmæssig, selvom det i visse tilfælde skaber retsusikkerhed. Da vurderingen er effektbaseret, betyder det imidlertid, at man i høj grad kan undgå type I og type II fejl, som man ellers ville risikere, hvis blot man arbejdede med ét relevant omkostningsbenchmark.

³⁴¹ Akman (2009), s. 13

³⁴² Kjolbye (2010), s. 10

9.5 Objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster

Retspraksis har vist, at objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster med tiden er blevet fast indarbejdede begreber, som anvendes i forbindelse med TEUF art. 102. Netop derfor er det hensigtsmæssigt, at Kommissionen bruger kræfter på at fortolke begreberne i Vejledningen.

Det anses dog som et problem, at Vejledningen ikke er mere præcis i sine formuleringer. Ifølge Vejledningen skal nettoeffekten af virksomhedens adfærd være positiv for, at den ellers ekskluderende adfærd kan accepteres. Der oplyses imidlertid intet om, hvad adfærdens (skadelige) effekt skal måles op imod. Skal man fx sammenligne med de tilfælde, hvor virksomheden helt afholder sig fra den givne adfærd, eller skal man sammenligne med alternativer til den givne adfærd?³⁴³ Desuden forklares det ikke, hvordan en afvejning af sandsynlige effekter og sandsynligheden for effektivitetsgevinster skal måles realistisk. Ligeledes forklares der heller intet om, hvilke former for effektivitetsgevinster, der kan opveje forskellige former for konkurrencebegrænsende adfærd.³⁴⁴ Kommissionens fortolkning af retspraksis må derfor konkluderes at være mangelfuld, når det tages i betragtning, at hensigten med Vejledningen var at skabe øget forudsigelighed.

9.6 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at det er afgørende for retssikkerheden, at virksomhederne ved, hvilken tilgang misbrugsvurderingen foretages ud fra, og at formålet med TEUF art. 102 fremstår klart. I Vejledningen lægger Kommissionen sig ikke fast på den effektbaserede tilgang, men fastholder derimod visse per se regler, hvilket skaber usikkerhed omkring, hvilken vej Kommissionen vil dømme i en konkret sag. Praksis viser dog, at Kommissionen anvender den effektbaserede tilgang fuldt ud, hvorfor det er uforståeligt, at Kommissionen ikke har valgt at afgrænse sig fra den formbase-rede tilgang, når den havde muligheden herfor.

³⁴³ Akman (2010), s. 16-17

³⁴⁴ Akman (2010), s 20

Desuden fremstår formålet med bestemmelsen uklart i Vejledningen. Der kredses om forbrugervelfærd og øget konkurrence, mens beskyttelsen af inefficente konkurrenter gør formålet tvetydigt og øger retssikkerheden. Ser man på Kommissionens praksis, er det også helt unødvendigt, at den forsøger at helgardere sig ved at indtage en evt. beskyttelse af inefficente konkurrenter. Dette fordi Kommissionen forventes at anvende *as efficient competitor* testen, når det er muligt, hvorved forbrugervelfærden sikres. Derfor kan det konkluderes, at undtagelsen er uhensigtsmæssig, og at der desuden ikke findes nogen passende begrundelse for dens plads i Vejledningen.

Hvad angår objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster har en fortolkning af disse været længe ventet. Det må konkluderes, at det langt fra er lykket Kommissionen at fastlægge indholdet af undtagelsen i Vejledningen. Derfor er brugen heraf fortsat usikker.

På den ene side skaber Vejledningen altså en større retssikkerhed på området – først og fremmest fordi formålet nu er kendt for virksomhederne, men også fordi Vejledningen i høj grad lægger sig fast på den effektbaserede tilgang, som Kommissionen også anvender i praksis. På den anden side svækkes denne retssikkerhed dog igen, idet der inddrages ubegrundede undtagelser til TEUF art. 102, og ved at flere områder stadig fremstår uklare og tvetydige.

10 Konklusion

Denne afhandling har undersøgt, hvorvidt Kommissionen med Vejledningen har underlagt TEUF art. 102 et formål om forbrugervelfærd, der ikke er belæg for i retspraksis. En stræben efter forbrugervelfærd resulterer nemlig i, at dominerende virksomheders adfærd underlægges en effektbaseret tilgang i misbrugsvurderingen frem for den ellers tidligere anvendte formbaserede vurdering. Denne tilgangsændring påvirker desuden konkurrencen på markedet, hvorfor afhandlingen ud fra industriøkonomiske betragtninger har undersøgt, om markedet bliver mere effektivt med det resultat, at velfærden tilgodeses i overensstemmelse med formålet.

