

Analyse af predatory pricing i EU, med fokus på genindvinding

Analysis of predatory pricing in the EU, with focus on recoupment

Cand.Merc.Jur.

Copenhagen Business School 2014

Kandidatafhandling

Afleveret: 27. oktober 2014

Antal tegn: 173.157

Antal normalsider: 76,1

Vejledere:

Björn Lundqvist

Thomas Rønde

Forfatter:

Yasmin Kamila Yahya Rosendahl

Abstract

This paper aims at identifying, in which ways a recoupment requirement in the test for predatory pricing, can contribute to EU-law.

The Chicago School has a very strong skepticism about predatory pricing. Mcgee argued, that recoupment of losses was unlikely and therefore, that the strategy was irrational. Game-theoretic models have however shown, that predatory pricing can be rational because of information asymmetries and linkages across markets. The old belief, that the strategy is of no antitrust concern, should therefore be dispelled. The legal standard both in the EU and the US has been strongly inspired by the Areeda Turners test, which is based on an objective price cost comparison. This test can be supplemented by the need to show likely recoupment. Recoupment can be analyzed from a qualitative or quantitative perspective, but the quantitative analysis poses serious measurement problems, which can lead to high error costs.

In the EU the legal test is based on a price cost comparison and the dominant firms intent. The showing of likely recoupment has however been rejected several times by both the Commission and the Union courts. The Commission has among others rejected the requirement, because it believes, that the showing of recoupment is implied in the dominance test for article 102 TFEU. In the US the need to show likely recoupment has been part of the legal test since 1993. Because of the very skeptical view held by the American courts, the requirement has been used in such a way, that is has become almost impossible to prove.

There are many reasons to both condemn and applaud the recoupment requirement. Looking at the requirement from a theoretical standpoint, it helps to sort out the cases, where there is no likelihood of any long-term harm to competition or consumers, even though there may be some short term inefficiency. While a test for dominance might indicate the likelihood for recoupment, recoupment can not be implied from dominance. The paper advocates for the introduction of a recoupment requirement in the EU, although in a modified version, which is based on a wish to minimize error cost stemming from false positives and false negatives.

ABSTRACT	1
1 PRÆSENTATION AF PROBLEMSTILLINGEN	4
1.1 INDLEDNING	4
1.2 PROBLEMFORMULERING	5
1.3 TEORI OG METODE.....	5
1.3.1 ØKONOMISK METODE	5
1.3.2 JURIDISK METODE	6
1.3.3 INTEGRERET METODE	9
1.4 AFGRÆNSNING	9
1.5 OVERSIGT OVER ANVENDTE OMKOSTNINGSBEGREBER	11
2 ØKONOMISK ANALYSE AF PREDATORY PRICING	12
2.1 INTRODUKTION	12
2.2 ØKONOMISKE TEORIER OM PREDATORY PRICING	13
2.2.1 PRE-CHICAGO SCHOOL MODELLER.....	13
2.2.2 CHICAGO SCHOOL MODELLER.....	14
2.2.3 SPILTEORETISKE MODELLER.....	16
2.2.3.1 Finansiell predation model.....	17
2.2.3.2 Signal modeller	18
2.3 REGULERING AF PREDATORY PRICING.....	20
2.3.1 AREEDA TURNER TESTEN.....	21
2.3.2 GENINDVINDINGSKRAVET	23
2.3.2.1 Kvalitativ analyse	25
2.3.2.2 Kvantitativ analyse	30
2.4 DELKONKLUSION	32
3 JURIDISK ANALYSE AF PREDATORY PRICING	34
3.1 PREDATORY PRICING I EU	34
3.1.1 ARTIKEL 102 TEUF.....	34
3.1.1.1 Dominerende stilling	35
3.1.1.2 Misbrugsbegrebet	37
3.2 PREDATORY PRICING.....	39
3.2.1 TESTEN FOR PREDATORY PRICING.....	39
3.2.2 GENINDVINDING.....	41

3.2.2.1	AKZO	41
3.2.2.2	Tetra Pak	42
3.2.2.3	Wanadoo/France Telecom	44
3.2.3	KOMMISSIONENS VEJLEDNING	48
3.2.3.1	Predatory pricing i Kommissionens vejledning	49
3.2.3.2	Genindvinding i Kommissionens vejledning	50
3.3	PREDATORY PRICING I USA	51
3.3.1	SEKTION 2 AF THE SHERMAN ACT	51
3.3.2	REGULERING AF PREDATORY PRICING	52
3.3.3	ANVENDELSEN AF KRAVET OM GENINDVINDING I USA	54
3.4	DELKONKLUSION	57
4	<u>INTEGRERET ANALYSE AF GENINDVINDINGSKRAVET</u>	<u>59</u>
4.1	ARGUMENTER FOR GENINDVINDINGSKRAVET	59
4.1.1	INGEN SKADE PÅ VELFÆRD UDEN GENINDVINDING	59
4.1.2	ELIMINERING AF FALSKE POSITIVE	60
4.1.3	GENINDVINDING SOM FILTER	61
4.2	ARGUMENTER IMOD GENINDVINDINGSKRAVET	62
4.2.1	PREDATORY PRICING SKADER FORBRUGERNE OG KONKURRENCEN	62
4.2.2	GENINDVINDINGSKRAV SKABER FLERE FALSKE NEGATIVE	63
4.2.3	DOMINANS MULIGGØR GENINDVINDING	64
4.3	DISKUSSION AF KRAVET OM GENINDVINDING	65
4.3.1	GENINDVINDINGSKRAVETS TEORETISKE FUNDAMENT	65
4.3.1.1	Genindvindingskravet og "as efficient competitor" testen	67
4.3.2	GENINDVINDING OG DOMINANS	68
4.3.3	ANVENDELSE AF GENINDVINDINGSKRAVET I PRAKSIS	72
4.3.4	FORSLAG TIL EN MODIFICERET GENINDVINDINGSTEST	73
4.3.5	HVORDAN KAN ET KRAV OM GENINDVINDING BIDRAGE TIL EU-RETEN?	76
5	<u>KONKLUSION</u>	<u>77</u>
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>81</u>

1 Præsentation af problemstillingen

1.1 Indledning

Virksomheders priskonkurrence er en af grundstenene for at skabe en effektiv konkurrencestruktur. Når priserne er på det konkurrencedygtige niveau, er samfundets ressourcer mest effektivt allokeret og forbrugerne bedst muligt stillet. Der kan imidlertid være tidspunkter, hvor lave priser ikke er til gavn for forbrugerne. Predatory pricing er karakteriseret ved, at virksomheder sætter lave priser i en periode og således bevidst ofrer profit, i et forsøg på at opnå markedsmagt. Herefter øges priserne således, at den tidligere ofrede profit genindvindes. På denne måde bliver forbrugerne dårligere stillet, da de på lang sigt kommer til at betale priser over det konkurrencedygtige niveau.

Både i EU og i USA har predatory pricing i mange år været ulovligt. I EU er denne type adfærd reguleret under artikel 102 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, mens den i Amerika primært reguleres under § 2 af the Sherman Act. Begge jurisdiktioner har valgt en test for predatory pricing, der grundlæggende bygger på den anklagede virksomheds omkostninger således, at priser under en given omkostningsstandard er bevis på, at virksomheden udøver predatory pricing. En stor forskel mellem de to test er imidlertid, at the Supreme Court allerede i 1993 indførte et krav om genindvinding i predatory pricing testen, hvorimod Domstolen har afvist at indføre et lignende krav i EU. Kommissionen har argumenteret for, at EU-retten, i modsætning til amerikansk ret, kræver, at den anklagede virksomhed er dominerende, før artikel 102 kan bringes i anvendelse. Kommissionen er således af den mening, at der ved at påvise en virksomheds dominans, samtidig bliver påvist, at virksomheden har mulighed for at genindvinde sine tab og, at selvstændigt bevis for genindvinding således ikke er nødvendigt. Domstolen har også fastholdt, at mulighed for genindvinding ikke er en del af EU's retspraksis, blandt andet med henvisning til, at selv hvis ikke genindvinding er mulig, så kan predatory pricing stadig føre til, at forbrugerne lider skade.

Opgaven søger at analysere hvilke argumenter, der ligger til grund for indførelsen af genindvindingskravet i USA og afvisningen af samme i EU. Der kigges nærmere på, hvorledes dominanstesten anvendes i EU og, hvorvidt denne test i realiteten unødvendiggør en selvstændig genindvindingsstest, som hævdet af Kommissionen. Opgaven munder ud i et forslag til, hvorvidt EU-retten bør indføre et krav om genindvinding i predatory pricing sager for at kunne opnå den

mest optimale regulering af denne adfærd, med særlig fokus på hvilke positive og negative konsekvenser et sådant krav kan have.

1.2 Problemformulering

På baggrund af ovenstående betragtninger er opgavens problemstilling følgende:

- **På hvilke måder kan et krav om genindvinding i testen for predatory pricing bidrage til EU-retten?**

For at besvare dette vil følgende delspørgsmål blive belyst:

1. Hvordan har holdningen til predatory pricing i den økonomiske teori udviklet sig og, hvilke forslag til regulering er blevet frembragt?
2. Hvordan behandles predatory pricing og særlig spørgsmålet om genindvinding i EU-retten herunder, hvordan adskiller dette sig fra amerikansk ret?

1.3 Teori og metode

1.3.1 Økonomisk metode

I kapitlets første del ses der nærmere på udviklingen af de økonomiske teorier for predatory pricing. Der gives en kort introduktion til de tidligste teorier, hvorefter Mcgees skelsættende artikel fra 1958 præsenteres. Mcgee er valgt som repræsentativ for den skeptiske holdning, der generelt præger tilhængere af Chicago School, idet den efterfølgende teori hovedsagligt bygger videre på hans ideer. Chicago School teorierne er baseret på den neoklassiske pristeori og bygger på modellen om perfekt konkurrence¹. Disse teorier er interessante at belyse, idet de har dannet grundlag for de amerikanske domstoles skeptiske holdning til predatory pricing som en rationel strategi. Til sidst inddrages nyere spilteoretiske modeller. Modellerne udvider den neoklassiske teori om perfekt konkurrence til situationer med imperfekt information og strategisk interaktion mellem markedsaktørerne². Disse teorier er vigtige, da de er basis for en holdningsændring vedrørende rationaliteten af predatory

¹ Rousseva, 2010, s. 38

² Martin m.fl., 1999, s. 2

pricing, idet de viser, at strategien, grundet asymmetri og forbindelser mellem markeder, kan være en rationel strategi. Modellerne er blevet formaliseret af flere teoretikere gennem årene. Da det imidlertid ikke er formaliseringen, men derimod resultatet af disse modeller, der er interessant for besvarelsen af opgavens problemformulering, vil præsentationen af disse modeller tage udgangspunkt i Bolton, Brodley og Riodans fortolkning af disse.

I kapitlets anden del ses der nærmere på, hvilke forslag til reguleringen af predatory pricing, som der er blevet frembragt. Først tages der et kritisk blik på den objektive pris/omkostningstest, som blev foreslået af Areeda og Turner i 1975. Denne teori er vigtig at belyse, idet den har dannet grundlag for testen for predatory pricing i både EU og USA. Herefter præsenteres genindvindingskravet, der kan anvendes som en selvstændig del af testen for predatory pricing og som i USA er blevet brugt til at supplere pris/omkostningstesten. De forskellige metoder, der i praksis kan anvendes til at undersøge mulighederne for genindvinding, vil blive belyst, da disse er vigtige for at kunne anvende genindvindingskravet bedst muligt.

1.3.2 Juridisk metode

For at vurdere EU-rettens holdning til predatory pricing, herunder særligt spørgsmålet om genindvinding, er det nødvendigt at finde frem til gældende ret, de lege lata, på området. Dette gøres ved anvendelse af den retsdogmatiske metode, som udleder og fortolker gældende ret ved brug af de relevante retskilder. Retskilderne i EU kan klassificeres på følgende måde³:

- Primærretten
- Bindende sekundærregulering
- Praksis
- Soft law

Opgavens primære retskilde i **primærretten** er artikel 102 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde⁴. Denne bestemmelse forbyder virksomheders misbrug af en dominerende stilling

³ Nielsen; Tvarnø, 2011, s. 108

⁴ Herefter benævnt ”TEUF”.

og regulerer predatory pricing adfærd. Desuden inddrages artikel 263, der angiver Domstolen og Rettens kompetence til at efterprøve Kommissionens afgørelser⁵

I opgaven inddrages Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002, om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 som **bindende sekundær-regulering**. Forordningen anvendes til at redegøre for Kommissionens kompetence i forbindelse med anvendelsen af artikel 102⁶.

Retspraksis fra Domstolen og Retten anvendes til at analysere og fortolke anvendelsen af artikel 102 i praksis. Da testen for predatory pricing er udviklet i retspraksis, anvendes retspraksis ligeledes til at fastlægge gældende ret for denne type adfærd. Der vil hovedsagligt blive lagt vægt på Domstolens afgørelser, men afgørelser fra Retten vil også inddrages, hvor dette skønnes nødvendigt. Da opgavens fokus er på genindvindingskravet, vil der primært medtages afgørelser, hvor der tages stilling til dette. Anden retspraksis, der hjælper til den generelle fortolkning af ekskluderende adfærd under artikel 102, medtages i det omfang, det findes nødvendigt for besvarelsen af opgavens problemformulering.

I opgaven inddrages hovedsageligt følgende afgørelser:

AKZO⁷

Denne dom er interessant, da dette var den første sag, hvor EU-retten tog stilling til predatory pricing. Det er ydermere i denne dom, at testen for den type adfærd blev fastlagt.

Tetra Pak II⁸

Denne dom er vigtig, idet det var første gang, Domstolen eksplicit tog stilling til spørgsmålet om, hvorvidt genindvinding er en del af testen for EU.

⁵ Se nedenfor under retspraksis

⁶ Se nedenfor under retspraksis

⁷ *AKZO*, sag C-62/86, Domstolens dom af 3. juli 1991, Saml. 1991

⁸ *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Domstolens dom af 14. november 1996

France Telecom⁹

Det var i denne dom, at Domstolen slog fast, at genindvinding ikke er en formel del af testen for predatory pricing men, at Kommissionen kan anvende kravet som yderligere bevis på, at der foreligger et misbrug.

Det bemærkes, at EU Domstolen ikke praktiserer en *stare decisis* doktrin og således kan ændre praksis i forhold til tidligere afgørelser¹⁰. På trods af, at det således ligger fast i retspraksis, at genindvinding ikke er et formelt krav i EU-rettens test for predatory pricing, så står det Domstolen frit for at ændre denne praksis.

Kommissionens afgørelser inddrages også som del af retspraksis. Disse er interessante, da de ofte byder på mere dybdegående analyser og er mere begrundede end Domstolens afgørelser. Kommissionen har kompetence til at anvende artikel 101 og 102 TEUF og kan ved en konstatering af en overtrædelse pålægge de deltagende virksomheder at bringe den pågældende overtrædelse til ophør¹¹. Med hjemmel i artikel 263 TEUF har Domstolen og Retten imidlertid kompetence til at prøve lovligheden af Kommissionens beslutninger.

Under retspraksis inddrages også Generaladvokatens forslag til afgørelser, hvor dette skønnes relevant. Generaladvokatens forslag er ikke bindende for Domstolen, men kan anvendes som en kilde til alternative synspunkter, der klarificerer retspraksis, idet EU-retten, i modsætning til amerikansk ret, ikke offentliggør dissenterende dommeres udtalelser¹².

Som **soft law** vil Kommissionens vejledning om prioritering af håndhævelsen i forbindelse med artikel 102¹³. Denne er særlig interessant, da den synes at indikere et paradigmeskifte i forhold til

⁹ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Domstolens dom af 2. april 2009

¹⁰ Nielsen; Tvarnø, 2011, s. 180

¹¹ Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002, om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, artikel 4 og 7

¹² Rousseva, 2010, s. 54

¹³ Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd 2009/C 45/02, herfter benævnt "Kommissionens vejledning".

den tidligere retspraksis vedrørende ekskluderende adfærd. Det bemærkes imidlertid, at Kommissionens vejledning ikke er bindende for Unionens domstole.

Hvor det skønnes nødvendigt, anvendes desuden den juridiske litteratur som et yderligere fortolkningsbidrag.

Foruden at fastlægge gældende ret i EU, inddrager opgaven ydermere en kortere redegørelse for retstilstanden for predatory pricing, herunder spørgsmålet om genindvinding, i USA. Der lægges her særligt vægt på, at redegøre for baggrunden for indførelsen af genindvindingskravet samt, på hvilken måde kravet er blevet anvendt i praksis i USA. Denne fremgangsmåde er valgt på baggrund af et ønske om at sætte EU's regulering i perspektiv og søge inspiration til denne. Til dette formål er amerikansk ret valgt, da EU og amerikansk ret i mange henseender ligner hinanden. Retstilstanden i USA er særligt interessant at sammenligne med, da indførelsen af genindvindingskravet har ført til en form for per se legalitet for predatory pricing. Der henvises desuden til amerikansk ret i flere af de sager, som er medtaget under retspraksis i EU, og det er således interessant at se nærmere på forskelle og ligheder mellem disse to jurisdiktioner. Det bemærkes imidlertid, at opgavens primære fokus er EU-retten og analysen af amerikansk ret er således mindre dybdegående.

1.3.3 Integreret metode

I opgavens integrerede del vil der blive samlet op og gået i dybden med økonomiske og juridiske argumenterne for og imod genindvinding. Det findes her hensigtsmæssigt at analysere genindvindingskravet ud fra et teoretisk og praktisk perspektiv. Det vil således undersøges, hvordan kravet kan bidrage til EU-retten først på det teoretiske plan og derefter i praksis. Baseret på et ønske om at finde en optimal regulering af predatory pricing, der begrænser omkostningerne forbundet med falske positive og falske negative, munder opgave ud i et retspolitisk forslag, de lege feranda, til, hvorvidt og på hvilken måde genindvindingskravet bør indføres i EU-retten.

1.4 Afgrænsning

Opgavens fokus er predatory pricing, det vil sige predation strategier, der er baseret på en sænkelse af priserne. Non-price predation strategier, det vil sige strategiske tiltag, der tages i brug for at

foregribe konkurrence, men som ikke er baseret på prisnedsættelser, vil således ikke blive inddraget.

Opgaven vil ikke medtage de matematiske bevis for de økonomiske modeller, der præsenteres i opgaven, idet det er fortolkningen af disse modeller navnlig, at predatory pricing kan være en rationel strategi, der er vigtig for besvarelsen af opgavens problemformulering.

Der gås ikke i dybden med den generelle anvendelse af artikel 102, da opgavens fokus er på predatory pricing, herunder genindvindingskravet. Der vil imidlertid gives en mere omfattende beskrivelse af retspraksis vedrørende begrebet dominerende stilling, da denne analyse er vigtig i forbindelse med diskussionen af, hvorvidt muligheden for genindvinding er dækket af en dominanstest. Begrebet kollektiv dominans vil imidlertid ikke blive behandlet. Der ses desuden ikke på håndhævelsesmuligheder, retsmidler, eller jurisdiktion i forbindelse med anvendelsen af artikel 102.

Da opgavens fokus er på genindvindingskravet i testen for predatory pricing, vil der kun i mindre grad blive inddraget andre elementer i en sådan test. For eksempel vil hensigt kun blive inddraget, hvor dette har en relevans for anvendelsen af genindvindingskravet. Der vil desuden ikke blive inddraget mulighederne for et forsvar for predatory pricing.

I USA kan anklager om predatory pricing bringes både under sektion 2 af The Sherman Act, der forbyder monopolisering eller forsøg herpå og under The Robinson Patman Act, der forbyder prisdiskriminering. Da langt størstedelen af anklager imidlertid bliver bragt under § 2 af The Sherman Act¹⁴, vil kun denne bestemmelse blive analyseret i opgaven. Da amerikansk ret ydermere kun anvendes til perspektivering og inspiration, vil der ikke gås i dybden med denne.

¹⁴ Leslie, 2013, s. 1698

1.5 Oversigt over anvendte omkostningsbegreber

Forkortelse	Engelsk/Dansk betegnelse	Definition
MC	Marginal Cost / Marginalomkostninger	Forøgelsen af de samlede omkostninger, som følge af produktionen af én yderligere enhed.
AVC	Average Variable Cost / Gennemsnitlig Variable Omkostninger	Summen af alle variable omkostninger divideret med antallet af producerede enheder.
ATC	Average Total Cost / Gennemsnitlige Totale Omkostninger	Summen af alle variable og faste omkostninger divideret med antallet af producerede enheder.
AAC	Average Avoidable Cost / Gennemsnitlige Undgåelige Omkostninger	De gennemsnitlige variable omkostninger plus faste produkt-specifikke, men ikke sunk omkostninger, for en given mængde af output.
LRAIC	Long-Run Average Incremental Cost / Langsigtede Gennemsnitlige Meromkostninger	Gennemsnittet af alle de variable og faste omkostninger, som en virksomhed afholder for at kunne fremstille et bestemt produkt

2 Økonomisk analyse af predatory pricing

2.1 Introduktion

Begrebet predatory pricing dækker over en strategi, hvor en virksomhed, the predator, i den indledende fase nedsætter sine priser¹⁵ og således bevidst ofrer profit i et forsøg på at skade en eller flere konkurrenter, the prey. Overordnet set kan the predator vælge en sådan prisstrategi af tre grunde; at drive allerede eksisterende konkurrenter ud af markedet, at afskrække nye konkurrenter fra at træde ind på markedet eller, at disciplinere konkurrenterne¹⁶. Når en af disse formål er opfyldt kan the predator i den efterfølgende periode hæve priserne over det konkurrencedygtige niveau og derved genindvinde det indledende tab. En predatory pricing strategi består således af 1) en fase med frivilligt tab, predation perioden, efterfulgt af 2) en fase med højere priser og genindvinding af den tabte profit, genindvindingsperioden. Det er vigtigt i forbindelse med predatory pricing at kunne skelne mellem de kortsigtede og langsigtede virkninger. Ses der på strategien fra et forbrugervelfærdssynspunkt er den til gavn for forbrugerne på kort sigt, da de i denne periode vil betale lave priser for det pågældende produkt. Forbrugerne bliver imidlertid skadet på lang sigt, da de her tvinges til at betale højere priser grundet den manglende konkurrence på markedet¹⁷.

Et problem i forbindelse med predatory pricing er, at det ligner legitim priskonkurrence¹⁸. Konkurrencemyndigheder og domstole står således over for en svær opgave i at adskille den skadelige predatory pricing fra almindelig, sund og konkurrencefremmende priskonkurrence. Anlægger domstole og konkurrencemyndigheder en for bred fortolkning af, hvad der konstituerer predatory pricing, kan det have den uheldige virkning, at virksomheder vil være påpasselige med at sætte lave priser af frygt for at blive anklaget¹⁹. Dette vil således begrænse den effektive priskonkurrence til skade for forbrugerne. På den anden side vil en snæver fortolkning kunne føre til, at illegal priskonkurrence fejlagtigt tillades og, at forbrugerne i stedet skades gennem en

¹⁵ I den økonomiske definition af predatory pricing er det ikke nødvendigt, at priserne ligger under the predators omkostninger. I de fleste juridiske test er predatory pricing imidlertid defineret ved, at priserne ligger under et nærmere bestemt omkostningsniveau.

¹⁶ OECD, 2005, s. 17

¹⁷ Ibid., s. 17

¹⁸ Ibid., s. 20

¹⁹ Brodley; Hay, 1981, s. 790

forvridning af konkurrencestrukturen. Reguleringen af predatory pricing skal således søge at finde den optimale balance mellem en begrænsning af risikoen for falske positive, når der fejlagtigt dømmes for predatory pricing, hvor dette ikke er tilfældet, og en begrænsning af falske negative, hvor virksomheder, der fører en ulovlig prisstrategi, ikke dømmes²⁰.

