KONKURRENCESTYRELSEN

Udvalgte konkurrenceanalyser

December 2005

KONKURRENCESTYRELSEN

Udvalgte konkurrenceanalyser

December 2005

Oplag 500

Bogen er gratis og kan fås ved henvendelse til Konkurrencestyrelsen

Konkurrencestyrelsen
Nyropsgade 30
1780 København V
Tlf.: 72 26 80 00
Fax: 33 32 61 44

On-line ISBN 87-7029-342-2
ISBN 87-7029-343-0

Layout og grafisk prodution Schultz Grafisk A/S

Forord

Endnu et spændende år i Konkurrencestyrelsen går på hæld. I løbet af året har vi sædvanen tro gennemført en række analyser af konkurrenceforholdene i Danmark. Rapporterne kan bruges som vejledning i konkurrencesager eller som opslagsværker, man vender tilbage til gang på gang. Mange af rapporterne udkommer kun elektronisk på Konkurrencestyrelsen hjemmeside. Konkurrencestyrelsen udgiver derfor i år for første gang en årbog med resumeer af årets rapporter, som kan bruges som overblik og en genvej til de mange informationer i styrelsens rapporter.

For at øge fokus på konkurrenceområdet har Konkurrencestyrelsen i år udskrevet en priskonkurrence for de bedste universitetsopgaver om konkurrence både inden for jura og økonomi. Jeg glæder mig over, at vi har modtaget rigtig mange gode opgaver, og at de studerende viser stor interesse for området. Jeg håber, at det er en interesse, som vil vare ved. De to bedste opgaver på hvert område kan læses her i bogen.

God læselyst!

Finn Lauritzen

Indhold

Kapitel1
Undersøgelse af Dankortgebyret

1. Indledning 9
1.1. Forretningernes Dankortgebyr 10
1.2 Koordination mellem forretningerne om dankortgebyret 11
1.3. Pengeinstitutternes dankortgebyr 11
1.4 Koordination mellem bankerne om dankortgebyret 11
1.5. Gebyret hos forretninger der ikke betaler gebyr til bankerne 12
1.6. Omkostninger til drift af dankortsystemet 12
1.7. Udbredelsen af chip-kort terminaler 14
1.8. Forbrugernes adfærd 15
Tiltag efter rapportens offentliggørelse 15

Kapitel 2
Rapport om frivillige kæder

2.1 Indledning 21
2.2. Løsningsmodeller 22
2.3. Forventede konsekvenser af at ophæve gruppefritagelsen 26
Tiltag efter rapportens offentliggørelse 39

Kapitel 3
Elselskabernes udrulning af fibernet

3.1 Indledning 41
3.2 Undersøgelsens formål og omfang 42
3.3 Forholdet til lovgivningen 44
3.4 Baggrunden for elselskabernes investeringer 45
3.5 Omfanget af elselskabernes udrulning af fibernet 46
3.6 Business case 47
3.7 Perspektiver og anbefalinger 49
Tiltag efter rapportens offentliggørelse 52

Kapitel 4
Vækst i danske havne

4.1 Sammenfatning og fremtidsmuligheder 55
4.2 Baggrund og målsætninger 61
4.3 Nuværende ramme- og konkurrencevilkår 64
4.4 Resumé af analyser af havne og havnevirksomheder 68

Kapitel 5
Guldvinder i økonomi - Contractual Agreements in the Vertical Chain

1 Introduction 84
2 The Model 88
3 Adverse Selection 97
4 Moral Hazard 109
5 Flexible Resale Prices & Fluctuating Demand 119
6 The Ice Cream Industry 126
7 Conclusion 135

Kapitel 6
Sølvvinder i økonomi – An emperical Investigation of industry Concentration and Profits

6.1 Introduction 142
6.2 Theory 144
6.3 Data 146
6.4 Empirical Model 149
6.5 Results 155
6.6 Discussion and Conclusion 160

Kapitel 7
Guldvinder i jura – Margin Squeeze

7.1 Indledning 167
7.2 Margin squeeze sagerne 169
7.3 Margin squeeze i telekommunikationssektoren 190
7.4 Margin squeeze i amerikansk ret 200
7.5 Analyse 208
7.6 Konklusion 226

Kapitel 8
Sølvvinder i jura – Konkurrenceretlig analyse af begrebet predatory pricing på baggrund af dansk og EU praksis

8.1 Indledning 233
8.2 EF-traktatens artikel 82 235
8.3. Konkurrencelovens § 11 239
8.4. Afhandlingens teoretiske fundamenter 240
8.5. Gennemgang af EU-praksis 247
8.6. Gennemgang af dansk praksis 257
8.7. Objektive begrundelser for tabsgivende prissætning 264
8.8. Analyse af det subjektive element – elimineringshensigt 276
8.9. Kravet om genindvinding 279
8.10. Konklusion 283

Undersøgelse af Dankortgebyret

Dette kapitel er en sammenfatning af Konkurrencestyrelsens undersøgelse af dankortgebyret, som styrelsen offentliggjorde i februar 2005. Sammenfatningen indeholder de vigtigste konklusioner fra den oprindelige rapport. Henvisningerne i kapitlet er til rapporten, som kan findes på http://www.ks.dk/publikationer/konkurrence/2005/. Kapitlet afsluttes af med en kort opsummering af, hvad der er sket på området siden rapporten udkom i februar.

1. INDLEDNING

Økonomi- og erhvervsministeren bad den 11. januar 2005 Konkurrencestyrelsen om at undersøge forskellige forhold af økonomisk og konkurrencemæssig karakter i forbindelse med det - pr. 1. januar 2005 - indførte dankortgebyr på 50 øre.

Konkurrencestyrelsens undersøgelse omfatter en vurdering af:

- Størrelsen af dankortgebyret hos forretninger og pengeinstitutter.
- Evt. koordination af dankortgebyret mellem hhv. forretninger og pengeinstitutter.
- Antallet af forretninger, der ikke betaler gebyr til pengeinstitutterne, men som opkræver gebyr af forbrugerne.
- Pengeinstitutternes omkostninger ved dankortsystemet.
- Forretningernes anskaffelse af nye chipterminaler.
- Forbrugernes adfærd i forbindelse med indførelsen af dankortgebyret.

Vurderingerne i denne rapport er baseret på oplysninger indhentet fra ca. 1.500 forretninger, knap 30 pengeinstitutter og finansielle virksomheder, 3 chip-leverandører samt 3 interesseorganisationer.

Udover at belyse fakta peger rapporten også på en række forhold, der skal undersøges nærmere af styrelsen.

Styrelsen har ikke vurderet virkningerne af den nye aftale af 25. februar 2005 om Dankortet. Aftalen afskaffer 50 øre gebyret og indfører i stedet et årligt abonnement for forretninger, der har indløsningsaftaler. Samtidig bliver forretningernes overvæltning, jf. nedenfor, på kunden ikke længere tilladt. Den

nye aftale vurderes dog ikke at påvirke undersøgelsens resultater væsentligt, da undersøgelsen hovedsageligt belyser historiske forhold.

1.1. FORRETNINGERNES DANKORTGEBYR

Hvis bankerne opkræver gebyr af forretningerne, har forretningerne ret til at opkræve et tilsvarende gebyr hos kunderne. Dette kaldes overvæltning af gebyret.

Undersøgelsen tyder på, at 19 pct. af samtlige forretninger har taget et gebyr på 50 øre pr. transaktion i januar-februar 2005. I mange forretninger bruges Dankortet ikke særlig tit, og der er en klar tendens til, at disse forretninger ikke har taget gebyr. Derfor har det været en væsentlig større andel af dankort-transaktionerne - ca. 70 pct. af samtlige transaktioner - der har været gebyr-belagt.

Det er især de dagligvarehandlende - primært supermarkederne - og kiosker mv., der har taget gebyr. I disse brancher har der været gebyr på 90 pct. af transaktionerne med Dankort. Næsten alle de store supermarkeder har taget gebyr.

Derimod er det et mindretal af de øvrige brancher, der har taget gebyr. Det gælder både restaurationer mv., tøjforretninger samt service- og liberale erhverv.

Den høje grad af overvæltning hos dagligvarehandlen er usædvanlig i EU.

En del af forretningerne har ikke forsøgt at forhandle sig frem til et lavere gebyr hos pengeinstitutterne. Det gælder dog ikke for dagligvarehandlen, hvor ca. halvdelen - uden resultat - har forsøgt at forhandle sig frem til et lavere gebyr.

I øvrigt viser undersøgelsen af langt størstedelen af forretningerne har skiltet korrekt med, at der tages dankortgebyr.

1.2 KOORDINATION MELLEM FORRETNINGERNE OM DANKORTGEBYRET

Konkurrencestyrelsen har indhentet materiale fra interesseorganisationerne Dansk Handel og Service (DHS) og Danske Samvirkende Købmænd (DSK) om organisationernes kommunikation med deres medlemmer - dvs. forretningerne - om det nye Dankort.

Undersøgelsen viser tegn på, at DHS og DSK hver især har koordineret fastsættelsen af dankortgebyret. Det drejer sig bl.a. om opfordringer til at fastsætte dankortgebyret på de maksimale 50 øre pr. transaktion. En sådan koordination kan være i strid med konkurrencelovens forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Konkurrencestyrelsen vil derfor forelægge sagerne om koordination for Konkurrencerådet, så der kan træffes afgørelse om, hvorvidt der er foregået noget ulovligt. De berørte organisationer vil - i overensstemmelse med konkurrencelovens bestemmelser herom - blive hørt, inden sagerne forelægges for Konkurrencerådet.

1.3. PENGEINSTITUTTERNES DANKORTGEBYR

Hvis pengeinstitutterne ikke opkræver dankortgebyr, er det som hovedregel ikke tilladt for forretningerne at opkræve gebyr. Der er derfor relevant at undersøge, i hvilken grad pengeinstitutterne har opkrævet gebyr.

Om pengeinstitutterne viser undersøgelsen, at stort set samtlige banker i perioden januar-februar 2005 har udnyttet lovens maksimum og opkrævet et gebyr på 50 øre pr. transaktion. Det er kun enkelte mindre banker, der har taget et lavere gebyr.

1.4 KOORDINATION MELLEM BANKERNE OM DANKORTGEBYRET

Der er indhentet materiale fra Finansrådet om organisationens brevveksling med pengeinstitutterne om gebyret. Der er ikke tegn på koordination af pengeinstitutternes adfærd i Finansrådet om dankortgebyret.

Derimod kan det være i strid med konkurrenceloven, at PBS har udsendt en såkaldt BasisPakke for pengeinstitutternes indløsningsaftale med forretningerne, hvor bl.a. gebyret på 50 øre pr. transaktion er fortrykt. Konkurrencestyrelsen vil derfor forelægge denne BasisPakke for Konkurrencerådet. PBS vil blive hørt, inden sagen forelægges for Konkurrencerådet.

1.5. GEBYRET HOS FORRETNINGER DER IKKE BETALER GEBYR TIL BANKERNE

Ifølge betalingsmiddelloven skal forretninger, der har mindre end 5.000 transaktioner om året ikke betale gebyr til pengeinstitutterne. Disse forretninger har dog ret til at opkræve gebyr af forbrugerne.

Undersøgelsen viser, at det kun er ca. 7 pct. af disse forretninger, der har udnyttet muligheden for at opkræve gebyr. Forretninger med mindre end 5.000 transaktioner har i forvejen kun ca. 10 pct. af forbrugernes samlede transaktioner. Det betyder, at ca. 0,5 pct. af forbrugernes gebyrer betales til forretninger, der ikke betaler gebyr til pengeinstitutterne.

1.6. OMKOSTNINGER TIL DRIFT AF DANKORTSYSTEMET

Lovbestemmelsen om, at dankortgebyret maksimalt må udgøre 50 øre pr. transaktion, var i forarbejderne til loven baseret på en vurdering af tre kriterier. Dels skal gebyret dække de ekstraomkostninger, som pengeinstitutterne og PBS har haft til at udvikle det nye chip-kort. Dels er 50 øre pr. transaktion noget lavere end det beløb, der betales i andre lande. Endelig var det et kriterium, at indtægterne fra gebyret på 50 øre skulle være væsentlig lavere end pengeinstitutternes og PBS' omkostninger til driften af dankortsystemet.

I undersøgelsen er det sidste kriterium søgt belyst. Det er vurderingen, at pengeinstitutternes omkostninger til driften af Dankortet udgør knap 600 mio. kr. om året, jf. tabel 1.

Tabel 1.1: Pengeinstitutternes omkostninger ved driften af dankortsystemet[1]

Mio. kr.	2004	Skøn 2005
Dankort A/S	33	67
PBS	295	250
Pengeinstitutterne	329	265
Dankortsystem i alt	**657**	**582**

Kilde: Konkurrencestyrelsens beregninger.

Dermed er omkostningerne betydeligt højere end de forventelige indtægter fra gebyret på ca. 180 mio. kr. årligt. Omvendt er omkostningerne lavere end tidligere anslået af både PBS og Finansrådet.

Omkostningerne fordeler sig med godt 300 mio. kr. til PBS og Dankort A/S. Disse omkostninger finansieres via licensafgifter fra pengeinstitutterne. Pengeinstitutterne har knap 300 mio. kr. i direkte omkostninger i tillæg til afgifterne til PBS og Dankort A/S.

Hos PBS er den væsentligste omkostning processing-omkostninger. Dvs. omkostninger til drift og vedligeholdelse af den centrale indsamling og clearing af dankorttransaktionerne. Det sker ved anvendelse af centrale døgnbemandede computere. Derudover er der omkostninger til administration mv.

Pengeinstitutternes omkostninger består primært af omkostninger ved misbrug af Dankortet. Dels skal selve tabet dækkes, dels er der omkostninger til overvågning og spærring. Derudover er der omkostninger til kortudstedelse og administration i pengeinstitutterne.

I omkostningsberegningen er der så vidt muligt kun medtaget aktuelle årlige omkostninger, der kan henføres til driften af selve Dankortet. Det er disse omkostninger, der ifølge loven er relevante for gebyrfastsættelsen. Det betyder, at omkostninger, der kun er historiske, ikke er medregnet.

Der er således ikke medtaget omkostninger til Visa-delen af Visa-dankort. Ligeledes er pengeinstitutternes omkostninger ved ydelser knyttet til diverse konti - fx løn- eller budgetkonti - ikke medregnet. Omvendt er bankernes indtægter fra overtræksgebyr eller renter fra kassekredit ikke trukket fra omkostningsopgørelsen.

1 *Rapportens tabel 10, side 26.*

Konkurrencestyrelsens undersøgelser har desuden vist, at en del af pengeinstitutterne ikke har indrettet deres regnskabssystemer, så de direkte kan opgøre omkostningerne ved drift af Dankortet. Det gælder fortrinsvis de mindre pengeinstitutter. Dette har ikke så stor betydning i dag, hvor det er de samlede omkostninger i sektoren ved driften, der er i fokus. De samlede omkostninger ved driften af Dankortet er således ikke i særlig høj grad påvirket af de mindre pengeinstitutters omkostninger. Fra 2010 er det imidlertid de faktiske udgifter, der er afgørende for gebyret, og inden da bør pengeinstitutternes regnskabssystemer være tilpasset kravene i betalingsmiddelloven. Styrelsen vil følge op på dette forhold overfor pengeinstitutterne.

1.7. UDBREDELSEN AF CHIP-KORT TERMINALER

For at opnå den fulde sikkerhed ved det nye chipbaserede Dankort kræves det, at forretningerne investerer i chipterminaler. Dette skyldes, at det kun er en chipterminal, som kan verificere ægtheden af chippen i Dankortet.

Der er i betalingsmiddelloven ikke fastsat noget krav om, at forretningerne skal indføre chipterminaler inden en bestemt frist. Det er derimod forudsat mellem parterne bag Dankort-forliget, at forretningerne senest i 2010 har installeret chipterminaler.

Forventningerne til udbredelsen af chipterminaler er belyst ved at indhente skøn fra leverandørerne af chipterminaler og fra forretningerne.

Det skønnes, at godt 40 pct. af samtlige ca. 110.000 terminaler vil være udskiftet med chip-terminaler i løbet af 2005. Da andelen af skiftede terminaler er størst i de forretninger, der har mange transaktioner, svarer det til, at ca. 65 pct. af alle transaktioner sker i en chip-terminal inden udgangen af 2005.

De nye chip-kort kan bruges i alle typer terminaler. For forbrugeren gør det ingen økonomisk forskel om brugen af chip-kortet sker i en chip-terminal eller en af de ”gamle” terminaler. Det skyldes, at betalingsmiddellovens bestemmelser om godtgørelser i forbindelse med svindel, ikke afhænger af om chippen er brugt. Derimod får forretningerne ikke fordel af bankernes særlige gunstige garantibestemmelser, før der skiftes til chip-terminaler.

Udbredelsen og brug af chip-terminaler bestemmes af mange forhold. Dels prisen på terminalen, der i øjeblikket ligger på godt 7.500 kr. ekskl. moms, men forventes at falde. Dels afhænger udbredelsen af terminalens evne til at kommunikere med kasseapparater, terminalens telekommunikation og den godkendte software til terminalen. Alle disse forhold er under stadig udvikling og kan begrunde, at ikke alle forrentninger allerede nu har skiftet terminal.

1.8. FORBRUGERNES ADFÆRD

Som led i undersøgelsen har Konkurrencestyrelsen undersøgt, om gebyret for brug af det nye chipbaserede Dankort medfører en ændring i mønsteret for forbrugernes brug af Dankortet i forhold til det hidtil kendte mønster. Denne del af undersøgelsen angår perioden 1. januar 2005 - 1. februar 2005.

Konkurrencestyrelsen har indhentet oplysninger fra Dankort A/S om antal transaktioner dels i perioden 1. januar 2005 - 1. februar 2005 og dels i samme periode i årene 2004 og 2003.

Det kan konstateres, at der har været et fald i det samlede antal transaktioner i perioden 1. januar - 1. februar 2005 i forhold til samme periode året før. Endvidere kan det konstateres, at der har været et beskedent fald i værdien af de samlede transaktioner med Dankort i perioden 1. januar - 1. februar 2005 i forhold til samme periode året før.

Undersøgelsens resultater er behæftet med nogen usikkerhed som følge af det korte tidsinterval og dermed lille erfaringsgrundlag, som undersøgelsen bygger på. Konkurrencestyrelsen finder det derfor ikke muligt at drage konklusioner om, hvordan indførelsen af dankortgebyret på længere sigt vil påvirke forbrugernes anvendelse af Dankortet.

TILTAG EFTER RAPPORTENS OFFENTLIGGØRELSE

Efter offentliggørelsen af Konkurrencestyrelsens dankortundersøgelse har Folketinget ændret betalingsmiddelloven.

Endvidere er sagerne om DHS' og DSK' koordinerende adfærd vedrørende dankortgebyret samt sagen om PBS' BasisPakke afsluttet.

Ændring af dankortloven (betalingsmiddelloven)

Med virkning fra den 1. juli 2005 ændredes betalingsmiddelloven.

Som følge af lovændringen er det ikke længere muligt for pengeinstitutterne at opkræve et dankortgebyr på 50 øre af forretningerne. I lyset af de fordele, indirekte som direkte, forretningerne har af Dankortet, skal forretningerne imidlertid fortsat betale til driften af infrastrukturen bag Dankortet. Dette sker gennem en administrativ fastsat årlig abonnementsordning, der indbetales til pengeinstitutterne via PBS.

Abonnementsordningen er opdelt i intervaller afhængigt af, hvor mange transaktioner den enkelte forretning har i et kalenderår. Intervallerne, der tager særligt hensyn til de mindre forretninger, er fordelt på følgende måde:

- Forretninger med fra 1 til og med 4.999 årlige fysiske transaktioner betaler 500 kr. årligt i abonnement.
- Forretninger med fra 5.000 til og med 19.999 årlige fysiske transaktioner betaler 2.700 kr. årligt i abonnement.
- Forretninger med 20.000 årlige fysiske transaktioner eller derover betaler 10.000 kr. i abonnement.

I 2005 må den samlede sum af abonnementsbetalinger højest udgøre 10/12 af 125 mio. kr. For hvert af årene 2006-2009 må den samlede abonnementssum højest udgøre 125 mio. kr. multipliceret med væksten i antallet af transaktioner (målt i forhold til antallet af transaktioner i 2005).

Beregningen af abonnementsordningen fastsættes også efter 2010 administrativt af økonomi- og erhvervsministeren, men således at beregningen af abonnementet fastsættes ud fra de faktiske omkostninger ved driften af dankortsystemet.

Som følge af lovændringen er det endvidere ikke muligt for forretningerne at opkræve et dankortgebyr af kunderne. Forretningerne kan således ikke længere overvælte dankortomkostningerne (abonnementsbetalingen) på kunderne.

Forretningerne skal i stedet finansiere abonnementsomkostningerne på linje med forretningernes øvrige driftsomkostninger, dvs. gennem forretningernes almindelige prisfastsættelse.

Koordination mellem forretningerne om dankortgebyret

Konkurrencerådet traf den 25. maj 2005 afgørelse i sagen om DSK' koordinerende adfærd vedrørende dankortgebyret.

Konkurrencerådet fandt, at DSK' tilkendegivelser til organisationens medlemmer i medlemsblade, skrivelser mv. om at opkræve et dankortgebyr på 50 øre udgjorde en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder i strid med konkurrenceloven.

DSK' tilkendegivelser var udtryk for en harmonisering af medlemmernes egen motivation til at overvælte dankortgebyret på kunderne. Tilkendegivelserne

havde bl.a. som følge, at medlemmerne opkrævede det maksimale dankortgebyr i stedet for at konkurrere på dankortgebyret.

Konkurrencerådet fandt endvidere, at DSK' udsendelse af en mærkat med angivelse af, at medlemmerne opkrævede 50 øre i dankortgebyr over for kunderne, i sammenhæng med de øvrige tilkendegivelser fra DSK udgjorde en overtrædelse af konkurrenceloven.

Efter en nærmere vurdering af DHS' tilkendegivelser vedrørende dankortgebyret traf Konkurrencestyrelsen afgørelse i sagen om DHS' adfærd uden at forelægge sagen for Konkurrencerådet.

Konkurrencestyrelsen fandt, at DHS' udtagelser ikke udgjorde en vedtagelse, som havde til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Konkurrencestyrelsen lagde bl.a. vægt på, at DHS kun i et enkelt tilfælde havde rettet en betænkelig henvendelse til organisationens medlemmer om dankortgebyret. Henvendelsen indeholdt ikke en opfordring til medlemmerne om at koordinere dankortgebyret. Henvendelsen måtte derimod forstås som en oplysning til medlemmerne om, hvordan DHS ville stille sig ved den revision af 50-øre dankortgebyret, som regeringen og oppositionen havde varslet under Folketings-valgkampen.

Konkurrencestyrelsen fandt endvidere ikke, at DHS' udsendelse af en 50-øre mærkat begrænsede konkurrencen. Dette skyldtes bl.a., at DHS havde oplyst medlemmerne om, at de kunne få udstedt en anden mærkat, såfremt medlemmerne ønskede at opkræve et mindre beløb end 50 øre.

Koordination mellem bankerne om dankortgebyret

Konkurrencerådet traf den 22. juni 2005 afgørelse i sagen om PBS' BasisPakke.

PBS' BasisPakke var et IT-program, der kunne håndtere bankernes opkrævning af dankortgebyret hos forretningerne. I standardopsætningen til BasisPakken var dankortgebyret i et enkelt tilfælde på forhånd fastsat til 50 øre. Det stod dog i princippet fortsat de enkelte pengeinstitutter frit for at fastsætte gebyrets størrelse.

Konkurrencerådet udtalte, at det er betænkeligt, hvis en branche anvender det samme computerprogram til f.eks. beregning af priser. Det skyldes, at sådanne programmer kan være med til at hæmme konkurrencen mellem branchens aktører.

Konkurrencerådet fandt imidlertid efter en konkret vurdering, at PBS' BasisPakken ikke indeholdt konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrenceloven. Konkurrencerådet vurderede således, at det på forhånd fastsatte gebyr på 50 øre i BasisPakken ikke kunne antages at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet henviste bl.a. til, at standardopsætningen kun i ét ud af 5 tilfælde indeholdt et på forhånd fastsat gebyr, at det var meget nemt for det enkelte pengeinstitut at ændre standardopsætningen, og at flere af pengeinstitutterne havde været inde og ændre i standardopsætningens øvrige vilkår end størrelsen af dankortgebyret.

Rapport om frivillige kæder

Kapitlet er en sammenfatning af Konkurrencestyrelsens rapport om frivillige kæder som styrelsen offentliggjorde i maj 2005. Sammenfatningen indeholder de vigtigste konklusioner fra den oprindelige rapport. Henvisningerne i kapitlet er til rapporten, som kan findes på http://www.ks.dk/publikationer/konkurrence/2005/. Kapitlet afsluttes af med en kort opsummering af, hvad der er sket på området siden rapporten udkom i maj.

2.1 INDLEDNING

De frivillige kæder[1] og deres brancheorganisationer fremsatte i 2004 ønske til økonomi- og erhvervsministeren om at få ændret reglerne for kædesamarbejde.

Baggrunden for ønsket er, at de frivillige kæder i de seneste år har følt, at de gældende regler er for uklare og lægger for stramme bånd på deres handlefrihed, hvilket svækker de frivillige kæders mulighed for at klare sig i konkurrencen med kapitalkæderne.

Som reaktion på henvendelsen bad økonomi- og erhvervsministeren Konkurrencestyrelsen om at analysere de frivillige kæders konkurrenceforhold og at komme med anbefalinger til, hvordan de rejste problemstillinger mest hensigtsmæssigt kan løses.

I kapitel 1.2 sammenfattes de overvejelser, som Konkurrencestyrelsen har haft omkring to løsningsmodeller, og som er mundet ud i, at styrelsen anbefaler en regelforenkling gennem ophævelse af gruppefritagelsen for horisontale aftaler mv. om kædesamarbejde i detailhandelen.

I kapitel 1.3 er kort beskrevet, hvad en ophævelse af kædegruppefritagelsen vil betyde for de enkelte problemområder, som kæderne og organisationerne har peget på.

1 *Herunder også Coop Danmark, der organisatorisk udgør en blanding af en kapitalkæde og en frivillig/kooperativ kæde.*

2.2. LØSNINGSMODELLER

2.2.1. Koncernmodellen

Ét af de forslag, som brancheorganisationen Dansk Handel & Service (DHS) har fremsat, er at udvide koncernbegrebet til at omfatte frivillige kæder – forudsat at der er tale om kæder med høj grad af styring og forpligtende samarbejde.

En sådan model vil betyde, at kædens aftaler er koncerninterne og dermed undtaget fra forbudet i konkurrencelovens § 6.

Konkurrencestyrelsen har ikke fundet, at denne løsning er hensigtsmæssig.

Dette skyldes bl.a.,

- at en tilladelse til, at virksomheder frit kan aftale hvad som helst med henvisning til, at de er medlem af et forpligtende kædesamarbejde, vil være umulig at afgrænse, således at man ikke samtidig giver grønt lys for ulovligt kartelsamarbejde,
- at en udvidelse af koncernbegrebet vil give problemer i forhold til EU's konkurrenceregler, og det vil reelt betyde, at de frivillige kæder får et nyt problem – nemlig at de løbende skal forholde sig til, om deres adfærd kan påvirke samhandelen mellem EU-landene,
- at større, landsdækkende og/eller grænseoverskridende kæder i øvrigt ofte vil kunne påvirke samhandelen mellem EU-landene, hvorfor deres adfærd under alle omstændigheder skal behandles efter EU-reglerne, og de vil derfor ikke kunne nyde godt af et udvidet koncernbegreb, og
- at et medlem af en frivillig kæde (i modsætning til en kapitalkædes butiksbestyrer) selv bærer den økonomiske risiko ved forretningens drift. En selvstændig erhvervsdrivende med det økonomiske ansvar må derfor også have en vis frihed – fx med hensyn til prisfastsættelse, varesortiment og markedsføring – til at optimere sin virksomheds drift.

For en nærmere gennemgang af koncernmodellen henvises til kapitel 4.1.

