

## **Excessive Pricing i EU – en Compliance Manual**

*Hvordan kan virksomheder prissætte i overensstemmelse med  
EU's konkurrenceregler?*

### **Excessive Pricing in EU – a Compliance Manual**

*How can undertakings make sure to set their prices in compliance with EU competition law?*



### **Kandidatspeciale – Cand.merc.jur**

Stine de Hebo, 60817  
Annika Brochorst, 68003

### **Afleveringsdato**

15. maj 2018

### **Vejledere**

Grith Skovgaard Ølykke (juridisk)  
Erik Molin (økonomisk)

Antal anslag/normalside: 245.651/108 normalsider

## Abstract

According to European competition law article 102 (a) TFEU, undertakings, who holds a dominant position in a market, is prohibited of abusing this position by charging excessive selling prices of its products. Excessive precedents at EU level have been limited to date. The European Court of Justice introduced a new test in the United Brands ruling, for determining whether a price is reasonably related to the "economic value" of the product supplied. It is uncertain how dominant undertakings can be compliant with Article 102 (a) TFEU, as the current test imposes several practical issues. Therefore, this thesis seeks to clarify and expand the current test from a legal and industrial economic view, make the test more applicable.

The excessive pricing test outlined in this thesis, can be used as a guideline for dominant undertakings to examine if their price level is in accordance with article 102(a) TFEU. The test includes six limbs that an undertaking needs to go through, to establish whether prices are excessive or not. The overall conclusions of the six limbs are; (1) that the EU Commission has a bigger incentive to intervene in markets with high entry barriers of entry; (2) that an undertaking's average total costs should be based on the product supplied, should include most related factors; (3) that undertakings can use different methods to compare its prices such as (i) comparison across markets, (ii) comparisons with competitors or geographic price comparisons and (iii) comparisons of the undertaking's prices over time; (4) that it is difficult if not impossible for a dominant firm to justify its prices by objective conditions.

By the means of a comparative analysis this thesis emphasizes the necessity of the dominant undertakings to be aware of their price levels to satisfy the European competition policy; to protect the consumer welfare, as high prices directly harm the consumers. Furthermore, undertakings that are active in both EU and USA needs to keep in mind that they, contrary to in the EU, can set prices as in the USA. In conclusion the provision of article 102 (a) TFEU has an impact on

## Indholdsfortegnelse

<b>Forkortelser og begreber .....</b>	<b>6</b>
<b>Brug af fremmedsprog .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Kapitel 1.....</b>	<b>7</b>
1.1 Urimeligt høje priser i den Europæiske Union.....	7
1.2 Problemformulering.....	8
1.3 Synsvinkel.....	9
1.4 Afgrænsning.....	9
1.5 Metode og teori.....	11
1.5.1 Kapitel 2.....	11
1.5.1.1 Juridisk teori og metode.....	11
1.5.1.2 Økonomisk metode og teori.....	16
1.5.2 Kapitel 3.....	18
1.6 Struktur.....	19
1.7 Antagelser.....	20
<b>2. Kapitel 2 - Hvordan kan en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det indre marked i EU, sikre at udforme sin prispolitik i overensstemmelse med TEUF artikel 102, litra a? .....</b>	<b>27</b>
2.1 Hvad er den historiske baggrund for håndhævelsen af dominerende virksomheders urimeligt høje prissætning?.....	27
2.2 Hvilken test skal dominerende virksomhed foretage for at undersøge om de prissætter i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a?.....	30
2.2.1 Trin 1 - Hvilke virksomheder er udsat for Kommissionens indgriben overfor deres prissætning?.....	30
2.2.1.1 Er høje og langvarige adgangsbARRIERER en forudsætning for at gribe ind over for urimeligt høje priser?.....	32
2.2.1.2 Er det en "safe harbour" at være den næststørste aktør på et marked? .....	39

2.2.1.3	Sammenfatning på trin.1.....	41
2.2.2	Trin 2- Hvornår indikerer en profitmargin, at en pris er urimelig høj?	42
2.2.2.1	Hvilke omkostninger danner grundlag for beregningen af profitmarginen?.....	43
2.2.2.2	Kan der ud opstilles en benchmark for hvornår en pris er urimelig baseret på profitmarginens størrelse?.....	50
2.2.2.3	Sammenfatning af trin.2.....	57
2.2.3	Trin 3- Hvornår er en pris i sig selv urimelig?.....	58
2.2.3.1	Hvilke betragtninger indgår i vurderingen af den økonomiske værdi?	60
2.2.3.2	Sammenfatning af trin.3.....	65
2.2.4	Trin 4- Hvornår er en pris urimelig sammenlignet med konkurrenters priser?.....	65
2.2.4.1	Hvilke sammenligningsmetoder kan virksomheder anvende?..	66
2.2.4.2	Sammenfatning af trin.4.....	79
2.2.5	Hvilke uklarheder foreligger ved den nuværende misbrugstest, og hvordan vil en effektiv test skulle udformes?.....	80
2.2.6	Trin 5- Hvilke andre faktorer kan have betydning for urimelighedsvurderingen af en pris?.....	84
2.2.6.1	Sammenfatning af trin.5.....	88
2.2.7	Trin 6- Kan en høj pris begrundes i objektive forhold og dermed undtages for forbuddet i TEUF artikel 102, litra a?.....	88
2.2.7.1	Hvilke objektive begrundelser er hidtil anerkendt i retspraksis?.....	89
2.2.7.2	Er der andre mulige forhold, som kan begrunde en høj pris?.....	93
2.2.7.3	Sammenfatning af trin.6.....	96

### **3. Kapitel 3 – Hvorfor er det nødvendigt at regulere virksomheders prissætning i EU, og hvilken relation har det til amerikansk konkurrenceregulering? ..... 98**

3.1	Hvad er formålet med ...E.U.'s...konkurrenceregulering?	98
3.1.1	Er forbrugervelfærd formålet med TEUF art. 102, litra a ud fra retspraksis?.....	99

3.1.2 Hvordan beskyttes forbrugervelfærd ud fra et økonomisk perspektiv?	100
3.1.3 Gap sager.....	103
3.1.4 Hvorfor gælder bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a for alle dominerende virksomheder og ikke kun monopolister?.....	104
3.1.5 Sammenfatning.....	106
3.2 Hvordan skal en virksomhed, der agerer på både et amerikansk og europæisk marked, forholde sig til prissætning af sine ydelser?.....	107
3.2.1 Hvad er formålet med den amerikanske antitrust regulering?.....	107
3.2.2 Hvorfor har den amerikanske antitrust regulering ikke en tilsvarende bestemmelse, som forbyder urimeligt høje priser?.....	109
3.2.3 Hvilke forskelle og ligheder er der i henholdsvis EU og amerikansk antitrust regulering?.....	110
3.2.4 Sammenfatning.....	113
3.3 Begrænser bestemmelsen i TEUF artikel 102, litra a) innovationen?	113
<b>4. Kapitel 4 – Konklusion: hvordan kan virksomheder sikre overholdelse af TEUF art. 102, litra a? .....</b>	<b>116</b>
<b>5. Litteraturliste .....</b>	<b>120</b>

## Forkortelser og begreber

**TEUF** = traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

**TEU** = Traktaten om Den Europæiske Union

**Domstolen** = EU-Domstolen

**Kommissionen** = EuropaKommissionen

**EU** = Den Europæiske Union

**Excessive pricing** = urimeligt høje priser

**Safe harbour** = princip om man kan undtages for regler

**Antitrust regulering** = amerikansk udtryk, der dækker lovgivning rettet mod monopoldannelse

## Brug af fremmedsprog

Nærværende afhandling vil citere og anvende gloser på engelsk.

Enkelte af Kommissionens beslutninger er ikke oversat til dansk, hvorfor citater fra disse beslutninger vil citeres på originalsproget engelsk. Derudover vil citater fra engelsk litteratur blive citeret på originalsproget. Dette er nødvendigt for at undgå, at det pågældende ord eller udtryk mister sin betydning og essens ved oversættelse.

# 1. Kapitel 1

## 1.1 Urimeligt høje priser i den Europæiske Union

Virksomheder, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det indre marked i EU, er underlagt et forbud mod at misbruge denne markedspositioner at opkræve urimelige salgspriser for deres ydelser. Margrethe Vestager pointerer i sin tale fra 21. november 2016, at Kommissionen fremover vil prioritere sager om misbrug af dominerende stilling i form af urimelig prissætning højere, end de hidtil har gjort. EU-Kommissionen i maj 2017 indledt undersøgelser af medicinalvirksomheden Aspen Pharms prissætning af fem forskellige slags medicin<sup>2</sup>. Dette har bragt excessive pricing problematikken tilbage på håndhævelsesagendaen og indikerer, at Kommissionen fremover vil gribe mere ind overfor de dominerende virksomheders høje prissætning.

EU-Domstolen har allerede tilbage i år 1971 taget stilling til misbrugsformen urimeligt høje priser.<sup>3</sup> Nogle år senere i 1978 kom United Brandsmen, som efterfølgende har dannet grundlaget for den test, som Domstolen anvender i sin afgørelse, om der foreligger misbrug af dominans ved opkrævningen af urimeligt høje priser. Testen indeholder en vurdering af, om der består et urimeligt forhold mellem den opkrævede ydelse og den økonomiske værdi af denne ydelse. Dog indeholder testen tilsyneladende flere udefinerede elementer, hvorfor den ikke er klar og anvendelig for dominerende virksomheder. Græ

---

<sup>1</sup> Kommissionens referat af Margrethe Vestagers tale af 21. november, "*Protecting consumers from exploitation*" - Margrethe Vestager udtrykker særligt sin alvor af excessive pricing problemstilling i forhold til medicinalindustriens prissætning. Derudover har Kommissionen de sidste 50 år haft et betydeligt større fokus på ekskluderende misbrugsformer af ITEL art. 102. Dette skyldes, at Kommissionen har forsøgt at forhindre markedsforhold, som tillader udnyttende adfærd, hvilket ekskluderende misbrug kan medføre, fremfor direkte at gribe ind overfor unyttede adfærd.

<sup>2</sup> Undersøgelser er indledt på grund af den italienske konkurrencemyndighed (herefter "ICA") afgørelse. ICA pålagde i september 2016 Aspen Pharma en bøde på over 5 millioner euro, for misbrug af dominans ved opkrævningen af urimeligt høje priser. Afgørelsen fra ICA skete på baggrund af den aggressive forhandlingsstrategi Aspen havde udøvet med den italienske lovgiver, som ledte til prisstigninger mellem 300 procent og 1.500 procent for dens medicin.

<sup>3</sup> *Sirena mod EDA*, sag 40/70, præ. afg. af 18. februar 1970 og *Deutsche Grammophon mod Metro-SB*, sag 78/70, præ. afg. 8. juni 1971.

sen for hvornår en pris er urimelig hverken defineret i traktatens bestemmelse eller i retspraksis, da det ikke fremstår klart, hvad der er indeholdt i urimelighedsvurderingen af en pris. Endvidere er begrebet økonomisk værdi ikke defineret, hvorfor det ikke er åbent, hvad indholdet af dette begreb er.

Grundet disse uklare elementer i United Brands testen kan det være vanskeligt for dominerende virksomheder at vurdere, hvorvidt de vil omfattes af forbuddet i TEUF art. 102, litra a. Den økonomiske teori viser, at markeder er mest effektive, når priser er uregerede. Ved høje priser vil forbrugerne blive skadet. Ved lave priser vil virksomhederne ikke få en tilstrækkelig gevinst for deres investeringer, hvilket vil resultere i inefficent indgang og/eller dæmning. Dette rejser det spørgsmål omkring virksomheders risiko for at blive dømt for urimeligt høje priser ved at profitmaksimere ud fra de pågældende markedsvilkår. Virksomheders incitament til at operere på et marked er altid muligheden for at profitmaksimere, hvorfor deres opfattelse af en optimal pris i nogle tilfælde kan anses som en udnyttende prispolitik. Dertil kan der forekomme uoverensstemmelse mellem virksomheders opfattelse af en optimal pris og Kommissionens opfattelse af en lovlig pris.

Der synes at forelægge et behov for at undersøge og klarlægge virksomheders mulighed for at sikre overholdelse af traktatens konkurrencebestemmelser under sikring af prissætning i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a, hvorfor nærværende afhandling forsøger at gøre nuværende test mere anvendelig for virksomheder i europæisk regi.

## 1.2 Problemformulering

Hvordan kan en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det indre marked i EU, sikre at udforme sin prispolitik i overensstemmelse med TEUF art 102, litra a?

Hvorfor er det nødvendigt at regulere dominerende virksomheders prissætning i EU, og hvilken relation har det til amerikansk konkurrenceregulering?



### 1.3 Synsvinkel

Den følgende afhandling er betragtet fra et virksomheds synspunkt, navnlig virksomheder, som indtager en dominerende stilling på et afgrænset marked, idet opgaven forsøger at belyse, hvordan netop disse virksomheder kan sikre at prissætte i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a.

### 1.4 Afgrænsning

Som udtryk i afhandlingens problemfelt vil afhandlingen behandle forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i medfør af TEUF art. 102. Der afgrænses derfor fra nationale konkurrenceregler. Afhandlingen afgrænser sig yderligere fra at behandle konkurrencebegrænsede aftaler i TEUF art. 101 samt bestemmelsen om statsstøtte i TEUF art. 107.

Bestemmelsen i TEUF art. 102 udtrykker et generelt forbud mod misbrug af dominans. Et sådant misbrug kan både bestå i ekskluderende og udnyttende misbrugsadfærd. Afhandlingen behandler alene udnyttende prismisbrug, hvorfor der afgrænses fra sondringen mellem udnyttende og ekskluderende misbrug. Derudover afgrænses der fra alle andre misbrugsformer end urimeligt høje priser. Denne afgrænsning er særligt nødvendig i analysen af forskellige priser på forskellige markeder, idet sådanne prisforskelle kan anses som værende prisdiskriminerende. Der afgrænses således fra at sondre mellem om en prisadfærd, ved sammenligningen af priser opkrævet af den dominerende virksomhed på et andet marked end markedet, der undersøges, er misbrug ved urimeligt høje priser eller prisdiskrimination.

Ydermere afgrænses der fra at behandle urimeligt lave priser, også kaldet predatory pricing, hvorfor afhandlingen kun vil behandle, hvordan virksomheder sikrer at deres priser ikke er urimeligt høje. Baggrunden herfor er, at den økonomiske test for om der for

kommer predatory pricing har været præciseret af Domstolen siden *AKZO mod Kommissionen*.<sup>4</sup> Dog er testen for udnyttende adfærd, særlig opkrævningen af urimeligt høje priser, stadig ikke anvendelig for de dominerende virksomheder.

Derudover udtrykker TEUF art. 102, litra a et forbud mod urimelige købspriser og andre urimelige forretningsbetingelser. Afhandlingen behandler udelukkende, hvordan dominerende virksomheder kan sikre lovligheden af deres salgspriser, hvorfor der afgrænses fra købspriser og forretningsbetingelser.

TEUF art. 102 finder både anvendelse på virksomheder, som indtager en dominerende stilling alene (enedominans), og på virksomheder sammen indtager en dominerende stilling (kollektiv dominans). Bestemmelsen i TEUF art. 102 sonderer ikke mellem disse former for dominans, hvorfor afhandlingen også afgrænser sig fra denne sondring mellem ene- og kollektiv dominans.

Der afgrænses i nærværende afhandling fra en dybdegående analyse af intellektuelle ejendomsretlige regler, herunder betingelser for at opnå en sådan rettighed. Afhandlingen vil kun i begrænset omfang diskutere ejendomsretlige rettigheders indflydelse på dominerende virksomheders prisadfærd, og hvorvidt høje priser kan retfærdiggøres ved selve opnåelse af rettigheden.

---

<sup>4</sup> *AKZO mod Kommissionen*, sag C-62/86, dom af 3. juli 1991. Denne test er forholdsvis anvendelig og håndgribelig for virksomheder at udføre, for at tjekke om de prissætter i overensstemmelse med konkurrencereglerne. Testen består i to led: 1. Er priserne lavere end AVC? og 2. Er priserne højere end AVC men lavere end ATC? Se *Tetra Pak mod Kommissionen*, sag T-83/91. Såfremt prisen på et bestemt produkt opfylder en af betingelserne, anses det for at udgøre et forbrugsforbud ifølge art. 102 TEUF.

<sup>5</sup> Begrebet "kollektiv dominans" blev for første gang anvendt af Kommissionen i afgørelsen *Planglas* (V afgørelsen (7.12.1988, EFT 1989 L 33/44)., hvor Kommissionen udtalte: *"den kollektivt dominerende stilling, idet de tre virksomheder som deltagere i et snævert oligopol havde været uafhængige af konkurrenterne, hvilket havde givet dem mulighed for at hindre en effektiv konkurrence, fordi de ikke behøvede at tage hensyn til de øvrige virksomheders adfærd på markedet, hvorved den omstændighed, at de tre virksomheder tilsammen indtog en dominerende stilling på markedet"*. Begrebet er senere bekræftet af Domstolen i *Almeddommen* (*Almelo mod Energiebedrijf IJssel*, sag C-393/92, præ. afg. af 27. april 1994)

Når en virksomhed prissætter sine ydelser, tager den ikke kun højde for interne forhold i virksomheden og på det marked, den er aktiv på, men også for økonomiske forhold som inflation, skatter og renteniveau. Økonomisk afgrænser afhandlingen sig fra at analysere makroøkonomiske forhold. Denne afgrænsning er særligt nødvendig i forhold til sammenligningen af en dominerende virksomheds priser med priserne i andre EU medlemsstater, da forskellige makroøkonomiske forhold kan gøre sig gældende i forskellige lande, hvilket kan påvirke prisniveauerne i de forskellige medlemsstater.

## 1.5 Metode og teori

### 1.5.1 Kapitel 2

I nærværende afhandlings kapitel 2 vil jura og økonomi være integreret løbende. Dette foretages da kombinationen mellem jura og økonomi har stor betydning for EU konkurrenceretten, idet der ligger mange økonomiske ræsonnementer og betragtninger bag reguleringen. Derfor er det nødvendigt at belyse hver af afhandlingens excessive pricing-test fra et juridisk og økonomisk perspektiv. Den retsdogmatiske metode og retsøkonomien vil således løbende blive integreret. Afhandlingens emne behandles på et teoretisk niveau.

#### 1.5.1.1 Juridisk teori og metode

Retsteori analyserer hvordan man skal forstå retsvidenskaben, som i denne afhandling er den retsdogmatiske metode, der anvendes til at analysere, hvad gældende ret er. Retsteori, som danner grundlag for afhandlingens juridiske analyser, er den realistiske retsteori som udspringer af retspositivismen, idet denne teori betragter retsvidenskaben ud fra, hvad retten er, og ikke hvad retten bør være.<sup>6</sup> Hertil vil afhandlingen analysere, hvordan dominerende virksomheder skal prissætte i forhold til gældende ret i EU, altså, og ikke hvordan gældende ret bør være.

---

<sup>6</sup>Tvarnø & Nielsen, 2014, side 423

Den realistiske retsteori er udviklet af Alf Ross, som ifølge ham skal kunne forudsige en eventuel dom ved anvendelsen af retsvidenskabens juridiske analyser vil den retsdogmatiske metode, som er en del af retsvidenskabens, anvendes til at systematisere, beskrive og analysere/fortolke gældende ret for at komme frem til det samme resultat som domstolen ville komme frem til ved anvendelse af alle de tilstedeværende retskilder på området. Den retsdogmatiske metode anvendes til at undersøge de gældende regler for urimeligt høje priser.

Afhandlingen vil tage udgangspunkt i retten, som har forrang for national ret hvilket blev fastslået i *Costa mod Enel*. Retten vil derfor anvendes i nærværende afhandling, eftersom de europæiske konkurrencebestemmelser fremgår af TEUF, som har direkte virkning overfor medlemsstaterne. Den direkte virkning pålægger de nationale retsmyndigheder at skabe en normharmonisk og pligt til at fortolke TEUF 2, litra a konformt.<sup>9</sup> Alle dominerende virksomheder, der operer på en del af det indre marked i EU, er derfor underlagt samme forbud mod at prissætte urimeligt højt; uanset hvilken/hvilke medlemsstater de er aktive i.

Retskilderne i retten kan klassificeres på følgende måde:

- ◀ Primær regulering
- ◀ Bindende sekundær regulering
- ◀ Ikke-bindende sekundær regulering.

---

<sup>7</sup> Ibid., side 424

<sup>8</sup> Tvarnø & Nielsen, 2014, side 330

<sup>9</sup> Ibid., side 148 *Costa mod Enel*, sag 6/64, præ. afg. af 15. juli 1964. Sagen omhandlede en advokat i Milano, Costa, der ikke ville betale en elektricitetsregning på 192.5 ENEL, som er et elektricitetsselskab. I denne sag spurgte dommeren i Milano, om de relevante italienske lovbestemmelser stred mod forskellige artikler i EUF-taten. Hertil svarede den italienske regering, at en italiensk dommer skulle anvende italiensk ret, da dette standpunkt stemmer med den dualistiske teori om forholdet mellem national ret og folkeret. I tilfælde af modstrid mellem national ret og folkeretten har national ret efter denne teori forrang for folkeret. Denne sag benyttede EUD til at fastslå for første gang, at retten principielt er en anden slags ret end folkeretten med forrang for national ret. EUD karakteriserede dermed retten som en slags tredje ret med forrang for national ret.

<sup>10</sup> Ibid., side. 148

◀ Retspraksis, navnlig EDOMstolens retspraksis<sup>11</sup>

Disse retskilder vil således gennem den retsdogmatiske metode beskrive og analysere, hvordan dominerende virksomheder skal prissætte i overensstemmelse med TEUF art. 102 litra a.

### *Primær regulering*

EU-retten er opdelt i "primær regulering" og "sekundær regulering". Primær regulering omfatter traktaterne som danner grundlag for alle EU Charteret om Grundlæggende Rettigheder og de generelle principper. Omdrejningspunktet for de juridiske analyser er TEUF art. 102, som forbyder virksomheders misbrug af en dominerende stilling. I den forbindelse vil fokus være bestemmelsens litra a, hvor misbrug defineres som urimelige købs eller salgspriser.

### *Bindende sekundær regulering*

Sekundær regulering er niveauet under den primære regulering og er kilders rangordenen. Den sekundære regulering er kun gyldig, såfremt den overholder kilder, retsa som har forrang for den, det vil sige den primære regulering. Forordninger og direktiver hører under den bindende sekundære regulering. Særligt anvendes forordning 1/2003 da Kommissionen i medfør af denne forordnings art. 4 har hjemmel til at træffe afgørelser mod virksomheder for overtrædelse af konkurrencereglerne i konkurrenceområdet administreres direkte af Kommissionen, hvorfor dennes beslutninger har relevans i forhold til at besvare afhandlingens problemformulering. Derudover er Kommissionen i traktatens vogter og skal sammen med EDOMstolen sørge for, at EU-retten overholdes.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Ibid., side 135

<sup>12</sup> Tvarnø & Nielsen, 2014, side. 35

<sup>13</sup> Neergaard & Nielsen, 2011, s. 276

<sup>14</sup> Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82

<sup>15</sup> Neergaard & Nielsen, 2011, s. 69

TEUF art. 288 foreskriver, at Unionens institutioners afgørelser er bindende for alle enkeltheder, hvorfor disse ikke skal implementeres i national ret. Det vil sige, så længe Kommissionens beslutninger overholder den primære regulering, kan de bruges som fortolkningsbidrag til at analysere, hvordan virksomheder prissætter i overensstemmelse med TEUF art. 102. Nærværende afhandling vil derfor anvende Kommissionens formelle beslutninger; *Scandlines Sverige*<sup>17</sup>, *Deutsche Post AG*<sup>18</sup> og *Rambus*<sup>19</sup>. Kommissionen har ydermere truffet tre formelle beslutninger mod urimeligt høje priser, *General Motors*<sup>20</sup>, *British Leyland*<sup>21</sup> og *Chiquita*<sup>22</sup>. Disse er alle tre blevet prøvet af EU-Domstolen, hvorfor analysen vil anvende Domstolens afgørelser frem for Kommissionens beslutninger, idet Kommissionens anbringender er af Domstolens afgørelser. Lige før af forordning 1/2003 art. 31 har Domstolen fuld prøvelsesret tilføjelse over Kommissionens beslutninger.

### *Ikke-bindende sekundær regulering*

Henstillinger og udtalelser er ikke bindende retsakter. Det forekommer at Kommissionen offentliggør sin fortolkning af en traktatbestemmelse. Nærværende afhandling vil i den del af afhandlingen fra Kommissionens *Working Party No. 2 on Competition and Regulation - Excessive Pricing* blive anvendt som fortolkningsbidrag til analysen af hvilke elementer, der skal indgå i en virksomheds egen vurdering af, hvorvidt dennes prispolitik er i overens-

---

<sup>16</sup>Ved Lissabontraktaten skete en ændring i den danske oversættelse af ordet "beslutninger" i TEF art. 249, til ordet "afgørelser" i det der nu er TEUF art. 288. Der anvendes i afhandlingen ordet "beslutning", såfremt der refereres til "Kommissionens beslutninger".

<sup>17</sup>*Scandlines Sverige*, sag COMP/A.36.568, *Scandlines Sverige AB mod HHAB*, Kommissionens beslutning af 23. juli 2004.

<sup>18</sup>*DPAG*, sag COMP/36.915, *Deutsche Post AG mod British Post Office*, Kommissionens beslutning af 25. juli 2001.

<sup>19</sup>*Rambus*, sag COMP/38.636, *Rambus Inc. mod Joint Electron Devices Engineering Council*, Kommissionens beslutning af 9. december 2009.

<sup>20</sup>Kommissionens beslutning af 19. december 1974. L29/14

<sup>21</sup>Kommissionens beslutning af 2. juli 1984. L207/11

<sup>22</sup>Kommissionens beslutning af 17. december 1975. L95/1

<sup>23</sup>Tvarnø & Nielsen, 2014, side 144

melse med TEUF art. 102, litra a, samt behovet for at virksomheder skal prissætte i overensstemmelse med bestemmelsen.

### Retspraksis

Udgangspunktet for afhandlingens analyse er *United Brands*<sup>24</sup>, eftersom denne dom danner grundstenen for den test, som nuværende tidspunkt anvendes af Kommissionen og EU-Domstolen. I henhold til TEU art. 19, stk. 1 har Domstolen kompetence til at anvende og fortolke traktaterne i EU. Derfor vil der som supplement til den allerede kendte *United Brands* anvendes andre afgørelser fra EU-Domstolen og Retten for at klarlægge, hvordan virksomheder kan sikre, at deres prissætning er i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a.

Det er midlertidig klart, at EU-Domstolen ikke praktiserer en *stare decisi* doktrin, idet den ved lære om at dens domme er bindende præjudikater i sig selv. Hertil menes, at den dynamiske fortolkningsstil, som EU-Domstolen anvender, forudsætter, at det principielt står EU-Domstolen frit at fortolke imod sine tidligere afgørelser.

### Fortolkningsbidrag

EU-Domstolens afgørelser anses for at være bindende for de nationale domstole, hvilket betyder, at de nationale domstole har pligt til at rette sig efter EU-Domstolens fortolking.<sup>26</sup> Denne præjudikatværdi af EU-Domstolens afgørelser over for nationale domstole er yderligere bekræftet af Domstolen selv i *Atlanta*<sup>27</sup>. Derfor vil nationale afgørelser blive anvendt som fortolkningsbidrag til de nationale afgørelser, som er den primære retspraksis, analysen vil basere sig på. De nationale afgørelser må blive anvendt som fortolkningsbidrag til analysen af, hvornår en pris er urimelig set i forhold til de faktisk

---

<sup>24</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C27/76, dom af 14. februar 1978

<sup>25</sup> Tvarnø & Nielsen 2014, side 180.

<sup>26</sup> Tvarnø & Nielsen, 2014, side 191.

<sup>27</sup> *Atlanta mod Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, sag C465/93, præfg. af 9. november 1995, præmis 50. Her udtalte EU-Domstolen at "Den nationale retsinstans er navnlig forpligtet til at lægge en eventuel afgørelse fra Domstolen til grund."

afholdte omkostninger, med andre ord vurdering af hvornår en virksomheds profitmargin på en bestemt ydelse er urimelig. Derudover vil rationelle afgørelser bidrage til fortolkningen af den helhedsvurdering, der skal foretages som led i afhandlingens excessive pricing-test.

Hvor det synes relevant, inddrages også generaladvokaternes udtalelser som fortolkning bidrag i afhandlingen. Som udtalelsernes retskildeværdi er tvivlsom, kan de være med til at skabe klarhed i forhold til tankerne bag Domstolens afgørelser, særligt i tilfælde hvor Domstolen selv inddrager generaladvokatens udtalelser i sin afgørelse.

### 1.5.1.2 Økonomisk metode og teori

#### *Deduktiv metode*

De økonomiske aspekter af afhandlingens problemformulering vil blive analyseret ud fra den kvalitative metode. Den kvalitative metode kan opdeles i to metoder; den deduktive metode og den induktive metode. I denne afhandling vil de økonomiske analyser blive udført ud fra den deduktive metode, idet der analyseres ud fra forskellige teorier frem for, at der skabes teori ud fra behandling af data. Den induktive metode tager udgangspunkt i den test, som EU Domstolen har udarbejdet i *United Brands*, som hjælper til at konstatere, om der forligger misbrug af dominerende stilling i form af excessive pricing. Ud fra denne test vil der i afhandlingen analyseres, om der kan udarbejdes nogle mere specifikke retningslinjer som supplement til *United Brands*, således at virksomheder, som indtager en dominerende stilling, kan sikre at de prissætter lovligt.

#### *Retsøkonomisk og neoklassisk teori*

De økonomiske analyser i nærværende afhandling er funderet i industriøkonomisk teori, herunder i særdelesheden neoklassiske teori. Den neoklassiske virksomhedsteori betragter en virksomhed, som en fuldt ud rationel produktionsfunktion, som profitmaksimerer

---

<sup>28</sup>Knudsen, 1997, side 59



rer på forskellige markeder.<sup>29</sup> Retsøkonomien er et naturligt supplement til den retsmæssige metode til at forklare adfærd, konkurrence, dominerende stilling, økonomiske konsekvenser og implikationer af regler.<sup>30</sup> Den retsøkonomiske teori bygger på den neoklassiske teori og omfatter teorier, som falder ind under nyere institutionel teori.<sup>31</sup> Den retsøkonomiske teori erstatter den traditionelle analyseenhed i neoklassisk teori, som er markedet, med retten.<sup>32</sup> Den retsøkonomiske teori vil i nærværende afhandling blive anvendt til at analysere de økonomiske aspekter af TEUF art. 102, idet det er selve lovgivningen som er genstanden for analysen. Metoden forsøger at beskrive effekterne af reguleringen og fokusere på økonomisk efficiens heraf.

### *Teori vedrørende Chicagoskolen*

I løbet af 1950'erne udviklede University of Chicago Law School en systematiseret økonomisk tilgang til konkurrenceregler, som fokuserede på at beskytte forbrugere og i økonomiske termer at beskytte forbrugeroverskuddet også kaldet consumer surplus og/eller den totale samfundsvelfærd.<sup>33</sup> Chicagoskolen bygger på en overbevisning om, at markeder næsten altid kan finde tilbage til en konkurrencedygtig situation. Ifølge Chicagoskolen, vil virksomheder ligeledes aldrig kunne opretholde monopolpriser, idet prisen vil blive udermineret af en ny indtrædende aktør på markedet.<sup>34</sup> Chicagoskolens teori udtrykker ydermere, at konkurrenceregulering skader mere end det gavner samt beskytter virksomheder mere end det beskytter forbrugere.<sup>35</sup> Denne teori ytrer også, at den overvejende kilde til markedsmagt og meget store dominerende virksomheder stammer fra reguleringen af markeder. Teorien siger, at et marked uden høje adgangsbarriere vil udsættes for

---

<sup>29</sup>Tvarnø & Nielsen, 2014, s. 487

<sup>30</sup>Ibid., 2014, s. 484

<sup>31</sup>Ibid., 2014, s. 488

<sup>32</sup>E t r o & K o k k e r i s , 2 0 1 0 , *Toward an Economic Approach to Article 102 of the TFEU*, s. 8

<sup>33</sup>Cucinotta & Pardolesi & Van den Bergh, 2002, artikel af Hovenkamp, *"The rethinking of post-Chicago antitrust"*, s. 3

<sup>34</sup>Cabrá, 2000, s. 10.

konkurrence så snart en monopolist tjener en overnormal profit, og andre virksomheder vil lukrere på markedet.

## 1.5.2 Kapitel 3

### *Retsøkonomi*

I retsøkonomien findes der overordnet to hovedspørgsmål; 1. Hvorfor har vi fået de retsregler som vi har og 2. Hvilke slags retsregler bør vi have. Første spørgsmål relaterer sig til positiv retsøkonomi, hvorimod andet spørgsmål relaterer til normativ retsøkonomi. Vil andet spørgsmål ikke søges besvaret i nærværende afhandling, da kapitel 3 blot søger at besvare, nødvendigheden af at regulere dominerende virksomheders prissætning i henhold til TEUF art. 102, litra a. Der vil i denne afhandling derfor ikke anvendes en normativ tilgang, hvorfor det kun er første spørgsmål, der søges besvaret gennem den retsøkonomiske teori.