Hvorvidt reguleringen i en given jurisdiktion er mere fokuseret på begrænsningen af falske negative eller falske positive er i høj grad bestemt af holdningen til, hvorvidt predatory pricing er en rationel virksomhedsstrategi. Alt andet lige vil en skeptisk holdning til predatory pricing medføre en mere lempelig regulering af frygt for, at virksomheder fejlagtigt dømmes for predatory pricing, det vil sige falske positive. I modsætning hertil vil en frygt for virksomheders anvendelse af predatory pricing og de følgeskader en sådan prisstrategi medfører, alt andet lige give udslag i et større fokus på at begrænse falske negative. Der har været en del debat i den økonomiske litteratur om, hvorvidt predatory pricing er en profitabel og dermed rationel strategi. Især de amerikanske domstoles retspraksis har været meget præget af teorierne fremsat af tilhængere af Chicago School²¹. Da den juridiske regulering således har en sammenhæng med den økonomiske teoris diskussion om predatory pricing som en rational virksomhedsstrategi, vil de mest anerkendte teorier på dette område blive præsenteret i det følgende.

2.2 Økonomiske teorier om predatory pricing

2.2.1 Pre-Chicago School modeller

De ældste økonomiske teorier vedrørende predatory pricing anså strategien for at være en profitabel og dermed rationel strategi for en etableret virksomhed, der søger at ekskludere en eller flere konkurrenter fra markedet. Den mest prominente af den tids økonomiske teorier var ”deep pocket” eller ”long purse” modellen. Denne model byggede på en antagelse om, at en dominerende virksomhed ville kunne sælge til underbudspriser og derved eliminere en mindre konkurrent. Begge virksomheder ville tabe penge ved denne priskrig, men den større virksomhed ville i kraft af sine finansielle ressourcer bedre kunne bære dette tab. Den mindre virksomhed, der i kraft af sin mindre størrelse havde tilsvarende færre ressourcer, ville til sidst se sig nødsaget til at forlade markedet, hvorefter den tilbageværende virksomhed ville hæve priserne og genindvinde tabene fra predation

²⁰ Leslie, 2013, s. 1759

²¹ For en uddybning af den amerikanske domstoles holdning til predatory pricing, se afsnit 3.3

perioden²². En klar svaghed ved denne teori var, at den ikke så på muligheden for, at den mindre virksomhed kunne få kapital udefra således, at denne kunne modstå predation perioden²³. Generelt manglede modellerne et acceptabelt teoretisk fundament²⁴.

2.2.2 Chicago School modeller

I modsætning til de tidligste teorier om predatory pricing, har tilhængere af Chicago School en meget skeptisk holdning til predatory pricing som andet end et teoretisk fænomen. Startskuddet til denne nye skeptiske holdning var økonomeren John Mcgee's artikel i 1958. I denne artikel går Mcgee blandt andet til angreb på de gamle "deep pocket" modeller og kritiserer generelt, at virksomheder vil forsøge at anvende en predatory pricing strategi.

Mcgees hovedargument går på, at hvor det er lovligt, vil det være mere økonomisk rationelt for en virksomhed, at opkøbe konkurrenter fremfor at forsøge at eliminere dem med en predatory pricing strategi. Mcgee pointerer, at en predatory pricing er uforholdsmæssigt dyrt for the predator. I og med, at der opleves et tab af profit på hvert produkt, der sælges, så vil the predator, i kraft af dennes større markedsandel, opleve et forholdsmæssigt større tab end the prey ved at sænke priserne²⁵.

Mcgee angriber de oprindelige long purse teorier for deres antagelse om, at the predator har de finansielle ressourcer til at bære dette store tab over længere tid. Det fremgår, ifølge Mcgee, ikke tydeligt, hvorfor the predator kan opnå de finansielle reserver, som denne har brug for, for at oveleve priskrigen, men at the prey ikke har samme mulighed²⁶. Easterbrooke uddyber dette punkt ved at forklare, at eksterne långivere burde kunne se en fordel i at støtte the prey økonomisk således, at denne kan vinde priskrigen mod the predator, hvorefter långiverene kan tage del i dennes monopolpriser. Det vil være mere hensigtsmæssigt for de eksterne långivere, at støtte the prey, da denne vil stå tilbage med den største profit, grundet dens mindre tab under priskrigen²⁷. I stedet for at starte en priskrig kan the predator opkøbe en konkurrerende virksomhed for helt op til det beløb, som det ville koste at føre en predatory pricing kampagne mod denne, men vil, ifølge Mcgee, som

²² Motta, 2004, s. 413, se også Milgrom og Roberts, 1990, s. 118

²³ Motta, 2004, s. 420

²⁴ Milgrom og Roberts, 1990, s. 118

²⁵ Mcgee, 1958, s. 140

²⁶ Ibid., s. 139, se også Mcgee, 1980, s. 297

²⁷ Easterbrooke, 1981, s. 269

oftest skulle betale mindre end dette²⁸. Ved at opkøbe konkurrenter vil den dominerende virksomhed ikke skulle opgive profit i predation perioden, men ville kunne realisere monopolprofitter med det samme²⁹. Det vil således være mere hensigtsmæssigt for en virksomhed at opkøbe konkurrenter, fremfor at starte en priskrig, der vil gøre skade, ikke kun på konkurrenterne, men endnu mere på virksomheden selv.

Udover at argumentere for, at predatory pricing er en mindre profitabel strategi end at opkøbe konkurrenterne, argumenterer Mcgee også for, at predatory pricing som oftest slet ikke er en profitabel strategi. Som tidligere nævnt, består predatory pricing af en predation fase, hvor konkurrenterne ekskluderes eller afskrækkes fra markedet og en genindvindingsfase, hvor tabene fra predation perioden tjenes hjem igen. Mcgee er imidlertid af den opfattelse, at der er flere grunde til, at det ikke vil være muligt for en virksomhed at genindvinde sine tab. Mcgee anfører for eksempel, at the prey kan vælge at lukke ned i en periode og lade the predator tage hele markedet, for derefter at starte virksomheden op igen, når priserne igen hæves³⁰. Selv hvis konkurrenterne permanent forlader markedet, så vil deres aktiver blive på markedet og vil kunne blive opkøbt af opportunister, der således kan tage deres del af markedet, når priserne atter hæves³¹. Da en predatory pricing strategi således både er uforholdsmæssig dyr, i forhold til opkøb, og derudover ikke kan forventes at skabe nogen efterfølgende profit, er der tale om en irrationel strategi. Mcgee kommer således til konklusionen, at

”...attempts of predation have been rare, and that succesful attempts will be found to be still rarer.”³²

Mcgees skeptiske holdning til forekomsten af predatory pricing er blevet delt af andre akademikere, hvoraf nogle mener, at grundet predatory pricings åbenlyse irrationalitet, bør der ikke opstilles regulering af denne type adfærd³³. Denne skeptiske holdning er endvidere støttet af en række

²⁸ Mcgee, 1958, s. 139

²⁹ Ibid., s. 139

³⁰ Ibid., s. 140

³¹ Ibid., s. 140-141

³² Mcgee, 1980, s. 292

³³ Se for eksempel Easterbrooke, 1981, s. 267-268

empiriske undersøgelser, der tilsyneladende viser, at predatory pricing er en sjældent anvendt strategi³⁴. Der kan imidlertid argumenteres for, at flere af Mcgees argumenter ikke er overbevisende. For det første findes der i de fleste jurisdiktioner meget streng regulering vedrørende fusioner. Det er således ikke en oplagt strategi for en virksomhed, at anvende opkøb på konkurrenterne, som en metode til at opnå markedsmagt. Selv hvis opkøb vil være lovligt efter de gældende regler, så vil en predatory pricing strategi kunne anvendes inden opkøb til at presse konkurrenten til at sælge sin virksomhed billigere³⁵. På denne måde kan predatory pricing anvendes som en forudgående strategi, inden opkøb af konkurrenterne. Mcgees argument om, at konkurrenter midlertidigt kan lukke ned, for derefter at træde ind på markedet igen, når priserne hæves, tager ikke højde for, at der kan være betydelige omkostninger forbundet med ud- og indtræden på markedet. Der kan for eksempel være store dele af de faste omkostninger, der går tabt³⁶. Nyere spilteoretiske modeller har ydermere vist, at en virksomheds gennemførelse af en predatory pricing strategi kan have en afskrækkende effekt på konkurrenternes villighed til at træde ind på markedet³⁷. Det kan således ikke uden videre antages, at konkurrenter nemt og omkostningsfrit træder ind på markedet igen, når først de har forladt det. De spilteoretiske modeller har ydermere givet svar på, hvorfor the prey ikke uden videre kan opnå ekstern finansiering til at overleve predation perioden. Disse teorier gennemgås nærmere nedenfor.

2.2.3 Spilteoretiske modeller

Fra omkring 1980 blev der udviklet en række spilteoretiske modeller, der gjorde op med den fremherskende holdning og viste, at under visse forudsætninger, kunne predatory pricing være en profitabel og dermed rationel strategi for virksomheder. Fælles for modellerne er en antagelse af, at der foreligger asymmetrisk information på markedet. The predator søger at påvirke forventningerne hos en eksisterende eller potentiel konkurrent, eller disses långivere, ved at give indtryk af, at det ikke vil være profitabelt at være på markedet³⁸. I det følgende præsenteres et udsnit af disse modeller.

³⁴ Se for eksempel Kollers undersøgelse fra 1975, hvor han fandt, at ud af 123 sager om predatory pricing, så var strategien kun blevet anvendt i 7 af disse sager og var kun lykkedes i 4., Koller, 1971, s. 110.

³⁵ Yamey, 1972, s. 130-131

³⁶ Motta, 2004, s. 414

³⁷ Se nedenfor i afsnit 2.2.3.2.1

³⁸ Bolton m.fl., 2000, s. 9

2.2.3.1 *Finansiell predation model*

Som nævnt i afsnit 2.2.1, var de klassiske ”deep pocket” eller ”long purse” teorier baseret på en antagelse om, at en større virksomhed kunne ekskludere en mindre konkurrent på baggrund af virksomhedens finansielle ressourcer. Tanken var, at the predator kunne fastholde de lave priser længe nok til, at the prey enten gik konkurs eller selv valgte at trække sig fra markedet. Teorien så ikke nærmere på the preys mulighed for at låne kapital³⁹. Den moderne finansielle predation teori anerkender derimod, at det kan være muligt for the prey at opnå finansiering⁴⁰, men fokuserer på asymmetrisk information i forholdet mellem the prey og dennes långivere. Moral hazard problemer mellem disse to aktører kan virke som en hindring til finansiering, og the predator kan udnytte disse problemer til at påvirke forholdet mellem the prey og dennes långivere⁴¹.

Forholdet mellem the prey og dens långivere kan karakteriseres som et principal/agent forhold, hvor långiverene er principal og the prey er agent. Denne type forhold indebærer et moral hazard problem, hvor en af parterne, på grund af en informations-asymmetri, kan skjule, at denne ikke handler i overensstemmelse med en tidligere indgået kontrakt og imod den anden parts interesser⁴². Denne informationsasymmetri opstår, idet principalen ikke direkte og omkostningsfrit kan observere agentens handlinger⁴³. For at komme sådanne problemer til livs har the preys långivere mulighed for at udfærdige kontrakter således, at fremtidig finansiering sker i faser således, at der foreligger en trussel om terminering af kontrakten i tilfælde af, at agenten udviser dårlige resultater⁴⁴. The predator kan udnytte dette moral hazard problem mellem the prey og dens långivere. En sænkning af priserne og derved profitten på markedet kan dræne the preys ressourcer således, at denne ikke kan afbetale sine lån og derved går konkurs, eller det kan føre til, at the prey ikke kan opnå yderligere finansiering, idet långiverene ikke anser det for at være profitabelt at blive ved med at yde finansiering. Der er også mulighed for, at långiverene i stedet vil skærpe betingelserne for fortsat finansiering, hvilket igen kan føre til en svækkelse af the preys position på

³⁹ Bolton m.fl., 2000, s. 56

⁴⁰ Ibid., s. 56

⁴¹ Ibid., s. 56

⁴² Knudsen, 1997, s. 167

⁴³ Ibid., s. 164

⁴⁴ Bolton m.fl., 2000, s. 57

markedet⁴⁵. Det er en mulighed, at kontrakten udformes på en sådan måde, at långiverene indvilliger i at fortsætte finansiering i tilfælde af, at the prey ikke kan betale dennes planlagte ydelse. Herved ville the predator ikke have incitament til at begynde en predatory pricing strategi. Set i lyset af moral hazard problemerne, vil dette imidlertid ikke være en rationel strategi for långivere, da det ikke sikrer disse mod the preys eventuelle misbrug af ressourcerne⁴⁶. Den kontrakt, der minimerer agent-problemet, er således samtidig den kontrakt, der maksimerer the predators incitament til at føre en predation strategi. Da långivere ikke kan se bort fra eventuelle agent-problemer, kan predatory pricing under disse omstændigheder være en rational strategi⁴⁷.

Det bemærkes, at modellen ikke angiver, hvor lavt priserne skal sænkes for, at strategien kan have den ønskede virkning. Det er således ikke umiddelbart nødvendigt, at the predator sænker sine priser således, at disse ligger under et vist omkostningsniveau, men derimod at the prey oplever en negativ profit. I modsætning til en pris/omkostningstest er det således ikke the predators omkostninger, der er i fokus, men derimod the preys⁴⁸.

2.2.3.2 *Signal modeller*

En anden type af modeller, der forklarer predatory pricing som en rational strategi er signal modeller. Fælles for disse modeller er, at the predator sænker sine priser for at foranledige aktuelle eller potentielle konkurrenter til at tro, at det ikke er profitabelt at være på markedet⁴⁹. Disse modeller præsenteres i det følgende.

2.2.3.2.1 Omdømme effekt model

En type af signal model er omdømme effekt modellen. I denne model sænker the predator sine priser for at etablere et omdømme som en ”hård” konkurrent og derved sende et signal om, at denne også er villig til at sænke priserne på et senere tidspunkt eller på andre markeder⁵⁰. The predator håber på derved at kunne afskrække potentielle konkurrenter fra at indtræde på markeder, hvor the predator er til stede. Det er således ikke den umiddelbare ekskludering af en eksisterende

⁴⁵ Bolton m.fl., 2000, s. 58-59

⁴⁶ Ibid., s. 59

⁴⁷ Ibid., s. 60

⁴⁸ Milgrom; Roberts, 1990, s. 123

⁴⁹ Bolton m.fl., 2000, s. 77

⁵⁰ Milgrom; Roberts, 1982, s. 281

konkurrent, der er strategiens formål, men derimod den fremtidige afskrækkende effekt en sådan ekskludering kan have⁵¹. Genindvinding består ikke af, at the predator efterfølgende kan hæve priserne, men derimod at denne kan opretholde sine monopolpriser, idet konkurrenterne er afskrækket fra at træde ind på markedet.

For at the predator kan opbygge et omdømme, kræves det, at the predator sælger på flere forskellige markeder eller over flere tidsperioder. Den første tidsperiode eller det ene marked, anvendes som et demonstrationsmarked, der skal sende et signal til konkurrenterne om, at the predator er villig til at sænke prisen på andre markeder eller i senere tidsperioder. Er strategien succesfuld vil den fungere som en adgangsbarriere, og the predator kan således anvende den næste tidsperiode eller et andet marked til at genindvinde den tabte profit på demonstrationsmarkedet⁵². Det er således vigtigt at bemærke, at det marked, hvor the predator anvender en predatory pricing strategi, ikke nødvendigvis er det samme marked, som genindvinding af tabene sker på.

For at strategien skal have en afskrækkende effekt, er det nødvendigt, at potentielle konkurrenter kan observere the predators adfærd således, at disse kan tilskrive de ugunstige markedsforhold til the predators handlinger. Det er imidlertid ikke nødvendigt, at konkurrenterne er bevidste om, at der ligger en ekskluderende hensigt bag the predators prissækning. Konkurrenterne kan også foranlediges til at tro, at prissækningen for eksempel skyldes, at the predator har lavere omkostninger⁵³. Under alle omstændigheder vil the predator fremstå som en hård konkurrent, og udsigten til at imødegå samme skæbne som tidligere konkurrenter kan afholde potentielle konkurrenter fra at udfordre the predator. The predators omdømme vil være en faktor, som nye virksomheder skal indkalkulere i deres beslutning om at træde ind på et nyt marked. På denne måde kan the predators omdømme også højne profitabiliteten af en finansiel predation strategi, idet omdømmet fungerer som en adgangsbarriere eller en barrierer for genindtræden, og således gør det mere sandsynligt, at the predator kan genindvinde sine tab⁵⁴.

⁵¹ Milgrom; Roberts, 1982, s. 281

⁵² Bolton m.fl., 2000, s. 78

⁵³ Ibid., s. 83-84

⁵⁴ Ibid., s. 80

2.2.3.2.2 Test marked og signal jamming modeller

Til forskel fra omdømme modeller, hvor the predator forsøger at sende et signal om sig selv, så bygger signal jamming og test-marked modellerne på, at the predator gennem sin adfærd forsøger at sende et signal om profitabiliteten på markedet⁵⁵. Modellerne er baseret på, at en virksomhed forsøger at træde ind på et marked, men hverken kender markedsefterspørgslen eller the predators omkostninger⁵⁶. Den indtrædende virksomhed skal således udlede sin fremtidige profitabilitet fra de nuværende afkast⁵⁷. I test-marked modellen sænker the predator priserne i al hemmelighed, for at vildlede den indtrædende virksomhed til at tro, at det ikke vil være profitabelt at være på markedet⁵⁸. I signal jamming modellen sker prisnedsættelsen derimod åbenlyst. Den indtrædende virksomhed er således klar over, at det ikke er de normale markedsvilkår den oplever, men kan grundet the predators prisnedsættelser ikke udlede markedsefterspørgslen⁵⁹. Da den indtrædende virksomhed således enten bliver vildledt til at tro, at indtræden på markedet ikke er profitabelt, eller har mulighed for at udlede markedsefterspørgslen, kan denne vælge at blive ude af markedet⁶⁰. The predator vil herefter kunne hæve priserne til det tidligere niveau og derved genindvinde sin tabte profit.

2.3 Regulering af predatory pricing

Som set ovenfor, har der gennem tidene været megen diskussion af hvorvidt predatory pricing er en rationel strategi, herunder i hvor høj grad virksomheder kan forventes at anvende en sådan strategi. Denne diskussion er en vigtig faktor i vurderingen af den optimale regulering af adfærd, idet reguleringen nødvendigvis må afspejle dette⁶¹. Forventes predatory pricing ikke at forekomme uden for den teoretiske verden eller forventes den kun at forekomme ganske sjældent, kan det være mest hensigtsmæssigt med ingen eller meget sparsom regulering for således at begrænse falske

⁵⁵ Fudenberg; Tirole, 1986, s. 367

⁵⁶ Scharfstein, 1984, s. 231

⁵⁷ Fudenberg; Tirole, 1986, 367

⁵⁸ Bolton m.fl. 2000, s. 95

⁵⁹ Ibid., s. 95

⁶⁰ Ibid., s. 97

⁶¹ Ibid., s. 4

positive. En forventning om, at predatory strategier ofte forekommer, peger derimod i retning af strengere og mere detaljeret regulering således, at falske negative undgås.

Der har gennem tiden været en livlig debat blandt akademikere om, hvordan predatory pricing bedst reguleres. Alle har forsøgt at svare på, hvilken juridisk standard bedst adskiller den lovlige og konkurrencefremmende prissætning, fra den ulovlige og konkurrencebegrænsende prissætning. Blandt alle disse er der imidlertid et enkelt forslag, der har dannet grundlag for reguleringen i både USA og i EU, nemlig den test som økonomerne Phillip Areeda og Donald F. Turner fremsatte i en artikel i 1975. Da det er denne test, der har haft den største indflydelse på de i opgaven omhandlede jurisdiktioner, vil den blive præsenteret i det følgende.

2.3.1 Areeda Turner testen

I 1975 udgav økonomerne Areeda og Turner en artikel omhandlende predatory pricing under § 2 af the Sherman Act. Forfatterene deler Mcgees skeptiske holdning til predatory pricing og argumenterer for, at denne type strategi er højst usandsynlig⁶². Areeda og Turner er således af den mening, at regulering skal udformes varsomt, da den ellers kan frygtes at ramme den lovlige priskonkurrence.⁶³

Areeda og Turner foreslår en test baseret på the predators priser i predation perioden og dennes omkostninger⁶⁴. I artiklen argumenterer de for, at virksomhedens MC skal være skæringspunktet mellem legal og illegal prissætning. Rationalet for dette er, at priser, der er lig med eller over MC, ikke er i stand til at drive lige så, eller mere, efficiente konkurrenter fra markedet. Hvis priser over MC bliver anset for at udgøre predatory pricing, vil dette betyde, at mindre efficiente virksomheder kan overleve, hvilket vil føre til, at ressourcerne ikke bliver optimalt allokeret. Dette gælder også selvom, at virksomheden oplever et tab ved denne type af prisfastsættelse.⁶⁵ Anvender virksomheder derimod priser under MC, vil det ikke kun betyde et tab af profit for den enkelte virksomhed, men også et samfundsmæssigt tab, da MC overstiger hvad den producerede enhed er

⁶² Areeda; Turner, 1975, s. 699

⁶³ Ibid., s. 699

⁶⁴ Ibid., s. 699-700

⁶⁵ Ibid, s. 711-712

værd. Priser under MC betyder også, at der er stor sandsynlighed for at virksomheder vil blive drevet fra markedet for andre grunde end mangel på efficiens⁶⁶. Priser under MC formodes således at være et udtryk for ulovlig prissætning, mens priser over MC anses for at være lovlige. Grundet de vanskeligheder, der er forbundet med at finde MC, foreslår forfatterne imidlertid i stedet at anvende AVC som surrogat⁶⁷. Den fremsatte test er således, at priser under AVC formodes at være ulovlige, mens priser over AVC formodes at være lovlige. Areeda og Turner nævner ikke sandsynlig genindvinding som en del af testen, men denne synes at være implicit i deres teori, idet de udtaler, at predatory pricing ikke er en rationel strategi, hvis ikke der er stor sandsynlighed for, at tabene i predation perioden vil være mindre end den efterfølgende profit⁶⁸

Den af Areeda og Turner fremsatte test synes at vinde ved dens umiddelbare simplicitet, men har gennem tiden været udsat for en del kritik. En klar udfordring ved anvendelsen af testen ligger i en korrekt adskillelse af faste og variable omkostninger. For det første foreligger der ikke klar enighed om, hvilke omkostninger der er variable og hvilke der er faste⁶⁹. Derudover vil de fleste faste omkostninger blive variable på lang sigt og det er derfor vigtigt, at der enighed om hvilken tidsperiode, der anvendes ved fastsættelsen af omkostningerne. Alt efter hvordan konkurrencemyndigheder og domstole vælger at fastsætte virksomhedens omkostninger, vil testen således kunne have meget forskellige resultater. Testen kan ydermere vise sig at være problematisk i industrier, hvor der er meget høje faste omkostninger og lave variable omkostninger. Dette er for eksempel tilfældet i software industrien, hvor størstedelen af omkostningerne går til forskning og udvikling, mens de variable omkostninger ved selve produktet næsten er lig nul. I denne type marked, vil anvendelsen af AVC standarden medføre, at en etableret virksomhed i en længere periode kan afholde indtrædende virksomheder fra at dække deres faste omkostninger, hvilket kan have en afskrækkende effekt⁷⁰. Således vil AVC testen ikke fange alle tilfælde af predatory pricing. I nyere tid er der blevet argumenteret for, at det i tilfælde af formodet predatory

⁶⁶ Areeda; Turner, 1975, s. 712

⁶⁷ Ibid., s. 716, 718

⁶⁸ Ibid., s. 698

⁶⁹ Se for eksempel *AKZO*, hvor Domstolen valgte at redefinere nogle af Kommissionen valgte variable omkostninger, *AKZO*, sag C-62/86, Domstolens dom af 3. juli 1991, præmis 90-96, se også Jones; Sufrin, 2014, s. 406

⁷⁰ OECD, 2005, s. 21

pricing er mere hensigtsmæssigt at anvende AAC . Denne standard fanger bedre omkostningerne ved predatory pricing, da de medtager ikke kun de variable omkostninger, men også de faste omkostninger, for eksempel indkøb af udstyr til at håndtere den ekstra produktion, som predatory pricing strategien kræver⁷¹. Der kan desuden være tidspunkter, hvor det vil være hensigtsmæssigt for en virksomhed at sætte pris under omkostning uden, at dette er et udtryk for at ville eliminere konkurrenter. Dette kan for eksempel være tilfældet, når en virksomhed skal sælge ud af et lager med forgængelige eller udgåede varer, ved introduktion af nye produkter, der kræver meget markedsføring eller i tilfælde af et fald i efterspørgslen⁷². I disse tilfælde kan en ren pris/omkostningstest føre til falske positive, da testen vil fordømme priser, der hverken har til formål eller følge, at skade forbrugerne. I en rapport fra OECD anføres det således, at priser under omkostninger ikke altid vil være konkurrencebegrænsende. Det foreslås, at konkurrencemyndigheder ved anvendelsen af en pris/omkostningstest sikrer sig, at den konkrete prissætning er en del af en langsigtet strategi om at hæve priserne, ved ekskludering eller afskrækkelse af konkurrenterne⁷³. Areeda og Turner anerkender, at der kan være tidspunkter, hvor en virksomhed lovligt sætter priser under MC men mener, at dette sker så sjældent og er af så tvivlsom karakter, når det omhandler dominerende virksomheder, at det ikke kan ændre på den fremsatte test⁷⁴.