2.2.2. Regelforenklingsmodellen

Som alternativ til at udvide koncernbegrebet har både DHS og HTS peget på, at reglerne for kædesamarbejde bør være mindre restriktive og til gengæld mere entydige og enkle, så kæderne slipper for at skulle bruge en masse tid på regelfortolkning.

Herudover har bl.a. Håndværksrådet argumenteret for en regelændring, så alle kæder behandles ens, uanset om de beskæftiger sig med salg af varer eller salg af tjenesteydelser.

Kædegruppefritagelsen gælder således kun for detailhandelskæder, hvilket bl.a. har skabt en del usikkerhed hos erhverv, der både beskæftiger sig med tjenesteydelser og salg af varer (fx autoreparatører, der også sælger reservedele, og frisører, der også sælger hårplejeprodukter).

I dag er de frivillige detailhandelskæder med en andel på under 25 % af kædens *forretningsområde* omfattet af en særlig dansk gruppefritagelse for *horisontale* aftaler mv. om kædesamarbejde i detailhandelen[2]. Desuden er disse kæder omfattet af gruppefritagelsen for *vertikale* aftaler mv.[3], forudsat at tærskelværdien på 30 % af det *relevante marked* er opfyldt, og intet kædemedlem har en samlet årsomsætning over 50 mio. EUR.

Dette har i sig selv givet anledning til problemer, fordi kæderne dermed er nødt til at forholde sig til, hvilket af de to regelsæt der kan anvendes på forskellige aftaleforhold.

2.2.2.1. Ændring af kædegruppefritagelsen

Formålet med at have en kædegruppefritagelse, der alene gælder horisontale aftaler, var at afhjælpe eventuelle fortolkningsproblemer, når kæderne skulle sondre mellem, hvad de lovligt kan aftale horisontalt, og hvad der lovligt kan aftales vertikalt. Men det må konstateres, at kædegruppefritagelsen – i modstrid med intentionerne – har skabt større usikkerhed end sikkerhed omkring de rammer, som kæderne lovligt kan agere indenfor.

Konkurrencestyrelsen har derfor overvejet, om kædegruppefritagelsen vil kunne ændres og udformes på en sådan måde, at den imødekommer ønsket om mindre restriktive og mere enkle og klare regler, der gælder alle frivillige kæder (dvs. også kæder inden for serviceerhvervene). Konklusionen er imidlertid, at det næppe kan lade sig gøre.

Det skal bl.a. ses i lyset af, at en gruppefritagelse, der som kædegruppefritagelsen skal dække forskellige typer samarbejdsaftaler og meget varierende mar-

2 *Bekendtgørelse nr. 352 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for horisontale aftaler mv. om kædesamarbejde i detailhandelen.*

3 *Bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis samt Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.*

4 *Jf. Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler (2001/C 3/02), punkt 7.*

kedsforhold, nødvendigvis må udformes temmelig restriktivt, således at man "sortlister" aftalevilkår, der ikke i alle tilfælde vil kunne fritages individuelt. Det bør i den forbindelse nævnes, at Kommissionen har opgivet at udstede en gruppefritagelse for horisontale samarbejdsaftaler med henvisning til de forskellige typer og kombinationer af samarbejdsaftaler, der findes, og de varierende markedsforhold, de anvendes under.[4]

Dertil kommer, at gruppefritagelsens "hvidlistede" bestemmelser, der bl.a. tilsigtede at give kæderne vejledning om, hvad de lovligt kan aftale, i stedet har skabt usikkerhed hos kæderne om lovligheden af deres aftaler. Fx har nogle kæder – for at være på den sikre side – ment, at de skulle undgå ethvert vilkår, som ikke udtrykkeligt er nævnt, selv om der måske har været tale om vilkår, der slet ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6.

En revideret kædegruppefritagelse vil derfor betyde, at de "hvidlistede" bestemmelser (lovlige aftalevilkår) må fjernes, da det ikke er muligt på en enkel og entydig måde at opliste alle tænkelige vilkår, som en kæde lovligt kan aftale,

- at de "sortlistede" bestemmelser (ulovlige aftalevilkår) må fastsættes ud fra den "højeste fællesnævner", dvs. meget restriktivt,
- at mange kæder dermed fortsat risikerer at blive ramt af mere restriktive regler end nødvendigt,
- at man ikke opnår den efterlyste forenkling og klarhed i reglerne, da kæderne fortsat vil skulle sondre mellem særregler for horisontale kædeaftaler og særreglerne for kæders vertikale aftaler.

2.2.2.2. Ophævelse af kædegruppefritagelsen

Efter en analyse af de specifikke problemer, som de frivillige kæder og deres organisationer har peget på, finder styrelsen, at kædegruppefritagelsen er mere hæmmende end fremmende for de frivillige kæders udfoldelsesmuligheder, og at en ophævelse af kædegruppefritagelsen ikke vil stille kæderne ringere, men tværtimod på flere punkter vil give dem den større handlefrihed, der efterlyses (jf. gennemgangen under kapitel 1.3 og 4.3).

Ved en ophævelse af gruppefritagelsen vil kædernes horisontale aftaler – dvs. de forpligtelser, som kædemedlemmerne indbyrdes pålægger hinanden – være omfattet af de almindelige konkurrenceregler, og det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at man derved opnår en række fordele. Det kan i den forbindelse nævnes, at der ikke i praksis er fundet eksempler på, at kæderne har haft en særlig fordel ved at kunne påberåbe sig kædegruppefritagelsen, som de ikke har haft ved en individuel vurdering – nærmest tværtimod.

I stedet vil der kunne udarbejdes en vejledning, som indeholder de principper, der er beskrevet i kapitel 1.3, og som giver kæderne hjælp til at udforme kædesamarbejdet på en måde, så de ikke kommer i konflikt med konkurrencereglerne.

I den forbindelse har styrelsen også lagt vægt på, at en individuel fritagelse fra forbudet i konkurrenceloven ikke længere kræver anmeldelse af aftalen, og at det gennem Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets praksis i de seneste år er afklaret, at en række aftalevilkår ikke er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6.

I de første år efter konkurrencelovens og kædegruppefritagelsens ikrafttræden viser en gennemgang af praksis, at konkurrencemyndighederne nok har haft en tendens til pr. automatik at anse aftalevilkår for ulovlige, hvis de ikke udtrykkeligt var nævnt som et acceptabelt vilkår i gruppefritagelsen. Denne tendens har i de senere år taget en anden retning.

Fx kan nævnes, at mange af de forpligtelser, der aftales i kæderegi, alene har virkning for de parter, der har indgået aftalen, og i dag vil sådanne forpligtelser kun undtagelsesvist blive anset for at have nogen mærkbar påvirkning af konkurrencen på markedet.

Med andre ord kan man sige, at frivillige kæders aftaler om optagelse og udtræden af kæden, butiksplacering, butikskoncept, deltagelse i fælles markedsføring og loyalitetsforpligtelser påvirker kædens interne relationer, og at sådanne aftaler alene vil have konkurrenceretlig interesse, hvis de herudover påvirker konkurrencen på de relevante indkøbs- eller afsætningsmarkeder, herunder skader forbrugernes valgmuligheder. Skulle sådanne indbyrdes forpligtelser volde problemer, vil de typisk skulle løses via det forenings- eller aftaleretlige system.

Indgangsvinklen for den konkurrenceretlige bedømmelse vil derfor være, at kæderne lovligt kan indgå sådanne interne aftaler, som ikke har mærkbare virkninger for andre end kæden og dens medlemmer, og skulle det i enkelte konkrete sager vise sig, at visse aftalevilkår alligevel medfører en negativ markedspåvirkning, vil der som udgangspunkt blive tale om et indgreb i form af påbud eller bindende tilsagn fra kæden om at ophæve eller ændre de omhandlede vilkår.

Kæderne vil også fortsat kunne nyde godt af gruppefritagelsen til vertikale aftaler, der omfatter alle aftaler, som indgås mellem kædemedlemmer og kædeselskab eller mellem kædeselskab og leverandører om betingelserne for køb, salg og videresalg af varer. I nogle tilfælde kan vilkår være forbudt, hvis de aftales horisontalt, mens de samme vilkår uhindret vil kunne aftales verti-

kalt. En kæde kan derfor opnå flere muligheder for styring ved at organisere sig, så det i højere grad er kædeselskabet – og ikke de enkelte medlemmer – der fastlægger og håndhæver kravene.

En ophævelse af kædegruppefritagelsen vil betyde,

- at fokus for vurderingen af kædeaftaler flyttes fra de enkelte aftalevilkår til spørgsmålet om mærkbar påvirkning af konkurrencen, baseret på de enkelte kæders faktiske markedsforhold,
- at man fjerner risikoen for, at restriktive bestemmelser rammer for bredt – enten ved at kæderne selv eller konkurrencemyndighederne anvender gruppefritagelsen lidt for mekanisk,
- at reglerne bliver enklere, da kæderne ikke i samme grad skal forholde sig til forskellige regelsæt, herunder forskellige kriterier for beregning af markedsandele,
- at kæderne ikke behøver at forholde sig til, om aftalerne skal vurderes efter danske eller EU-regler,
- at der sker en deregulering ved at fjerne et regelsæt, der i bedste fald har vist sig overflødigt,
- at man opnår en ensartet behandling af de frivillige kæder, uanset hvilke fag, brancher eller sektorer de tilhører, og uanset om der er tale om en ”ren” frivillig kæde eller om en ”blandet kæde” (det vil sige selvstændige detailhandlere, der – fx på franchisebasis – er tilknyttet en kapitalkæde),
- at der i stedet udarbejdes en vejledning om kædernes rammebetingelser.

Det er dog vigtigt at bemærke, at analysen har taget udgangspunkt i en vurdering efter konkurrencelovens § 6 af de kæder, der i dag er omfattet af kædegruppefritagelsen. Det betyder, at der efter lovens § 11 vil kunne gribes ind over for kæder, der indtager en dominerende stilling på markedet, i det omfang sådanne kæder misbruger deres dominerende stilling.

Konkurrencestyrelsens generelle overvejelser omkring regelforenklingsmodellen er beskrevet i kapitel 2.3 og kapitel 4.2.

2.3. FORVENTEDE KONSEKVENSER AF AT OPHÆVE GRUPPEFRITAGELSEN

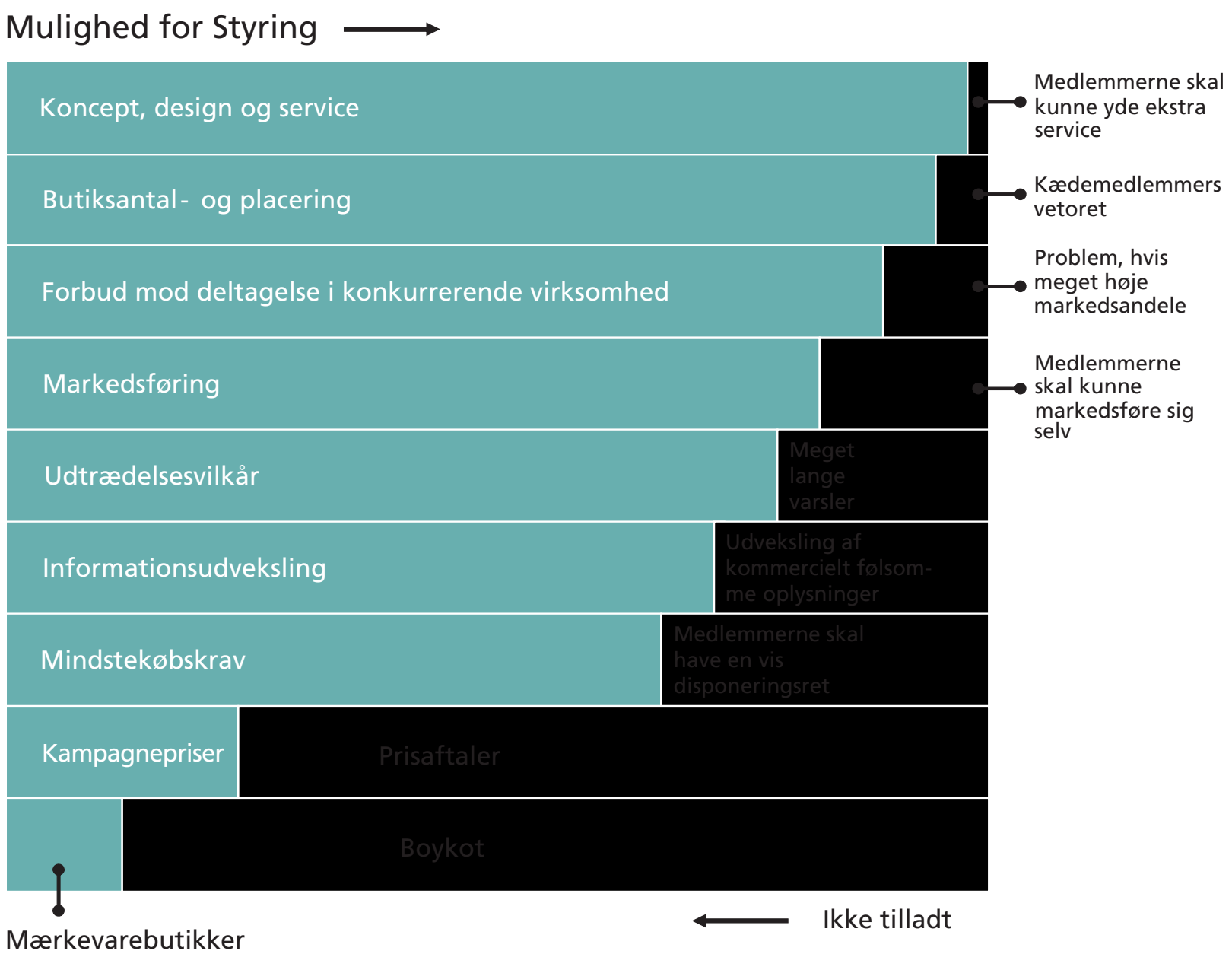
I forbindelse med Konkurrencestyrelsens afdækning af de frivillige kæders konkurrencemuligheder har kæderne og deres organisationer fremhævet en række primære problemområder, hvor der efterlyses større mulighed for at agere frit.

Det drejer sig om,

- Frihed til at fastlægge bindende kædeelementer omkring fælles koncept, design og service,
- Frihed til at styre butikkernes antal og placering,
- Frihed til at pålægge loyalitetsforpligtelser (dvs. forbud mod at deltage i konkurrerende virksomhed),
- Frihed til at stille krav til medlemmernes markedsføring,
- Frihed til at fastlægge udtrædelsesvarsler af en vis varighed og andre vilkår for udtræden af kæden
- Frihed til at kræve indberetning af data om kædebutikkernes drift
- Frihed til at stille krav til sortiment og mindstekøb
- Frihed til at styre butikkernes priser
- Frihed til at stille krav om boykot af leverandører

I punkt 1.3.1-1.3.7 gennemgås kort, hvilke muligheder/frihedsgrader, kæderne vil have, hvis man ophæver gruppefritagelsen, og hvis konkurrencemyndighederne samtidig anlægger en mere effektbaseret vurdering af de enkelte elementer i et kædekoncept. En uddybende beskrivelse og vurdering findes i kapitel 4.3.

Med nedenstående figur er det søgt illustreret, hvor frie muligheder kæderne fremover vil have til at indgå forpligtende aftaler om kædens drift.



2.3.1. Styring af koncept, design og service

Muligheder efter gældende regler

- Frihed til (inden for visse rammer) at aftale og anvende fælles butikskoncept, herunder ensartet vareeksponering

Tilladelsen til, at kædemedlemmerne forpligter hinanden til at anvende fælles butikskoncept, til at eksponere varerne på en bestemt måde osv. begrænses dog i praksis af, at kædegruppefritagelsen oplister, hvad et butikskoncept kan indeholde. Dette har vist sig at lægge en vis, om end utilsigtet begrænsning i kædernes udfoldelsesmuligheder.

Fremtidige muligheder, når kædegruppefritagelsen ophæves

- Frihed til at aftale og anvende fælles butikskoncept, herunder ensartet vareeksponering

Fælles og ensartede koncepter indgår som hovedbestanddele i næsten alle kædesamarbejder. Dette gør dem i stand til at fremtræde ensartet over for forbrugerne og til at styrke deres forhandlingsposition over for leverandørerne – og dermed deres konkurrenceevne på markedet.

Med ophævelse af gruppefritagelsen vil kæderne få et forenklet og klarere regelgrundlag at forholde sig til.

Det skyldes bl.a., at man fjerner kædernes usikkerhed om, hvorvidt de bevæger sig på lovlig grund, hvis de inddrager andre elementer i deres koncept end dem, der udtrykkeligt er nævnt i kædegruppefritagelsens oplistning. Fx er anvendelse af ens edb-systemer ikke nævnt som et tilladt element, og det er i sagens natur ikke muligt at lave en liste over alle tænkelige aftaleelementer, som ikke er i strid med loven.

Kæderne kan frit aftale, hvilke krav der skal stilles til kædebutikkernes koncept, design, og service. Sådanne aftaler indgår som et naturligt led i kædens vedtægter og konceptmanualer og kan indeholde endog meget detaljerede krav til butiksindretning, butiksfacade, personalepolitik, serviceniveau mv.

Omkring *butiksindretning* kan kæderne fx aftale hvordan gulvbelægningen skal være, hvilket møbeldesign og -fabrikat der skal bruges, hvordan reoler, udstillingsmontrer osv. skal placeres, hvordan belysningen skal være, hvordan varerne skal præsenteres og udstilles, hvordan de skal være placeret i forhold til hinanden, hvilket indpakningspapir der skal bruges osv.

Krav til *butiksfacaden* kan fx gå ud på, hvor stort vinduesarealet skal være, hvordan adgangsfaciliteterne skal være (fx om der skal være handicapvenlig adgang til butikken), hvilke skilte der skal anvendes (materiale, form, farve, placering osv.), hvordan kædens logo og navn skal præsenteres, om kædenavn må suppleres med eget navn, og hvis det er tilfælde, hvor meget det må fylde i forhold til kædenavn og –logo osv.

Kæderne kan også aftale rammerne for deltagernes *personalepolitik*, fx hvilke krav der skal stilles til personalets uddannelse og erfaring, hvilke kurser og træning personalet skal gennemføre, hvilke krav der skal stilles til elevuddannelse, hvordan personalets påklædning skal være osv.

Med hensyn til *serviceniveau* kan kæderne fx aftale, hvilke bytteregler der skal være (fx ombytning, pengene tilbage, tilgodebevis o.lign.), om der skal tilbydes gavekort, om der skal tilbydes gaveindpakning, om der skal tilbydes levering eller forsendelse af varerne, hvordan kundebetjeningen og kunderådgivningen skal være, om garantiniveauet skal være højere, end lovgivningen kræver, hvordan evt. reparationsservice skal tilrettelægges, hvilke kort- og betalingsordninger butikken skal være tilsluttet, hvilke åbningstider kæden skal have, evt. etiske regler for, hvordan produkterne skal være fremstillet osv.

Herudover kan kæderne aftale, at alle butikker skal anvende ens edb-system, der gør det muligt at afgive ordrer og udveksle data ad elektronisk vej, jf. afsnittet om informationsudveksling (under punkt 1.3.5).

Kæderne kan dog ikke forbyde et medlem at yde sine kunder en ekstra service, blot fordi den ikke er nedskrevet i kædens vedtægter og konceptmanualer.

2.3.2. Styring af butiksplacering og optagelse af nye medlemmer

Muligheder efter gældende regler

- Begrænset mulighed for at en kæde kan nægte at optage nye medlemmer
- Forbud mod at en kæde fastsætter antal og placering af kædebutikker

Ovennævnte hovedregler kan fraviges, men kun hvis det kan begrundes ud fra ”saglige og ikke-diskriminerende” kriterier, der praktiseres ensartet over for alle. I praksis har denne undtagelse vist sig vanskelig at håndtere for kæderne.

Fremtidige muligheder, når kædegruppefritagelsen ophæves

- Frihed for kæden til at bestemme antallet af kædebutikker og deres beliggenhed, herunder til at nægte optagelse af nye kædemedlemmer.

Ét af formålene med at indgå i et kædesamarbejde er at blive opfattet som én kommerciel enhed, der opererer på markedet i konkurrence med andre kæder og uafhængige butikker. Fx vil forbrugerne typisk forvente at finde et nogenlunde ensartet udvalg i kædebutikkerne og et relativt homogent pris- og serviceniveau i de forskellige butikker, der er medlem af en kæde. Kæderne ønsker i denne sammenhæng at have frihed til at optimere antallet af kædebutikker og deres placering.
En frivillig kæde kan opstille betingelser om, hvor mange butikker, der skal være i kæden, og hvor de skal placeres.

Eksempler på kriterier, som kæderne kan stille, er bl.a.:
- om kundegrundlaget i området skønnes tilstrækkeligt til at etablere en ny butik,
- om området allerede dækkes effektivt af en eller flere eksisterende kædebutikker,
- om beliggenheden lever op til kædens kvalitative krav (fx at butikkerne skal ligge ud til et hovedstrøg, at der skal være et vinduesareal af en vis størrelse o.lign.)
- om lokalet lever op til kædens krav om størrelse, indretning, teknisk udstyr mv.

Det er ikke noget retskrav at blive optaget som medlem af en kæde, og en frivillig kæde kan nægte at optage nye medlemmer, herunder bestemme, at kæden selv eller eksisterende medlemmer har fortrinsret til at eje/drive de nye kædebutikker, som kæden tillader oprettet.

Sådanne bestemmelser vil sjældent blive anset for at udgøre et mærkbart konkurrencemæssigt problem – især ikke hvis det er overladt til kædeselskabet at træffe afgørelsen om, hvorvidt kundegrundlaget i et bestemt område er tilstrækkeligt til rentabel drift af en ny butik, om beliggenheden er den bedst egnede osv.

Derimod vil kædebeslutninger, som alene har til formål at beskytte et konkret medlem imod konkurrence - fx ved at give medlemmerne vetoret mod nyetableringer i ”deres område” - indebære et konkurrencemæssigt problem, fordi det bl.a. giver ineffektive virksomheder mulighed for at udelukke konkurrence fra mere innovative og effektive virksomheder. Dette gælder dog ikke, hvis kæden alene har en ubetydelig markedsstyrke under 5 %.

Indgreb vil kunne komme på tale, hvis en dominerende, frivillig kæde har en sådan markedsstyrke, at medlemskab af den pågældende kæde er af væsentlig betydning for at kunne drive forretning i en given branche i et givet område. I en sådan vurdering skal der tages hensyn til såvel aktuelle som potentielle konkurrenter, herunder kapitalkæder.

2.3.3. Loyalitetsforpligtelser og udtrædelsesvilkår

Muligheder efter gældende regler

- Frihed til at nægte deltagelse i konkurrerende kæder
- Forbud mod at nægte deltagelse i anden form for konkurrerende virksomhed
- Forbud mod udtrædelsesvarsler, der overstiger 6 måneder (til et kalenderårs udgang)

Fremtidige muligheder, når kædegruppefritagelsen ophæves

- Frihed til at nægte deltagelse i konkurrerende kæder
- Frihed til at nægte deltagelse i anden form for konkurrerende virksomhed
- Mulighed for længere opsigelsesvarsler og andre vilkår ved udtræden

En vigtig årsag til at indgå i et kædesamarbejde er de stordriftsfordele og den større effektivitet, der er forbundet med fælles indkøb, og det ville alt andet lige være vanskeligt at nå dette mål, hvis kædemedlemmerne fx fordelte deres interesser i forskellige, konkurrerende indkøbskæder.

Kæderne kan derfor stille krav om, at medlemmerne ikke samtidig deltager i konkurrerende kædesamarbejder.

Det kan imidlertid også være afgørende for en kæde at kunne sikre sig, at væsentlige og fortrolige oplysninger om knowhow, kædens planer for tilbudskampagner, varesortiment, markedsføringstiltag osv. kun anvendes til kædens egne formål, og ikke til at forbedre driften i virksomheder, der konkurrerer med kæden.

For at undgå "interessekonflikter" kan en kæde derfor opstille relativt strenge krav til medlemmernes loyalitet over for kæden i form af forbud mod, at medlemmerne deltager i nogen som helst form for konkurrerende virksomhed, så længe de er medlem af kæden.

Herudover kan kæderne fastsætte et varsel for udtræden af kæden, der er tilstrækkeligt langt til at sikre kædens investeringer i fælles infrastruktur, sam-

handelsaftaler med leverandørerne (der typisk indgås for et år ad gangen), opretholdelse af en effektiv distribution osv.

Det er ikke muligt at angive en nøjagtig periode, som i alle tilfælde vil være konkurrenceretligt holdbar. Men som en slags tommelfingerregel kan siges, at opsigelsesvarsler på 12 måneder (evt. til udgangen af et kalenderår) vil være uproblematiske i konkurrencemæssig henseende, og er der tale om ikke-dominerende kæder, vil også længere varsler på op til 2 år kunne accepteres.

Kæderne kan også aftale, at medlemmers indskud og andre tilgodehavender, så som indestående i reservefonde o.lign. ikke udbetales på én gang samtidig med udtræden af kæden, men udbetales over en vis periode, fx op til 5 år.

Opsigelsesvarsler og økonomiske vilkår kan være af betydning for kædens kreditværdighed, og for at kæden fortsat kan matche leverandører og konkurrerende kæders økonomiske styrke og dermed kontrahere på konkurrencedygtige vilkår.

Anvender en kæde både loyalitetsforpligtelse, opsigelsesvarsel af en vis varighed samt økonomiske vilkår for udtræden, skal man være opmærksom på, at det er vilkårenes samlede effekt for konkurrencen på markedet, som skal tages i betragtning.

Det betyder, at der kan være undtagelsestilfælde, fx hvis en kæde med en stor styrke på både indkøbs- og afsætningsmarkedet kombinerer et forbud mod at deltage i konkurrerende virksomhed med et meget langt opsigelsesvarsel og/eller meget langvarige, økonomiske bindinger. Det skyldes, at en kæde dermed kan hindre en effektiv udvikling af markedsstrukturen ved i en meget lang periode at afskære deltagerne fra at optræde som konkurrerende virksomheder på markedet.

2.3.4. Styring af markedsføringstiltag

Muligheder efter gældende regler

- Frihed til at aftale fælles regler for annoncering
- Forbud mod at hindre det enkelte medlem i at markedsføre sig selv

Fremtidige muligheder, når gruppefritagelsen ophæves

- Frihed til at aftale fælles regler for annoncering,
- Forbud mod at hindre det enkelte medlem i at markedsføre sig selv

Ud over indkøbssamarbejde er markedsføringssamarbejde én af hjørnestenene i en frivillig kæde, bl.a. på grund af de stordriftsfordele, der er forbundet med fælles markedsføring. Kædebutikkerne har en interesse i at fremstå ensartet over for forbrugerne, og i så henseende er fælles markedsføring et væsentligt instrument.

Kæderne kan aftale fælles markedsføringsstrategier, dvs. de nærmere detaljer for, hvordan kæden, kædens butikker og kædens produkter skal profileres over for forbrugerne i reklamer og annoncer.

Kæderne kan fx aftale, hvilke medier der skal bruges, dvs. om de fælles reklameaktiviteter skal ske via aviser, ugeblade, magasiner, radio, tv, internet, skiltning på offentlige steder, egen reklameavis osv.

Kæderne kan også aftale, hvilke krav der skal være til layout, grafisk design, logo, annoncestørrelse, hyppighed, udvalg og sammensætning af annoncerede produkter osv.

Desuden kan kæderne aftale, at alle medlemmer er forpligtet til at deltage i de fælles reklameaktiviteter og til at overholde aftalte krav, når de selv står for annonceringen.

I de frivillige kæder er det de enkelte medlemmer selv, der bærer det økonomiske ansvar for deres forretnings drift, og det bør derfor også være muligt for medlemmerne at supplere kædens markedsføring, fx med egne annoncer i den lokale avis eller ved at udsende reklamer i lokalområdet.

Det vil derfor ikke være tilladt, at en kæde forhindrer de enkelte medlemmer af kæden i at annoncere for deres egen forretning, fx for at møde konkurrencen på lokalt plan. Dette skyldes, at begrænsning af en virksomheds adgang til at markedsføre sig gennem reklamer, annoncering i medierne, via internettet mv., er det samme som at begrænse virksomhedens mulighed for passivt salg. En sådan begrænsning er egnet til at påvirke konkurrencen på markedet og kan kun fritages, hvis der er meget vægtige grunde til at gøre det.