### *Komparativ metode*

Slutligt vil den komparative metode anvendes i afhandlingens kapitel 3 til at lave en retsammenlignende fremstilling af de europæiske og amerikanske konkurrenceretlige regler. Denne fremstilling/analyse foretages, da Traktatens konkurrenceregler har forbindelse linjer til amerikansk antitrustregulering. Princippet om fri konkurrence vægtes højt i USA og blev senere "eksporteret" til Europa, hvor konkurrencereglerne i TEUF er stærkt inspireret af antitrustreguleringer under the Sherman Act (1890) og Federal Trade Commission Act (1914).

Den komparative metode er baseret på en analyse af forskelle og ligheder mellem forskellige fænomener inden for samme analyseramme. Denne sammenligning vil sætte EU's ti

---

<sup>35</sup>Den profit en virksomhed opnår ved at prissætte en ydelse over dens marginale omkostninger.

<sup>36</sup>Stavang & Eide, 2008, s. 24

<sup>37</sup>Fejø & Ølykke, 2014, side 26

<sup>38</sup>Gyldendal, Den Store Danske *komparativ metode*"

gang til håndtering af excessive pricing problematikken i perspektiv, både i forhold til hvad en virksomhed, som agerer på begge markeder, skal være opmærksom på, men også i forhold til om bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a begrænser innovationen.

Derudover vil tankegangen i Chicagoskolens tilgang til konkurrencereglerne, som beskrevet i afsnit 1.5.1.2 ovenfor, blive anvendt i den komparative analyse af de europæiske konkurrenceregler sammenlignet de amerikanske konkurrenceregler.

## 1.6 Struktur

Efter afslutningen på kapitel 1, vil afhandlingen tage følgende struktur:

### *Kapitel 2*

Indledningsvist undersøges problematikken ved excessive pricing samt ved af problemet for herefter at statuere United Brands' eksistens. Dommen danner grundlag for testen, som EU-domstolen har udviklet til brug for vurdering af dominerende virksomheders prissætning, herunder om de er urimeligt høje.

I dette kapitel søges at opstille en test, som dominerende virksomheder kan foretage for at sikre, om deres udformning af prispolitik er i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a. Testen vil indeholde seks trin, som alle forsøger at klargøre og supplerer den nuværende test i United Brands dommen, så den bliver anvendelig. Indledningsvist forsøger testen at beskrive hvilke virksomheder, der under TEUF art. 102, litra a, er mest udsat for Kommissionens indgriben. Herefter søger den at beskrive hvornår forholdet mellem omkostninger er urimeligt, som tjener første trin i United Brands. Efterfølgende følger trin 3 at afdække, hvornår en pris i sig selv er urimelig. Næste trin i afhandlings testoplyster forskellige sammenligningsmetoder, som virksomheden kan anvende ved sammenligning af dennes pris med konkurrenters priser, hvilket sammen med trin 3 udgør andet trin i den nuværende United Brands test. Slutteligt søger trin 5 og 6 at angive forhold, som virksomheder bør være opmærksomme på i forbindelse til en helhedsvurdering af dens adfærd samt mulighed for fritagelse fra forbuddet i TEUF art. 102, litra a.

### Kapitel 3

I dette kapitel vil problemstillingen i nærværende afhandling ses i større perspektiv. Her vil det analyseres, hvorfor virksomheder skal være opmærksomme på sin prissætning, som tillæg til det, der fremgår af forbudsbestemmelsen. Dette vil blive besvaret gennem en analyse af formålet med konkurrencereglerne og bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a. Til denne analyse foretages yderligere komparativ analyse af europæiske og amerikanske konkurrenceregler til brug for virksomheder, som agerer på begge markeder. Det er herunder vigtigt for dem at vide, hvad de skal være opmærksomme på, såfremt virksomhed foretagende udføres under de gældende regler. Afslutningsvis vil dette kapitel indeholde en diskussion af, hvorvidt bestemmelsen, på baggrund af den komparative analyse, har til føge at begrænse innovationen på det europæiske marked.

### Kapitel 4

Med afsæt i sammenfatningerne i kapitel 3 konkluderes det i kapitel 4, hvordan dominerende virksomheder kan sikre at udforme deres prispolitik i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a. Konklusionen er skrevet som en guide til brug for virksomheder, der besidder en dominerende stilling.

#### 1.7 Antagelser

Før end en virksomheds adfærd kan falde ind under konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, og den skal indtage en dominerende stilling på afgæret marked. TEUF art. 102 er retsgrundlaget for analysen, idet det er denne bestemmelse som dominerende virksomheder skal sikre, at de prissætter i overensstemmelse med. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*"En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes"*

Bestemmelsen i TEUF art.102, som indeholder et forbud, sikrer at konkurrencen på det indre marked ikke fordrejes. Som det fremgår af ordlyden af TEUF art. 102, så forudsætter bestemmelsen tre betingelser, som skal være opfyldt:

1. Pågældende virksomhed skal have en dominerende stilling på det indre marked
2. Dennes dominerende stilling skal være misbrugt, og
3. Samhandlen mellem medlemsstaterne skal påvirkes

TEUF art. 102 er en forbudsbestemmelse, hvilket betyder, at misbrug af dominerende stilling er ulovligt og kan forbydes uden nogen forudgående konstruktive foranstaltninger, Kommissionen, EU-Domstolens eller fra de nationale myndigheder.<sup>39</sup>

### *Virksomhedsbegrebet*

Til brug for analysen antages det, at de virksomheder, som denne afhandling henvender sig til, opfylder det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb. Det er nødvendigt, da virksomhederne er rettighedssubjekterne til den konkurrenceretlige regulering. Det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb er i EU-talsspraksis *"enhver enhed, som udøver økonomisk aktivitet, uanset denne enheds retlige status og den finansieringsmåde, . . ."* jf. Höfnerdommens præmis 29. Ydermere har Domstolen i MOTOE<sup>41</sup> understøttet, at virksomheder med økonomisk aktivitet er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, hvad end denne aktivitet er med eller uden for EU, jf. dommens præmis 27.

<sup>39</sup>Forordning 1/2003, art. 1

<sup>40</sup>*Höfner og Elser*, sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH, præ. afg. af 23. april 1992, Sml. 1991 I 979, præmis 21

<sup>41</sup>*MOTOE*, sag C-49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) mod Elliniko Dimosio, præ. afg. af 1. juli 2008, 2008-04863, præmis 27

## *Dominerende stilling*

Det antages ydermere, at de virksomheder, som afhandlingen henvender sig til, indtager en dominerende stilling på et nært afgrænset marked, samt at dette marked udgør en væsentlig del af det indre marked. Det er i forbudsbestemmelsen ikke defineret, hvad begrebet "dominerende stilling" indebærer, men retspraksis her derimod flere gange giver eksempler på, hvad der skal forstås ved begrebet "dominans". I *United Brands* giver Domstolen sin første definition af begrebet dominerende stilling. I dommen fastslår de, at en virksomhed indtager en sådan stilling når:

*"en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne"*<sup>42</sup>

Dette vil være tilfældet, når en virksomhed har mulighed for at kontrollere produktion af, salget af eller bestemmelse af prisen på den pågældende vare og dermed virksomhedens markedsandel. Dominerende stilling skal derfor ikke forstås således, at det er nødvendigt, at en virksomhed kan eliminere enhver konkurrent, men blot at virksomheden har en stærk position, der er stærk nok til kunne fastlægge en markedsstrategi uafhængigt af markedets andre aktører, førend forbuddet i TEUF art. 102, litra a kan finde anvendelse. Bestemmelsen forbyder derfor ikke eksistens af en virksomheds dominerende stilling eller en virksomheds størrelse blot misbruket heraf. Dette har EU-Domstolen endvidere også konstateret i *AKZO* dommen, hvor de her fastslog, at en markedsandel på 50 % i sig selv var tilstrækkelig til at fastslå, om en virksomhed besidder dominerende stilling i TEUF art. 102's forstand.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup>*United Brands mod Kommissionen*, sag C27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 65

<sup>43</sup>Ibid., præmis 38

<sup>44</sup>Fejø & Ølykke, 2014, side 288

<sup>45</sup>*AKZO mod Kommissionen*, sag C2/86, dom af 3. juli 1991, præmis 60

Denne antagelse er nødvendig, idet forbuddet mod at opkræve urimeligt høje priser for sådanne varer eller tjenesteydelser kun er rettet mod dominerende virksomheder, som mærkbart kan øve indflydelse på de væksthvorunder konkurrencen udvikler sig.

### *Formodningsregler for dominerende stilling*

EU-Domstolen har gennem retspraksis udviklet en række formodningsregler for, hvornår en virksomhed besidder en dominerende stilling. Det skal dog understreges, at Domstolen ikke sondrer mellem graden af dominans, når den skal afgøre, om der foreligger misbrug af dominans. Dette er fastlagt i Tetra Sonera-dommen, hvor den svenske nationale domstol spurgte EU-Domstolen direkte, om vurderingen af et misbrug afhænger af graden af dominans, som den dominerende virksomhed besidder. Dette afviste Domstolen ved konstatering af, at ordlyden af TEUF art. 102 ikke indebærer nogen sondring af grader i begrebet *dominerende stilling*.<sup>47</sup>

Nedenfor er kort oplyst hvornår en virksomhed tager en dominerende stilling hvis en virksomhed besidder en markedsandel på:

- < 10 % eller mindre, er det umuligt, at der kan være tale om markedsdominans
- < 25 % eller mindre, vil der næppe kunne statueres markedsdominans,
- < mellem 25 % og 40 %, er der alene en formodning om, at der foreligger markedsdominans<sup>49</sup>. Kommissionen har i sin vejledning til håndhævelse af art. 82 [nu TEUF art. 102] udtalt, at det er usandsynligt, at der foreligger dominans ved et markedsa

---

<sup>46</sup> *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, sag 85/76, dom af 13. februar 1979, præmis 38

<sup>47</sup> *Tetra Sonera Sverige*, sag 52/09, præ. afg. af 17. februar 2011, præmis 81. Her anerkendte EU-Domstolen at have bygget sine egne analyser på den omstændighed, at en virksomhed besad en »superdominerende eller monopollignende stilling«, og henviste herved til Tetra Pak International mod Kommissionen, sag 33/94 P, dom af 14.11.1996, præmis 31 og Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, sag 395 og 396/96 P, dom af 16.3.2000, præmis 119.

<sup>48</sup> *Metro mod Kommissionen*, sag 75/84, dom af 22. oktober 1986, præmis 85

<sup>49</sup> Den laveste markedsandel til dags dato, hvor der blev konstateret dominans er 39,7 procent for Virgin/BA i Kommissionens meddelelse *Virgin/British Airways*, 14.7.1999, EFT 2000 L 30/1.

dele i denne størrelsesorden, men at det kan forekomme særlige tilfælde, hvor der alligevel godt kan statuere markedsdominans.

- ◁ mellem 40 % og 50 %, vil der være en formodning om den Dominans dog i den forbindelse bemærkes, at de nærliggende omstændigheder skal tages i betragtning i vurderingen af, om den pågældende virksomhed besidder en dominerende stilling. I United Brands dommen konstaterede Domstolen, at United Brands andel på 45 % i sig selv ikke var nok til at statuere, hvorvidt de besad en dominerende stilling. I afgørelsen lagde Domstolen særligt vægt på, at United Brand havde en betydeligt større markedsandel end dens konkurrenter.
- ◁ 50 %, er der en stærk formodning om markedsdominans. Dette følger også af AKZO dommen, hvor det blev konstateret, at en markedsandel på 50 % selv var nok til at statuere dominerende stilling.
- ◁ 75 % eller mere, er der tale om en superdominerende stilling. Domstolen har i Hoffman La Roche sagen accepteret, at en så høj markedsandel i sig selv er et bevis på, at der foreligger dominans, og hvilket derfor ikke vil give anledning til yderligere undersøgelser i vurderingen af, om en virksomhed besidder en dominerende stilling.<sup>54</sup>
- ◁ 100 %, dvs. et monopol på et nært afgrænset marked. Domstolen fastslået, at der altid vil være tale om dominerende virksomhed i TEUF art. 102's forstand, hvad end monopolet er opnået ved en tildeling af eksklusive rettigheder eller ej.<sup>55</sup>

## Misbrug

---

<sup>50</sup> Meddelelse fra Kommissionen *Veiledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*, Bruxelles, 9. februar 2009, punkt 14.

<sup>51</sup> Fejø & Ølykke, 2014, s. 307

<sup>52</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C-27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 109, 111, 112 og 129.

<sup>53</sup> *AKZO mod Kommissionen*, sag C-62/86, dom af 3. juli 1991, præmis 60. Denne dom konstaterer de Domstolen at der forelå en markedsandel på 50 %.

<sup>54</sup> *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, sag C-85/76, dom af 13. februar 1979, præmis 41 og 56.

<sup>55</sup> *Basset mod SACEM*, sag C-402/85, præ. afg. af 9. april 1987, præmis 11



Misbrug kan forekomme i flere forskellige former, som er oplyst fra litra a til d i TEUF art. 102<sup>56</sup>. I det nævnte afhandling udelukkende omhandler urimeligt høje salgspriser, er det kun ordlyden af TEUF art. 102, litra a, der vil blive anvendt, som udtrykker, at misbrug kan bestå af:

*"a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser"*

Bestemmelsen ovenfor giver Kommissionen hjemmel til at gribe ind over for urimeligt høje priser. Litra a beskriver blot, at der foreligger misbrug, når priser er urimelige. Men ordlyden af bestemmelsen giver ikke nogen definition af eller indikation på, hvornår en pris anses for værende urimelig, hvilket giver anledning til fortolkningstvivel. Afhandlingen søger at mindske denne fortolkningstvivel.

### *Samhandelspåvirkning*

Sidste betingelse, som skal være til stede i bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a for dens anvendelse, er, at den dominerende virksomheds adfærd kan påvirke samhandlen på det indre marked eller dele heraf, jf. ordlyden af bestemmelsen. Netop lovgivers valg af ordene *"kan påvirkes"* er et udtryk for, at det er tilstrækkeligt, en virksomhed potentielt kan påvirke samhandlen på det indre marked, førend TEUF art. 102 kan finde anvendelse. Det er derfor ikke nødvendigt at fastslå, hvordan en bestemt adfærd konkret har påvirket samhandlen på det indre marked. Dette har Domstolen yderligere bekræftet i *British Leyland* dommen, hvor de fandt det irrelevant, hvorvidt British Leyland faktisk havde påvirket samhandlen, hvorfor de fandt det tilstrækkeligt, at de foranstaltninger virksomheden havde truffet kunne påvirke samhandlen med køretøjer mellem medlemsstater.<sup>57</sup>

Til udarbejdelsen af analysen antages det dermed samlet set, at virksomhederne, som af handlingen henvender sig til, opfylder det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, indt

---

<sup>56</sup> Det bør bemærkes, at bestemmelsen i den nævnte ordlyd "i sær", hvorfor brugsformerne oplyst i TEUF artikel 102, ikke er udtømmende. Fjelle, 2014, s. 329

<sup>57</sup> *British Leyland mod Kommissionen*, sag C226/84, dom af 11. november 1986, præmis 20

ger en dominerende stilling på det indre marked og har mulighed for at påvirke samhandlen på en sådan måde, at det kan betragtes som et misbrug i medfør af TEUF art. 102.

## 2. Kapitel 2 - Hvordan kan en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det indre marked i EU, sikre at udforme sin prispolitik i overensstemmelse med TEUF artikel 102, litra a?

### 2.1 Hvad er den historiske baggrund for håndhævelsen af dominerende virksomheders urimeligt høje prissætning?

Store dominerende virksomheder som besidder en stor markedsandel, har ofte mulighed for at opkræve højere priser for deres produkter grundet deres stærke markedsposition. Nogle virksomheder udnytter dog situationen på forkert vis og ser muligheden for at opkræve ekstreme priser for et produkt for at opnå en højere profit. I forbindelse hermed er det muligt, at virksomheden misbruger sin dominerende stilling og rammes af forbuddet i TEUF art. 102, litra a. Opkræver virksomheden urimeligt høje priser uden forbrugerne, vil det betragtes som urimelig adfærd, da det resulterer i et direkte tab i forbrugervelfærd.<sup>58</sup> Det er derfor vigtigt for virksomheder, som besidder en dominerende stilling, at de prissætter i overensstemmelse med TEUF art. 102, så de ikke omfattes af forbuddet, som bestemmelserne indeholder, men stadig opnår en rimelig profit.

I forhold til at statuere om der foreligger prismisbrug i form af urimeligt høje priser, har Kommissionen endnu ikke udstedt nogen vejledning om håndhævelse af udnystende misbrug på samme måde, som de udsteder en vejledning for ekskluderende misbrug.<sup>59</sup> Begrundelsen herfor er, at de undersøgelser, som er nødvendige at foretage for at kunne statuere misbrug ved urimeligt høje priser, er særdeles omstændelige og er samtidig forbundet med en række praktiske vanskeligheder.

Sirena dommen fra 1971 var den første afgørelse hvor Domstolen tog stilling til spørgsmålet vedrørende urimeligt høje priser. I afgørelsen har Domstolen udtalt følgende:

---

<sup>58</sup>Evans & Padilla, 2005 *Excessive pricing: Using economics to define administrable legal rules*, s. 1

<sup>59</sup>Fejøl & Ølykke, 2014, s. 330

<sup>60</sup>*Sirena mod EDA*, sag 40/70, præ. afg. af 18. februar 1971

*"hvad angår misbruget af en dominerende stilling bemærkes, at varens pris, selv om den ikke er tilstrækkelig til påvisning af et sådan misbrug, imidlertid ved sin vægt og i mangel af objektiv berettigelse kan være afgørende fingerpeg"*<sup>61</sup>

EU-Domstolen forretter, at prisen på en vare ikke i sig selv er tilstrækkelig til at statuere et misbrug, men man skal tage højde for de objektive kriterier. Dette ses yderligere i *Deutsche Grammophon* dommen, hvor Domstolen fastslår, at prisforskellen mellem forskellige producenter kan have afgørende betydning for at statuere et misbrug, når denne forskel er stor.<sup>62</sup> Domstolen sammenlignede i denne dom pågældende pris med konkurrenters priser, for herved at kunne statuere om der forelå et misbrug af dominans. I *General Motors* dommen sammenlignede Domstolen tillige *General Motors* ("GM") priser med andre virksomheders priser. De andre virksomheders priser, som var genstand for en sammenligning med GM's priser, var ikke direkte konkurrenter, idet GM havde en lovmæssig eneret på udstedelse af typeattester for konformitet. *Skat* dom danner grundlag for, at en sammenligning af priser kan foretages med virksomheder på andre markeder end netop det marked den dominerende virksomhed er aktiv på.

Begrebet "økonomisk værdi" blev for første gang introduceret i forbindelse med en misbrugsvurdering af en høj pris, i *General Motors* dommen. Her udtaler Domstolen et misbrug kan bestå i en for høj pris i forhold til den præsterede ydelse.<sup>64</sup> Dette har senere dannet grundlag for den test Kommissionen i dag benytter for at statuere et misbrug af dominans ved urimelig høj prissætning.

Excessive pricing, eller urimeligt høje priser, er ikke nævnt i konkurrencelovgivningen, men de tre ovenfor nævnte afgørelser har ledt op til den test, Kommissionen og Domstolen anvender i dag for at kunne statuere misbrug af dominerende stilling ved

---

<sup>61</sup>Ibid., præmis 17

<sup>62</sup>*Deutsche Grammophon mod Metro-SB*, sag 78/70, præ. afgj. 8. juni 1971, præmis 19

<sup>63</sup>*General Motors mod Kommissionen*, sag 26/74, dom af 13. november 1975

<sup>64</sup>Ibid., præmis 12

urimeligt høje priser. Testen blev udformet i *United Brands* og indeholder aspekter fra de tidligere domme som *Sirena* og *Deutsche Grammophon*. Disse domme statuerer behovet for både at vurdere, om prisen i sig selv er urimelig, og sammenligner pågældende dominerende virksomheds priser med konkurrenters priser samt virksomhedens egne priser på forskellige ydelser, for herved at kunne statuere et misbrug. Kommissionen og Domstolen anvender i dag den formulering, som blev udtrykt ved *United Brands*, til misbrugsvurderingen af en pris:

*"et sådant misbrug ville i det foreliggende tilfælde bestå i anvendelse af en for høj pris, som ikke stod i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse."*<sup>65</sup>.

EU-Domstolen definerer excessive pricing som værende en pris, der ikke står i rimeligt forhold til den pågældende vares økonomiske værdi. En sådan definition er ikke objektiv og klar, idet der ikke foreligger klare definitioner af, hvad den "økonomiske værdi" skal bestå af. Domstolen i *Scania* for *Scania* lines sag er udtalt, at det er nødvendigt at tage højde for efterspørgselssiden og ikke kun omkostninger i vurderingen af, om der foreligger misbrug af dominerende stilling i form af urimeligt høje priser.

For at klarlægge hvordan virksomheder kan sikre overensstemmelse mellem dens priser og TEUF art. 102, litra a er det nødvendigt at foretage en supplerende analyse af eksisterende test, som findes i *United Brands* dommen. Det er væsentligt i håndhævelsen af bestemmelsen i TEUF art. 102, at de vanskeligheder, som er forbundet med den nævnte test, ikke giver anledning til, at de nationale konkurrencemyndigheder blot kan foretage ufuldstændige og overfladiske analyser. Det vil sige, at testen ikke skal være til skade for den virksomhed, som er genstand for myndighedens undersøgelse.

---

<sup>65</sup>*United Brands mod Kommissionen*, sag C-27/76, dom af 14. februar 1978, pr. 250

<sup>66</sup>*Scandlines Sverige mod HHAB*, sag COMP/A.36.568, Kommissionens afgørelse af 23. juli 2004

<sup>67</sup>Ibid., præmis 226

## 2.2 Hvilken test skal dominerende virksomhed foretage for at undersøge om de prissætter i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a?

2.2.1 Trin 1- Hvilke virksomheder er udsat for Kommissionens indgriben overfor deres prissætning?

For at kunne identificere den gruppe af virksomheder, for hvilke nærværende afhandlings "excessivpricings-test" er relevant, er det nødvendigt at klarlægge hvilke markeder, der er mest udsat for Kommissionens indgriben. Dette vil blive fastlagt ud fra ordlyden af art. 102, litra a, retspraksis og økonomiske analyser.

Som tidligere beskrevet i afhandling kapitel 1 under antagelserne, differentierer bestemmelsen i TEUF art. 102 ikke imellem grader af dominans. Den henvender sig blot til virksomheder, der indtager en dominerende stilling. Det er derfor ikke kendt, hvad der præcist ligger i dette begreb. Hoffmann-La Roche-dommen definerede EU-domstolen begrebet "dominerende stilling" gennem en beskrivelse, som nærmest findes ordret i senere domme som AKZO-dommen. EU-domstolen udtalte i Hoffmann-La Roche-dommen at:

*"Begrebet dominerende stilling skal forstås som en virksomheds økonomisk magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydelig omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder i sidste instans over for forbrugerne; en sådan stilling udelukker, til forskel fra en monopolstilling eller et kvasimonopol, ikke, at der består en vis konkurrence, men den sætter det dominerende firma i stand til om end ikke at bestemme, så dog i det mindste mærkbart at øve indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrencen udvikler sig, og under alle omstændigheder i vidt omfang i stand til at handle uden at skulle tage hensyn hertil og uden, at denne adfærd er til skade for virksomheden"*<sup>68</sup>

Heraf kan udledes såfremt en virksomhed er i stand til at agere på et marked uafhængigt af sine konkurrenter, og dennes adfærd ikke skader virksomheden selv, da omfattes de af forbuddet i TEUF art. 102. Med andre ord skal virksomheden være i stand til at udnytte ma

---

<sup>68</sup>Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, sag 85/76, dom af 13. februar 1979, præmis 38 f

kedsituationen til sin egen fordel. Hertil kan det diskuteres, at det oftest er virksomheder som befinder sig i det øvre lag, der har mulighed for og kapacitet til at udnytte markedet. Det vil typisk være virksomheder, som enten har en superdominerende stilling i et monopol, som kan udnytte markedssituationen og derved udøve mærkbar indflydelse.

Virksomheder, som har meget store markedsandele ved enten at besidde et monopol eller et kvasimonopol, har givet anledning til begrebet "superdominans". En superdominerende virksomhed besidder en markedsandel på 75% eller mere. EU-Domstolen har i Hoffman La-Roche sagen accepteret, at en så høj markedsandel i sig selv er et bevis på dominans og giver derfor ikke anledning til yderligere undersøgelser af virksomhedens besiddelse af dominerende stilling. En superdominerende stilling opnås i forbindelse med, at der er meget høje adgangsbarriere til markedet, idet det vil forhindre nye aktører i at trænge ind på markedet.

I Tetra Pak II sagen lagde Domstolen vægt på, at den dominerende virksomhed, Tetra Pak, havde en monopollignende stilling på deres pågældende marked. Ud fra dette kan det udledes, en virksomheds besiddelse af superdominans kan være en del af omstændighederne, som Domstolen inventer i vurderingen af, om der foreligger misbrug af dominerende stilling under TEUF art. 102. Begrundelsen herfor er samtidig også, at hvis en virksomhed med en sådan markedsposition misbruger denne, vil det have signifikante konkurrencebegrænsende virkninger, idet jo større markedsmagt en virksomhed har, jo større indvirkning kan dennes misbrugsadfærd have på den effektive konkurrence på det indre marked<sup>71</sup>. Det er også set i Deutsche post II, at Kommissionen har lagt vægt på det særlige ansvar dominerende virksomheder har. I den forbindelse har de henvist til, at graden af dominans har en indflydelse på en tvists udfald. Det betyder, at jo større en markedsandel den dominerende virksomhed besidder, jo større er dens ansvar overfor forbrugeren.

---

<sup>69</sup> Fejø & Ølykke, 2014, s. 306

<sup>70</sup> *Tetra Pak International mod Kommissionen*, sag C-333/94 P, dom af 14. november 1996

<sup>71</sup> *Ibid.*, præmis 48

<sup>72</sup> *Deutsche Post AG mod British Post Office*, sag COMP/CV/36.915, Kommissionens afgørelse af 25. juli 2001, punkt 103

Hvis en virksomhed med en dominerende stilling har et særligt ansvar, så har en superdominerende virksomhed et endnu større ansvar

Man kan derfor argumentere for, at det ikke bør være nødvendigt at gribe ind over for virksomheder med "almindelig" dominerende stilling, da disse ikke har mulighed for at udnytte situationen på samme måde som de superdominerende virksomheder. Ved "almindelig dominans" forstås alle tilfælde af dominans, hvor en virksomhed ikke besidder en superdominerende stilling. Derudover kan det ses, at såfremt en virksomhed blot besidder en almindelig dominerende stilling på et marked, vil dette marked i højere grad være præget af konkurrence, hvor det over tid ikke vil være muligt for en sådan virksomhed at opretholde meget høje priser.

Da bestemmelsen i TEUF art. 102 som sagt ikke skelner mellem grader af dominans, er det sandsynligt, at Kommissionen vil gribe ind over for alle virksomheder, som besidder en dominerende stilling. Dette uddybes yderligere ved, at også en virksomhed med almindelig dominans har et særligt ansvar overfor forbrugerne, hvilket indikerer, at virksomheden alt andet lige har mere magt end virksomheder, der ikke er dominerende. Bestemmelsen gælder således for alle dominerende virksomheder, hvorfor de kan risikere at blive gribet ind på markedet. Spørgsmålet i denne sammenhæng er derfor, om Kommissionen kun skal gribe ind overfor virksomheder med en superdominerende stilling, og i hvilken grad det skal håndhæves.

2.2.1.1 Er høje og langvarige adgangsbarrierer en forudsætning for at gribe ind over for urimeligt høje priser?

Der er flere økonomer som har foreslået forskellige test for, hvornår Kommissionen skal gribe ind over for udnyttende prisadfærelse. Fællesnævneren for disse er, at der ikke skal

---

<sup>73</sup>Ezrachi, 2009, s. 125

<sup>74</sup>Evans og Padilla (2005:119), O'Donohue og Padilla (2006:638), Röller (2007), Fletcher og Jardine (2007) og Paulis (2007)

<sup>75</sup>Konkurrensverket, 2007, artikel af Motta & de "Stressive Pricing in Competition Law: Never say Never?", side 2-22



gribes ind, medmindre der eksisterer meget høje og langvarige afgangsbARRIERER på det bestemte marked. Begrundelsen herfor kan findes i den neoklassiske teori om, at et marked som afviger fra ligevægten, altid vil regulere sig selv tilbage til en ligevægtssituation som også nævnt tidligere afsnit 1.5.1.2 I en situation hvor en dominerende virksomhed kan tage høje priser for deres varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked, vil nye aktører anse dette som et lukrativt marked, for de vil forsøge at trænge ind på det pågældende marked. Hvis nye aktører formår at trænge ind på dette marked, vil det medføre et mere konkurrencepræget marked, og priserne vil som udgangspunkt falde til et konkurrencedygtigt niveau. Dog vil et marked ikke have samme mulighed for at regulere sig selv, hvis der eksisterer store og langvarige adgangsbARRIERER, som et marked uden disse adgangsbARRIERER vil have. Det kan derfor argumenteres, at dominerende virksomheder, der opererer på markeder med høje og langvarige adgangsbARRIERER, i højere grad eksponeres for Kommissionens indgriben, eftersom markedet under sådanne forhold ikke vil have samme mulighed for at regulere sig selv til et konkurrencedygtigt niveau.

Generaladvokaten Nils Wahl har også i sit forslag til afgørelse i sag C-177/16 bemærket, at der ikke er et behov for at gribe ind på markeder og træffe foranstaltninger imod høje priser, hvis markedet er konkurrencedygtigt, idet høje priser tiltrækker nye markedsdeltagere. Derudover bemærker han, at sådanne markeder vil korrigere sig selv. Han mener altså, at urimelige priser i art. 102, litra a's forstand udelukkende kan forekomme på regulerede markeder, hvor staten har en form for kontrol over udbuddet. Det tilhørende rationale vil derfor blive analyseret nedenfor.

Ud fra den nuværende retspraksis på området for misbrug af dominans ved urimelig høj prissætning, kan det udledes, at Kommissionen er af samme overbevisning som generaladvokaten og derfor primært har undersøgt markeder, hvor en dominerende virksomhed havde en lovmæssig eneret; altså besiddelse af et monopol. Med undtagelse af United Brandsdommen har alle Kommissionens formelle sager vedrørende urimeligt høje priser omhandlet en virksomhed, som har et lovbestemt monopol. Tilsvarende vedrører alle EU

---

<sup>76</sup>Generaladvokat N. Wahl, forslag til afgørelse fremsat den 6. april 2017, s. 48 punkt 3 og 48

Domstolens præjudicielle afgørelser, på området for urimeligt høje priser, virksomheder med et lovbestemt monopol. Et sådant lovbestemt monopol kan opnås hvis effektivitet:

1. Får tildelt en eksklusiv rettighed i medfør af TEUF art. 106
2. Opnår intellektuel ejendomsretlig beskyttelse i medfør af de gældende regler vedrørende ophavs- og patentrettigheder.

Der findes tre former for monopol, der kategoriseres som naturlige monopoler, legale monopoler og faktiske monopoler. Et naturligt monopol omfatter en situation, hvor en virksomhed har fået en eksklusiv adgang til en bestemt facilitet, fx et jernbanelinje. Et naturligt monopol opstår, hvor en enkelt udbyder har meget høje faste omkostninger, hvorfor omkostningsstrukturen retter sig mod i minimering af omkostningerne ved kun at have én udbyder på markedet. Høje faste omkostninger er i sig selv en høj adgangsbarriere, eftersom en nyindtrængende konkurrent på et marked med et naturligt monopol ikke vil kunne op tjene nogen profit. En sådan situation karakteriseres økonomisk som, at der foreligger economies of scope.

Et legalt monopol opstår, når virksomheder får tildelt en eneret ved regulering. Denne form for monopol opnås ved tildeling af en eksklusiv rettighed i medfør af TEUF art. 106. De faktiske monopoler opstår i en situation, hvor virksomheden hverken har fået tildelt en eksklusiv ret til en facilitet eller en eneret ved offentlig regulering. Denne form for monopol er ikke omfattet af TEUF art. 106, da et sådant monopol opnås gennem intellektuelle ejendomsrettigheder, som baserer sig på virksomhedens særlige produkter, design eller forretningskendetegn.

---

<sup>77</sup>Konkurrensverket, 2007, artikel af Motta & de "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?", s. 31

<sup>78</sup>Cabral, 2000, s. 75

<sup>79</sup>Dette var eksempelvis tilfældet i General Motors, sag 26/75, hvor General Motors Co. blev tildelt eneret til at udstede typeattester og identifikationsskilte til alle General Motorsvogne.

<sup>80</sup>Steinicke, 2002, s. 48

## *Eksklusive rettigheder*

Virksomheder kan få tildelt eksklusive rettigheder af en medlemsstat. Tildelingen kan ske ved lov eller ved aftale med hjemmel i loven. Tildelingen af disse rettigheder er reguleret i TEUF art. 106. Ud fra denne bestemmelse må medlemsstaterne ikke træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser i TEUF art. 101 og art. 102, jf. ordlyden af bestemmelsen i art. 106, stk. 1. Det vil sige at art. 106 ikke kan finde anvendelse alene, men skal anvendes i sammenhæng med art. 101 og 102. Ofte er bestemmelsen anvendt i sammenhæng med art. 102. Tildelingen af en eksklusiv rettighed begrebsmæssigt leder til den privilegerede virksomheds opnåelse af en dominerende stilling på et bestemt marked.