På trods af de vanskeligheder, der er forbundet med den af Areeda og Turner fremsatte test, har den dannet grundlag for den retlige regulering af predatory pricing i både EU og USA. Begge jurisdiktioner har imidlertid valgt at supplere pris/omkostningstesten med yderligere bevismæssige krav – et krav om hensigt i spændet mellem AVC og ATC i EU og et krav om sandsynlig genindvinding i USA.

2.3.2 Genindvindingskravet

Som nævnt ovenfor har en pris/omkostningstest slået igennem i de fleste jurisdiktioner, og anvendes også i både EU og USA's test for predatory pricing. I USA valgte the Supreme Court

⁷¹ OECD, 2005, s. 23

⁷² Buttigieg, 2009, s. 175-176

⁷³ OECD, 2005, s. 9

⁷⁴ Areeda; Turner, 1975, s. 713

imidlertid allerede i 1993 at indføre et krav om, at sagsøgeren i predatory pricing sager, skulle kunne bevise, at den anklagede virksomhed, har mulighed for at genindvinde tabene fra predation perioden. I EU's retspraksis er det flere gange blevet anført, at et sådan krav også skulle være del af EU's test for predatory pricing, men Domstolen har til dato ikke ville gøre dette krav til en formel del af testen⁷⁵.

Det synes at ligge implicit i den økonomiske definition af predatory pricing, at en virksomhed kun sænker priserne i forventning om at kunne genindvinde disse tab efterfølgende. Kravet om genindvindingen tilføjer et nyt lag til testen for predatory pricing. Til forskel fra en ren pris/omkostningstest, så er genindvindingskravet ikke fokuseret på, hvorvidt en virksomhed anvender predatory pricing. Denne test antager derimod, at predatory pricing er til stede og analyserer, hvorvidt en sådan adfærd sandsynligvis vil være succesfuld⁷⁶. Kravet medfører, at kun adfærd, der opnår den tilsigtede effekt bliver sanktioneret, og kravet kan således anses som værende et udtryk for en mere effekt-baseret tilgang til analysen af predatory pricing. Det bemærkes at alt efter, hvilket formål the predator har, så består den efterfølgende genindvinding af forskellige tiltag. Er formålet at drive eksisterende konkurrenter fra markedet, består genindvindingen i efterfølgende at hæve priserne til et niveau, der er højere, end det var inden predation perioden⁷⁷. Er formålet derimod at afskrække en indtrædende eller potentiel konkurrent fra at træde ind på markedet, består genindvindingen i at hæve priserne til samme niveau, som bestod før predation perioden. I dette scenarie, vil the predator således ikke forsøge at hæve priserne til et højere niveau, end de var før predation perioden. Hvis dette var en profitabel strategi, så ville the predator allerede have gjort dette tidligere⁷⁸.

Muligheden for genindvinding er baseret på, at the predator 1) kan ekskludere eksisterende konkurrenter fra markedet eller afskrække potentielle konkurrenter fra at træde ind på markedet og 2) derefter kan hæve priserne uden at konkurrenter (gen)indtræder på markedet⁷⁹. Analysen af, hvorvidt genindvinding er mulig kan foretages fra en ex ante eller ex post vurdering. Ved en ex ante

⁷⁵ For en uddybning af retspraksis i både EU og USA se kapitel 3

⁷⁶ OECD, 2005, s. 25

⁷⁷ Ibid., s. 25

⁷⁸ Ibid., s. 26

⁷⁹ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 225 (1993)

vurdering foretages der en analyse af de relevante faktorer ved begyndelsen af predation perioden, hvorefter det vurderes, om den anklagede virksomhed med sandsynlighed har kunne forvente at genindvinde sine tab. En ex post vurdering undersøger de relevante faktorer på det tidspunkt, hvor undersøgelsen påbegyndes. Alt efter hvornår denne undersøgelse foretages, ville effekterne af predatory pricing strategien således blive medtaget. Det vil ofte være nemmere, at analysere muligheden for genindvinding, når genindvindingsperioden er begyndt, da effekterne af eliminerings af konkurrenterne her kan ses. En analyse af muligheden for genindvinding inden genindvindingsperiodens start vil derimod være baseret på estimater af de sandsynlige effekter af predation strategien⁸⁰. Det vil imidlertid være mest hensigtsmæssigt, at konkurrencemyndighederne griber ind overfor predatory pricing, inden de eventuelle konkurrencebegrænsende effekter har vist sig, og det vil således her være nødvendigt at kunne foretage en fremadrettet vurdering af, hvorvidt genindvinding er sandsynlig⁸¹

En sådan vurdering kan baseres på en kvalitativ og/eller kvantitativ analyse⁸². Hvilken analyseform, der anvendes, kan variere og alt efter, hvilken form der vælges, så kan testen for genindvinding have meget forskellige udfald. Det er således ikke kun vigtigt at tage stilling til, hvorvidt testen for predatory pricing skal medtage et krav om genindvinding, men også i høj grad, hvordan et sådan krav udformes.

I det følgende ses der nærmere på disse to former for analyse og hvilke elementer, der fokuseres på i hver af disse.

2.3.2.1 Kvalitativ analyse

Den kvalitative analyse forsøger at fastlægge, hvorvidt det er sandsynligt, at der kan ske genindvinding ud fra en analyse af de strukturelle faktorer, der giver the predator markedsmagt og derved gør denne i stand til, efter predation perioden, at tjene en overnormal profit⁸³. Flere forskellige faktorer, kan medtages i en sådan analyse, men det er ikke nødvendigvis dem alle, der er

⁸⁰ Mano; Durand, 2005, s. 25

⁸¹ International Competition Network, 2012, s. 47

⁸² Hemphill, 2001, s. 1586, Hemphill betegner de kvalitative og de kvantitative faktorer som henholdsvis strukturelle og adfærdsbaserede faktorer.

⁸³ Hemphill, 2001, s. 1587

krævet for, at genindvinding er sandsynlig. I det følgende præsenteres de vigtigste faktorer i en sådan analyse.

2.3.2.1.1 Dominans

En predatory pricing strategi indebærer ikke kun en prisnedsættelse, men også en forøgelse af produktion, da the predator både skal forsyne konkurrenternes tidligere kunder, men også den ekstra efterspørgsel, som en prisnedsættelse kreerer. Det er således vigtigt, at the predator har overskudskapacitet nok til at imødekomme denne efterspørgsel, da der ellers vil være plads til at konkurrenterne kan sælge på markedet, og det endda til priser der ligger over predation-niveauet⁸⁴. Jo mere overskudskapacitet the predator har brug for, jo dyrere vil predation perioden som oftest være og derved vil genindvinding således også være mindre sandsynlig⁸⁵. En dominerende stilling vil som oftest falde sammen med, at den dominerende virksomhed har en stor markedsandel. Jo større en markedsandel the predator har til at starte med, jo mindre overskudskapacitet vil der være brug for. Har en virksomhed for eksempel allerede 80 % af markedet, vil denne kun skulle udvide sin produktion en smule for at overtage hele markedet⁸⁶. En stor markedsandel vil således alt andet lige gøre predation perioden billigere for the predator og således også gøre den efterfølgende genindvinding mere sandsynlig. Det er imidlertid vigtigt at bemærke, at dominerende virksomheder ikke nødvendigvis har overskudskapacitet men derimod, at disse har brug for mindre overskudskapacitet.

Det kan være hensigtsmæssigt også at se på udviklingen af den anklagede virksomheds stilling på det berørte marked, da denne kan give et fingerpeg om effekten af den påståede predatory pricing. Hvis the predators markedsandel i perioden for den påståede predatory pricing strategi er den samme, eller måske ligefrem er svundet ind, vil dette være udtryk for at genindvinding er usandsynlig. Omvendt vil stigende markedsandele være udtryk for, at det vil være muligt for the predator at genindvinde tabene fra predation perioden⁸⁷.

⁸⁴ OECD, 2005, s. 26

⁸⁵ Niels m.fl., 2011, s. 204

⁸⁶ OECD, 2005, s. 26

⁸⁷ Ibid., s. 28

2.3.2.1.2 Adgangsbarrierer⁸⁸

Ved vurderingen af hvorvidt der kan ske genindvinding, er det af meget stor betydning om markedet er præget af adgangsbarrierer idet disse i høj grad er bestemmende for, hvor nemt og hurtigt konkurrenterne kan træde ind på markedet. Lykkes det the predator at ekskludere eller afskrække konkurrenter, vil virksomheden herefter skulle hæve priserne for at kunne genindvinde tabet fra predation perioden. En sådan prisforhøjelse vil normalt tiltrække konkurrenter på markedet, hvorefter priserne ville falde⁸⁹. Er markedet derimod præget af adgangsbarrierer, vil dette gøre det vanskeligt for konkurrenter at indtræde på markedet, og det er således mere sandsynligt, at the predator kan hæve priserne længe nok til at genindvinde sine tab. For at adgangsbarriererne skal have den for the predator ønskede effekt, skal genindtræden på markedet være usandsynlig, utilstrækkelig eller forsinket⁹⁰.

Adgangsbarrierer kan være både strukturelle eller adfærdsbaserede. De strukturelle adgangsbarrierer er de barrierer, som virksomhederne ingen indflydelse har på⁹¹. Dette kan for eksempel være adgang til ressourcer og naturlige råstoffer, store kapitalkrav i den pågældende industri eller regulering, der tilgodeser visse virksomheder.

Adfærdsbaserede adgangsbarrierer er derimod karakteriseret ved, at de består af virksomheders strategisk baserede adfærd i et forsøg på at afholde konkurrenter fra at træde ind på markedet⁹². Ved vurderingen af predatory pricing er det meget vigtigt at være opmærksom på disse, da en predatory pricing strategi i sig selv kan fungere som en adgangsbarriere. Som nævnt i afsnit 2.2.3.2.1 kan en predatory pricing strategi, hvor the predator forsøger at opbygge et ry for at være en hård konkurrent, både anvendes til at ekskludere eksisterende konkurrenter og holde senere potentielle konkurrenter ude af markedet. På denne måde blive the predators omdømme en adgangsbarriere i sig selv, ikke kun på markedet, hvor der anvendes underbudspriser, men også på andre markeder,

⁸⁸ Der tages udgangspunkt i Bains definition af adgangsbarrierer, der lyder som følgende ”... *the extent to which established firms can raise price above a competitive level without inducing further entry*”, se Bain, 1954, s. 16

⁸⁹ Mano; Durand, 2005, s. 25

⁹⁰ Ibid., 2005, s. 25-26

⁹¹ Khemani, 1998, s. 103

⁹² Ibid., s. 109

hvor the predator er til stede. Det er således meget vigtig, at konkurrencemyndigheder og domstole er opmærksomme på denne type af adgangsbarrierer, da the predator med disse har mulighed for at genindvinde sine tab på andre markeder end det, hvor predatory pricing strategien udføres.

Umiddelbart synes det at være til gavn for the predator, at der findes høje adgangsbarrierer således, at konkurrenterne har sværere ved at træde ind på markedet. Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at høje adgangsbarrierer også kan fungere som exitbarrierer. På denne måde kan de være med til at gøre genindvinding mindre sandsynlig, idet de er med til at fastholde konkurrenterne på markedet. For eksempel kan høje sunk costs både gøre det sværere at drive konkurrenterne fra markedet, samtidig med at de fungerer som en adgangsbarrierer for indtræden på markedet, idet de gør indtræden mere risikofyldt⁹³. Det er således vigtigt at afveje konsekvenserne af faktorer, der både kan holde konkurrenterne på og fra markedet.

Som forklaret i afsnit 2.2.2 var et af Mcgees argumenter, at konkurrenter kunne vælge, at lukke ned for produktionen eller helt forlade markedet, og så genoptage virksomheden, når the predator igen hævede priserne efter predation perioden. Det er imidlertid værd at være opmærksom på, at der også kan eksistere barrierer mod genindtræden. Disse kan defineres, som de omkostninger en virksomhed, der har forladt markedet, pådrager sig ved at genoptage produktionen. Dette kan for eksempel være omkostninger i forbindelse med at hyre eller erstatte tidligere medarbejdere eller mistet goodwill i forbindelse med, at virksomheden har forladt markedet⁹⁴. Hvis disse barrierer eksisterer kan det således ikke antages, at tidligere konkurrenter hurtigt og i tilstrækkelig grad genindtræder på markedet.

For konkurrencemyndigheder, der undersøger en anklaget virksomheds muligheder for genindvinding, er det således vigtigt både at undersøge de strukturelle forhold på markedet, men også om den af virksomheden udviste adfærd kan fungerer som en adgangsbarriere. I forlængelse af dette er det også vigtigt at undersøge om effekten af virksomhedens adfærd strækker sig til andre markeder, hvor virksomheden er til stede, for eksempel hvis der tale om, at virksomheden forsøger at opbygge et omdømme for at være en hård konkurrent.

⁹³ Mano; Durand, 2005, s. 26

⁹⁴ Ibid., s. 26

2.3.2.1.3 Overskudskapacitet

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.3.2.1.1 spiller overskudskapacitet en særdeles vigtig rolle i analysen af, om genindvinding er sandsynlig. Det er helt centralt for the predator, at denne har overskudskapacitet, hvis det skal være muligt at ekskludere eller afskrække konkurrenterne fra markedet. Når the predator sænker priserne, vil virksomheden ikke kun skulle kunne forsyne konkurrenternes kunder, men også den ekstra efterspørgsel, der bliver skabt ved, at priserne er faldet. Har the predator ikke mulighed for at producere den ekstra mængde, som prisnedsættelsen genererer, så vil der være plads til, at konkurrenterne også kan sælge og til priser, der ligger over the predators niveau. Dette betyder, at konkurrenterne ikke vil blive ekskluderet fra markedet, eller at det i hvert fald tager længere tid før disse forlader markedet⁹⁵. Har the predator således ikke mulighed for at øge sit output i predation perioden for at forsyne hele markedet, vil ekskludering af konkurrenterne og derved genindvinding være mindre sandsynlig.

2.3.2.1.4 Virksomhedernes relative finansielle styrke

I og med at the predator taber penge for hver produkt virksomheden sælger under omkostninger, så vil en predatory pricing strategi tære på virksomhedens ressourcer. Jo mere af konkurrenternes markedsandel virksomheden tager, jo større et tab vil virksomheden opleve, og det er således nødvendigt, at virksomheden har den økonomiske styrke til at finansiere dette tab⁹⁶. Jo stærkere the predator står rent økonomisk, jo større chance er der for, at denne kan føre en succesfuld predatory pricing strategi. Virksomhedens økonomiske styrke skal i denne sammenhæng ses som både virksomhedens egen indestående kapital, men også virksomhedens adgang til, og omkostninger ved, ekstern finansiering⁹⁷. Det er imidlertid ikke kun the predators økonomiske styrke, men også konkurrenternes relative økonomiske styrke, der i høj grad er bestemmende for, hvorvidt genindvinding er mulig. Hvis konkurrenterne selv har en stor økonomisk styrke, vil de have stærkere incitament til at kæmpe mod the predator og bedre muligheder for at modstå det økonomiske pres ved prisnedsættelserne. The predator har derfor brug for ikke kun selv at stå stærkt økonomisk, men også have en stærkere position relativt til sine konkurrenter⁹⁸. The predator kan imidlertid også være med til at påvirke konkurrenternes mulighed for at opnå ekstern finansiering

⁹⁵ OECD, 2005, s. 28

⁹⁶ Ibid., s. 27

⁹⁷ Ibid., s. 27

⁹⁸ Ibid., s. 27

således, at konkurrenternes relative økonomiske styrke svækkes, og derved gør det mere sandsynligt, at konkurrenterne må forlade markedet⁹⁹. Har the predator mulighed for at finansiere predatory pricing strategien ved hjælp af krydssubsidiering, vil dette også forbedre muligheden for at kunne vedholde strategien i længere tid¹⁰⁰.

2.3.2.1.5 Priselasticitet

Priselasticiteten på the predators produkt er af betydning for om genindvinding er sandsynlig. Er der tale om et produkt med en lav priselasticitet, vil en prisnedsættelse i predation perioden skabe mindre ekstra efterspørgsel, og the predator vil således have brug for mindre overskudskapacitet for at kunne forsyne hele markedet¹⁰¹. Har the predators produkt således en lav priselasticitet, vil dette således, alt andet lige, gøre det nemmere og billigere for the predator at ekskludere konkurrenterne i predation perioden.

En lav priselasticitet er også til gavn for the predator i genindvindingsfasen. Når the predator hæver priserne efter succesfuldt at have ekskluderet eller afskrækket konkurrenterne fra markedet, vil en lav priselasticitet betyde, at færre kunder skifte til et substituerende produkt grundet prisforhøjelsen. Er produktet derimod karakteriseret af en høj priselasticitet, kan en prisforhøjelse fører til, at the predator mister så mange kunder, at prisforhøjelsen ikke vil være profitabel. En lav priselasticitet er således en indikation på, at the predator succesfuldt vil kunne hæve priserne og genindvinding bliver derved mere sandsynlig¹⁰².

2.3.2.2 Kvantitativ analyse

En kvantitativ analyse af genindvinding inddrager den af the predator udviste adfærd. Den kvantitative analyse kan således bestå af en opgørelse af, hvor stort et tab the predator har haft i predation perioden og, hvor stor en profit det er sandsynligt, at denne vil have i den efterfølgende periode. Lægges disse to tal sammen, og viser det sig, at virksomhedens efterfølgende profit er større end dens tab, så vil dette være bevis for, at der sker genindvinding. Modsat vil en profit, der

⁹⁹ Se afsnit 2.2.3.1 om finansiel predation.

¹⁰⁰ OECD, 2005, s. 30

¹⁰¹ Ibid., s. 28

¹⁰² Ibid., s. 28

er mindre end tabet i predation perioden, føre til, at bevisbyrden for genindvinding ikke er løftet¹⁰³. En kvantitativ analyse indeholder nødvendigvis også en analyse af markedsstrukturen, men tilføjer derudover en estimering af virksomhedens tab og forventede profit.

Denne metode til at vurdere sandsynligheden for genindvinding synes attraktiv grundet dens umiddelbare simplicitet, men kan imidlertid give problemer at anvende i praksis. For det første vil en sådan analyse nemmest kunne blive foretaget, når effekterne af en predatory pricing strategi allerede har vist sig, det vil sige, når konkurrenterne er blevet ekskluderet eller afskrækket fra at træde ind på markedet, og the predator herefter har hævet priserne. Som tidligere nævnt vil det imidlertid være mest hensigtsmæssigt at kunne gribe ind over for predatory pricing før de eventuelle konkurrencebegrænsende effekter har vist sig. Skal en sådan analyse imidlertid foretages inden effekterne viser sig, stiller det store krav til konkurrencemyndigheder og domstole. En opgørelse af virksomhedens samlede tab eller fortjeneste vil først og fremmest kræve en vurdering af, hvor stort et tab the predator har oplevet i predation perioden. Dette kan for eksempel gøres ved at undersøge virksomhedens omkostninger og sammenholde disse med den pris, som virksomheden har taget for sit produkt i den formodede predation periode¹⁰⁴. Dette er som nævnt i afsnit 2.3.1 ikke altid uden vanskeligheder. For at anvende en kvantitativ analyse er det imidlertid også nødvendigt at fastlægge the predators forventede profit i genindvindingsperioden. Dette kræver først og fremmest en vurdering af, hvordan priserne kan forvente at udvikle sig. Dette kan imidlertid ikke gøres med den rette præcision og jo tidligere der gribes ind, jo sværere vil denne vurdering være¹⁰⁵. Bolton m.fl. forklarer således, at en detaljeret kvantitativ analyse af, hvorvidt den anklagede virksomhed har genindvundet eller sandsynligvis vil genindvinde sine tab, kan være særdeles besværlig og omkostningsfuld at foretage¹⁰⁶. Unøjagtig fastlæggelse af tab og forventet profit kan således forøge omkostningerne ved fejlbedømmelse ved at føre til både falske positive og falske negative¹⁰⁷.

¹⁰³ Hemphill, 2001, s. 1590-1591

¹⁰⁴ Ibid., s. 1596

¹⁰⁵ Ibid., s. 1597

¹⁰⁶ Bolton m.fl., 2001, s. 2512

¹⁰⁷ Hemphill, 2001, s. 1597

2.4 Delkonklusion

Som det ses af ovenstående gennemgang, så har holdningen til predatory pricing som en profitabel og derved rationel strategi været emne for megen diskussion. Overordnet set er de fremsatte modellers holdning til predatory pricing afhængig af, hvorvidt det findes sandsynligt, at virksomheden kan genindvinde de tab, som den oplever i predation perioden. Antages det, at alle virksomheder altid er fuldt ud rationelle og profitmaksimerende, vil ingen virksomhed vælge at sænke priserne, hvis ikke der er en forventning om at kunne genindvinde den tabte profit. Forventes genindvinding således ikke at være mulig, er den logiske følge af dette, at virksomheder ikke vil anvende predatory pricing.

De ældste modeller om predatory pricing argumenterede for, at ekskludering kunne ske gennem the predators "deep pockets". Mcgee anfægter blandt andet denne teori for ikke at forklare, hvorfor the prey ikke ville kunne opnå ekstern finansiering. Generelt anser Mcgee det ikke for at være sandsynligt, at the predator vil kunne genindvinde sine tab og argumenterer således for, at andre strategier vil være mere rationelle. De spilteoretiske modeller har bidraget til diskussion om predatory pricing ved at vise, at strategien kan være rationel. The predator kan gøre brug af asymmetrisk information og forbindelser mellem markeder til at begrænse byttes mulighed for ekstern finansiering, eller at vildlede denne til at tro, at det ikke er profitabelt at indtræde eller udvide på markedet.

Som følge af diskussionen af, hvorvidt predatory pricing er en rationel strategi, følger naturligt spørgsmålet om, hvorledes en sådan adfærd skal reguleres. Den optimale regulering søger at minimere omkostningerne forbundet med både falske positive og falske negative. I 1975 gav økonomerne Areeda og Turner deres bud på en sådan regulering og forslog en objektiv test udelukkende baseret på den anklagede virksomheds omkostninger. Testen har dannet baggrund for både reguleringen i EU og USA. Ifølge testen er priser under AVC ulovlige, mens priser over AVC er lovlige. Kravet om genindvinding er imidlertid blevet brugt som et supplement til denne test i USA og anvendelsen af kravet betyder, at kun predatory pricing, der vurderes at være succesfuld, sanktioneres. Der kan anvendes enten en kvantitativ eller kvalitativ analyse af mulighederne for genindvinding. Den kvalitative analyse er baseret på strukturelle faktorer og the predators karakteristika, hvorimod den kvantitative analyse er fokuseret på the predators tab og forventede profit for at undersøge hvilken, der er størst. Denne type analyse kan imidlertid føre til store

omkostninger i forbindelse med fejlbedømmelser, da unøjagtig fastlæggelse af tab og forventet profit kan føre til både falske negative og falske positive.