Men som nævnt er der til gengæld ikke er noget til hinder for, at en kæde stiller helt bestemte krav til annonceringens udformning, som medlemmerne også skal overholde, når de selv annoncerer.

Dertil kommer, at leverandører og detailhandlerne har en fælles interesse i at fremme salget af varerne. Derfor indgår netop betingelser om særlig eksponering og markedsføring af varer (fx i forbindelse med kampagner) ofte som et naturligt led i kædens aftaler med leverandørerne.

2.3.5. Informationsudveksling

Muligheder efter gældende regler

- Frihed til at udveksle oplysninger om samlede nøgletal
- Forbud mod at udveksle kommercielt følsomme oplysninger

Fremtidige muligheder, når kædegruppefritagelsen ophæves

- Frihed til at indberette forretningsmæssige oplysninger til kædeselskabet,
- Frihed til at udveksle oplysninger om samlede nøgletal,
- Forbud mod at kædemedlemmerne udveksler kommercielt følsomme oplysninger

Langt de fleste frivillige kæder har oprettet et kædeselskab, der varetager kædens daglige drift og bistår medlemmerne med rådgivning og vejledning omkring driften af deres butikker. Kæderne har derfor behov for at kunne udveksle de data, der er nødvendige, for at kædeselskabet kan træffe de rette beslutninger og dermed optimere kædens konkurrenceevne.

Kæderne kan derfor stille krav om, at medlemmerne skal indberette data til kædeselskabet, herunder at medlemmerne skal være tilsluttet kædens edb-system, så kommunikationen kan foregå elektronisk. Det afgørende i så henseende er, hvad sådanne data skal eller kan anvendes til.

Hvis oplysningerne alene kan bruges til positive og effektivitetsfremmende formål, fx til at sikre en effektiv og rationel styring af lager, indkøb og levering af varer, eller til at optimere butikkernes drift via information om, hvilke varer der på givne tidspunkter sælger bedst, er der ingen konkurrenceproblemer.

Det vil også være uproblematisk, at et kædeselskab anvender kædens edb-system til fx at overføre filer med vejledende priser til forhandlerne, når blot de uden besvær kan ændre de priser, der ligger i filerne.

Men hvis en kæde fx stiller krav om indberetning af detaljerede, kommercielt følsomme oplysninger fra de enkelte medlemmer om deres priser, rabatter og avancer, eller hvis kæden kræver, at medlemmerne nøje angiver, hvilke produkter der sælges, vil vurderingen af, om informationsudvekslingen er lovlig, afhænge af, at oplysningerne ikke misbruges til konkurrencebegrænsende formål, fx som dække over en ulovlig aftale om bindende videresalgspriser eller boykot.

Herudover kan kæderne aftale, at de oplysninger, der indberettes til kædeselskabet, videregives på aggregeret niveau til de øvrige medlemmer, fx til brug

for medlemmernes egen vurdering af, om de matcher de resultater, der opnås ved kædens forskellige aktiviteter. Det kan eksempelvis være det samlede resultat af gennemførte reklamekampagner.

Kæderne kan også stille krav om, at medlemmerne deltager i særlige erfagrupper, projektgrupper, kædeudvalg eller lignende, der gennem udveksling af erfaringer og rådgivning bidrager til kædens beslutninger om fx sortiment, indkøb, tilbudskampagner osv.

Men også i den forbindelse må kæderne være opmærksom på, hvilken type oplysninger der udveksles, hvad der drøftes, og i hvilken form oplysningerne videregives. Hvis videreformidlingen sker i form af samlede data, der ikke afslører hvert enkelt medlems forretningsmæssige adfærd, vil der normalt ikke opstå konkurrenceproblemer, mens fx udveksling mellem medlemmerne af individualiserede oplysninger om priser og avancer mv. uden videre er i strid med konkurrencelovens § 6.

2.3.6. Købsbindinger

Muligheder efter gældende regler

- Frihed til at stille krav til sortiment, som skal findes i alle kædebutikker
- Forbud mod at stille mindstekøbskrav som forudsætning for at deltage i kædesamarbejdet
- Forbud mod fælles boykot af leverandører

Fremtidige muligheder, når kædegruppefritagelsen ophæves

- Frihed til at stille krav til sortiment, som skal findes i alle kædebutikker
- Gode muligheder for at stille mindstekøbskrav
- Frihed til at stille krav om mindstekøb af kampagnevarer
- Forbud mod fælles boykot af leverandører

Stordriftsfordelene ved fælles indkøb er ét af de absolutte hovedformål med, at detailhandlere slutter sig sammen i kæder, og med mindre der er tale om kæder med en betydelig styrke på indkøbs- og afsætningsmarkedet, vil sådanne aftaler normalt have en effektivitets- og konkurrencefremmende karakter.

Kæderne kan frit aftale, hvilket grundsortiment alle butikker skal føre. Det vil sige, at de kan lægge den overordnede strategi for, hvilke varegrupper og konkrete fabrikater kunderne til enhver tid skal kunne finde i samtlige kædebutikker.

Kæderne kan i den forbindelse kræve, at medlemmerne holder sig inden for en given produktsammensætning, der svarer til det aftalte kædekoncept. Fx kan en kæde aftale, at sortimentet skal udgøres af eksklusive mærkevarer, og det vil i så fald være uproblematisk at forbyde salg af produkter, der ikke lever op til sortimentets eksklusive karakter. Det vil fx heller ikke være noget problem, at forbyde salg af traditionelt fremstillede produkter, hvis kædekonceptet er baseret på økologi.

Herudover kan kæden aftale, at man ønsker at fremstå som egentlige "mærkevarebutikker" – dvs. at kædeselskabet skal søge at indgå aftaler om mærkeeksklusivitet med leverandørerne af de fabrikater, som kæden har bestemt sig for at føre.

Kæderne kan også fastsætte krav om, at medlemmerne lægger en vis mindstemængde af deres indkøb inden for rammerne af kædesamarbejdet. Dette kan ske på forskellige måder.

Krav om mindstekøb kan aftales mellem kædeselskabet og de enkelte medlemmer, som en betingelse for køb og videresalg af varerne. I så tilfælde er der ret vide rammer for de krav, der kan stilles. Fx kan der ved sådanne individuelle aftaler stilles krav om køb af mindstemængder af bestemte varer og krav om køb hos bestemte leverandører.

Aftaler om mindstekøb kan også indgå i kædens vedtægter. Det betyder, at krav om, at medlemmerne lægger en vis del af deres samlede køb inden for rammerne af kædesamarbejdet, kan stilles som en forudsætning for at deltage i kæden. Der vil dermed også være mulighed for at anvende økonomiske incitamenter eller sanktioner, ligesom man i værste fald vil kunne ekskludere medlemmer, der ikke lever op til kravet.

Hvor meget man kan kræve, at kædedeltagerne skal købe via kæden, afhænger af kædens styrke på både indkøbs- og afsætningsmarkedet. Som tommelfingerregel kan man sige, at jo lavere markedsandel kæden har, jo højere kan de sætte grænsen.

Det betyder dog ikke, at store kæder er afskåret fra at stille krav om mindstekøb. Grænsen kan nemlig desuden afhænge af, hvilke sanktioner der er knyttet til kravet – fx kan også kæder med en betydelig markedsstyrke stille høje krav, hvis der ikke er sanktioner, eller kun er milde sanktioner forbundet med at tilsidesætte kravet.

Et væsentligt element, når kæderne skal vurdere graden af deres købsforpligtelser, vil være, at der overlades et vist råderum for medlemmerne til at kunne agere – fx ud fra lokale forbrugerpræferencer, der ikke nødvendigvis er dækket

af det aftalte kædesortiment. Men det kan som nævnt kræves, at produkter, der købes uden om kæden, er i overensstemmelse med den aftalte produktsammensætning.

Alt i alt har kæderne således store muligheder for at styre deltagernes indkøb og sortiment. Som udgangspunkt vil der kun opstå konkurrenceproblemer, hvis kæder med stor markedsstyrke knytter høje mindstekøbskrav sammen med strenge sanktioner, eller hvis kæder, der tilsammen dækker en stor del af markedet, har en sådan ensartet adfærd, at netværksvirkningen heraf fører til markedsafskærmning eller andre konkurrencemæssige problemer.

Herudover kan der stilles krav om, at kædemedlemmerne – fx efter en nærmere aftalt fordelingsnøgle – skal aftage mindstemængder af særlige kampagnevarer, som kædeselskabet har forhandlet hjem til brug for kædens fælles tilbudskampagner. Selv om man herved risikerer, at kædemedlemmer måtte brænde inde med varer, fx fordi de ikke efterspørges i deres lokalområde, eller fordi kædeselskabet har forkøbt sig, vil sådanne krav sjældent have nogen markedspåvirkning.

Derimod er krav om at udelukke bestemte leverandører uden videre omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, og der skal vægtige argumenter til for at opnå fritagelse. Hvis kæderne overvejer at stille sådanne krav, må det derfor tilrådes, at de anmelder aftalen og først iværksætter den, hvis Konkurrencerådet meddeler en individuel fritagelse.

Udelukkelse vil dog kunne kræves, hvis den pågældende leverandør eller leverandørens produkter ikke lever op til kædens kvalitative, etiske eller lignende kriterier.

Hvis kædeselskabet ikke har kunnet opnå en tilstrækkeligt fordelagtig aftale med en leverandør, er der heller ikke noget til hinder for, at man meddeler dette til medlemmerne. Men i sådanne situationer vil boykot ikke kunne stilles som et krav, og det vil være op til de enkelte medlemmer selv at afgøre, om de alligevel ser en fordel i at købe den pågældende leverandørs produkter. Kæden vil da heller ikke kunne kræve, at medlemmerne indsender oplysninger om, hvorvidt eller i hvilket omfang man køber produkter fra en leverandør.

2.3.7. Prisbindinger

Muligheder efter gældende regler

- Frihed til at fastsætte vejledende maksimumpriser ved fælles reklameaktiviteter
- Forbud mod at håndhæve maksimumpriser

- ✗ Forbud mod aftaler om bindende videresalgspriser og mod, at kædemedlemmer aftaler eller samordner deres priser

Selv om kæderne har mulighed for at fastsætte maksimalpriser ved fælles reklameaktiviteter, betyder det forhold at priserne skal være "vejledende" i princippet, at kæderne ikke har mulighed for at skride ind over for medlemmer, der sælger varerne til en højere pris.

Fremtidige muligheder, når gruppefritagelsen ophæves

- ✓ Frihed til at fastsætte maksimumpriser på varer, som kæden annoncerer med
- ✓ Frihed til at kræve, at maksimumpriser ikke overskrides
- ✗ Forbud mod aftaler om bindende videresalgspriser og mod, at kædemedlemmer aftaler eller samordner deres priser

Som nævnt under punkt 1.3.4. er fælles markedsføring en væsentlig del af fundamentet i en frivillig kæde. I den forbindelse er det også vigtigt, for at kæderne kan bevare deres troværdighed over for forbrugerne, at butikkerne ikke tager højere priser end dem, der annonceres med.

Prisreklame har normalt en positiv og konkurrencefremmende markedspåvirkning, især hvis kædens butikker ikke overskrider de priser, der annonceres med.

Kæderne kan derfor fastsætte maksimalpriser til brug for kædens annoncering i fælles reklameaviser, i fælles annoncer i aviser og blade, i tv-spots, på internettet osv.

Kæderne kan også – som en forudsætning for at deltage i kæden – forpligte medlemmerne til ikke at overskride de priser, som kæden annoncerer med. En kæde vil altså kunne sanktionere eller i værste fald ekskludere medlemmer, der tager højere priser end de maksimumpriser, som kæden har annonceret med.

Herudover kan både leverandører og kædeselskab udmelde vejledende priser for de varer, som leverandøren eller kædeselskabet sælger til kædemedlemmerne. Som nævnt under punkt 1.3.5. vil dette kunne ske via kædens edb-system.

Men det vil fortsat være forbudt, hvis kædemedlemmerne indbyrdes aftaler eller på anden måde koordinerer deres priser, og det vil heller ikke være tilladt at indgå aftaler med leverandører eller kædeselskab om bindende videresalgspriser, fx hvis pristilkendegivelser via edb ikke – eller kun med stort besvær – kan ændres.

Konkurrencestyrelsen er opmærksom på, at kæderne dermed kan have vanskeligt ved at annoncere med en nøjagtig "før-pris" eller eksakte besparelser i forbindelse med deres tilbudskampagner.

Men hvis dette spørgsmål skal løses via konkurrenceloven, vil det betyde, at man tillader frivillige kæder at håndhæve bindende videresalgspriser. Dette vil være i strid med grundlæggende principper i såvel konkurrenceloven som EU's konkurrenceregler og vil betyde, at man kan lave "legaliserede karteller".

Det vil bl.a. indebære, at kæderne til skade for forbrugerne kan kræve, at medlemmer hæver deres priser til bestemte mindstepriser i en given periode – alene for senere at kunne reklamere med et tilbud.

Spørgsmålet må kunne klares på en mindre indgribende facon, fx ved at førpriser og besparelser angives ved udtryk som "spar xx kr. i forhold til vejledende pris", "spar xx kr. i forhold til vejledende kædepris", "spar op til" eller lignende. Det er usikkert, om sådanne løsninger er forenelige med markedsføringsloven, men fx anvendes udtrykket "spar op til" allerede i dag af flere kæder, uden at dette har givet anledning til sager om overtrædelse af markedsføringsloven.

Skulle der alligevel opstå problemer i relation til markedsføringsloven, må de kunne løses inden for det markedsføringsretlige regi.

TILTAG EFTER RAPPORTENS OFFENTLIGGØRELSE

Gruppefritagelsen for frivillige kæder blev ophævet den 1. juli 2005 (ved bkg. nr. 488 af 15.6.2005).

I forbindelse hermed udsendte Konkurrencestyrelsen en "Vejledning til frivillige kæder", som kan rekvireres fra Konkurrencestyrelsen eller findes på http://www.ks.dk/konkurrence/regler/vejledninger/fri-kaeder/.

Vejledningen har været i høring og forelagt Konkurrencerådet. Styrelsens oplæg til Konkurrencerådet belyser også visse fortolkningsspørgsmål. Styrelsens oplæg kan findes på http://www.ks.dk/konkurrence/afgoerelser/2005/r3108/kaeder/.

Elselskabernes udrulning af fibernet

Dette kapitel er en sammenfatning af Konkurrencestyrelsens undersøgelse af elselskabernes udrulning af fibernet, som styrelsen offentliggjorde i septemper 2005. Sammenfatningen indeholder de vigtigste konklusioner fra den oprindelige rapport. Henvisningerne i kapitlet er til rapporten, som kan findes på http://www.ks.dk/publikationer/konkurrence/2005/. Kapitlet afsluttes af med en kort opsummering af, hvad der er sket på området siden rapporten udkom i september.

3.1 INDLEDNING

Undersøgelsen omfatter de danske elselskabers eksisterende og planlagte fibernetaktiviteter. Den viser, at elselskaberne hidtil kun har etableret fibernet i meget begrænset omfang, og at de hidtidige investeringer næsten udelukkende er sket på overordnede transmissionsstrækninger, dvs. på de strækninger som på teleområdet normalt betegnes som backbone-net.

Fremover planlægger elselskaberne derimod at foretage en større udrulning af fibernet på strækningerne helt ud til de enkelte husstande (access-nettet). Planerne omfatter på tidspunktet for undersøgelsens afslutning i august 2005 fibernet ud til mere end 957.000 husstande, svarende til mere end en tredjedel af alle husstande i Danmark. De planlagte investeringer i fibernet forventes at beløbe sig til ca. 9,5 mia. kr.[1]

Det kan måske umiddelbart undre, at det er elselskaberne og altså ikke teleselskaberne, som har planer om en omfattende udrulning af fiberaccessnet til levering af kommunikationstjenester til husstandene. Elselskaberne har imidlertid i nogle år udtrykt interesse for at investere i fibernet og i forbindelse med, at elselskaberne fra 1. januar 2005 frit har kunnet disponere over deres egen formue uden bindinger på, hvordan denne formue anvendes, har elselskaberne fået bedre mulighed for at foretage de ønskede investeringer. Elselskaberne forventer desuden, at de vil kunne opnå større eller mindre omkostningssynergier ved samtidig drift af fibernet og elnet. Endelig kan det

1 *Disse fordeler sig med investeringsbeslutninger for ca. 3 mia. kr. truffet før 15. marts 2005, hvor de første oplysninger blev indhentet, og investeringsbeslutninger for de resterende ca. 6,5 mia. kr. truffet i perioden efter 15. marts 2005 og frem til undersøgelsens afslutning i august 2005.*

ikke udelukkes, at visse forbrugerejede elselskaber betragter en fibernet-udrulning til kunderne som et alternativ til udbetaling af dividende.

Undersøgelsen viser desuden, at elforbrugerne ikke vil komme til at betale for elselskabernes fibernetaktiviteter. Alle elselskabernes investeringer i fibernet foretages i overensstemmelse med reglerne i elforsyningsloven om regnskabs- og selskabsmæssig udskillelse, som sikrer, at elforbrugere ikke kommer til at betale for eventuelle underskud på elselskabernes fibernetaktiviteter. Overholdelsen af disse bestemmelser påses løbende af Energitilsynet.

Undersøgelsen giver ikke grundlag for at formode, at elselskabernes budgetter for de planlagte investeringer ikke bygger på fornuftige business cases, som vil kunne gøre det muligt at levere telefoni, internet og tv på fibernettene på et kommercielt grundlag og til priser, som er konkurrencedygtige med priserne for de samme ydelser leveret på kobber- eller kabeltv-net.

Det understreges, at denne vurdering er baseret på de budgetterede omkostninger, som er oplyst af elselskaberne, og som evt. ville kunne vise sig ikke at holde stik i praksis. Det ligger uden for undersøgelsen at foretage en vurdering af disse budgetter. Vurderingen er foretaget med udgangspunkt i de nuværende markeds- og efterspørgselsforhold på telemarkedet, som vil kunne ændres som følge af den teknologiske udvikling eller af ændringer i de regulatoriske forhold på telemarkedet. Sådanne ændringer vil påvirke rentabiliteten af elselskabernes fibernetinvesteringer og vurderingen af elselskabernes fibernetinvesteringer bør derfor tages med disse forbehold in mente.

Det er selvsagt muligt, at visse fibernetprojekter vil kunne vise sig at blive tabsgivende. Det er imidlertid op til elselskabernes kompetente forsamlinger at vurdere sådanne risici og beslutte, om konkrete investeringsprojekter bør iværksættes eller ej.

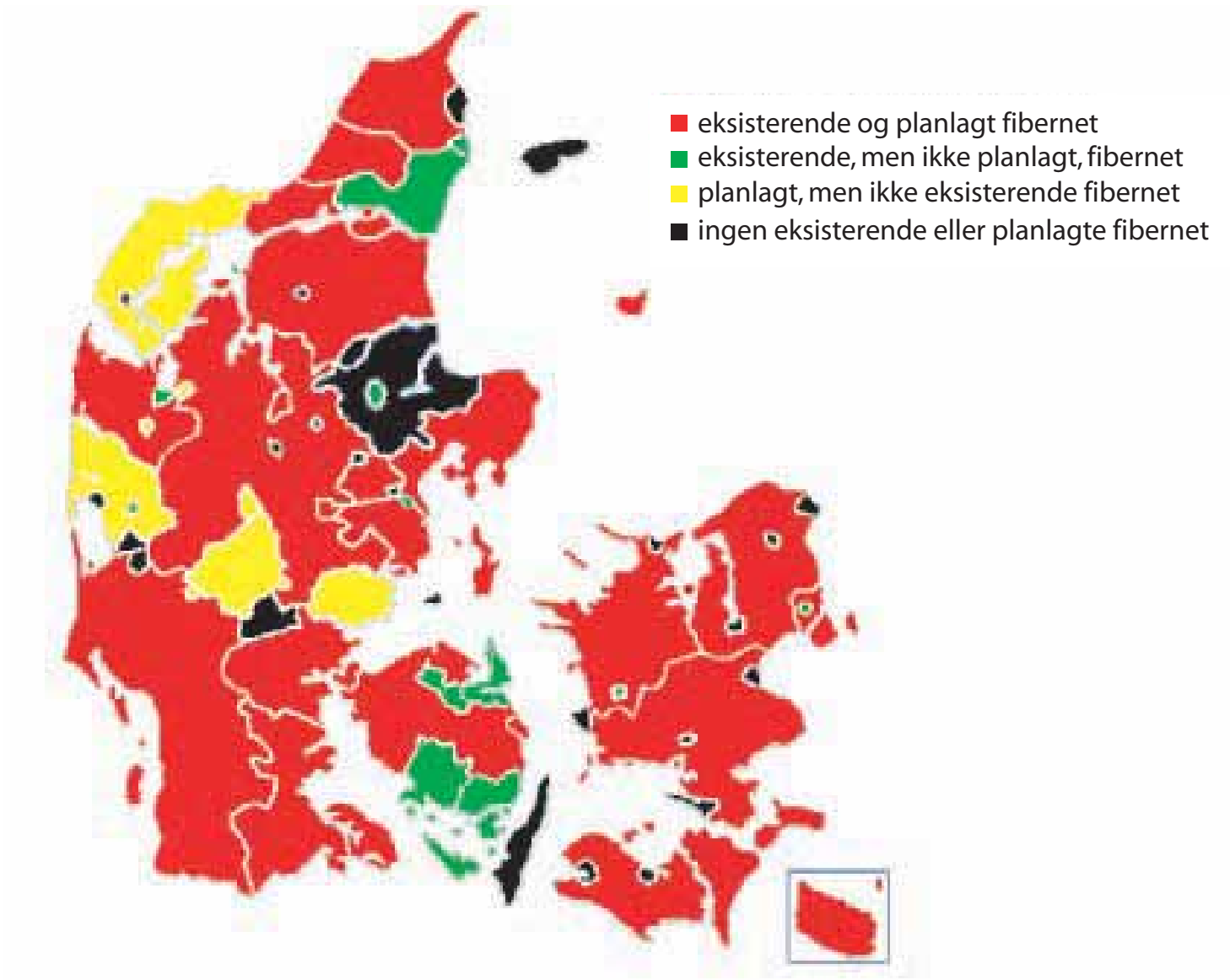
Det kan sammenfattende konstateres, at de oplysninger, som er modtaget fra elselskaberne til brug for denne rapport, ikke giver grundlag for at rejse kritik af elselskabernes fibernetplaner. Undersøgelsen viser endvidere, at såvel konkurrence- som elforsyningslovgivningen er overholdt.

3.2 UNDERSØGELSENS FORMÅL OG OMFANG

I løbet af 2004 rejstes i pressen en debat om, hvorvidt elselskabernes annoncerede investeringer i fibernet sker på et kommercielt grundlag, således at der ikke påføres de eksisterende virksomheder i telesektoren en ulige konkurrence, og om hvorvidt elkunderne vil kunne komme til at betale, hvis elselskabernes fibernetinvesteringer slår fejl.

Bl.a. efter en drøftelse i Energitilsynet besluttede Konkurrencestyrelsen[2] at gennemføre en undersøgelse af elselskabernes nuværende og planlagte fibernetaktiviteter. Undersøgelsen er gennemført som en spørgeskemaundersøgelse, som viser, at der er 39 elselskaber (ud af mere end 100 elselskaber) med etablerede eller planlagte fibernet.

Figur 3.1: De enkelte netselskabers fibernetudrulning[3]



Formålet med undersøgelsen er for det første at vurdere, om elselskabernes teleaktiviteter på fibernettet sker på kommercielt grundlag, eller om aktiviteterne påfører de eksisterende teleselskaber ulige vilkår i konkurrencen. Grundlaget for denne vurdering vil være det markedsøkonomiske investorprincip, som forudsætter en vis forrentning af den investerede kapital.

For det andet er det undersøgelsens formål at skabe grundlag for tilsynet med netselskabernes overholdelse af elforsyningsloven. Det drejer sig især om elforsyningslovens krav om selskabsmæssig udskillelse af fibernetaktiviteterne og om brug af markedsbestemte vilkår ved indgåelse af aftaler med andre

2 *Konkurrencestyrelsen sekretariatsbetjener såvel Konkurrencerådet som Energitilsynet, og nærværende undersøgelse dækker derfor såvel konkurrencemæssige som tilsynsmæssige forhold.*

3 *Rapportens figur 1, side 28.*

virksomheder. Lovens bestemmelser skal sikre, at elkunderne ikke kommer til at betale for fibernetaktiviteterne. Denne del af elforsyningsloven hører under Energitilsynets kompetence.

Undersøgelsens formål og omfang er nærmere beskrevet i kapitel 2.

3.3 FORHOLDET TIL LOVGIVNINGEN

Elselskabernes etablering af fibernet til televirksomhed er underlagt en række krav i hhv. elforsyningsloven, konkurrenceloven og telelovgivningen.

Ifølge elforsyningsloven skal sideordnede aktiviteter, herunder kommercielle fibernetaktiviteter, udskilles fra den kollektive elforsyningsvirksomhed i selvstændige selskaber med begrænset ansvar, således at elforsyningsvirksomheden og elkunderne ikke kommer til at hæfte for tab på disse aktiviteter. For såkaldt tilknyttet virksomhed (se afsnit 3.1) er der dog alene krav om en regnskabsmæssig adskillelse, såfremt de samlede indtægter herfra udgør mindre end 5 pct. af omsætningen i den kollektive elforsyningsvirksomhed. Elforsyningsloven forhindrer desuden elselskaberne i at hæve elpriserne for at finansiere accessorisk virksomhed ved at hindre krydssubsidiering fra elforsyningsvirksomheden til den accessoriske virksomhed. Overholdelsen af disse bestemmelser påses løbende af Energitilsynet.

Elselskaberne er uden for de bevillingspligtige områder tillige underkastet konkurrencelovens forbud mod misbrug af dominerende stilling og forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det betyder fx, at det kan være forbudt for elselskaberne at opkræve priser under omkostningerne (predatory pricing) til skade for konkurrencen på telemarkedet, hvis det findes, at elselskaberne indtager en dominerende stilling på telemarkedet. Også andre former for konkurrencebegrænsende adfærd kan udgøre misbrug af dominerende stilling og vil være forbudt efter reglerne i konkurrenceloven.

Endelig er elselskaberne underkastet telelovgivningen, som bl.a. indebærer, at elselskaberne skal foretage en regnskabs- eller selskabsmæssig adskillelse af deres teleaktiviteter samt indsende forretningsområdeopdelte regnskaber til IT- og Telestyrelsen, når teleaktiviteterne har en omsætning større end 100 mio. kr.

Udover disse regler er kommunale elselskaber underlagt yderligere lovgivningsmæssige begrænsninger i forhold til private elselskaber. Elforsyningsloven giver således ikke kommunale elselskaber mulighed for at etablere fibernet uafhængigt af elnettet. De præcise grænser for, hvad elforsyningsloven hjemler, vil fremgå af en ny bekendtgørelse, som ventes udsendt af Energistyrelsen snarest.

Reglerne i elforsyningsloven, konkurrenceloven og telereguleringen er mere udførligt beskrevet i rapportens kapitel 3.

3.4 BAGGRUNDEN FOR ELSELSKABERNES INVESTERINGER

En række elselskaber har i nogle år udtrykt interesse for at investere i fibernet.

Med en politisk aftale af 29. marts 2004 blev der skabt klarhed over selskabernes kapitalgrundlag. Aftalen betød samtidig, at elselskaberne fra 1. januar 2005 frit har kunnet råde over deres egenkapital og har haft mulighed for frit at anvende denne til de formål, som deres kompetente forsamlinger ønsker, herunder udrulning af fibernet til televirksomhed. Der er ikke hjemmel i lovgivningen til, at andre end elselskabernes kompetente forsamlinger kan disponere over elselskabernes egenkapital, herunder fx at stille krav om, at elselskaberne skal bruge deres egenkapital til at nedsætte elpriserne. Elselskabernes egenkapital er ifølge Dansk Elforsyning Statistik (2004) ca. 68 mia. kr. fordelt på ca. 59 mia. kr. hos netselskaberne og ca. 9 mia. kr. hos transmissionsselskaberne.