EU-Domstolen udtalte i *Höfnern*, at virksomheder, der har et lovbestemt monopol kan anses for at indtage en dominerende stilling i medfør af TEUF art. 102. Samtidig kan området, som monopollet omfatter, udgøre en væsentlig del af det indre marked. Derfor intet til hinder for, at virksomheder, selvom de er indrømmet en særlig eksklusiv rettighed kan falde ind under forbudsbestemmelsen i TEUF art. 102, så længe de opfylder de kriterier, der gør sig gældende for forbudsbestemmelsens anvendelse.

Afgørende for anvendelsen af art. 106, stk. 1 sammenholdt med art. 102 er, om der kan påvises en potentiell faktisk konkurrencebegrænsende konsekvens, som kan være en følge af den regulering eller foranstaltning, den pågældende medlemsstat har truffet. En sådan konkurrencebegrænsende konsekvens kan bestå i, at en virksomhed med den lovmedseneret frit kan sætte deres priser, eftersom, der grundet reguleringerne ikke er nogle andre virksomheder, der kan gå ind og konkurrere på den privilegerede virksomheds marked. TEUF art. 106 sammenholdt med art. 102 er altså til hinder for, at en virksomhed med en lovpligtig eneret frit kan fastsætte sine priser urimeligt højt.

---

<sup>81</sup> Steinicke, 2002, s. 58

<sup>82</sup> *Höfnern og Elser mod Macrotron*, sag C-41/90, præ. afg. af 23. april 1991, præmis 28

<sup>83</sup> Herunder virksomhedsbegreb, dominerende stilling, misbrug og samhandelspåvirkning. Se nærmere herom i kapitel 1, under antagelserne.

<sup>84</sup> *GT-Link mod DSB*, sag C-242/95, præ. afg. af 17. juli 1997, præmis 46

En af de problematikker der kan være forbundet med at indrømme en virksomhed en eksklusiv rettighed, er, når selve foranstaltningen, som er opretholdt af medlemsstaten, foranlediger den privilegerede virksomhed til at misbruge denne eneret. Dette ses blandt andet i Höfner-dommen, hvor et offentligt arbejdsformidlingskontor havde en ret til at udleje formidlingsvirksomhed og var ikke i stand til at dække hele efterspørgslen på markedet for sådanne tjenesteydelser, hvilket udgør et misbrug i medfør af daværende art. 86 [nu art. 102]. I nærværende sag udtalte Den stolsen, at det var medlemsstaten, der havde tilsidst sat art. 90, stk. 1 [nu art. 106, stk. 1] ved at skabe en situation gennem hvilken virksomheden blev foranlediget til at overtræde traktatens art. 86 [nu art. 102]. Dette følger også af ordlyden af bestemmelsen i TEUF art. 106, *"medlemsstaterne afstår fra at opretholde eller træffe foranstaltninger..."*, hvilket vil sige, at forbuddet er rettet mod medlemsstaterne. Virksomheder kan således kun blive ansvarlige under art. 102 sammenholdt med art. 106, såfremt den konkurrencebegrænsende adfærd udøves på virksomhedens eget initiativ og således ikke blive pålagt ansvar under konkurrencereglerne, hvis virksomheden har handlet i overensstemmelse med national lovgivning.

Bestemmelsen i TEUF art. 106, stk. 2 kan i nogle tilfælde betragtes som en undtagelsesbestemmelse. En virksomhed kan undtagelsesvist blive fritaget for at overholde traktatens bestemmelser, navnlig TEUF art. 102, litra a, såfremt den falder ind under TEUF art. 106, stk. 2. Undtagelsen kan gøres gældende i tilfælde af, at virksomheden ved lov har fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af offentlig økonomisk interesse, hvorfor overholdelsen af traktatens bestemmelser retligt eller faktisk ville forhindre denne privilegerede virksomhed i at varetage de opgaver, denne er blevet bedt om at udføre. Det skal det bemærkes, at undtagelsesbestemmelsens anvendelsesområde skal fortolkes indskrænkende.

### *Intellektuelle ejendomsrettigheder*

Et monopol, som er opnået gennem intellektuelle ejendomsrettigheder, er ikke omfattet af bestemmelsen i TEUF art. 106. Dette skyldes primært, at en virksomhed, som opnår en i

<sup>85</sup>*Höfner og Elser mod Macrotron*, sag C-41/90, præ. afg. af 23. april 1991, præmis 31

<sup>86</sup>*CIF*, sag C-98/01, præ. afg. af 9. september 2003, præmis 53

<sup>87</sup>Steinicke, 2002, s. 94

telektuel ejendomsrettighed, per automatik får eneret på leveringen af netop den IPR (i intellectual property rights) beskyttede ydelse, hvorfor myndighederne således ikke har nogen indflydelse på, hvem der kan opnå disse rettigheder. Den intellektuelle ejendomsrettighed er en fællesbetegnelse for retsbeskyttelsen af intellektuelle opfindelser. I forhold til vurderingen af de mest udsatte markeder for Kommissionens indgriben, vil endog de virksomheder med IPR også være omfattet, da der på disse markeder også er høje og langvarige adgangsbarrierer. Hvorvidt virksomhedernes IPR kan være en begrundelse for at opkræve høje priser vil diskuteres senere hen i nærværende test.

Det skal bemærkes, at opnåelsen af en intellektuel ejendomsrettighed ikke er ensbetydende med, at en virksomhed indtager en dominerende stilling i TEUF art. 102's forstand. Dette er begrundet i, at virksomheden skal kunne udøve mærkbar indflydelse på den effektive konkurrence, som jf. Kapitel 1.7, er en betingelse for at kunne anvende bestemmelsen i TEUF art. 102. Dette er også præciseret i domstolens i *Sirena* dommen, hvor de udtalte, at blot fordi indehaveren af en varemærkeret kan forbyde andre nogen i at forhandle samme produkt, betød det ikke at virksomheden indtog en dominerende stilling.<sup>88</sup>

Ud fra nuværende retspraksis, med undtagelse af *United Brands*, kan det udledes, at de virksomheder, som har været genstand for Kommissionens indgriben har været i tilfælde, hvor den dominerende virksomhed har haft et lovmæssigt monopol. Noget, som især er karakteristisk for sådanne monopoler er, at der ikke er nogle andre virksomheder, som kan trænge ind på det monopoliserede marked og skabe konkurrence, idet det ville være i modstrid med den lovmæssige eneret. Det vil sige, at et monopol opnået ved tildeling af en eksklusiv rettighed ikke kan blive truet af konkurrence. Det samme gælder for virksomheder, som har opnået immaterialretlig beskyttelse på et produkt eller en tjeneste. Det kan derfor konstateres, at der på myndighedsregulerede markeder og beskyttede markeder eksisterer meget høje og langvarige adgangsbarrierer og som resultat heraf, er disse virksomheder ikke er truet af nogen form for konkurrence på de pågældende markeder.

---

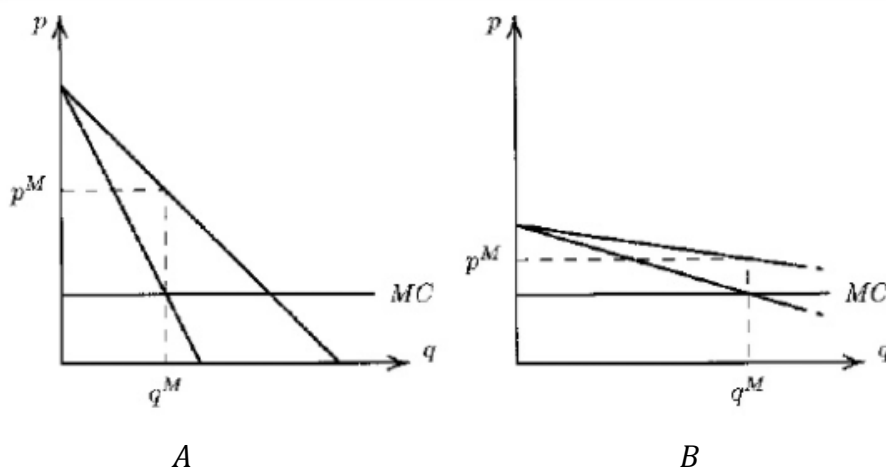
<sup>88</sup>Steinicke, 2002, s. 49

<sup>89</sup>*Sirena mod EDA*, sag C-40/70, præ. afg. af 18. februar, 1971, nr. 16

## Priselasticitet

Kommissionens hidtidige praksis vedrørende urimeligt høje priser kan også begrundes i superdominerende virksomheders teoretiske priselasticitet sammenlignet med priselasticiteten for en virksomhed, der ikke er i besiddelse af superdominans.

Når man taler om priselasticitet, er det et forsøg på at finde den rette pris på en vare. I henseende søger man at vurdere, i hvor høj grad en ændring i prisen forårsager en ændring i efterspørgslen. En priselasticitet er direkte af hældningen på efterspørgselskurven på et givent produkt. Resultatet af priselasticitet fortæller, hvorvidt produktet er prifølsomt eller ejaltså sammenhængen mellem den afsatte mængde og en ændring i pris. Når man taler om elasticitet, deles det i tre kategorier; elastisk, neutral og inelastisk. En elastisk pris betyder, at en ændring i prisen medfører en stor ændring i efterspørgslen, hvorimod en inelastisk priselasticitet medfører en lille ændring i efterspørgslen ved ændring i pris, som er illustreret i figuren nedenfor:



Figur 1 - Priselasticitet

Ovenstående figur 1 - Priselasticitet illustrer to forskellige efterspørgselskurver, som giver, at elasticitet direkte afhænger af hældningen på efterspørgselskurven, har to forskellige niveauer af efterspørgselselasticitet, høj og lav. Figur 1 - Priselasticitet illustrerer en inelastisk pris, hvor figur 1B illustrerer en elastisk pris. Ved en inelastisk pris kan emvirkso

<sup>90</sup>Frank & Cartwright, 2013, side 114

hed hæve sine priser, uden at det vil have en signifikant betydning for dens efterspørgsma og vice versa.

Oftest vil en superdominerende virksomheds priselasticit være inelastisk, som er illustreret i figur 1A. Dette indikeres ved, at virksomheden har haft mulighed for at opretholde denne markedsposition, da forbrugerne ikke har substitueret væk fra den dominerende virksomheds ydelser. En sådan virksomhed har rig mulighed for at udnytte sin position og prissætte overdrevent højt. Dette begrundes ydermere i, at der på markedet med en superdominerende virksomhed kun vil være meget få eller ingen konkurrenter, hvorfor der ikke vil være nogen nære substitutter, som forbrugerne kan skifte over til ved en eventuel prisstigning. Derfor er en superdominerende virksomheds priser normalt ikke prisfølsomme, hvorfor de har derfor mulighed for at udnytte markedet og forbrugere ved at sætte deres ydelser meget højt. Netop af denne grund er der større incitament for Kommissionen til at gribe ind overfor disse virksomheders prissætning.

#### 2.2.1.2 Er det en "safe harbour" at være den næststørste aktør på et marked?

Som analyseret i 2.2.1.1 indikerer EU-Domstolens afgørelser og Kommissionens beslutninger, at der kun skal gribes ind på markeder, hvor der eksisterer høje og langvarige adgangsbARRIERER. I afsnit 7 er det udtrykt, at bestemmelsen kun finder anvendelse for dominerende virksomheder. Dette betyder, at dominerende virksomheder reelt set kan udnytte forbrugerne, uden at der bliver truffet foranstaltninger imod dem. Det kan derfor argumenteres for, at der eksisterer et hul i konkurrencelovgivningen, eftersom der ikke er nogen bestemmelse, som sikrer, at dominerende virksomheder ikke udnytter forbrugere og prissætter urimeligt højt og dermed skader forbrugervelfærden.

En virksomhed med en markedsandel på 5% har svært ved mærkbart at påvirke den effektive konkurrence på det indre marked, og vil derfor forårsage begrænset skade på forbrugervelfærden, såfremt den hævede sine priser. Lave markedsandele indikerer, at markedet er

---

<sup>91</sup> Etro & Kokkoris, 2011 artikel af Kokkoris *Are We Underenforcing Article 102 TFEU?*, s. 141

præget af konkurrence, hvorfor forbrugerne let ville kunne substituere over til et tilsvarende produkt på markedet ved en eventuel prisstigning. I lovgivningen kommer til udtryk, i tilfælde af at en virksomhed besidder 40 % af markedet og den dominerende virksomhed besidder 45 % af markedet en sådan markedssituation kan den næststørste virksomhed skade et næsten lige så højt antal af forbrugere, som virksomheden med 45 % kan.<sup>93</sup> I den forbindelse bør det bemærkes, at Domstolen ved dens nuværende retspraksis endnu ikke har konstateret dominans ved et markeds næststørste virksomhed som eksempelvis besidder en markedsandel på 40 %, og hvor den største virksomhed på markedet besidder en andel på 45 %. Denne situation kan derfor umiddelbart antyde en "safe harbour" for et markeds næststørste aktør.

Ud fra formodningsreglerne om dominans, som beskrevet i afsnit 1.7, som foreskriver at 40 % er nok til at statuere dominans, og ud fra kriteriet om at virksomhederne skaber mærkbar indflydelse på markedets vilkår, kan det udledes, at et markeds næststørste virksomheds adfærd teoretisk set godt kan falde ind under forbudsbestemmelsens anvendelsesområde, hvis denne besidder en markedsandel på 40 %. Derudover er det usandsynligt, at Domstolen med sin dynamiske og effektbaserede håndhævelse af EU-lovgivningen på et senere tidspunkt vil statuere dominans ved et markeds næststørste aktør. Denne mulighed bygger også på at Domstolen som nævnt i afsnit 1.5.1 ikke praktiserer en *stare decisis*, hvorfor den frit kan fortolke dens tidligere afgørelser. Det betyder, at selvom der endnu ikke er statueret dominans for et markeds næst største aktør, dette ikke ens betyder, at en sådan virksomhed aldrig vil kunne falde ind under forbudsbestemmelsen i TEUF art. 102, litra a.

Spørgsmålet er dog, om der i realiteten er et behov for at træffe foranstaltninger imod ualmælt høje priser ved et markeds næststørste aktør i de omstændigheder at der eksisterer en anden aktør betyder, at markedet er præget af konkurrence, hvorfor det ud fra

---

<sup>92</sup>Markedsandelene er fiktivt antaget for eksemplets skyld.

<sup>93</sup>Etro, Kokkoris, 2010, artikel af Kokkoris *"We Underenforcing Article 102 TFEU?"*, s. 144

<sup>94</sup>Ibid., s. 143

<sup>95</sup>Læren om at Domstolens afgørelser er bindende præjudikater for den selv, jf. Tvalnø & Nielsen 2014, s. 180.



den økonomiske tilgang i Chicagoskolen vil være i stand til at regulere sig selv til et konkurrencedygtigt niveau, hvortil indgriben vil være nødvendig. Teoretisk set vil der dog være mulighed for, at Kommissionen vil gribe ind over for et markeds næststørste aktør. Derudover kan det ud fra betragtningen om, at den næststørste aktør er næsten lige så stor som markedet største aktør argumenteres, at den næststørste virksomheds høje priser kan skade lige så mange forbrugere som den største aktør kan, hvorfor denne derfor også kan blive genstand for Kommissionens indgriben. Dog kan det analyseres i afsnit 2.2.1.1 konstateres, at Kommissionen ikke vil have et lige så stort incitament til at gribe ind over for et markeds næststørste aktør, idet et sådant marked vil være konkurrencepræget og som udgangspunktet ikke have høje og langvarige barrierer, hvorfor prisen vil blive konkurreret ned til et konkurrencedygtigt niveau. Det kan derfor ikke med sikkerhed konstateres, at det er en safe harbour at være den næststørste aktør på et marked, men Kommissionen ikke vil have et stort incitament til indgriben overfor excessive pricing.

### 2.2.1.3 Sammenfatning på trin 1

Det kan ud fra ovenstående, sammenholdt med ordlyden af TEUF art. 102 beskrevet i kapitel 1 udledes, at det er ikke muligt at opstille en generel regel, hvor lovgiver kun vil gribe ind på et marked, hvor en virksomhed besidder en superdominerende stilling. Dette skyldes mangel på hjemmel, da TEUF art. 102 ikke differentierer mellem forskellige grader af dominans men blot fordrer eksistensen af dominans. Teoretisk set bør alle virksomheder som indtager en dominerende stilling, derfor være omfattet af forbuddet mod uretmæssigt høje priser. Derudover kan det ud fra ovenstående analyse konkluderes, at virksomheder, som er indrømmet eksklusive rettigheder, ligeledes kan falde ind under forbuddet mod uretmæssigt høje priser.

Dog er det ud fra Kommissionens hidtidige retspraksis muligt at udlede, at det har været en forudsætning for indgriben, at markedet var monopoliseret ved en lovmevst domineret. Den eneste undtagelse hertil var United Brands, hvortil EU-Domstolen i dens afgørelse også frikendte United Brands. Derudover vil et marked med høje og langvarige adgangsbARRIERE ikke kunne regulere sig selv tilbage til et konkurrencedygtigt niveau med lavere

priser, eftersom der ikke er mulighed for nye ~~usatte~~ konkurrere kan trænge ind på det monopoliserede marked og konkurrere med den superdominerende virksomhed.

Det er derfor muligt at opstille en formodning om, at Kommissionen kun vil gribe ind på markeder med høje og langvarige adgangsbarrierer, hvor ~~for~~ ~~er~~ ~~en~~ ~~af~~ ~~handlings~~ ~~pr~~ ~~cessive~~ ~~pricing~~ ~~test~~ primært er relevant for virksomheder, som har et monopol eller et kvasimonopol på et marked med sådanne barrierer, da disse markeder ikke har nogen udsigt til at blive udfordret af nye konkurrerende markedsaktører. Dette medfører, at disse virksomheder kan udnytte markedssituationen og tage højere priser, uden det vil have en signifikant negativ betydning for efterspørgslen af virksomhedens ydelser, hvilket også er udtrykt i priselasticiteten for en superdominerende virksomhed.

## 2.2.2 Trin 2- Hvornår indikerer en profitmargin, at en pris er urimeligt høj?

Som indledningsvist nævnt opstår der fortolkningstvivel ved bestemmelsen i litra a, da ordet "urimelig" ikke er defineret. En del af svaret på hvad "urimelig" er ~~urimelig~~ findes i United Brands dommen, hvor EU-Domstolen udtaler, at urimelige høje priser forekommer, når de ligger betydeligt over det effektive konkurrenceniveau. Dette ses i dommens præmis 249:

*"det skal derfor undersøges, om indehaveren af denne stilling har udnyttet de muligheder, den indebærer, til at opnå handelsfordele, som den pågældende ikke kunne have opnået, såfremt der havde foreligget en normal og tilstrækkeligt effektiv konkurrence"*

United Brands dommen er efterfølgende blevet omdrejningspunktet for ~~for~~ ~~en~~ ~~af~~ ~~mis~~ ~~brug~~ i form af urimeligt høje priser, idet der i denne dom blev udviklet ~~en~~ ~~test~~ hertil. Denne test, som er udviklet gennem retspraksis i forbindelse med United Brands dommen, indeholder to trin. Præmis 252 indeholder en ~~af~~ ~~vis~~ ~~else~~ ~~test~~:

*"det skulle i så fald derefter bedømmes, om der består et urimeligt forhold mellem de faktiske afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris og i bekræftende fald undersøges, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurre-*

*rende varer er urimelig”*

Det fremgår af præmissen, at første trin af *United Brands* indeholder en sammenligning mellem den opkrævede pris for et produkt eller tjenesteydelse og de faktiske afholdte omkostninger. I *United Brands* dommen har EU-Domstolen beskrevet første trin som følgende:

*”spørgsmålet, om grænsen for det rimelige er overskredet, ville for eksempel kunne bedømmes objektivt ved hjælp af en sammenligning mellem salgs-prisen for den pågældende vare og varens produktionspris, en sammenligning som ville vise fortjenstmargenens størrelse...”<sup>96</sup>*

Det første trin indeholder altså en sammenligning af den pris en virksomhed opkræver for en ydelse, og de omkostninger virksomheden har afholdt i forbindelse med produktionen af den pågældende ydelse, som også er et udtryk for profitmarginen. Der skal der foretages en vurdering af, om størrelsen af denne profitmargin er urimelig, for at indikere om den økonomiske værdi af en ydelse er rimelig i forholdet. Da det ikke er yderligere præciseret af Kommissionen eller Domstolen hvilke omkostninger, der skal medregnes i "produktionsprisen", vil dette blive analyseret nedenfor.

#### 2.2.2.1 Hvilke omkostninger danner grundlag for beregningen af profitmarginen?

Det fremgår af Kommissionens vejledning om håndhævelse af art. 102, at den benchmark som Kommissionen sandsynligvis vil benytte sig af, for at kontrastere om der foreligger misbrug af dominans, er de gennemsnitlige, uundgåelige omkostninger (AAC) og de langsigtede, gennemsnitlige meromkostninger (LRAIC). Det vil sige, at det er disse omkostninger, en virksomhed som minimum skal have dækket, førend dens priser falder

<sup>96</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C-27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 251

<sup>97</sup> Meddelelse fra Kommissionen *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*, Bruxelles, 9. februar 2009, punkt. 26

ind under misbrugsformen "predatory pricing". Det vil blive undersøgt om samme benchmark kan anvendes analogt på udnyttende prisadfærd, således at det er ensartede omkostninger en dominerende virksomhed som minimum gerne må få dækket og prissætte over.

Der vil i det følgende undersøges, om det er muligt at opstille en benchmark i forhold til omfanget af omkostninger, der skal medtages ved undersøgelse af en profitmargin. Denne benchmark skal være med til at fastsætte, hvordan en virksomheds profitmargin kan bestemmes. Profitmargin refererer til den procentdel af omsætningen, der er tilbage efter alle omkostninger, herunder afskrivninger, renter, skatter og andre omkostninger er blevet fratrukket. Det vil sige det procentmæssige forhold mellem salgsprisen på en vare og produktionsprisen, altså de faktiske afholdte omkostninger, viser profitmarginens størrelse. Formlen for beregningen af den profitmargin er<sup>98</sup>:

---

Hvis salgsprisen for et produkt er kr. 10, og omkostningerne til at producere produktet er kr. 1, giver det en profitmargin på 90 % på dette ene produkt. Det vil sige, at profitmarginen er en simpel måling af den mark up en virksomhed kan opnå over produktionsomkostningerne. Det er netop størrelsen på denne procentsats, som man ved United Brands første trin skal vurdere rimeligheden af.

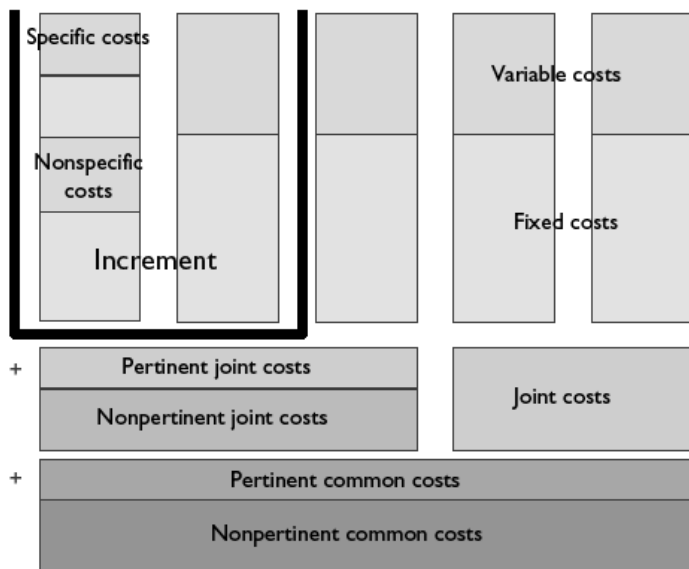
Førend det kan fastslås hvilke omkostninger, der skal medregnes i rimelighedsvurderingen af forholdet mellem omkostningerne og den opkrævede pris, er det nødvendigt at definere hvilke omkostninger en virksomhed afholder i forbindelse med produktionen af en ydelse, og hvad disse former for omkostninger indebærer. I Figur X er det illustreret hvordan o

---

<sup>98</sup>Predatory Pricing er defineret ved AKZO mod Kommissionen, sag 62/86, dom af 3.7.1991, præmis 72: "Sådanne priser kan nemlig udelukke virksomheder fra markedet, der måske er lige så effektive som den dominerende virksomhed, men som ikke er i stand til at modstå den konkurrence, de udsættes for, som følge af deres mindre økonomiske styrke"

<sup>99</sup>Konkurrensverket, 2007, artikel af William E. Wasieleski, "Excessive pricing", side 146

kostninger for en virksomhed med en produktportefølje bestående af 5 produkter kan opstilles.



Figur 2 – Omkostningsstruktur<sup>100</sup>

Average variable costs (herefter "AVC") er de omkostninger, som ville være 0, hvis der blev produceret 0 enheder. AVC afhænger altså direkte af antal enheder, der produceres. Hvis de marginale omkostninger (herefter "MC") er konstante producerede enheder gælder, at AVC og MC er lig hinanden. Hvis en virksomheds profitmargin skal beregnes ud fra dennes gennemsnitlige variable omkostninger ville det betyde, at virksomheden kun kunne få dækket en lille del af sine samlede omkostninger, hvilket også ses i figur 2.

De gennemsnitlige, undgåelige omkostninger (herefter "AAC") er gennemsnittet af de omkostninger, som virksomheden kunne have undgået, hvis den ikke havde produceret en given mængde (ekstra) produkter. I de fleste tilfælde vil AAC og de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) være de samme, da det ofte kun er de variable omkostninger, der kan

<sup>100</sup>Um, m.fl., 2004 *Model for Calculating Interconnection Costs in telecommunications*, side 32

<sup>101</sup>Cabral, 2000, s. 18

<sup>102</sup>Konkurrensverket, 2007, artikel af Williams "Excessive pricing" s. 146

undgås. Dog kan det forekomme, at nogle af de faste omkostninger kan kategoriseres som undgåelige, hvorfor AAC kan være højere end AVC. Det kan altså forkastes, at det er en virksomheds AVC eller AAC, der skal være genstand for beregningen af profitmarginen.

De faste omkostninger (herefter "FC") er de omkostninger, som ikke afkæmper af producerede mængde af enheder. Indeholdt i disse omkostninger er eksempelvis administrative omkostninger, herunder lønninger, som skal afholdes uanset om en ydelse leveres til en forbruger eller ej.<sup>103</sup>

De langsigtede, gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (Long-run average incremental costs, herefter "LRAIC") estimerer de billigere omkostninger, som en virksomhed afholder i forbindelse med produktion af en ydelse i forhold til de omkostninger, der allerede er forbundet med at producere en ydelse eller andre ydelser. Virksomheder, der fremstiller flere produkter (multiproduktvirksomheder), har nogle fordele i forbindelse med omkostninger i de synergier, der er ved at tilbyde flere ydelser. Disse omkostninger er udtrykt i Figur 2 som common costs. For sådanne virksomheder vil LRAIC være lavere end ATC for hvert enkelt produkt, da egentlige fælles omkostninger ikke medregnes i LRAIC også jf. figuren. Ved multiproduktvirksomheder vil omkostninger, der kunne have undgået ved ikke at producere et bestemt produkt eller produktsortiment, ikke blive betragtet som fællesomkostninger.<sup>104</sup> LRAIC er dermed et udtryk for de langsigtede gennemsnitlige undgåelige produktionsomkostninger.<sup>105</sup> Indeholdt i LRAIC er også de omkostninger som er nødvendige at afholde for at trænge ind på et marked og udbyde en ydelse ud fra et gennemsnit af det totale output. LRAIC indeholder derfor nogle fællesomkostninger, men kun omkostninger som er direkte relaterede til en bestemt ydelse. De samlede omkostninger har kostet at trænge ind på det pågældende marked.

---

<sup>103</sup>Cabral, 2000, s. 18

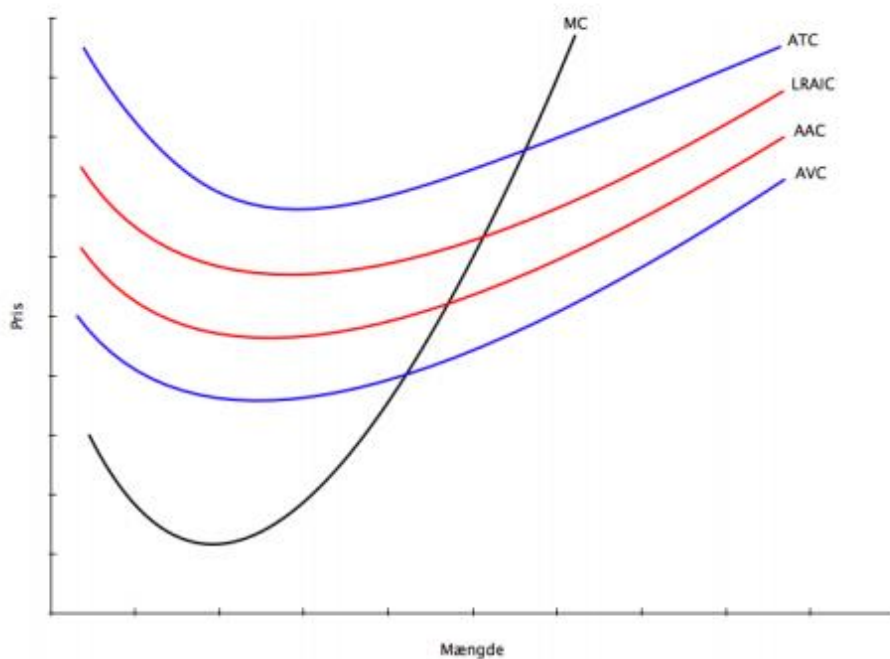
<sup>104</sup>Um, m.fl., 2004 *Model for Calculating Interconnection Costs in telecommunications*, s. 18

<sup>105</sup>LRAIC er værdien af de omkostninger som en virksomhed vil undgå i fremtiden, hvis den stopper med at producere et bestemt produkt. Hvis LRAIC overstiger markedsprisen på en ydelse, vil det dermed være billigere for virksomheden at stoppe med at udbyde den pågældende ydelse. See O'Donoghue & Padilla s. 750

<sup>106</sup>O'donoghue & Padilla, 2013, s. 750

Slutligt kan en virksomheds gennemsnitlige totale produktionsomkostninger (average total costs, herefter "ATC") tages i betragtning. Dette er gennemsnittet af alle omkostninger, og virksomhed afholder i forbindelse med produktionen af en ydelse, faste såvel som variable, divideret med den totale mængde af output. Under de totale omkostninger tilhører også de fællesomkostninger, som en virksomhed afholder i forbindelse med en produktion større en produktportefølje, jo flere fællesomkostningerne vil der være, hvilket er indholdt i ATC. På et konkurrencedygtigt marked vil det altid være den mest optimale prissætningsstrategi for virksomheder at prissætte, således alle produktionsomkostninger dækket, herunder også fællesomkostninger.

I Figur 3 - Omkostningsmodel er det illustreret, hvordan de forskellige omkostningskurver ligger i forhold til hinanden.



Figur 3 - Omkostningsmodel

<sup>107</sup>ATC findes ved  $(FC+VC)/Q=ATC$

<sup>108</sup>O'Donoghue & Padilla, 2013, s. 750

I vurderingen af hvorvidt en virksomheds profitmargin er for høj, kan det på baggrund af definitionerne af de forskellige omkostninger udledes, at profitmarginen ikke skal beregnes ud fra AVC eller AAC. Dette skyldes at i en ydelse, hvor en virksomhed har meget høje faste omkostninger, ville det kunne forekomme, at denne ikke ville kunne dække omkostningerne, uden det ville betragtes som urimeligt.

Derimod kan det diskuteres om omkostningerne, der skal medregnes i beregningen af profitmarginen, skal være LRAIC eller ATC. LRAIC tager som nævnt ikke højde for de faste fællesomkostninger, som en virksomhed afholder i forbindelse med at holde en produktion i gang, hvilket ATC gør. Argumentet for at LRAIC skal være genstand for profitmarginberegningen er, at LRAIC kun vedrører omkostninger forbundet med lige netop den ydelse, som er genstand for en rimelighedsundersøgelse, samt de omkostninger som virksomheden har afholdt i forbindelse med at trænge ind på markedet for netop den på ydelse.

Dog kan det argumenteres, at ATC skal være genstand for omkostningselementet i United Brands testens første trin. Dette skyldes, at der i ATC også medregnes de fællesomkostninger en virksomhed har afholdt til at holde selve virksomheden som fx lønninger til medarbejderne. Disse omkostninger vil være konstante uanset hvor mange enheder, der bliver solgt, hvorfor det er rimeligt at beregningen af en virksomheds profitmargin skal medregne fællesomkostninger.