Selve TEUF art. 102 indeholder intet formål, og forbrugerhensynet er ikke tidligere i retspraksis blevet fortolket som det overordnede formål med bestemmelsen. Netop derfor kan der herske tvivl om, hvorvidt formålet om forbrugervelfærd stemmer overens med traktatgrundlaget. Selvom der ikke findes et direkte traktatbestemt formål om forbrugervelfærd, kan det implicit fortolkes som værende en del af de direkte traktatbestemte formål. Desuden viser retspraksis også en klar tendens, hvorefter forbrugerhensynet i dag tillægges afgørende betydning i vurdering af dominerende virksomheders misbrug. Derfor kan det konkluderes, at formålet om forbrugervelfærd stemmer overens med traktatgrundlaget.

Som et direkte udslag af Kommissionens ønske om at beskytte forbrugerne indfører Vejledningen *as efficient competitor* testen. Testen skal sikre forbrugervelfærden ved at underlægge de dominerende virksomheders adfærd en langt mere økonomisk og effektbaseret vurdering, hvor der i høj grad lægges vægt på adfærdens faktiske effekter på markedet. Da misbrugsvurderingen tidligere var præget af en formbaseret tilgang, risikerede man nemlig at forbyde konkurrencefremmende adfærd samt tillade konkurrencebegrænsende adfærd, idet per se reglerne ikke tog højde for det konkrete tilfælde.

Vejledningen bygger i høj grad på effektbaserede betragtninger, og der har hersket tvivl om, hvorvidt der i retspraksis er belæg for denne tilgangsændring, og om Kom-

missionen handler inden for sin bemyndigelse ved udstedelsen af en Vejledning. Ved nærmere analyse af Vejledningen og retspraksis kan det konkluderes, at Kommissionen for så vidt angår dominansvurderingen har taget udgangspunkt i det dominansbegreb, Domstolen definerede i *Hoffmann-La Roche*³⁴⁵. Vurderingen kan dog ikke længere foretages udelukkende på baggrund af meget høje markedsandele, da Kommissionen tillægger andre faktorer større betydning end set i tidligere retspraksis. Nyere retspraksis bekræfter nødvendigheden af andre relevante faktorer i dominansvurderingen, og det kan derfor konkluderes, at Vejledningen har resulteret i en mere effektbaseret vurdering. En direkte ændring af retspraksis er der dog ikke tale om, idet Kommissionen blot har valgt at nedtone vigtigheden af markedsandele og øge betydningen af andre relevante faktorer i forhold til tidligere.

Den i Vejledningen opstillede misbrugsvurdering viser også tegn på nytænkning fra Kommissionens side, og særligt hvad angår vurderingen af prisbaseret ekskluderende adfærd og dermed indførelsen af *as efficient competitor* testen. Det er her den effektbaserede tilgang for alvor slår igennem, idet Kommissionen med testen tager stærk afstand fra anvendelsen af per se regler til konstateringen af misbrug. Testen har tidligere været anvendt i retspraksis, hvorfor dens tilstedeværelse i Vejledningen var forventet. Kommissionen har dog moderniseret testen ved at tilføje mere præcise omkostningsbenchmarks, og formålet med testen er nu at sikre, at forbrugervelfærden respekteres. Heller ikke misbrugsvurderingen synes derfor at kunne karakteriseres som værende i direkte strid med tidligere retspraksis, selvom Kommissionen fremlægger nogle nyfortolkninger. Det konkluderes derfor, at selvom Kommissionen med Vejledningen tilstræber en mere effektbaseret vurdering af misbrug, er der ikke tegn på, at den strider mod tidligere retspraksis.

Der er dog fremlagt en moderniseret og langt mere effektbaseret tilgang til fortolkningen til brug for dominans- og misbrugsvurdering, hvilket gør det interessant at vurdere, hvorvidt Kommissionen overhovedet har bemyndigelse til at foretage en sådan ændring. Da Vejledningen kan karakteriseres som *soft law*, og retspraksis ikke

³⁴⁵ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co.*

kan defineres som en egentlig retskilde, er eneste krav til *soft law*, at denne ikke strider mod *hard law*. Derfor konkluderes det, at Kommissionen har fuld bemyndigelse til at udstede Vejledningen.