Endvidere har en række elselskaber gennem aftaler om salg af aktier i produktionsselskaberne Elsam og Energi E2 modtaget eller fået udsigt til at modtage større kontantbeløb og dermed bedre muligheder for at finansiere blandt andet fibernetinvesteringer.

De første fibernetinvesteringer blev gennemført for nogle år siden, først og fremmest til styrings- og kontrolopgaver i forbindelse med elforsyningsvirksomhed, men også i forventning om, at der kunne være stor kommerciel nytte af fibernet til kommunikationsformål. Elselskaberne har i mindre omfang og på forsøgsbasis allerede etableret access-net ud til de enkelte husstande. Men som det fremgår af denne undersøgelse, er der planlagt en omfattende udrulning af fibernet til dette formål.

Undersøgelsen viser, at der er 39 elselskaber, der har etableret eller har planer om at etablere fibernet, og at der er 23 af disse elselskaber, der driver televirksomhed på fibernettet. Af disse 23 elselskaber har alle på nær tre selskaber med meget begrænsede aktiviteter – under bagatelgrænsen på 5 pct. af omsætningen – udskilt de accessoriske fibernetaktiviteter i selvstændige selskaber. Dermed kan det konstateres, at elselskaberne lever op til elforsyningslovens bestemmelser om udskillelse af sådanne kommercielle aktiviteter.

Det konkluderes endvidere, at der ikke er fundet oplysninger om omkostningsfordelinger mellem elforsyningsaktiviteter og sideordnede aktiviteter, som vurderes at være i strid med elforsyningslovens krav om, at sådanne fordelinger skal ske på markedsmæssige vilkår.

Der vil dog i forbindelse med de kommende års indtægtsrammestyring blive rettet en større opmærksomhed på regnskabernes omkostningsfordelinger for at sikre, at elkunderne ikke kommer til at betale for selskabernes fibernetaktiviteter over elpriserne. Hvis der i forbindelse med reguleringen viser sig forhold, som kræver nærmere undersøgelse, vil dette blive taget op ved kontakt til det pågældende selskab.

Baggrunden for elselskabernes investeringer og forholdene i elsektoren er beskrevet i rapportens kapitel 4 og 5.

3.5 OMFANGET AF ELSELSKABERNES UDRULNING AF FIBERNET

I kapitel 6 gennemgås omfanget af elselskabernes investeringer i fibernet.

Undersøgelsen viser, at elselskabernes hidtidige investeringer i fibernet har været af begrænset omfang og i overvejende grad er sket med henblik på eldriftsformål. Fiberledningerne er hidtil i de fleste tilfælde blevet etableret ved samtidig nedgravning af fibre og elkabler. Et andet generelt træk er, at elselskabernes hidtidige investeringer i fibernet langt overvejende er sket på overordnede transmissionsstrækninger, og at de hidtil foretagne investeringer kun omfatter fiberaccessnet ud til mindre end ½ pct. af de private husstande i Danmark. Elselskabernes samlede investeringer i fibernet beløb sig indtil udgangen af 2004 til i alt 666 mio. kr.

I modsætning hertil har elselskabernes planer om etablering af yderligere fibernet i et betydeligt omfang. Planerne omhandler på tidspunktet for undersøgelsens afslutning i august 2005 etablering af accessforbindelser ud til mere end en tredjedel af alle husstande i Danmark og omfatter samlede investeringer for ca. 9,5 mia. kr. Der tegner sig desuden et klart billede af, at de fremtidige fibernet bliver etableret med henblik på levering af telefoni, internet og tv til husstandene.

Tabel 3.1: Elselskabernes udrulning af fibernet[4]

	Længde	Potentielle kunder	Investeringsbeløb
Eksisterende fibernet (til og med 2004)	11.065 km	10.618 husstande	666 mio. kr.
Planlagte fibernet (planer pr. august 2005)	73.682 km	957.657 husstande	9.505 mio. kr.

3.6 BUSINESS CASE

For at vurdere, om elselskabernes planlagte fibernetudrulning sker på et kommercielt grundlag, er der foretaget en vurdering af business casen for udrulningen af fibernet for de 11 elselskaber, som tegner sig for mere end 95 pct. af de planlagte investeringer. Dette er sket ved en sammenligning af den access-pris, som kan opnås i det planlagte fibernet, med den tilsvarende access-pris i TDC's kobberbaserede net. Disse access-priser er beregnet under samme forudsætninger, som er anvendt LRAIC-metoden, som regulerer prisen på TDC's rå kobber, og indeholder bl.a. forrentning af egen- og fremmedkapital.

Et kundevægtet gennemsnit af de 11 elselskaber giver en access-pris i fibernettet på 1.146 kr. pr. år. Dette skal sammenlignes med den langsigtede LRAIC-pris på 1.004 kr. pr. år i TDC's kobbernet og den overgangspris for rå kobber på 803 kr. pr. år, som er fastsat for 2005. Det bemærkes, at vurderingerne i denne undersøgelse ikke vil påvirkes af den lavere langsigtede LRAIC-pris, som IT- og Telestyrelsens i august 2005 har sendt i høring, idet den beregnede pris på rå fiber vil blive tilsvarende lavere, når denne beregnes med de tilsvarende, ændrede forudsætninger.

Tabel 3.2: Omkostningselementer i priserne for rå kobber og rå fiber[5]

Kr. pr. år	Rå kobber	Rå fiber
Afskrivning og omkostninger til kapital (CAPEX + WACC (10,85 %))	734,-	777,-
Drift og vedligeholdelse (OPEX)	141,-	222,-
Mark up til overhead (14,7 %)	129,-	147,-
LRAIC-pris i alt	1.004,-	1.146,-

4 *Sammenfatning af tabellerne i rapportens kapitel 6.*
5 *Rapportens tabel 24, side 52.*

Det vurderes efter høring af TDC, Sonofon, Telia, Tele2, Cybercity og Dansk Energi, at de øvrige omkostninger til at levere telefoni, internet og tv gennem fibernettet stort set vil være de samme i de to net, inkl. omkostningerne til backbone-nettet. Der er dog ikke enighed om, hvorvidt udstyret på centralerne nærmest kunden og udstyret hos kunden vil være dyrere eller ej i et fibernet sammenlignet med et kobbernet. Desuden kan andre forhold tale for lavere omkostninger i fibernettet, fx fordi access-strækningerne i et fibernet kan være længere, uden at signalerne og båndbredden forringes, og at antallet af centraler dermed kan reduceres i forhold til kobbernettet.

Dermed kan det ikke afvises, at den beregnede access-pris i elselskabernes planlagte fibernet giver mulighed for at tilbyde fastnettelefoni, internet og tv til priser, der kan konkurrere med de samme ydelser, som i dag leveres via TDC's rå kobber, inkl. en positiv forretning af egenkapitalen. Elselskabernes planlagte fibernetudrulning vurderes derfor at være baseret på et kommercielt grundlag inden for rammerne af det markedsøkonomiske investorprincip. Der er således ikke grundlag for at antage, at elselskabernes fibernetinvesteringer vil påføre det danske telemarked en konkurrence, som ikke sker på et kommercielt grundlag.

Med den anvendte vurderingsmetode, baseret på en sammenligning af accesspriserne i de to typer net, tages der imidlertid ikke højde for, at fibernettet kan være et bedre produkt end kobbernettet på grund af højere båndbredde og mindre interferens, og der er derfor tale om en konservativ vurdering.

Elselskaberne planlægger selv at drive televirksomhed i et vist omfang, særligt gennem opstilling af udstyr i netværket, som eksterne leverandører kan anvende til at producere tjenesteydelserne til slutbrugerne. Elselskaberne planlægger dog såkaldt åbne netværk, hvor kunderne selv kan vælge mellem flere forskellige indholdsleverandører, og dermed kan de samfundsøkonomiske risici ved elselskabernes indtog på et for elselskaberne nyt marked modsvares af den øgede konkurrence mellem indholdsleverandører, som denne model muliggør. En sådan model med åbne netværk og åbne standarder er i øvrigt at foretrække ud fra et konkurrencemæssigt perspektiv.

Markedet for levering af bredbåndstjenester er i vækst, og elselskabernes planlagte fibernetudrulning vil derfor i vidt omfang omhandle en konkurrence om de nye bredbåndskunder og langt fra alene om de eksisterende kunder. Konkurrencen kan ske på prisen, hvor elselskabernes planlagte fibernetudrulning tilsyneladende vil kunne tilbyde konkurrencedygtige priser, jf. ovenstående, eller konkurrencen kan ske på antallet og kvaliteten af de indholdstjenester, som kan leveres via de forskellige netværk. Fibernettet vil have den fordel, at båndbredden fra starten vil være høj nok til at tilbyde samlet levering

af telefoni, internet og tv (triple play) til alle tilsluttede kunder, mens det i mindre grad kan lade sig gøre for kobbernettet (og til en vis grad heller ikke i kabeltv-nettet) uden yderligere investeringer i en opgradering, eller kun indirekte ved at læne sig op ad en samtidig udnyttelse af flere accessforbindelser (fx kobber og kabeltv). Også nye indholdsprodukter kan på sigt øge kravene til båndbredden, hvilket kan tale til fordel for et fiberbaseret net.

Det skal dog samtidig fremhæves, at ændringer i den telespecifikke regulering, herunder øvrige ændringer i LRAIC-metoden, eller konkrete indgreb på fx engrosmarkedet for bredbåndstilslutning, vil kunne betyde en forringet business case for fibernettet. Dels ved at forbedre konkurrenceforholdene for de teleoperatører, der i dag opererer på kobbernettet, og dels ved at forbedre business casen for udbud af IP-telefoni på kobbernettet. Den nøjagtige påvirkning afhænger imidlertid helt af de konkrete ændringer.

3.7 PERSPEKTIVER OG ANBEFALINGER

Den sektorspecifikke regulering på teleområdet har til formål at skabe konkurrence om levering af teleydelser i en situation, hvor der ikke findes konkurrerende infrastrukturer. Historisk set har TDC været det eneste selskab, som har haft et netværk (TDC's kobbernet), der har kunnet anvendes til at levere telefoni og internetadgang til private husstande og erhvervsvirksomheder i Danmark. I kraft af den sektorspecifikke konkurrenceregulering har andre teleselskaber derfor fået adgang til at anvende TDC's net, så der er blevet skabt konkurrence om levering af disse ydelser til slutbrugerne (konkurrence om ydelserne).

Udviklingen har siden betydet, at det også er blevet muligt at levere telefoni og internetadgang over kabeltv-nettene, ligesom det i øvrigt er blevet muligt at levere tv-signaler over TDC's kobbernet. Dermed er der allerede i et vist omfang blevet konkurrence mellem kobber- og kabeltv-nettene (konkurrence mellem infrastrukturer).

Der findes således i dag konkurrerende infrastrukturer med forskellige ejere ud til omkring en fjerdedel af alle danske husstande. Yderligere en tredjedel af husstandene er også tilsluttet både kobber- og kabelnettene, men for denne tredjedel er der dog ikke tale om samme konkurrencesituation, idet det her er TDC, som råder over begge adgangsforbindelser.

Tabel 3.3: Oversigt over accessforbindelser til husstande i Danmark[6]

Abonnentlinier	Antal	I pct. af alle husstande
Kobber (PSTN+ISDN)	3.474.966	141 %
Koax (kabeltv)	1.561.000	63 %
Fiber (hos teleselskaber)	42.338	2 %
Fiber (elselskaber inkl. planer)	968.275	39 %
I alt	6.046.579	245 %

Kilde: IT- og Telestyrelsens halvårsstatistik, 2. halvår 2004 og Danske Equities sektorrapport, marts 2005

En realisering af elselskabernes planer om at etablere fibernet ud til mere end en tredjedel af alle danske husstande vil føre til, at konkurrencen mellem de forskellige infrastrukturer forøges markant. Det vil give stigende konkurrence om leveringen af telefoni, internet og tv-signaler. Desuden vil mulighederne for markant højere kapaciteter i fibernettene kunne danne grundlag for udvikling af en række nye innovative ydelser, som ikke udbydes i dag. Også selvom elselskabernes planer ikke måtte blive realiseret i fuldt omfang, vil der komme stigende konkurrence, idet de eksisterende aktører allerede på grund af elselskabernes planer bliver udsat for en potentiel konkurrence, som får dem til at fremskynde deres egne planerne om udbygning af kapaciteten i de eksisterende net.

Denne udvikling med stigende konkurrence baseret på konkurrerende infrastrukturer kan indebære, at behovet for at opretholde den sektorspecifikke teleregulering gradvist mindskes.

Selv om en udvikling med etablering af konkurrerende infrastruktur, mere konkurrence og mindre regulering generelt må hilses velkommen, er det dog væsentligt, at investeringerne i fibernet foretages på konkurrencemæssigt set tilfredsstillende vilkår. Dette sikres på en række forskellige måder i de regelsæt, som er udførligt beskrevet i denne rapport.

Elforsyningsloven indeholder bestemmelser, som sikrer, at elforbrugerne ikke kan komme til at betale for fejlslagne investeringer i fibernet. Reglerne i den sektorspecifikke telelovgivning og i konkurrenceloven sikrer, at elselskaberne – hvis fibernetinvesteringerne måtte give dem dominerende stillinger på fx

6 *Rapportens tabel 28, side 68.*

lokalt afgrænsede markeder – ikke kan anvende sådanne dominerende stillinger til konkurrencebegrænsende adfærd.

De oplysninger, som er modtaget fra elselskaberne til brug for denne rapport, giver desuden ikke grundlag for at rejse kritik af elselskabernes fibernetplaner, idet oplysningerne viser, at lovgivningen er overholdt, og at der heller ikke ses at være forhold, som i øvrigt giver anledning til betænkeligheder.

Endeligt viser analyserne i denne rapport, at elselskabernes budgetter for de planlagte investeringer bygger på business cases, som ikke udelukker, at det bliver muligt at levere ydelserne på fibernettene til konkurrencedygtige priser og på et kommercielt grundlag, inkl. fortjeneste og forrentning. Selv hvis dette ikke var tilfældet, findes der i øvrigt ikke lovgivningsmæssige krav om, at investeringer ikke må være tabsgivende, medmindre dette vurderes at foregå som led i en dominerende virksomheds forsøg på at begrænse konkurrencen på det pågældende marked. Desuden bemærkes det, at det i en politisk aftale fra marts 2004 blev besluttet at give privatejede elselskaber adgang til at anvende deres fri kapital uden restriktioner mht. aktiviteter eller forrentningskrav mv. Politisk set er der kun sat restriktioner for kommunale elselskabers aktiviteter udover den bevillingsmæssige virksomhed.

Spørgsmålet er herefter, hvordan den stigende konkurrence fra elselskabernes fibernet vil komme til at foregå i praksis. Det afhænger af, hvilke forretningsmodeller elselskaberne vælger – dvs. om elselskaberne kun vil være infrastrukturudbydere, eller om de også vil være leverandører af konkrete teleydelser til de enkelte husstande. Som det fremgår af afsnit 7.2 i denne rapport, forventer elselskaberne i overvejende grad ikke selv at stå for leveringen af de konkrete teleydelser.

I denne forbindelse har flere teleselskaber peget på, at det både konkurrencemæssigt og effektivitetsmæssigt set vil være en klar fordel, hvis alle elselskaberne baserer teleselskabers adgang til at levere teleydelser i fibernettene på samme ensartede åbne standarder. Det vil give betydeligt lavere omkostninger og stordriftsfordele – og dermed mere konkurrence mellem de forskellige teleselskaber – i forhold til en situation, hvor de enkelte elselskaber vælger forskellige tekniske og aftalemæssige løsninger. Tilsvarende har elselskaberne peget på, at de netop er interesserede i at få så stor penetration på fibernettene som muligt, og at dette især vil kunne sikres gennem tekniske og aftalemæssige løsninger, som ikke begrænser indholdsleverandørernes muligheder for at levere de produkter, de ønsker, med så få omkostninger som muligt.

Konkurrencestyrelsen er enig i disse synspunkter om, at åbne net og ensartede standardløsninger vil kunne medvirke til at fremme konkurrencen. Derfor skal styrelsen opfordre de relevante brancheforeninger på el- og teleområdet

til i fællesskab at drøfte, hvordan der kan sikres så gode rammebetingelser som muligt for konkurrencen om levering af teleydelser på fibernettene.

Den væsentligste omkostningspost ved etablering af ledningsnet udgøres dog af omkostningerne til nedgravningen af nettene. Fx udgør graveomkostningerne mere end 60 pct. af de samlede etableringsomkostninger i IT- og Telestyrelsens LRAIC-model for etablering af et nyt kobber-accessnet. Der er derfor et stort potentiale mht. omkostningsbesparelser ved en samtidig nedgravning af fx fiber-, el-, kabeltv- og kobber-kabler samt vand-, fjernvarme- og naturgasrør mv.

Det bør tilstræbes at skabe så gode vilkår som muligt for samtidig nedgravning af forskellige typer af kabler mv. Det anbefales derfor, at der for alle de større byer i Danmark laves ordninger om indmeldinger af graveplaner, som kan offentliggøres for at sikre bedre muligheder for samgravning og dermed omkostningsbesparelser.

I forbindelse med sådanne samgravninger har der sædvanligvis været anvendt vejledende fordelingsnøgler for graveomkostningerne mellem de deltagende selskaber, som har været aftalt i brancheforeningsregi, og bl.a. tager højde for omkostningsforskelle ved placering af kabler i forskellige gravedybder mv. Det er i denne forbindelse Konkurrencestyrelsens principielle opfattelse, at der ved sådan samtidig nedgravning af forskellige typer af kabler kun bør kunne anvendes en skæv fordeling af graveomkostningerne mellem de involverede parter (fx 100/0), når der er gode grunde til det.

TILTAG EFTER RAPPORTENS OFFENTLIGGØRELSE

Efter offentliggørelsen af rapporten har en bekendtgørelse om kommunale elselskabers mulighed for at drive tilknyttet virksomhed været sendt i høring af Energistyrelsen. Principperne i bekendtgørelsesudkastet afviger ikke fra principperne i Energistyrelsens udtalelse af 22. marts 2005 om Energi Viborg A/S, som er refereret i rapporten. Hvorvidt de enkelte kommunale elselskabers bredbåndsplaner, som refereret i rapporten, er i strid med Energistyrelsens retningslinier må formodes at blive afklaret fra sag til sag i dialog mellem Energistyrelsen og det pågældende kommunale elselskab.

IT- og Telestyrelsen har den 31. oktober 2005 offentliggjort sin årlige kortlægning af bredbåndsdækningen i Danmark, der som noget nyt også indeholder en kortlægning af husstande, som vil blive omfattet af elselskabernes fibernetudrulning. Kortlægningen viser elselskabernes udrulningsplaner på de enkelte forsyningsområder, samt et tidsperspektiv for udrulningen. Modsat Konkurrencestyrelsens undersøgelse omfatter kortlægningen også planer, som

ikke er besluttet af elselskabernes bestyrelser eller andre kompetente forsamlinger.

I lyset af den efterfølgende presseomtale af undersøgelsen, bør det understreges, at undersøgelsen har vurderet de foreliggende fibernetplaner på baggrund af elselskabernes egne budgetter og forretningsplaner med de forbehold, der er nævnt i rapporten. Undersøgelsen har vurderet, om de pågældende planer skulle være i uoverensstemmelse med gældende regler, og der er derfor ikke tale om en generel tilkendegivelse af, at en fibernetudrulning vil være den bedst mulige forrentning af elselskabernes formue, eller at de fremlagte forretningsplaner og budgetter er blevet verificeret af Konkurrencestyrelsen.

Vækst i danske havne

Kapitlet er en sammenfatning af rapporten om vækst i danske havne, som udkom i november 2005. Rapporten er lavet i samarbejde med Transport- og energiministeriet og Søfartsstyrelsen. Henvisningerne i kapitlet er til den oprindelige rapport, som kan findes på http://www.ks.dk/publikationer/konkurrence/2005/.

4.1 SAMMENFATNING OG FREMTIDSMULIGHEDER

De omkring 120 danske erhvervshavne er en væsentlig faktor for gennemførelse af godstransporter til og fra Danmark, hvor søtransport er inkluderet. Forudsætningen for, at havnene kan deltage i de værdiskabende transportkæder er, at havnene og de tilknyttede virksomheder[1] er i stand til at honorere de krav, som kunderne stiller til effektivitet og priser.

De mange danske havne udgør et fintmasket net af infrastrukturanlæg, som hver på deres måde udfylder en plads i transportkæderne. Og langt de fleste danske havne er i dag velfungerende.

For nogle større havne vil den forventede større globale og europæiske efterspørgsel efter transport indebære en mulighed for at spille en langt mere fremtrædende rolle som transportknudepunkter - ikke mindst som en del af den internationale trafik. Specialiseringen har i flere år peget på fokusering på multimodale transporter, som har stor fremgang såvel med skibe som på land. Omsætningen af containergods og gods i RoRo-skibe målt i tons er fortsat relativt lille og koncentreret på få havne i Danmark, men der er i de senere år sket en betydelig stigning i omsætningen af denne type gods.

Men også mange andre større eller mindre havne vil gennem deres effektivitet, aktivitet og placering kunne opnå succes med at tiltrække yderligere godsmængder eller fortsætte med at dække de lokale virksomheders behov for transport af gods. Det forventes, at den traditionelle opgavebrede havn fortsat vil være udbredt, selv om nogle havne vil specialisere sig.

1 *Havne består af havnen som udbyder af infrastruktur (kajanlæg med tilhørende landarealer m.v.) og suprastruktur (kraner og pakhuse m.v.) – samt en række havnevirksomheder. Alle er med til at skabe en effektiv havn. Når det i det følgende tales om havnen, er det denne brede tilgang som benyttes, såfremt det ikke eksplicit fremgår af fremstillingen, at der er tale om havnen i snæver forstand eller en havnevirksomhed.*

Fælles for havnene vil være, at de vil blive sat under pres af stigende krav til effektivt samarbejde mellem de forskellige aktører for at kunne håndtere gods og skibe hurtigt og billigt med en stabil høj kvalitet. Havnenes samlede evne til effektivitetsudvikling på disse felter vil derfor være afgørende for deres muligheder for at få del i den forventede større efterspørgsel på transporter i short sea shipping og i globalt perspektiv. Tilsvarende vil evnen til effektivitetsudvikling spille en væsentlig rolle for havnenes langsigtede mulighed for overlevelse og vækst.

Som bidrag til debatten om en vækststrategi for den danske havnesektor og til et bedre beslutningsgrundlag er gennemført en række indtægts- og prisanalyser af de største danske havne og de havnevirksomheder, som opererer i disse havne. Formålet har været dels at fokusere på havne og havnevirksomheders økonomi for at afdække ligheder og forskelle mellem havnene, dels at etablere et overordnet økonomisk billede af de nuværende forhold i den danske erhvervsmæssige havnesektor.

Der er også indhentet regnskabsoplysninger fra en række mindre havne. Langt de fleste mindre havne har en omsætning på under 10 millioner kr. årligt. De mindre havne anses for at være af betydning for lokale transporter, men de har ikke i denne sammenhæng været underkastet en nøjere analyse, idet deres økonomi i hovedsagen vil være betinget af de lokale omstændigheder.

Analyseresultaterne viser, at havnene er meget forskellige, og at havnene har haft en forskellig udvikling. Selv havne, der med hensyn til godsomsætning og type af virksomhed umiddelbart ligger tæt på hinanden, kan have meget forskellige økonomiske resultater.

Analyseresultaterne viser, at havnene som helhed betragtet har en god økonomi. Herunder en høj selvfinansiering. De relativt største overskud er at finde blandt havne med den største godsomsætning. I nogle af disse havne er forrentningen af den generelt store kapital dog ikke specielt høj. Det skal ses i sammenhæng med, at der er foretaget betydelig investeringer i de seneste år i de største havne, herunder færgehavne og havne med betydende omsætning af containergods.

Hvad angår havnevirksomheder fremgår det af analyserne, at antallet af stevedorevirksomheder bliver færre, og at deres størrelse og erhvervsaktiviteter øges. Fremtiden omkring stevedorevirksomhederne vil formentlig være, at de enkelte virksomheder vil operere i flere havne og på den måde udnytte deres spidskompetencer i flere havne. En tilsvarende udvikling kan konstateres omkring skibsmæglervirksomhederne. De er i dag ikke altid knyttet til en specifik havn, men er ofte aktive i flere havne.

En hovedkonklusion er, at havne i bred forstand i dag har udviklet sig til meget komplekse virksomheder, hvor det vil være vanskeligt at gennemføre generelle initiativer, som vil kunne styrke den danske havnesektor under ét.

De generelle politik-initiativer på havneområdet bør fokusere dels på havneloven og dels på havnenes mere brede rammevilkår. Målet er, at der skabes sikkerhed omkring de fremtidige rammevilkår, så der kan opnås vækst ved lokale investeringer ud fra et stabilt og klart regelgrundlag.

Havnenes forskellighed indebærer imidlertid, at ikke alle havne på sigt vil kunne leve op til de øgede krav til hurtig og effektiv håndtering af skib og gods, så godset uden forsinkelse kan transporteres videre til kunden til den rette tid.

En vækststrategi bør derfor knytte sig til de større havne, mens de mindre havne ligesom i dag må finde de nicher, hvor de kan udfolde sig i ud fra mere lokale behov.

Det bør nøjere overvejes, hvilke forudsætninger der skal opfyldes, for at de store danske havne sammen med havnevirksomheder kan spille den nødvendige større rolle i relation til transportkøbernes efterspørgsel efter effektiv og punktlig transport. Det gælder både i forbindelse med de internationale transporter og i forbindelse med intermodale transportløsninger.

Et væsentligt element for havnenes udviklingsmuligheder er som nævnt et effektivt samarbejde mellem havne og havnevirksomheder om at løfte kerneydelserne som håndtering af skibe og gods.

Et andet væsentligt element for havnenes udviklingsmuligheder er den organisatoriske sammenhæng, som havnen er placeret i. De store havne er organiseret enten i forbindelse med en privat virksomhed, som et kommunalt aktieselskab eller som en kommunal selvstyrehavn.

Der var med havneloven fra 2000 lagt op til, at friheden for en havn til at udvide sit virkefelt blev snævert knyttet til det omfang, som kommunerne var villige til at slippe tøjlerne med havnen. Ved kommunernes valg af havnenes organisationsform fastlagde de samtidig havnenes erhvervsmæssige råderum i forhold til havneloven.

Der er ikke i havneloven begrænsninger for de private havnes aktiviteter. De kommunale selvstyrehavne må som hovedregel ikke udføre havnerelateret operatørvirksomhed, mens de helt eller delvist ejede kommunale aktieselskabshavne gerne må. De kommunale aktieselskabshavne må dog i modsæt-

ning til de private havne som udgangspunkt ikke udføre skibsrelaterede ydelser.

Som en særlig regel i havneloven har nogle havne ret til at fortsætte med at varetage de aktiviteter, som de kunne udføre inden havnelovens ikrafttræden i januar 2000, de såkaldte "grandfather rights". Det drejer sig om havnerelateret operatørvirksomhed og skibsrelaterede hjælpetjenester. Med havnerelateret operatørvirksomhed forstås terminaloperatørvirksomhed, stevedoring, lagervirksomhed o.l. Med skibsrelaterede hjælpetjenester forstås bugsering, trosseføring og lodsvirksomhed.

Analyserne viser, at der ikke kan identificeres nogen entydig effekt på økonomien af tilstedeværelsen af de aktiviteter, som er et resultat af de særlige "grandfather rights".

Havnenes funktionsmuligheder fremgår af nedenstående tabel 1, idet organisationsformerne er de muligheder, der fremgår af havneloven:

Tabel 4.1 Organisationsform og opgaver i havnene[2]

Opgaver / **Organisationsform**	Anlæg og drift af havneinfrastruktur	Kraner og pakhuse	Havnerelateret operatørvirksomhed	Skibsrelaterede hjælpetjenester
Kommunal havn	+	-	-	-
Statshavn	+	+	-	-
Kommunal selvstyrehavn	+	+	¤	¤
Kommunal A/S-havn	+	+	+	¤
Privathavn	+	+	+	+

¤ *Kun havne med grandfather rights*

Enkelte havne har ønsket, at de også kunne få mulighed for at udføre skibsrelaterede hjælpetjenester som fx bugsering og trosseføring, når havnens behov for skibsrelaterede hjælpetjenester ikke blev opfyldt i privat regi.