3 Juridisk analyse af predatory pricing

3.1 Predatory pricing i EU

I denne del af opgaven ses der på reguleringen af predatory pricing i EU-retten. Der begyndes med en generel introduktion til artikel 102 TEUF og hvilke krav, der skal være opfyldt for at bringe denne bestemmelse i anvendelse. Herefter analyseres de for opgaven mest relevante domme for at fastlægge gældende ret vedrørende predatory pricing. Der er særligt fokus på diskussionen om, hvorvidt genindvinding skal være en del af testen for predatory pricing. For at give det mest restvisende billede af retstilstanden inddrages også Kommissionens vejledning.

3.1.1 Artikel 102 TEUF

Artikel 102 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde regulerer virksomheders ensidige adfærd og forbyder misbrug af en dominerende stilling. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbrug kan især bestå i:

- a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser*
- b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne*
- c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartner, som derved stilles ringere i konkurrencen*
- d) at det stilles som vilkår for indgåelsen af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand”*

For at bestemmelsen kan finde anvendelse kræves det således 1) at virksomheden har en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, 2) at der er sket et misbrug af denne stilling, og 3) at samhandelen mellem medlemsstater kan påvirkes herved¹⁰⁸.

3.1.1.1 *Dominerende stilling*

Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd gælder artikel 102 kun for virksomheder med en dominerende stilling. Det er imidlertid ikke i bestemmelsen angivet, hvad der skal forstås ved dette begreb. Domstolen har i *Hoffman-La Roche* defineret en dominerende stilling som:

”...en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet det kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne...”¹⁰⁹

For at kunne afgøre hvorvidt en virksomhed har en dominerende stilling, er det nødvendigt først at afgrænse det relevante marked, som består af både det relevante geografiske marked og det relevante produktmarked. Afgrænsningen af det relevante marked er af stor betydning, for anvendelsen af artikel 102. En snæver afgrænsning af markedet vil som oftest føre til, at en virksomhed anses for at være dominerende og derved falder under bestemmelsen, hvorimod en bredere afgrænsning, alt andet lige, vil gøre det sværere at statuere dominans. I og med at artikel 102 sætter begrænsninger for dominerende virksomheders adfærd, kan det således være af meget stor betydning for disse, hvordan markedet defineres. Kommissionen er ofte blevet kritiseret for at anlægge en for snæver vurdering af det relevante marked, hvorved anklagede virksomheder uundgåeligt er blevet anset for at have en dominerende stilling¹¹⁰.

Efter fastlæggelsen af det relevante marked, skal det slås fast, hvorvidt den anklagede virksomhed har en dominerende stilling på dette marked. Som nævnt ovenfor har Domstolen udtalt, at dominans er karakteriseret ved, at virksomheden i betydeligt omfang kan udvise uafhængig adfærd i forhold

¹⁰⁸ Da denne betingelse omhandler spørgsmålet om jurisdiktion, er den ikke nærmere behandlet i opgaven, se afgrænsning i afsnit 1.4

¹⁰⁹ *Hoffman-La Roche*, sag C-85/76, Domstolens dom af 13. februar 1979, præmis 38

¹¹⁰ Jones; Sufrin, 2014, s. 305

til konkurrenter, kunder og forbrugerne og derved hindre den effektive konkurrence på markedet¹¹¹. I Kommissionens vejledning forklares det, at virksomheder, der i en væsentlig periode kan forhøje priserne over det konkurrencedygtige niveau, generelt vil blive betragtet som værende dominerende.

Ved vurderingen af, hvilke faktorer der lægges vægt på ved undersøgelsen af, hvorvidt en virksomhed besidder en dominerende stilling, forklarede Domstolen i *Hoffman-La Roche*, at:

*” en dominerende stilling kan være en følge af en lang række faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis er afgørende, men blandt disse faktorer har omfattende markedsandele meget stor betydning.”*¹¹²

I forlængelse af dette udtalte Domstolen, at en meget stor markedsandel i sig selv udgør bevis på en dominerende stilling medmindre, der foreligger usædvanlige omstændigheder¹¹³. Det er imidlertid samtidig blevet gjort gældende, at markedsandele betydning varierer fra marked til marked, og der således også skal tages stilling til markedsstrukturen og virksomhedernes relative størrelse¹¹⁴. Af retspraksis ses det, at der er formodning for dominans allerede ved markedsandele på 50 %¹¹⁵ men i *British Airways*¹¹⁶ fandt Retten, at en markedsandel helt ned til 39,7 % kunne udgøre en dominerende stilling¹¹⁷. Dette står i stærk kontrast til amerikansk retspraksis, hvor der oftest kræves en markedsandel på 70 % eller over for at kunne statuere monopolisering¹¹⁸. I Kommissionens vejledning forklares det, at dominans normalt ikke vil være sandsynlig ved markedsandele under

¹¹¹ *Hoffman-La Roche*, sag C-85/76, Domstolens dom af 13. februar 1979, præmis 38

¹¹² *Ibid.*, præmis 39

¹¹³ *Ibid.*, præmis 41

¹¹⁴ *Ibid.*, præmis 40 og 48, se Kommissionens vejledning, punkt 13.

¹¹⁵ *AKZO*, sag C-62/86, Domstolens dom af 3. juli 1991, præmis 60.

¹¹⁶ *British Airways*, sag T-219/99, Rettens dom af 17. december 2003

¹¹⁷ Jo lavere virksomhedens markedsandel er, jo mere vægt bliver der imidlertid lagt på andre faktorer, der kan indikere dominans, se Jones; Suftrin, 2014, s. 340-341

¹¹⁸ Jones; Suftrin, 2014, s. 338-339

40 % men, at der kan være tilfælde, hvor konkurrenterne ikke er i stand til i fornødent omfang at begrænse den dominerende virksomheds adfærd, selv under denne tærskel¹¹⁹.

Udover markedsandele, undersøges også andre faktorer, der kan indikere, at den anklagede virksomheden har en dominerende stilling. Både Domstolen og Kommissionen har anlagt en bred fortolkning af, hvad der er indeholdt i begrebet ”andre faktorer der indikerer dominans” og medtager således både adgangs- og ekspansionsbarrierer og den af virksomheden udviste adfærd¹²⁰. Især i senere sager har Kommissionen bestræbt sig på at undersøge andre faktorer, der kan indikere dominans, selv når virksomheder har meget høje markedsandele¹²¹. Det bemærkes imidlertid, at det i Kommissionens vejledning er forklaret, at Kommissionen *normalt* ikke vil drage en konklusion uden at have undersøgt alle faktorer¹²². Der er således mulighed for, at Kommissionen kan komme frem til, at en virksomhed besidder en dominerende stilling uden en gennemgående analyse af alle de relevante faktorer.

Den lave grænse for hvor store markedsandele, der giver en formodning for dominans, sammenholdt med en snæver afgrænsning af det relevante marked betyder, at mange virksomheder potentielt kan blive anset for at have en dominerende stilling og derved falder under artikel 102's anvendelsesområde. Afgørelsen af hvorvidt der foreligger dominans er af særlig betydning i sager vedrørende predatory pricing, idet nogle kommentatorer sidestiller tilstedeværelsen af dominans med, at genindvinding er sandsynlig¹²³. Anvendes der imidlertid en for bred fortolkning af dominans uden et supplerende krav om genindvinding, kan dette potentielt føre til en overinkluderende standard¹²⁴.

3.1.1.2 Misbrugsbegrebet

Misbrugsbegrebet er ikke defineret i artikel 102, men bestemmelsen opregner i litra a)-e) former for adfærd, der især kan udgøre et misbrug. Listen er imidlertid ikke udtømmende og anden adfærd kan

¹¹⁹ Kommissionens vejledning, punkt 14

¹²⁰ Jones; Sufrin, 2014, 344-345

¹²¹ Se for eksempel *Intel*, COMP/C-3/37.990, Kommissionens afgørelse af 13. maj 2009.

¹²² Kommissionens vejledning, punkt 15

¹²³ For en diskussion af dette, se afsnit 4.3.2

¹²⁴ Østerud, 2010, s. 97

således også falde under bestemmelsen¹²⁵. Domstolen tog i *Hoffmann La-Roche* stilling til, hvordan misbrugsbegrebet skulle forstås og gav følgende definition:

”Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af 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.”¹²⁶

Som det fremgår af artikel 102's ordlyd, samt Domstolens definition af misbrugsbegrebet, er det ikke selve indtagelsen af en dominerende stilling, men derimod misbruget af denne stilling ved brug af andre midler end under den normale konkurrence, der er i strid med bestemmelsen. Det skal imidlertid tilføjes, at Domstolen samtidig har udtalt, at der påhviler dominerende virksomheder et særligt ansvar til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på markedet¹²⁷. Adfærd der således vil være fuld tilladt for en virksomhed uden en dominerende stilling, kan således udgøre et misbrug, når den udvises af en dominerende virksomhed¹²⁸.

Fra Domstolens definition af misbrugsbegrebet fremgår det endvidere, at der er tale om et objektivt begreb, hvilket skal forstås således, at der ikke tillægges den dominerende virksomheds hensigt nogen betydning. Domstolen har imidlertid udtalt, at den dominerende virksomheds konkurrencebegrænsende hensigt kan være et element i den samlede bedømmelse af hvorvidt, der foreligger et misbrug men, at det er ikke et krav, at en sådan hensigt kan bevises for, at artikel 102 kan bringes i brug¹²⁹.

¹²⁵ *Continental Can*, sag 6/72, Domstolens dom af 21. februar 1973, præmis 26

¹²⁶ *Hoffman-La Roche*, sag C-85/76, Domstolens dom af 13. februar 1979, præmis 99

¹²⁷ *Michelin*, sag C-322/81, Domstolens dom af 9. november 1983, præmis 57

¹²⁸ Østerud, 2010, s. 34

¹²⁹ *Tomra*, Sag C-549/10 P, Domstolens dom af 19. april 2012, præmis 19-21

Domstolen har i *Continental Can* forklaret, at artikel 102 ikke kun forbyder adfærd, der kan medføre umiddelbar skade for forbrugerne, men også adfærd, som medfører skade for disse ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur¹³⁰. Misbrugsbrugsbegrebet deles således oftest op i ekskluderende og udnyttende adfærd. Ekskluderende adfærd skal forstås som adfærd, der hindrer konkurrencen på markedet, mens udnyttende adfærd omfatter adfærd, hvor den dominerende virksomhed anvender sin markedsmagt til at udnytte sin samhandelspartnere¹³¹. Siden *Continental Can* har størstedelen af sagerne under artikel 102 omhandlet ekskluderende adfærd¹³² og det er også kun denne type adfærd, der er behandlet i Kommissionens vejledning. Predatory pricing defineres som en type ekskluderende adfærd.

3.2 Predatory pricing

I det følgende ses der på udviklingen i retspraksis af testen for predatory pricing, herunder særligt hvordan Unionens domstole og Kommissionen har forholdt sig til spørgsmålet om genindvinding.

3.2.1 Testen for predatory pricing

Det var i sagen *AKZO*, der første gang blev taget stilling til spørgsmålet om predatory pricing i EU-retten. Sagen omhandlede AKZO Chemie¹³³, der fremstillede benzoylperoxide til brug i plast industrien. ECS producerede også benzoylperoxider, men hovedsagligt til som meladditiv. Da ECS udvidede deres produktion til også at omfatte plastindustrien, svarede AKZO igen ved blandt andet at sælge benzoylperoxider til underbudspriser til ECS kunder.

ECS anlagde en sag ved Kommissionen blandt andet med påstand om, at AKZO havde misbrugt deres dominerende stilling på markedet for organiske perioxider. AKZO argumenterede for, at Kommission skulle anvende Areeda Turner testen således, at kun priser under AVC ville udgøre et misbrug¹³⁴. Kommission nægtede at anvende en ren omkostningsbaseret test, idet den mente, at en sådan test ikke i tilstrækkelig grad tog hensyn til virksomhedens langvarige strategiske hensigt¹³⁵.

¹³⁰ *Continental Can*, sag 6/72, Domstolens dom af 21. februar 1973, præmis 26

¹³¹ Jones; Sufrin, 2014, s. 367

¹³² Ibid., s. 371

¹³³ Herefter benævnt ”AKZO”

¹³⁴ *AKZO*, IV / 30.698, Kommissionens afgørelse af 14. december 1985, præmis 75

¹³⁵ Ibid., præmis 78

Kommissionen lagde derimod i højere grad vægt på elimineringshensigten bag AKZO's prispolitik¹³⁶ og fandt følgelig, at AKZO havde misbrugt sin dominerende stilling i strid med artikel 102.

Under appel til Domstolen argumenterede AKZO for, at Kommissionen burde have anvendt et objektivi kriterium baseret på AKZO's omkostninger for at vurdere lovligheden af dennes prispolitik¹³⁷. I lighed med Kommissionen fandt Domstolen også, at AKZO var skyldig i predatory pricing, dog ud fra en anderledes vurdering. Domstolen udtalte, at priser under AVC må betragtes som misbrug af en dominerende stilling, idet priser under AVC altid vil medføre et tab for virksomheden, og en virksomhed ikke har anden interesse i at anvende sådanne priser, andet end at eliminere konkurrenterne¹³⁸. Når virksomhedens priser således ligger under AVC formodes det, at virksomhedens hensigt er at ekskludere sine konkurrenter. I modsætning til Areeda Turner testen fastslog Domstolen imidlertid også, at priser mellem AVC og ATC kunne udgøre et misbrug. Dette var tilfældet når prisen var del af en strategi, hvis formål var at ekskludere en eller flere konkurrenter. Domstolens argument for også at medtage priser mellem AVC og ATC var, at priser på dette niveau havde mulighed for at ekskludere måske lige så efficiente konkurrenter, der imidlertid ikke havde mulighed for at modstå den hårde konkurrence, grundet deres mindre økonomiske styrke¹³⁹. Ved priser i dette spænd kunne det således ikke længere antages, at formålet var eliminering af konkurrenterne. Da disse priser imidlertid kunne have en ekskluderende effekt på lige så efficiente konkurrenter, valgte Domstolen således, at indføre særskilt bevis om hensigt for at kunne bevise, at der var tale om et misbrug. Det kan således udledes, at testen er baseret på "as efficient competitor" princippet således, at eliminering af virksomheder, som er lige så eller mere efficiente skal forhindres.

Ifølge AKZO-dommen er testen for predatory pricing således, at priser under AVC formodes at udgøre et misbrug. Priser mellem AVC og ATC formodes derimod ikke at udgøre et misbrug, men betragtes som sådan, når de er et led i en plan om at ekskludere en konkurrent. Som det ses er testen udslag for en form-baseret tilgang, idet testen ikke tager hensyn til de effekter, som den omtvistede

¹³⁶ *AKZO*, IV / 30.698, Kommissionens afgørelse af 14. december 1985, præmis 81

¹³⁷ *AKZO*, sag C-62/86, Domstolens dom af 3. juli 1991, præmis 66.

¹³⁸ *Ibid.*, præmis 71

¹³⁹ *Ibid.*, præmis 72

adfærd måtte have. Desuden spiller hensigt en afgørende rolle i testen, hvilket står i kontrast til Domstolens definition af misbrug som et objektive begreb.

Domstolen har efterfølgende i både Tetra Pak II¹⁴⁰ og France Telecom¹⁴¹ slået testen og de heri anvendte omkostningsbenchmarks fast. Testen må således siges at udgøre fast retspraksis for predatory pricing¹⁴².

3.2.2 Genindvinding

I det følgende ses der nærmere på, hvordan spørgsmålet om genindvinding er blevet behandlet i EU-retspraksis.

3.2.2.1 AKZO

Som det fremgik ovenfor formulerede Domstolen i denne dom testen for predatory pricing. Testen var udelukkende baseret på den anklagede virksomheds priser og omkostninger og virksomhedens strategiske hensigt. Domstolen nævnte ikke eksplicit, hvorvidt det var af betydning, om den anklagede virksomhed kunne genindvinde sine tab, men udtalte imidlertid, at:

”En dominerende virksomhed har nemlig ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser,....”¹⁴³

¹⁴⁰ *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Domstolens dom af 14. november 1996, præmis 41

¹⁴¹ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Domstolens dom af 2. april 2009, præmis 109

¹⁴² I *Post Danmark* anvendte Domstolen de gennemsnitlige produktspecifikke omkostninger (AIC) i stedet for AVC, som følge af Konkurrencerådets anvendelse af disse i den oprindelige afgørelse. Domstolen tog imidlertid ikke stilling til om denne fremgangsmåde var korrekt eller ej, men udtalte blot, at under sagens særlige omstændigheder, synes en sådan fordelingsmetode at tilsligte at identificere de væsentligste omkostninger, der kunne henføres til den omhandlede aktivitet, se *Post Danmark*, sag 209/10, Domstolens dom af 27. marts 2012, præmis 34. Der synes således ikke at være grundlag for at konkludere, at Domstolen med afgørelsen har ændret ved AKZO testen.

¹⁴³ *AKZO*, sag C-62/86, Domstolens dom af 3. juli 1991, præmis 71

Det er muligt at læse Domstolens udtalelse således, at muligheden for genindvinding ligger implicit i definitionen af predatory pricing, hvilket stemmer overens med de økonomiske teorier. Der kan argumenteres for, at Domstolen således tilkendegiver, at uden mulighed for genindvinding er der ikke tale om predatory pricing. Denne holdning er blandt andet blevet støttet af generaladvokat Mazàk i *France Telecom*¹⁴⁴. Domstolens udtalelse kan imidlertid også læses som, at det vil være the predators hensigt at hæve priserne efterfølgende, men at det underordnet, hvorvidt dette lykkes. Det bemærkes imidlertid, at Domstolen udtalte:

*”Det er disse kriterier, der skal anvendes i denne sag.”*¹⁴⁵

Det var således ikke muligt med sikkerhed at vurdere, hvorvidt den af Domstolen anvendte test kunne anvendes på fremtidige sager, hvor omstændighederne var anderledes.

3.2.2.2 Tetra Pak

Tetra Pak II var den første predatory pricing sag, hvor der eksplicit blev taget stilling til spørgsmålet om genindvinding. Virksomheden Tetra Pak havde en monopollignende stilling på markedet for aseptiske-kartoner med en markedsandel på mellem 90-95 %. Markedet for ikke-aseptiske kartoner havde en oligopolistisk struktur, hvor Tetra Pak var den førende producent med en markedsandel på 50-55 %¹⁴⁶. Tetra Paks nærmeste konkurrent på dette marked, Elopak, indgav en klage til Kommissionen blandt andet med påstand om, at Tetra Pak havde anvendt underbudspriser på markedet for ikke-aseptiske kartoner. Kommissionen fandt for Elopak og pålagde Tetra Pak en bøde.

Under appel til Domstolen argumenterede Tetra Pak for, at virksomheden ikke kunne dømmes for predatory pricing, idet det ikke var blevet godtgjort, at det var muligt for virksomheden at genindvinde deres tab¹⁴⁷. Tetra Pak henviste hertil, at Domstolen selv i AKZO testen havde gjort

¹⁴⁴ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Mazàk fremsat d. 25. september 2008, præmis 73

¹⁴⁵ *AKZO*, sag C-62/86, Domstolens dom af 3. juli 1991, præmis 73

¹⁴⁶ Ifølge retspraksis vil en virksomhed som oftest blive anset for dominerende med en markedsandel på 50%, men i nærværende sag undlod Kommissionen at gøre en sådan påstand gældende.

¹⁴⁷ *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Domstolens dom af 14. november 1996, præmis 39

genindvinding til en del af testen for predatory pricing, med dennes udtalelse i AKZO afgørelsens præmis 71¹⁴⁸. Tetra Pak henviste desuden til at the Supreme Court i USA havde gjort genindvinding til et formelt krav i testen for predatory pricing i den nylig afsagte *Brooke Group* afgørelse¹⁴⁹. I sit forslag til afgørelsen argumenterede generaladvokat Colomer for, at det ikke ville være hensigtsmæssigt for Domstolen at følge amerikansk retspraksis. Begrundelsen for dette var, at uden muligheden for genindvinding vil predatory pricing ikke være rationelt, virksomhedens styrkelse og konkurrenternes svækkelse ved en sådan strategi sikrer principielt genindvinding, erfaringerne fra amerikansk retspraksis viste, at genindvinding var svært at bevise samt, at predatory pricing udgør et misbrug, uanset om formålet hermed nås¹⁵⁰. De to første argumenter synes at være baseret på, at virksomhedens genindvinding ligger implicit i en predatory pricing strategi og derfor ikke er nødvendigt selvstændigt at undersøge. Det tredje argument er derimod baseret på, at genindvindingskravet har vist sig svært at anvende i praksis. Dette argument synes således at være udtryk for en frygt for, at anvendelsen af kravet kan føre til underinklusion og derved falske negative. Disse tre første argumenter synes således ikke, at være udtryk for, at genindvinding ikke er en vigtig bestanddel af predatory pricing, men derimod, at praktiske hensyn taler for ikke at gøre genindvinding til en selvstændig del af testen for predatory pricing. Generaladvokat Colomers fjerde argument, kan imidlertid fortolkes som et udtryk for politiske hensyn. Dette argument tager således ikke stilling til effekten af predatory pricing, men synes derimod at være baseret på, at visse typer af adfærd bør kunne sanktioneres, uanset om denne adfærd i det konkrete tilfælde opnår de tilsigtede konkurrencebegrænsende effekter.

Domstolen valgte at følge generaladvokat Colomers afvisning af genindvindingskravet, men baserede imidlertid denne afvisning på andre faktorer. Domstolen udtalte, at under den konkrete sags omstændigheder ville det ikke være hensigtsmæssigt at kræve yderligere bevis for, at Tetra Pak havde en realistisk chance for genindvinding og, at:

¹⁴⁸ *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Domstolens dom af 14. november 1996, præmis 40

¹⁴⁹ *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat D. Ruiz-Jarabo Colomer fremsat d. 27. Juni 1996, præmis 77

¹⁵⁰ *Ibid.*, præmis 78

” Udbud til underbudspriser skal sanktioneres, så snart der er risiko for eliminering af konkurrenterne. (...) Af hensyn til formålet, som er at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, kan man ikke vente på, at en sådan strategi fører til, at konkurrenterne faktisk elimineres. ”¹⁵¹

Domstolen gjorde det således klart, at det er risikoen for eliminering af konkurrenterne, der er bestemmende for, hvorvidt predatory pricing skal sanktioneres og ikke, om virksomheden kan genindvinde sine tab. I den konkrete sag vurderede Domstolen, at denne elimineringsrisiko var til stede, idet Tetra Pak havde anvendt priser under AVC og det ville være utænkeligt, at sådanne priser kunne have andet økonomisk formål, end at eliminere en konkurrent¹⁵². Domstolens udtalelse synes imidlertid også at kunne læses som værende udtryk for et ønske om at beskytte konkurrenterne frem for forbrugerne¹⁵³.

På trods af, at Domstolen afviste at indføre et krav om særskilt bevis for genindvinding, er det vigtigt at have for øje, at Domstolen tilkendegav, at det var den foreliggende sags omstændigheder, der medførte, at genindvinding ikke var nødvendigt at bevise. Det er således muligt at se Domstolens afvisning af kravet om genindvinding, som en følge af den konkrete sags omstændigheder, men ikke som en generel afvisning af genindvindingskravet. Læses Domstolens udtalelse på denne måde, er der således mulighed for, at andre omstændigheder kan medføre, at genindvinding skal statuere for at konkludere, at der foreligger et misbrug.

3.2.2.3 Wanadoo/France Telecom

Spørgsmålet om hvorvidt bevis for genindvinding skulle være en del af testen for predatory pricing, blev igen taget op under *Wanadoo/France Telecom* sagen. Kommissionen indledte i 2001 en sag mod Wanadoo Interactive¹⁵⁴, blandt andet med henblik på at undersøge, hvorvidt Wanadoo havde anvendt predatory pricing på markedet for højhastighedsbredbånd i Frankrig. Under undersøgelsen gjorde Wanadoo gældende, at predatory pricing kun kunne anses for at være en rationel strategi,

¹⁵¹ *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Domstolens dom af 14. november 1996, præmis 44.