Det fremgår af ordlyden af første trin i United Brands test: *de faktiske afholdte omkostninger*", jf. dommens præmis 252. Ud fra dette kan argumenteres, at en virksomhed faktisk har afholdt alle omkostninger, som er indeholdt i ATC. Samtidig udgør omkostningerne i LRAIC også en del af de faktiske afholdte omkostninger i forbindelse med indtræden på markedet. Dog kan det være særdeles vanskeligt for virksomheder, lige så vel som det kan være vanskeligt for Kommissionen, at opgøre, hvilke omkostninger der er forbundet med netop en leveret ydelse. EU-Domstolen har også i United Brandsdommen understreget, at det kan være vanskeligt at finde frem til en produktionspris, hvortil

---

<sup>109</sup>Konkurrensværket, 2007, artikel af Motta & de "Stressive Pricing in Competition Law: Never say Never?", s. 33



de anerkender, at opgørelsen af produktionsomkostninger må bero på en skønsmæssig fordeling.<sup>110</sup> Derfor synes det mest optimalt at beregne profitmarginen ud fra gennemsnittet af alle virksomhedens afholdte omkostninger, da disse omkostninger er mindst vanskelige at opgøre for virksomheder såvel som for Kommissionen.

Kommissionen henviser yderligere i *Scandlines*-sagen til, at en profitmargin skal vurderes ud fra virksomhedens samlede omsætning i forhold til de totale omkostninger, som HHAB havde afholdt på Helsingør-Helsingørruten.<sup>111</sup> Ligeledes har nationale konkurrencemyndigheder, navnlig de danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelse, anvendt virksomhedernes ATC i forbindelse med beregningen af profitmargin. Denne fremgangsmåde er anvendt senere hen i *E2*, hvor KFS T ligeledes er anvendt i sagen.<sup>112</sup>

Et af de problemer kan være forbundet med at beregne en virksomheds profitmargin ud fra dennes ATC, at disse omkostninger ikke tager højde for faktorer som risiko og stordriftsfordele. Profitmarginen varierer på tværs af industrier, hvortil en høj margin kan reflektere kompensation for virksomheden ved at have en høj risiko forbundet med høje upfront investeringer eller haft betydelige udgifter til forskning og udvikling. I særligt i industrier som fx medicinalindustrien afspejler en høj profitmargin oftest en høj risiko, som er forbundet med store omkostninger til innovation og forskning eller upfront investeringsomkostninger.<sup>113</sup> Hvis man kun tillader en lav profitmargin, reduceres ex ante investeringer, hvilket vil være til skade for forbrugerne på lang sigt.

Hvis man som virksomhed har opnået stordriftsfordele, som især kan være tilfældet for superdominerende virksomheder, kan man derfor ikke begrunde sine høje priser i høje omkostninger. Ydermere kan en dominerende virksomheds ATC være lavere end dennes konkurrenter, grundet stordriftsfordele eller andre effektivitetsforbedrende grunde. Hertil

---

<sup>110</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C27/76, dom af 14. februar 1978, s. 254

<sup>111</sup> *Scandlines Sverige mod HHAB*, sag COMP/A.36.568, Kommissionens beslutning af 23. juli 2004 punkt 119

<sup>112</sup> *E2*, sag D120024008/EMS, 22. december 2010, punkt 785

<sup>113</sup> O' Donoghue & Padilla, 2013, side 750.

ville det skade en dominerende virksomheds incitament til at minimere omkostninger, hvis de blev pålagt at reducere sine priser således, at deres profitmargin matches med andre efficiente konkurrenters marginer. På den anden side vil en dominerende virksomhed ikke kunne fritages for Kommissionens undersøgelser ved at begrunde sine høje priser i høje omkostninger, i tilfælde af virksomhedens høje omkostninger er afledt af inefficiens.<sup>15</sup>

Det kan altså ud fra ovenstående analyse sammenfattes, at i vurderingen af om der består et urimeligt forhold mellem den opkrævede pris og de afholdte omkostninger, er det mest optimalt at virksomheder tager deres ATC i betragtning. Dette skyldes hovedsageligt, at ATC tager højde for en virksomheds fællesomkostninger, hvilket kan fremme virksomheders investeringsincitament. Derudover kan omkostninger som LRAIC ikke opgøres præcist i tilfælde af, der er tale om en multiproduktiv virksomhed, hvorfor disse omkostninger ikke skal danne grundlag for profitmargin beregningen.

#### 2.2.2.2 Kan der ud opstilles en benchmark for hvornår en pris er urimelig baseret på profitmarginens størrelse?

United Brands testen er en manifestation af det urimelige problem, som Kommissionen står over for, når de skal undersøge, om en virksomhed misbruger deres dominans ved at tage urimeligt høje priser for deres varer eller tjenesteydelser.

Dette er afledt af, at der ikke findes nogen prisprofitmargin benchmark, der implementerer TEUF art. 102, litra a, som opfylder betingelser om (a) objektivitet og (b) effektivitet. Kravet om objektivitet beror på kriteriet om, at udfaldet af en test skal være forudsigelig. Det skal være forudsigeligt og gennemsigtigt for virksomheder at vide, hvornår deres profitmargin vil betragtes som urimelig høj og dermed også urimelig ifølge TEUF art. 102, litra a, førend testen kan betragtes som objektiv. Kravet om effektivitet er betinget

---

<sup>114</sup> Ibid., s. 751

<sup>115</sup> Lucazeau m.fl. mod SACEM, sag C 10/88, 241/88, 242/88, præ. afg. af 13. juli 1989, præmis 29

priser kun skal betragtes som værende urimeligt høje, såfremt det er skadeligt for forbrugerne på lang sigt. Dette krav adskiller sig fra den nuværende test, som ikke er differentieret mellem hvorvidt en virksomheds adfærd er til skade på kort eller på lang sigt. Således et behov for at undersøge og analysere retspraksis for at vurdere, om det er muligt at opstille en benchmark for, hvornår en virksomheds profitmargin er for høj at skabe en højere grad af objektivitet i testen.



Figur 4 – illustration af metode til vurderingen af om der består et urimeligt forhold mellem pris og omkostninger.<sup>117</sup>

Ovenstående figur illustrerer en metode, hvorpå man kan fastsætte en pris for at konstatere hvornår der består et urimeligt forhold mellem den opkrævede pris og de fastholdte omkostninger. Prisen anses for urimelig, hvis den er over prisen  $p^*$ . Denne metode er forbundet med mindst to problemer. Det første er, at metoden i stor udstrækning er vilkårlig; hvad er den profitmargin, som Kommissionen vil acceptere? Med hvad er den maksimale pris,  $p^*$ , som virksomhederne kan opkræve, før den anses som urimelig. Det andet problem vedrører vanskeligheden ved at beregne omkostningerne,  $c$ , som ud fra sammenfatningen af ovenstående analyse konstateres at være edkssom ATC. Opsummeret betyder det, at der er et behov for at analysere hvor høj en profitmargin virksomheden kan opnå, førend det anses som værende urimeligt.

<sup>116</sup> Evans & Padilla, "Excessive Pricing: Using Economics to Define Administrable Legal Rules", side 110

<sup>117</sup> Motta & De Streel, "Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law", s. 7

Der er i praksis ikke taget stilling til, hvornår forskellen mellem en virksomheds pris på et pågældende produkt og omkostninger er tilstrækkelig stor til at kunne statuere en forøgelse af prisen som et misbrug af dominans i form af urimeligt høje priser. Der vil derfor i det følgende blive undersøgt, om det er muligt at opstille formodningsregler foren genbenchmark, der indikerer at profitmarginen er for høj. Hertil skal nævnes, at det blot er trin 1 af United Brands-testen, der er i fokus, in mente at trin 2 også skal være opfyldt, før det er konkret muligt at statuere et misbrug. Dette vil blive analyseret fra retspraksis i tilfælde hvor Kommissionen eller nationale konkurrenceråd har konstateret misbrug af dominerende stilling ved urimeligt høje priser.

*Deutsche Post AG, Kommissionens beslutning af 25. juli 2001*

Deutsche Post AG (dette er tysk Post) kan få tilladelse til at tilbyde posttjenester i Tyskland. Tvisten i denne sag opstod grundet store prisforskelle mellem indlandstaksterne og terminalafgifterne i Tyskland, set i forhold til andre medlemsstater. Terminalafgiften betales af den afsendende posttjeneste til den modtagende posttjeneste for omdeling af grænseoverskridende post. På grund af de store prisforskelle har det været mere rentabelt for tyske virksomheder at anvende remailing.

Det følger af Domstolens retspraksis, at rimeligheden af en pris kan afprøves ved sammenligning af prisen af pågældende ydelse og de faktisk afholdte omkostninger, virksomheden har afholdt i forbindelse med leveringen af ydelsen. Da det ikke var muligt for Kommissionen at foretage en detaljeret omkostningsanalyse af DPAG's gennemsnitsomkostninger, blev en alternativ benchmark anvendt. DPAG opkrævede en indlandstakst på 0,56 EUR. Den samme takst anvendte de på ABAil (grænseoverskridende postforsendelse). ACP havde tidligere ved anmeldelsen til Kommissionen af REHafS anført:

---

<sup>118</sup> Remailing går ud på, at de tyske virksomheder afleverer brevene bl.a. til British Post Office (BPO som er den offentlige posttjeneste i Det Forenede Kongerige) med henblik på at få disse omdelt i Tyskland igen. Idet indlandstaksterne for omdeling af breve var højere end terminalafgifterne i Tyskland, blev det derved billigere for virksomhederne at anvende remailing.

<sup>119</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 252

*"at de gennemsnitlige omkostninger ved at befordre og omdele indgående grænseoverskridende post (inklusive en rimelig fortjeneste) kan anslås at udgøre 80 % af indlandstaksten."<sup>120</sup>*

Da DPAG ikke kunne godtgøre yderligere for deres omkostninger, anvendte Kommissionen de 80 % som omkostningsbenchmark, og vurderede den opkrævede pris herudfra. Kommissionen skønnede derfor DPAG's gennemsnitlige omkostninger til at være 10,45 EUR.

Ud fra ovenstående formel (se afsnit om profitmargin), kan DPAG's profitmargin dermed beregnes til at være:

\_\_\_\_\_ 122

Som følge af en profitmargin på 20% for en pris som, jf. REIMSftalen allerede indeholdt en rimelig fortjeneste, konkluderede Kommissionen, at DPAG havde udnyttet kunderne ved at opkræve en urimeligt høj pris, idet den opkrævede pris ikke stod i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse. På baggrund heraf kan det konkluderes, at en profitmargin på 20% er nok til at konstatere, at der består et urimeligt forhold mellem DPAGs opkrævede pris på 0,56 EUR dennes afholdte omkostninger på 0,45 EUR. Den omstændighed at Kommissionens benchmark for omkostningerne allerede indeholdte en fortjeneste indikerer, at den faktiske profitmargin var højere end 20%. På gældende sag blev der også foretaget en sammenligning af DPAGs og Sveriges gennemsnitlige omkostninger af indlandstaksten. Denne sammenligning udgør United-Brands andet trin og vil blive behandlet i afhandlingens trin 4.

<sup>120</sup> *Deutsche Post AG mod British Post Office*, sag COMP/136.915, Kommissionens beslutning af 25. juli 2001, punkt 160

<sup>121</sup> *Ibid.*, punkt 156

<sup>122</sup> Egen beregning ud fra Kommissionens beslutning

<sup>123</sup> *Deutsche Post AG mod British Post Office*, sag COMP/136.915, Kommissionens beslutning af 25. juli 2001, punkt 166

*Napp, Director General of Fair Tradings afgørelse af 30. marts 2001*

Dette er en afgørelse fra den britiske konkurrencemyndighed "Office of Fair Trading" (her efter "OFT")<sup>124</sup>. Napp er en farmaceutisk virksomhed, som var de første til at lancere et morfinprodukt med "sustained release" kaldet MST. Napp havde patent på dette produkt mellem 1980 og 1992 men opkrævede stadig samme pris for MST til forbrugere efter patentets udløb. Som følge af patentet lykkedes det Napp at opretholde en markedsandel på markedet for MST på 96 %.

Ved sammenligning af NAPPs profitmargin for salget af MST til forbrugere og andre produkter til NHS (hospitaller) ses det, at Napp opnåede en profitmargin, som oversteg 80%. Hvor marginen ved salg til NHS var det mellem 40 og 60%.<sup>125</sup> Forskellen mellem de to profitmarginer var en betydelig størrelse hvilket i den nærværende sag var en indikator for misbrug af dominans. Derudover havde det også en betydning for afgørelsen at Napp opnåede en profitmargin på 80 % på salget til forbrugere. Dog var det ikke nok til alene at statuere, hvorfor den engelske konkurrencemyndighed ydermere foretog en sammenligning mellem Napp's profitmargin og dennes konkurrenter.

OFT anerkendte, at ved effektiv priskonkurrence er muligt og acceptabelt at opnå en præmie, som ligger over konkurrenternes priser. Det var dog ikke acceptabelt, at denne præmie var 40% højere!<sup>126</sup> Napps priser blev i pågældende sag bevist urimeligt høje ved fremgangsmåden beskrevet i *United Brands*: "**hvorvidt forskellen mellem omkostningerne afholdt og den faktisk opkrævet pris er urimelig**".<sup>127</sup> OFT gjorde dette ved at sammenligne profitmarginen som Napp tjente på fællesskabssalg med marginen Napp tjente på salg af andre produkter og på salg af MST til andre markeder.

---

<sup>124</sup> OFT er ikke længere en aktiv instans, men nu omdannet til Competition and Markets Authority (CMA)

<sup>125</sup> Napp, sag CA98/2/2001, afgørelse af 30. marts 2001, punkt 224

<sup>126</sup> Ibid., punkt 211

<sup>127</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 252

Napps profitmargin for MST til forbrugeresom sagt over 80% Hvor dennes konkurrenters profitmargin lå under 7%, altså over 10 procentpoint højere end deres mest profitable rival. Napp blev derfor dømt for overtrædelse af den nationale bestemmelse "Article II prohibition imposed by Section 18(1) of the Competition Act 1998", som implementerer TEUF art. 102, litra a. Det kan udledes af sagen, at en profitmargin på 80 % i sig selv ikke anses for værende urimelig, men det urimelige forhold blev konstateret på baggrund af sammenligninger med dennes konkurrenters profitmarginer.

### *CD Pharma, Konkurrencerådets afgørelse den 31. januar 2018*

Denne afgørelse er afsagt af den danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelse (herefter "KFST") og omhandler svenske CD Pharma ABs prissætning af lægemidlet Syntocinon på det danske marked. CD Pharma indtrådte på markedet primo april 2014 med en listepris på Syntocinon på 45 kr. pr. pakke. De hævede den 28. april 2014 prisen til 945 kr., hvorefter de fra 27. oktober 2014 satte priserne ned til 225 kr. KFST indtogte stilling til CD Pharmas prissætning på 945 kr. og tog derfor ikke stilling til, om prisen på 225 kr. pr. pakke var en urimelig høj pris og dermed udgjorde et misbrug.

Da CD Pharma var en distributionsvirksomhed havde de ingen produktionsomkostninger, hvorfor det var styrelsens vurdering, at den mest retvisende analyse var det centrale skøn over, hvor CD Pharmas salgspriser på Syntocinon sammenholdt med de omkostninger, CD Pharmas havde afholdt i forbindelse med salget af Syntocinon i 2014 perioden.<sup>129</sup> Til brug for pris- og omkostningssammenligningen valgte styrelsen at fokusere på CD Pharmas profitmargin over distributionsomkostningerne. CD Pharma havde ved en salgpris på 945 kr. haft en profitmargin på 80% pr. pakke i selve perioden for misbruget. Styrelsen vurderede på denne baggrund, at CD Pharma havde opkrævet en pris, som i stort omfang oversteg deres omkostninger forbundet med salget af Syntocinon.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> *CD Pharma*, sag DIPS 4/08469, Konkurrencerådet afgørelse den 31. januar 2018, punkt 315

<sup>129</sup> *Ibid.*, punkt 1003

<sup>130</sup> *Ibid.*, punkt 21

Det er derfor på baggrund af styrelsens vurdering muligt at konkludere, at profitmargin på 80-90% i sig selv kan være nok til at statuere et urimeligt forhold mellem den opkrævede pris og de faktisk afholdte omkostninger. Selvom en pris og omkostnings sammenligning, som viser en høj profitmargin kan anvendes som første trin i misbrugsanalyse, kan der ikke alene på baggrund heraf konkluderes, hvorvidt der er opkrævet urimeligt høje priser, hvorfor styrelsen i sin misbrugsanalyse foretog en sammenligning af CD Pharmas priser med andre priser, som udgør andet trin af Brundage-testen.

På baggrund af ovenstående analyse kan det konkluderes, at det ikke er muligt at opstille en generel benchmark for hvornår profitmarginens størrelse kan anses som værende urimelig i medfør af TEUF art. 102, litra a. Som det fremgår af de nævnte sager, er virksomhedernes profitmarginer forskellige og varierer meget, men alle dømmes dog for overtrædelse af art. 102 TEUF for urimeligt høje priser. I Deutsche Post ses en profitmargin på kun 20% og de blev alligevel dømt for misbrug af domstolens stilling, hvorimod profitmarginen i både Nappagen og CD Pharma var over 80%. En af grundene til at virksomheders profitmargin er forskellige, skyldes de varierer på tværs af industrier. Det kan dog konstateres, at det uanset hvad er essentielt at tage hele markedet og industrien i vurderingen af, om der består et urimeligt forhold mellem prisen og omkostninger. På baggrund af den nuværende retspraksis, vil det være relevant at sammenligne den dominerende virksomheds profitmargin med andre virksomheders profitmargin indenfor samme industri.

Et af de problemer der kan være forbundet med sammenligningen af pris og omkostninger er statueret af Domstolen i SACEMdommen,<sup>132</sup> hvor Domstolen har udtalt at produktionsomkostningerne, der skal tages i betragtning ikke nødvendigvis er den undersøgte virksomheds omkostninger, men kan være en effektiv virksomheds omkostninger, hvis de høje produktionsomkostninger skyldes netop den dominerende stilling og dermed den manglende konkurrence på markedet ifølge præmis 29. I SACEM sagen udtrykte Domstolen, at SACEMS afgifter var højere end andre medlemsstaters nationale ophavsretsselsk

---

<sup>131</sup> Ibid., punkt 1097

<sup>132</sup> Lucazeau m.fl. mod SACEM m.fl., sag 100/88, 241/88, 242/88, præmis 13. juli 1989, præmis 29



ber, begrundet i SACEMS ineffektivitet (høje opkrævnings- og fordelingsomkostninger).<sup>133</sup> Se nærmere herom i ovenfor afsnit 2.2.2.1

### 2.2.2.3 Sammenfatning af trin 2

I Scandlines dommen vurderede Kommissionen, at en analyse af urimelige eller unfair priser skal have fokus på den opkrævet pris og dens relation til den økonomiske værdi af produktet. En sammenligning af pris og omkostninger, hvilket er en bestemt virksomheds profitmargin, tjener som første trin i United Brand testen. Beregningen af en virksomheds profitmargin volder dog problemer, da det er vanskeligt for virksomheder at identificere hvilke omkostninger, der er forbundet med produktionen af en bestemt vare eller tjenesteydelse.<sup>134</sup> Dette skyldes bl.a., at virksomheders profitmargin varierer på tværs af industrier, hvor en høj profitmargin kan reflektere den påkrævede kompensation for risiko forbundet med store upfront investeringsomkostninger.<sup>135</sup>

Ved vurderingen af hvilke omkostninger der skal medregnes i en virksomheds profitmargin, kan det konkluderes, at denne beregning bør foretages på baggrund af virksomhedens ATC. Dette er begrundet i vanskeligheden for virksomheder såvel for Kommissionen ved at opgøre præcis hvilke omkostninger, der relaterer sig til leveringen af en bestemt ydelse. Det er derfor mest optimalt og efficient at benytte ATC som benchmark af profitmarginen. Dog skal man have i mente, at der kan være højeste omkostninger, som investeringer og udgifter til forskning og udvikling, som kan have betydning for profitmarginens størrelse. Derudover skal man også betragte, hvor inefficent den dominerende virksomhed er, idet en høj grad af omkostningsefficiens kan medføre en høj profitmargin, uden at denne nødvendigvis skal anses som uforholdsmæssig.

Selvom det konkluderes, at en virksomheds profitmargin skal beregnes ud fra ATC, er det stadig ikke gennem regulering eller retspraksis specificeret, hvor høj denne profitmargin skal være.

<sup>133</sup>Motta & De Stree, 2007, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, s. 5

<sup>134</sup>Konkurrensverket, 2007, artikel af Motta & de Stree, *Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?*, s. 33

<sup>135</sup>O'Donoghue & Padilla, 2013, side 750

margin må være førend den anses for urimelig. Som det af lovgiver kun tillader en lav profitmargin vil ex ante investeringer mindskes og væksten for forbrugerne på lang sigt, hvilket ikke er det EU ønsker at opnå med konkurrencereglerne. Derfor er det ikke muligt at opstille en benchmark herfor, særligt grundet variationen af profitmarginer på tværs af industrier.

Ydermere er det ikke fuldtændig klart, hvordan Kommissionen behandler markeder, med høje investeringsomkostninger, i forhold til TEUF art. 102, litra a. Det foreligger ikke klart om virksomheder har mulighed for at medtage sine tidligere investeringsomkostninger eller inkorporere kompensation for risiko ved fastsættelse af deres priser. Såfremt der ikke tages højde for kompensation, da risikerer man at statuere urimeligt høje priser ikke findes. Hvis ikke virksomheder belønnes for at være innovative, da vil deres incitament til at innovere mindskes eller forsvinde.<sup>136</sup> Dette kan dette forhold indgå i vurderingen af hvornår en pris i sig selv er urimelig som vil blive analyseret nedenfor i afsnit 2.2.3

Afslutningsvis kan det konkluderes, at en sammenligning af en virksomheds pris- og o kostninger ikke kan være afgørende i forbindelse med eksistensen af et misbrug. Dette skyldes den manglende benchmark for, hvornår en profitmargin er for høj og dermed indikerer misbrug. Det er derfor nødvendigt at kigge på andre forhold, herunder om den domnerende virksomheds enten pris i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig, hvilket udgør trin to i United Brands testen.

### 2.2.3 Trin 3- Hvornår er en pris i sig selv urimelig?

Andet trin af United Brands testen vedrører tilsvarende vurdering af den dominerende virksomhed pris, herunder;

1. Om prisen i sig selv er urimelig (økonomisk værdi),

---

<sup>136</sup>O' Donoghue & Padilla, 2013, s. 759

2. Om en pris er urimelig i forhold til konkurrerende varer.

Det fremgår af *United Brands* dommens præmis 252 at ovenstående undersøgelser kun skal foretages såfremt:

*"..i bekræftende fald [af testens 1. trin] undersøges, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig."*

Ud fra dette kan det udledes, at *United Brands* testen er kumulativ, hvorfor testens andet trin, som nævnt ovenfor, kun skal gennemføres såfremt første trin i testen er opfyldt. Det vil sige, vurdering af om der består et uligeforhold mellem den opkrævede pris og de faktisk afholdte omkostninger.<sup>137</sup> Dette understøttes i *IMAX*, hvor Kommissionen afviste en indgivet klage vedrørende *IMAX*' prissætning af projektorer, da prisen ikke var urimelig i sig selv eller i forhold til konkurrenters varer. Det vil sige, at *United Brands* testens andet trin ikke var opfyldt, hvorfor Kommissionen ikke undersøgte *IMAX* yderligere.<sup>139</sup> Heraf kan det udledes, at Kommissionen kan afvise en klage, såfremt et af trinene i *United Brands* testen ikke er opfyldt, hvilket understøtter, at testen er kumulativ. Første trin i testen udgør kun en nødvendig men ikke tilstrækkelig vurdering af om en pris er urimelig høj, idet der her ikke bliver taget højde for andre faktorer end omkostninger. Dette betyder, at første trin ikke tager højde for markedsbestemte faktorer, eller om en virksomhed som følge af virksomhedens effektivitet har særligt lave omkostninger. Dette fremgår også af *Scandlines* sagen, hvor Kommissionen udførte en analyse af urimelige unfair prismisbrug skal have fokus på den opkrævede pris og dens relation til den økonomiske værdi af produktet.

I *United Brands* testens andet trin udspringer overordnet set to grene. Den ene gren indeholder en vurdering af, hvorvidt prisen i sig selv er urimelig, og den anden gren sammen

---

<sup>137</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 253. Jf. desuden kendelse af 25.3.2009, *Scippacercola og Terezakis mod Kommissionen* (C, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:188, præmis 47)

<sup>138</sup> Generaladvokat N. Wahl, forslag til afgørelse fremsat den 6. april 2017, sag punkt 3

<sup>139</sup> *Euromax mod IMAX*, COMP/C2/37.761, Kommissionens beslutning om afvisning af klage af 25. marts 2004, s. 12

ligner prisen med konkurrenters priser. Trin 2 i United Brandsdommen er dog ikke kumulativ, da ordet "eller" optræder, hvorfor det blot er en af de to grene, som skal overvejes, før det er muligt at statuere misbrug.

Det fremgår af United Brandsdommens præmis 250, at en pris vil betragtes som urimeligt høj, såfremt den ikke står i rimeligt forhold til den økonomiske værdi. Undersøgelsen af om prisen i sig selv er urimelig, indeholder en vurdering af ydelsens økonomiske værdi, ud over profitmarginen som analyseret ovenfor i værende tests andet trin, som er analyseret i afsnit 2.2.2 i forhold til andet trin i United Brandsdommen. Den efterlader denne tvivl om begrebet "økonomisk værdi". Der er tidligere igennem retspraksis ikke taget stilling til dette begreb, hvorfor det ikke yderligere er blevet defineret, hvad der egentlig skal indgå i vurderingen af en ydelses økonomiske værdi.

#### 2.2.3.1 Hvilke betragtninger indgår i vurderingen af den økonomiske værdi?

Ved vurderingen af om en pris i sig selv er urimelig, skal den økonomiske værdi af en ydelse betragtes. Kommissionen udtaler i Scandlines sagen, at den økonomiske værdi af et produkt ikke alene kan bestemmes ved produktionsomkostningerne men tillige af andre faktorer og omkostninger, der står uden relation til virksomhedens tab og profit. Kommissionen mener, at den økonomiske værdi skal bestemmes i forhold til de særlige omstændigheder af sagen samt ikke-økonomiske faktorer såsom efterspørgslen på produktet. I efterspørgselsbetragtningen tillægges det betydning, hvilken værdi en ydelse har for for brugerne. Herunder skal forhold som betalingsvillighed, prisen elasticiteten af efterspørgslen samt andre ikke-økonomiske faktorer medtages.

Denne udtalelse fra Kommissionen efterlader en begrundet tvivl, da den ikke præciserer hvilke ikke-økonomiske faktorer, der er tale om, og hvor meget vægt der skal tillægges efterspørgselsfunktionen. I Scandlines sagen har Kommissionen anerkendt at:

---

<sup>140</sup> *Scandlines Sverige mod HHAB*, sag COMP/A.36.568, Kommissionens beslutning af 23. juli 2004, punkt 232 og 233

*"the port of Helsingborg represents a value to Scandlines and its customers because of its unique location close to Elsinore."*<sup>141</sup>

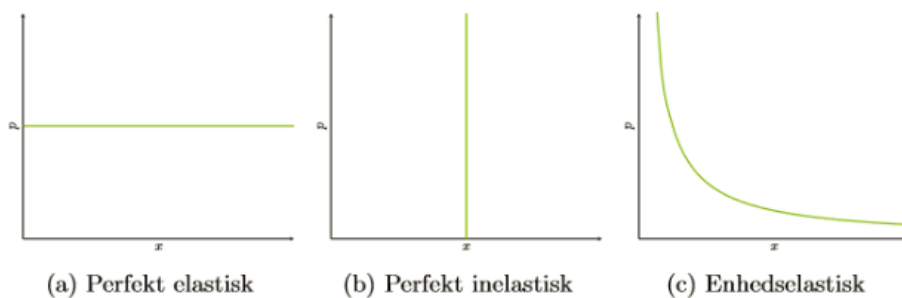
Beliggenheden af porten medfører ikke nødvendigvis højere produktionsomkostninger for Helsingborgs Hamn AB (herefter "HHAB"), men eftersom den er værdifuld for forbrugerne, bliver beliggenheden også værdifuld for udbyder, hvorfor den økonomiske værdi af ydelsen øges herved, også selvom dette ikke er indeholdt som en omkostning i den årlige virksomheds årsrapport.<sup>142</sup> Kommissionen finder her at den immaterielle værdi af produktet er essentielt i forhold til betragtningen af økonomisk værdi. I den henseende er efterspørgselssiden relevant, da den reflekterer den økonomiske værdi. Såfremt forbrugere tillægger pågældende ydelse en merværdi, er de mere tilbøjelige til at betale en højere pris for ydelsen. Da efterspørgselssiden reflekterer den økonomiske værdi, skal man derfor også tage højde for forbrugernes betalingsvillighed i vurderingen af produktets økonomiske værdi. Hvis efterspørgslen på en ydelse stiger, kan det medføre en prisstigning på ydelsen, hvilket vil medføre at den økonomiske værdi gradvist vil stige. Ud fra denne betragtning gælder, at jo højere betalingsvillighed der er for forbrugere for en bestemt ydelse, jo højere er den økonomiske værdi. Derfor kan den dominerende virksomhed opkræve en højere pris for ydelsen, uden at denne pris vil betragtes som urimelig i medfør af TEUF art. 102, litra a, end hvis forbrugernes betalingsvillighed var lavere.

I sammenhæng med forbrugernes betalingsvillighed, bør en bestemt ydelses priselasticitet undersøges i forhold til at definere den økonomiske værdi. Nedenunder er illustreret tre grafer med tre forskellige efterspørgselskurver, som har henholdsvis en perfekt elastisk og perfekt inelastisk samt en elasticitet som er enhedselastisk.

---

<sup>141</sup> *Scandlines Sverige mod HHAB*, sag COMP/A.36.568, Kommissionens beslutning af 23. juli 2004, punkt 241

<sup>142</sup> *Ibid.*, punkt 209 og 227



Figur 5 – Priselasticitet<sup>143</sup>

En pris er elastisk, hvis den procentvise ændring i efterspørgslen er større end den procentvise ændring i prisen (graf a), hvorimod prisen er inelastisk, hvis den procentvise ændring i efterspørgslen er mindre end den procentvise ændring i prisen (graf b). Prisen er enhedselastisk, hvis den procentvise ændring i efterspørgslen er lig med den procentvise ændring i prisen, hvilket også refereres til som en neutralt elastisk pris (graf c).

Som defineret i afsnit 2.2.1.1 er elasticiteten af en vares direkte afhængighed af efterspørgselskurvens hældning. Såfremt forbrugerne tillægger en ydelse merværdi, vil virksomheden som udgangspunkt have mulighed for at hæve prisen uden det medfører en betydelig ændring i efterspørgslen under forudsætning af, at prisen ikke er fastsat til forbrugernes maksimale betalingsvillighed. I tilfælde af at forbrugernes betalingsvillighed er lav, da vil de substituere væk til andre produkter, såfremt prisen hæves. Som tidligere konstateret i afsnit 2.2.1.3 er der på markeder med en superdominerende virksomhed meget få eller ingen nære substitutter, hvorfor forbrugerne her ikke har mulighed for at substituere over til andre produkter. Såfremt forbrugerne har et substitutionsvalg, vil faktorer også spille en rolle i beslutningen, som fx hvilke slags substitutter der findes på markedet og kan tilbydes til forbrugerne af andre virksomheder. Dette indebærer, som også tidligere nævnt, at forbrugerne har forskellige præferencer.

<sup>143</sup> www.økonominoter.dk besøgt 25. april 2018

<sup>144</sup> Etro, Kokkoris, 2010, artikel af Kokkoris "We Underenforcing Article 102 TFEU?" side 149

I tilfælde af en virksomheds priselasticitet er perfekt inelastisk, kan virksomhedens produkt anses som en nødvendighedsvarer. Dette giver virksomheder større incitament til at udnytte forbrugerne, idet de kan øge priserne på en ydelse som de vil, uden at det vil have en effekt på efterspørgslen af denne ydelse, hvilket er illustreret i Figur 5 og graf (b). Grundlaget herfor er, at forbrugerne er nødsaget til at købe på gældende prisniveauet, og forbrugerne i netop en sådan markedssituation bliver ikke stillet over for et valg.

Forbrugerpræference er i økonomisk teori et yderst vigtigt begreb, da præferencer antages at være grundlaget for individers handlinger og forskellige valg. En præference kan i forhold til brands, da det for nogle forbruger anses for at have stor betydning ved valg af produkt. Såfremt en forbruger tillægger brand stor værdi, vil denne også være villig til at betale mere for ydelsen. Det samme gør sig gældende for kvaliteter. Det fremgår af United Brands sags præmis 91, at forbrugerne foretrækker mærket Chiquita frem for umærkede bananer, som der blev foretaget en prissammenligning med i sagen, selvom prisforskellen var i en størrelsesorden på 40%. Forbrugerpræferencer er derfor en vigtig faktor, som bør indgå i vurderingen af en ydelses økonomiske værdi.

Kommissionen noterede endvidere i Scandlines sagen, at det i nogle tilfælde kan være nødvendigt for en dominerende virksomhed at opkræve høje priser som kompensation for store omkostninger forbundet med investering. I den henseende bemærkede Kommissionen, at det The Port of Helsingborg havde høje sunket som ikke var medregnet i de finansielle rapporter. Det er derfor anerkendt af Kommissionen, at et dominerende virksomheds høje sunket afholdt i forbindelse med store investeringer er relevante at medtage i beregningen af deres økonomiske værdi af deres produkter.