Med en ændring af havneloven i juni 2005 fik de største havne med en årlig godsomsætning på over 1,5 mio. tons mulighed for efter ansøgning og under nærmere vilkår at udføre skibsrelaterede hjælpetjenester.

2 *Tabel 1 i rapporten, side 5.*

En sammenligning af de største havnes organisationsformer viser, at de fleste havne har valgt at være kommunale selvstyrehavne med de lovmæssige begrænsninger, dette indebærer for havnene.

Mens den privatretligt organiserede havn og de helt eller delvist ejede kommunale aktieselskabshavne er egentlige erhvervsvirksomheder, så er den kommunale selvstyrehavn en selvstændig virksomhed, der styres af den pågældende kommunalbestyrelse.

Som supplerende grundlag for en formulering af en vækststrategi peger analyseresultaterne derfor i retning af behovet for en nøjere kvalitativ analyse af baggrunden for kommunernes valg mellem de forskellige organisatoriske havnetyper.

Endelig indgår også havnevirksomhedernes erhvervsbetingelser som et væsentligt element i formuleringen af en vækststrategi for den danske havnesektor.

Som fælles rammebetingelser for havnevirksomheders erhvervsudøvelse har EU-Kommissionen fremsat et direktivforslag om markedsadgang til at udføre havnetjenester i de europæiske havne. Spørgsmålet er under behandling i EU sammenhæng.

Fremtidens rammevilkår?

Vækst i den danske havnesektor fordrer en øget indsats fra havnene og virksomhederne på havnen for at sikre, at danske havne i højere grad bliver anvendt som terminaler i forbindelse med den stigende efterspørgsel efter søtransporter over afstande, hvor søtransport har stor konkurrenceevne i forhold til andre transportformer. Samtidig må også de andre transportformer blive bedre til at bruge havnene ved transporter, hvor søtransporten har en konkurrencefordel.

Det fordrer ikke mindst, at danske havne og havnevirksomheder udvikler faciliteter og logistik, som gør dem egnet til at håndtere de godstyper, som indgår i de intermodale transportkæder, der får stadig større betydning i den internationale vareudveksling. Det indebærer bl.a. en langsigtet og visionær understøttelse af tiltag, som udfoldes for fx. at etablere et dansk centrum for omladning (”hub”) af containere i den interkontinentale søtransport.

I forbindelse med containerterminaler er det en erfaring i det meste af verden, at man kun kan have en virksomhed som operatør på den enkelte terminal, mens man kan have flere terminaler i en enkelt havn. Dette sætter fokus på store omsætningsvolumener som en forudsætning for flere operatører. Dette

vil være relevant for et mindre antal danske havne, og væsentligt i relation til at udforme en vækststrategi.

I de nedenfor nævnte punkter er peget på nogle ideer til udviklingslinier i rammevilkårene, som vil kunne understøtte vækst i den danske havnesektor.

- Analyseresultaterne synes at pege på, at vækst i den danske havnesektor vil kunne opnås ved, at rammevilkårene stimulerer en udvikling i retning af større havne, som vil kunne udnytte stordriftsfordele og udnytte havnenes muligheder som intermodale transportcentre. Samtidig skal det sikres, at de mindre havne fortsat har en naturlig plads i det samlede havnebillede.

- De større havne vil kunne få bedre mulighed for at tilpasse sig markedsudviklingen ved at lade sig omdanne til aktieselskaber.

- Som supplerende grundlag for en formulering af en vækststrategi peger analyseresultaterne i retning af behovet for en nøjere kvalitativ analyse af baggrunden for kommunernes valg mellem de forskellige organisatoriske havnetyper. Det må i denne sammenhæng bl.a. undersøges, om der er uhensigtsmæssige forhold i lovgivningen, som blokerer for kommuners ønske om at sælge en havn til private aktionærer.

- Desuden kan der peges på, at kommunalreformen åbner andre muligheder for en udvikling af havnene gennem bedre kapacitetsudnyttelse og samdrift mellem havne. Lovgivningen må i denne forbindelse efterses i lyset af de konkrete erfaringer med henblik på at undersøge, om der er blokeringer for samarbejde mellem havnene.

- Fra dansk side bør der arbejdes for, at intentionerne i EU-Kommissionens forslag til havnetjenestedirektiv realiseres, herunder en øget konkurrence mellem aktører i havne.

- Danmark bør også støtte, at der på fællesskabsniveau tages initiativ til at fastsætte rammebestemmelser for offentlige investeringer og finansielle forhold i havnene i medlemsstaterne.

Disse ideer vil skulle overvejes og analyseres nærmere.

4.2 BAGGRUND OG MÅLSÆTNINGER

Baggrund

Den globale udvikling med stigende international arbejdsdeling indebærer, at rammevilkårene for transporterhvervene får særlig betydning for realisering af Danmarks vækstpotentialer.

En velfungerende havnesektor er en forudsætning for effektiv transport, og den er dermed en vigtig faktor for fortsat vækst. Det er regeringens målsætning at skabe forudsætninger for, at havnesektorens medvirken i den samlede transportkæde kan fungere så effektivt som muligt.

En effektiv havnesektor vil reducere de samlede transportomkostninger for danske erhvervsvirksomheder. Rammevilkår, der styrker den danske havnesektors internationale konkurrenceevne, vil desuden føre til, at danske og udenlandske produktions- og handelsvirksomheder, rederier og andre transportvirksomheder i højere grad vælger danske havne som terminal.[3]

Stigende trængsel på vejene understreger behovet for, at havnene indtager en central placering i de intermodale transportkæder.

Endelig vil den effektive havnesektor tilskynde til, at der sker en omlægning til transport med færre miljøomkostninger. Heri indgår større anvendelse af energiøkonomiske transportformer som bane- og søtransport over længere afstande.

Der er derfor behov for at få analyseret, hvor vidt de eksisterende rammebetingelser giver det fornødne grundlag for, at danske havne i bred forstand kan opnå en vækst, som gør det muligt at spille en større rolle i den igangværende globaliseringsproces.

Problemstillingen kompliceres ved, at det enkelte havnekompleks i nogle henseender har karakter af en infrastruktur med et naturligt regionalt monopol. Det kan fx være knyttet til beliggenhed og relation til infrastrukturer til landtransport (veje og jernbaner). Hertil kommer, at håndtering af nogle godstyper (fx olie, containergods) kræver betydelige investeringer i særlige suprastrukturfaciliteter (tankanlæg, kraner) i havnen. En økonomisk effektiv udnyttelse af sådanne investeringer fordrer, at investorerne kan påregne en betydelig trafik af disse godstyper. Dette indebærer, at danske havne, som har disse faci-

3 *I et appendix til dette notat er anført en oversigt over havnes placering i transportkæderne.*

liteter, på kort sigt kan have en særposition på markedet i forhold til andre danske havne.[4]

Vilkårene for effektivitetsudvikling gennem aktiv konkurrence er derfor specielle på havneområdet. Dette afspejler sig på flere måder.

Et vigtigt element i udviklingen er, at der sker en hensigtsmæssig løbende tilpasning af havnene og deres rolle i de multimodale transportkæder. Dette fordrer bl.a. et gunstigt samspil med den overordnede offentlige planlægning af landinfrastrukturer.

Det kan imidlertid betyde, at de enkelte havne må udvikle sig under forskellige vilkår i relation til den fysiske planlægning. Det indebærer, at der altid vil være et element af begrænset konkurrence mellem havne.

Konkurrence i den enkelte havn kræver, at der er adgang for en flerhed af operatører. Disse operatører kan være rederier, havnevirksomheder (stevedorer og skibsmæglere), lodser og bugservirksomheder. Den enkelte havn kan have begrænset kapacitet, således at lave enhedsomkostninger og dermed priser på nogle områder kun kan realiseres med et begrænset antal (undertiden kun én) operatører. Hertil kommer, at det forhold, at mange havne er kommunalt ejede, betyder, at det må sikres, at der ikke sker konkurrenceforvridning i forhold til private operatører.

Formål

Som bidrag til debatten om en vækststrategi for den danske havnesektor og for at få et bedre grundlag for eventuelle beslutninger om ændringer i rammebetingelser for de danske havne og havnevirksomheder iværksatte regeringen i foråret 2004 et projekt, der skulle analysere den danske havnesektor. Projektet er gennemført i et samarbejde mellem Transport- og Energiministeriet, Søfartsstyrelsen og Konkurrencestyrelsen.

Analysen omfatter både danske havne og havnevirksomheder samt udenlandske havne. Analyserne har søgt at afdække, hvorledes det kan sikres, at fokus for havne og havnevirksomheder er rettet mod effektivitet og produktudvikling i de funktioner, som de varetager, herunder om der er barrierer, som blokerer for øget konkurrence og samarbejde, som kan styrke effektivitetsudviklingen.

---

4 *I en rapport fra PLS Consult fra 1996 "Benchmarking af havne – muligheder for effektivisering af havnene" nås der frem til, at mellem 80 og 90 pct. af det gods, der går gennem danske havne, er bundet op på infrastrukturelle forhold, som findes i tilknytning til den enkelte havn. Denne del af godset kan ikke umiddelbart overføres til en anden havn.*

Analysegrundlag

Med henblik på at få et billede af havnenes aktuelle økonomiske status er der gennemført en regnskabsanalyse, som dokumenterer havnenes økonomiske udvikling siden den seneste havnelov fra 2000 frem til 2003. Herudover er der gennemført prisanalyser, som belyser den aktuelle prisstruktur (2004) samt prisudviklingen fra 1997. Analyserne er organiseret som brancheundersøgelser af den danske havnesektor og omfatter udvalgte havnevirksomheder og større danske erhvervshavne, som må anses for at være i et vist konkurrenceforhold. Analyserne er foretaget af konsulentfirmaet TetraPlan[5] på baggrund af indhentede oplysninger fra virksomhederne. De enkelte havne og havnevirksomheder kan ikke identificeres i analyserne.

Desuden er foretaget en analyse af godsomsætningen i danske havne fra 1997 til 2003 på grundlag af officielle data fra Danmarks Statistik.[6] Endelig er foretaget en analyse af løn - og aftaleforhold i danske havnevirksomheder.[7]

Til at bistå projektgruppen har der været nedsat en følgegruppe med deltagelse af de væsentligste brancheinteressenter: Danske Havne, Danske Havnevirksomheder, Danmarks Rederiforening, Danmarks Skibsmæglerforening og Dansk Industri. Analysegrundlaget har været forhandlet mellem projektgruppen og følgegruppen, og grundlaget er justeret undervejs i analyseforløbet.

Af tidligere relativt nye undersøgelser af danske havne og havnevirksomheder kan nævnes forarbejderne til havneloven af 2000,[8] "Den blå landevej"[9] og kapitel 3 i Konkurrenceredegørelse 2003.[10]

---

5 *Rapporten "Økonomi- og takstanalyse af danske havne" (TetraPlan og Institut for Transportstudier, august 2005) vedlægges som bilag 1. I bilag 4 til rapporten er udarbejdet en ordforklaringsliste.*
6 *Notat om havnenes godsomsætning vedlægges som bilag 2.*
7 *Notat om overenskomstforhold for havnearbejdere vedlægges som bilag 3.*
8 *Havnelovsudvalgets betænkning, august 1998*
9 *"Den blå landevej", Søfartsstyrelsen 2002.*
10 *Konkurrenceredegørelse 2003, Konkurrencestyrelsen maj 2003.*

4.3 NUVÆRENDE RAMME- OG KONKURRENCE-VILKÅR

Regulering af havne

Rammebetingelserne for havnenes funktion er fastlagt i havneloven[11].[12] Hovedprincippet i den gældende havnelov, der oprindelig trådte i kraft i 2000, er, at en havns erhvervsmuligheder afhænger af den valgte organisationsform. Der er fire organisationsformer, som kan vælges[13], jf. tabel 1 ovenfor. Havneloven er efter 2000 justeret flere gange, jf. nedenfor.

Kommunale havne styres af kommunalbestyrelsen og er ikke separeret fra kommunens øvrige økonomi. Kommunale havne må alene varetage anlæg og drift af havnens infrastruktur.

En kommunal selvstyrehavn ledes af en havnebestyrelse udpeget af kommunalbestyrelsen. Havnens midler skal være regnskabsmæssigt adskilt fra kommunens. Hvis en kommunal selvstyrehavn giver underskud i tre år i træk, skal den overgå til kommunal havn. En kommunal selvstyrehavn må udover anlæg og drift af havnens infrastruktur også varetage drift af kraner og anden suprastruktur på havnen.

En havn kan også organiseres som helt eller delvis kommunalt ejet aktieselskab, som skal følge de almindelige regler for aktieselskaber. Kommunale aktieselskabshavne må udover de ydelser, som kan varetages af kommunale selvstyrehavne, også udføre havnerelateret operatørvirksomhed, fx stevedorevirksomhed. De kommunale aktieselskabshavne kan dog som udgangspunkt ikke udføre skibsrelaterede ydelser, fx trosseføring, bugsering og lodsning.

Privatretligt organiserede havne er en havn, hvor ejerkredsen udelukkende er privat. Privatretligt organiserede havnes aktiviteter er ikke begrænset af havneloven.

Visse havne blev etableret med tilknytning til særlige virksomheder med specielt behov for transport, fx kraftværker. I forbindelse med tilladelsen til anlæg

11 *Lov nr. 326 af 28. maj 1999 om havne med de ændringer der fremgår af Lov nr. 1221 af 27. december 2003 og Lov. nr. 143 af 7. juni 2005.*

12 *Københavns frihavn har dog sin egen lov: Lov nr. 141 af 31. marts 1960 om Københavns frihavn. Loven indebærer, at koncessionshaver (Copenhagen Malmö Port har i øjeblikket koncession til havnedriften i Københavns Havn og Malmø Havn) har eneret til at udføre visse havnetjenesteydelser på frihavnsområdet, og at grunde og bygninger på frihavnsområdet er fritaget for skatter.*

13 *Herudover findes også statshavne, hvor der i dag kun er én.*

af disse havne fastsatte Transport- og Energiministeriet oprindeligt begrænsninger i disse havnes anvendelsesområde. Det betød, at havnene ikke er åbne for besejling af andre skibe end de, der er knyttet til den særlige virksomhed.

Med virkning fra januar 2004 fik disse havne mulighed for at ophæve de oprindeligt fastsatte begrænsninger i havnens anvendelsesområde ved anmeldelse til Transport- og Energiministeren. Det betyder, at private havne kan få ret til at laste og losse en hvilken som helst form for gods. Men det betyder også, at havnen får modtagepligt for alle skibe efter samme regler, som gælder for havne generelt.

I forbindelse med havnelovens vedtagelse i 2000 fik nogle af havnene ret til at fortsætte med at udføre aktiviteter, som de hidtil havde udført, uanset at de pågældende havne efter deres organisationsform ikke var berettiget hertil. Disse såkaldte "grandfather rights" betyder, at nogle kommunale selvstyrehavne og kommunale aktieselskabshavne har lov til at udføre skibsrelaterede ydelser som fx bugsering, mens andre havne med samme organisationsform ikke har samme muligheder.

Ved ændringen af havneloven i juni 2005 fik havne med en årlig godsomsætning på over 1,5 mio. tons mulighed for efter ansøgning og under nærmere vilkår at udføre skibsrelaterede hjælpetjenester.

EU´s forslag til havnetjenestedirektiv

I oktober 2004 udsendte EU-Kommissionen et nyt forslag[14] til direktiv om adgang til markedet for havnetjenester. Formålet med direktivet er at styrke konkurrencen på den enkelte havn mellem leverandører af havnetjenester (havnevirksomheder).[15] Direktivet skal gælde for alle havne i medlemsstaterne, der har en årlig godsomsætning på over 1,5 mio. tons eller over 200.000 passagerer. Direktivet omfatter havnetjenester, der i denne sammenhæng vil sige: Lodsning, bugsering og fortøjningstjenester samt alle former for godshåndtering og passagertjenester.

Hovedpunktet i forslaget er, at der etableres en autorisationsordning for havnetjenester. Denne indebærer, at en tidsbegrænset tilladelse til at drive havnevirksomhed i en given havn skal gives til alle leverandører af havnetjenester, som opfylder på forhånd fastsatte objektive, relevante og ikke-diskrimine-

14 *EU-Kommissionen har tidligere i 2001 fremsat forslag til havnedirektiv, der imidlertid blev forkastet af EU-Parlamentet.*

15 *EU-Kommissionen har i tilslutning til direktivforslaget oplyst, at Kommissionen for at styrke vilkårene for lige vilkår mellem havnene vil tage initiativ til at fastsætte rammebestemmelser for offentlige investeringer og finansielle forhold for havnene i medlemstaterne.*

rende kriterier. I forslaget er fastsat nærmere om udvælgelsesproceduren og om, hvordan kriterierne kan fastsættes, herunder at de skal være proportionale i forhold til målet, og at de skal offentliggøres.

Hvis kapacitetshensyn o.l. tilsiger, at der kun kan være et begrænset antal leverandører af havnetjenester, skal antallet fastsættes så højt som muligt.

Hvis det efter endt udvælgelsesprocedure ikke har været muligt at finde passende tjenesteleverandører, kan havnen selv vælge at levere den pågældende havnetjeneste på fastsatte almindelige vilkår for tjenesten i en periode, som ikke må overstige fem år. Hvis havnen selv leverer havnetjenester, skal havnetjenesteaktiviteterne adskilles fra havnens øvrige aktiviteter i et særskilt regnskab.

Hvis havnemyndigheden fastsætter begrænsninger i antal leverandører og selv er leverandør eller kontrollerer en leverandør af havnetjenesteydelser, skal medlemsstaterne udpege en anden og uafhængig kompetent myndighed til at udvælge og føre tilsyn med leverandører af havnetjenesteydelser.

For lodstjenester kan medlemsstaterne fastsætte særlige kriterier med udgangspunkt i søtransportsikkerhed og forsyningsforpligtelser, som bl.a. indebærer, at lodstjenester kan overdrages til en enkelt leverandør.

I forslaget er fastsat nærmere regler for selvservicering[16] som indebærer, at der kun kan nægtes selvservicering i særlige, nøje afgrænsede tilfælde. Reglerne fastsætter, at rederier skal kunne få tilladelse til, at deres skibe betjener sig af eget landbaseret personale. Skibe i fast rutefart i nærmere bestemte sammenhænge skal endvidere kunne anvende skibets faste søfarende mandskab til selvservicering. Ret til selvservicering er betinget af tilladelse, og kriterierne må ikke være strengere end de almindelige kriterier for tilladelse til at udføre havnetjeneste.

Lodsloven

Den eksisterende lodslov[17] giver lodsvæsenet og autoriserede havnelodser eneret til at udføre lodsninger i dansk territorialfarvand, herunder i, til og fra danske havne. Der findes autoriserede havnelodser i nogle få danske havne, herunder Århus, Rønne og Hirtshals havne, der er omfattet af denne analyse. De resterende danske havne betjenes af lodsvæsenet. Der er kun lodspligt i

16 *Selvservicering betyder, at rederier selv udfører visse havneserviceydelser (fx losning og lastning) på deres skibe ved eget personale i stedet for at købe disse ydelser hos havneoperatører.*

17 *Lbkg nr. 529 af 4. august 1989.*

særlige tilfælde, fx ved farlig last eller for store skibe, som skal bugseres under vanskelige besejlingsforhold. Andre skibe kan imidlertid også få lodsassistance.

I Lodslovsudvalgets betænkning fra den 20. december 2004[18] foreslås det, at lodsvæsenets eneret til at udføre lodsninger i, til og fra danske havne konkurrenceudsættes.

Konkurrenceloven

Konkurrenceloven[19] og EU´s konkurrencebestemmelser gælder for danske havne og havnevirksomheder på samme måde som for andre danske erhvervsvirksomheder.

Det indebærer, at danske havne og havnevirksomheder er omfattet af reglerne om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og forbud mod misbrug af dominerende stilling. De er endvidere omfattet af reglerne om fusionskontrol og ulovlig offentlig støtte.[20]

Hvis Konkurrencestyrelsen finder, at en offentlig regulering eller støtteordning kan have skadelige virkninger for konkurrencen eller en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, kan Konkurrencestyrelsen derudover afgive en begrundet udtalelse til vedkommende minister. I udtalelsen skal styrelsen påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på området.

Konkurrencevilkår og strukturforhold

Reguleringen af havne med forskellige organisationsformer og særlige rettigheder til nogle havne, jf. ovenfor, indebærer, at havnene har forskellige konkurrencevilkår. Hertil kommer særlovgivningen om Københavns Havn A/S og Københavns Frihavn.

Herudover kan forskelle i beliggenhed og relation til andre transportmæssige infrastrukturer betinge forskellige konkurrencevilkår. Endelig spiller størrelse og besiddelse af særlige anlægsfaciliteter en rolle for den enkelte havns konkurrencesituation.

---

18 *"Betænkning om lodsning i danske farvande", http://forsvaret.dk/FMN/Publikationer/*

19 *Lov om konkurrence, jf. lovbekendtgørelse nr. 539 af 28. juni 2002, med de ændringer, der følger af lov nr. 381 af 28. maj 2003 og lov nr. 1461 af 22. december 2004.*

20 *EU har taget initiativer til nærmere udmøntning af anvendelsen af konkurrencereglerne på havneområdet. Det drejer sig dels om adgang til markedet for havnetjenester, jf. omtalen af forslag til havnedirektiv ovenfor, og dels om offentlig støtte til havne, jf. fodnote 14.*

4.4 RESUMÉ AF ANALYSER AF HAVNE OG HAVNEVIRKSOMHEDER

Godsomsætningsanalyse

Projektgruppen har foretaget en analyse af godsomsætningen på danske havne for perioden 1997-2003/2004, jf. bilag 2. Nedenfor refereres hovedresultaterne af analysen.

Den samlede godsomsætning i de ca. 120 danske trafikhavne er faldet fra 124 mio. tons i 1997 til 100 mio. tons i 2004. Udviklingen er dog vendt fra 2002, hvor godsomsætningen var 94 mio. tons.

I 2004 har 25 havne en godsomsætning på over 1 mio. tons, og disse havne har en markedsandel på ca. 90 pct. Af de 25 største danske havne er 3 rene færgehavne. Der er 8 private specialhavne, som næsten udelukkende omsætter gods til brug for den tilknyttede hovedvirksomhed, fx kul til kraftværker og olie til raffinaderier. De resterende 14 havne har en blandet godsomsætning. For en række af disse havne gælder, at bestemte godstyper udgør en betydelig del af deres godsomsætning. Det gælder gods transporteret på færger (3-5 havne), råolie (1 havn) og containergods (1 havn). De fem største havne har i 2004 knap halvdelen af den samlede godsomsætning. Der er imidlertid forskelle på koncentrationsgraden på de forskellige delmarkeder, jf. nedenfor.

Faldet i godsomsætningen kan primært tilskrives faldet i omsætningen af færgegods i perioden. Udviklingen har betydet, at færgegodsomsætningen i dag er koncentreret på færre og større havne. I 2004 har de fem største færgehavne knap 75 pct. af færgegodsomsætningen. På tre af disse havne går færgeruterne til udlandet. Andelen for de fem største færgehavne var i 1997 ca. 40 pct.

Også omsætningen af kul er faldet set over perioden som helhed. Kulomsætningen varierer dog relativt meget fra år til år ud fra behovet for kul til energiproduktion. Behovet for kul afhænger bl.a. af substitutionsmulighederne til import af elektricitet, som varierer fra år til år. Kulomsætningen er koncentreret til de store private kraftværkshavne, hvis omsætning således er stærkt varierende.

Multimodale godstyper er først og fremmest containergods og RoRo-gods. Sidstnævnte er rullegods, som selv kan køre ombord i skibet via lastbiler og løstrailere. RoRo-gods indgår både i færgegods og som gods i særlige RoRo-godsfragtskibe uden passagerer.

Søtransport via containerskibe og RoRo-fragtskibe spiller en stigende rolle i den internationale vareudveksling. Disse transportformer stiller imidlertid særlige krav til faciliteter og servicering i havnene. Både omsætningen af stykgods i containerskibe og i Ro-Ro-fragtskibe er steget kraftigt i perioden og udgør i dag en betydelig del af den samlede stykgodsomsætning i danske havne. I forhold til den samlede godsomsætning i tons er andelen ca. 8 pct. Men stykgods har gennemsnitligt større værdi end andre godstyper (bulk), og udviklingen i stykgodsomsætningen har derfor relativt stor betydning for havnenes økonomi. Kun 6-7 danske havne er i stand til at omsætte containergods. Den største containerhavn har i dag 65 pct. af containergodsomsætningen, og de to største har 86 pct. af containergodsomsætningen. Også omsætningen af gods i RoRo-fragtskibe er fordelt på relativt få havne, hvor de seks største havne har 97 pct. af omsætningen i 2004.

Omsætning af olie kræver særlige havnefaciliteter. Olieomsætningen er da også koncentreret på få havne.

Omvendt er godsomsætningen af kategorierne fast bulk ekskl. kul og øvrige stykgods, som omfatter flere forskellige godstyper, spredt på et større antal havne.

Antallet af mellemstore havne med en godsomsætning på 1-2 mio. tons er i perioden blevet større. Samtidig er antallet af små erhvervshavne med en godsomsætning på 0,5-1 mio. tons blevet mindre. For de større havne med en godsomsætning på over 2 mio. tons, herunder også de største havne, har udviklingen været meget forskellig, jf. ovenfor.

Konsulentfirmaet TetraPlan har for projektgruppen foretaget en række specialanalyser af danske havne, stevedorevirksomhed, skibsmæglervirksomhed og udvalgte udenlandske havne, jf. bilag 1. Projektgruppen har foretaget en analyse af overenskomstforhold for havnearbejdere, jf. bilag 3. Hovedresultaterne af analyserne refereres i det følgende.

Danske havne

Analyserne er baseret på indhentning af oplysninger fra de største erhvervshavne i Danmark. De private specialhavne er dog ikke omfattet af analyserne. De rene færgehavne indgår kun delvist i nogle af analyserne. Det overordnede billede af de største danske havne er, at de er forskellige i mange henseender.

Havnene har forskellig størrelse. Derudover er der store forskelle i de godstyper, som spiller en rolle i de enkelte havne. Endelig er der forskelle i havnenes rettigheder i relation til at udføre havnerelateret operatørvirksomhed og skibsrelaterede hjælpetjenester, jf. afsnit 3. Det betyder, at havnene i vidt

omfang agerer på forskellige markeder, og at de har en forskellig konkurrencesituation.

Her spiller forskelle i beliggenhed også en rolle. Gunstig beliggenhed i forhold til korte søafstande er af særlig betydning for færgehavne. Beliggenheden har således også haft betydning for udviklingen for de enkelte havne, der ligeledes har været forskellig.

Af regnskabsanalysen kan udledes, at selv om der forskelle mellem havnene, der også afspejler sig i regnskabstallene[21], er det gennemgående indtryk, at havnene har en god økonomi.

Den gennemsnitlige omsætning[22] i perioden 2000-2003 har været stigende, og næsten alle havnene har gennem disse år haft positive driftsresultater. Overskudsgraden[23] er høj (ca. 20 pct. i gennemsnit) og har været stabil gennem årene. Den gennemsnitlige afkastningsgrad[24] (knap 5 pct.) er derimod ikke specielt høj. Dette skal dog ses på baggrund af det meget store kapitalapparat i havne samt det forhold, at en række havne har foretaget store investeringer i perioden. Soliditetsgraden[25] er desuden større (godt 50 pct. i gennemsnit) end i de fleste andre brancher. For havnene under et er både omsætning og overskud pr. ansat steget i perioden.

De største overskudsgrader ses hos havne med den største godsomsætning, herunder havne med betydende omsætning af containergods og færgehavne[26]. Det er samtidig de havne, som har investeret mest i perioden. Hovedparten af disse havne har endvidere en relativ høj grad af disponeringsfrihed, hvad angår havne- og skibsrelaterede tjenesteydelser.