¹⁵² *Ibid.*, præmis 41 og 42

¹⁵³ Mano; Durand, 2005, s. 27

¹⁵⁴ Herefter benævnt ”Wanadoo”

hvis genindvinding var mulig¹⁵⁵. Med henvisning til Domstolens og Kommissionens tidligere praksis, afviste Kommission imidlertid, at genindvinding var et selvstændigt krav i EU-retten¹⁵⁶. Kommissionen udtalte ydermere, at virksomheder kan anvende en predatory pricing strategi for andre grunde end umiddelbar genindvinding, for eksempel fordi de vil øge deres markedsværdi og således genindvinde sine tab på lang sigt og ikke gennem højere priser efter predation perioden¹⁵⁷. På trods af denne udmelding valgte Kommissionen at foretage en detaljeret undersøgelse af, hvorvidt genindvinding var sandsynlig i den foreliggende sag og fandt følgelig, at dette var tilfældet¹⁵⁸ og, at Wanadoo havde misbrugt sin dominerende stilling. Det kan synes bemærkelsesværdigt, at Kommissionen først slår fast, at genindvinding ikke er en del af EU-rettens test for predatory pricing, for derefter at foretage en detaljeret analyse af, hvorvidt genindvinding er mulig i den konkrete sag. Dette kan være et udtryk for, at Kommissionen har været i tvivl om, hvorvidt Domstolens udtalelse i *Tetra Pak II* var en generel afvisning af genindvindingskravet eller kun var baseret på denne sags særlige omstændigheder. Derudover kan Kommissionens fremgangsmåde være et udslag af, at spørgsmålet om genindvinding var begyndt at blive bragt op i flere sager. I *Compagnie Maritime Belge* havde generaladvokat Fennelly for eksempel anført, at genindvinding burde være et af de kriterier, der skulle anvendes til at undersøge, hvorvidt en virksomhed havde anvendt misbrugende lave priser. Dette lå implicit i Domstolens udtalelser i *AKZO* og *Hoffman La-Roche*. Ifølge generaladvokat Fennelly var det muligheden for at hæve priserne efter elimineringen af en konkurrent, der udgjorde et misbrug, og hvis ikke dette kunne lade sig gøre, var der formentlig tale om normal konkurrence¹⁵⁹. I den foreliggende sag synes Kommissionen således at forsøge at dække sig bedst muligt ind, hvis Domstolens udtalelse i *Tetra Pak II* skulle vise sig ikke at være udtryk for en generel regel, eller hvis Domstolen skulle ændre praksis. Ved at have vist, at genindvinding var mulig i den foreliggende sag, ville Kommissionens afgørelse således stadig være gyldig, hvis Domstolen under appel fandt, at genindvinding var en del af testen for predatory pricing.

¹⁵⁵ *Wanadoo*, COMP 38/233, Kommissionens afgørelse af 16. juli 2003, præmis 332

¹⁵⁶ *Ibid.*, præmis 333 og 336

¹⁵⁷ *Ibid.*, præmis 334

¹⁵⁸ *Ibid.*, præmis 338-367

¹⁵⁹ *Compagnie Maritime Belge*, Sag C-395/96, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Nial Fennelly, fremsat den 29. September 1998, præmis 136, Domstolen tog i sin afgørelse af sagen imidlertid ikke stilling til dette.

Wanadoo appellerede afgørelsen til Retten, der imidlertid opretholdt Kommissionens afgørelse også vedrørende spørgsmålet om genindvinding. Under appel til Domstolen, gjorde France Telecom¹⁶⁰ gældende, at Kommissionen i sin afgørelse havde tilsidesat artikel [102], idet den ikke anså genindvinding af tab som en forudsætning for, at der foreligger predatory pricing. I sit forslag til afgørelsen argumenterede generaladvokat Mazák for, at både Kommissionen og Retten havde fortolket Domstolens praksis forkert, idet de ikke anså genindvinding som værende en del af testen for predatory pricing¹⁶¹. Generaladvokat Mazák gjorde gældende, at Domstolens udtalelse i *Tetra Pak II* kun var baseret på den denne sags omstændigheder og skulle forstås således, at hvis ikke disse omstændigheder forelå, så kunne der kræves bevis for genindvinding. Retten havde således begået en fejl ved at anvende denne udtalelse som en generel regel¹⁶². Generaladvokaten argumenterede ydermere for, at kravet om genindvinding skulle være en del af predatory pricing, idet forbrugerne og disses interesser i princippet ikke ville lide skade, hvis ikke genindvinding var mulig¹⁶³. Kommissionen gjorde derimod gældende, at godtgørelse af genindvinding ikke fulgte af Domstolens praksis. Kommissionen henviste til, at i modsætning til amerikansk ret, så forudsætter anvendelsen af artikel 102, at den misbrugende virksomhed har en dominerende stilling på det relevante marked. Ifølge Kommissionen var kravet om dominans tilstrækkeligt til at fastslå, at genindvinding kunne finde sted¹⁶⁴. Kommissionen gjorde således ikke gældende, at genindvinding er uden betydning for, hvorvidt der foreligger predatory pricing, men derimod, at et selvstændigt krav om genindvinding ikke er nødvendigt grundet kravet om dominans under artikel 102.

Domstolen fulgte ikke generaladvokat Mazáks holdning, men gentog endnu engang AKZO-testen samt, at EU-retten ikke stillede krav om bevis for genindvinding¹⁶⁵. Domstolen forklarede, at manglende genindvinding ikke kan udelukke, at den pågældende virksomhed vil have held til at

¹⁶⁰ Siden Kommissionens afgørelse var Wanadoo blevet opkøbt af France Telecom, hvorfor denne nu var appellan.

¹⁶¹ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Mazák fremsat d. 25. september 2008, præmis 69.

¹⁶² *Ibid.*, præmis 59 og 70

¹⁶³ *Ibid.*, præmis 74

¹⁶⁴ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Domstolens dom af 2. april 2009, præmis 102.

¹⁶⁵ *Ibid.* præmis 108-110

styrke sin dominerende stilling, efter af en eller flere konkurrenter er blevet elimineret således, at konkurrencen bliver yderligere formindsket og forbruger lider et tab, som følge af en begrænsning af deres valgmuligheder¹⁶⁶. Der kan argumenteres for, at Domstolen således anser elimineringen af konkurrenter for at være til skade for forbrugerne, selv hvis dette ikke resulterer i højere priser og, at dette er udtryk for et ønske om at beskytte konkurrenterne frem for konkurrencen¹⁶⁷. Domstolen udtalte imidlertid også, at:

“Denne fortolkning er naturligvis ikke til hinder for, at Kommissionen kan anse en sådan mulighed for genindvinding af tab for en relevant faktor ved bedømmelsen af, om den pågældende praksis har karakter af misbrug, idet den f.eks. kan medvirke til i tilfælde af anvendelse af priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, at udelukke andre økonomiske begrundelser end elimineringen af en konkurrent, eller til i tilfælde af anvendelse af priser, der er lavere end de samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, at godtgøre, at der foreligger en plan, der har til formål at eliminere en konkurrent.”¹⁶⁸

Med denne udtalelse åbnede Domstolen således op for, at Kommissionen kunne inddrage spørgsmålet om genindvinding uden, at Domstolen ønskede at gøre genindvinding til en formel del af testen for predatory pricing. En eventuel anvendelse af genindvindingskravet synes imidlertid kun at kunne anvendes som yderligere bevis på, at der foreligger predatory pricing. Domstolen udtalelse ligger derimod ikke op til, at manglende genindvinding kan anvendes som et forsvar. Anklagede virksomheder kan således ikke påberåbe sig en manglende mulighed for genindvinding som bevis på, at de er uskyldige.

På baggrund af Domstolens udtalelser i denne sag ligger det således helt klart, at genindvinding ikke er en formel del af testen for predatory pricing og, at det således ikke er nødvendigt at vise en sandsynlighed for genindvinding for at statuere et misbrug. Muligheden for genindvinding kan derimod anvendes som yderligere bevis på, at der foreligger et misbrug.

¹⁶⁶ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Domstolens dom af 2. april 2009, præmis 112

¹⁶⁷ Emch; Leonard, 2009, s. 11

¹⁶⁸ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Domstolens dom af 2. april 2009, præmis 111

3.2.3 Kommissionens vejledning

I 2009 udsendte Kommissionen sin vejledning om prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelse af artikel [102]. Vejledningen var resultatet af et diskussionsoplæg publiceret i 2005. Hovedformålet med diskussionsoplægget havde været at orientere anvendelsen af artikel 102 til en mere effekt-baseret analyse, fremfor den form-baseret analyse, der hidtil var blevet anvendt¹⁶⁹. Vejledningen er således udtryk for et paradigmeskifte fra en form-baseret til en mere økonomisk og effekt-baseret tilgang til ekskluderende adfærd under artikel 102 og er derved mere i harmoni med anvendelsen af artikel 101 TEUF og fusionsreglerne.

Det har været Kommissionens ønske, at vejledningen skulle give mere sikkerhed til virksomheder, ved at hjælpe dem til at vurdere hvilke typer af adfærd, som vil medføre indgriben fra Kommissionen¹⁷⁰. Vejledningen er imidlertid blevet kritiseret for ikke i tilstrækkelig grad at give denne retssikkerhed til virksomhederne. Dette skyldes, at vejledningen er bygget op på en sådan måde, at Kommissionen forklarer, hvornår den normalt vil gribe ind, men samtidig tilføjer bestemmelser, der giver mulighed for at gribe ind under særlige omstændigheder¹⁷¹. Virksomheder kan således ikke nødvendigvis se sig fri fra at blive mødt med anklager fra Kommissionen, selv hvis de overholder vejledningen.

Det er desuden vigtigt at være opmærksom på, at vejledningen kun er et udtryk for Kommissionens prioritering i forbindelse med artikel 102 og er i lighed med Kommissionens retningslinjer ikke bindende for Unionens domstole. I vejledningen forklares det, at formålet med dokumentet ikke er at fastlægge gældende ret og, at vejledningen ikke tilsigter at foregribe hverken Rettens eller Domstolens fortolkning af artikel 102¹⁷². Effekten af vejledningen på retspraksis er således i høj grad bestemt af hvorvidt Retten og Domstolen efterlever den. I den første tid efter vejledningens udgivelse syntes Domstolen ikke at tage vejledningen til sig. Domstolen afsagde for eksempel i 2010 dom i *France Telecom*¹⁷³, hvor den opretholdt den hidtil anvendte form-baserede analyse af predatory pricing. Domstolen har imidlertid i *Post Danmark* i højere grad taget en effekt-baseret

¹⁶⁹ Jones & Sufrin, 2014, s. 288

¹⁷⁰ Kommissionens vejledning, punkt 2

¹⁷¹ Jones & Sufrin, 2014 s. 291

¹⁷² Kommissionens vejledning, punkt 3

¹⁷³ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Domstolens dom af 2. april 2009

tilgang til spørgsmålet om selektive rabatter og gjorde desuden op med kritikken af tidligere retspraksis ved at forklare, at artikel 102 ikke beskytter mindre effektive konkurrenter og følgelig, at det ikke er enhver eliminering, som nødvendigvis skader den fri konkurrence¹⁷⁴. I den nylig afsagte *Intel*¹⁷⁵ afgørelse anvendte Retten imidlertid den traditionelle form-baserede tilgang til spørgsmålet om eksklusivitetsrabatter, og det står således ikke klart, i hvor høj grad Unionens domstole har taget vejledningen til sig.

3.2.3.1 *Predatory pricing i Kommissionens vejledning*

I Kommissionens vejledning forklares det, at Kommissionen normalt vil gribe ind, når:

*“...der foreligger beviser på, at en dominerende virksomhed udøver dumpingadfærd ved bevidst at lide tab eller give afkald på fortjeneste på kort sigt (i det følgende benævnt "tab"), så den afskærmer eller sandsynligvis vil afskærme markedet for en eller flere af sine faktiske eller potentielle konkurrenter med henblik på at forbedre eller opretholde sin markedsstyrke til skade for forbrugerne.”*¹⁷⁶

Kommission anser en virksomhed for at lide et tab, når virksomheden sætter prisen på en del eller hele sin produktion ned, eller udvider sin produktion og derved lider et tab, der kunne være undgået.¹⁷⁷ Priser under AAC¹⁷⁸ vil være en klar indikation på, at virksomheden lider et tab, som kunne være undgået¹⁷⁹. Som det sås i afsnit 2.3.1 er AAC en bedre benchmark i sager om predatory pricing, da denne også dækker de faste omkostninger i predation perioden. Det præciseres imidlertid, at det ikke kun er priser under AAC, der vil få Kommissionen til at gribe ind. Generelt vil priser, der giver lavere nettoindtægter end, hvad der kan forventes give anledning til mistanke¹⁸⁰.

¹⁷⁴ *Post Danmark*, sag 209/10, Domstolens dom af 27. marts 2012, præmis 21-22

¹⁷⁵ *Intel*, sag T-286/09, Intel mod Kommissionen, Rettens dom af 12. juni 2014

¹⁷⁶ Kommissionens vejledning, punkt 63

¹⁷⁷ *Ibid.*, punkt 64

¹⁷⁸ AVC og AAC oftest vil være den samme, da det oftest kun er de variable omkostninger, der er undgåelige, se Kommissionens vejledning punkt 26(2)

¹⁷⁹ Kommissionens vejledning, punkt 64

¹⁸⁰ *Ibid.*, punkt 65

For at kunne afgøre, hvorvidt den omtvistede adfærd fører til afskærmning af markedet vil Kommissionen, når det er muligt, anvende ”the as efficient competitor” test¹⁸¹ således at det undersøges, hvorvidt en virksomheds prissætningsadfærd vil kunne ekskludere en hypotetisk lige så effektiv konkurrent. Det præciseres i meddelelsen, at som oftest vil kun priser under LRAIC¹⁸² kunne afskærme markedet for lige så effektive konkurrenter¹⁸³. Kommissionen vil imidlertid også tage andre faktorer, der kan hindre konkurrencen på markedet i betragtning ved vurderingen af, hvorvidt markedet bliver afskærmet¹⁸⁴.

3.2.3.2 Genindvinding i Kommissionens vejledning

Det er ikke et kriterium for Kommissions indgriben, at det vil være muligt for en virksomhed at genindvinde deres tab. I meddelelsen nævnes det imidlertid, at:

” Generelt set vil det sandsynligvis skade forbrugerne, hvis den dominerende virksomhed med rimelighed kan forvente, at dens markedsstyrke, efter at dumpingadfærden er afsluttet, vil blive større, end det ville have været tilfældet, hvis den ikke havde udøvet denne adfærd, det vil sige, hvis virksomheden sandsynligvis vil blive i stand til at drage fordel af tabet.”¹⁸⁵

Det understreges imidlertid, at Kommissionen ikke kun vil gribe ind i de tilfælde, hvor virksomheden vil kunne forhøje sine priser over det tidligere niveau samt, at der ikke er behov for noget bevis for den samlede fortjeneste ved undersøgelsen af, hvorvidt forbrugerne lider skade¹⁸⁶. I tråd med domstolens praksis indfører Kommissionens vejledning således heller ikke et formelt krav om genindvinding. Kommissionen kan imidlertid af egne vilje selv vælge at undersøge dette, for at vurdere de sandsynlige effekter af en påstået predatory pricing strategi og hvorvidt forbrugerne kan forventes at lide skade.

¹⁸¹ Kommissionens vejledning, punkt 67 med henvisning til punkt 25-27

¹⁸² LRAIC vil være det samme som ATC for enkeltproduktvirksomheder, men vil være lavere i multiproduktvirksomheder, hvor der er synergifordele, da de egentlige fællesomkostninger ikke medregnes, se Kommissionens vejledning punkt 26(2)

¹⁸³ Kommissionens vejledning, punkt. 67

¹⁸⁴ Ibid., punkt 20 og 68

¹⁸⁵ Ibid., punkt 70

¹⁸⁶ Ibid., punkt 71

3.3 Predatory pricing i USA

I det følgende ses der nærmere på retstilstanden i USA vedrørende predatory pricing. Der gives en kort gennemgang af den relevante bestemmelse i amerikansk ret, der regulerer predatory pricing. Gennemgangen skal ikke ses som en udtømmende beskrivelse af denne bestemmelse, men blot som en overordnet introduktion, til hjælp af forståelsen af retstilstanden i USA. Herefter ses der nærmere på udviklingen af testen for predatory pricing, herunder indførelsen af genindvindingskravet. Der slutes af med at se nærmere på hvilke erfaringer, der kan drages fra de amerikanske domstoles anvendelse af dette krav.

3.3.1 Sektion 2 af The Sherman Act

I USA reguleres predatory pricing primært under § 2 i the Sherman Act. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

” Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...”¹⁸⁷

Bestemmelsen forbyder både adfærd, hvor der forsøges at etablere en monopolstilling og adfærd, der søger at vedholde eller forbedre en sådan stilling. Virksomheder kan blive dømt for monopolisering, hvis det kan bevises, at virksomheden 1) har monopolmagt på det relevante marked og 2) har udvist konkurrencebegrænsende eller ekskluderende adfærd¹⁸⁸. Dette minder i høj grad om artikel 102 TEUF, der både kræver en dominerende stilling på det relevante marked og et misbrug af denne. For at kunne dømme en virksomhed for forsøg på monopolisering kræves det, at virksomheden 1) har udvist konkurrencebegrænsende adfærd, med 2) specifik hensigt på at monopolisere, og 3) en farlig sandsynlighed for at opnå monopolmagt¹⁸⁹. I modsætning til testen for monopolisering tilføjer denne test således et krav om hensigt, men indeholder derimod ikke et krav om, at virksomheden allerede har en monopolstilling på markedet. Dette står i modsætning til artikel 102, der som nævnt kun forbyder misbrug af en allerede indtaget dominerende stilling.

¹⁸⁷ Sherman Act Section 2, 15 USC Section 2

¹⁸⁸ *Verizon Communications v Law Offices of Curtis V Trinko*, 124 S Ct 872, 879 (2004)

¹⁸⁹ *Spectrum Sports v McQuillan*, 506 US 447, 456 (1993)

Det fremgår af ovenstående, at den anklagede virksomhed enten skal have monopolmagt eller en farlig sandsynlighed for at opnå monopolmagt, før bestemmelsen finder anvendelse. Monopolmagt er af the Supreme Court blevet defineret som magten til at kontrollere priser og ekskludere konkurrenter¹⁹⁰. I lighed med dominanstesten i EU er en virksomheds monopolmagt som oftest udledt af virksomhedens markedsandel og adgangsbarriererne på det relevante marked¹⁹¹. Til forskel fra retspraksis i EU, hvor dominans er fundet ved lave markedsandele, vil en formodning for monopolisering som oftest først være til stede ved en markedsandel på 70 % af det relevante marked¹⁹².

Sammenlignet med sektion 2 af the Sherman Act, har artikel 102 et mere snævert anvendelsesområde, ved kun at forbyde misbrug af en allerede indtaget dominerende stilling. De to bestemmelser ligner imidlertid hinanden ved at kræve en form for konkurrencebegrænsende adfærd og ikke at straffe selve besiddelsen af en dominerende eller monopol stilling. I det følgende ses der nærmere på, hvordan denne konkurrencebegrænsende adfærd vurderes i amerikansk ret med hensyn til predatory pricing.

3.3.2 Regulering af predatory pricing

I de tidlige predator pricing sager baserede de amerikanske domstole deres afgørelser på to faktorer; hvorvidt der forelå markedsmagt samt, om det var den anklagede virksomheds hensigt at beskytte eller udvide denne markedsmagt¹⁹³. Fokus på forbrugernes interesse i lavere priser og en effektiv konkurrence manglede stort set og anklager om predatory pricing faldt næsten som oftest ud til fordel for sagsøgeren, også når dette ikke var berettiget¹⁹⁴.

Fra 1975 skete der en ændring i holdningen til predatory pricing, der blandt andet var inspireret af den tidligere nævnte artikel af Areeda og Turner, der blev publiceret samme år. De amerikanske domstole begyndte nu i højere grad at fokusere på forholdet mellem virksomhedens priser og

¹⁹⁰ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 US 563, 571 (1966)

¹⁹¹ *United States v. Microsoft*, 253 US 34, 51 (2001)

¹⁹² *Exxon Corp. v. Berwick Bay Real Estates Partners*, 748 F.2d 937, 940 (5th Cir. 1984)

¹⁹³ Giocoli, 2011, s. 781

¹⁹⁴ Bolton m.fl., 2000, s. 14

omkostninger. Der var nogen uenighed mellem de forskellige domstole omkring hvilke omkostningsstandarder, der skulle anvendes, men normalt formodes priser under AVC at være ulovlige, mens priser over ATC var endegyldigt lovlige. Priser mellem AVC og ATC formodes at være lovlige, men kunne modvises på baggrund af hensigt og markedsstrukturen¹⁹⁵. Samtidig havde domstolene, på baggrund af Chicago School teorierne, udviklet en meget mere skeptisk holdning til virksomheders anvendelse af predatory pricing. I *Matsushita* udtalte den amerikanske højesteret således, at:

”...*predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful*”¹⁹⁶

Det var denne holdning, der dannede baggrund for afgørelsen i *Brooke Group*. Sagen omhandlede en cigaretproducent, Ligget, der anklagede sin konkurrent Brown & Williamson for at anvende predatory pricing i et forsøg på at tvinge Ligget til at hæve priserne på sine generiske cigaretter.

I sin afgørelse fremlagde the Supreme Court den nuværende test for predatory pricing. The Supreme Court udtalte, at en virksomhed kunne dømmes for predatory pricing, hvis sagsøgeren kunne bevise to ting. Den første af disse var, at den anklagede virksomhed havde anvendt priser, der lå under en passende standard¹⁹⁷. The Supreme Court forklarede videre, at:

”*The second prerequisite to holding a competitor liable under the antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had a reasonable prospect, or, under § 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices.*”^{198, 199}

¹⁹⁵ Bolton m.fl., 2000, s. 17-18

¹⁹⁶ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 589 (1986)

¹⁹⁷ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222 (1993), domstolen afviste imidlertid at lægge fast, hvad denne passende standard var, da parterne i den foreliggende sag var enige om at anvende AVC, se afgørelsens fodnote 1

¹⁹⁸ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993)

¹⁹⁹ Sagen var anlagt under the Robinson-Patman Act, men the Supreme Court forklarede i afgørelsen, at testen var den samme under § 2 af the Sherman Act, se *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222 (1993)

The Supreme Courts begrundelse for at indføre genindvindingskravet som en formel del af testen for predatory pricing var klar; genindvinding er det ultimative mål med en predatory pricing strategi, og er genindvinding ikke mulig, så er predatory pricing til gavn for forbrugervelfærden²⁰⁰. I dette scenarie vil forbrugerne nyde gavn af de lavere priser i predation perioden, dog uden at skulle betale en højere pris efterfølgende. I modsætning til den tidligere retspraksis, sås der således nu udelukkende på konkurrencen og derved forbrugervelfærden, hvorimod den eventuelle skade på konkurrenterne ikke længere var i fokus. Dette ses tydeligt, idet the Supreme Court udtalte:

*”That below-cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured: It is axiomatic that the antitrust laws were passed for “the protection of competition, not competitors.”*²⁰¹

Ifølge afgørelsen skal der foretages en to-trins test for at bevise, at genindvinding er sandsynlig. Testens første trin består i, at sagsøgeren kan bevise, at predatory pricing strategien anvendt af den anklagede virksomhed har haft den ønskede effekt. Det vil sige, at adfærden enten skal have ekskluderet konkurrenter fra markedet eller have tvunget disse til at hæve deres priser, som del af et disciplineret oligopol²⁰². I testens andet trin kræves det, at sagsøgeren kan godtgøre, at der er en sandsynlighed for, at den anklagede virksomhed efterfølgende kan hæve priserne over det konkurrencedygtige niveau, der vil være tilstrækkelig til at kompensere for tabet under predation perioden, herunder den tidsmæssige værdi af de penge, der er anvendt til at føre predatory pricing strategien²⁰³.