Sidste betingelse, som Kommissionen finder relevant i forhold til definitionen af økonomisk værdi i Scandlines sagen, er offeromkostninger. Offeromkostninger af et givent produkt kan defineres som:

---

<sup>145</sup> *Scandlines Sverige mod HHAB*, sag COMP/A.36.568, Kommissionens beslutning af 23. juli 2004 punkt 209

<sup>146</sup> Ibid.

*"the foregone benefit from not applying the resource in the best alternative use"*<sup>147</sup>

I Scandlines sagen statuerede Kommissionen, at jorden anvendt af havnen for færgefart sig selv er meget værdifuld, hvorfor det at beholde færgefart på havnen i stedet for at vende jordertil andre formål repræsenterede en offeromkostning for havne ejeren. De offeromkostninger, der er i forbindelse med leveringen af en bestemt ydelse, kan således også have indflydelse på den økonomiske værdi af ydelsen. Hvis offeromkostningerne er store, vil det indikere en højere økonomisk værdi og vice versa.

I Scandlines sagen giver Kommissioner ikke yderligere forklaring af deres fremgangsmåde til beregning af den økonomiske værdi. Det efterlader et ubesvaret spørgsmål, da der ingen forklaring er givet af begrebet økonomisk værdi hverken i tidligere eller nuværende retspraksis. Det eneste, som kan udledes på baggrund af Kommissionens kommentar i Scandlines sagen er, at de anerkender, at de omkostningsrelaterede faktorer, med til at øge den økonomiske værdi af en ydelse. Kommissionens medtagne faktorer i Scandlines sagen er blot deres svar på essentielle faktorer i pågældende sag, hvorfor det ikke nødvendigvis er relevant i alle andre sager vedrørende misbrug af dominerende stilling ved urimeligt høje priser. Det er derfor nødvendigt at vurdere de omkostningsrelaterede omkostninger samt efterspørgselsfaktorer fra sag til sag, da disse varierer. Ved at medtage efterspørgselsfaktorer i vurdering af urimelig vs. rimelig pris, åbnes vejen for at, hvorfor der ikke må være nogen tvivl. Derudover indikerer udfaldet af Scandlines sagen, at Kommissionen anlægger en høj bevisstandard, førend det kan statueres at en pris i sig selv ikke står i rimeligt forhold til ydelsens økonomiske værdi.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup>Cabral, 2000, side 21

<sup>148</sup>Furse, 2008, "Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition", side 73

<sup>149</sup>O'Donoghue & Padilla, 2013, s. 742



### 2.2.3.2 Sammenfatning trin 3

Det er udledt af United Brandsdommen præmis 250, at man skal opgøre om en pris i sig selv er urimelig ved vurdering af prisen i forhold til en ydelses økonomiske værdi. Det kan ud fra ovenstående udledes, at der ved denne vurdering skal tages højde for ikke omkostningsrelaterede faktorer som priselasticitet, forbrugernes betalingsvillighed, offe omkostninger og forbrugerpræferencer, herunder brand værdi og kvalitet. Da alle disse faktorer varierer fra produkt til produkt, er det ikke muligt at opstille en specifik definition af begrebet økonomisk værdi, hvorfor det ikke er muligt at anvende samme fremgangsmåde ved beregning af den økonomiske værdi i alle sager.

Hvor en superdominerende virksomhed har en perfekt inelastisk pris betyder at den ydelse som virksomheden tilbyder, er en nødvendighedsvarer for forbrugerne. Den inelastiske pris afspejler også, at forbrugerne har begrænset eller ingen mulighed for at substituere væk fra den superdominerende virksomheds ydelse på grund af den manglende konkurrence på markedet, hvorfor muligheden for at den dominerende virksomhed udnytter sin position, anses for stor. Det er derfor nødvendigt at kigge på den pågældende ydelses priselasticitet, samt hvilke forhold den dominerende virksomhed opererer under, for at kunne lave en vurdering af den økonomiske værdi af ydelsen.

### 2.2.4 Trin 4- Hvornår er en pris urimelig sammenlignet med konkurrenternes priser?

Somanalysen i afsnit 2.2.3 indeholder ad det trin af United Brandsdommen to grene. Enten om en pris i sig selv er urimelig ud fra den opkrævede pris for en ydelse sammenholdt med den økonomiske værdi for den leverede ydelse, eller om prisen er urimelig sammenlignet med konkurrenternes priser. I den nærværende afhandlings trin 2.2.1.3 blev det vurderet, at Kommissionen primært har grebet ind på monopoliserede markeder. Derfor kan det allerede fastslås, at en sammenligning af prisen for den enkelte brand for nærværende test med konkurrenternes priser ikke er tilstrækkelig. Dette er begrundet i, at virksomheder, som besidder et lovmæssigt monopol, ikke har nogle konkurrenter, hvorfor der så at sige ikke er noget sammenligningsgrundlag. Derfor er det nødvendigt at foretage en analyse af, hvilke sammenligningsmuligheder man som dominerende virksomhed har,

samt på hvilket grundlag disse sammenligninger af priser kan foretages på. Kommissionen har i den forbindelse i Scandlines sagen præciseret situationer hvor det ikke er muligt at foretage en sammenligning med konkurrenters priser, kan sammenligningen foretages med virksomhedens egne produkter på andre markeder, eller en sammenligning af priser andre virksomheder tager på andre markeder. Det udsætter, at sammenligningen skal foretages på et ensartet grundlag, hvorfor ydelserne skal være sammenlignelige, så man kan foretage en meningsfuld sammenligning.<sup>150</sup>

#### 2.2.4.1 Hvilke sammenligningsmetoder kan virksomheder anvende?

I følgende analyse af sammenligningsmetoder vil der refereres til "den dominerende virksomhed", som er den virksomhed, hvis priser er genstand for undersøgelse. Derudover bliver der refereret til "den anden virksomhed", som er den virksomhed, vis priser den dominerende virksomheds priser kan sammenlignes med.

Anden gren af trin 2 indeholder en sammenligning mellem produktets pris og konkurrerende varer. Til dette trin har Kommissionen opstillet tre mulige sammenligningsmetoder<sup>151</sup>:

1. Sammenligning af den dominerende virksomheds priser med andre virksomheds priser på andre markeder
2. Sammenligning af priser, som den dominerende virksomhed tager på et marked, og priser andre virksomheder tager på samme eller andre markeder
3. Sammenligning af den dominerende virksomheds priser over tid

Disse sammenligningsmetoder vil blive analyseret nedenfor, hvortil begrænsningerne i hver af metoderne vil belyses.

---

<sup>150</sup>Heide-Jørgensen m.fl., 2009, s. 858

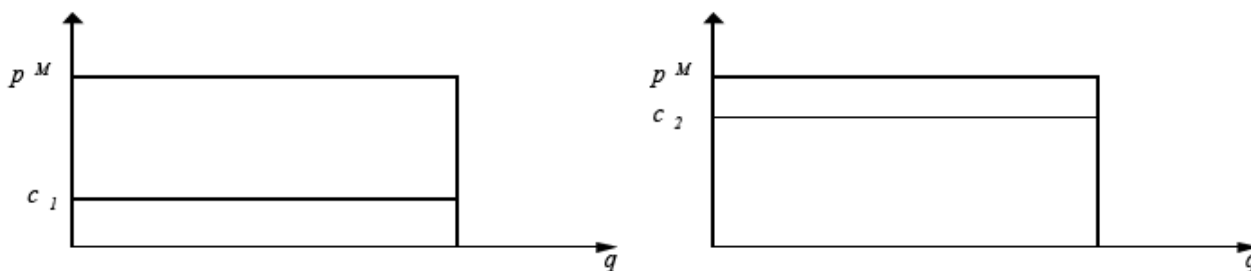
<sup>151</sup>E U ' s k o n k u r r e n t o l e k 2011, Working Party No. 2 on Competition and Regulation -Excessive prices", s. 1112

1. Sammenligning af den dominerende virksomheds pris med dennes priser på andre markeder

Eftersom det mere eller mindre er direkte umuligt for Kommissionen at præcisere regning af en virksomheds omkostninger, kan det give et mere retvisende billede af priser at sammenligne mere observerbare data, herunder en sammenligning med andre priser af den dominerende virksomhed. Denne sammenligning kan foretages på et geografisk marked, hvor virksomheden sælger samme produkt, men besidder ikke en dominerende stilling eller en sammenligning med andre produktmarkeder, som er tæt forbundet med pågældende produkt. I en sådan sammenligning er det i særdeleshed vigtigt højde for produktets kvalitet og distributionsomkostninger. Der kan især være forskellige distributionsomkostninger på forskellige geografiske markeder.<sup>152</sup>

*Sammenligning af to ydelser med samme pris og forskellige produktionsomkostninger*

Nederstående Figur 6 illustrerer scenariet, hvor den samme pris er opkrævet for to forskellige ydelser med forskellige produktionsomkostninger:



Figur 6 – sammenligningsmetode for samme pris og forskellige omkostninger<sup>153</sup>

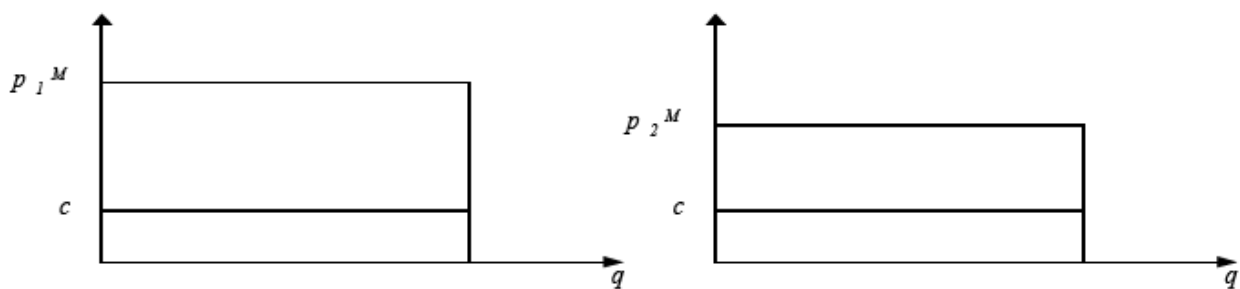
<sup>152</sup>EU's konkurrencekommission "Working Party No. 2 on Competition and Regulation – Excessive prices", side 11

<sup>153</sup>Motta & De Strel, 2006 "Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law", side 7

Denne metode blev anvendt af Kommissionen i General Motors, som er den første Kommissionsbeslutning om urimeligt høje priser. Her sammenlignede Kommissionen General Motors' (herefter "GM") omkostninger, som var det samme for europæiske og amerikanske biler, hvoraf prisen var den samme. GM opkrævede samme pris, 5000 BFR plus 900 BFR i merværdi, for inspektion af europæiske biler såvel som for amerikanske biler på trods af, at der var betydeligt færre tilmeldte biler til inspektionen af europæiske biler. Omkostningerne ved inspektion af europæisk fremstillede biler var på tidspunktet for dommens afsigelse 1250 BFR, og for amerikansk fremstillede biler var omkostningerne henholdsvis 5.300, 7.000 og 10.000 BFR, hvorfor Kommissionen fandt at GM havde misbrugt sin dominans, ved at opkræve priser som ikke var rimelige i forhold til ydelsens økonomiske værdi.<sup>154</sup>

### *Sammenligning af to ydelsers forskellige priser med samme produktionsomkostning*

Alternativt kan der sammenlignes to forskellige men begge profitable priser for samme ydelse, hvor den opkrævede pris for en forbruger er urimelig såfremt virksomheden har opkrævet en lavere pris hos andre forbrugere og stadig opnået den samme profit. Denne sammenligningsmetode kan illustreres i Figur 7:



*Figur 7 – sammenligningsmetode for forskellig pris og samme omkostninger<sup>155</sup>*

I United Brandsdommen anvendte Kommissionen denne sammenligningsmetode. Den primære påstand vedrørende United Brands urimeligt høje priser for bananer var en følge af

<sup>154</sup>Kommissionens beslutning af 19. december 1974. L29/14, punkt 8

<sup>155</sup>Motta & De Streel, 2011, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, side 7

sammenligningen af United Brands priser på forskellige markeder. Kommissionen havde i pågældende sag valgt at anse de priser, som var anvendt overfor de irske kunder som benchmark for en pris, der dækkede virksomhedens omkostninger. Kommissionen kunne herved konstatere, at priserne, som blev opkrævet overfor kunder i andre lande, lå betydeligt højere, helt op til 100%.<sup>156</sup> Ohvortil det gav United Brands en fortjeneste, som var stor i forhold til den økonomiske værdi af de leverede varer.<sup>157</sup> Det fremgår af Domstolens afgørelse, at Kommissionen ikke havde gennemgået United Brands' omkostningsstruktur men stadig formået ved sammenligning af priserne at statuere misbrugsagtige høje priser, hvilket ikke var retvisende.<sup>158</sup>

Denne metode skelner dog ikke mellem de facto diskriminerende prissætning og unfair prissætning, hvilket ikke er velanset og godkendt af økonomer, hvorfor det er tvivlsomt hvor anvendelig denne sammenligningsmetode er, og hvorvidt resultaterne heraf i sig selv er retvise.<sup>158</sup>

## *2. Sammenligning af priser, som den dominerende virksomhed tager på et marked, og priser andre virksomheder tager på samme eller andre markeder*

En forudsætning for at kunne benytte denne sammenligningsmetode er, at produkterne, som sammenlignes, er identiske eller substituerbare, hvorfor eksistensen af konkurrence på markedet også er en nødvendig forudsætning. Man skal her tage højde for produkterne kvalitet og distributionsomkostninger i forbindelse med denne form for sammenligning.<sup>159</sup> Der findes forskellige varianter af denne sammenligningsform, som afhænger af den anden virksomheds position. Den anden virksomhed, som den dominerende virksomheds priser kan sammenlignes med, kan enten (i) være på det samme marked som den dominerende virksomhed og således være en af dennes konkurrenter, eller (ii) være aktiv på et

---

<sup>156</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C-27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 239

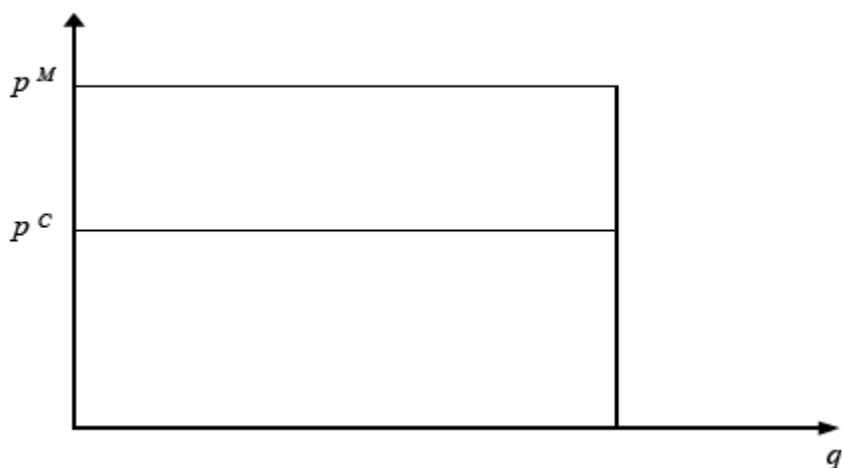
<sup>157</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C-27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 238

<sup>158</sup> Konkurrencsverket, 2007, artikel af Motta & de Strosche "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?", side 35

<sup>159</sup> E U ' s konkurrencekomité, 17. oktober 2001 "Working Party No. 2 on Competition and Regulation - Excessive prices", side 11

andet marked men stadig i samme medlemsstat, eller (iii) være aktiv i en anden medlemsstat.<sup>160</sup>

Den første variant af denne metode (som er sammenligning af den dominerende virksomheds pris og en konkurrents pris) kan illustreres som følgende:



Figur 8 – sammenligning med konkurrenters priser <sup>161</sup>

Denne fremgangsmåde var også anvendt af Kommissionen i *United Brands*, da de sammenlignede priserne på Chiquita bananer med priser på en andre mærker af bananer på samme marked, som var af samme kvalitet. Sammenligningen viste en forskel på 7,4% i prisen mellem Chiquita og andre mærker af bananer, hvilket Domstolen fandt tilstrækkelig til at statuere priserne som urimelige. Dog anerkendte Domstolen denne sammenligningsmetode, selvom resultatet heraf i *United Brands* ikke var nok til at statuere et misbrug. Metoden er dog forholdsvis misvisende, da man kan risikere et resultat, som foreskriver urimelige priser, selvom der eksisterer kvalitetsforskelle mellem virksomhedens produkter. Metoden tager ikke højde for, at den dominerende virksomhed kan opkræve en højere pris som resultat af en højere kvalitet af dens produkter, at dette bør anses som misbrug.

<sup>160</sup>Motta & De Streel, 2013, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, side 8

<sup>161</sup>Motta & De Streel, 2013, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, side 9

<sup>162</sup>*United Brands mod Kommissionen*, sag C-7/76, dom af 14. februar 1978, nr. 266

gende<sup>163</sup> Det er derfor vigtigt at være særlig opmærksom på, at virksomheder ikke straffes såfremt bedre kvalitet af deres produkt er opnået gennem investeringen og innovation. Dog kan omstændigheder som højere kvalitet at være indledt i nærværende tests trin 3 jf. afsnit 2.2.3 Netop forbrugerpræferencer og betalingsvillighed over for et bestemt produkt har indflydelse på den samlede økonomiske værdi for et produkt og tjenesteydelse. Det kan derfra udledes, at virksomheder skal være varsom, når sammenligner sine priser med konkurrenters priser, idet der kan være faktorer, som forbrugerpræferencer, der øger den økonomiske værdi, hvilket betyder at en prisvilkning er urimelig, blot fordi den dominerende virksomheds pris er højere end en konkurrentens.

En særlig anvendelse af denne sammenligningsmetode vedrører en sammenligning af en pris på et patenteret produkt, som er udbudt af den dominerende virksomhed og et tilsvarende produkt, som er udbudt af konkurrenten. I Park Davis afgørelsen blev det konstateret af Domstolen, at en sammenligning mellem priser på et patenteret produkt i én medlemsstat og et ikkepatenteret produkt i en anden medlemsstat kan sammenlignes, da det ikke er tilstrækkelig til bedømmelse af urimelige priser. Dog var det i den pågældende dom ikke klargjort, hvorvidt utilstrækkelighedsvurderingen var foretaget på baggrund af sammenligningen af en pris på et ikkepatenteret produkt eller på et patenteret produkt, eller hvorvidt utilstrækkelighedsvurdering bundede i sammenligningen af priser opkrævet i to forskellige lande. Dette blev dog klargjort senere hen i Deutsche Grammophon dommen, hvor EU-Domstolen udtalte, at en sammenligning af priser mellem to lande kunne anvendes som indikator for misbrug.

Såfremt den anden virksomhed, hvis pris anvendes som benchmark er en konkurrent, og dennes vare generelt set er sammenlignelige i kvalitet med den dominerende virksomheds produkt, synes det besynderligt, at forbrugerne ikke substituerer væk fra det angiveligt højt prissatte produkt. For at kunne sammenligne varer er det et generelt kriterium, at varerne anses som substitutter, hvilket kan bestemmes ved produkternes krydspriselastici

---

<sup>163</sup>O' Donoghue & Padilla, 2013, side 752

<sup>164</sup>Motta & De Streel, 2011, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, side 9

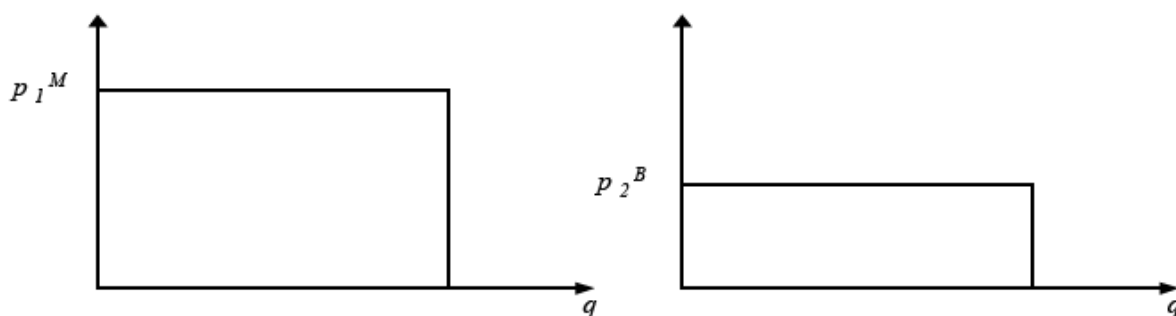
<sup>165</sup>Parke, Davis & Co., sag C-24/67, præ. afg af 29. februar 1968, sidste præmis

<sup>166</sup>Deutsche Grammophon mod Metro-SB, sag C/8/70, præ. afg. 8. juni 1971, præmis 19

tet. Såfremt krydspriselasticiteten er positiv vil det betyde, at en stigning af efterspørgsel på den anden virksomheds vare skyldes en procentvis ændring i den dominerende virksomheds pris hvorfor varerne er substituerbare. Set fra et økonomisk perspektiv er ydelsers efterspørgselskurver ikke identiske, hvorfor prisen ej heller kan være identisk. Såfremt produkterne er identiske, vil det være forventeligt at priser over tid udligner hinanden og dermed blive ens. Dette er dog aldrig tilfældet, hvorfor faktorer må betragtes som bl.a. kvalitet, brands osv.<sup>167</sup> Muligheden for at vurdere om der er tale om excessive pricing ved sammenligning af den dominerende virksomheds pris og konkurrenters priser er derfor kun begrænset anvendelig, da en sådan sammenligning ikke tager højde for forbrugers præferencer.

En sammenligning med den dominerende virksomheds konkurrent er ikke kun begrænset tilstrækkelig i vurderingen af en prissætning. Hertil anføres i 2.2.1 at Kommissionen har størst incitament til at gribe ind på et marked med superdominerende virksomheder, hvortil der enten er meget få eller ingen konkurrenter. Det er derfor nødvendigt at sammenligne superdominerende virksomheders priser med priserne på markedet.

Den anden variant af denne metode indeholder en sammenligning af den dominerende virksomhed med andre virksomheder, som er aktive på et andet marked samme medlemsstat. Denne metode fremgår af 9 nedenfor:



Figur 9 – sammenligning med andre virksomheder på samme marked<sup>169</sup>

<sup>167</sup>Frank & Cartwright, 2013, side 128

<sup>168</sup>Konkurrenserket, 2007, artikel af Motta & De Streel "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?", side 36

<sup>169</sup>Motta & De Streel, 2007, "Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law", side 10



Denne sammenligningsmetode anerkendte Domstolen i **Bodson** gennem et ær-  
judicielt spørgsmål, hvortil Domstolen udtalte at:

*"Henset til, at flere end 30 000 kommuner i Frankrig ikke har givet en virksomhed koncession inden for begravelsesvæsenet, men enten opretholder fri erhvervsudøvelse inden for området eller varetager dette selv, må det være muligt at sammenligne de priser, der anvendes af de koncessionerede koncernvirksomheder, med andre virksomheders priser; på grundlag af en sådan sammenligning vil det kunne bedømmes, om de koncessionerede virksomheders priser er rimelige."*<sup>170</sup>

I denne afgørelse foreslog Domstolen med rette at sammenligne priser på et marked, som ikke er konkurrencepræget med prisen på et konkurrencepræget marked. Bodson dommen vedrørte netop et marked, som ikke var konkurrencepræget, idet der var in-  
rømmet en eksklusiv rettighed til at drive bedemandsvirksomhed inden for et  
kommune i Frankrig. Dette betød dog, at markedet for bedemandsvirksomheder i andre  
kommuner var præget af konkurrence, hvorfor denne sammenligningsmetode var brugbar  
for netop denne situation.

Den tredje og sidste variant af denne sammenligningsmetode vedrører en sammenligning  
af den dominerende virksomheds priser med andre virksomheder, som er aktive i andre  
medlemsstater. Denne sammenligningsmetode refereres til som benchmarking.  
Det er gennem retspraksis fastslået, at en sammenligning af lignende ydelser i andre  
medlemsstater kan give brugbare indicier for, hvorvidt en national virksomhed misbruger  
sin dominerende stilling.<sup>171</sup> Dette fastslog Domstolen i SACEM dommen, hvor de fandt  
royaltysatsen opkrævet af French musical copyright management society (SACEM) højere  
end den europæiske standard, hvorfor det var en indikation af excessive pricing. I sådanne  
tilfælde er det op til den dominerende virksomhed at retfærdiggøre denne forskel ved ref-

---

<sup>170</sup> **Bodson** mod Pompes funèbres des régions libérées-30/87, præ. afg. af 4. maj 1988, mis 31

<sup>171</sup> Lucazeau m.fl. mod SACEM m.fl., sag 100/88, 241/88, 242/88, præ. afg. af 13. juli 1989, mis 30

rence til objektive afvigelser mellem priserne i den pågældende medlemsstat og de øvrige medlemsstater.<sup>172</sup> Dermed sagt; såfremt der foreligger betydelig prisforskelle mellem medlemsstater, da skifter bevisbyrden fra myndigheden til den dominerende virksomhed, som har til opgave at bevise, priserne er urimelig.

Ved sammenligning af virksomheders priser på tværs af medlemsstaterne foreligger nogle begrænsninger, som muligvis kan retfærdiggøre en dominerende virksomheds højere pris. Der kan være forskelle i virksomheders direkte omkostningsniveau på grund af lokale skatter eller særlige karakteristika af det lokale arbejdsmarked, som kan retfærdiggøre forskellige priser - herunder højere priser i en medlemsstat sammenlignet med en anden medlemsstat.<sup>173</sup> Endvidere vil et veletableret produkt i én medlemsstat ikke nødvendigvis være lige så veletableret i en anden medlemsstat, hvorfor det kan forklare en lavere pris på produktet i den anden medlemsstat.

En fejlagtig antagelse i denne tilgang er, at metoden implicit antager, at prisen i landet med den lave pris er en benchmark for den konkurrencedygtige pris i landet, hvor det påståede misbrug finder sted.<sup>174</sup> Denne antagelse er problematisk, da metoden ikke tager højde for, at prisen i referencemedlemsstaten i sig selv kan være for høj eller for lav til at udgøre et misbrug i medfør af TEUF art. 102, litra a.

I sag C-177/16 statuerer Domstolen ligeledes, at det er muligt at anvende priser i andre medlemsstater som sammenligningsgrundlag, hvortil de i dommens præmis 41 bemærker, at det er tilstrækkeligt sammenlignende med nabolandes priser for en tilsvarende betydelse, såfremt referencemedlemsstaterne vælges på grundlag af "objektive, passende og verificerbare kriterier". Derudover følger det af Domstolens tidligere praksis, at det er tilstrækkeligt at sammenligne priser med andre medlemsstater indenfor den Europæiske Union.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup>Ibid., præmis 25

<sup>173</sup>O' Donoghue & Padilla, 2013, side 753

<sup>174</sup>Ibid., s. 754

<sup>175</sup>Lucazeau m.fl. mod SACEM m.fl., sag C-100/88, 241/88, 242/88, afg. af 13. juli 1989, præmis 25.

Både ved anden og tredje variant inden for sammenligningsmetode nr. 2 er det også vigtigt at bemærke, at virksomheder skal anvende metoderne med en vis forsigtighed. Denne forsigtighed er nødvendig for at undgå, der foretages uberettigede vurderinger og beslutninger i tilfælde af, at man sammenligner markeder i andre medlemsstater, som opererer under meget anderledes betingelser for krav til den pågældende ydelse og omkostninger forbundet med ydelsen.<sup>176</sup> Dertil har EU-Domstolen i sag C-177/16, udtalt, at der ikke findes nogen minimumsgrænse for, hvornår en dominerende virksomheds pris kan anses for værende betydeligt højere end den sammenlignede pris. Derimod skal man kigge på de faktiske omstændigheder i hver enkelt sag. En pris er således ifølge Domstolen "betydeligt højere", hvis de faktiske omstændigheder i sagen indikerer at prisforskellen er væsentlig og vedvarende.<sup>177</sup>

I forbindelse med variant to og tre, hvor sammenligningen enten beror på forskellige markeder indenfor samme medlemsstat eller i en helt anden medlemsstat, da bør man foretage en analyse af virksomhedernes omkostningsstrukturer, eftersom disse er forskellige for virksomheder på forskellige markeder. Dette går ydermere af analysen i afsnit 2.2.2.1 at en virksomhed har forskellige omkostninger forbundet med en produktion, hvor nogle omkostninger afhænger direkte af den producerede mængde og andre omkostninger som faste omkostninger, ikke er afhængig af mængden af leverede ydelser i en virksomhed.<sup>178</sup>

En analyse af omkostningsstrukturer bør foretages, da virksomhederne på de forskellige markeder har forskellige niveauer af faste omkostninger, hvilket kræver forskellige niveauer af profit for at kunne opnå breakeven. En virksomheds breakeven profit er det punkt, hvor virksomhedens fortjeneste er lig med de afholdte omkostninger, hvorfor profitten ved dette punkt er lig nul. Det vil sige, at virksomhederne er i et underskud, hvis den kommer under sin breakeven profit. Samtidig vil forskellige niveauer af faste o

---

<sup>176</sup>Konkurrensverket, 2007, artikel af Motta & de "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?", side 37

<sup>177</sup>Biedriba, Sag C-177/16, præ. afg af 14. september 2017, præmis 55

<sup>178</sup>Konkurrensverket, 2017, "Excessive Pricing" i, k ø s l i d æ f 1 4 1 9 1 l i a m s "

kostninger medføre, at virksomhederne bør have forskellige bruttofortjenester  
virksomhed med højere faste omkostninger alt andet lige er nødt til at have en højere  
bruttofortjeneste for at kunne dække de højere faste omkostninger sammenlignet med en  
virksomhed, som har lavere faste omkostninger. Ved sammenligning med andre medlem  
stater er specielt kapacitetsomkostningerne forskellige indebærer blandt andet at  
lønniveauerne er forskellige for virksomhederne, hvorfor det påvirker prisen af den vare  
eller omfanget af afskrivningerne. Disse faktorer er med til at påvirke en virksomheds nett  
fortjeneste, hvorfor dennes bruttofortjeneste kan synes høj selvom den sammenlignet med  
et andet marked ikke er det.

Som led i vurderingen af virksomheders omkostningsstruktur, kan eventuelle stordrift  
fordele tages i betragtning. En virksomhed kan have lavere omkostninger set i forhold til  
andre, hvilket blandt andet kan begrundes ved stordriftsfordele. En virksomhed har sto  
driftsfordele, hvis dennes produktion øges, uden omkostningerne øges proportionalt med  
produktionsstigningerne<sup>179</sup>. Disse fordele kan opnås, hvor der kræves store investeringer  
produktionen, hvorfor det vil være profitabelt for en virksomhed at producere flere enh  
der. Af den grund vil virksomheden producere flere varer til lavere priser, som vil afspejle  
sig i slutprisen; altså salgsprisen. Har en virksomhed derimod ikke stordriftsfordele, vil det  
for denne være væsentlig dyrere at producere tilsvarende vare og mængde, hvorfor resu  
tatet vil blive en dyrere slutpris.

Såfremt de afsatte varer i de forskellige medlemslande ikke er substituerbare, opstår der et  
komplekst problem i en sådan situation skal man træffe et valg om anvendelse af indeks,  
som er baseret på forbrugsmønstre i virksomhedens hjemland eller referencemedlemsst  
terne.

---

<sup>179</sup> Nettofortjenesten er den profit virksomheden har tilbage efter alle faste omkostninger er fr  
trukket dens omsætning. Bruttofortjenesten er en virksomheds profit, inden de faste omkostninger  
bliver fratrukket.

<sup>180</sup> Cabral, 2000, side 24

Endvidere skal man tage højde for, at selvom en sådan sammenligning af forskellige varer er legitim, eksisterer der stadig forskelle i forbrugernes præferencer mellem landene. Eksempelvis kan nogle forbrugere have større præferencer for at købe nationale produkter, hvilket også vil afspejle sig i den økonomiske værdi for en ydelse.

Ved anvendelse af denne metode er man derfor, udover de økonomiske aspekter, nødsaget til at tage de makroøkonomiske aspekter i betragtning. Samlet kan det nævnes, at der er mange omkostningsrelaterede aspekter, som skal medtages i sammenligningen af forskellige markeder ved vurdering af om en pris er urimelig høj.

### 3. Sammenligning af den dominerende virksomheds egne priser over tid

En sammenligning af den dominerende virksomheds egne priser over tid kan være nyttig, hvis det kan bevises, at den dominerende virksomheds priser er steget efter den blev dominerende, eksempelvis ved indrømmelse af en eksklusiv rettighed. Dog skal man her være opmærksom på, at prisstigningen kan valideres, hvis fx omkostningerne for virksomheden er steget.<sup>183</sup> Denne sammenligning kan også være relevant i forhold til tidspunktet for den pågældende virksomheds dominansbesiddelse eller tidspunktet for tildelingen af en rettighed. Det vil sige at, et afgørende element i denne sammenligningsmetode er tidsaspektet og en eventuel prisændring ved en sammenligning af virksomhedens priser før og efter opnåelse af en dominerende stilling. Dog skal det bemærkes, at virksomheders priser godt må følge de generelle prisstigninger som sker på baggrund af inflation.