I forbindelse med regnskabsanalysen er der endvidere på grundlag af regnskabstallene og data fra Danmarks Statistik beregnet udviklingen i skibsafgifter pr. skibsanløb i BT og vareafgifter pr. tons gods. Herved fås et indtryk af havnenes faktiske gennemsnitlige takstniveau inklusive alle rabatter. For havnene under ét har tendensen været et beskedent fald i skibsafgifter pr. BT og et lidt større fald i vareafgifter pr. tons gods. Den stigende omsætning og de

---

21 *Variationen mellem havnene kan fx ses af følgende tal for 2003: Omsætning varierer fra 9 mio. kr. til 420 mio. kr. Overskudsgrad varierer fra ca. -5pct. til godt 50 pct., og afkastningsgrad varierer fra ca. -1 pct. til 15 pct. Soliditetsgraden varierer fra 11pct. til 99 pct.*

22 *Havnenes omsætning (gennemsnitsandelen af de enkelte indtægter er angivet i parentesen) består af: Skibsafgifter (18 pct.), vareafgifter (30 pct.), kranleje o.l. (18 pct.), arealleje (20 pct.) og andet (14 pct.).*

23 *Resultat før renter i forhold til omsætning.*

24 *Resultat før renter i forhold til samlede aktiver.*

25 *Egenkapital i forhold til samlede passiver.*

26 *Det bemærkes, at de havne, som betegnes som færgehavne i analysen, ikke er direkte berørt af lukninger af færgeruter i forbindelse med ibrugtagen af Øresundsbroen og Storebæltsbroen.*

gunstige regnskabsresultater er således ikke fremkommet ved stigende enhedspriser. Spredningen i enhedspriserne vil blive yderligere omtalt nedenfor i forbindelse med takstanalysen.

Det har kun været muligt at indhente oplysninger om skibsafgifter og vareafgifter ud fra officielle takster i takstblade m.v. Da der i betydeligt omfang gives rabatter, og da disse rabatter ofte er individuelle, er det ikke muligt ud fra de officielle listepriser at få et billede af havnenes prisstrategi og betydningen heraf for havnenes muligheder for vækst.

Skibsafgiften varierer for forskellige typer skibe. Som eksempel kan nævnes, at listeprisen for skibsafgift pr. BT for "generelle anløb" i 2004 varierer fra 1,40 kr. til 3,60 kr. med et gennemsnit på 2,60 kr. Til sammenligning er den beregnede gennemsnitlige skibsafgift i 2003, jf. ovenfor, 1,21 kr. Det passer godt med, at det af undersøgelsen fremgår, at havne ifølge takstbladene giver rabatter på mellem 1/3 og 2/3 af de opgivne takster. Rabatterne i de enkelte havne varierer meget. Forskellen mellem listepris og faktisk pris er størst i færgehavne og havne med mange linieskibe, hvor der er hyppige og regelmæssige anløb.

Udviklingen i de officielle skibsafgifter fra 1997 til 2004 har fulgt den almindelige prisudvikling for nogle skibstyper og ligget noget over for andre. Men samtidig har den beregnede gennemsnitlige skibsafgift, jf. ovenfor, vist en svagt faldende tendens.

Vareafgiften er forskellig for de forskellige typer gods. For nogle godstyper er der endvidere nogen variation mellem havnene. Efter det oplyste gives der ikke generelt rabat på vareafgifter.

Sammenholdes den generelle vejledende vareafgift fra takstbladene med den beregnede vareafgift ud fra regnskabsoplysninger i den enkelte havn, fremgår det, at de beregnede vareafgifter i mange havne er betydeligt lavere. Dette indikerer, at de faktiske vareafgifter er lavere end den generelle vareafgift. Dette skyldes dels, at den faktisk realiserede vareafgift er afhængig af godssammensætningen i den enkelte havn, hvor vareafgiften pr. tons for mange godstyper ligger betydeligt under den generelle vareafgift. Men for nogle havne tyder de beregnede vareafgifter på, at der i et vist omfang indgås individuelle aftaler med lavere vareafgifter end de opgivne vareafgifter i takstbladene.

Udviklingen i de officielle vareafgifter fra 1997 til 2004 har været forskellig for de forskellige godstyper. Vareafgiften pr. tons containergods er faldet med 2

---

27 Nettoprisindekset er i samme periode steget 16 pct.

pct. For de øvrige godstyper er vareafgifterne pr. tons steget 5-15 pct.[27] Men samtidig er den beregnede vareafgift pr. tons faldet med næsten 18 pct. fra 2001 til 2003.

Udover indtægter fra skibsafgifter og vareafgifter har havnene i forskelligt omfang indtægter fra leje af kraner o.l. samt leje af arealer og pakhuse. Desuden har nogle havne indtægter fra egen stevedorevirksomhed samt lodstjenester og bugsertjenester o.l. Havnenes priser på disse ydelser er ikke særskilt belyst men indgår i beregningen af de samlede havneomkostninger for udvalgte skibstyper, se nedenfor.

Det er imidlertid forsøgt at analysere forskelle i havnenes sammensætning af indtægter. Skibs- og vareafgifter udgør mellem 34 pct. og 71 pct. af havnenes samlede indtægter. For alle havne er indtægten fra vareafgifter større end indtægten fra skibsafgifter. I halvdelen af de undersøgte havne er andelen af andre indtægter større end indtægten fra skibs- og vareafgifter. De fleste af de største havne ligger i denne gruppe. Disse havne har således også betydelige indtægter fra leje af kraner, arealer og pakhuse og i nogle tilfælde endvidere fra havne- og skibsrelaterede hjælpetjenester, som nogle af disse havne har lov til at udføre. Endelig har nogle havne særlige indtægter fra passagerer og fra landinger af fisk. Målt på afkastningsgraden ligger disse havnes indtjening på gennemsnittet.

Til yderligere belysning af havnenes indtægtsdannelse er det forsøgt at analysere betydningen af, at havnene har forskellige muligheder for at disponere havne- og skibsrelaterede tjenesteydelser. Kommunale aktieselskabshavne har således i modsætning til den almindelige kommunale selvstyrehavn mulighed for selv at foretage havnerelaterede tjenesteydelser (fx stevedoring). Men enkelte havne - både kommunale selvstyrehavne og kommunale aktieselskabshavne - har derudover tilladelser til at foretage skibsrelaterede tjenesteydelser (fx lodsning og bugsering) i forskelligt omfang i kraft af de såkaldte "grandfather rights", jf. afsnit 3. I analysen er udviklet en række nøgletal til sammenligning af havnene opdelt i grupper.

Resultatet af analysen er ikke entydig, hvad angår betydningen af "grandfather rights".

Forskellene i nøgletal mellem kommunale aktieselskabshavne og kommunale selvstyrehavne i øvrigt synes relativt små.

Stevedorer og skibsmæglere

Oprindelig var hovedopgaven for stevedorevirksomheder at laste og losse skibe, mens skibsmæglere tog sig af befragtning og disponering af skibe samt

klarering. Områderne har siden gennemgået en betydelig udvikling og brancheglidning, således at det i dag er mere naturligt at tale om havneentreprenører eller havnevirksomheder, som kan udføre mangeartede opgaver og være ret forskellige.

Stevedoreydelser og skibsmæglertjenester kræver i Danmark ikke autorisation og udbydes af selvstændige havnevirksomheder, som ofte er aktive i flere havne. Desuden kan nogle havne selv udbyde stevedoreydelser, jf. ovenfor. Havnevirksomhederne er således i konkurrence om at få opgaverne i havnene. Men samtidig er mulighederne for aktuel konkurrence mellem flere havnevirksomheder i den enkelte havn på kort sigt begrænset. Det skyldes, at kapaciteten i de fleste danske havne er for lille til, at flere virksomheder vil kunne udnytte den effektivt. Den relative betydning af omkostninger til stevedoreydelser og skibsmæglertjenester varierer afhængig af godstype, jf. nedenfor.

Containergods er den godstype, hvor stevedoreomkostningerne udgør den største andel af de samlede omkostninger (40-50 pct.). For containerterminaler er det en international erfaring, at der kun er én stevedoreoperatør på den enkelte terminal. Store containerhavne kan imidlertid have flere terminaler. Århus Havn, som er Danmarks største containerhavn, har således to terminaler med hver sin operatør.

Vejledende listepriser findes kun i begrænset omfang. Til brug for analyserne i denne rapport er der på grundlag af oplysninger fra udvalgte virksomheder udarbejdet en samlet regnskabsanalyse af henholdsvis stevedorevirksomheder og skibsmæglervirksomheder. Desuden er der beregnet priser for udvalgte ydelser til belysning af de typiske stevedoreomkostninger og skibsmæglerom-kostninger i de enkelte havne, jf. afsnittet om de samlede omkostninger for udvalgte skibstyper nedenfor.

Tendensen går mod færre og større havnevirksomheder. I modsætning til havne er havnevirksomheder ikke kapitaltunge. Stevedorevirksomhed er forbundet med relativt høje lønomkostninger, idet det manuelle havnearbejde typisk udføres af disse virksomheder, jf. nedenfor om overenskomstforhold. Prisudviklingen for stevedorevirksomhed tenderer derfor mod at følge den almindelige lønudvikling. For skibsmæglertjenester er priserne faldet fra 1997 til 2003.

Overenskomstforhold for havnearbejdere

De danske havnearbejderoverenskomster består af såvel centrale som lokale elementer, som er præget af den historiske betydning af det traditionelle løsarbejdersystem.

I mange navnlig mindre havne varierer arbejdsopgaverne fra dag til dag afhængig af antallet af skibsanløb. I sådanne havne udføres arbejdet i stor udstrækning ved, at havnevirksomhederne konkret hyrer løsarbejdere fra gang til gang til de enkelte specifikke opgaver. Dette betyder, at havnearbejdere i løsarbejdersystemet ikke har en "normal" 37 timers arbejdsuge, men derimod kan have både perioder uden arbejde og perioder, hvor en betydelig del af arbejdet udføres uden for normal arbejdstid. Disse særlige forhold afspejler sig i overenskomsterne, der indeholder særlige regler for bl.a. dagpenge samt genetillæg i form af overarbejdsbetaling og ventepenge, jf. nærmere i bilag 3.

I nogle havne har havnevirksomhederne bedre muligheder for at anvende fastansatte havnearbejdere (terminalarbejdere), der kan udføre flere forskellige opgaver på havnen inden for normal arbejdstid. Det gælder navnlig større havne og havne med liniefart.

Af lønstatistikken fremgår havnearbejdernes almindelige timeløn uden genetillæg for overarbejde m.v. Havnearbejdernes timeløn er på niveau med timelønnen for en række arbejdsfunktioner inden for bygge- og anlægsvirksomhed og er ca. 15 pct. højere end den gennemsnitlige timeløn for industriarbejdere og transport- og lagerarbejdere.

I den almindelige lønstatistik er det ikke muligt at belyse betydningen af genetillæg på arbejdsfunktioner som fx havnearbejde. Genetillæg er kun opgjort for bredere arbejdsfunktioner; såkaldte hovedarbejdsfunktioner

Til illustration af de særlige arbejdstidsforhold for nogle havnearbejdere har en større dansk stevedorevirksomhed opgjort timeforbruget for havnearbejdere og terminalarbejdere i 2004. Opgørelsen viser, at timer med overarbejdsbetaling udgør en lille tredjedel af de normale arbejdstimer, mens andelen af timer med ventepenge er begrænset. Fokuseres nærmere på henholdsvis løsansatte og fastansatte havnearbejdere viser opgørelsen, at mens de løsansatte havnearbejderes andel af timer med overarbejdsbetaling udgør næsten halvdelen af de normale arbejdstimer, så er samme andel under 20 pct. for de fastansattes vedkommende. Andelen af timer, der aflønnes med ventepenge udgør for de løsansatte havnearbejderes vedkommende knap 7 pct. og 3 pct. for de fastansatte.

De genetillæg, som skal betales ved overarbejde o.l., har betydning for havnevirksomhedernes samlede arbejdsomkostninger. Da der som nævnt ikke foreligger statistik for havnearbejderes genetillæg, er det ikke muligt at opgøre de gennemsnitlige arbejdsomkostninger for havnearbejdere, herunder betydningen af de særlige arbejdstidsforhold.

Lodser

Markedet for havnelodstjenester er et offentligt reguleret marked med begrænset konkurrence, jævnfør afsnit 3. I den enkelte havn udføres havnelodsning enten af Lodsvæsenet eller af havnens egne lodser i de få havne, der har tilladelse til at have egne autoriserede lodser.

Lodsvæsenets takster fastsættes af forsvarsministeren. Taksterne er differentieret i takstklasser, der afspejler forskelle i sværhedsgrader ved besejlingsforholdene i de enkelte havne. Der er betydelig forskelle (over 100 pct.) i taksterne for samme skib mellem havnene. Lodsvæsenet har de seneste to år nedsat sine takster. Lodsvæsenets takster for havnelodsning er i 2004 knap 8 pct. lavere end 2002 og ca. 5 pct. lavere end i 1997.

I Århus Havn, der har egen lodsvirksomhed, er taksterne gennemgående mindre end Lodsvæsenets laveste takstklasse.

Bugsering

I modsætning til lodstjenester kræver bugsering ikke autorisation. Men også på markedet for bugsering er konkurrencen begrænset. Bugseringsselskabet Svitzer, som opererer i de fleste danske havne, har omkring 75 pct. af det samlede bugseringsmarked i Danmark. Herudover er der enkelte andre selvstændige bugseringsselskaber, som hovedsagligt opererer i lokale områder. Private havne kan selv foretage bugsering, men blandt kommunale selvstyrehavne og kommunale aktieselskabshavne er det kun 5-6 havne, der med ”grandfather rights” har lov til selv at udføre bugsering.

Denne markedsstruktur betyder, at der kun i få havne aktuelt er konkurrence mellem flere udbydere af bugseringstjenester. I havne med egne bugserbåde vil selvstændige bugseringsselskaber normalt kun gå ind i særlige tilfælde.

Svitzers har inddelt havnene i forskellige takstgrupper. Der er betydelige forskelle i bugseringstaksterne for samme skib mellem havne i forskellige takstgrupper. Svitzers takster er i de seneste år steget med godt 2 pct. om året og er i 2004 ca. 10 pct. højere end 2000.

Samlede havneomkostninger for udvalgte skibstyper

For at give mulighed for en mere direkte sammenligning mellem havnene er der foretaget en beregning af de samlede omkostninger i hver havn for anløb af bestemte udvalgte typer skibe med en konkret last. Skibstyperne omfatter forskellige tankskibe, tørbulkskibe, containerskibe, RoRo-skibe og stykgodsskibe. Omkostningerne er opdelt i skibsafgifter, vareafgifter, kranleje, stevedo-

reydelser, skibsmæglertjenester, trosseføring, bugsering og havnelodstjenester.

Omkostningerne er beregnet ud fra listepriser for skibe, som anløber havnen en enkelt gang. Analysen tager derfor hverken hensyn til officielle rabatter eller individuelt aftalte rabatter, som typisk forekommer med redere med faste og hyppige anløb. Hertil kommer, at nogle skibe (fx større tankskibe, containerskibe og RoRo-skibe) i praksis kun kan anløbe ganske få danske havne. Analyseresultaterne må derfor tages med forbehold. Det gælder både i relation til forskellene mellem havnene, og hvad angår andelen af de enkelte omkostningselementer.

Analysen viser relative store forskelle mellem havnene i de samlede omkostninger ved anløb af samme type skib. Forskellen i de samlede omkostninger mellem den billigste og dyreste havn er mellem 20 pct. og over 100 pct. afhængig af skibstype.

Der er en tendens til, at de samlede omkostninger er højest i de havne, som har elementer af beliggenhedsmonopol. Der er endvidere eksempler på, at de officielle takster er ret ens for havne for havne med relativt tæt geografisk beliggenhed og ensartede aktiviteter.

Analysen viser endvidere, at de forskellige omkostningselementer vejer forskelligt afhængigt af skibstype. Havneafgifternes andel af de samlede omkostninger er størst for tankskibe (75 pct. til godt 90 pct.). Havnevirksomhedernes (stevedoring og skibsmægling) andel af de samlede omkostninger er størst for containerskibe (godt 50 pct.).

Udenlandske havne

Som nævnt i afsnit 1 er konkurrenceevnen i forhold til udenlandske havne et væsentligt perspektiv for muligheden for vækst i danske havne. Det er derfor forsøgt at inddrage et mindre antal udenlandske havne i analysen. Disse omfatter havne i Norge, Sverige (herunder Gøteborg og Helsingborg havne) samt tre tyske havne (Lübeck, Kiel og Hamborg havne).

Det har ikke reelt været muligt at foretage en reel sammenligning af danske og udenlandske havne, hvad angår takster og samlede omkostninger ved anløb af bestemte typer skibe på grund af, at der ikke findes et relevant datasammenligningsgrundlag.

Nedenfor anføres en række strukturelle forhold ved de undersøgte udenlandske havne.

De udenlandske trafikhavne er kommunalt ejede ligesom hovedparten af de danske. Men de udenlandske havne er mindre regulerede end de danske. Det er således almindeligt, at svenske havne har egen stevedorevirksomhed og slæbebådsvirksomhed. De tre tyske havne har egne havneoperatører i selvstændige selskaber, som opererer på linie med private operatører i havnen.

9 ud af 32 svenske havne havde negative regnskabsresultater. 8 underskudsgivende havne har udover havnedrift dog også haft andre aktiviteter.

Generelt er de nævnte udenlandske havne større end de danske havne. Gøteborg, Lübeck og Hamborg havne er betydeligt større end den største danske havn (Fredericia Havn).

I Hamborg Havn er der 18 aktive operatører (havnevirksomheder), herunder 1 ejet af bystaten Hamborg, som også ejer havnen. Ca. 85 pct. af havnens indtægter fra skibsafgifter kommer fra containergods, RoRo-gods samt færger. Den overvejende del af den internationale trafik med containere til og fra Danmark benytter Hamborg Havn.

Sammenfatning af analyseresultaterne

På grundlag af analyserne kan der peges på en række overordnede forhold, som synes at have en positiv betydning for vækst i havnene.

En række færgehavne har haft vækst og samtidig gunstige regnskabsresultater. Ligeledes har nogle store havne formået at opnå øget omsætning af særlige godstyper så som containergods, der er et markedsområde i generel vækst.

For færgehavnene synes beliggenheden at være den afgørende faktor. For en række andre havne synes flere forhold i forening at spille en rolle for mulighederne for vækst. Navnlig størrelse synes at være betydningsfuld. Men også specialisering i bestemte godstyper og transportformer kan have betydning for vækstmulighederne. Endelig synes en vis bredde i indtægtskilderne at kunne give et gunstigt udgangspunkt for vækst.

Undersøgelsen viser, at udenlandske havne, som står i et konkurrenceforhold til danske havne, har betydelig større godsomsætning. Herunder specielt en større omsætning af multimodale godstyper som containergods og RoRo-gods, som spiller en særlig rolle i den internationale konkurrence om transport af gods. De udenlandske havne har desuden større frihed til at udføre havne- og skibsrelaterede tjenester, som ligger ud over den snævre havnedrift. Endelig har de store udenlandske havne flere operatører i den enkelte havn.

Størrelse har betydning af flere grunde. Det er nødvendigt, at en havn har en vis størrelse for at kunne håndtere en række godstransporttyper, som i dag er i generel vækst inden for søtransport, fx containertransport og RoRo transport. Det skyldes, at disse transportformer stiller særlige krav til forskellige anlægsfaciliteter og serviceformer. Men samtidig vil netop disse transportformer (ligesom færgetransport) i stor udstrækning kunne foregå som linietrafik med faste ruter. Dette forhold giver bedre muligheder for planlægning og omkostningsminimering. Denne opgave vil yderligere blive styrket, hvis havnen har gode muligheder for at disponere sin arbejdskraft mellem flere forskellige ydelser. Størrelse betyder endvidere, at der bliver bedre muligheder for konkurrence mellem forskellige operatører.

Analyseresultaterne synes således at pege på, at vækst i den danske havnesektor forudsætter, at det fremtidige havnelandskab i Danmark kommer til at bestå af færre men større havne. De store havne skal kunne udvikle effektivitet og dermed større konkurrencekraft i forhold til udenlandske havne og landtransport gennem:

- høj grad af specialisering i bestemte transportformer og godstyper
- udnyttelse af stordriftsfordele og bedre kapacitetsudnyttelse
- bedre muligheder for konkurrence inden for havnen mellem flere operatører

Guldvinder i økonomi - Contractual Agreements in the Vertical Chain

Contractual Agreements in the Vertical Chain

- An Analysis of the Ice Cream Industry

by

Nikolaj Warming Larsen (0424617)

Submitted to the Department of Economics and Econometrics
on 01 October 2005, in partial fulfillment of the
requirements for the degree of
MS.C of Economics

Abstract

With this master dissertation, the aim is to contribute to the understanding of how advers selection and moral hazard problems complicate the contractual agreements between the up stream and downstream firm. Furthermore, how does demand uncertainty and flexible resal prices affect these contractual difficulties. Finally, the contractual agreements in the ice crean market are analyzed and a new method of serving ice cream, which will make vertical cooper ation easier to sustain, is described.

Thesis Supervisor: Dr. Sander Onderstal
Title: First Supervisor

Thesis Supervisor: Prof. dr A.J.H.C Schram
Title: Second Supervisor

Contents

1 Introduction **5**

2 The Model **9**

2.1 Model 9

2.2 Double Marginalization and Moral Hazard 13

2.2.1 Nonintegrated Vertical Chain 13

2.2.2 Integrated Vertical Chain 14

2.3 Solutions to Double Marginalization and Moral Hazard 15

2.4 Conclusion 16

3 Adverse Selection **18**

3.1 The Model with Adverse Selection 19

3.1.1 The Optimal Contract without Adverse Selection 20

3.1.2 The Optimal Contract with Adverse Selection 22

3.2 Conclusion 27

4 Moral Hazard **29**

4.1 The Model with Moral Hazard 31

4.2 The Optimal Contract without Moral Hazard 32

4.3 The Optimal Contract with Moral Hazard 34

4.4 The Optimal Contract with Moral Hazard and Limited Liability 36

4.5 Conclusion 37

5 Flexible Resale Prices & Fluctuating Demand **39**

5.1 The Model with Flexible Resale Prices and Fluctuating Demand 40

5.2 Flexible Resale Prices 41

5.3 Fixed Resale Prices 43

5.4 Conclusion 45

6 The Ice Cream Industry **47**

6.1 The Ice Cream Shop with Flexible Resale Prices 48

6.2 Vertical Restraints in the Ice Cream Industry 50

6.2.1 The Relevant Market 53

6.3 Conclusion 55

7 Conclusion **56**

7.1 References 58

7.2 Appendix 61

Chapter 1

Introduction

Vertical restraints have historically attracted much attention from companies and competition authorities. Economic theorists like Mathewson and Winter (1984), Rey and Tirole (1986), Gal-Or (1991), Blair and Lewis (1994), Martimort (1996) and Rey and Jullien (2000) have demonstrated that an appropriate design of vertical restraints allows the upstream firm to influence the behavior of their retailers. Moreover, Lafantaine (1992) supported the theory with empirical evidence. The interest for vertical restraints started after Spengler (1950) proved that the distinction between horizontal and vertical integration is crucial in justifying whether firms should be allowed to merge. The intuition was that horizontal integration would lead to higher market concentration and thus higher consumer prices, which would decrease the consumer surplus and therefore integration, should be illegal per se. While higher consumer prices might be a consequence of horizontal integration, Spengler proved that vertical integration could actually lead to lower consumer prices, larger profit and larger consumer surplus. The idea was that any vertical chain consisting of an upstream- and a downstream firm could generate a higher total profit if the upstream firm charged a lower wholesale price to the downstream firm. The lower wholesale price would provide the right incentives for the downstream firm to also charge a lower resale price, which would ultimately increase the demand and thereby increase the total vertical profit. In other words, vertical integration would eliminate the double marginalization problem (hereafter DMP) and make both consumers and firms better off.

While vertical integration in some situations is practically impossible because of lack of abilities, interest of conflicts and financial constraints most recent research has focused on

how different vertical restraints can help to sustain coordination between the upstream and the downstream firm. In other words, how can the firms create an incentive structure where both upstream- and downstream firms are better off by coordinating their actions than profit maximizing individually. Examples of vertical restraints are resale price maintenance (hereafter RPM), two part tariff, franchise fee, exclusive territories, quantity fixing etc.[1].The underlying idea of all these vertical restraints is the construction of an incentive scheme in which the vertical chain generates the highest possible profit without changing the ownership structure of the firms. But even the construction of optimal vertical restraints can be very difficult due to asymmetric information. There are two types of asymmetric information problems that complicate the contractual agreements in the vertical chain - adverse selection and moral hazard problems. Both concepts are extremely important to analyze and understand in order to construct the optimal incentive contracts.

Adverse selection arises if the downstream firm has more information about his own cost technology than the upstream firm. From the viewpoint of the upstream firm this information advantage creates a distortion away from the first best vertical restraint and leads to a lower profit for the upstream firm and a positive profit for the most efficient downstream firm.

Downstream moral hazard occurs when the effort provided by the downstream firm affects the demand. Take for example the clothing industry where the level of expertise from the employees in the retailer shops has a large impact on the costumer's decision to buy the clothes. To the extent that the effort level increases the demand, the upstream firm wishes to promote the downstream firm to provide effort because it will increase the total profit. However, very often effort is not observable and verifiable for the court of law. This makes it difficult to enforce a certain effort level since the variation in the demand is only a noisy signal of the effort level that the downstream firm has provided. Therefore, the upstream firm has to construct an incentive structure that automatically induces the downstream firm to provide the optimal effort level.

Both adverse selection and moral hazard problems complicate the contractual agreements between the upstream- and downstream firm and make the incentive structure challenging to understand especially when both problems occur simultaneously.

[1] See appendix for a more detailed description of the different vertical restraints

Adverse selection and moral hazard problems are thoroughly studied in the principal-agent theory[2] and much of this theory can directly be applied to solve the asymmetric information problems in the vertical chain. More importantly, there is one implicit assumption in the principal-agent theory that makes the theory perhaps more suitable for the vertical chain than the usual relationship between a principal and an agent. It is assumed that the principal and the agent both adopt an optimizing behavior and maximize their individual utility. Since the decision process and the factors which influence the utility maximization problem of an agent is much more indefinable than the profit maximization problem of a firm, the conclusion drawn in principal-agent theory may stand even stronger when applied to the vertical chain.

To place the rather theoretical discussion given above into a more practical perspective, a case study of the contractual agreements in the ice cream market is analyzed. The ice cream industry is an interesting example, because the final demand is very sensitive to weather variations. This property introduce demand uncertainty, which makes cooperation in the vertical chain even harder to sustain. Fluctuating demand increase the risk of overproduction and makes supply coordination more difficult. Today most ice cream retailers charge a fixed resale price. If the resale price is correlated with variations in the weather, cooperation in the vertical chain will be easier to sustain. This result is illustrated by the model and a more practical explanation of how to structure such an ice cream shop is also provided.

In this master dissertation, I seek to answer the following questions:

- Which vertical contracts solve adverse selection and moral hazard problems between upstream- and downstream firms?
- How can these vertical contracts be modified to the benefit of both upstream and the downstream firms?
- What is the optimal contract under demand uncertainty?
- Which kinds of vertical contracts are used in the ice cream market?

The remainder of the dissertation will be structured as follows. Chapter 2 outlines the model and show how double marginalization and moral hazard create price and effort distortions.

[2] See Laffont and Martimort (2002)

Chapter 3 and 4 analyze how adverse selection and moral hazard influence the contractual agreements. Chapter 5 models the effect of demand uncertainty combined with flexible prices. Chapter 6 offers a more practical explanation of how to construct an ice cream shop with flexible prices. Moreover, chapter 6 analyzes which vertical restraints are used in the ice cream industry in Europe. Finally, chapter 7 offers a conclusion and some extensions of the model.

Chapter 2

The Model

This chapter describes the basic model with adverse selection, moral hazard and double marginalization. The results found in chapter 2 through to 5 are based an and supported by the model. Section 2.2 analyzes how double marginalization and moral hazard creates price and effort distortions. Section 2.3 describes how standard vertical restraints can solve double marginalization and moral hazard. Chapter 3 analyzes, in more detail, how incomplete information about the downstream firm's effort-efficiency type affects the vertical restraints between the upstream and downstream firm. Chapter 4 returns to the moral hazard discussion and shows how standard vertical restraints should be modified to overcome the effort distortion. Finally, chapter 5 takes a different approach and shows how a new type of vertical restraint called "flexible resale prices" can eliminate the DMP and increase total profit and total welfare.