I det følgende ses der nærmere på, hvordan genindvindingskravet er blevet anvendt i praksis og i særdeleshed hvilke bevismæssige krav, der stilles for at kunne bevise, at genindvinding er mulig.

3.3.3 Anvendelsen af kravet om genindvinding i USA

Af den domspraksis, der følger *Brooke Group*, ses det, at de amerikanske domstole stiller høje bevismæssige krav til opfyldelsen af genindvindingskravet, der kan synes næsten umulige at opfylde.

²⁰⁰ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993)

²⁰¹ *Ibid.*, s. 224

²⁰² *Ibid.*, s. 225

²⁰³ *Ibid.*, s. 225

Domstolene har blandt andet i mange tilfælde fejlagtigt konkluderet, at der ingen adgangsbarrierer er på de berørte markeder. I *Stearns Airport Equipment Co.* kiggede domstolen på den anklagede virksomheds mulighed for, at genindvinde tabene fra en påstået predatory pricing strategi. Domstolen konkluderede, at genindvinding ikke var mulig, idet det ville være muligt for udenlandske producenter at træde ind på markedet, så snart den tilbageværende monopolist hævede priserne efter at have ekskluderet de nationale konkurrenter. Domstolen nægtede således at anerkende, at transportomkostninger, produktionsomkostninger og den anklagede virksomheds påviste evne til at tage priser over det konkurrencedygtige niveau var eller indikerer tilstedeværelsen af adgangsbarrierer²⁰⁴. I *Advo* afgørelsen udtalte domstolen, at ethvert forsøg på at tage monopolpriser ville føre til en bølge af nye konkurrenter, der ville drive priserne ned til det konkurrencedygtige niveau, dette på trods af, at den anklagede virksomhed havde taget monopolpriser i flere år inden nye konkurrenter trådte ind på markedet²⁰⁵. Når domstolene således er hurtige til at afvise eksistensen af adgangsbarrierer på det relevante marked, selv når der er tydelige tegn på dette, bliver det alt andet lige en svær opgave for sagsøgeren at bevise, at genindvinding er mulig.

En anden kritik af de amerikanske domstoles anvendelse af genindvindingskravet er, at domstolenes analyse af mulighederne for genindvinding er for snæver²⁰⁶. Især omtale af de nye teorier om predatory pricing, nævnt i afsnit 2.2.3, er svære at finde i de amerikanske domstoles afgørelser²⁰⁷. Som tidligere nævnt viser disse modeller, at predatory pricing kan være en rationel strategi under visse omstændigheder, da de både kan være med til at ekskludere eksisterende konkurrenter og holde konkurrenterne fra at (gen)indtræde på markedet, hvilket begge er elementer, der sandsynliggør genindvinding. I *Advo* accepterede domstolen, at predatory pricing i teorien kunne bygge på omdømme effekter, men afviste imidlertid argumentet i den konkrete sag, idet den udtalte, at potentielle konkurrenter på et tidspunkt vil indse, at virksomheden ikke længere vil eller er i

²⁰⁴ *Stearns Airport Equipment Co. v. FMC Corp.*, 170 F.3d 518, 530 (5th Cir. 1999), se også Leslie, 2013, s. 1714

²⁰⁵ *Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers, Inc.*, 51 F.3d 1191, 1201, 1203 (3d Cir. 1995), se også Leslie, 2013, s. 1715

²⁰⁶ Leslie, 2013, s. 1720

²⁰⁷ Hemphill, 2001, s. 1606, se også Leslie, 2014, s. 1717-1718 og 1728-1732

stand til at tage flere tab, da ingens lommer er bundløse²⁰⁸. Domstolenes afvisning af teorierne umuliggør, at sagsøgere kan bygge deres sag på disse og gør det således sværere for en sagsøger at bevise, at genindvinding er sandsynlig.

Afvisningen af disse teorier er desuden også med til at fastholde de amerikanske domstoles meget skeptiske holdning til forekomsten af predatory pricing. Grundet denne holdning er domstolene anklaget for i praksis at have gjort det næsten umuligt for sagsøgere at løfte bevisbyrden for sandsynlig genindvinding. Domstolen har blandet andet krævet, at sagsøgeren kan bevise, at omfanget og varigheden af predatory pricing strategien har været tilstrækkelig til at drive alle konkurrenterne fra markedet. Har omfanget af strategien været relativ lille, holder domstolene, at genindvinding ikke vil være mulig, da dette ikke vil være tilstrækkelig til at drive konkurrenterne fra markedet²⁰⁹. Domstolene antager desuden, at genindvindingsperioden skal have samme varighed som predation perioden for, at genindvinding er mulig. Hvis varigheden af strategien således har været relativ lang, så kræves det, at genindvindingsperioden er tilsvarende lang, hvilket domstolene ofte finder usandsynligt²¹⁰. Domstolene undlader at tage hensyn til, at avancerne i genindvindingsperioden, kan være en hel del højere end tabsmargen i predation perioden, hvorved tabene fra predation perioden hurtigere kan genindvindes²¹¹. De amerikanske domstole har således kreeret en situation, hvor en kort predation periode ikke opfylder genindvindingstestens første del nemlig, at konkurrenterne bliver ekskluderet. En lang predation periode, vil kunne opfylde testens første del, men synes derimod ikke at kunne opfylde det andet trin nemlig, at kunne hæve priserne over det konkurrencedygtige niveau i et omfang, der vil være tilstrækkelig til at kompensere for tabet under predation perioden.

Overordnet set synes de amerikanske domstoles tilgang til spørgsmålet om predatory pricing at være præget af deres generelle skeptiske holdning, og anvendelsen af genindvindingskravet at være baseret på en holdning om, at predatory pricing ikke forekommer i praksis²¹². Mange sager omhandlende predatory pricing bliver således afvist af domstolene, da sagsøgeren ikke kan løfte

²⁰⁸ *Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers, Inc.*, 51 F.3d 1191, 1202 (3d Cir. 1995), se også Leslie, s. 1729

²⁰⁹ Leslie, 2013, s. 1718

²¹⁰ *Ibid.*, s. 1719

²¹¹ *Ibid.*, s. 1719

²¹² *Ibid.*, s. 1759

bevisbyrden for sandsynlig genindvinding til den standard som domstolene ønsker²¹³. Leslie forklarer, at de amerikanske domstole ved på den anden side at kræve, at sagsøgere kan bevise, at der er en høj sandsynlighed for genindvinding samtidig med, at domstolene argumenterer for, at genindvinding ikke er mulig, i princippet har lovliggjort predatory pricing²¹⁴. Mens indførelsen af genindvindingskravet i amerikansk ret således må antages effektivt at have ført til afskaffelsen af falske positive, idet bevisbyrden for genindvinding er nærmest umulig at løfte, synes der imidlertid at være plads til forbedringer, da de høje bevismæssige krav alt andet lige må antages at føre til en forøgelse af falske negative.

3.4 Delkonklusion

I den ovenstående gennemgang af EU retspraksis for predatory pricing, er det blevet vist, at Domstolen har valgt at anvende en form-baseret test baseret på den anklagede virksomheds priser og omkostninger. Priser under AVC antages at have konkurrencebegrænsende effekter, og der er således ikke grund til at se på de egentlige effekter af denne prisfastsættelse. Ved priser mellem AVC og ATC, kan hverken hensigt eller konkurrencebegrænsende effekt antages, og det er således op til sagsøgeren at bevise, at det har været den anklagede virksomheds hensigt at eliminere en konkurrent. Domstolen har baseret denne test på, at priser under AVC ikke kan tænkes at have anden hensigt end at ville eliminere en konkurrent og, at priser mellem AVC og ATC potentielt kan eliminere en lige så efficient konkurrent.

Trods gentagne opfordringer har både Kommissionen og Unionens domstole afvist at gøre genindvinding til en del af testen for predatory pricing. Argumenterne for denne fortsatte afvisning har være flere, men der synes overordnet at findes to typer af begrundelser for afvisningen. Den ene type af argumentation synes at være baseret på, at genindvinding i sig selv er en vigtig faktor, ved vurderingen af, om der foreligger predatory pricing men, at det ikke er hensigtsmæssigt eller nødvendigt, at sandsynlig genindvinding bevises. Eksempler på denne type argumentation er, at genindvinding er svært at bevise og, at spørgsmålet om sandsynlig genindvinding allerede bliver redegjort for i dominantesten. Den anden type af argumentation synes derimod at være baseret på, politiske hensyn. Generaladvokat Colomers udtalelse om, at predatory pricing i sig selv er et misbrug uanset effekten, synes således at være udtryk for et ønske om at kunne sanktionere særlige

²¹³ Leslie, 2013, s. 1713

²¹⁴ Ibid., s. 1741

typer af adfærd, uanset om disse i det konkrete tilfælde har en konkurrencebegrænsende effekt eller ej. Domstolens udtalelser i både *Tetra Pak II* og *France Telecom* synes desuden at pege på et politisk hensyn om at værne om konkurrenterne fremfor forbrugerne. Baseret på en bred standard for dominans, en form-baseret test samt et politisk ønske om at beskytte konkurrenter, synes der at være en overinkluderende standard i forbindelse med predatory pricing i EU-retten. Kommissionen har med vejledningen forsøgt at advokere for en mere økonomisk og effekt-baseret tilgang, der muligvis kunne mildne dette, men det er endnu uvist, om Unions domstole vil tage denne til sig.

I modsætning til retspraksis i EU valgte the Supreme Court at indføre et krav om genindvinding allerede i 1993. Indførelsen af kravet synes at være grundet i en meget skeptisk holdning til predatory pricing som præsenteret af Chicago School økonomerne. Argumentet for indførelsen af kravet i den juridiske test var hovedsagligt, at uden mulighed for genindvinding, så er predatory pricing ikke til skade for forbrugerne. De amerikanske domstoles anvendelse af genindvindingskravet er imidlertid blevet stærkt kritiseret for at gøre det for svært for sagsøgere at bevise, at den anklagede virksomhed kan genindvinde sine tab. Dette har således ført til en form for per se legalitet for predatory pricing i USA. I forhold til EU-retten, synes der således i amerikansk ret at herske en underinkluderende standard, der er baseret på en frygt for at ramme den lovlige priskonkurrence, ved anvendelsen af en for omfattende juridisk standard. Det må imidlertid antages, at den i USA valgte standard har en høj risiko for at føre til en forøgelse af falske negative, særlig set i lyset af, at nyere teorier har vist, at predatory pricing kan være en rationel strategi.

4 Integreret analyse af genindvindingskravet

Holdningen til predatory pricing som en rationel strategi er som tidligere nævnt baseret på, hvorvidt det antages at være sandsynligt, at the predator kan genindvinde sine tab fra predation perioden. På trods af, at kravet om genindvinding således er en integreret del af den økonomiske definition af predatory pricing, har EU-retten, som vist ovenfor, ikke valgt at gøre kravet til en formel del af testen for predatory pricing, og det ligger efter *France Telecom* fast, at genindvinding ikke er nødvendig for, at der foreligger et misbrug. For at kunne vurdere, på hvilken måde et krav om genindvinding kan bidrage til EU-retten, vil der i det følgende ses på hvilke fordele og ulemper der kan være forbundet med kravet. Disse bygger både på økonomiske og juridiske ræsonnementer såvel som praktiske hensyn.

4.1 Argumenter for genindvindingskravet

4.1.1 Ingen skade på velfærd uden genindvinding

Som nævnt i afsnit 3.3.2 begrundende the Supreme Court indførslen af genindvindingskravet med, at hvis genindvinding ikke er mulig, så sker der ingen skade på konkurrencen og derved forbrugervelfærden. Lykkes det ikke the predator at hæve priserne efterfølgende og derved genindvinde tabet fra predation perioden, så er det et gode for forbrugerne, da de får priser, der ligger under omkostningerne i predation perioden og konkurrencedygtige priser i den efterfølgende periode. Over den samlede periode betaler forbrugerne således i gennemsnit en lavere pris end tilfældet ville have været, hvis ikke der havde været predatory pricing²¹⁵. Predatory pricing er således et gode for forbrugervelfærden, hvis ikke det er muligt for virksomheden at genindvinde sine tab. I en OECD rapport anføres det således, at genindvindingskravets primære værdi ligger i, at kravet hjælper konkurrencemyndigheder til at målrette deres bestræbelser mod adfærd, der skader forbrugervelfærden og ikke uforvarende reducerer denne velfærd²¹⁶.

Dette argument er udslag af et ensidigt fokus på forbrugervelfærden og tager således kun hensyn til predatory pricings langsigtede effekt på konkurrencen og ikke den umiddelbare effekt på konkurrenterne. De eventuelle tab som konkurrenterne måtte opleve som følge af predatory pricing

²¹⁵ *Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson* 409 US 209, 113 S Ct 2578, 224 (1993)

²¹⁶ OECD, 2005, s. 8

strategien eller det faktum, at disse muligvis ekskluderes fra markedet, ses ikke som et konkurrenceretlig problem så længe, at konkurrencen ikke skades på lang sigt²¹⁷.

4.1.2 Eliminering af falske positive

En vanskelighed i forbindelse med predatory pricing, består i at adskille konkurrencefremmende fra ulovlig prissætning, hvilket kan vise sig at være særdeles svært.²¹⁸ Findes der en for bredt omfavnende juridisk standard, kan dette føre til falske positive, da konkurrencemyndigheder og domstole således fejlagtigt vil anse adfærd som konkurrencebegrænsende, når dette ikke er tilfældet. Dette kan have den yderlige uheldige konsekvens, at virksomheder, af frygt for at blive fejlagtigt dømt, vil være påpasselige med at sænke deres priser. Der vil således blive opretholdt unaturligt høje priser på markedet til skade for forbrugerne, og på denne måde kan reguleringen være med til at fremhæve den selvsamme adfærd, som den er sat til at begrænse²¹⁹. Det kan desuden frygtes, at inefficente virksomheder misbruger retssystemet til at lægge sag an mod deres mere efficiente konkurrenter med anklage om predatory pricing, selv når dette ikke er tilfældet. Hvis virksomheder fejlagtigt dømmes for indholdsløse anklager, kan dette fastholde eller indbyde inefficente konkurrenter på markedet med højere produktionsomkostninger til følge²²⁰.

Kravet om genindvinding kan være med til at begrænse forekomsten af falske positive, da den lægger en ekstra byrde på sagsøgeren ved at kræve, at denne skal bevise, at den anklagede virksomhed kan genindvinde den tabte profit. Der kan argumenteres for, at mindre efficiente konkurrenter vil være påpasselige med at anklage mere efficiente virksomheder for predatory pricing, hvis de skal føre selvstændigt bevis for genindvinding. På denne måde kan kravet være med til at begrænse mængden af indholdsløse anklager. De amerikanske domstole har desuden argumenteret for, at hvis ikke en virksomhed kan genindvinde sine tab, så er det ikke sandsynligt, at

²¹⁷ Se foreksempel *Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson* 409 US 209, 113 S Ct 2578, 224 (1993), hvor the Supreme Court udtalte: "That below cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured..." , se også *Rebel Oil Co. v. Atl. Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1433, 9th Cir. (1995) "Though rivals may suffer financial losses or be eliminated as a result of the below-cost pricing, injury to rivals at this stage of the predatory scheme is of no concern to the antitrust laws."

²¹⁸ OECD, 2005, s. 20

²¹⁹ Leslie, 2013, s. 1707-1708

²²⁰ Joskow; Klevorick, 1979, 223

virksomheden har gennemført en predatory pricing strategi²²¹. Da en virksomhed taber profit ved at sætte priser under omkostninger, så vil en rationel virksomhed ikke indlade sig på en sådan adfærd, hvis ikke virksomheden med rimelig sikkerhed forudser, at den kan genindvinde dette tab. Eller sagt på en anden måde, hvis ikke genindvinding er mulig, så er der ikke grund til at antage, at priserne er sat under omkostningerne²²². Muligheden for genindvinding, eller mangel på samme, bliver på den måde den standard, der adskiller den lovlige fra den ulovlige priskonkurrence og derved afholder domstolene fra fejlagtigt at dømme virksomheder for predatory pricing, hvor dette ikke er tilfældet.

Som det ses, er denne type af argumentation mere fokuseret på at begrænse forekomsten af falske positive end falske negative. En sådan holdning kan ses som værende et udslag af en skeptisk holdning til forekomsten af predatory pricing²²³, en holdning som er delt af de amerikanske domstole. Holdningen synes derimod ikke være delt af EU's domstole. Som det fremgik af gennemgangen i afsnit 3.1 har Unionens domstole derimod traditionelt haft en mere overinkluderende tilgang til misbrugssager under artikel 102, hvilket synes at være udtryk for en større skepsis mod dominerende virksomheder og derved fokus på at begrænse falske negative.

4.1.3 Genindvinding som filter

I både amerikansk og EU ret anvendes der grundlæggende en pris/omkostningstest ved vurderingen af, hvorvidt der er tale om predatory pricing. Det kan imidlertid være svært for domstole præcis at fastlægge virksomhedernes omkostninger og en sådan analyse kan også være dyr at foretage²²⁴. I EU har Domstolen valgt at supplere pris/omkostningstesten med et krav om hensigt fra den anklagede virksomheds side for priser mellem AVC og ATC. Dette krav kan imidlertid også vise sig svært at anvende i praksis²²⁵, og der kan desuden argumenteres for, at virksomhedens hensigt ingen indflydelse har på, hvorvidt en virksomhed har udvist konkurrenceskadelig adfærd. Således

²²¹ Se for eksempel *Stearns Airport Equip. Co. v. FMC Corp.*, 170 F.3d 518, 528 (5th Cir. 1999), hvor domstolen udtalte, at “[i]f there is no likelihood of recoupment, it would seem improbable, that a scheme would be launched”

²²² Leslie, 2013, s. 1708

²²³ *Ibid.*, s. 1759

²²⁴ Iacobucci, 2006, s. 321

²²⁵ Leslie, 2013, s. 1712

har Easterbrook udtalt, at uden mulighed for genindvinding er selv den ondeste hensigt uden skade for konkurrencen²²⁶.

Fortalere for kravet om genindvinding argumenterer for, at kravet kan anvendes som et filter i predatory pricing sager ved at frasortere de sager, hvor den anklagede virksomheds og markedets karakteristika er sådan, at genindvinding ikke er mulig, selv hvis dette har været hensigten²²⁷. Domstole og konkurrencemyndigheder kan således slippe for at gå ind i analyser af omkostninger og hensigt, der både kan være vanskelige og uforholdsmæssigt dyre at foretage²²⁸. Som beskrevet ovenfor kan kravet om genindvinding anvendes som den standard, der gør det muligt for domstolene at adskille lovlig fra ulovlig priskonkurrence. I forlængelse af dette har de amerikanske domstole anvendt kravet som skæringspunktet for den videre undersøgelse af predatory pricing sager. Hvis ikke det vurderes, at genindvinding er mulig, så slutter undersøgelsen, og det er således ikke nødvendigt at undersøge de mere besværlige og bekostelige dele af testen. På denne måde effektiviseres predatory pricing testen og samfundet kan således spare både tid og penge²²⁹.

4.2 Argumenter imod genindvindingskravet

4.2.1 Predatory pricing skader forbrugerne og konkurrencen

Som det fremgik af afsnit 4.1.1, så har de amerikanske domstole baseret deres argumentation for genindvindingskravet på, at hvis ikke en virksomhed kan genindvinde sine tab fra predation perioden, så sker der ingen skade på hverken konkurrencen eller på forbrugervelfærden. Dette argument tager imidlertid ikke højde for, at forbrugerne i en eventuel genindvindingsfase kommer til at betale højere priser. Forbrugere, der køber i denne periode, lider således skade, da de er tvunget til at betale en højere pris end tilfældet ville være, hvis ikke der var sket predatory pricing. Denne skade består uanset om perioden, hvor the predator kan forhøje priserne, er lang nok eller ej

²²⁶ *AA Poultry Farms Inc v Rose Acre Farms Inc* 881 F2d 1396, 1401 (7th Cir 1989)

²²⁷ OECD, 2005, s. 8

²²⁸ Leslie, 2013, s. 1712

²²⁹ *Ibid.*, s. 1711

til at genindvinde det fulde tab²³⁰. På denne måde kan predatory pricing stadig være til skade for (en del af) forbrugerne, selv uden mulighed for fuld genindvinding.

Predatory pricing, selv uden mulighed for genindvinding, fører derudover også til allokativ inefficiens på kort sigt. Når der foreligger en kunstig lav pris, fører det til, at forbrugere overforbruger et produkt, hvor produktionsprisen er højere end værdien af produktet for forbrugerne. Dette skaber et dødvægtstab, til skade for den allokative efficiens²³¹. Desuden kan konkurrencen skades ved, at konkurrenter, der er lige så eller mere efficiente end the predator, bliver ekskluderet fra markedet, dette uanset om der er mulighed for genindvinding. Hvis ikke den anklagede virksomhed kan genindvinde sine tab, for eksempel fordi konkurrenter kan (gen)indtræde på markedet, når the predator atter hæver priserne, så kan der alligevel være samfundsmæssige omkostninger forbundet med denne exit og indtræden på markedet²³².

På grund af de forskellige typer af inefficiens, der kan opstå som følge af predatory pricing, selv uden genindvinding, så argumenterer Leslie for, at hvis formålet med de konkurrenceretlige regler er at beskytte efficiensen, så bør predatory pricing fordømmes uanset om genindvinding er mulig²³³.

4.2.2 Genindvindingskrav skaber flere falske negative

Som det sås i afsnit 4.1.2 så kan der argumenteres for, at kravet om genindvinding hjælper til at reducere forekomsten af falske positive. Kritikere af genindvindingskravet anfører imidlertid, at kravet samtidig er med øge risikoen for falske negative således, at virksomheder, som har anvendt predatory pricing, fejlagtigt frifindes²³⁴. Bliver virksomheder ikke dømt, når de fører en predatory pricing strategi, underminerer dette konkurrencereglerne. Hvis ikke den gældende juridiske standard korrekt fordømmer den ulovlige prissætning, så kan den være med til at fremme den. Er reglerne for eftergivende, slipper virksomheder af sted med deres ulovlige priskonkurrence til skade

²³⁰ Leslie, 2013, s. 1742

²³¹ Crane, 2005, s. 34-35

²³² Hovenkamp, 1989, s. 36

²³³ Leslie, 2013, s. 1744

²³⁴ Ibid., s. 1759

for efficiensen og forbrugerne²³⁵. Har virksomheder mulighed for at tage overpriser på lang sigt, som følge af en predatory pricing strategi skaber dette et dødvægtstab, hvilket er til skade for forbrugervelfærden og den allokative efficiens. Ydermere kan den produktive og dynamiske efficiens skades, som følge af, at den dominerende virksomhed uden konkurrence, ikke har motivation til at anvende den mest efficiente teknologi eller til selv at udvikle nye produktionsprocesser eller produkter, når den ikke længere er presset af konkurrerende virksomheder²³⁶.

Som nævnt i afsnit 3.3.3 har de amerikanske domstole anvendt kravet om genindvinding på en sådan måde, at det er næsten umuligt at løfte bevisbyrden herfor. Denne anvendelse af kravet skyldes, en meget skeptisk holdning til virksomheders anvendelse af predatory pricing og fokus er således hovedsagligt på at begrænse falske positive. Som der blev vist i afsnit 2.2.3 har de spilteoretiske modeller imidlertid vist, at predatory pricing er en langt mere rationel strategi end tidligere antaget og en holdning om, at predatory pricing ikke er et konkurrenceretligt problem, må derfor forkastes. Der er således god grund til at være opmærksom på ikke kun falske positive, men også falske negative. Anvendes der imidlertid et strengt genindvindingskrav, kan dette gøre det for svært at bevise predatory pricing, således at reguleringen ender med at tilskynde den konkurrencebegrænsende adfærd²³⁷.