Sammenligning af dominerende virksomheders priser over tid blev foretaget i British Leyland-afgørelsen<sup>184</sup>, hvor Domstolen tiltrådte Kommissionens beslutning om at British Leyland havde opkrævet urimeligt høje priser. British Leyland havde en tildelt ened

---

<sup>181</sup> Konkurrenceverket, 2002, "Excessive Pricing", i, k esli dæf 1W101 I i a ms "

<sup>182</sup> De makroøkonomiske aspekter er forhold, som virksomheden selv har indflydelse på, som for eksempel skatter. Idet der i afhandlingens kapitel 1 er afgrænset fra makroøkonomiske forhold vil denne betragtning ikke blive analyseret yderligere.

<sup>183</sup> E U ' s konkurrencekommissionens "Working Party No. 2 on Competition and Regulation – Excessive prices", side 10

<sup>184</sup> *British Leyland mod Kommissionen*, sag C226/84, dom af 11. november 1986

stede konformitetscertifikater for køretøjer i Storbritannien. Ved vurdering af hvorvidt de opkrævede afgifter for certifikaterne var urimelige, kiggede Domstolen på evolutionen af priser over tid. Hertil noterede de ved tidspunktet for undersøgelse, at afgifterne var øget med 600%, hvortil de konkluderede, at differencen var ubegrundet, og den høje pris var derfor urimelig. En sammenligning af virksomhedens priser over tid, kan derfor være med til at fastlægge en eventuel begrundelse for urimeligt høje priser eller omvendt.<sup>185</sup>

I tilfælde af en dominerende virksomheds priser er reguleret af myndighederne ved lov, og denne nationale regulering ved afslutning af Domstolen tilsidesættes, kan det også synes relevant at foretage en sammenligning af virksomhedens pris over tid. Som i afsnit 2.2.1.1 er det medlemsstaterne som holdes ansvarlige for at opretholde eller træffe foranstaltninger, som strider imod TEUF art. 102, hvor de har indrømmet virksomheder eksklusiv ret til, jf. TEUF art. 106, stk. 1. I en situation hvor national lov tilsidesættes af EU-Domstolen, kan virksomheder herefter selv blive ansvarlige for deres prissætning og dermed ikke længere begrunde sine høje priser i den nationale lov. Det vil derfor ikke være en safe harbour for virksomheden at prissætte på samme niveau efter tilsidesættelsen af loven som før. Dette har Domstolen fastslået i nedenstående præmis fra CIF-dommen:

*"For så vidt angår sanktioneringen af den fremtidige adfærd, der udvises af virksomheder, som hidtil i henhold til en national lov har været tvunget til at udvise en konkurrencebegrænsende adfærd, skal det bemærkes, at fra det tidspunkt, hvor konkurrencemyndighedens afgørelse om, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 81 EF [nu artikel 101 TEUF], og at den nationale lovgivning ikke skal finde anvendelse, gælder endeligt i forhold til virksomhederne, er de bundet af denne afgørelse. Fra dette tidspunkt kan virksomhederne ikke længere påstå, at loven tvinger dem til at tilsidesætte Fællesskabets konkurrenceregler. Deres fremtidige adfærd kan således rammes af sanktioner."<sup>186</sup>*

---

<sup>185</sup>O'Donoghue & Padilla, 2013, s. 755

<sup>186</sup>CIF, sag C-98/01, præ. afg. af 9. september, 2000, s. 55

Derfor kan det være relevant at sammenligne en dominerende virksomheds pris over tid i tilfælde af, at der er sket tilsidesættelse af national prising

#### 2.2.4.2 Sammenfatning af trin 4

Det kan på baggrund af ovenstående analyser udledes, at det er muligt at foretage en sammenligning af den dominerende virksomheds pris "prisen for konkurrerende varer", kan foretages på flere forskellige sammenligningslag, hvilket også fastslås af Kommissionen i Scandlines sagen. Det vigtigste element i enhver prissammenligning er, at den udføres på et ensartet grundlag for at sikre produkter, der sammenlignes er af samme kvalitet, hvorfor ydelserne skal være sammenlignelige.<sup>187</sup> Det kan udledes, at en sammenligning med en konkurrents pris ikke er tilstrækkelig, da der oftest på markedet med superdominerende virksomheder kun er få eller ingen konkurrenter.

Endvidere kan det konkluderes, at det er nødvendigt at sammenligne superdominerende virksomheders priser med priser på andre markeder eller medlemsstater, da dette er et mere retvisende sammenligningsgrundlag. Det fastslås i sag 174016, at medlemsstaterne selv har mulighed for at vælge hvilke referencemedlemsstater de vil sammenligne den dominerende virksomheds priser med, så længe disse medlemsstater vælges på et "objektivt passende og verificerbart" grundlag, og sammenligningen kan foretages på et ensartet grundlag. Det er dermed ikke muligt konkret at udvælge medlemsstater en dominerende virksomhed skal bruge som referencemedlemsstater, når den skal vurdere om dens pris er urimelig sammenlignet med andre priser. Dog kan det udledes at Kommissionen vil vælge referencemedlemsstaterne på grundlag af objektive og verificerbare kriterier, hvorfor den dominerende virksomhed med rette kan gøre det samme. Derudover er der ingen minimumsgrænse/benchmark for hvornår en pris kun udgøre et misbrug ved en sammenligning. Det er her tilstrækkeligt at prisforskelle er væsentlige og vedvarende.

---

<sup>187</sup> *Scandlines Sverige mod HHAB*, sag COMP/A.36.568, Kommissionens beslutning af 23. juli 2004 punkt 169

2.2.5 Hvilke uklarheder foreligger ved den nuværende misbrugstest, og hvordan vil en effektiv test skulle udformes?

Som ovenstående analyse tydeliggør, så eksisterer der tvivl og huller i den nuværende test som er udviklet i United Brandsdommen, for at vurdere rimeligheden af en pris. Den to trinnet test i United Brands foreskriver kun meget lidt, om overhoved nogle, retningslinjer for konkurrencemyndigheder, domstole og vigtigst dominerende virksomheder.

For at demonstrere problemerne vedrørende United Brands testen fokuseres på funktionerne af en effektiv test for urimeligt høje priser som fremsat af Pinar Akman & Luke Garrod.<sup>188</sup> (herefter Akman og Garrod<sup>189</sup>) Helt generelt bør ethvert lovligt forbud indeholde en afskrækkende effekt og inkludere en test, som korrekt fastslår eksistensen eller manglen på et misbrug. Hertil mener Akman og Garrod, at en effektiv test for urimeligt høje priser bør opfylde fire kriterier: den bør:

1. Være veldefineret
2. Foreskrive ex ante retssikkerhed
3. Nem at implementere, og
4. Forbedre velfærd<sup>190</sup>

De første tre kriterier er relateret til definitionen af et misbrug, hvor det sidste kriterie omhandler retsmidler. Nedenfor vil de fire kriterier blive gennemgået for at demonstrere manglerne af den nuværende test.

### **1. Veldefineret:**

---

<sup>188</sup>Pinar Akman, Professor og Dr. Luke Garrod, industriøkonom

<sup>189</sup>Akman & Luke 2011, "*When are excessive prices unfair?*", side 409

<sup>190</sup>Ibid., side 408



Ved veldefineret test menes, at der skal foreligge en klar definition vedrørende betydningen af et misbrug. Ved den nuværende test er dette kriterium ikke opfyldt, da definitionen af et misbrug ikke er klart og entydigt. *"Et sådant misbrug ville i det foreliggende tilfælde bestå i anvendelse af en for høj pris, som ikke stod i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse"*<sup>192</sup>. Denne definition indeholder nogle udefinerede termer som "rimeligt" og "økonomisk værdi". Disse termer er der søgt svar på gennem retspraksis, hvor bl.a. *United Brands* dommen selv giver et forslag til betydningen af rimeligt nærmere urmeligt. I *Scandlines* sagen har Kommissionen formuleret betydningen af økonomisk værdi og statueret vigtigheden af andre faktorer end de omkostningsrelaterede. Herunder er navnlig efterspørgselsfunktionen en vigtig faktor i vurdering af en dominerende virksomheds økonomiske værdi af et produkt. Det er derfor nødvendigt at betragte forhold som priselasticitet og forbrugernes betalingsvillighed og forbrugerpræferencer. Da Kommissionen blot anerkender ikke omkostningsrelaterede faktorer i betragtningen af økonomisk værdi, er det ikke muligt at give en klar definition af indholdet hertil. Endvidere foreligger der ikke nogen definition af "excessive" i kontekst til *United Brands*.

## 2. Ex ante retssikkerhed

Denne betingelse forudsætter en test, som er kendt af virksomhederne før de træffer beslutning vedrørende deres prissætning. Det er nødvendig information for de virksomheder at vide hvilket prisniveau, der indikerer overtrædelse af lovgivningen, TEUF art. 102, litra a.<sup>193</sup> Den nuværende lovgivning svigter dette kriterium af to grunde. For det første formår den ikke at give nogen sikkerhed med hensyn til de betingelser for anvendelse af forbuddet. For det andet i tilfælde af overtrædelse, er det usikkert hvilke priser, som bliver anset for værende udnyttende. Til dette aspekt er *United Brands* trin to en hjælp. Dog eksisterer nogle usikkerheder ved det i testen. Dominerende virksomheder er stadig uvidende omkring, hvilke sammenligningsgrundlag som anvendes, eller hvad deres priser bør være for at undgå overtrædelse af forbuddet i TEUF art. 102, litra a. Det kan dog på baggrund af ovenstående konstateres, at forskellige sammenligning

<sup>191</sup> Ibid., side 409

<sup>192</sup> *United Brands mod Kommissionen*, sag C-27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 250

<sup>193</sup> O'Donoghue & Padilla, 2013, s. 758

grundlag kan anvendes, såfremt ydelserne er sammenlignelige og sammenligningen for tages på et ensartet grundlag. En sammenligning mellem en dominerende virksomheders priser og konkurrenters priser kan argumenteres for ikke at være den mest retvisende metode, da det tidligere er bevist, at Kommissionen har størstedelen af årsindtægten til at gribe ind på markeder med en superdominerende virksomhed, hvor udgangspunktet er ingen eller få konkurrenter. Det er i disse tilfælde ikke muligt at foretage en retvisende sammenligning. Ved sammenligning med andre priser på andre markeder, da er det muligt for medlemsstaterne selv at vælge referencemedlemsstaten på grundlag af objektive, passive og verificerbare kriterier.

### 3. Simpelhed:

En test er simpel at implementere, såfremt Kommissionen kan indsamle den nødvendige og relevante information af variablerne i testen, som kræves til at bestemme, hvorvidt dominerende virksomheders priser er udnyttede. Dette kriterium er her ikke opfyldt, da der kan foreligge situationer, hvor informationen ikke er let tilgængelige, og det er med stor sandsynlighed besværligt at beregne den økonomiske profitmargin ud fra regnskabsmæssige data. Selvom al relevant information var tilgængelig, det være besværligt at bestemme, hvornår der består et urimeligt forhold mellem prisen og den økonomiske værdi af et produkt. Dette skyldes, der er begrænset vejledning vedrørende vurderingen af, hvornår dominerende virksomheders profitmargin er excessive, som relaterer sig til første trin i United Brands testen. Det er i tidligere analyse i afsnit 1 konstateret at det kan være vanskeligt at beregne en profitmargin. Sådanne undersøgelser omfatter, hvorfor Kommissionen mangler ressourcer til at foretage en detaljeret kostprissammenligning. Hertil kan konkluderes, at genstanden for beregning af en virksomheds profitmargin skal være ATC omkostningerne. Det er dog gennem retspraksis at det ikke muligt at opstille en generel benchmark for, hvornår virksomheders profitmargin er urimelig.

---

<sup>194</sup>Akman & Luke 2011, "When are excessive prices unfair?", side 409

Derudover synes det uhensigtsmæssigt at profitmarginberegninger kun tager højde for kortsigtede overvejelser, og ikke de langsigtede, som mange industrier opererer under. Mange industrier kræver store upfront risikoomkostninger og involverer ofte betydelige tab i startup processen, førend forbrugerne begynder at anvende det pågældende produkt. Det er altså på lang sigt, at virksomhedens tidligere erfaring til at kunne reducere sine afholdte omkostninger i markedstilfælde med disse funktioner, er det ikke entydigt, hvordan disse skal behandles i henhold til TEUF art. 102, litra a. Det er for eksempel ikke kendt, hvorvidt det er legitimt medregne tidligere investeringsomkostninger ved beregning af profitmargin, eller om det er acceptabelt at indregne risikoomkostninger som compensation.<sup>196</sup> Disse bekymringer er vigtige at få svar på, da priser, i dynamiske industrier, bliver nødt til at være betydeligt højere for at kompensere for tidligere investeringer og risikoafdækning. Såfremt compensation ikke kan indgå i profitmarginen, kan pågældende dominerende virksomheds priser anses for at være urimelig, hvor de egentlig ikke er det. Yderligere kan virksomheder miste deres incitament til at investere og innovere, såfremt de ikke tillades at opkræve høje priser, som belønning for deres investeringemøg tilhørende risiko!<sup>197</sup>

#### 4. Forbedre velfærden:

Det er af Akman og Garrods overbevisning, at en god lovgivning vil forbedre velfærden, såfremt den forhindrer og afskrækker dominerende virksomheder fra at udnytte forbrugerne på lang sigt med minimale negative virkninger af investeringer og innovation. Man kan derfor argumentere for, at dominerende virksomheders priser kan anses som værende urimelige ved sammenligning, såfremt de i lyset af de faktiske omkostninger er betydeligt højere og af vedvarende karakter.<sup>197</sup> Grundet problemerne med United Brandstesten er det sandsynligt, at i et tilfælde, som skyldes misbrug ved urimelig prissætning, vil det mislykkes at statuere misbrug heraf, såfremt vurderingen kun tager udgangspunkt i den nuværende test. Manglerne i United Brandstesten indikerer derfor, at

<sup>195</sup>O' Donoghue & Padilla, 2013, s. 759

<sup>196</sup>Ibid., side 759

<sup>197</sup>Ibid., side 759

<sup>198</sup>Akman & Luke, 2011, "When are excessive prices unfair?", side 409

det er nødvendigt at tage andre stændigheder i betragtning og vurdere på hver enkelt sag for sig. Der vil derfor i efterfølgende afsnit analyseres, hvilke andre faktorer og omstændigheder man skal medtage i vurderingen af misbrug.

#### 2.2.6 Trin 5- Hvilke andre faktorer kan have betydning for foreligningsvurderingen af en pris?

Ud fra ovenstående analyser, kan det konstateres, at det ikke er tilstrækkeligt kun at gennemgå den allerede kendte United Brands-test til at fastslå, om der foreligger misbrug af dominerende stilling ved urimeligt høje priser. Som tidligere nævnt er det virksomheder, som kan udøve mærkbar indflydelse på markedet, der dømmes for overtrædelse af TEUF art. 102 ved urimelig høj prissætning. Det skyldes oftest, at de er størrelser på markedet og har mulighed for at udnytte markedssituationen. Ved analyse af den retspraksis, der foreligger vedrørende urimeligt høje priser, da ses et mønster i forhold til virksomhedernes strategier. Der skal derfor foretages en helhedsvurdering af en dominerende virksomheds adfærd, førend det kan konstateres om en pris er urimeligt høj. Særligt i forbindelse med en helhedsvurdering er det afgørende element den valgte prisstrategi virksomheden har valgt at føre.

I Rambus sag<sup>199</sup> lagde Kommissionen i sin beslutning vægt på, hvilken forretningsstrategi virksomheden havde haft i forbindelse med fastsættelsen af DRAM standarder i samarbejde med JEDEC. beslutningens punkt 40 udtaler Kommissionen:

*"The Commission provisionally considered that Rambus planned to capture the standard for DRAM interface technology from the outset and that, pursuant to its business strategy, Rambus may have deliberately used its participation in JEDEC to revise and tailor its pending patent applications in an effort to gain control over JEDEC standard compliant synchronous DRAM chips."*

Det er altså et vigtigt element i Kommissionens indledende vurderinger af Rambus' adfærd, hvilken forretningsstrategi, virksomheden egentlig havde haft. Givet at Rambus havde v

---

<sup>199</sup>Rambus mod JEDEC, sag COMP/38.636, Kommissionens beslutning af 9. december 2009.

retten del af JEDEC i flere år, måtte det antages, at de godt var klar over, at man som medlem af organisationen var forpligtet til at oplyse om verserende patentansøgninger. Hermedholdelsen af Rambus' patent blev derfor anset som et led i virksomhedsstrategi for at udnytte markedet.

Som tidligere nævnt i afsnit 2.2.2 fastholdt Napp en høj pris, mens de opretholdt en markedsandel på 96 % af det relevante marked. Selvom man er producent af et nyt farmaceutisk produkt og har mulighed for at opretholde højere priser efter et patents udløb, da er det ikke normalt at opretholde så stor en andel af salgsvolumen. Ved sammenligning af deres priser på MST til forbrugerne og hospitalerne, da salgspriser til forbrugere væsentligt højere end til hospitalerne. Det vil sige, at Napp, som følge af en strategi om at sælge billigere til hospitaler end til forbrugerne, kunne opretholde de store markedsandele. Napp har derfor været i stand til at udnytte sin markedsposition til give rabatter til hospitalerne, som blev kompenseret ved de høje priser, der blev opkrævet af forbrugerne. For at kunne beskytte forbrugerne, som er formålet med konkurrencereglerne, da er det nødvendigt at gribe ind overfor de urimeligt høje priser, som Napp opkrævede af forbrugerne. Den valgte strategi havde både til formål at eliminere konkurrenter på markedet ved at give hospitalerne rabat på MST, som blev anset som værende med til at forhindre den effektive konkurrence på markedet, samt opnå høj profit gennem høje priser til forbrugere. Det var denne strategi, som gjorde, Napp blev dømt for at have overtrådt de britiske konkurrenceregler.

Elsam havde en dominerende stilling på markedet for engrossalg af el i Vestdanmark (vest for Storebælt). I flere timer om året var Elsam den eneste virksomhed, som kunne levere tilstrækkeligt med el til dækning af forbruget i Vestdanmark. I nogle af de timer hvor Elsam ikke var udsat for konkurrence, havde Elsam en salgsstrategi, der førte til, på Elsam o de en timepris, der var væsentligt højere end timeprisen i de timer, hvor Elsam var udsat for konkurrence. Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet traf afgørelse om, at Elsam i 2003, 2004, 2005 og 1. halvår af 2006 havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet ved i et vist omfang at opnå urimeligt høje priser på el. Det er i Elsam sagen tydeligt, at Konkurrenceankenævnet lagde vægt på den strategi virksomheden havde anvendt for at muliggøre opkrævningen af højere priser. Da Elsam på daværende tidspunkt var

eneudbyder af el i området, havde forbrugerne ikke noget valg om at substituere over til en konkurrent, hvorfor de var nødsaget til at betale elpriserne, som var fremsat af Elsam. Det fremgår af Retsmødet punkt 28, at den anvendte strategi gik ud på at udnytte Elsam sams stilling som eneste leverandør af el til at opnå overnormalt avance. Formålet var de ved at udnytte markedssituationen til at opnå priser, som i de fleste tilfælde ligger over de højeste af priserne i nabolandene, hvorefter anses som urimeligt høje og dømmes derfor for misbrug efter den danske konkurrencelovs § 11, stk. 3, nr. 1, som implementerer TEUF art. 102, litra a. Det, som statuerede misbruget af Elsam s dominerende stilling, var fordi de var i stand til at udnytte situationen, som de havde opnået gennem deres strategi, til at opnå en unormal høj profit.

I E2-sagen undersøgte KFST også her om E2 havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for engrossalg af fysisk elektricitet i Østdanmark ved at anvende for indmeldelse af Nord Pool elbørsen, der har resulteret i urimeligt høje salgspriser. Til brug for statuering af misbrug foretog KFST en økonomisk test, som viste sig ikke at pege i retning af et misbrug. Hertil foretog de yderligere en profittest, for herved at kunne lave en helhedsvurdering. Denne profittest gav et tvetydigt svar, hvorfor der en videre blev foretaget en supplerende analyse. Misbrugsanalyse gav et tvetydigt svar til Elsam sagen, ikke noget entydigt svar. KFST vurderede E2 isoleret set i et begrænset antal timer, havde udvist adfærd, der medførte højere priser på markedet. Dog var omfanget af E2's adfærd imidlertid ikke i sig selv tilstrækkeligt til at godtgøre, at E2 i et ikke ubetydeligt antal timer fastsatte urimeligt høje priser. Det vurderes derfor sammenfattende, at der ikke var tilstrækkeligt grund til at statuere misbrug af E2s stilling på det østdanske marked. Det kan på baggrund af denne sag konkluderes, at det er nødvendigt at foretage en helhedsvurdering af hvert tilfælde, som omhandler misbrug af urimeligt høje priser, da omstændighederne i hver sag er forskellige.

Et andet led i en helhedsvurdering af den dominerende virksomheds prispolitik kan udgøre en vurdering af, hvad det faktisk er en virksomhed at opnå med sin prisadfærd,

---

<sup>200</sup>Referat af rådsmødet *Elsam A/S' misbrug af dominerende stilling for at opnå af høje elpriser*"

<sup>201</sup> *Elsam*, sag 2005/688, Konkurrenceankenævnets kendelse af 14. november 2006, side 289

eller hvad de faktiske følger af prisadfærden er. I henhold til ordlyden af TEUF art. 102, må en adfærd ikke være uforenelig med det indre marked<sup>202</sup>s prisniveauet eksempelvis har faktiske følger, som ikke er forenelige med fællesskabsmarkedet, kan prisen blive anset som misbrugende. Som det ses i *General Motors*, lagde Domstolen vægt på at *General Motors'* priser havde den negative effekt, at parallelimporten på biler bremses, hvilket var uforeneligt med Fællesskabsmarkedet.<sup>203</sup> Virksomheder må således ikke oprette høje barrierer, som forhindrer den frie bevægelighed, hvorfor det skal medtages i en helhedsvurdering af en virksomheds priser, hvilke faktiske følger en bestemt prisadfærd har, og om denne adfærd er forenelig med det indre marked.

Slutligt kan en virksomheds egen adfærd være en del af helhedsvurderingen af dens prisadfærd. Hvis det er tydeligt for Kommissionen, at sagens faktiske omstændigheder indikerer at den dominerende virksomhed<sup>204</sup> sigt aldrig har været at udnytte markedet ved dens prissætning, kan det være med til, at virksomheden ikke er frikendt for misbrug, selvom gennemgangen af de ovenstående faktorer indikerer noget andet. En sådan situation ses i *General Motors*-dommen. Her fik *General Motors* nyt ansvarsområde vedrørende de-koformitetskontrol for europæiske køretøjer, som var importeret til Belgien, og havde i fem tilfælde opkrævet sammen pris for inspektion af europæiske biler og amerikanske biler på trods af betydeligt forskellige omkostningsniveauer. Som følge af klager vedrørende priserne for inspektion af europæiske biler nedsatte *General Motors* straks gebyret, og tilbød at betale det for meget opkrævede beløb til de pågældende forbrugere. På grund af omstændigheden at *General Motors* selv havde stoppet klagerne og afhjulpet situationen, gjorde Domstolen annullerede Kommissionens beslutning om at pålægge *General Motors* bøde for at have opkrævet urimeligt høje priser.

---

<sup>202</sup>Det indre marked er et område uden indre grænser, som omfatter fri bevægelighed af varer, personer, tjenesteydelser og kapital.

<sup>203</sup>*General Motors mod Kommissionen*, sag C26/74, dom af 13. november 1975, præmis 12

<sup>204</sup>Ibid., præmis 19

### 2.2.6.1 Sammenfatning af trin 5

Det ses i tidligere retspraksis, at Kommissionen ~~alle~~ nationale konkurrencemyndigheder ved vurdering af virksomhedernes prissætning har taget stilling til strategier anvendt i forbindelse med udnyttelse af deres markedspositioner. Overordnet set kan det konkluderes, at virksomheder med dominerende stilling på ~~de~~ mere marked dømmes ved strategier om udnyttende adfærd. Dette indebærer, at virksomhederne besidder så stor markedsandel, at deres strategi har været at udnytte denne til at opnå højere priser. Samtidig er det relevant som det fremgår af E2 sagerne ~~er~~ at det tages en helhedsvurdering for at kunne konstatere et potentielt misbrug af dominans, da hvert tilfælde vedrørende urimeligt høje-prise indholder forskellige omstændigheder og produkter. Virksomheders adfærd skal ydermere være forenelig med det ~~id~~ marked, hvorfor det er vigtigt at betragte hele markedet og de faktiske omstændigheder i den nærværende sag, førend misbrug kan konstateres, hvilket bl.a. var set i General Motors, hvor de selv blev opmærksomme på den høje pris og regulerede den herefter, således de undgik at dømmes for misbrug af dominans. Det er derfor særligt vigtigt, at virksomheder fokuserer på egen adfærd og selv sikre deres prissætning i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a. Det konkluderes derfor, at markedsfaktorer, strategier og sagers omstændigheder er væsentlige faktorer i forbindelse med en helhedsvurdering af, om en virksomheds prisadfærd er udnyttende.

### 2.2.7 Trin 6- Kan en høj pris begrundes i objektive forhold og dermed undtages for forbuddet i TEUF artikel 102, litra a?

I modsætning til forbuddet i TEUF art. 101, stk. 1, hvor der er mulighed for undtagelse fra forbuddet forudsat visse betingelser er opfyldt, eksisterer ikke en sådan ~~traktat~~ fastsat undtagelse for TEUF art. 102. Hertil fremgår det af Sirena ~~dommen~~, at dominerende virksomheder kan begrunde deres høje priser ved objektive forhold, hvilket betyder, at disse ikke må skyldes manglende konkurrence på markedet.

<sup>205</sup> Fejø & Ølykke, 2014, side 381

<sup>206</sup> Lucazeau m.fl. mod SACEM m.fl., sag 107/88, 241/88, 242/88, præ. afg. af 13. juli 1989, mis 19



*"hvad angår misbruget af en dominerende stilling bemærkes, at varens pris, selv om den ikke er tilstrækkelig til påvisning af et sådan misbrug, imidlertid ved sin vægt og i mangel af objektiv berettigelse kan være afgørende finderpeg"*<sup>207</sup>

Det blev her statueret, at objektivitet er en nødvendighed for at kunne begrunde sine højere priser.

#### 2.2.7.1 Hvilke objektive begrundelser er hidtil anerkendt i retspraksis?

##### *Objektiv nødvendighed*

Det fremgår af Kommissionens meddelelse om håndhævelse af TEUF art. 102, at Kommissionen i en sag om misbrug af dominans, vil undersøge den dominerende virksomheds påstande om, at dens adfærd er berettiget også jf. United Brandsens præmis 184. Her til er det nævnt, at ekskluderende adfærd kan betragtes som objektiv nødvendighed af sundheds eller sikkerhedsmæssige grunde, der er forbundet med det pågældende produkts art.

*"Når det skal bevises, at adfærd af denne art er objektivt nødvendig, må der dog tages hensyn til, at det normalt påhviler de offentlige myndigheder at fastsætte og håndhæve offentlige sundheds- og sikkerhedsstandarder"*<sup>208</sup>

Ovenstående citat er Kommissionens udvælgelse af offentlige sundheds og sikkerhedsstandarder, udtalt på baggrund af Tetrasagen. Det fremgår af citatet, at Kommissionen ikke anerkender offentlig sundheds og sikkerheds hensyn som en objektivt grund, da det ikke er op til virksomhederne at fastsætte og håndhæve standarder, men det er op til de offentlige myndigheder. På trods af Kommissionens vejledning vedrører ekskluderende a

---

<sup>207</sup> *Sirena mod EDA*, sag 40/70, præ. afg. af 18. febr. 1971, præmis 17

<sup>208</sup> Meddelelse fra Kommissionen *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*, punkt 29

færd, kan der argumenteres for at samme mulighed for at begrunde sin adfærd objektivt anvendes ved dominerende virksomheders udnyttende misbrugsadfærd. Denne betragtning understøttes ved, at det er samme regulator af de sundhedsstandarder. Det bør ikke udgøre nogen forskel, hvor der er tale om ekskluderende og udnyttende adfærd, da det ved begge tilfælde er de offentlige myndigheder, som regulerer sundhedsområdet, hvorfor det ej heller er muligt for dominerende virksomheder med urimeligt høje priser begrunde sine priser heri.

### *Effektivitetsfordele*

En virksomheds adfærd, som i udgangspunktet er misbrugt, kan begrundes og legitimeres i en situation hvor effektivitetsfordele opvejer den konkurrencebegrænsende adfærd. Muligheden for at påberåbe sig effektivitetsfordele som begrundelse for misbrugsadfærd er direkte betinget af, at fordelene er tilgængelige.<sup>209</sup>

Hertil har EU-Domstolen i *British Airways*-dommen udtalt, at førend effektivitetsforsvaret kan gøres gældende, skal den pågældende adfærd stå i forbindelse med fordelene på markedet og forbrugerne, samt ikke gå ud over hvad der er nødvendigt opnå disse fordele. Det vil sige at der ikke være nogen mindre konkurrenceforvridende alternativer til den pågældende adfærd, som vil kunne skabe de samme effektivitetsgevinster. I effektivitetsforsvaret hviler altså et proportionalitetskrav, som EU-Domstolen udtrykte i *British Airways*-dommen.<sup>210</sup> Dog har Kommissionen i sin meddelelse om håndhævelse af TEUF art. 102 udtrykt at virksomheder som gennem ekskluderende adfærd opretholder, skaber eller styrker sin markedsstilling til at nærmest monopol, i udgangspunktet ikke kan begrunde sin adfærd i effektivitetsgevinster. Dette skyldes, at virksomheder med et monopol ikke vil have incitament til at viderebringe effektivitetsgevinster, idet disse virksomheder ikke vil stå over for nogen konkurrence.<sup>211</sup> Deraf kan det udledes, at dominerende virksom-

---

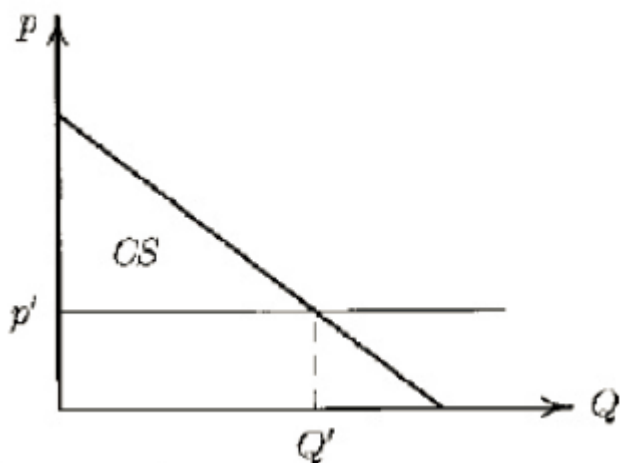
<sup>209</sup>Fejøl & Ølykke, 2014, s. 388

<sup>210</sup>*British Airways mod Kommissionen*, sag C-95/04 P, dom af 15. marts 2007, præmis 86

<sup>211</sup>Meddelelse fra Kommissionen *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*, punkt 30

heder normalt ikke kan begrunde sine høje priser i effektivitetsgevinster, da det netop er superdominerende virksomheder, der har mulighed for at opkræve og opretholde et højt prisniveau.

Påstanden om at uretmeligt høje priser normalt ikke kan begrundes med effektivitetsgevinster kan understøttes fra en økonomisk betragtning. Økonomisk set kan høje priser aldrig være til fordel for forbrugerne på kort sigt, idet højere priser leder til lavere forbrugeroverskud også kaldet consumer surplus (herefter "CS"). CS er et udtryk for hvor meget forbrugerne er villige til at betale, og hvor meget de faktisk betaler for et såværet. Dette er illustreret i figur 10 nedenfor:



Figur 10 – illustration af forbrugeroverskud <sup>212</sup>

Hvis en pris hæves fra  $P'$  til en pris, der ligger over denne, vil det resultere i et tab i forbrugeroverskuddet. Dette er direkte af højere priser, hvorfor det kan konstateres, at det aldrig på kort sigt vil være til gavn for forbrugerne, hvis en virksomhed kræver meget høje priser. Det vil sige, at en virksomhed, hvis prisniveau er uretmeligt højt, som udgangspunkt aldrig kan gøre effektivitetsgevinster gældende, da høje priser aldrig er en gevinst for forbrugerne.

<sup>212</sup>Cabral, 2000, s. 17

Det kan dog argumenteres, at muligheden for at tage høje priser i en periode, eksempelvis perioden hvor en intellektuel ejendomsrettighed er gældende, kan gøre virksomheder incentiveret til at være innovative og foretage investeringer i markedet, hvilket på lang sigt vil være en fordel for forbrugerne, da de derfor får mulighed for at købe nye og bedre ydelser. Dog er dette ikke en direkte effektivitetsgevinst, og det kan derfor ikke udgøre en gyldig begrundelse for at opkræve urimeligt høje priser. Derfor kan det synes vanskeligt, hvis ikke umuligt, for dominerende virksomheder at begrunde deres høje priser med effektivitetsgevinster.