Vejledningens betydning for markedsefficiens, samfundsvelfærd og herunder særligt forbrugervelfærd har også afgørende betydning for vurderingen af Vejledningens brugbarhed og relevans. Når en effektbaseret tilgang anvendes i stedet for en formbaseret tilgang, medfører det ændringer i markedsstrukturen, virksomhedernes adfærd, og dermed også markedets performance. Effektbaserede regler sænker virksomhedernes transaktionsomkostninger, idet virksomhederne kender grundlaget, hvorpå deres adfærd bedømmes. De lavere omkostninger resulterer i lavere priser, hvilket øger *consumer surplus*. Samtidig minimeres risikoen for fejlkendelser. I takt med denne minimering fjernes den såkaldte *chilling effect*, som har forårsaget, at virksomhederne har fastsat deres priser ekstra højt for at undgå, at priserne anses som ekskluderende. Resultatet heraf er en mere udtalt konkurrence på pris, hvilket mindsker samfundets dødvægtstab og øger forbrugervelfærden yderligere.

Vejledningens indhold resulterer endvidere i, at markedet tilnærmer sig et oligopol. Fordi markedet reguleres af TEUF art. 102, er de dominerende virksomheder fortsat forhindret i at misbruge adgangsbarrierer. Markedet vil derfor være under konstant trussel fra nye potentielle konkurrenter, hvilket giver de etablerede virksomheder incitament til at holde lave priser samt optimere andre dele af virksomheden for at minimere risikoen for nye indtrængere. Samfundets dødvægtstab sænkes herved, og den øgede konkurrence på ydelser vil i sidste ende komme forbrugerne til gode.

Det kan dermed konkluderes, at Vejledningens konkretisering af forbrugerhensynet som formål med TEUF art. 102, og den heraf afledte effektbaserede tilgang til dominans- og misbrugsvurderingen resulterer i øget effektivitet på markedet og dermed også øget forbrugervelfærd. Med andre ord tilnærmes markedet en pareto-optimal Nash-ligevægt.

Alt i alt kan det konkluderes, at Kommissionens Vejledning og det heri angivne formål om forbrugervelfærd ikke strider direkte mod restpraksis, og kommissionen har ikke handlet uden for sine beføjelser ved at indføre en effektbaseret tilgang til TEUF art. 102. Samtidig kan det konkluderes, at den effektbaserede tilgang ikke blot sikrer, at forbrugerhensynet respekteres, men at markedets performance faktisk effektiviseres, hvilket overvejende kommer forbrugerne til gode i form af øget forbrugervelfærd.

Bilag 1: Begrebsforklaring

Flere steder i afhandlingen anvendes begreber, som er centrale for afhandlingens indhold og forståelsen heraf. Dette afsnit vil derfor indeholde en række begrebsforklaringer og definitioner, der skal skabe klarhed over, hvad der menes, når begrebet anvendes i afhandlingen.

Formbaseret tilgang:

- Når konkurrencemyndigheder anvender den formbaserede tilgang, vurderes virksomhedens adfærd på baggrund af adfærdens form og karakter. Fx vil loyalitetsrabatter altid anses for retsstridige, når den formbaserede tilgang anvendes. Den formbaserede tilgang vil også blive omtalt som den formalistiske tilgang.

Effektbaseret tilgang:

- Når konkurrencemyndighederne anvender den effektbaserede tilgang, vurderes virksomhedens adfærd på baggrund af de egentlige effekter, adfærden har. Fx vil en loyalitetsrabat kun anses for retsstridig, hvis det rent faktisk viser sig, at den både er loyalitetsskabende og konkurrencebegrænsende. Vurderingen vil derfor bygge på det konkrete tilfælde.

Per se regel:

- Per se regler er ofte forbundet med den formalistiske tilgang. Disse regler er retlige standarder, der ex ante beskriver, hvilke former for adfærd, der er forbudte. Reglerne bygger på en antagelse om, at visse adfærdsformer med høj sandsynlighed vil forvride konkurrencen samtidig med, at der ingen plausible argumenter er for, at adfærden øger konkurrencen på markedet.