4.2.3 Dominans muliggør genindvinding

Som det fremgik af gennemgangen af artikel 102 TEUF og § 2 af the Sherman Act, så er en væsentlig forskel mellem disse to bestemmelser, at kun artikel 102 kræver, at den anklagede virksomhed allerede har en dominerende stilling for, at bestemmelsen kan finde anvendelse. Kommissionen har således forklaret afvisningen af kravet om genindvinding med, at hvor det allerede er blevet fastlagt, at en virksomhed har en dominerende stilling, så er dette ensbetydende med, at det også vil være muligt for virksomheden at genindvinde sine tab. Af OECD's rundbordsdiskussion fra 2005 fremgik det, at flere kommentatorer, ligesom Kommissionen, anser en dominanstest for at være tilsvarende en test for genindvinding således, at et selvstændigt krav om

²³⁵ Leslie, 2013, s. 1759

²³⁶ Jones; Sufrin, 2014, s. 9-11

²³⁷ Leslie, 2013, s. 1760

genindvinding ikke anses for at være nødvendigt²³⁸. O'Donoghue og Padilla forklarer, at vurderingen af om en virksomhed har en dominerende stilling er baseret på markedets struktur, herunder markedsandele, adgangsbarrierer og kapacitet, hvilket er de samme faktorer, der er til stede en i strukturel genindvindingsanalyse. Vurderingen af, hvorvidt den anklagede virksomhed er dominerende kan således give en god indikation af, hvorvidt genindvinding er mulig²³⁹.

4.3 Diskussion af kravet om genindvinding

Som det ses af ovenstående har der været fremsat flere argumenter både for og imod at gøre genindvinding til et krav i testen for predatory pricing. For bedst at kunne vurdere, på hvilken måde et sådant krav, kan bidrage til EU-retten er det fundet mest hensigtsmæssigt at anskue kravet ud fra både et teoretisk og et praktisk perspektiv. I det følgende ses der nærmere på, hvordan kravet kan bidrage til reguleringen på et teoretisk niveau, herunder hvordan kravet relaterer sig til den nuværende fremgangsmåde i EU-retten. Efterfølgende ses der nærmere på, hvilke konsekvenser anvendelsen af kravet i praksis kan have.

4.3.1 Genindvindingskravets teoretiske fundament

En af diskussionerne i forbindelse med genindvindingskravet går på, hvorvidt kravet er en god proxy for, hvornår den omtvistede adfærd har negative effekter på konkurrencen og forbrugervelfærden. Anvendelsen af genindvindingskravet bliver ofte begrundet med, at uden genindvinding lider forbrugerne ingen skade, da de samlet set betaler en lavere pris. Som nævnt i afsnit 4.2.1 vil forbrugerne i en eventuel genindvindingsperiode skulle betale monopolpriser og disse vil således blive skadet uanset om disse priser fører til fuld genindvinding for the predator. Dette argumentet er imidlertid baseret på, at det er muligt at dele forbrugerne op i to grupper, nemlig en gruppe under predation perioden og én efter og, at disse er forskellige fra hinanden²⁴⁰. I markeder, som er karakteriseret ved gentagne køb, for eksempel dagligvarer, vil dette argument bære mindre vægt, da den samme forbruger ofte vil købe produktet både ved priser under og over det konkurrencedygtige niveau, og således samlet set betaler en lavere pris, hvis ikke virksomheden kan genindvinde sine tab. I et sådant marked er det således ikke muligt at adskille disse to grupper

²³⁸ OECD, 2005, s. 8

²³⁹ O'Donoghue og Padilla, 2006, s. 258, se også Østerud, 2010, s. 97, "Even in the absence of any need to establish a dangerous possibility of recoupment under article 102 TFEU, the separate finding of dominance, prior to the analysis to establish whether there is an abuse, may indicate that recoupment is possible."

²⁴⁰ Leslie, 2013, s. 1742

af forbrugere fra hinanden. Desuden bør den eventuelle skade på forbrugervelfærden vurderes på lang sigt og med forbrugerne som én samlet gruppe således, at der fokuseres på den samlede effekt af predatory pricing på forbrugervelfærden og ikke på de enkelte forbrugere. Der bør således laves en opvejning af de potentielle gavnlige og skadelige effekter på forbrugervelfærden på lang sigt, for at vurdere, hvorvidt adfærden kan siges at have en skadelig effekt på forbrugerne. På lang sigt vil forbrugervelfærden samlet set være forbedret, hvis ikke the predator kan genindvinde sine tab.

Som nævnt i afsnit 3.2.2.3 har Domstolen argumenteret for, at forbrugerne lider skade som følge af en begrænsning af deres valgmuligheder, når konkurrenterne elimineres. Forbrugernes valgmuligheder vil imidlertid altid begrænses, når en eller flere virksomheder bliver ekskluderet fra markedet, hvad enten disse er mere eller mindre effektive. Det vil imidlertid ikke være hensigtsmæssigt, at beskytte en mindre effektiv konkurrents stilling på markedet alene af den grund, at forbrugernes valgmuligheder således ikke begrænses. En begrænsning af forbrugernes valgmuligheder er i dette henseende en dårlig proxy for forbrugerskade²⁴¹.

Ud fra ovenstående betragtninger kan det konkluderes, at der på lang sigt ikke sker nogen skade på forbrugervelfærden ved predatory pricing, når ikke genindvinding er mulig. Det er imidlertid også vigtigt at tage stilling, hvorvidt predatory pricing uden genindvinding, kan skade forbrugerne gennem en forvridding af konkurrencen. I afsnit 4.2.1 blev det vist, at predatory pricing på kort sigt skaber et dødvægtstab som følge af, at produktionsomkostningerne er højere, end den pris som forbrugerne betaler for produktet. Da et sådant dødvægtstab imidlertid er båret af the predator selv samtidig med, at forbrugerene i gennemsnit er bedre stillet²⁴², så bør dette ikke tale for, at en sådan adfærden sanktioneres. Spørgsmålet er imidlertid om eliminering af lige så effektive konkurrenter bør fordømmes, selv hvis disse eller nye konkurrenter kan træde ind på markedet efterfølgende. Som tidligere nævnt kan der være omkostninger forbundet med indtræden og udtræden af markedet og disse omkostninger afholdes af konkurrenterne. Ud fra en fairhedsbetragtning kan det virke forkert, at konkurrenterne skal afholde disse omkostninger på grund af the predators mislykkede forsøg på predatory pricing. Hvis konkurrencereglernes formål imidlertid er at maksimere forbrugervelfærden, så er det kun forbrugernes tab og ikke konkurrenternes, der er relevante²⁴³. Det

²⁴¹ Rousseva, 2010, s. 169

²⁴² Landes, 1983, s. 671

²⁴³ Ibid., s. 671, fodnote 38

er desuden vigtigt at bemærke, at hvis disse omkostninger er så høje, at det ikke vil være profitabelt for konkurrenterne at (gen)indtræde ind på markedet, så vil the predator kunne genindvinde sin tab og kravet om genindvinding vil således være opfyldt. Hvis konkurrenterne i andre tilfælde stadig profitabelt kan indtræde på markedet, så vil forbrugervelfærden ikke blive skadet på lang sigt, da priserne således vil blive konkurreret ned på det konkurrencedygtige niveau igen. Hvis denne (gen)indtræden imidlertid ikke er tilstrækkelig eller er væsentligt forsinket, så vil dette igen føre til genindvinding og derved, at genindvindingskravet er opfyldt.

Det kan således konkluderes, at hverken konkurrencen eller forbrugervelfærden lider skade på lang sigt, hvis ikke genindvinding er mulig. Et krav om genindvinding kan således bidrage til effektivt at sørge for, at adfærd, der ikke skader forbrugervelfærden, men måske ligefrem kan øge denne, heller ikke sanktioneres.

4.3.1.1 Genindvindingskravet og "as efficient competitor" testen

Som det blev vist i gennemgangen af EU retspraksis har både Domstolen og Kommissionens vejledning valgt en type "as efficient competitor" test til at vurdere, hvorvidt predatory pricing fører til skade for forbrugerne. Denne test bygger på, at eliminering af lige så eller mere efficiente konkurrenter skader den effektive konkurrence på markedet og derved i sidste ende forbrugerne²⁴⁴. I forhold til et krav om genindvinding kan denne test potentielt være overinkluderende, hvis det antages, at det endelige mål er at øge forbrugervelfærden mest muligt.

For at genindvindingskravet skal være opfyldt skal the predator både være i stand til at ekskludere, afskrække eller disciplinere eksisterende eller potentielle konkurrenter, men skal derudover også efterfølgende kunne hæve priserne nok til at genindvinde tabet fra predation perioden, uden at dette tiltrække nye konkurrenter. "As efficient competitor" testen dækker den første af disse, men ikke nødvendigvis den anden. Dette skyldes, at "as efficient competitor" testen ikke nødvendigvis er fremadskuende og kan anvendes så snart, der er risiko for eliminering af en lige så effektiv konkurrent²⁴⁵. Testens fokus er således på, at forbrugerne selv i en kort periode kan komme til at betale en pris over det konkurrencedygtige niveau, uden hensyn til om forbrugerne samlet set står

²⁴⁴ Rouseva, 2010, s. 168

²⁴⁵ Ibid., s. 168

bedre, som følge af the predators adfærd²⁴⁶. Hvis konkurrenterne efterfølgende ikke kan (gen)indtræde på markedet, så står det klart, at sandsynligheden for, at genindvinde tabene er stor, når det er lykkedes the predator at eliminere lige så eller mere efficiente konkurrenter. Det kræver imidlertid en mere dybdegående analyse af de relevante faktorer på markedet for at kunne konkludere, at elimineringen af lige så effektive konkurrenter også fører til sandsynlig genindvinding.

Ud fra ovenstående står det klart, at genindvindingskravet adskiller sig fra ”as efficient competitor” testen, idet kravet både kræver eliminering af konkurrenterne, men derudover også en mulighed for efterfølgende at hæve priserne tilstrækkeligt, for at genindvinde det tidligere tab. Det synes således sandsynligt, at hvis det er muligt for den anklagede virksomhed at genindvinde sine tab, så er betingelserne i ”as efficient competitor” testen også opfyldt. Det kan derimod ikke uden videre antages, at elimineringen af lige så effektive konkurrenter automatisk fører til, at genindvinding er mulig²⁴⁷. Genindvindingskravet er således en strengere standard og kræver potentielt en dybere analyse af markedsforholdene end ”as efficient competitor” testen. Da der imidlertid ingen skade sker på konkurrencen eller forbrugervelfærden på lang sigt, hvis ikke genindvinding er mulig, så vurderes et krav om genindvinding i teorien at være et bedre værktøj til at beskytte disse interesser end ”as efficient competitor” testen.

4.3.2 Genindvinding og dominans

Som vist ovenfor, så er et krav om genindvinding en god standard for at vurdere predatory pricings effekter på konkurrencen og forbrugervelfærden. Som omtalt i afsnit **Fejl! Henvisningskilden blev ikke fundet.**, så er flere kommentatorer og Kommissionen imidlertid af den holdning, at der ikke er behov for et selvstændigt krav for genindvinding, hvis en virksomhed allerede er fundet dominerende. I det følgende undersøges, hvorvidt at et krav om dominans unødvendiggør et selvstændigt genindvindingskrav.

Argumentationen for, at der ikke er behov for et genindvindingskrav er, at en dominerende stilling giver en god indikation af, hvorvidt genindvinding er mulig. Dette er blandt andet på baggrund af,

²⁴⁶ Rousseva, 2010, s. 168-169

²⁴⁷ Ibid., s. 170

at både dominans og genindvinding kræver, at faktorer som markedsandel, adgangsbarrierer og overskudskapacitet er til stede. Der er således et overlap mellem de relevante faktorer, der medtages i dominanstesten og i en analyse for genindvinding, men dette overlap er imidlertid ikke fuldstændigt. Som det sås i 2.3.2.1, er dominans, adgangsbarrierer og overskudskapacitet vigtige dele af en kvalitativ genindvindingsanalyse, men også andre faktorer har betydning, for eksempel den anklagede virksomheds relative finansielle styrke samt, det omhandlede produkts priselasticitet. Disse faktorer er imidlertid ikke nødvendigvis en del af en dominanstest²⁴⁸. Det er desuden ikke kun forskellen på hvilke faktorer, der er relevante, som adskiller dominanstesten og en analyse af genindvinding, der er også en forskel i tidsperspektivet.

I og med, at en virksomhed allerede skal have en dominerende stilling, før artikel 102 finder anvendelse, så er dominanstesten baseret på virksomhedens stilling, som den var ved starten af predation perioden. En analyse af sandsynlig genindvinding søger imidlertid at vurdere, hvordan markedsforholdene vil være fremadrettet, når predation perioden er færdig. I sin argumentation for at gøre sandsynlig genindvinding til en del af testen for predatory pricing udtalte generaladvokat Mazàk:

” I mine afsluttende bemærkninger til spørgsmålet om godtgørelse af muligheden for genindvinding vil jeg fremhæve, at Kommissionens argumentation ikke har overbevist mig om, at genindvinding i Europa i henhold til artikel [102] følger af virksomhedens dominerende stilling, ikke mindst fordi fastlæggelse af dominans ofte bygger på historiske markedsforhold, mens muligheden for genindvinding, således som jeg har redegjort for det ovenfor, efter sin karakter nødvendigvis er ex-ante og fremadskuende, idet den vurderer markedsstrukturen, som den vil være i fremtiden ”²⁴⁹

Markedsforholdene kan således være ændret fra den tid, hvor en virksomhed påbegyndte predation perioden til det tidspunkt, hvor virksomheden søger at genindvinde sin tabte profit. De sandsynlige

²⁴⁸ Som nævnt i afsnit 3.1.1.1 har Domstolen anvendt en bred vifte af ”andre faktorer, der indikerer dominans” i vurderingen af om der foreligger en dominerende stilling og det kan således ikke udelukkes, at Domstolen vil inddrage de nævnte faktorer. Normalt vil en genindvindingsstest imidlertid ofte indeholde flere elementer end en test for dominans, se OECD, 2005, s. 8

²⁴⁹ *France Telecom*, sag C-202/07 P, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Mazàk fremsat d. 25. september 2008, præmis 76

effekter på konkurrenter, og på længere sigt priser, skal således medtages under en analyse for sandsynlig genindvinding, men er derimod ikke medtaget under en dominanstest. Dominanstestens fokus er på det niveau af markedsmagt, som the predator har inden predation perioden, hvorimod testen for genindvinding har fokus på at vurdere, hvor meget virksomhedens markedsmagt *stiger* som følge af predatory pricing strategien, da det er denne stigning, der er bestemmende for om genindvinding er mulig²⁵⁰. Det står klart, at hvis en virksomhed allerede har en dominerende stilling, så er denne sandsynligvis beskyttet mod konkurrenter for eksempel grundet høje adgangsbarrierer på tidspunktet for påbegyndelsen af predatory pricing strategien. Det synes således naturligt at forestille sig, at disse adgangsbarrierer også vil være til stede, hvis virksomheden lykkes med at ekskludere sine konkurrenter og således besværliggør indtræden af nye eller tidligere konkurrenter. I forbindelse med genindvinding skal sandsynligheden for indtræden imidlertid vurderes ud fra situationen, efter at konkurrenterne er blevet elimineret fra markedet²⁵¹. Hvis strategien har den, for the predator, ønskede effekt og konkurrenterne således forlader markedet, så vil dette efterfølgende føre til højere priser og lavere output. Dette åbner op for muligheden for yderligere salg, som ikke var til stede før predation perioden. Prisniveauet efter konkurrenterne har forladt markedet, kan således gøre indtræden på markedet profitabelt, selvom dette ikke var tilfældet tidligere²⁵². Det kan også være tilfældet, at konkurrenterne forlader markedet, men sælger deres aktiver til andre eksisterende eller potentielle konkurrenter. Selvom en konkurrent således succesfuldt bliver elimineret fra markedet vil det faktum, at konkurrentens aktiver stadig befinder sig på markedet, alt andet lige gøre det sværere for the predator at genindvinde sine tab. Dominanstesten fortæller imidlertid intet om, hvorvidt dette vil være tilfældet²⁵³.

For at predatory pricing skal være rationelt, skal the predator som minimum genindvinde hele tabet fra predation perioden. Som nævnt i afsnit 2.3.2.2 opvejes størrelsen af tabet i predation perioden med den forventede efterfølgende profit i en kvantitativ genindvindingsanalyse. En dominanstest siger imidlertid intet om, hvor lang eller hvor dyr predation perioden bliver og derved heller ikke om the predator vil kunne hæve priserne længe nok eller til et højt nok niveau til at genindvinde

²⁵⁰ Mano; Durand, 2005, s. 28

²⁵¹ Ibid., s. 28

²⁵² Ibid., s. 26

²⁵³ Ibid., s. 28

hele det tidligere tab²⁵⁴. Man kan argumentere for, at graden af dominans kan være bestemmende for, hvor nemt det vil være for the predator at eliminere sine konkurrenter²⁵⁵. Mens en dominantstest kan medtage betragtninger om graden af dominans, så er testens formål ikke at bestemme *hvor* dominerende en stilling virksomheden har, men derimod om virksomheden *har* en dominerende stilling, idet det er den dominerende stilling, der gør, at virksomheden falder under artikel 102's anvendelsesområde. Denne argumentation er endnu mere relevant i forhold til EU retspraksis, da EU-retten som nævnt i afsnit 3.1.1.1 har fundet, at virksomheder har en dominerende stilling, selv med relativt små markedsandele.

I Kommissionens vejledning nævnes det ydermere, at Kommissionen kan forfølge dominerende virksomheders prisdumping på sekundære markeder, hvor virksomheden endnu ikke er dominerende, særligt i tilfælde af, at virksomheden har et retligt monopol. Dette forklares med, at den dominerende virksomhed kan anvende krydssubsidiering fra det marked, hvor denne har et retligt monopol, til at udelukke den effektive konkurrence på det sekundære marked²⁵⁶. I et sådan tilfælde synes en selvstændig analyse af mulighederne for genindvinding nødvendig, idet virksomheden ikke nødvendigvis har markedsmagt på det marked, hvor misbruget udspiller sig²⁵⁷.

Der er således et vist overlap mellem en dominantstest og en analyse af genindvinding, men dette overlap er ikke komplet, og det kan således ikke konkluderes, at dominans i alle tilfælde vil betyde, at genindvinding er mulig. Det er således nødvendigt med en selvstændig test for genindvinding, hvis konkurrencemyndigheder og domstole vil sikre sig, at adfærd, der ikke fører til en forringelse af konkurrencen og forbrugervelfærden på lang sigt, heller ikke sanktioneres. Det er nødvendigt ikke kun at kigge på konkurrenterne og markedet sådan som det ser ud ved starten af predation perioden, men også hvordan det kan forventes at se ud efterfølgende. En analyse af genindvinding kan således ikke erstattes af en dominantstest. Det synes derimod at være en mulighed at en analyse af genindvinding kan bygge videre på en allerede foretaget dominantstest.

²⁵⁴ Mano;Durand, 2005, s. 28

²⁵⁵ Niels m.fl., 2011, s. 204

²⁵⁶ Kommissionens vejledning, punkt 64 (2)

²⁵⁷ O'Donoghue; Padilla, 2006, s. 259

4.3.3 Anvendelse af genindvindingskravet i praksis

I de foregående afsnit blev det vist, at genindvindingskravet i teorien er en god standard at anvende, til at beskytte konkurrencen og forbrugervelfærden på lang sigt. I det følgende ses der nærmere på, hvilke konsekvenser anvendelsen af kravet i praksis kan have.

Som tidligere nævnt bør den optimale regulering finde den rette balance mellem falske positive og falske negative således, at omkostninger ved disse typer fejlbedømmelser minimeres.

Gennemgangen af retspraksis i EU og USA i kapitel 3 viste, at holdningen til predatory pricing i disse to jurisdiktioner er meget forskellig. Emch og Leonard har sammenfattet disse forskelle således:

“The ECJ’s and the Supreme Court’s stances seem to be two extremes. The ECJ appears to reflect a skeptical view of dominant firms, is more concerned with “false negatives” than “false positives,” and takes a form-based approach. The U.S. Supreme Court, on the other hand, reflects a skeptical view of predatory pricing, is more concerned with “false positives” than “false negatives,” and takes an effects-based approach.”²⁵⁸

Falske positive må i USA antages at være så godt som elimineret ved indførslen af genindvindingskravet, idet bevisbyrden for genindvinding er nærmest umulig at løfte. Anvendelsen af kravet om genindvinding synes at have ført til en form for per se legalitet for predatory pricing, der er baseret på en holdning om, at predatory pricing er irrationelt²⁵⁹. Denne holdning må siges at være forældet med fremkomsten af de spilteoretiske modeller, der har vist, at predatory pricing kan være rationelt, når der findes asymmetri og forbindelser mellem markeder. Selv om kravet således teoretisk set kan være et godt redskab, så har anvendelsen af kravet i praksis imidlertid ført til en underinkluderende standard i USA og, at forbrugerne i stedet muligvis skades gennem falske negative. Anvendes kravet således i den form, som der er blevet udviklet gennem retspraksis i USA, må det antages, at kravet vil bidrage til en stærk begrænsning af falske positive, men derimod også en forøgelse af falske negative. Dette vil ikke være ønskeligt, da predatory pricing som tidligere

²⁵⁸ Emch; Leonard, 2009, s. 10

²⁵⁹ Det bemærkes, at sager også er blevet afvist af andre grunde end, at bevisbyrden for genindvinding ikke er blevet løftet, men generelt har Brooke Group været en velsignelse for virksomheder anklaget for predatory pricing, se Leslie, 2013, s. 1740

nævnt kan være en rationel strategi og, at det derfor også må forventes, at virksomheder vil forsøge at anvende en sådan strategi.

Afvisningen af kravet, i den i USA anvendte form, fører imidlertid til spørgsmålet om, hvorvidt det vil være muligt at indføre kravet på en måde, der i højere grad kan finde en mere hensigtsmæssig balance mellem falske positive og falske negative. Allerede fordi EU-retten er mere skeptisk over for dominerende virksomheder, kan det antages, at kravet i praksis vil blive anvendt anderledes, hvis det blev en del af testen for predatory pricing i EU²⁶⁰. Det kan for eksempel være tilfældet, at Kommissionen og Unions domstole, ligesom ved dominanstesten, vil anvende en bredere definition af, hvad der konstituerer adgangsbARRIERER, hvorimod de amerikanske domstole, som nævnt i afsnit 3.3.3 har tilbøjelighed til at anvende en meget snæver definition af dette i sager om predatory pricing.

Med udgangspunkt i erfaringerne fra USA og de i afsnit 4.1 og 4.2 nævnte fordele og ulemper forbundet med genindvindingskravet, vil der i det følgende præsenteres et forslag til en modificeret genindvindingsstest til brug i sager om predatory pricing. Den anførte test er baseret på, at gøre det lettere for sagsøgere at løfte bevisbyrden for genindvinding samtidig med, at testen stadig kun fanger adfærd, der kan forventes at have konkurrencebegrænsende effekter.

4.3.4 Forslag til en modificeret genindvindingsstest

Som nævnt i afsnit 3.3.2 kræver testen for genindvinding i USA blandt andet, at sagsøgeren kan bevise, at profitten i genindvindingsperioden er tilstrækkelig til at kompensere for tabet under predation perioden. Dette kræver, at der foretages en kvantitativ analyse. Som nævnt i afsnit 2.3.2.2 kræver den kvantitative analyse, at konkurrencemyndigheder og domstole korrekt kan fastlægge ikke bare størrelsen af tabet i predation perioden men også, at de kan vurdere profitten i genindvindingsperioden, hvilket er både besværligt og omkostningsfuldt. Desuden vil unøjagtige fastlæggelse af disse to kvantitative elementer resultere i både falske positive og falske negative. Det foreslås således, at mulighederne for genindvinding kun vurderes ud fra en kvalitativ analyse²⁶¹.