*"Meeting the competition"* forsvaret

EU-Domstolen har anerkendt, at der eksisterer forhold, som kan godtgøre dominerende virksomheders misbrugsadfærd, idet disse i rimeligt omfang skal have mulighed for at beskytte deres handelsmæssige interesser og indgå i konkurrencen med andre virksomheder. Dette statueres i *United Brands*-dommen, hvor EU-Domstolen udtaler at:

*"Selv om det, [...] ikke kan antages, at indtagelse af en dominerende stilling fratager en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, dens ret til at beskytte sine egne handelsinteresser, når disse angribes, og selv om denne virksomhed i rimeligt omfang må tilstås mulighed for at træffe foranstaltninger, som den finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser, er en sådan adfærd til gengæld ulovlig, når dens formål netop er at styrke og misbruge denne dominerende stilling"*<sup>213</sup>

Denne objektive begrundelse synes ikke relevant for misbrugsadfærd i form af urimeligt høje priser, da "meeting the competition" i udgangspunktet tillader virksomheder at pris sætte på samme niveau som deres konkurrenter, på trods af at dette kan udgøre misbrug af dominerende stilling ved predatory pricing. Derfor kan dominerende virksomheder ikke forsvare sine urimeligt høje priser ved "meeting the competition"-et.

---

<sup>213</sup>*United Brands mod Kommissionen*, sag C-27/76, dom af 14. februar 1978, præmis 189

### *Forbrugernes specifikke krav*

I Rettens dom af sag-5/97, *IPS mod Kommissionen*, anerkendte først Kommissionen og herefter Retten, at dominerende virksomheder kan anvende forbrugerkrav som en objektivt begrundet årsag for deres høje priser. I pågældende sag henvendte *Industrie des poudres sphériques* (herefter "IPS"), som var den sagsøgende virksomhed, sig til *Péchiney électrométallurgique* (herefter PEM) vedrørende levering af calciummetal af standardkvalitet med et lavt iltindhold. Da PEM ikke havde et sådant produkt i sit sortiment, var de nødsaget til at lave forsøgene samt ændre i sin fabrik, for at kunne opfylde de tekniske krav, som IPS havde fremsat. I det henseende fastsatte PEM prisen på produktet til 37 FRF ved skrivelse til IPS, hvorefter IPS takkede nej og mente denne pris var urimeligt høj. PEM havde misbragt sin dominerende stilling efter EF-traktatens art. 86 (nuværende TEUF art. 102). IPS mente, at PEM forsøgte at hindre eller forsinke IPS' forsyning med rå calciummetal med henblik på at udelukke IPS fra markedet for granuleret calciummetal.

Kommissionen konkluderede på baggrund af en korrespondance mellem PEM og IPS, at PEM havde udvist rimelige bestræbelser for at tilpasse sit produkt til IPS' tekniske behov samt at bestræbelserne førte til et tilbud på et calciummetal, som opfyldte disse behov. Denne konklusion tiltrådte Retten ligeledes. De tekniske behov som IPS havde fremsat, resulterede i højere omkostninger og mere omkostninger for PEM, hvilket afspejlede sig i prisen på ydelsen. Det kan på baggrund af denne dom udledes, at det er muligt for dominerende virksomheder at begrunde deres høje priser i høje omkostninger såfremt disse er afholdt for at efterkomme forbrugernes specifikke anmodninger. Det er en af de få domme i retspraksis, hvor høje priser er blevet accepteret som et objektivi- t begrundet forhold.

2.2.7.2 Er der andre mulige forhold, som kan begrunde en høj pris?

### *Begrundelse i intellektuelle ejendomsrettigheder*

---

<sup>214</sup> *IPS mod Kommissionen*, sag T-5/97, dom af 30. november 2002, præmis 95 og 166

Ved vurdering af om det er muligt at begrunde dominerende virksomheders høje priser i objektive grunde, er det nødvendigt at tage stilling til situationer, hvor virksomheder opnår en intellektuel ejendomsrettighed. Hertil bør det vurderes, om virksomheder, der har opnået en intellektuel ejendomsrettighed, har mulighed for at anvende denne som grundlag for objektiv begrundelse. I Napp sagen forsøgte de at begrunde deres høje priser i omkostninger til udvikling og research, da de var producenter af produktet, hvorfor de havde været store omkostninger forbundet med udviklingen. Napp havde en patentbeskyttelse af produkt i en periode, hvorfor OFT accepterede, at Napp opkrævede højere priser i denne periode.

I de fleste tilfælde beskytter intellektuel ejendomsrettighedslovgivning værdifulde investeringer foretaget af virksomheder, som til gengæld får monopol på produktet i en bestemt periode.<sup>215</sup> Ved at foretage foranstaltninger mod urimelige priser, vil man underminere selve genstanden for disse intellektuelle ejendomsrettigheder. Den høje profitmargin være afledt af de høje sunk costs, som virksomheden har haft i forbindelse med investering og innovation af produktet, hvorfor det kan resultere i meget høje priser. Man kan derfor argumentere for, at produkter, som er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder derfor ikke bør underkastes excessive priskonstanstaltninger i perioden, hvor der intellektuelle ejendomsrettighed er gældende. Dog er vurderingen af sunk costs og en ydelses immaterielle værdi også indeholdt i undersøgelsen af, om en pris i sig selv er urimelig, hvorfor det ikke nødvendigvis er til virksomheden selv at godtgøre eller objektivt begrunde den høje pris i høje sunk costs til opnåelsen af en intellektuel ejendomsrettighed.

### *Begrundelse i national lov*

Det kan undersøges om en virksomhed med et lovbestemt monopol kan begrunde sine høje priser i den nationale lov. Som tidligere statueret er virksomheder ikke ansvarlige under TEUF art. 106, stk. 1, hvis en medlemsstats nationale lovgivning foranlediger dem i virksomhed til at prissætte urimeligt højt. Under disse omstændigheder er national lovgivning

---

<sup>215</sup>Konkurrensverket, 2007, artikel af Motta & de "Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?", side 25

i strid med TEUF art. 106, stk. 1, læst i sammenhæng med TEUF art. 102. Behandlet i afsnit [xx om eksklusive rettigheder] vil det i en sådan situation være medlemsstaten, som holdes ansvarlig for misbruget, idet det vil være ~~staten~~, som har truffet et o retholde en foranstaltning, som foranlediger virksomheden til at misbruge dennes eneret og dermed prissætte i uoverensstemmelse med TEUF art. 102, litra a.

Dog kan situationen være en anden i tilfælde af, at en virksomhed ~~har~~ fået tildelt en eksklusiv rettighed ved lov, hvortil loven giver virksomheden mulighed for at prissætte op til et bestemt niveau. Her vil virksomheden have frit spillerum til at prissætte, hvorfor den ud fra en profitmaksimeringsbetragtning alt ~~and~~ ~~de~~ vil prissætte op til den maksimale grænse. Dette kan dog udgøre et misbrug af dominans i form af urimeligt høje priser, hvorfor det ikke vil være muligt for virksomheden at gå ansvarsfri med begrundelse i national lovgivning. Det vil sige, at så længe ~~pr~~ ~~er~~ ~~privilegeret~~ virksomhed har et spillerum til at fastsætte dens priser, udøves den konkurrencebegrænsende adfærd på virksomhedens eget initiativ, hvorfor den således kan blive ansvarlig under TEUF art. 102. Dette er også bekræftet ved EU-Domstolen i sagen ~~GT-Link~~ mod DSB, hvortil de udtaler, at TEUF art. 106 sammenholdt med TEUF art. 102 er til hinder for, at offentlige virksomheder opkræver urimeligt høje havneafgifter i henhold til en national regulativbestem~~else~~ ~~ning~~.

Det kan dermed udledes af Domstolens praksis sammenholdt med TEUF art. 106 og art. 102, at det ikke nogen ~~safe~~ ~~bour~~ i sig selv, at en virksomhed har fået tildelt en eksklusiv rettighed. Samlet set kan det udledes, at så længe en virksomhed, uanset om den er blevet tildelt en eksklusiv ~~ur~~ ~~rettighed~~, kan blive dømt for misbrug af dominans i form af urimeligt høje priser, hvis virksomhedens priser opfylder nærværende test ~~4~~ ~~s~~ ~~trin~~ ~~1~~.

### *Begrundelse i bred ophavsretlig beskyttelse*

I SACEMdommen blev deres niveau af afgifter fundet urimeligt sammenlignet med andre medlemsstaters nationale ophavsretsselskaber for musikværker. De urimeligt høje afgifter forsøgte SACEM at begrunde i objektiv nødvendighed for at opnå en bredere b

<sup>216</sup> Fejøl & Ølykke, 2014, s. 394

<sup>217</sup> *GT-Link mod DSB*, sag C242/95, præ. afg. af 17. juli 1997, nr. 46

skyttelse af de franske ophavsmænd ved også at opkræve afgifter for tekstejere. Dog kunne Kommissionen ikke tiltræde denne argumentation, idet prisforskellen skyldtes forskellen i produktionsomkostninger og ikke bredere ophavsretlig beskyttelse. Det var derfor ikke muligt for SACEM at begrunde deres høje priser med administrative omkostninger. Heraf kan det udledes, at på trods af en virksomhed har en lav profitmargin, er det ikke ensbetydende med at dennes pris anses som rimelig, såfremt de høje omkostninger, som resulterer i lav profitmargin, skyldes høje administrative omkostninger som er en følge af ineffektivitet. SACEMS priser var altså ikke proportionale med formålet om at give de franske ophavsmænd en bredere beskyttelse, da sammenligningen med andre medlemsstaters ophavsretlige forvaltninger viste, at skellen i afgifter var begrundet i SACEMS høje administrationsomkostninger.

Deraf kan det udledes, at såfremt en virksomhed ønsker at begrunde deres høje priser med at de forfølger et nødvendigt formål, gælder det samtidig at misbrugen af urimelige priser skal stå rimeligt i forhold til målet. Det vil sige at adfærden skal være proportional.

### 2.2.7.3 Sammenfatning af trin 6

Som udgangspunkt kan dominerende virksomheder aldrig begrunde sine urimeligt høje priser i objektive forhold. Undtagelser kan der gøre sig nogle forhold gældende i forbindelse med en virksomheds intellektuelle ejendomsrettigheder. I en sådan situation skal der tages højde for evt. høje investeringsomkostninger, virksomheden har foretaget, for at opnå intellektuel rettighed. Vurderingen af virksomhedens IPR og sunk costs, er dog medtaget i vurderingen af om en pris i sig selv er urimelig sammenholdt med ydelsens økonomiske værdi. Derfor synes det ikke muligt at begrunde de høje IPR eller i høje sunk costs.

Særligt kan det ud fra ovenstående konkluderes, at selvom man som dominerende virksomhed har høje produktionsomkostninger, er dette i sig selv ikke en begrundelse for at opkræve meget høje priser for sine varer, såfremt de høje omkostninger skyldes mang



de konkurrence på det pågældende marked jf. SACEM. Undtagelsesvis er det muligt at begrunde dominerende virksomheders høje priser i høje produktionsomkostninger og meromkostninger, såfremt disse omkostninger er afholdt ved forbrugernes krav til pågældende produkt.

Endvidere kan det konkluderes, at det ikke er muligt for dominerende virksomheder at begrunde deres høje priser i sundheds sikkerhedshensyn eller i national lov, som giver virksomheden mulighed for at fastsætte sine priser initiativ. Dette gælder også i tilfælde, hvor national regulering har fastsat en prisramme, da en sådan prisramme stadig overlader virksomheden med en vis initiativret.

### 3. Kapitel 3 – Hvorfor er det nødvendigt at regulere virksomheders prissætning i EU, og hvilken relation har det til amerikansk konkurrenceregulering?

Som indledningsvist nævnt har Kommissionen efterhånden fået mere fokus på excessive pricing problematikken og anvender derfor flere ressourcer på at undersøge dominerende virksomheders prisniveau.

Kommissionen har i den forbindelse opstillet tre hovedgrunde til at gribe ind overfor unyttende misbrugsadfærd i form af urimeligt høje priser:

1. Ordlyden af TEUF art. 102, litra a
2. Formålet med konkurrencereglerne;
3. " G a p " <sup>218</sup> a g e r ;

Som beskrevet i handlingens kapitel 1, afslører ordlyden af bestemmelsen i artikel 102, litra a hjemmel til at træffe foranstaltninger imod urimeligt høje priser. Kommissionen har imidlertid i sin praksis været ekstrem tilbageholdende med at anvende bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a, på (angiveligt) høje priser hos dominerende virksomheder. På trods af dens begrænsede anvendelse af bestemmelsen i praksis, er bestemmelsen stadig en del af EU's konkurrenceregler, derfor dominerende virksomheder skal være opmærksomme på deres prissætning af ydelser på det europæiske marked. Formålet med bestemmelsen vil derfor i det nedenstående undersøges for at udlede nødvendigheden af bestemmelsens anvendelsesområde.

#### 3.1 Hvad er formålet med EU's konkurrenceregler?

Det primære formål med konkurrencereglerne er at beskytte den effektive konkurrence på det indre marked. Det vil sige at reglerne har til formål både at beskytte virksomheder

---

<sup>218</sup>E U ' s konkurrencekomité, 17. oktober 2011 *Working Party No. 2 on Competition and Regulation – Excessive prices*, s. 23

ders mulighed for at agere og konkurrere på markedet, men i høj grad også at beskytte forbrugerne mod et tab i forbrugervelfærden.

Kommissionen har i sin vejledning om håndhævelse af EF-traktatens art. 82 (nu TEUF art. 102) udtalt, at formålet med konkurrencereglerne og håndhævelsen heraf primært er at sikre, at dominerende virksomheder ikke skader konkurrencen på en måde, som vil påvirke forbrugerne negativt. Det vil sige, at formålet med det, som nu er TEUF art. 102, er at sikre lavere priser, højere kvalitet og større valgfrihed for forbrugerne sikres bedst gennem effektiv konkurrence.

Forbrugervelfærd som formål kommer også til udtryk i anvendelsen af den effektbaserede tilgang Kommissionen har, som tilsigter at opretholde konkurrencen på markedet. Det vil sige, at reglerne ikke har for formål at tilgodese markedets mindre effektive konkurrenters interesse, idet det kommer forbrugeren mest til gode, at virksomhederne, som agerer på markedet, er så effektive som muligt. Reglerne har dermed ikke til formål at beskytte potentielle konkurrenter men derimod konkurrencen, da det netop er konkurrencen, som gavner forbrugerne.

### 3.1.1 Er forbrugervelfærd formålet med TEUF art. 102, litra a ud fra retspraksis?

EU-Domstolen og Retten har tidligere i sine afgørelser anvendt forbrugervelfærd som he syntil at vurdere, om der forelå misbrug af dominerende stilling. I Rettens afgørelse i sag T-228/97 Irish Sugar blev der lagt vægt på, at Irish Sugar's loyalitetsrabatter, som var ydet bestemte detailhandlere i grænseområdet op til Nordirland, kædte for forbrugers interesser. Dette blev begrundet med, at disse loyalitetsrabatter var til skade for den effektive konkurrence, idet rabatterne begrænsede indflydelsen af nabomarkedernes prispolitik på det nationale marked. I dommens præmis 111 udtalte Retten, at forbuddet i art. 86 (nu

---

<sup>219</sup> Meddelelse fra Kommissionen *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*, Bruxelles, 9. februar 2009, punkt 19

<sup>220</sup> *Ibid.*, punkt 5

<sup>221</sup> Etro & Kokkoris, 2010, artikel af Etro; Kokkoris *Toward an Economic Approach of Article 102 TFEU* s. 1

art. 102) også er begrundet i hensynet om, at forbrugerne ikke må skades, jf. Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europeemballage og Continental Can mod Kommissionen, SMR s. 215, præmis 26, og dommen i sagen *Siikem.fl.* mod Kommissionen, præmis 526 og 527.

I nyere retspraksis er forbrugernes velfærd også blevet anerkendt som et formål med TEUF art. 102 litra a. I Kommissionens beslutning vedrørende Deutsche Post AG's (herefter "DPAG") urimelige priser, har ~~det~~ talt at:

*"Denne bestemmelse [TEUF artikel 102, daværende artikel 82, stk. 2] kan også anvendes i situationer, hvor en dominerende virksomheds adfærd forårsager skade direkte for forbrugerne. (174, beslutning 2000/12/EF) Afsenderne af de omhandlede forsendelser er forbrugere af posttjenester. DPAG's adfærd har negative følger for disse forbrugere, da de skal betale priser for disse tjenester, der er højere end de priser, andre afsendere skal betale, og da deres forsendelser forsinkes betydeligt."*<sup>222</sup>

Her kommer det til udtryk, at Kommissionens undersøgelser af DPAG lagde vægt på, hvor vidt DPAG's adfærd havde en negativ effekt af DPAGs høje priser. I nærværende sag konkluderede Kommissionen, at DPAG havde overtrådt konkurrencereglerne ved at opkræve urimelige salgspriser. Det kan heraf udledes, at hensynet til forbrugervelfærden i dag er indarbejdet i retspraksis på en sådan måde, at de danner grundlag for at være formålet med konkurrencereglerne; navnlig ~~de forbrø~~ misbrug af dominerende stilling ved urimeligt høje salgspriser i TEUF art. 102, litra a.

### 3.1.2 Hvordan beskyttes forbrugervelfærd set ud fra et økonomisk perspektiv?

Økonomiske ræsonnementer har en stor betydning for EU's konkurrenceregulering, da de har spillet en rolle siden Chicagoskolens introduktion til en økonomisk tilgang-til konkurrence

---

<sup>222</sup> *Deutsche Post AG mod British Post Office*, sag COMP/C/36.915, Kommissionens beslutning af 25. juli 2001, punkt 33

renceregulering, som fokuserer på forbrugervelfærd og/eller den totale velfærd.<sup>223</sup> En industriøkonomisk betragtning vil monopolpriser medføre et tab i forbrugeroverskuddet samt et tab i den totale velfærd. Forbrugeroverskuddet er det overskud, forbrugere opnår på et marked, hvor virksomhederne prissætter under forbrugernes betalingsvillighed. CS er defineret som differencen mellem forbrugernes betalingsvillighed for alle købte enheder.<sup>224</sup>

En optimal markedssituation for forbrugerne vil være, hvis markedet opererede under fuldkommen konkurrence. Denne konkurrenceform er karakteriseret ved, at virksomheder prissætter lig med deres marginale omkostninger.<sup>225</sup> Fuldkommen konkurrence er den mest fordelagtige markedsform set ud fra forbrugernes synsvinkel, eftersom virksomhederne under en sådan markedsform udbyder en mængde, som svarer til den efterspurgte mængde. Dette medfører, at alt overskud på markedet sigtænder under markedets efterspørgselskurve og over de marginale omkostninger, vil være forbrugeroverskud. Lige så snart markedets aktører prissætter over deres marginale omkostninger for at opnå en overnormal profit, vil det resultere i en reduktion af CS. Virksomheder vil altid have incitament til at prissætte over deres marginale omkostninger for at opnå en profit, som vil være betegnet som en overnormal profit.<sup>226</sup>

Den anden yderpol af konkurrenceformerne er monopol. Under denne konkurrenceform er der kun en enkelt virksomhed på et fast afgrænset marked, og der eksisterer derfor ikke nogen priskonkurrence. Det er på netop sådan et marked, at der er størst risiko for, at virksomheder misbruger deres dominerende stilling ved at opkræve urimeligt høje priser for deres ydelser. Så snart en virksomhed prissætter over deres marginale omkostninger, vil noget af det samlede overskud på markedet overføres fra forbrugerne til producenten i virksomheden. Dette er illustreret i figur 11 nedenfor, hvor B indikerer monopolistens

---

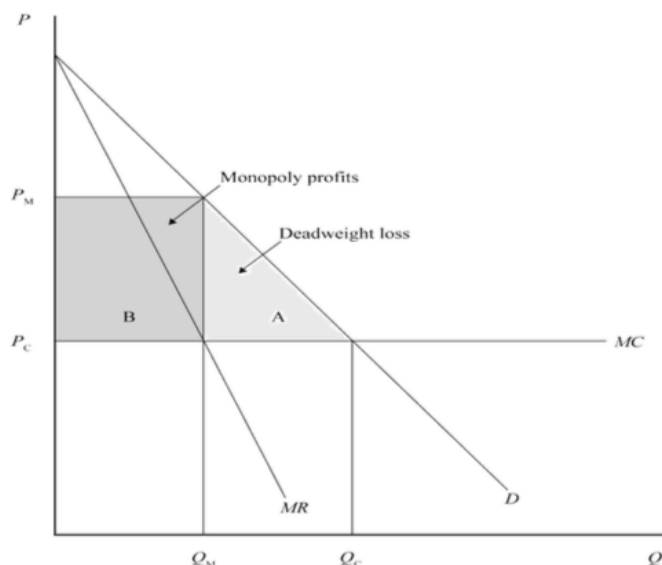
<sup>223</sup>Etro & Kokkoris, 2010, artikel af Etro & Kokkoris i *Toward an Economic Approach of Article 102 TFEU*, s. 8

<sup>224</sup>Cabral, 2000, side 16

<sup>225</sup>Ibid., side 8

<sup>226</sup>Ibid., side 86

overskud også kaldet producer surplus (heraf kommer betegnelsen producer surplus). Hvis virksomheden får ved at prissætte over deres marginale omkostninger.



Figur 11 – Monopolpriser vs. Fuldkommen konkurrence priser<sup>228</sup>

Forbrugerens maksimale betalingsvillighed findes i efterspørgselskurvens (D) skæring med P-aksen. Arealet under efterspørgselskurven, og den faktiske pris som monopolisten sætter, er forbrugeroverskuddet. Som det ses i figur 11, vil monopolprofiten mindske det samlede forbrugeroverskud som følge af, at noget af overskuddet vil gå til producerne (arealet af firkant B), og noget vil gå tabt i form af et dødvægtstab som er et udtryk for et tab i den totale velfærd (trekant A). Ud fra dette kan det udledes, at jo højere prisen er for en bestemt vare eller tjenesteydelse er, jo lavere vil det samlede forbrugeroverskud være.

Når en monopolist prissætter, vil dette medføre et tab i den totale velfærd, som er udtrykt ved et dødvægtstab i markedet og et tab i forbrugeroverskuddet. Det er netop det tab, som konkurrencereglerne har til formål at mindske. Dermed kan konkurrencereglerne

<sup>227</sup>Ibid., side 41

<sup>228</sup>Lee & Brown, 2008, s. 412

<sup>229</sup>Cabral, 2000, s. 26

ikke tillader virksomheder en profit, idet profitmaksimering er virksomhedernes incitament for at agere på et marked. Det skal ydermere bemærkes, at det i TEUF art. 102's forstand ikke er ulovligt at have monopol på et marked, men selve misbruget af denne position, som forbydes.

### 3.1.3 Gap sager

Der kan forekomme tilfælde, hvor en dominerende virksomhed ikke kan blive dømt for en sidig ekskluderende misbrug, hvor foranstaltninger imod udnyttende misbrug er den eneste måde, hvorpå Kommissionen effektivt kan beskytte forbrugerne. Et eksempel kan være en indsats mod opkrævning af for høje royalties af et selskab, der har opnået sin dominerende stilling som følge af, virksomheden ikke har offentliggjort sit patent, mens det var involveret i drøftelser om fastsættelse af en standard for dennes industri. Dette var tilfældet i Rambussagen, hvor Kommissionen undersøgte, hvorvidt Rambus havde misbrugt deres dominerende stilling på markedet for Dynamic Random Access Memory teknologi (herefter "D R A M"<sup>230</sup>).

Kommissionens bekymringer var, at Rambus potentielt havde været involveret i forsætlig vildledende adfærd i sammenhæng med JEDEC's standardindstillingsproces for DRAM teknologi ved ikke at afsløre eksistensen af patenter og patentansøgninger. Kommissionen senere hævdede havde relevans for den vedtagne standard (patent<sup>231</sup> baghold). Det var ikke muligt at træffe foranstaltninger mod Rambus for ekskluderende misbrug, idet det ikke ville være muligt at bevise, at de havde haft en elimineringsindsigt i deres adfærd og dermed udelukke flere konkurrenter fra markedet ved at hemmeligholde deres patenter ved standardindstillingsdrøftelserne. Derimod kunne Kommissionen tage stilling til, om de royalties som Rambus havde opkrævet fra DRAM-branchen var urimeligt høje samt den omstændighed, at Rambus som led i deres strategi havde hemmeligholdt deres

---

<sup>230</sup> *Rambus mod JEDEC*, sag COMP/38.636, Kommissionens beslutning af 9. december 2009. Størstedelen af de DRAM-produkter, som bliver solgt verden over, er fremstillet i henhold til en afstemt standard med de DRAM-standarder, som er udviklet af Joint Electron Devices Engineering Council (herefter "JEDEC"), et amerikansk standardiseringsorgan.

<sup>231</sup> *Rambus mod JEDEC*, sag COMP/38.636, Kommissionens beslutning af 9. december 2009, punkt 27

patenter og dermed potentielt udnyttet markedet og for Rambus havde således potentielt misbrugt sin dominerende stilling ved at kræve urimelig royalties for brug af sine patenter fra JEDEC-compatible DRAM-producenter på et sådant niveau, som Rambus ikke ville have været i stand til, hvis ikke de havde hemmeligholdt eksistensen af patenter, hvilket potentielt ville være urimelige salgspriser. TEUF art. 102's forstand-De ne GAP-sag angiver Konkurrence komiteen selv som en af hovedgrundene for at gribe ind overfor urimeligt høje priser. Det er nødvendigt for virksomheder at være opmærksomme på deres prissætning, samt hvorvidt deres adfærd er i en mulighed for at opkræve højere priser. Denne vurdering er også udtrykt i afhandlingen excessive pricing test trin 5, ovenstående analyseafsnit 2.2.6

### 3.1.4 Hvorfor gælder bestemmelsen i TEUF 102, litra a for alle dominerende virksomheder og ikke kun monopolister?

Bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a, gælder ikke kun for virksomheder, som besidder en monopolstilling, men er rettet mod alle virksomheder, som indtager en dominerende stilling på et marked. Derfor er det nødvendigt at undersøge, hvordan dominerende virksomheder prissætter for at udlede behovet for bestemmelsen. Dominerende virksomheder har ikke nødvendigvis monopol på det pågældende marked, da faktisk monopol er svært at opretholde, såfremt den pågældende virksomhed ikke har fået tildelt en eksklusiv rettighed eller nyder en eneret til en ydelse. Inden for markedsafgrænsningen kan der forekomme nogle mindre aktører, som konkurrerer om markedsandelene med den dominerende virksomhed. Når der er andre aktører på markedet, deler den dominerende virksomhed noget af den samlede markedsefterspørgsel med markedets andre aktører. Deraf opstår den residuale efterspørgselskurve, som er den markedsefterspørgsel, der opfyldes af den dominerende virksomhed, som herefter kan betegnes som residual monopolist. Den residuale efterspørgselskurve er hele markedets efterspørgselskurve fratrukket mængden leveret af andre firmaer, og er udtrykt ved:

---

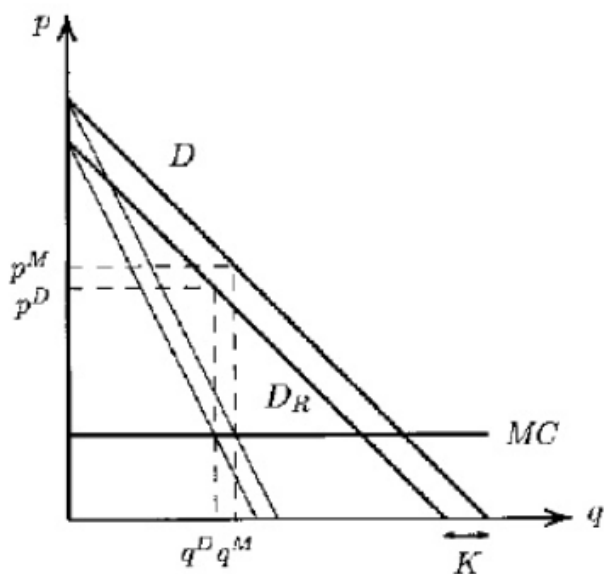
<sup>232</sup>Cabral, 2000, side 72



$D(P)$  er et udtryk for hele markedsefterspørgslen

er et udtryk for den del af markedsefterspørgslen, som er opfyldt af andre aktører end den residuale monopolist.

I nedenstående Figur 12 er efterspørgslen på et marked illustreret. Kurven  $D$  udtrykker hele markedsefterspørgslen, hvor  $D_R$  er den dominerende virksomheds efterspørgselskurve.



Figur 12 – residual monopolists optimale pris<sup>233</sup>

Som det kan ses i Figur 12, vil en residual monopolist opfylde det meste af markedsefterspørgslen kvag sin store markedsandel, hvorfor afstanden  $K$  er lille. Afstanden  $D-K$  er et udtryk for den del af markedsefterspørgslen, som er opfyldt af andre aktører end den dominerende virksomhed. Dermed kan det udledes, at virksomheder, som indtager en dominerende stilling, prissætter i lighed med en monopolist<sup>234</sup> hvorfor forbuddet i TEUF art. 102, litra a er rettet mod alle dominerende virksomheder og ikke kun monopolister. Dominerende virksomheders prissætning kan yderligere bekræftes af Domstolens definition af en sådan virksomhed i Hoffmann & Roche sagen, hvor Domstolen fastslog at:

<sup>233</sup>Ibid., side 72

<sup>234</sup>Ibid., s. 72

*"Begrebet dominerende stilling skal forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en betydelig omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans forbrugerne."*<sup>235</sup>

Det vil altså sige, at en residual monopolist kan prissætte på lige fod med en monopolist ud fra forbrugernes betalingsvillighed på det pågældende produkt uafhængigt af markedets andre aktører.

### 3.1.5 Sammenfatning

Ud fra ovenstående analyse kan udledes, at dominerende virksomheder i medfør af bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a skal være opmærksomme på deres prissætning, idet formålet med konkurrencereglerne er beskyttelse af forbrugerne. Heraf kan det konstateres, at høje priser er til skade for forbrugeren, grundet det tab i forbrugeroverskuddet de høje priser medfører. Hvad end der er tale om et marked med en monopolist eller en residual monopolist, er der et økonomisk grundlag for formålet i TEUF art. 102, litra a, som tilstræber at beskytte forbrugerne mod urimeligt høje priser. Dette skyldes, at der er stor lighed mellem monopolister og dominerende virksomheders prissætning, som begge har mulighed for at udnytte markedet og opkræve høje priser. Jo højere priser desto større er tabet i forbrugeroverskuddet, hvilket forbuddet i TEUF art. 102, litra a har til formål at forhindre.

Kommissionen har yderligere i sit "Working Paper" trykt, at det er nødvendigt at have bestemmelsen i TEUF art. 102. Dette er endvidere nødvendigt for Kommissionen, så den effektivt kan træffe foranstaltninger overfor virksomheders adfærd, som er direkte til skade for forbrugerne således, at de beskyttes for forbrugerne indirekte ved at forhindre effektiv konkurrence på markedet.

---

<sup>235</sup>Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, sag 85/76, dom af 13. februar 1979, pr. 38

### 3.2 Hvordan skal en virksomhed, der agerer på både et amerikansk og europæisk marked, forholde sig til prissætning af sine ydelser?

Hvis man som virksomhed både agerer på et europæisk og amerikansk marked, kan det være relevant at vide, hvordan den amerikanske antitrust regulering forholder sig til dominerende virksomheders prissætning. I den forbindelse er det relevant at bemærke, at det i amerikansk antitrustregulering ikke er en forudsætning for misbrug, som det er i EU retten, at den pågældende virksomhed besidder en dominerende stilling. Derimod er virksomheders forsøg på at monopolisere et marked i USA tilstrækkeligt for at kunne statuere misbrug.<sup>236</sup>

Det ses på baggrund af ovenstående analyser, at tilgangen i europæisk konkurrenceret er at regulere dominerende virksomheders prissætnings, hvortil urimeligt høje priser anses for at være et misbrug af dominans, hvorfor man skal gennemgå afhandlingen i afsnit 1 og vurdere om virksomhedens priser er i overensstemmelse med TEUF art. 102. Det er i denne tankegang følger amerikansk ret ikke. Hvor europæisk ret skønner behovet for statslig regulering, herunder begrænsning af magtudøvelse, har amerikansk antitrust regulering stærke præferencer for konkurrenceudøvelse fremfor den statslige regulering. Derfor vil der i det følgende blive undersøgt, hvad formålet med de amerikanske konkurrenceregler er, for at forklare manglen af en tilsvarende forbudsbestemmelse i USA mod store virksomheders prissætning. Dette er nødvendigt førend det kan klargøres, hvordan virksomheder skal forholde sig, i tilfælde af at denne er aktiv på begge markeder.

#### 3.2.1 Hvad er formålet med den amerikanske antitrust regulering?

Den primære antitrustregulering i USA er the Sherman Act, som forbyder ekskluderende adfærd, der enten har ledt til at en virksomhed har opnået monopol eller opretholdt et monopol:

---

<sup>236</sup>Fejøl & Ølykke, 2014, s. 288

*"Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize ... shall be deemed guilty of a felony"*<sup>237</sup>

Forbuddet statueret i Sherman Act sektion 2 er således ikke direkte forbundet med prissætning af monopolpriser men derimod opnåelsen eller opretholdsen af selve monopolet. Hertil implementerer the Federal Trade Commission Act rimelighedsvurderingen i konkurrenceretlige regi, som kun relaterer sig til *"unfair methods of competition"*<sup>238</sup>. The Sherman Act regulerer, at virksomheder ikke må have opnået sit monopol på en utilbørlig måde, men tilsigter derimod ikke at regulere eller indskrænke virksomheders muligheder for at agere på et marked såfremt denne position er et resultat af efficien forretningsaktivitet. Der er således ingen regulering i den amerikanske konkurrenceret, som forbyder dominerende virksomheders urimeligt høje prissætning, som det ses i TEUF art.102, litra a. Den europæiske bestemmelse er væsentlig mere specifik i sin formulering, da den i litra-a) oplister eksempler på misbrug af dominerende stilling.