Konkurrence på ydelser:

- "Konkurrence på ydelser" er et udtryk, der anvendes til at beskrive konkurrencen, når den udelukkende sker på baggrund af pris, innovation, kvalitet osv. og altså ikke på baggrund af fx konkurrencebegrænsende strategier.

Ekskluderende adfærd:

- Vejledningen omhandler kun "ekskluderende adfærd", hvilket refererer til dominerende virksomheder, som udelukker deres konkurrenter med andre midler end konkurrence på ydelser.

Markedet:

- Markedet er en samlet betegnelse for hele det europæiske marked.

Hard law:

- Begrebet hard law dækker over alle bindende retsakter inden for EU. Dvs. Traktaterne, forordninger og direktiver.

Soft law

- Begrebet Soft law dækker over alle ikke-bindende retsakter inden for EU. Bl.a. henstillinger, vejledninger og retningslinjer.

Litteraturliste

Faglitteratur

Paul Milgrom; John Roberts	Economics, Organisation & Management	1992
Stephen Martin	Industrial Economics – Economic Analysis and Public Policy, 2. udgave	1994
Christian Knudsen	Økonomisk metodologi, bind 2: Virksomhedsteori og industriøkonomi, 2. udgave	1997
Stephen Martin	Advanced Industrial Economics, 2. udgave	2002
Paul Krüger Andersen; Nis Jul Clausen, Hans Henrik Edlund; Bent Iversen; Aage Michelsen; Hans Viggo Godsk Pedersen	Dansk Privatret, 14. udgave	2005
Karsten Ensug Sørensen; Poul Runge Nielsen	EU-retten, 5. udgave	2008
Erling Eide; Endre Stavang	Rettsøkonomi	2008
Caroline Heide-Jørgensen; Peter Stig Jakobsen; Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg; Jan Magne Langseth; Ulla Neergaard; Sune Troels Poulsen; Charlotte Friis Bach Ryhl; Jens Schovsbo	Konkurrenceretten i EU, 3. udgave	2009
Jens Fejø	EU-Konkurrenceretten, Almindelige del, 4. udgave	2009
TC Hartley	The Foundations of European Union, 7. Udgave	2010
Federico Etro; Ioannis Kokkoris	Competition Law and the Enforcement of Article 102	2010
Roger Zach; Andreas Heineemann; Andreas Kellerhals Contributors: J. Bejcek, S. Chakravarthy, P. Furquim de Azevedo, R. Geiger, W.S. Grimes, A. Heinemann, A.L.	The Development og Competition Law – Global Perspectives	2010

Henriksen, Y. Huang, S. Jiang, A. Kellerhals, A. Künzler, G. Monti, I. Takahashi, W. P. J. Wils, R. Zäch, D. Zimmer		
--	--	--

Artikler

J. Bulow, J. Geanakoplos og P. Klemperer	Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements	1985
Thomas Piraino	Reconciling the Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis	1991
Peter Møllgaard	Markedsmagt: en detaljeret oversigt	1998
Stephen Martin; Peter Møllgaard; Per Baltzer Overgaard; Christian Schultz	Industriøkonomi	2000
Niels Blomgren-Hansen; Peter Møllgaard	Frivillig markedskræfter, regulering og markedsmagt	2004
Koen Lenaerts; Desomer	Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures, European Law Journal, Vol. 11, No. 6	2005
Thomas Eilmansberger	How to Distinguish Good From Bad Competition under Article 82 EC	2005
Neelie Kroes	Speech: Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 102	2005
Pindyck; Rubinfeld	Microeconomics	2005
Laura Ferrari Bravo; Paolo Siciliani	Exclusionary Pricing and Consumers Harm: The European Commission's Practice in the DSL Market	2007
Dr. Bernhard Heitzer	Consumer Welfare at the Heart of Competition Enforcement	2008
Jones Day	Comments on the CFI's Recent Ruling in Deutsche Telekom v. European Commission	2008
Martin Andreas Gravengaard; Niels Kjærsgaard	Ny EU Kommissions vejledning om ekskluderende misbrug af dominerende stilling – og dens konsekvenser i praksis (RR.2009.03.0038)	2009-1
Martin Andreas Gravengaard;	Er en dominerende virksomheds	2009-2