²⁶⁰ Jones og Sufrin forklarer, at hvorvidt det konkurrenceretlige system er mere bekymret for falske positive eller falske negative, vil påvirke hele den måde hvorpå loven bliver anvendt, Jones; Sufrin, 2014, s. 58

²⁶¹ Dette er også blevet foreslået af Hemphill, se Hemphill, 2001, s. 1608

Bevisbyrden for genindvinding vil således kunne blive løftet ved at vise, at der er sket en prisstigning, som kan forventes at være ved eller, hvis der gribes ind inden predation perioden er slut, at markedsstrukturen og den anklagede virksomheds karakteristika, ville gøre en sådan prisstigning sandsynlig. Ved ikke at kræve, at der foreligger bevis for, at the predator har genindvundet sit tab krone for krone, vil det også gøre det nemmere at medtage for eksempel omdømme effekter på andre geografiske eller produktmarkeder, som ellers kan være svære at kvantificere. Ved at fjerne det kvantitative element undgår konkurrencemyndigheder og domstole også præcist at skulle vurdere længden af en eventuel genindvindingsperiode. Udelukkelsen af det kvantitative element i genindvindingstesten ligger godt i tråd med Kommissionens vejledning, hvor det forklares, at der ved vurderingen af, hvorvidt forbrugere lider skade ikke er tale om en mekanisk beregning af fortjeneste og tab samt, at der ikke er noget behov for bevis for den samlede fortjeneste²⁶².

Der vil stadig være brug for en kvantitativ analyse, men denne skal foretages som en del af pris/omkostningstesten. Uden dette vil en virksomhed kunne blive dømt for predatory pricing, hvis markedsstrukturen tillader genindvinding uden, at der ses nærmere på virksomhedens adfærd i form af dennes prissætning. Det er således nødvendigt at supplere genindvindingskravet med en pris/omkostningstest for at kunne identificere de sager, hvor der sker en konkurrencebegrænsning som følge af den anklagede virksomheds adfærd til forskel fra de sager, hvor denne adfærd ville have konkurrencebegrænsende effekter, hvis den blev anvendt²⁶³. Det foreslås imidlertid, at den kvalitative analyse af mulighederne for genindvinding foretages inden pris/omkostningstesten. Som forklaret i afsnit 4.1.3 har fortalere for genindvindingskravet forklaret, at kravet med fordel kan anvendes som filter således, at konkurrencemyndigheder og domstole ikke skal gå ind i svære analyser af virksomhedens omkostninger. Grundet de i afsnit 2.3.1 nævnte problemer, der kan være i forbindelse med, at korrekt at fastlægge en virksomheds priser samt det faktum, at der kan være tidspunkter, hvor virksomheder kan sætte priser under omkostninger uden, at dette nødvendigvis er med hensigt om at eliminere konkurrenter, så forslås det at anvende den modificerede test for genindvinding inden, der foretages en pris/omkostningstest.

²⁶² Kommissionens vejledning, punkt 71

²⁶³ Hemphill, 2001, s. 1588

Udover at fjerne det kvantitative element, foreslås det derudover, at der anvendes en bredere definition af genindvindingsbegrebet. Dette kan for eksempel gøres ved ikke kun at se genindvinding, som muligheden for at hæve priserne efter predation perioden, men at medtage andre økonomiske fordele, som the predator kunne forventes at få, som følge af predatory pricing startegien²⁶⁴. Som det fremgik af afsnit 3.2.2.3 forklarede Kommissionen i Wanadoo, at virksomheder kan vælge at fokusere på genindvinding på lang sigt. Anvendes en bredere definition af genindvinding, der ikke kun er fokuseret på, om det er muligt at hæve priserne, så vil sådanne langsigtede fordele også kunne tages i betragtning. En bredere definition af genindvinding er også blevet foreslået af generaladvokat Fennelly i *Compagnie Maritime Belge*, hvor han anså deling af tab for at være en form for genindvinding²⁶⁵. Der bør desuden være fokus på at undersøge alle de måder, hvorpå genindvinding kan ske navnlig, at priserne ikke nødvendigvis stiger til et højere niveau end før predation perioden, men at genindvinding også kan ske ved, at konkurrenterne bliver afskrækket fra at træde ind på det berørte marked eller andre markeder, hvor den anklagede virksomhed er tilstede. Mere specifikt, skal konkurrencemyndigheder og domstole inddrage effekterne af asymmetri og forbindelser mellem markeder, i deres analyse af, hvorvidt genindvinding er sandsynlig. Som det sås i afsnit 3.3.3 har de amerikanske domstole i høj grad ikke været villige til at acceptere teorierne bag de spilteoretiske modeller i deres analyser, hvilket har gjort det sværere for sagsøgere at løfte bevisbyrden for genindvinding. Kommissionen synes imidlertid at have en mere positiv holdning til disse teorier. Som andre faktorer, der kan mindske konkurrencen på markedet, nævnes muligheden for både at anvende signaler om profitabiliteten på markedet, at opbygge et omdømme for at afskrække konkurrenterne samt, at påvirke konkurrenternes muligheder for ekstern finansiering i Kommissionens vejledning. Kommissionen

²⁶⁴ Dette er i tråd med Kommissionens discussionen paper, hvor det blev forklaret, at ” *The issue of recoupment concerns the question whether the negative effect on (the growth of) competition in the market makes the sacrifice of the temporarily incurred losses a good ‘investment’ from the dominant company’s perspective.* ”, DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, punkt 122

²⁶⁵ *Compagnie Maritime Belge*, Sag C-395/96, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Nial Fennelly, fremsat den 29. September 1998, præmis 136

synes således allerede, at være opmærksom på disse faktorer, der kan gøre det mere sandsynligt, at en predatory pricing strategi er succesfuld.

4.3.5 Hvordan kan et krav om genindvinding bidrage til EU-retten?

På baggrund af de forudgående diskussioner synes indførslen af genindvindingskravet at kunne bidrage til EU-retten ved at begrænse forekomsten af falske positive i og med, at kun adfærd som skader konkurrencen eller forbrugervelfærden på lang sigt bliver sanktioneret. Samtidig bidrager den modificerede test til, at det vil være lettere, at løfte bevisbyrden for genindvinding således, at falske negative i videst muligt omfang også undgås. Som det fremgår af den modificerede test, så har denne lighedspunkter med fremgangsmåden i Kommissionens vejledning. Generelt er både genindvindingskravet og Kommissionens vejledning udtryk for en effekt-baseret test. Det kan derfor diskuteres, hvorvidt genindvindingskravet i dets modificerede udgave er nødvendigt set i lyset af Kommissionens vejledning. Som nævnt i afsnit 3.2.3 er Kommissionens vejledning imidlertid ikke bindende for Unionens domstole og gennemslagskraften af vejledningen er således afhængig af Domstolen og Rettens villighed til at inkorporere vejledningens principper i retspraksis. Der har været tegn på, at retspraksis for ekskluderende adfærd under artikel 102, har trukket mere i retning af en mere effekt-baseret tilgang, men Rettens afgørelse i Intel har sæt tvivl om dette. Ydermere er Kommissionens vejledning, som nævnt, bygget op på en sådan måde, at den ikke giver virksomheder, den sikkerhed som det ellers havde været formålet at give dem. Indførsel af genindvindingskravet i retspraksis synes således også at kunne bidrage til, at Unionens domstole i fremtiden vil være nødsaget til at foretage en mere effekt-baseret analyse af predatory pricing og, at anklagede virksomheder kan støtte ret på, at en sådan analyse foretages, hvilket fører til mere forudsigelighed i anvendelsen af retsreglerne.

På baggrund af ovenstående betragtninger foreslås det således, at kravet om genindvinding gøres til en formel del af testen for predatory pricing og, at mulighederne for genindvinding vurderes ud fra den modificerede test.

5 Konklusion

Predatory pricing er en strategi, hvorved en virksomhed sænker sine priser og ofrer profit på lav sigt i håb om at kunne skade sine konkurrenter således, at den ofrede profit kan genindvindes på lang sigt. Set fra et forbrugervelfærdssynspunkt øges forbrugervelfærden således på kort sigt, men forbrugerne lider skade på lang sigt, idet de her vil blive tvunget til at betale højere priser.

Tilhængere af Chicago School har generelt en meget skeptisk holdning til predatory pricing, idet de ikke anser det for at være en rationel strategi. Mcgee har argumenteret for, at det ikke er sandsynligt, at the predator kan genindvinde sine tab og, at det således er mere hensigtsmæssigt for en virksomhed at opkøbe konkurrenterne. De spilteoretiske modeller har bidraget til diskussionen ved at vise, at predatory pricing kan være rationelt, hvis der foreligger asymmetrisk information og forbindelser mellem markeder. Disse modeller viser, at the predator har mulighed for at ekskludere eller afskrække eksisterende og potentielle konkurrenter, ved at udnytte disse. Hvor tilhængere af Chicago School således argumenterer for, at predatory pricing ikke er et konkurrenceretligt problem, har disse nyere teorier vist, at konkurrencemyndigheder og domstole bør være opmærksom på denne type adfærd.

Som følge af diskussionen af, hvorvidt predatory pricing er en rationel strategi, følger spørgsmålet om, hvordan denne type adfærd bedst reguleres. I 1975 præsenterede økonomerne Areeda og Turner deres forslag til dette. De foreslog en test, der udelukkende bygger på den anklagede virksomheds priser og omkostninger. Denne test har dannet grundlag for reguleringen af predatory pricing i både EU og USA. Ifølge testen er priser under AVC udtryk for ulovlig prissætning, mens priser over AVC er lovlige. Testen tager ikke eksplicit hensyn til spørgsmålet om genindvinding, men kravet synes at ligge implicit i testen, idet forfatterne argumenterer for, at predatory pricing ikke er en rationel strategi, hvis ikke virksomheden kan genindvinde sine tab. Som supplement til en prisomkostningstest er det muligt at anvende et egentlig krav om genindvinding i testen for predatory pricing. Undersøgelsen af hvorvidt dette krav er opfyldt kan baseres på en kvalitativ eller kvantitativ analyse. Den kvantitative analyse bygger på markedets strukturelle faktorer samt den anklagede virksomheds karakteristika, mens den kvantitative analyse er en opgørelse over den anklagede virksomheds samlede tab og forventede fortjeneste. Denne analyse kan imidlertid være meget svær at foretage og unøjagtige vurderinger af tab og fortjeneste kan føre til høje omkostninger i forbindelse med både falske positive og falske negative.

I EU har tilgangen til predatory pricing traditionelt været meget formbaseret. Der er således anvendt en test, som hovedsagligt bygger på den anklagede virksomheds omkostninger og med inspiration fra Areeda Turner testen udtalte Domstolen i *AKZO*, at priser under AVC udgjorde et misbrug, da det var utænkeligt, at virksomheder ville anvende sådanne priser for anden grund end at eliminere konkurrenterne. Domstoles tilføjede imidlertid, at også priser mellem AVC og ATC kan udgøre et misbrug, hvis de er del af plan om at eliminere en konkurrent. Denne test er blevet slået fast i senere afgørelser og må siges at være fast retspraksis for predatory pricing. Efter *France Telecom* er det desuden blevet slået fast, at EU-retten ikke kræver selvstændigt bevis for genindvinding for at fastslå, at der foreligger et misbrug i form af predatory pricing. Argumenterne for afvisningen af dette krav kan hovedsagligt deles op i argumenter, der anerkender, at genindvinding spiller en væsentlig rolle i predatory pricing, men som ikke anser det for at være hensigtsmæssigt at indføre kravet samt, argumenter der af politiske grunde ikke ønsker at gøre kravet til en formel del af testen. Heller i Kommissionens vejledning er genindvinding blevet gjort til en del af testen for predatory pricing. Denne test tager udgangspunkt i, hvorvidt virksomhedens omkostninger er tegn på tab og kan eliminere en lige så effektiv konkurrent. Vejledningen er imidlertid generelt et udtryk for en mere effekt-baseret tilgang til predatory pricing end Retten og Domstolens praksis, idet Kommissionen ligger op til, at den vil tage flere faktorer i betragtning end den test, der traditionelt anvendes af Unionens domstole. Det er imidlertid uklart, hvor stor gennemslagskraft vejledningen vil få og uden en mere effekt-baseret tilgang, synes EU-retten at være præget af overinklusion og således flere falske positive.

I modsætning til EU-retten blev genindvindingskravet gjort til en del af testen i amerikansk ret i 1993. Indførslen af kravet kan ses som værende et udtryk for en meget skeptisk holdning til predatory pricing og derved et mål om at begrænse falske positive. The Supreme Court's argument for at anvende kravet var hovedsagligt, at uden genindvinding, sker der ingen skade på forbrugervelfærden. Kravet synes at have sat en effektiv stopper for falske positive, idet domstolene har gjort det næsten umuligt for sagsøgere at løfte bevisbyrden for sandsynlig genindvinding. Dette har ført til en del kritik af de amerikanske domstoles anvendelse af kravet og der er blevet argumenteret for, at indførslen af kravet har ført til en form for per se legalitet for predatory pricing. Dette må antages at føre til en forøgelse af falske negative, set i lyset af, at nyere teorier har vist, at predatory pricing kan være en rationel strategi. I modsætning til EU-retten synes amerikansk ret

således at føre til underinklusion, hvor forbrugerne potentielt bliver skadet gennem flere falske negative.

Hvorvidt genindvindingskravet skal være en del af testen for predatory pricing er en kontroversiel diskussionen og der er mange argumenter både for og imod kravet. Fortalere for kravet anfører, at uden genindvinding lider hverken konkurrencen eller forbrugerne skade på lang sigt, at kravet kan begrænse falske positive samt, at det er hensigtsmæssigt at anvende kravet som et filter således, at testen for predatory pricing kan effektiviseres. Kritikkerer af argumentet har derimod anført, at selv uden genindvinding kan predatory pricing skade både konkurrencen og forbrugerne, at anvendelsen af kravet fører til flere falske negative samt, at under bestemmelser, der kræver en dominerende stilling, så er kravet unødvendigt.

For at kunne vurdere, på hvilken måde genindvindingskravet kan bidrage til EU-retten, er det fundet hensigtsmæssigt at se på kravet både fra en teoretisk og praktisk synsvinkel. På det teoretiske plan kan kravet bidrage til, at kun adfærd, der skader konkurrencen og forbrugervelfærden på lang sigt, bliver sanktioneret. Kravet er endvidere bedre til at vurdere en eventuel skade end "as efficient competitor" testen, idet denne ikke nødvendigvis er fremadskuende og således kun kigger på elimineringen af lige så efficiente konkurrenter på kort sigt. Kommissionens argument om, at dominanstesten også redegør for muligheden for genindvinding må desuden forkastes. Der er et vist overlap mellem en dominans- og en genindvindingstest, men dette overlap er ikke komplet. Genindvindingstesten adskiller sig fra dominanstesten ved ofte at vurdere flere faktorer, ved at vurdere markedet fremadrettet samt, at fokusere på stigningen og graden af dominans, hvorimod dominanstesten som udgangspunkt kun kigger på, om der foreligger en dominerende stilling ved begyndelsen af predation perioden. På det teoretiske plan kan et krav om genindvinding således bidrage til kun at sanktionere adfærd, der har påføre konkurrencen og forbrugervelfærden skade på lang sigt. På det praktiske plan, må det derimod antages, at kravet vil føre til en forøgelse af falske negative, hvis det anvendes på samme måde som i USA. Opgaven foreslår således en modificeret test til at vurdere genindvinding, som er baseret på et ønske om at begrænse falske positive og falske negative mest muligt. Mulighederne for genindvinding skal således baseres på en kvalitativ test, hvor begrebet genindvinding dækker over alle de økonomiske fordele, som den anklagede virksomhed måtte have. Den modificerede test har lighedspunkter med Kommissionens vejledning, men det står endnu ikke klart om Unionens domstole vil følge den effekt-baserede fremgangsmåde i

vejledningen og, vejledningen vurderes ej heller at give fornøden forudsigelighed til virksomheder, grundet dens opbygning.

Det kan således konkluderes, at et krav om genindvinding i testen for predatory pricing kan bidrage til EU-retten, ved at åbne op for anvendelsen af en effekt-baseret tilgang til reguleringen af predatory pricing. Kravet kan begrænse forekomsten af falske positive, idet kun adfærd, der kan skade konkurrencen og forbrugervelfærden på lang sigt sanktioneres. Anvendes den modificerede test til at vurdere mulighederne for genindvinding, vil bevisbyrden samtidig være nemmere at løfte således, at kravet ikke fører til en forøgelse af falske negative. På baggrund af dette bør genindvindingskravet være en formel del af testen for predatory pricing i EU-retten.

6 Litteraturliste

Bøger

- Buttigieg, Eugène. 2009. *Competition Law: Safeguarding the consumer interest, A comparative analysis of US antitrust law and EC competition law*. Holland: Kluwer Law International
- Jones, Alison; Sufrin, Brenda. 2014. *EU competition law: Text Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press
- Khemani, R. S. 1998. *A Framework for Design and Implementation of Competition Law and Policy*. USA: World Bank Publications
- Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi bind 2, Virksomhedsteori og industriøkonomi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Motta, Massimo. 2004. *Competition Policy, Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press
- Niels, Gunnar; Jenkins, Helen; Kavanagh, James. 2011. *Economics for Competition Lawyers*. Oxford: Oxford University Press
- Nielsen, Ruth; Tvarnø, Christina D. 2011. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- O'Donoghue, Robert; Padilla, A. Jorge. 2006. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Portland: Hart Publishing
- Rousseva, Ekaterina. 2010. *Rethinking Exclusionary abuses in EU Competition Law*. Portland: Hart Publishing
- Østerud, Eirik. 2010. *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law*. Holland: Kluwer Law International

Artikler

- Areeda, Phillip; Turner, Donald, F. 1975. Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review* 88(4): s. 697-73
- Bain, Joe S. 1954. Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries. *The American Economic Review* 44(1): s. 15-39
- Bolton, Patrick; Joseph F. Brodley; Michael H. Riordan, 2001. Predatory Pricing: Response to Critique and Further Elaboration, *Georgetown Law Journal* 88(8): s. 2239-2330
- Brodley, Joseph F.; Hay, George A., 1981, Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 1017: s. 738-803
- Crane, Daniel A., 2005, The Paradox of Predatory Pricing, *Cornell Law Review*, 91: s. 1-66
- Easterbrook, Frank H. 1981, Predatory Strategies and Counterstrategies. *University of Chicago Law Review* 48: s. 263-337
- Emch, Adrian; Leonard, Gregory K. 2009. Predatory Pricing after linkLine and Wanadoo. *GCP: The Online Magazine for Global Competition Policy*. 2009(1): s. 1-12
- Fudenberg, Drew; Tirole, Jean. 1986. A "Signal-Jamming" Theory of Predation. *The RAND Journal of Economics* 17(3): s. 366-376
- Giocoli, Nicola. 2011. When low is no good: Predatory pricing and U.S. antitrust law (1950–1980). *Euro. J. History of Economic Thought* 18(5): s. 777–806
- Hemphill, C. Scott, 2001. The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analysis. *Stanford Law Review* 53(6): s. 1581-1612
- Hovenkamp, Herbert. 1989. Antitrust's Protected Classes. *Michigan Law Review* 88(1): s. 1-48

- Iacobucci, Edward M. 2006. Predatory Pricing, the Theory of the Firm, and the Recoupment Test: An Examination of Recent Developments in Canadian Predatory Pricing Law. *The Antitrust Bulletin* 51(2): s. 281-323
- Joskow, Paul L.; Klevorick, Alvin K., 1979. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy(1979). *The Yale Law Journal* 89(2): s. 213-270
- Koller, R.H., II. 1971. The myth of predatory pricing: An empirical study. *Antitrust Law and Economics Review* 4: s. 105-123
- Landes, William M. 1983. Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *University of Chicago Law Review* 50: s. 652-678
- Leslie, Christopher R. 2013. Predatory Pricing and Recoupment. *Columbia Law Review* 113(7): s. 1695-1772
- Martin, Stephen; Møllgaard, Peter; Overgaard, Per Baltzer; Schultz, Christian. 1999. Industriøkonomi. *Publiceret som kapitel 9 i Christian Hjorth Andersen, Udviklingslinier I Økonomisk Teori*
- McGee, John S. 1958. Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case. *Journal of Law and Economics* 1: s. 137-169
- Mcgee, John S. 1980. Predatory Pricing Revisited. *Journal of Law and Economics* 23(2): 289-330.
- Milgrom, Paul; Roberts, John. 1982. Predation, Reputation and Entry Deterrence. *Journal of Economic Theory* 27(2): s. 280-312
- Milgrom, Paul; Roberts, John. 1990. New Theories of Predatory Pricing. *Industrial Structure in the New Industrial Economics*, G Bonoanno and D Brandolini (eds): s. 112-137
- Scharfstein, David. 1984. A Policy to Prevent Rational Test-Marketing Predation. *The RAND Journal of Economics* 15(2): s. 229-243

- Yamey, B. S. 1972. Predatory Price Cutting: Notes and Comments. *Journal of Law and Economics* 15(1): s. 129-142

Rapporter

- Bolton, Patrick; Joseph F. Brodley; Michael H. Riordan, 2000. *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*
http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/218778.pdf
- International Competition Network. 2012. *Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis*
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc828.pdf>
- OECD. 2005. *Roundtable on Competition Policy: Predation Foreclosure 2004*.
<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/34646189.pdf>

Regulering

- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde
- The Sherman Act
- Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002, om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82

Domme

Domstolens domme

- *AKZO*, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Domstolens dom af 3. juli 1991, Saml. 1991, s. I-03359
- *Continental Can*, sag 6/72, Europemballage Corporation og Continental Can Company mod Kommissionen, Domstolens dom af 21. februar 1973, Saml. 1973, s. 00215

- *France Telecom*, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, Domstolens dom af 2. april 2009, Saml. 2009, s. I-02369
- *Hoffman-La Roche*, sag C-85/76, Hoffman-La Roche mod Kommissionen, Domstolens dom af 13. februar 1979, Sml. 1979, s. 00461
- *Michelin*, sag C-322/81, Michelin mod Kommissionen, Domstolens dom af 9. november 1983, Saml. 1983, s. 03461
- *Post Danmark*, sag 209/10, Post Danmark mod Konkurrencerådet, Domstolens dom af 27. marts 2012, Offentliggjort i elektronisk samling af afgørelser
- *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Domstolens dom af 14. november 1996, Saml. 1996, s. I-0595
- *Tomra*, sag C-549/10 P, Tomra m.fl. mod Kommissionen, Domstolens dom af 19. april 2012, Offentliggjort i elektronisk samling af afgørelser

Rettens domme

- *British Airways*, sag T-219/99 British Airways mod Kommissionen, Rettens dom af 17. december 2003, Saml. 2003 II-05917
- *Intel*, sag T-286/09, Intel mod Kommissionen, Rettens dom af 12. juni 2014, Endnu ikke offentliggjort

Amerikanske domme

- *AA Poultry Farms Inc v. Rose Acre Farms Inc* 881 F2d 1396 (7th Cir 1989)
- *Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers, Inc.*, 51 F.3d 1191, (3d Cir. 1995)
- *Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson* 409 US 209, 113 S Ct 2578 (1993)
- *Exxon Corp. v. Berwick Bay Real Estates Partners*, 748 F.2d 937, (5th Cir. 1984)
- *Matsushita Electric Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, (1986)

- *Rebel Oil Co. v. Atl. Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, (9th Cir. 1995)
- *Spectrum Sports v. McQuillan*, 506 US 445, 456, 459, (1993)
- *Stearns Airport Equip. Co. v. FMC Corp.*, 170 F.3d 518 (5th Cir. 1999)
- *United States v. Grinnell Corp.*, 384 US 563 (1966)
- *United States v. Microsoft*, 253 US 34 (2001)
- *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V Trinko*, 124 S Ct 872, 879 (2004)

Forslag til afgørelser

- *Compagnie Maritime Belge*, Sag C-395/96, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Nial Fennelly, fremsat den 29. September 1998
- *France Telecom*, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Mazàk fremsat d. 25. september 2008
- *Tetra Pak II*, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat D. Ruiz-Jarabo Colomer fremsat d. 27. Juni 1996

Kommissionens afgørelser

- *AKZO*, IV / 30.698, Kommissionens afgørelse af 14. december 1985
- *Intel*, COMP/C-3/37.990, Kommissionens afgørelse af 13. maj 2009
- *Wanadoo*, COMP 38/233, Kommissionens afgørelse af 16. juli 2003

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 2009/C 45/02

Discussion papers

- DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses
- Mano, Miguel de la, Durand, Benoît. 2005. Office of the Chief Economist, Discussion Paper, A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82