I forhold til reguleringen af urimelige priser i europæisk regi, er udgangspunktet i amerikansk regulering, at loven:

*"has no analogue to the [EC] law against unfair prices and other terms of trade. American law rests on the principle that price should be controlled by the free market unless Congress had in effect determined that the market cannot work and has established a regulatory commission"*<sup>239</sup>

Udgangspunktet ved amerikansk ret er, at den ikke er myndighedsregulerende, men fokuserer på bevarelse af betingelser hvorved frie markedskræfter begrænser prisen og afleder optimal produktion, hvorfor amerikanske virksomheder ikke dømmes for misbrug ved høje priser. Formålet med de amerikanske konkurrenceregler er at fremme den

---

<sup>237</sup>The Sherman Antitrust Act of 1890, Section 2

<sup>238</sup>G a l , *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?*, side 6

<sup>239</sup>Fox, 1986 *"Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness"*, side 14

økonomiske effektivitet herved at forhindre virksomheder i at opnå eller opretholde et monopol på utilbørlig måde, som forhindrer fri konkurrence.

3.2.2 Hvorfor har den amerikanske antitrust regulering ikke en tilsvarende bestemmelse, som forbyder urimeligt høje priser?

I USA betragter man i udgangspunktet den uregulerede økonomi som konkurrencedygtig, hvor skabelsen af kunstige barrierer er forbudt. Denne tilgang lægger stor vægt på markedets funktionsmåde og betragter monopol på markeder, hvor der ikke er kunstige adgangsbarrierer, for uvæsentlige. De amerikanske regler er således baseret på troen om markedskræfternes egen styrke, hvilket er den primære årsag til, at de amerikanske konkurrenceregler ikke regulerer monopoler på samme måde som EU gør.<sup>240</sup> Denne tilgang ses også i *Trinko* sag<sup>241</sup>, hvor Supreme Court har udtalt:

*"The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts business acumen in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth"*<sup>242</sup>

Supreme Court tilskynder her virksomheders høje prissætning, i hvert fald for en periode, da det vil skabe incitament for virksomheder og dermed medføre økonomisk vækst. I forhold til at fremme den samlede markedsøkonomi og på lang sigt den samlede velfærd, er monopolpriser nødvendige i en periode for at tiltrække virksomheder til at agere på et marked, som efterfølgende vil skabe mere konkurrence. Det er attraktivt for mange virksomheder at trænge ind på et marked, hvis markedet fremstår lukrativt, eksempelvis ved muligheden for at kræve høje priser og opnå en overnormal<sup>243</sup> profit.

---

<sup>240</sup>G a l , *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?*, side 8

<sup>241</sup>*Trinko*, sag 0-282, Supreme Court afgørelse af 13. januar 2004

<sup>242</sup>Ibid., sektion III

<sup>243</sup>G a l , *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?* side 17

En anden grund til at amerikansk konkurrenceret ikke har en bestemmelse om excessive pricing skyldes strukturen i de økonomierne i henholdsvis EU og USA. I EU har hver medlemsstat sit eget økonomiske marked, hvorpå virksomheder kan opnå en monopolstilling. Det europæiske marked kan derfor kategoriseres som et marked med en fragmenteret økonomi. Det er tidligere afhandlingen konstateret, at såfremt en virksomhed har et monopol på en ydelse i sit eget medlemsland, er dette nok til at statuere dominans i TEU art. 102's forstand. Derimod er det amerikanske marked en integreret økonomi, hvor virksomheder i USA har mulighed for at opnå monopol på hele det amerikanske marked, hvilket er betydeligt større end et enkelt medlemsland. Incitamentet til at nedbryde et monopol afhænger direkte af den nye gevinst heraf. Det kan derfor siges, at virksomheder i USA vil have et betydeligt større incitament til at forsøge at trænge ind på markedet og bryde det eksisterende monopol, da gevinsten vil være større. Netop derfor er der ikke samme behov for at regulere monopolisters eller store virksomheders prissætning i USA, eftersom deres stærke markedsposition i udgangspunktet altid vil blive forsøgt nedbrudt af en ny aktør, hvilket er med til at sikre den frie konkurrence. Derfor er der økonomisk set ikke samme behov for bestemmelsen for effektivt at beskytte forbrugere allerede bliver beskyttet igennem den frie konkurrence, som er til fordel for forbrugerne grundet den store valgfrihed de opnår herigennem.

### 3.2.3 Hvilke forskelle og ligheder er der i henholdsvis EU og amerikansk antitrust regulering?

Det er ovenstående konstateret, at de amerikanske konkurrenceregler udelukkende regulerer, hvordan en virksomhed har opnået eller opretholdt sin markedsposition, og ikke hvordan virksomheden prissætter sine ydelser efter at have opnået denne position. Dette skyldes at høje priser i USA ikke anses som en adgangsbarriere i sig selv men derimod er en tiltrækningskraft til andre virksomheder. Derudover er det netop formålet med den amerikanske antitrust regulering, at virksomheder ikke opretholder kunstige adgangsbarrierer til at marked, for derved at kunne opretholde sin monopolstilling på det pågældende marked.

Denne tilgang til virksomheders adfærd er også set i EU regi i sagen *Rambus*. Her lagde Kommissionen vægt på, at Rambus havde opnået deres superdominansstilling på markedet ved at føre en strategi, som ledte til at deres produkt blev implementeret som en DEC standard, samtidig med at Rambus havde hemmeligholdt sit patent. Der er altså en lighed i de amerikanske og de europæiske konkurrenceregler i de to regulerer, hvordan en virksomhed har opnået sin dominans og forbyder dette, såfremt den stærke markedsposition er opnået på utilbørlig vis.

I løbet af 1950'erne og 1960'erne introducerede Chicagoskolen en økonomisk tilgang til antitrust regulering, som fokuserede på forbrugervelfærd og totalvelfærd. Denne tankgang blev også statueret af Kommissionen i deres første rapport om konkurrencepolitik i 1971:

*"Competition policy endeavors to maintain or create effective conditions of competition by means of rules applying to enterprises in both private and public sectors. Such a policy encourages the best possible use of productive resources for the greatest possible benefit of the economy as a whole and for the benefit, in particular of the consumer."*<sup>244</sup>

Kommissionen anerkender også forbrugervelfærd som hensyn og dermed det overordnede formål med konkurrencereglerne. Tankegangen bag de to retssystemer synes derfor at have samme udgangspunkt, som er at beskytte forbrugerne og den totale velfærd, men regleringerne er uenige om, hvordan dette mål bedst opnås.

Chicagoskolens økonomer mener, at regulering af konkurrencen er den primære årsag til, at der eksisterer adgangsbarrierer på et marked, hvorfor de er overbevist om, at markedet reguleringen skal mindes så meget som muligt. Derudover kan virksomheder, ifølge Chicagoskolen, agere alene på markedet, uden at det nødvendigvis betyder, at virksomheder nyder en signifikant markedsmagt. Dog må det understreges, at en sådan situation kun er mulig, hvor der ikke eksisterer høje adgangsbarrierer til at etablere sig på markedet som

---

<sup>244</sup>Etro & Kokkoris, 2010, artikel af Etro & Kokkoris "Toward an Economic Approach of Article 102 TFEU", s. 20

<sup>245</sup>Ibid., s. 9

eksempelvis meget høje faste omkostninger. På et sådant marked vil en virksomheds høje priser, som er over de marginale omkostninger, medføre at andre aktører vil trænge ind på markedet for at opnå den overnormale profit.

Hovedformålet med TEUF art. 102 er at beskytte den konkurrencedygtige proces herunder virksomhedernes mulighed for at deltage i konkurrencen og konkurrere på fordele. Den basale funktion af bestemmelsen er altså at beskytte konkurrencen mod mulige fordele, der er forbundet med en enkelt virksomheds markedsposition. Den amerikanske lovgiver er af modsat overbevisning, da de mener at høje priser ikke nødvendigvis er et udtryk for et monopoliseret marked. Dertil mener de, at en meget høj pris, heraf muligheden for at opnå overnormal profit, vil forbedre konkurrencen, hvorfor et forbud mod excessive pricing er til skade for konkurrencen.<sup>246</sup> Det er derfor i USA accepteret, at hovedformålet med amerikansk konkurrencepolitik er at fremme den økonomiske effektivitet. Adfærd vil derfor tillades, hvor det viser sig at forbedre effektiviteten, selv om det mindst ikke skadeligt herfor. Omvendt vil det ikke tillades, hvor adfærden viser sig at skade effektiviteten på et marked.

Forskellen hertil i europæisk ret består i nødvendigheden af regulering i forhold til en dominerende virksomheds priser efter opnåelsen af denne markedsposition. Dette begrundes i, at formålet med bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a er at beskytte forbrugere mod uretmæssige priser, idet denne misbrugsform er mest direkte til skade for forbrugere. Modsætningsvis tilskynder amerikansk antitrust regulering i højere grad økonomisk effektivitet og har en større tiltro til markedets egne kræfter, hvorfor det højere priser med tiden altid vil blive mødt af konkurrence. Markedet vil derfor være i stand til at regulere sig selv til et konkurrencedygtigt niveau, hvilket er en af grundene til den amerikanske regulering ikke indeholder en tilsvarende bestemmelse i forhold til TEUF art. 102, litra a. Derfor er amerikansk ret af den overbevisning, at forbuddet i TEUF art. 102, litra a begrænser innovation og virksomheders incitament til at trænge ind på et marked, hvilket er til skade for forbrugere.

---

<sup>246</sup>Furse, 2008, *Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition*, side 77

<sup>247</sup>Ibid., side 77



### 3.2.4 Sammenfatning

Når en dominerende virksomhed operer på det europæiske marked, er den underlagt et forbud mod at prissætte sine ydelser urimeligt højt, jf. TEUF art. 102, litra a. Nødvendigheden af reguleringen er berettiget i formålet med bestemmelsen, heraf skyldes effektivitet af forbrugervelfærden, som i EU-landene sikres ved forbuddet. Den amerikanske antitrustregulering har også til formål at beskytte forbrugerne, men anser ikke en forbudsbestemmelse for nødvendig, idet de mener den frie konkurrence beskytter forbrugerne bedst. Forskellen på de to reguleringer skyldes i særdeleshed markedsstrukturerne, da det europæiske marked er præget af en fragmenteret struktur, hvor der i USA eksisterer et integreret marked. Virksomheder på det amerikanske marked vil derfor have incitament til at bryde et monopol, da gevinsten herved vil være betydeligt større end på det europæiske marked.

Såfremt en virksomhed agerer på både det europæiske og amerikanske marked, skal den være opmærksomme på forskellene i reguleringerne og prissætning af sine ydelser. Den amerikanske antitrust lovgivning regulerer kun måden, hvorpå virksomheden har opnået eller opretholdt sin markedsposition og dermed ikke dominerende virksomheders prissætning. EU's forbud mod at opkræve urimeligt høje priser derfor ikke nogen parallel i amerikansk antitrust regulering, da det er ikke ulovligt for amerikanske dominerende virksomheder at opkræve høje priser. Det kan derfor konkluderes, at virksomheder skal være opmærksomme på prissætningen af sine ydelser på det europæiske marked, hvis de imod de på det amerikanske marked kan profitmaksimere og prissætte deres ydelser, så højt som de vil.

### 3.3 Begrænser bestemmelsen i TEUF artikel 102, litra a) innovationen?

Det kan diskuteres, hvorvidt bestemmelsen i TEUF 102, litra a begrænser virksomheders incitament til at være innovative og foretage investeringer i forskning og udvikling ved i nogle tilfælde at begrænse virksomheders mulighed for at profitmaksimere. Den b

---

<sup>248</sup>Fox, 1986 "Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness", side 985

grænsede mulighed for at profitmaksimere støttes af konkurrence komiteens egen udtalelse i sin meddelelse vedrørende excessive pricing:

*"Competition law regularly intervenes to limit the possibilities of firms to maximise their profits."*<sup>249</sup>

Set i forhold til amerikansk ret, da leder overbevisning til en begrænsning af innovationen. Det er af amerikansk overbevisning, at:

*"Limiting the profitability of monopolists that achieved their position solely by fair competition distorts the incentives of firms to become more efficient. The effect might be impaired innovative performances, low levels of research and development, and productive inefficiency."*<sup>250</sup>

Amerikansk ret mener derfor, at begrænsning af monopolisters mulighed for at profitmaksimere, som forbuddet mod høje priser i TEUF art. 102a medfører, skader den økonomiske effektivitet, hvilket er formålet med den amerikanske konkurrencepolitik. Som analyseret ovenfor er incitamentet til at innovere drivkraften bag den økonomiske vækst hvorfor amerikansk ret belønner innovativ virksomhed ved at tillade dem at profitmaksimere.

Ligeledes anerkender Kommissionen, at høje priser kan være resultat af innovation, og den risiko en dominerende virksomhed har taget ved at foretage høje investeringer til forskning og udvikling. Ydermere anerkender de, at selvom en høj profit ikke nødvendigvis er afledt af virksomhedens innovation, vil den høje profit som udgangspunkt tiltrække nye markedsaktører, som vil øge konkurrencen på det pågældende marked. Hertil stadfæster de, at såfremt man fjerner dominerende virksomheders mulighed for at opnå en høj profit, vil det underminere markedets egne kræfter til at genoprette konkurrencen, da nye aktører

---

<sup>249</sup>E U ' s k o n k o m i t é , 17. oktober 2011 Working Party No. 2 on Competition and Regulation –Excessive prices", punkt 11

<sup>250</sup>G a l , "Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?", s. 14

ikke vil forsøge at trænge ind på markedet.<sup>251</sup> Denne tilgang kommer også til udtryk i den begrænsede praksis, der foreligger vedrørende excessive pricing, eftersom Kommissionen kun har truffet foranstaltninger på markeder, hvor der eksisterer høje og langvarige adgangsbarrierer. Kommissionens begrænsede anvendelse af bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a er et udtryk for, at hensigten med forbuddet ikke er at begrænse innovationen. Dog kan det diskuteres, om bestemmelsen faktisk har en afskrækkende effekt på virksomheders incitament til at foretage betydelige investeringer i markedet. Det kan alt andet end argumenteres for, at virksomheder, som ikke har mulighed for at profitmaksimere, vil have begrænset incitament til at foretage investeringer til innovation, hvorfor bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a må siges at have en vis afskrækkende effekt.

Selvom hensigten med TEUF art.102, litra a ikke er at begrænse innovation, eksisterer forbuddet mod at opkræve urimeligt høje priser i den europæiske konkurrenceret. Derfor har Kommissionen hjemmel til, uanset eksistensen af høje adgangsbarrierer, at gå ind og træffe foranstaltninger mod en dominerende virksomheds høje priser. På trods af den begrænsede anvendelse af TEUF art. 102, litra a vil bestemmelsen, til en vis grad, mindske virksomheders incitament til at foretage betydelige investeringer til innovation i forhold til i USA, hvor der ingen begrænsninger er for dominerende virksomheders prisniveau.

Det kan derfor konkluderes, at de europæiske dominerende virksomheder ikke har lige så store incitamentter til at foretage investeringer og dermed innovere, som virksomheder vil have på et amerikansk marked, da de i EU ikke har samme mulighed for at profitmaksimere. Derfor kan bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a til en vis grad have den effekt at den begrænser innovationen på det europæiske marked.

---

<sup>251</sup> E U ' s k o n k u r r e t e o k t o b e r 2 0 1 1 W o r k i n g P a r t y N o . 2 o n C o m p e t i t i o n a n d R e g u l a t i o n - *Excessive prices*", punkt 12

#### 4. Kapitel 4 – Konklusion: hvordan kan virksomheder sikre overholdelse af TEUF art. 102, litra a?

Der er gennem de seneste år set en større prioritering af sager vedrørende dominerende virksomheders udnyttende adfærd ved urimelig prissætning. Det er nødvendigt for virksomheder at være opmærksomme på deres prisadfærd for ikke at omfattes af forbuddet i TEUF art. 102, litra a. I den forbindelse er det relevant for virksomheder at kunne bestemme anvendelsesområdet, herunder hvornår en pris anses for urimelig. Når virksomheder skal udforme sin prispolitik, er det for det første nødvendigt at vide, hvilke virksomheder, der er omfattet af bestemmelsen. Hertil kan det konkluderes, at alle dominerende virksomheder falder ind under bestemmelsen, da den ikke differentierer forskellige grader af dominans. Det er ikke muligt at opstille en generel regel, som foreskriver at lovgever kun har incitament til at gribe ind på et marked, hvor superdominerende virksomheder opererer. Dog kan det konkluderes, at hvis et marked er udfyldt med høje og langvarige adgangsbarrierer, da vil Kommissionen have større incitament til at gribe ind.

Næste skridt er at sikre at virksomhedens priser er i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a er en vurdering af om virksomhedens profit er urimeligt høj. Denne beregning kan være vanskelig, da profitmarginen varierer på tværs af industrier. Dog kan det konkluderes, at en beregning heraf bør foretages på baggrund af virksomhedens ATC, da det er mest effektivt at anvende ATC som benchmark eftersom den tager højde for gennemsnittet af alle faste og variable omkostninger under også virksomhedens fælle omkostninger. Endvidere kan det konkluderes, at det ikke er muligt at opstille en specifik benchmark for, hvornår størrelsen af profitmargin indikerer misbrug. Uanset størrelsen på virksomhedens profitmargin, er det nødvendigt at gå til trin 3, som indeholder en vurdering af, om prisen i sig selv er urimelig. Hertil er det vigtigt, som virksomhed, at vurdere prisen i forhold til ydelsens økonomiske værdi. Konklusionsvis kan det anbefales at virksomheden udover de omkostningsrelaterede faktorer tillige skal tage højde for ikke omkostningsrelaterede faktorer og efterspørgselsfunktionen, herunder faktorer som praelasticitet, forbrugernes betalingsvillighed og forbrugerpræferencer. Dog er det ikke muligt at lave en generel liste over, hvad der skal indgå i vurderingen af den økonomiske værdi af en ydelse, særligt fordi de ikke omkostningsrelaterede faktorer varierer fra sag til sag.

Trin 4 indeholder en sammenligning af virksomhedens pris og prisen for konkurrerende ydelser. Man kan som virksomhed anvende forskellige sammenligningsgrundlag herfor. Det er muligt at sammenligne virksomhedens priser med egne priser på andre markeder, hvorunder den opkrævede pris er den samme for begge ydelser, men omkostningerne er forskellige, eller ydelsernes priser er forskellige men har samme produktionsomkostninger. Dog skelner denne sammenligningsmetode de facto ikke mellem diskriminerende prissætning og unfair prissætning, hvorfor den ikke er optimalt i sin anvendelighed. Det er også muligt for virksomheden at sammenligne sine priser på et marked, med priser som andre virksomheder opkræver på andre markeder. Denne sammenligningsmetode indeholder forskellige varianter, hvor den første er en sammenligning med konkurrenters priser. Denne variant vil dog ikke være tilstrækkelig, da det kan forekomme, at der ingen konkurrenter er. Anden variant indeholder en sammenligning af virksomhedens pris og andre virksomheder som er aktive på andre markeder men sælger samme varer. Sidste variant er en sammenligning af priserne med andre virksomheders priser i andre medlemsstater, også kaldet benchmarkingmetoden. Ved anden og tredje variant er det nødvendigt for virksomheder at foretage en analyse af deres omkostningsstruktur, da disse er forskellige for virksomheder på forskellige markeder. Det vigtigste virksomheder skal være opmærksom på ved testens tredje trin er, at prissammenligningen foretages på et ensartet grundlag for ydelserne skal være sammenlignelige, og at der ikke eksisterer en minimumsgrænse/benchmark for, hvornår en pris kun udgøre et misbrug ved en sammenligning, så længe prisforskellene er væsentlige og vedvarende.

Sidste sammenligningsmetode indeholder en sammenligning af virksomhedens egne priser over tid. I den forbindelse kan det konkluderes, såfremt virksomhedens priser har ændret sig efter opnåelse af en dominerende stilling, kan dette være et indicium for misbrug. Udover kan det konkluderes at, såfremt en virksomheds priser reguleres af national lov, hvor denne tilsidesættes af EU-lov, da må virksomheden ikke opretholde samme prisniveau efter tilsidesættelsen.

Udover ovenstående elementer kan det konkluderes at virksomheder skal inddrage andre faktorer i sin vurdering af, om en pris er urimeligt høj. Relevante faktorer til de

ne betragtning er markedsforhold, strategier og sagens omstændigheder, hvilket danner grundlag for at foretage en helhedsvurdering af virksomhedens ydelse. Ved en vurdering er det relevant for virksomheder med høje priser at undersøge, om det er muligt at begrunde sine priser i objektive forhold. Det skal som udgangspunkt konkluderes, at man aldrig kan begrunde sine høje priser eller ikke ved virksomhedens afholdelse af høje omkostninger. Det kan dog undtagelsesvis forekomme, at virksomheder har mulighed for at begrunde de høje priser i høje produktionsomkostninger og meromkostninger, såfremt disse er afholdt i forhold til forbrugernes specifikke krav til det pågældende produkt/ydelse.

Samlet set kan det konkluderes, at det er kompliceret for virksomheder at sikre formning af sin prispolitik er i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a. Dette skyldes, at der stadig foreligger nogle uklarheder i testen om når en pris er urimelig. Navnlig er det uklart om en høj profitmargin kan accepteres, såfremt virksomheden har højst, sunk som den forsøger at dække ved sin prissætning. Derudover er det uklart hvordan den nominiske værdi skal bestemmes, særligt fordi de ikkeomkostningsrelaterede faktorer kan variere betydeligt fra sag til sag.

Selvom en virksomhed ved gennemgang af ovenstående test kan konstatere, at dennes pris ikke synes urimelig, da vides det ikke med sikkerhed, om den faktisk er rimelig og d ikke falder ind under forbuddet. Det kan derfor ikke med sikkerhed siges, hvordan dominerende virksomheder kan sikre at udforme deres prispolitik således at priserne er i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a, da testen indeholder de ovenfor nævnte uklarheder.

Det kan på baggrund af afhandlingens kapitel 4 konkluderes, at dominerende virksomheder skal prissætte i overensstemmelse med TEUF art. 102, litra a, idet formålet med EU's konkurrenceregler primært er at beskytte forbrugervelfærd og, hvis urimelige priser er den misbrugsform, som er mest direkte til skade for forbrugerne. Såfremt en virksomhed opererer på både det europæiske og amerikanske marked, skal den være opmærksom på, at den amerikanske antitrust lovgivning tillader dominerende virksomheder at profitere og dermed prissætte, som de har lyst til. Forskellen på de to reguleringer skyldes markedsstrukturerne, da det europæiske marked er præget af en fragmenteret struktur.

hvor der i USA eksisterer et integreret marked. De virksomheder på det amerikanske marked altid have større incitament til at bryde et monopol, da gevinsten herved vil være betydeligt større end på det europæiske marked.

Slutligt kan det konkluderes, at bestemmelsen i TEUF art. 102, litra a) har til følge at begrænse innovation, idet den begrænser de europæiske dominerende virksomheders mulighed for at profitmaksimere. Dette vil begrænse europæiske virksomheders incitament til at foretage høje investeringer til forskning og udvikling, og amerikanske virksomheder vil have større incitament til at innovere, da der i USA ikke er nogen regulering, som begrænser virksomheders mulighed for at profitmaksimere.

## 5. Litteraturliste

### Regulering

Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Det Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, underskrevet i Lissabon den 13. december 2007, 2007/C 306/01

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 82

The Sherman Antitrust Act of 1890, Section II

### Vedledninger, udtalelser og andet

DAF/COMP/WP2/WD(2011)54 Working Party No. 2 on Competition and Regulation, *Excessive prices – European Union*, 17. oktober 2011, EU's k

Meddelelse fra Kommissionen *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*, K(2009) 864, 9. februar 2009.

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse *Konkurrenceregulering og forbrugerbeskyttelse*, 2006/C 309/01, af 16. december 2006.

Europa-Parlamentet, Emneblade om Den Europæiske Union *EU-Retten – Kilder og Rækkevidde*, Udo Bux, 03/2018

Generaladvokat Nils Wahl forslag til afgørelse i sag C/16, fremsat den 6. april 2017

Resumé af Rådsmøde *Elsam A/S' misbrug af dominerende stilling i form af høje priser*, Journal nr. 3/11202040150/ISA/LKF/CS, 30. November 2005

Kommissionens referat af Margrethe Vesters tale ved Chillin' Consumer Conference, Bruxelles *Protecting consumers from exploitation*, 21. november 2016,



## Bøger

- Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth. 2014. *Retsskilder og retsteorier*. København: Juristg Økonomiforbundets forlag. 4. reviderede udgave.
- Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth. 2010. *EU-ret*. København: Karnov Group. 6. reviderede udgave.
- Knudsen, Christian. 1997. *Økonomisk metodologi – Bind 2: Virksomhedsteori & Industriøkonomi*. København: Juristg Økonomiforbundets forlag. 2. udgave.
- Heide-Jørgensen, Caroline. 2008. *Økonomisk ret i EU*. København: Juristg Økonomiforbundets forlag. 3. udgave.
- Fejøl, Jens & Ølykke, Grith Skovgaard. 2010. *EU-Konkurrenceret*. København: Juristg Økonomiforbundets forlag. 5. udgave.
- O'Donoghue, Robert & Padilla, Jorge. 2013. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Oxford & Portland: Hart Publishing. 2. udgave.
- Cabral, Luis M.B. 2001. *Introduction to Industrial Organization*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology. 1. udgave.
- Frank, Robert & Cartwright, Edward. 2002. *Microeconomics and Behaviour*. McGraw-Hill Education. 1. Udgave
- Cucinotta, Antonio & Pardolesi, Roberto & Van den Bergh, Roger. 2012. *Chicago Development in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. 1. udgave.
- Etro, Frederico & Kokkeris, Ioannis. 2010. *Competition Law and the Enforcement of Article 102*. Oxford: Oxford University. 1. udgave.
- Steinicke, Michael. 2002. *Privilegerede virksomheder og EU-Retten*. København: Juristg Økonomiforbundets forlag. 1. udgave.
- Ezrachi, Ariel. 2009. *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 1. udgave.
- Stavang, Endre & Eide, Erling. 2009, Rettsøkonomi, Oslo, Cappelen Damm Akademisk, 2. udgave

## Artikler

- Hou, Liyang 2011 *Excessive Prices Within EU Competition Law*, European Competition Journal, 7:1, p. 470
- Petit, Nicolas. 2011 *Excessive Pricing: The Flaws of 'Tea Party' Competition Policy*. Journal of European Competition Law & Practice, 2011, Vol. 2, No. 6, p. 519.
- Calcagno, Claudio & Walker, Mike. 2010 *Excessive Pricing: Towards Clarity and Economic Coherence*. Journal of European Competition Law & Practice, 2010, Vol. 6, No. 4, p. 89-101.
- Konkurrensverket, Swedish Competition Authority 2007 *The Pros and Cons of High Prices*. Artikelsamling, individuelle kapitler.
- Evans, David S. & Padilla A. Jorge. 2005 *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. Journal of Competition Law and Economics Vol. 1, No. 1, 97-122
- De Streel, Alexandre & Motta, Massimo. 2003 *Protective and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*.
- Um, Paul Nomba & Gille, Laurent & Simon, Lucile & Rudelle, Christophe. 2004 *A Model for Calculating Interconnection Costs in telecommunications*. International Bank for Reconstruction and Development.
- Gal, Michal. 2004 *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?* New York University Law and Economics Working Papers.
- Fox, Eleanor M. 1981 *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency Opportunity and Fairness*. 61 Notre Dame L. Rev. 981
- Furse, Mark. 2008 *Excessive Pries, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition*. European Competition Journal, 4:1, 533.
- Akman, Pinar & Garrod, Luke. 2011. When are Excessive Prices Unfair? Journal of Competition Law & Economics, 7(2), 403-426

*Domsregister*

Afgørelser fra Den Europæiske Unions Domssto

*General Motors*, sag C26/75, General Motors Continental NV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 13. november 1975, Sml. 1975, 1367

*United Brands*, sag C27/76, United Brands Company og United Brands Contineaal BV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 14. februar 1978, Sml. 1978, 207.

*Costa mod E.N.E.L.*, sag 6/64, Alaminio Costa mod ENEL, præ. afg. af 15. juli 1964, Sml. 1964, 1141.

*Atlanta*, Sag C465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH m.fl. (I) mod Bundesamt Ernährung und Forstwirtschaft, præ. afg. af 9. november 1995, Sml. 1995 I 3761

*AKZO mod Kommissionen*, sag C62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 3.7.1991, Sml. 1991 I 1395

*British Leyland*, Sag C226/84, British Leyland Public Limited Company mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 11. november 1986, Sml. 1986, 3263

*Irish Sugar*, sag T228/97, Irish Sugar plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 7. oktober 1999, Sml. 1999 II 2999

*Continental Can mod Kommissionen*, sag C6/72, Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 21. februar 1973, Sml. 1973, 215

*Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen*, Forenede sager-40- 48 50, 54 56, 111, 113 og 114/73, Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 16. december 1975, Sml. 1975, 1663

*Hoffman-La Roche*, sag C85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 13. februar 1979, Sml. 1979, 461

*Tetra Pak*, sag C333/94 P, Tetra Pak International SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 14. november 1996, Sml. 1996 I 11

*Sirena*, sag C40/70, Sirena S.r.l. mod Eda S.m.fl., præ. afg. af 18. februar 1971, Sml. 1971, 69

*Deutsche Grammophon*, sag C78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mod Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, præ. afg. af 8. juni 1971, Sml. 1971, 487

*SACEM II*, I de forenede sager 10/88, 241/88 og 242/88 François Lucazeau m.fl. mod Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) m.fl., præ. afg. af 13. juli 1989, Sml. 1989, 02811.

*Basset mod SACEM*, sag 402/85, G. Basset mod Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), præ. afg. Af 9. april 1987, Sml. 1987 01747

*Höfner og Elser*, sag 41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH, præ. afg. af 23. april 1992, Sml. 1991 1979

*GT-Link mod DSB*, sag 242/95, GLink A/S mod De Danske Statsbaner (DSB), præ. afg. af 17. juli 1997, Sml. 1997 4449

*Biedriba*, sag 77/16, Autorities bureau communication s Autoru apvieniba mod Konkurences padome Sml. endnu ikke offentliggjort

*Parke, Davis & Co.* Sag 24/67, Parke, Davis and Co. mod Probel, Reese, Beintema Interpharm og Centrafarm, præ. afg. af 29. februar 1968, Sml. 1968, 81

*Bodson*, sag 30/87, Corinne Bodson mod SA Pompes funèbres des régions libérées, præ. afg. af 4. maj 1988, Sml. 1988 2479

*TeliaSonera Sverige*, sag 52/09, Konkurrensverket mod TeliaSonera Sverige AB præ. afg. af 17. februar 2011, Sml. 2011 527

*Metro*, sag 75/84, Metro SBöbmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af. 22. oktober 1986, Sml. 1986 03021

*CIF*, sag 98/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) mod Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, præ. afg. af 9. september 2003, Sml. 2003 18052

*British Airways*, sag 95/04 P, British Airways plc mod Kommissionen for Europæiske Fællesskaber, dom af 5. marts 2007, Sml. 2007 11

*IPS*, sag 15/97, Industrie des poudres sphériques SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, dom af 30. november 2000, Sml. 2000 2675

*MOTOE*, sag 49/07, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) mod Elliniko Dimosio, præ. afg. af 1. juli 2008, Sml. 2008 3

Beslutninger fra Kommissionen

*Scandlines Sverige*, sag COMP/A.36.568, Scandlines Sverige AB mod HHAB, Kommissionens beslutning af 23. juli 2004.

*DPAG*, sag COMP/C/36.915, Deutsche Post AG mod British Post Office, Kommissionens beslutning af 25. juli 2001.

*Rambus*, sag COMP/38.636, Rambus Inc. mod Joint Electron Devices Engineering Council  
Kommissionens beslutning af 9. december 2009

*Euromax/IMAX*, sag COMP/37.761, IMAX Corporation mod Euromax Association, Kommissionens beslutning af 25. marts 2004

Nationale afgørelser:

*CD Pharma*, sag DIPS 4/08469, Konkurrence og Forbrugerstyrelsens (Danmark) afgørelse af 31. januar 2018

*Elsam*, sag 2005/004688, kendelse afsagt af Konkurrenceankenævnet den 14. november 2006

*E2*, sag 4/01202040018 /EMS, afgørelse fra Konkurrence og Forbrugerstyrelsen den 22. december 2010.

*Napp*, sag CA98/2/2001, Director General of Fair Tradings (Storbritannien) afgørelse af 30. marts 2001

*Trinko*, No. 02-82, *VERIZON COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP*, Supreme Court afgørelse af 13. januar 2004