Niels Kjærsgaard	adfærd lovlig, selvom konkurrenter presses ud af markedet? Ny kommissionsvejledningen om ekskluderende misbrug (U.2009B.99)	
Christian Bergqvist	Den konkurrenceretlige regulering af rabatter	2009
Lars Kjolbye	Rebates Under Article 82 EC: Navigating Uncertain Waters	2010
Manuel Kellerbauer	The Commission's New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies' Exclusive Conduct: a Shift Towards a More Economic Approach?	2010
Dr. Pinar Akman	The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?	2010
Roberta Panizza; Danai Papadopoulou	EU-retten – Kilder og rækkevidde	2011
Karnov Group	EUIND015-NY	2011
Hendrik Auf'mkolk	From Regulatory Tool to Competition Law Rule: The Case of Margin Squeeze as a Blueprint for the Transition to Competition	2011
G. Federico	Tomra v Commission of the European Communities: Reversing Progress on Rebates	2011
Charlotte A. Eijberts	The Margin Squeeze in the EU Telecommunications Sector – No Changes thus Far	2011
Wolfgang Weiß	After Lisbon, Can the European Commission Continue to Rely on "Soft Legislation" in its Enforcement Practice?	2011
Nicolas Petit	Recent art. 102 TFEU case-law	2012
Iliana Nunez Osorio	"A Test to Ban Rebates": Which Test is Applicable to Rebates Under TFEU art. 102	2012

Kommissionens beslutninger

76/642/EØF	Hoffmann-La Roche	1976
85/609/EØF	AKZO	1985
97/624/EF	Irish Sugar	1997
2000/74/EF	British Airways	1999
2002/405/EF	Michelin	2001
COMP/38.233	Wanadoo Interactive	2003
COMP/C-1/37.451	Deutsche Telekom	2003
COMP/E-1/38.113	Prokent-Tomra	2006

Rettens afgørelser

T-228/97	Irish Sugar mod Kommissionen	1999
T-201/01	Michelin mod Kommissionen	2001
T-219/99	British Airways mod Kommissionen	2003
T-340/03	Wanadoo mod Kommissionen	2007
T-271/03	Deutsche Telekom mod Kommissionen	2008
T-155/06	Tomra mod Kommissionen	2010

Generaladvokaters forslag til afgørelser

G. Reischl	Forslag til afgørelse i C-85/76, <i>Hoffmann-La Roche & Co</i> fra generaladvokat G. Reischl	1978
P. Verloren Van Themaat	Forslag til afgørelse i C-322/81, <i>Michelin</i> af generaladvokat P. Themaat	1983
C. Otto Lenz	Forslag til afgørelse i C-62/86, <i>AKZO</i> fra generaladvokat C. Otto Lenz	1989
J. Mazák	Forslag til afgørelse C-202/07 P, <i>Wanadoo</i> fra generaladvokat J. Mazák	2008
P. Mengozzi	Forslag til afgørelse i C-209/10, <i>Post Danmark</i> fra generaladvokat P. Mengozzi	2011
J. Mazák	Forslag til afgørelse i C-549/10 P, <i>Tomra</i> fra generaladvokat J. Mazák	2012

Domstolens afgørelser

Sag 6/72	Europemballage Corporation mod Kommissionen	1975
Sag 27/76	United Brands mod Kommissionen	1978
C-85/76	Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen	1979
C-322/81	Michelin mod Kommissionen	1983
C-62/86	AKZO Chemie BV mod Kommissionen	1991
C-333/94 P	Tetra Pak mod Kommissionen	1996
C-497/99 P	Irish Sugar mod Kommissionen	2001
C-95/04	British Airways mod Kommissionen	2007
C-501/06 P	GlaxoSmithKline mod Kommissionen	2006
C-202/07 P	Wanadoo Interactive mod Kommissionen	2009
C-280/08 P	Deutsche Telekom AG mod Kommissionen	2010
C-52/09	TeliaSonera mod Kommissionen	2011
C-209/10	Post Danmark mod Kommissionen	2012
C-549/10 P	Tomra mod Kommissionen	2012

Regulering

TEU og TEUF	Lissabontraktaten	2008
Rfo 1/2003	Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82	2002
2009/C 45/02	Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem eksklusiverende adfærd	2008

Discussion paper

Discussion paper	DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses	2005
------------------	---	------