2.1 Model

Let us consider a vertical chain with one risk-neutral upstream- and one risk-neutral downstream firm with limited liability. The upstream firm produces an intermediate product with constant marginal costs c equal to zero. Suppose that the downstream firm sells the final product to the consumers for price p and pays a wholesale price p_w to the upstream firm. The demand is affected by price p, effort[1] e and the "state of the world" s. More precisely, the demand

[1] See the introduction in chapter 4 for a more specific definition of effort.

function is given by:

$$D(p, e, s) = (1 + e)\left[1 - \frac{p}{s}\right] \tag{2.1}$$

To motivate the definition of s consider the ice cream industry. When the temperature is high [low] the demand is high [low]. Hawkes and Piotrowski (2000) found empirical evidence that the demand for ice cream products in the US were significantly higher doing the period May to August than the rest of the year[2]. Moreover, note that the demand shift is exogenously affected and is not influenced by any other factors within the model[3].

For simplicity, suppose that s can take two values $s \in [3; 5]$ and $e \geq 0$. The downstream firm has complete information about the values of e and decides the effort level. The value of s is uncertain for both the upstream and downstream firm, but they have identical expectations regarding the value of s, $E\{s\} = 4$.

There exist two types of downstream firms efficient and inefficient types. To avoid competition between the two types suppose that they operate in two different areas and behave as successful monopolies. The downstream firm can either be an effort-efficient (hereafter E will denote an effort-efficient) or effort-inefficient (hereafter IE will denote effort-inefficient) type. Let ν $[1 - \nu]$ denote the probability that the downstream firm is efficient, θ^E $\left[\text{inefficient, } \theta^{IE}\right]$ where $\theta^E \geq \theta^{IE}$ and $\theta \in \left\{\theta^{IE}, \theta^E\right\}$. This finally lead us to the cost-function of the downstream firm:

$$\begin{aligned} C(\theta, e) &= \frac{1}{2}e^2 + e - \theta e \\ where\ \theta &\in [0; 1] \end{aligned} \tag{2.2}$$

Theta, θ, describes the downstream firm's effort-efficiency level. High [low] values of θ characterize an efficient [inefficient] downstream firm. Equation (2.2) is an increasing and convex function of effort. Hence, $C_e \geq 0$, $C_{ee} \geq 0$ and $C(\theta, 0) = 0$. Moreover, suppose that the downstream firm possesses a technology that turns one unit of input into one unit of output.

The vertical chain is *integrated* (hereafter subscript i denotes integrated) when the upstream and downstream firm operates as one unit and sells directly to the consumers. Moreover,

[2] See table 11 in Hawkes and Piotrowski (2000).
[3] I'll return to this issue in chapter 5, but for now consider s as an exogenous demand shock.

the upstream firm possesses the same information as the downstream firm when the vertical chain is integrated. In contrast, the vertical chain is *nonintegrated* (hereafter subscript *ni* denotes nonintegrated) when the upstream and downstream firm operate as two separated units. Moreover, when the vertical chain is nonintegrated the downstream firm sells the final product to the consumers and pay lump-sum transfer, t, to the upstream firm. Furthermore, the upstream firm only knows the stochastic probability of θ when the vertical chain is nonintegrated. Hence the profit functions for the integrated and nonintegrated vertical chain are respectively given by:

- *The integrated vertical chain's profit function:*

$$\Pi_i = pD(p, e, s) - C(\theta, e) \tag{2.3}$$

- *The downstream firm's nonintegrated profit function:*

$$\pi_{ni}^D = pD(p, e, s) - C(\theta, e) - t \tag{2.4}$$

which immediately leads us to the *upstream firm's profit function:*

$$\pi_{ni}^U = t \tag{2.5}$$

Lastly, the total nonintegrated vertical profit is given by:

$$\Pi_{ni} = \pi_{ni}^D + \pi_{ni}^U \tag{2.6}$$

A standard way of introducing moral hazard problems in the principal-agent theory is to assume that the agent is risk-averse. While this assumption seems to be accepted in the principal-agent theory[4], it is less useful when analyzing the incentive structure between firms. To some extent the downstream firm is capable of engaging in some negative transfers as long as they are not "too large". Thus, it seems more suitable to assume that the downstream

[4] See Prendergast (1999)

firm is protected by limited liability constraints that prevents the upstream firm from perfectly punishing the downstream firm when a low demand state is realized[5]. Let l denote the lower bound of the transfer level t that the upstream firm can request from the downstream firm and still encourage the downstream firm to participate:

$$pD(p, e, s) - C(\theta, e) - t \geq l \tag{2.7}$$

Before continuing there are a number of issues worth stressing. First, notice how the adverse selection problem is integrated into model. Normally, adverse selection problems are related to technology costs. Hence, the upstream firm does not have complete information about the downstream firm's cost technology. A standard problem with this approach is that the investment and inventory decisions made by the downstream firm may signal its type. By linking the adverse selection problem with the cost of providing effort, we somehow decrease the consequences of a signaling game[6], because it is harder to trace the effect of an investment in for example human capital or advertisement compared to an acquisition of a new machine.

Second, the model is a one stage game, where the upstream firm moves first as a Stackelberg leader anticipating the downstream firm's subsequent behavior and optimizing accordingly within the set of variables available in the contracts. The fact that it is an one stage game eliminates the impact of repeated interaction between the two firms. This means that the influence of reputation between the two firms is not analyzed in this model, and is left for later research.

Overall, the two main arguments for imposing vertical restraints are the price and effort distortions that arise with the DMP and downstream moral hazard. The next section shows how double marginalization generates an inefficient high resale price, and how moral hazard creates an inefficient, low effort level.

[5] See also Gibbons (2005) for a discussion of risk-aversion contra risk-neutrality between firms.

[6] For the interested reader see Milgrom and Roberts' (1982) and Bagwell and Ramey (1988) for a detailed discussion of signaling games.

2.2 Double Marginalization and Moral Hazard

Now suppose that the upstream firm use simple *linear pricing.* Hence, the upstream firm charges a wholesale price equal p_w. The downstream firm exerts a costly effort and sells the final product to the consumers for price p. To highlight the double marginalization and moral hazard problem let us also assume that there is only one effort-efficiency type and the state of the world parameter, s, is constant.

2.2.1 Nonintegrated Vertical Chain

By using backwards induction[7] we can find the optimal resale and wholesale price plus the optimal effort level for the nonintegrated vertical chain. In other words, the downstream firm solve the following problem:

$$\max_{\{e,p_{ni}\}} \; (p_{ni} - p_w)(1+e)\left(1 - \frac{p_{ni}}{s}\right) - \frac{1}{2}e^2 - e + \theta e \tag{2.8}$$

By calculating the first order condition for both variables we immediately see that:

$$\begin{aligned}
\frac{\partial}{\partial p_{ni}}\left((p_{ni} - p_w)(1+e)\left(1 - \frac{p_{ni}}{s}\right) - \frac{1}{2}e^2 - e + \theta e\right) &= 0 && (2.9)\\
\frac{s + p_w}{2} &= p_{ni} && (2.10)\\
\frac{\partial}{\partial e_{ni}}\left((p_{ni} - p_w)(1+e_{ni})\left(1 - \frac{p_{ni}}{s}\right) - \frac{1}{2}e_{ni}^2 - e_{ni} + \theta e_{ni}\right) &= 0 && (2.11)\\
(p_{ni} - p_w)\left(1 - \frac{p_{ni}}{s}\right) - 1 + \theta &= e_{ni} && (2.12)
\end{aligned}$$

note that p_{ni} depends on the state of the world, s, and the wholesale price, p_w, but not the effort level. By substituting equation (2.10) into equation (2.12) we get:

$$e_{ni} = \frac{(s - p_w)^2}{4s} - 1 + \theta \tag{2.13}$$

Now by substituting p_{ni} and e_{ni} into equation (2.1) we obtain the demand function for the

[7] Hence, first we solve the maximization problem of the downstream firm and afterwards we solve the maximization problem of the upstream firm.

upstream firm:

$$D\left(p_{ni}, e_{ni}, s\right) = \left(\frac{\left(s - p_w\right)^2}{4s} + \theta\right)\left(\frac{s - p_w}{2s}\right) \tag{2.14}$$

From equation (2.14) we instantly get the profit maximization problem for the upstream firm:

$$\max_{\{p_w\}} p_w \left(\frac{\left(s - p_w\right)^2}{4s} + \theta\right)\left(\frac{s - p_w}{2s}\right) \tag{2.15}$$

To relax the calculations and obtain the expected conclusion, it is sufficient to notice that the upstream firm always charge a wholesale price larger than zero:

$$p_w^* > 0 \tag{2.16}$$

2.2.2 Integrated Vertical Chain

Now suppose that the upstream- and downstream firm is one company. Thus, the product is sold directly to the consumers. In other words, the integrated vertical chain's profit maximization problem is given by:

$$\max_{\{p,e\}} p_i\left(1 + e_i\right)\left(1 - \frac{p_i}{s}\right) - \left(\frac{1}{2}e_i^2 + e_i - \theta e_i\right) \tag{2.17}$$

Again, by finding the first order conditions for both variables we can easily calculate the optimal resale price and effort level:

$$\frac{\partial}{\partial p_i}\left(p_i\left(1 + e_i\right)\left(1 - \frac{p_i}{s}\right) - \left(\frac{1}{2}e_i^2 + e_i - \theta e_i\right)\right) = 0 \tag{2.18}$$

$$\frac{s}{2} = p_i^* \tag{2.19}$$

$$\frac{\partial}{\partial e_i}\left(p_i\left(1 + e_i\right)\left(1 - \frac{p_i}{s}\right) - \left(\frac{1}{2}e_i^2 + e_i - \theta e_i\right)\right) = 0 \tag{2.20}$$

$$p_i\left(1 - \frac{p_i}{s}\right) - 1 + \theta = e_i \tag{2.21}$$

By substituting equation (2.19) into (2.21) we get the optimal effort level of the vertical integrated chain:

$$e_i^*\left(s, \theta\right) = \frac{s}{4} - 1 + \theta \tag{2.22}$$

By comparing equations (2.10) and (2.13) with (2.19) and (2.22) we see the effect of double marginalization and moral hazard. Overall, the consumers pays a higher resale price for a lower effort because $p_w^* > 0$. Both higher resale prices and lower effort leads to a lower demand, which generate a lower total profit for the nonintegrated vertical chain. The problem is that the two firms profit maximize individually instead of taking the other business partner into account. Hence, the downstream firm does not take the extra profit for the upstream firm associated with an increase in effort into account,

$$p_w \frac{\partial D(p, e, s)}{\partial e}.$$

Thus, because the upstream firm's mark-up makes the downstream firm's profit margin smaller than the vertical integrated structure, the downstream firm provides too low effort. Similar arguments can explain the price distortion. This leads us to the following proposition:

Proposition 1 *Double marginalization [moral hazard] creates an inefficient high [low] resale price [effort level] and therefore generates a lower total profit. Thus,*

$$p_{ni}^* > p_i^* \tag{2.23}$$

$$e_i^* > e_{ni}^* \tag{2.24}$$

$$\Pi_i > \Pi_{ni} \tag{2.25}$$

2.3 Solutions to Double Marginalization and Moral Hazard

RPM and two-part tariffs are often used to overcome double marginalization and downstream moral hazard. Other vertical restraints such as exclusive territories and quantity fixing are typically used to eliminate the effort distortion that arises under downstream moral hazard. RPM would eliminate double marginalization if both the wholesale and resale price were equal to p_i^*. The downstream firm would generate zero profit while the upstream firm would capture the whole vertical integrated profit. While RPM might solve the DMP the moral hazard problem still exists. Fixing the resale price at a certain level does not provide the right incentives for the downstream firm to exert the optimal effort. Thus, in markets where the upstream firm wishes

to induce the downstream firm to provide effort, RPM is seldom seen without another type of vertical restraint that induces the downstream firm to exert a certain effort level. Both exclusive territories and quantity fixing are good examples of vertical restraints that motivate and force the downstream firm to offer a higher effort level than with the nonintegrated structure. When there only exists one downstream firm it is obversely in its own interest to offer effort, and therefore vertical restraints like exclusive territories seem less efficient. However, using exclusive territories is an effective way to eliminate free-riding problems. Thus, in this specific model quantity fixing would probably be more suitable for inducing the downstream firm to exert a higher effort level. Another disadvantage regarding RPM is that it is illegal in many countries, because it makes collusion easier to sustain[8].

A two-part tariff, on the other hand, is legal and prevents the DMP if the upstream firm set a wholesale price p_w equal marginal cost c and a franchise fee equal Π_i. This type of two-part tariff provides the right incentive for the downstream firm to charge the optimal resale price and thereby generate the vertical integrated profit. The upstream firm can capture the total profit by requesting a franchise fee equal to the integrated profit. Moreover, this type of two-part tariff also induces the downstream firm to offer the same effort level as the integrated chain. This result follows directly by comparing equation (2.13) with (2.22) and inserting $p_w = 0$.

Overall, any wholesale price above the marginal cost creates price and effort distortion, which leads to higher resale prices and lower effort and consequently lower total profit. Thus, it is in the interest of both the upstream- and downstream firm to eliminate double marginalization and moral hazard problems by charging a wholesale price close to marginal cost. Empirically, Villas-Boas (2003) tested this hypothesis and found that the wholesale price in the yogurt market in the United States is close to the marginal costs.

2.4 Conclusion

To summarize, equation (2.1) and (2.2) describe the basic model, which will be explored in more details in the following chapters. Wholesale prices above marginal cost create both double marginalization and moral hazard, which leads to lower total profit, as per equation (2.25). A

[8] See also Motta (2004) and Rey and Jullien (2000)

standard way to overcome these problems is to impose non-linear pricing like two-part tariffs where the wholesale price is equal to the marginal costs and the franchise fee is equal the vertical integrated profit. By doing so, the nonintegrated vertical chain can generate the highest possible profit without changing the ownership structure of the two firms.

Note, however, that it is implicitly assumed that the upstream firm has complete information about the downstream firm's effort efficiency type. By introducing uncertainty about the value of the effort-efficiency parameter, θ, it is no longer possible for the upstream firm to charge the same franchise fee, since the downstream firm is better informed about his own effort-cost technology. Hence, the downstream firm has an information advantage, which the upstream firm has to pay for. Chapter 3 introduces uncertainty about θ and describes in more detail how adverse selection influences the contractual agreements in the vertical chain when effort, e, is observable and the state of the world variable, s, is constant. Later in chapter 4 it is assumed that effort is nonobservable, but that θ is known to both the upstream and downstream firm. Finally, in chapter 5 both e and θ will have no impact on the demand. Instead chapter 5 analyzes what happens when resale prices changes simultaneously with changes in s. Table 1 below summarizes the structure of chapter 3 to 5.

Variables\Chapter	3	4	5
θ	nonobservable	constant	no impact
e	observable	nonobservable	no impact
s	constant	constant	fluctuating
p	fixed	fixed	flexible

Table 1

Chapter 3

Adverse Selection

In section 2.2 the consequence of adverse selection was omitted. In other words, we assumed that the upstream and downstream firm had complete information about θ. This chapter analyzes how adverse selection influences and modifies the contractual agreements in the vertical chain, and thereby contribute to a deeper understanding of how asymmetric information problems might prevent supply coordination. The chapter is decomposed into two information setups - a complete and an incomplete information setup. The complete information setup works as a benchmark and illustrates how incomplete information generates an efficiency loss.

Adverse selection problems occur every day. When a principal, manager or an upstream firm delegates a task to another agent, employee or downstream firm, information problems arise. Every time a firm or person performs a task and is better informed about the costs than the one that delegating the task, an adverse selection problem arises. However, standard vertical restraints are indirectly based on the assumption that the upstream firm has complete information about the cost technology of the downstream firm i.e. adverse selection does not exist between the two firms. The optimal two part-tariff, for example, predicts that the vertical integrated profit can be achieved, if the upstream firm charges a wholesale price equal to the marginal costs, and requests a franchise fee equal to the downstream firm's profit. This is no longer true when adverse selection is present, because the downstream firm has an information advantage that the upstream firm has to pay for.

As mentioned in chapter 2 the concept adverse selection is analyzed in a slightly different way than usual. The following definition sheds light on the concept adverse selection used for

this specific model[1].

Definition 2 *When an upstream firm delegates a task to a downstream firm adverse selection problems arise if the latter has better information regarding his own effort-efficiency type before accepting the contract. The selection problem appears because the upstream firm has to select the downstream firm without knowing his effort-efficiency type.*

Previous literature and analyses in the area are Crocker (1983) and Gal-Or (1991). Crocker (1983) considers the case in which the retailer is privately informed about the costs, and shows that the manufacturer may vertically integrate to reduce the strategic use of information by the retailer. Gal-Or (1991) compares vertical restraints contracts based on quantity fixing and price restrictions in a setup of successive monopolies where moral hazard concerns are absent. Adverse selection can either be one-dimensional or two-dimensional according to the type of instruments used by the upstream firm's in order to extract the downstream firm information. In this setup, she emphasizes that the use of price restrictions reduces the consequences of the adverse selection problem, and it always improves productivity. This result indirectly implies that RPM unambiguously increases consumer surplus by decreasing the degree of double marginalization.

3.1 The Model with Adverse Selection

Take a look at the model described in chapter 2 and neglect downstream moral hazard for a moment. Hence, assume that effort, e, is observable and verifiable by the court of law. This is an important assumption which guarantees that effort can be used as a contract variable. This means that any deviation from the agreed effort level specified by the contract can be observed and punished. Similar assumptions are made for the second contract variable t. t is a lump-sum transfer (e.g. royalties) that the upstream firm receives from the downstream firm. Let $\mathbb{Z}$ be the set of feasible allocation:

$$\mathbb{Z} = \{(e, t) : e \in \mathbb{R}_+, t \in \mathbb{R}\}$$

[1] See Laffont and Martimort (2002) for a more general definition.

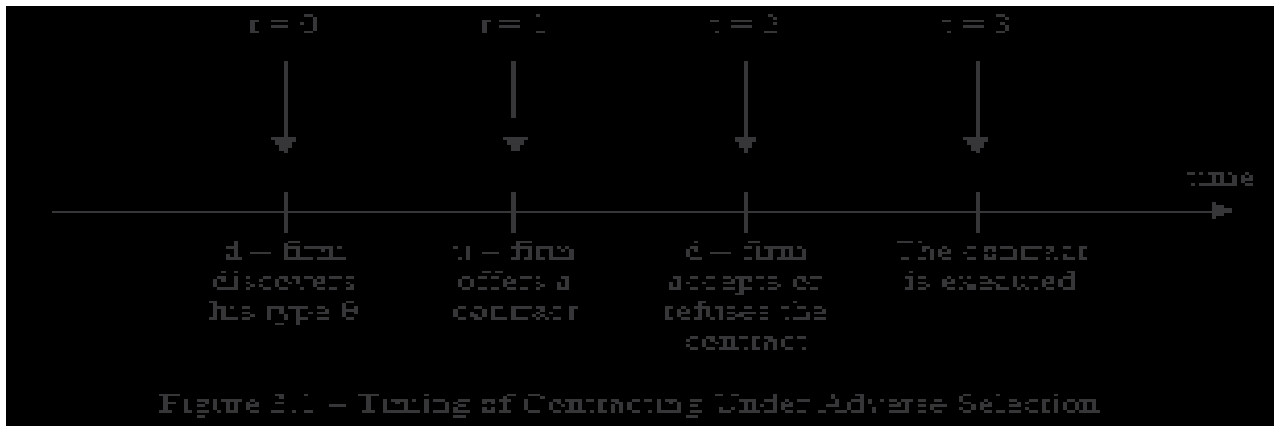


Figure 3.1 – Timing of Contracting Under Adverse Selection

The timing of the contract is as follows: First, the downstream firm discovers his effort-efficiency type. Second, the upstream firm offers a menu of contracts. Third, the downstream firm accepts or refuses the contract. Finally in the end of the period the contract is executed. See figure 3.1[2] above for graphical illustration.

It is worth stressing that the contractual agreement analyzed here and in the following chapters is based on nonlinear-pricing contracts. To avoid any price distortion it is assumed that both the wholesale price and marginal cost are equal to zero. Thus, the main objective of this section is to analyze how the franchise fee should be modified such that the upstream firm allocates its resources must efficiently. For that reason it is assumed that the state of the world parameter, s, is constant

For comparison, let us first analyze the contractual agreement when the upstream firm's has complete information about the downstream firm effort-efficiency type.

3.1.1 The Optimal Contract without Adverse Selection

Suppose that the upstream firm has complete information about the parameter, θ, and can observe e. The state of the world variable is still uncertain to the upstream firm. Thus, if the upstream- and downstream firm operate under market conditions were adverse selection is not present and effort is observable, the upstream firm can simply construct a contract that specifies an effort level e and a transfer level t, that exactly offsets the cost that the downstream firm faces from providing effort. Hence, if the downstream firm's outside alternative is normalized to zero, it can not do better than accepting the contract as long as it generates a profit larger

[2] Source: Laffont and Martimort (2002)

or equal to zero. In other word, without adverse selection the optimal contract only has to fulfil the downstream firm's participation constraint:

$$\pi_D = pD(p, e, s) - C(\theta, e) - t \geq 0 \tag{3.1}$$

Notice that the downstream firm's participation constraint is *similar* to the profit function given by equation (2.17). For that reason it immediately follows that the optimal effort and resale price is given by[3]:

$$p^* = \frac{s}{2} \tag{3.2}$$

$$e^* = \frac{s}{4} - 1 + \theta \tag{3.3}$$

When taking the expectations to s[4] we see that the optimal effort level without adverse selection is equal to the type of the downstream firm, θ. Moreover, the upstream firm will request a lump-sum transfer, $t^* = 1 + \frac{1}{2}\theta^2$, which exactly forces the participation constraint to bind. The downstream firm will accept the contract since the upstream firm has complete information about his effort-efficiency type. The downstream firm will obtain zero profit while the upstream firm will generate the vertical integrated profit t^*. This leads us to the following proposition:

Proposition 3 *Under complete information the contract involves* $(e^*, t^*) = \left(\theta, 1 + \frac{1}{2}\theta^2\right)$. *The resale price is identical to the integrated resale price and the upstream firm's expected profit is given by:*

$$E(\pi_U) = 1 + \frac{1}{2}\theta^2 \tag{3.4}$$

while the downstream firm obtains zero profit:

$$\pi_D = 0 \tag{3.5}$$

overall, this result describes the standard two-part tariff with wholesale price equal to the mar-

[3] Recall that these results are identital with the results found in section 2.2.2.
[4] Recall that $E\{s\} = 4$

ginal costs.

However, very often the upstream firm does not have complete information about the downstream firm's type. Thus, how should the upstream firm modify the lump-sum transfer to allocate his resources most efficiently.

3.1.2 The Optimal Contract with Adverse Selection

Recall that the downstream firm can be effort-efficient with probability v or effort-inefficient type with probability $1-v$ where $v \in [0;1]$. Furthermore, θ^E $\left[\theta^{IE}\right]$ denotes an effort-efficient [effort-inefficient] type where $\theta^E \geq \theta^{IE}$ The distribution of v is known to the upstream firm, while the downstream firm has complete information about its own effort-efficiency type before signing the contract. Note that high values of θ characterize a highly effort-efficient downstream firm.

Given that the outside alternative for both types of downstream firms are normalized to zero (i.e. $l = 0$) we can immediately derive the participation constraints for both types of downstream firms:

$$\pi_D^E = pD\left(p, e^E, s\right) - C\left(\theta^E, e^E\right) - t^E \geq 0 \tag{3.6}$$

$$\pi_D^{IE} = pD\left(p, e^{IE}, s\right) - C\left(\theta^{IE}, e^{IE}\right) - t^{IE} \geq 0 \tag{3.7}$$

Any contract specifying $\left(e^E, t^E\right)$ $\left[\left(e^{IE}, t^{IE}\right)\right]$ and fulfilling equation (3.6) [(3.7)] will be accepted by the downstream firms. However, if the two participation constraints were the only two constraints the contract should accomplish, the effort-efficient downstream firm would have an incentive to mimic the effort-inefficient type. In particular, the effort-efficient downstream firm would generate a higher profit by accepting a contract specifying $\left(e^{IE}, t^{IE}\right)$ and only engage a cost $C\left(\theta^E, e^{IE}\right)$.

To understand why the effort-efficient downstream firm benefits from mimicking the effort-inefficient downstream firm it is useful to introduce the concept *information rent*.

Lemma 4 *Information Rent: If the effort-efficient downstream firm mimics the effort-inefficient*

downstream firm and accepts a contract $\left(e^{IE}, t^{IE}\right)$ *he obtain the following profit:*

$$\pi_D^E\left(t^{IE}, e^{IE}, \theta^E\right) = pD\left(p, e^{IE}, s\right) - C\left(e^{IE}, \theta^E\right) - t^{IE} \tag{3.8}$$

by inserting the participation constraint for the effort-inefficient downstream firm (equation (3.7)) into equation (3.8) we get:

$$\begin{aligned} \pi_D^E\left(t^{IE}, e^{IE}, \theta^E\right) &= \pi_D^{IE} + \Delta\theta e^{IE} \\ \textit{where } \Delta\theta &= \theta^E - \theta^{IE} \geq 0 \end{aligned} \tag{3.9}$$

The last term of equation (3.9) describes the information rent that the effort-efficient downstream firm will always obtain from mimicking the effort-inefficient type. Thus, as long as the upstream firm insists on a positive effort level from the effort-inefficient type, the upstream firm must give up a positive rent to the effort-efficient type. Even when the effort-inefficient downstream firm obtains zero profit, the effort-efficient type generates $\Delta\theta e^{IE}$ because of its information advantage.

Thus, to prevent the downstream firms from mimicking each other, the contract also has to fulfil two incentive constraints:

$$pD\left(p, e^E, s\right) - C\left(\theta^E, e^E, s\right) - t^E \geq pD\left(p, e^{IE}, s\right) - C\left(\theta^E, e^{IE}, s\right) - t^{IE} \tag{3.10}$$

$$pD\left(p, e^{IE}, s\right) - C\left(\theta^{IE}, e^{IE}, s\right) - t^{IE} \geq pD\left(p, e^E, s\right) - C\left(\theta^{IE}, e^E, s\right) - t^E \tag{3.11}$$

The left hand side of equation (3.10) [(3.11)] expresses the profit that the effort-efficient [effort-inefficient] downstream firm generates when accepting a contract, that exactly matches the type of the downstream firm. The right hand side of equation (3.10) [(3.11)] describes the profit that the effort-efficient [effort-inefficient] downstream firms generate when mimicking each other.

Together, incentive and participation constraints define a set of *incentive feasible allocations* achievable through a menu of contracts. This leads to the following definition:

Definition 5 *A menu of contracts is incentive feasible if it satisfies both participation and incentive constraints (3.6), (3.7) and (3.10), (3.11)*

Thus, an upstream firm has to construct a contract that motivates the effort-efficient downstream firm to provide effort, and prevents him from mimicking the effort-inefficient downstream firm. In other words, with the presence of adverse selection the upstream firm's profit maximization problem is given by:

$$\max_{\{(e^E,t^E);(e^{IE},t^{IE})\}} vt^E + (1-v)\,t^{IE} \tag{3.12}$$
$$\text{Subject to (3.6), (3.7), (3.10) and (3.11)}$$

By inserting the expression of t^E and t^{IE} given by the two participation constraints (equation (3.6) and (3.7)) into the equation (3.12), it is clear that the upstream firm wishes to maximize his expected profit minus the expected rent to the downstream firm.

$$\underbrace{v\left[pD\left(p,e^E,s\right)-C\left(e^E,\theta^E\right)\right]+(1-v)\left[pD\left(p,e^{IE},s\right)-C\left(e^{IE},\theta^{IE}\right)\right]}_{\text{Expected Allocative Efficiency}}-\underbrace{\left[v\pi_D^E+(1-v)\,\pi_D^{IE}\right]}_{\text{Expected Informational Rent}} \tag{3.13}$$

Moreover, by expressing the incentive constraints in terms of information rent, we get:

$$\pi_D^E \geq \pi_D^{IE} + \Delta\theta e^{IE} \tag{3.14}$$
$$\pi_D^{IE} \geq \pi_D^E - \Delta\theta e^E \tag{3.15}$$

similar re-writing can be done for the participation constraints:

$$\pi_D^E \geq 0 \tag{3.16}$$
$$\pi_D^{IE} \geq 0 \tag{3.17}$$

To ease exposition the upstream firms maximization problem can be further reduced. Equation (3.16) is automatically fulfilled by equation (3.17) and (3.14). Moreover, equation (3.15) can be ignored because it is the effort-efficient downstream firm that has an incentive to mimic the effort-inefficient type and not the reverse scenario. This leaves us with the incentive constraint for the effort-efficient downstream firm (equation (3.14)) and the participation constraint of the effort-inefficient downstream firm (equation (3.17)). Note that both constraints are bind-

ing when solving the maximization problem. This is a necessary criterion to guarantee an optimal solution. If the two constraints were not binding, the upstream firm could do better by reducing the profit to the effort-efficient and effort-inefficient downstream firm. This leads us to the following equations:

$$\pi_D^E = \Delta\theta e^{IE} \tag{3.18}$$

$$\pi_D^{IE} = 0 \tag{3.19}$$

Substituting equation (3.18) and (3.19) into equation (3.13) the upstream firm's maximization problem is reduced to:

$$\max_{\{(e^E, e^{IE})\}} v\left[pD\left(p, e^E\right) - C\left(e^E, \theta^E\right)\right] + (1-v)\left[pD\left(p, e^{IE}\right) - C\left(e^{IE}, \theta^{IE}\right)\right] - v\Delta\theta e^{IE} \tag{3.20}$$

Compared to the model without adverse selection, uncertainty about the effort-efficiency type alters the upstream firm's optimization by the deduction of the expected rent to the effort-efficient downstream firm. In other words, the last term in equation (3.20) describes the information rent that the upstream firm has to pay because the effort-efficient downstream firm can always mimic the effort-inefficient type. The size of this rent only depends on the requested effort level from the effort-inefficient type. Thus, since the rent is independent of the effort level requested of the effort-efficient downstream firm, there is no distortion away from the optimal effort level found in section 3.1.1.

By taking the derivative with respect to e^E and inserting $p = 2$ it follows that the effort level with adverse selection (hereafter subscript AS denotes adverse selection) is equal to the effort level without adverse selection:

$$e^* = e_{AS}^E = \frac{s}{4} - 1 + \theta \tag{3.21}$$

Hence, by taking the expectations with respect to s, it follows that the optimal effort level for the effort-efficient downstream firm exactly matches its type, i.e. no distortion away from the first best effort level.

Making similar calculations with respect to e^{IE} reveals the important trade-off between

ing when solving the maximization problem. This is a necessary criterion to guarantee an optimal solution. If the two constraints were not binding, the upstream firm could do better by reducing the profit to the effort-efficient and effort-inefficient downstream firm. This leads us to the following equations:

$$\pi_D^E = \Delta\theta e^{IE} \tag{3.18}$$

$$\pi_D^{IE} = 0 \tag{3.19}$$

Substituting equation (3.18) and (3.19) into equation (3.13) the upstream firm's maximization problem is reduced to:

$$\max_{\{(e^E, e^{IE})\}} v\left[pD\left(p, e^E\right) - C\left(e^E, \theta^E\right)\right] + (1-v)\left[pD\left(p, e^{IE}\right) - C\left(e^{IE}, \theta^{IE}\right)\right] - v\Delta\theta e^{IE} \tag{3.20}$$

Compared to the model without adverse selection, uncertainty about the effort-efficiency type alters the upstream firm's optimization by the deduction of the expected rent to the effort-efficient downstream firm. In other words, the last term in equation (3.20) describes the information rent that the upstream firm has to pay because the effort-efficient downstream firm can always mimic the effort-inefficient type. The size of this rent only depends on the requested effort level from the effort-inefficient type. Thus, since the rent is independent of the effort level requested of the effort-efficient downstream firm, there is no distortion away from the optimal effort level found in section 3.1.1.

By taking the derivative with respect to e^E and inserting $p = 2$ it follows that the effort level with adverse selection (hereafter subscript AS denotes adverse selection) is equal to the effort level without adverse selection:

$$e^* = e_{AS}^E = \frac{s}{4} - 1 + \theta \tag{3.21}$$

Hence, by taking the expectations with respect to s, it follows that the optimal effort level for the effort-efficient downstream firm exactly matches its type, i.e. no distortion away from the first best effort level.

Making similar calculations with respect to e^{IE} reveals the important trade-off between

efficiency and rent extraction:

$$(1-v)\left[\frac{s}{4}-e_{AS}^{IE}-1+\theta^{IE}\right]=v\Delta\theta \tag{3.22}$$

The left hand side of equation (3.22) describes the upstream firm's expected increase in payoff from a marginal increase in the effort level of the effort-inefficient downstream firm. The right hand side describes the extra benefit that the effort-efficient downstream firm gets from mimicking the effort-inefficient downstream, when its effort level is increased. In equilibrium these two effects exactly offset each other, such that the upstream firm has no incentive to increase or decrease the effort level of the effort-inefficient downstream firm.

From equation (3.22) it immediately follows that:

$$e_{AS}^{IE}=\frac{s}{4}-1+\theta^{IE}-\frac{v}{1-v}\Delta\theta \tag{3.23}$$

Equation (3.23) describes how the downstream firm's information advantages forces the upstream firm to accept a lower effort level in order to hinder the effort-efficient downstream firm from mimicking the effort-inefficient type. Compared with equation (3.2) the last term in equation (3.23) describes the necessary reduction in the effort level of the effort-inefficient downstream firm in order to prevent the effort-efficient type from mimicking the effort-inefficient type. Furthermore, by taking the expectations to s we get the final expected effort level for the effort-inefficient type:

$$e_{AS}^{IE^*}=\theta^{IE}-\frac{v}{1-v}\Delta\theta$$

To guarantee that equation (3.21) and (3.23) expresses the optimal effort level with adverse selection, it is necessary to check that the omitted incentive constraint equation (3.15) is satisfied. This is easily confirmed by observing that $0\geq\Delta\theta e_{AS}^{IE}-\Delta\theta e_{AS}^{E}$.

Finally, we can find the transfer (franchise fee) level that the upstream firm receives from the effort-efficient and inefficient downstream firm:

$$t_{AS}^{E} = pD\left(p,e_{AS}^{E},s\right)-C\left(\theta^{E},e_{AS}^{E}\right)-\Delta\theta e_{AS}^{IE^*}=1+\frac{1}{2}\theta^2-\Delta\theta\left(e_{AS}^{IE^*}\right) \tag{3.24}$$

$$t_{AS}^{IE} = pD\left(p,e_{AS}^{IE},s\right)-C\left(\theta^{IE},e_{AS}^{IE}\right)=1+\frac{1}{2}\left(e_{AS}^{IE^*}\right)^2 \tag{3.25}$$

This leads to the following proposition:

Proposition 6 *With adverse selection, the optimal menu of contracts involve:*

- *No effort distortion for the effort-efficient type compared to the model without adverse selection,* $e^* = e^E_{AS}$*. A downward effort distortion for the effort-inefficient type* $e^{IE^*}_{AS} < e^*$*, with*

$$e^{IE^*}_{AS} = \theta^{IE} - \frac{v}{1-v}\Delta\theta \tag{3.26}$$

- *Only the effort-efficient downstream firm obtains a positive information rent given by:*

$$\pi^E_D = \Delta\theta e^{IE}_{AS} \tag{3.27}$$

- *The upstream firm has to accept a lower franchise fee for both types of downstream firms, since the efficient type has an information advantage and the inefficient type exerts a lower effort level:*

$$t^E_{AS} < t^*_E \tag{3.28}$$

$$t^{IE}_{AS} < t^*_{IE} \tag{3.29}$$

3.2 Conclusion

In a world without adverse selection the first best vertical integrated outcome can be achieved. The downstream firm will always provide the optimal effort level and obtain a profit equal to its outside alternative simply because the upstream firm has complete information about the downstream firm's effort efficiency type.

Several of things changes when adverse selection is introduced. First, from equation (3.28) and (3.29) it is clear that the upstream firm is always worse off under adverse selection. Second, only the effort-efficient downstream firm obtains a positive information rent (see equation (3.27)) and there is no distortion away from its optimal effort level. Third, the effort-inefficient downstream firm still obtains its outside alternative, but provides a lower effort level. This

means that when consumers face an effort-inefficient downstream firm they pay the same price as under complete information[5], but are offered a lower service.

[5] Note that the optimal price is not affected by the effort level, equation (3.2).

Chapter 4

Moral Hazard

A drawback of the analysis in chapter 3 is the assumption of observable effort. In some situations monitor or surveillance costs are simply too large which makes it impossible for the upstream firm to observe and hence verify the effort. Hence, this chapter analyzes, how the upstream firm can induce the downstream firm to provide the optimal effort level without monitoring the downstream firms. Similar to chapter 3, section 4.2 first analyzes a situation without moral hazard. Section 4.3 then analyzes a situation where both firms are risk neutral and effort is non-observable. Finally, section 4.4 examines what happens when the downstream firm is protected by limited liabilities.

Downstream moral hazard problems arise when the downstream firm can provide unobservable effort that makes the upstream product more attractive to consumers. Examples of different types of effort are consumer credit, free delivery, pre-sale information, shorter repair period, educated employees etc. Take for example a hi-fi retailer that sell high quality stereos and speakers, if they guarantee a short repair period and offer supplementary equipment during the repair period, it would certainly increase the demand. Thus, the upstream firm wishes to encourage the downstream firm to supply effort as long as it increases demand. This leads us to the following definition:

Definition 7 *Downstream moral hazard appears when the downstream firms exert costly effort that affects the demand, but is non-observable and not verifiable by the upstream firm and the court of law.*

Recall from chapter 2 section 2.2 how downstream moral hazard decreased the effort level in the vertical chain. It is important to stress that the asymmetric information plays an important role in the design of the optimal incentive contract under moral hazard. The uncertainty that the upstream firm faces is endogenous determined. More precisely, the realized demand is a noisy signal of the downstream firm's effort level. If there existed a clear and observable link between realized demand and effort that could be verified by the court of law, then there would not exist any contractual difficulties, since the realized demand would reveal the exact effort level. Section 2.3 discussed how different vertical restraints might overcome this problem by requesting the downstream firm to fulfill certain criteria such as quantity sold. Blair and Lewis (1994) extend the analysis and show that RPM combined with quantity fixing are sufficient tools to detect whether high demand is realized because of natural circumstances or because the downstream firm has provided high effort.

A substantial amount of papers in management science and economics have investigated how different contracts can overcome moral hazard problems and thereby sustain cooperation between the upstream and downstream firm. Mathewson and Winter (1985) argue that when the retailer has private information the manufacturer may want to impose price ceilings or quantity floors to prevent the retailer from shirking on quality. However, no formal modelling is presented. Rey and Tirole (1986) describe contracts between a monopoly manufacturer and competitive retailers who are symmetrically informed at the time of contracting. The retailers acquire private information about demand or costs after the contract is signed. Rey and Tirole analyze the private and social incentives for the use of various types of vertical restraints. Tirole (1988) review the literature on moral hazard in non-integrated vertical chains. One interesting idea is that in a competitive retail environment, retailers may free-ride on others retailers' effort. As such, manufacturers may discourage price competition in order to induce retailers to exert effort. The following section describes how moral hazard influences the transfer level between the upstream and downstream firm.

4.1 The Model with Moral Hazard

Regard again the model described in chapter 2 and 3. Now suppose that the upstream firm has complete information about the effort-efficiency type. Hence, adverse selection is absent. Furthermore, let us assume that effort is unobservable and not verifiable by the upstream firm and the court of law.

Let us for simplicity assume that the downstream firm can only provide two types of effort. Let e_H [e_L] denote high [low] effort. For each effort level there exist two possible effort values $e \in \{0, 1\}$. There is a positive correlation between exerting effort and achieving a high demand state. More precisely, $\Pr(e = 1|e_H) = \lambda(e_H)$ and $\Pr(e = 1|e_L) = \lambda(e_L)$ where $\lambda(e_H) > \lambda(e_L)$, $\lambda(e_H) - \lambda(e_L) = \Delta\lambda > 0$ and $\lambda(e_H), \lambda(e_L) \in [0; 1]$. Hence, the higher effort the downstream firm provides the larger is the probability of achieving a high demand state. Let us denote a high [low] demand state by $D_H = 2 - \frac{1}{2}p$ $\left[D_L = 1 - \frac{1}{4}p\right]$ where $D_H - D_L = 1 - \frac{1}{4}p \geq 0$[1].

The cost of providing high [low] effort is given by $C(e_H, \theta)$ $[C(e_L, \theta)]$ (hereafter C_H and C_L) where $C_H - C_L = \Delta C > 0$. Note the difference in the notation between the demand and cost function. The downstream firm has the possibility to increase the demand when exerting high effort, while the cost of exerting high effort is certain.

Under these conditions the upstream firm can only offer a contract that specifies a transfer, t, as a function of the observable demand. The upstream firm requests a lump-sum transfer t_H [t_L] from the downstream firm when the demand is high [low]. Thus, to induce the downstream firm to provide high effort the following moral hazard incentive constraint has to be satisfied:

$$\left[\begin{array}{c} \lambda(e_H)(pD_H - t_H) + (1 - \lambda(e_H))(pD_L - t_L) - C_H \\ \geq \lambda(e_L)(pD_H - t_H) + (1 - \lambda(e_L))(pD_L - t_L) - C_L \end{array}\right] \tag{4.1}$$

The left hand side of equation (4.1) describes the expected profit of the downstream firm when exerting high effort. Opposite, the right hand side describes the downstream firm's expected profit when providing low effort. Moreover, to induce the downstream firm to accept the contract ex-ante and provide high effort, the following participation constraint also has to

[1] Note, again that $E\{s\} = 4$.

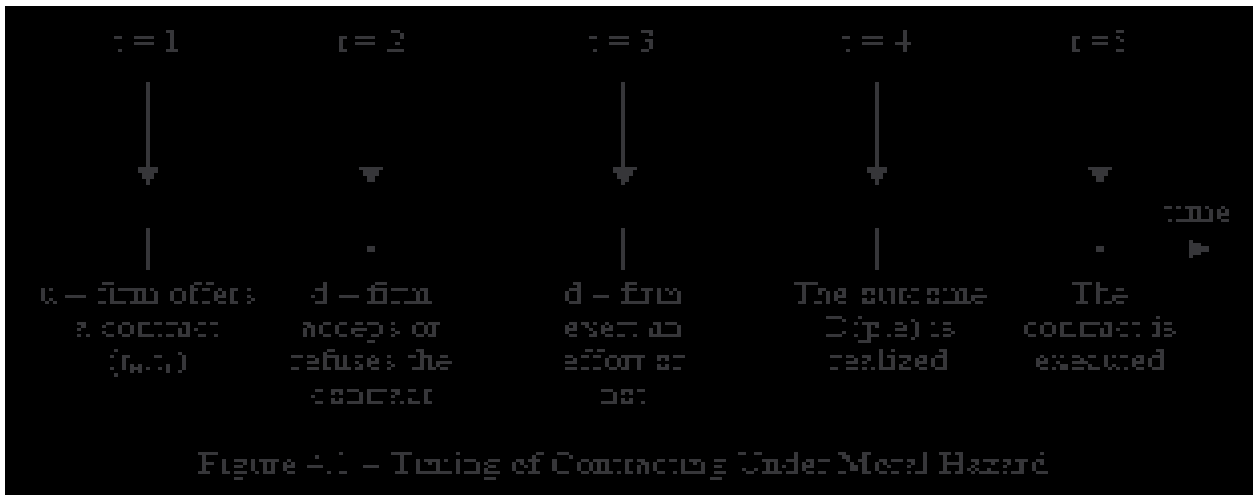


Figure 4.1 – Timing of Contracting Under Moral Hazard

be fulfilled:

$$\lambda(e_H)(pD_H - t_H) + (1 - \lambda(e_H))(pD_L - t_L) - C_H \geq 0 \tag{4.2}$$

This leads us to the timing of the contract. First, the upstream firm offers a contract $\{(t_H, t_L)\}$. Second, the downstream firm accepts or refuses the contract. Third, the downstream firm decides to exert effort or not. Fourth, demand is realized. In the last period the contract is executed. The timing of the contracting game under moral hazard is summarized in figure 4.1[2].

Similar to the definition under adverse selection, equation (4.1) and (4.2) leads to the following definition:

Definition 8 *An incentive feasible contract satisfies the incentive and participation constraints (4.1) and (4.2)*

From definition 8 we can derive the upstream firm's profit maximization problem:

$$\max_{\{t_H, t_L\}} \lambda(e_H) t_H + (1 - \lambda(e_H)) t_L \tag{4.3}$$
$$\text{subject to (4.1) and (4.2)}$$

4.2 The Optimal Contract without Moral Hazard

For comparison, this section set out the first-best transfers between the two firms without moral hazard. Thus, let us assume for a moment that the effort is observable and verifiable by the

[2] Source: Laffont and Martimort (2002)

upstream firm and the court of law. Any deviation from the terms specified in the contract will be observed and punished such that cooperation is sustained. This makes the job easy for the upstream firm, since it only has to compensate the downstream firm for the cost incurred from providing the effort *independent* of the actual demand state. More precisely, when the downstream firm provides high [low] effort the upstream firm's profit is given by:

$$\pi_H^U = \lambda(e_H)\, t_H + (1 - \lambda(e_H))\, t_L - C_H \tag{4.4}$$

$$\pi_L^U = \lambda(e_L)\, t_H + (1 - \lambda(e_L))\, t_L - C_L \tag{4.5}$$

The last term of (4.4) and (4.5) describes the first-best cost of implementing a high or low effort. Inducing high effort is optimal from the upstream firm's point of view when $\pi_H^U \geq \pi_L^U$. In other words, it is profitable for upstream firm to induce high effort when equation (4.6) is satisfied:

$$\underbrace{\Delta\lambda\,(t_H - t_L)}_{\text{Expected gain of inducing high effort}} \geq \underbrace{\Delta C}_{\text{First-best cost of inducing high effort}} \tag{4.6}$$

The left hand side of equation (4.6) captures the expected gain from increasing the effort from e_L to e_H. The right hand side of equation (4.6) expresses the first-best extra cost that induces the downstream firm to provide high effort instead of low effort. Whenever (4.6) is satisfied the upstream firm will induce the downstream firm to provide high effort since the gain is larger than the cost.

To summarize, the optimal transfer level that the upstream firm receives without moral hazard is exactly equal to the profit that the downstream firm obtains when providing high or low effort. Moreover, the upstream firm wishes to induce the downstream firm to exert high effort when equation (4.6) is satisfied. It is worth stressing, that this is the first-best outcome for the vertical chain when effort is uncertain. Thus, on average the vertical chain generates the highest possible profit under effort uncertainty. This result would be similar to the integrated vertical chain described in section 2.2.2 with effort uncertainty. Whenever high or low effort is profitable, it will be exerted. This leads to the following proposition:

Proposition 9 *The optimal contract without moral hazard involves:*

- *If the downstream firm exert high effort:*

$$\begin{aligned} E\left[\pi_H^U\right] &= \lambda\left(e_H\right)t_H + \left(1-\lambda\left(e_H\right)\right)t_L - C_H \\ \pi_H^D &= \underbrace{C_H}_{\textit{Transfer received from the u-firm}} - \underbrace{C_H}_{\textit{Cost of exerting high effort}} = 0 \end{aligned}$$

- *If the downstream firm exert low effort:*

$$\begin{aligned} E\left[\pi_L^U\right] &= \lambda\left(e_L\right)t_H + \left(1-\lambda\left(e_L\right)\right)t_L - C_L \\ \pi_L^D &= \underbrace{C_L}_{\textit{Transfer received from the u-firm}} - \underbrace{C_L}_{\textit{Cost of exerting low effort}} = 0 \end{aligned}$$

- *Finally, the upstream firm wishes to induce the downstream firm to exert high effort whenever equation (4.6) is satisfied.*

4.3 The Optimal Contract with Moral Hazard

To return to the initial problem, assume that the effort is non-observable and both firms are risk-neutral. Hence, the upstream firm must choose a contract that solves the maximization problem given by equation (4.3). In particular, because both firms are risk-neutral, the upstream firm has to choose a transfer level that satisfies both the incentive and participation constraints, such that the constraints are binding, which leaves no profit to the downstream firm. From equation (4.1) and (4.2) we obtain the expected transfer level between the upstream and downstream firm when demand is low or high:

$$t_L^* = pD_L + \frac{\lambda\left(e_H\right)}{1-\lambda\left(e_H\right)}\frac{\lambda\left(e_H\right)C_L - \lambda\left(e_L\right)C_H}{\Delta\lambda} \tag{4.7}$$

$$t_H^* = pD_H + \frac{\lambda\left(e_L\right)C_H - \lambda\left(e_H\right)C_L - \Delta C}{\Delta\lambda} \tag{4.8}$$

Note that equation (4.7) [(4.8)] expresses the transfer level that the upstream firm requests from the downstream firm when the demand state is low [high]. Thus, the downstream firm is

rewarded if the demand is *high* and gets a *net profit* equal to:

$$\pi_H^D = pD_H - t_H^* - C_H = \frac{(1-\lambda(e_H))}{\Delta\lambda}\Delta C > 0 \tag{4.9}$$

on the other hand, when the demand is *low,* the downstream firm is punished and obtains a *net negative profit*:

$$\pi_L^D = pD_L - t_L^* - C_H = -\frac{\lambda(e_H)}{\Delta\lambda}\Delta C < 0 \tag{4.10}$$

Since the upstream firm is risk-neutral, the average expected payment that induces the downstream firm to provide a high level of effort will exactly compensate the cost that the downstream firm incurs. In other words, $\lambda(e_H)(pD_H - t_H^*) + (1-\lambda(e_H))(pD_L - t_L^*) = C_H$, which is equal to the cost that the upstream firm would face, if it had performed the task itself. The point is, when both firms are risk-neutral, any contract that on average requests a transfer level, that satisfies the incentive and participation constraints and on average covers the extra costs that the downstream firm incurs when providing high effort, will always be accepted. Thus, the downstream firm's expected gain from providing high effort instead of low effort is equal to the extra cost it incurs, i.e.

$$\Delta\lambda\left(\pi_H^D - \pi_L^D\right) = \Delta C. \tag{4.11}$$

By comparing equation (4.11) and (4.6), it is clear that the costs that induce the downstream firm to provide high effort instead of low effort, is equal to the first-best cost. This leads to the following proposition:

Proposition 10 *Moral Hazard is not an issue with a risk-neutral downstream firm despite the nonobservability of effort. The first-best level of effort is still implemented*

However, very often the downstream firm is limited by other factors than the participation and the incentive constraints. For example, fixed costs like rent, wages, electricity and water bills, old debt or other financial contracts that the downstream firm has already signed. The bottom line is a upper bound on the transfer level that the upstream firm can request from the downstream firm. In other word, the downstream firm is protected by limited liability constraint.

4.4 The Optimal Contract with Moral Hazard and Limited Liability

Once again take a look at the incentive and participation constraint described by equation (4.1) and (4.2). Now, suppose that the transfer level, t, must always be smaller than some exogenous level, l, where $l \geq 0$. Thus, the transfer t_L and t_H has to fulfill both the incentive and participation constraints plus the two liability constraints given by equation (4.12) and (4.13):

$$t_L \leq l \tag{4.12}$$

$$t_H \leq l \tag{4.13}$$

The two extra liability constraints may reduce the set of incentive feasible allocations. In some situations they might even prevent the upstream firm from implementing the first-best level of effort because the financial constraints are too strict. In particular, when the upstream firm wants to induce high effort its maximization problem is given as:

$$\max_{\{t_H, t_L\}} \lambda(e_H)\, t_H + (1 - \lambda(e_H))\, t_L \tag{4.14}$$
$$\text{subject to (4.1), (4.2), (4.12) and (4.13)}$$

This leads to the following proposition:

Proposition 11 *With limited liability, the optimal contract inducing effort from the downstream firm involves:*

- *For* $l > pD_H + \frac{\lambda(e_L)C_H - \lambda(e_H)C_L - \Delta C}{\Delta\lambda}$ *only the incentive and participation constraints are binding. Hence,the optimal transfers are equal to* t_H^* *and* t_L^**. The downstream firm generates zero profit, while the upstream firm captures all the vertical integrated profit.*
- *For* $0 \leq l \leq pD_H + \frac{\lambda(e_L)C_H - \lambda(e_H)C_L - \Delta C}{\Delta\lambda}$ *the incentive constraint and equation (4.13) are*

binding. The second-best transfers are given by:

$$t_L^{SB} = l + \frac{\Delta C}{\Delta \lambda} - p\Delta D \tag{4.15}$$

$$t_H^{SB} = l \tag{4.16}$$

furthermore, it is important to note that the expected profit for the downstream firm when exerting high effort is non-negative:

$$\begin{aligned} E\left[\pi_H^D\right] &= \lambda\left(e_H\right)\left(pD_H - t_H^{SB}\right) + \left(1 - \lambda\left(e_H\right)\right)\left(pD_L - t_L^{SB}\right) - C_H \\ &= pD_H - C_H - l - \frac{\left(1 - \lambda\left(e_H\right)\right)}{\Delta\lambda}\Delta C \geq 0 \end{aligned} \tag{4.17}$$

4.5 Conclusion

From proposition 11 and the above calculations, there are three important issues that are worth stressing. First, equation (4.12) directly follows from equation (4.13) since t_L is smaller than t_H. Therefore it is only necessary to set the upper bound of the liability constraints equal to the transfer level, when a high demand state is realized.

Second, the upstream firm can not subtract as much profit from the downstream firm as before, due to the limited liability constraints equation (4.13). This leads to a positive ex-ante expected profit to the downstream firm, when a high demand state is realized. Thus, any vertical restraint that redistributes the vertical integrated profit between the upstream- and downstream firm should incorporate a transfer system that generates a positive profit for the downstream firm due to moral hazard and limited liability. This result stands in strong contrast to the usual theoretical prediction, that any downstream firm will sign a contract that generates an ex-ante profit larger or equal than its outside alternative. With moral hazard and limited liabilities the upstream firm has to give up some profit ex-ante in order to induce the downstream firm to provide effort.

Third, from equation (4.17) we see that the expected profit given to the downstream firm is a decreasing function of the limited liability constraint. In other words, a downstream firm with no financial constraints obtain a lower profit when moral hazard is present than a downstream firm with limited liability. For that reason downstream firms might signal rigid budgets.

Both adverse selection and moral hazard are important elements to incorporate in the optimal vertical restraints. However, as indicated in the introduction, the demand for ice cream is very sensitive to weather variations. This property opens up for a new type of vertical restraint called "flexible resale prices" that can increase total vertical profit and total welfare.

Chapter 5

Flexible Resale Prices & Fluctuating Demand

Recall from chapter 1 that the key argument for imposing vertical restraints is larger profit. Chapter 3 and 4 analyzed how standard concepts like adverse selection and moral hazard modified and made some vertical restraints insufficient to achieve the first best vertical integrated profit. But instead of focusing on fine-tuning and finding the optimal combinations of the existing vertical restraints, this chapter shows how a new type of vertical restraints called "flexible resale prices" can increase the profit potential of the vertical chain and decrease demand variation. Contrary to chapter 3 and 4 this chapter estimate both total consumer and producer surplus and shows that flexible resale prices leads to lower wholesale prices and ultimately larger total welfare. During the last decade the competition authorities has changed there approach towards vertical restraints. Today competition authorities are more concerned about how vertical restraints affects consumer surplus than total welfare. Therefore, this chapter calculates both consumer and producer surplus and total welfare. Moreover, since we are changing the price setting behavior of the downstream firm the welfare calculations are more relevant now than with fixed resale prices.

To motivate the following analysis think for example of businesses like utility companies, breweries, fashion houses, building companies, sport goods manufactures and the ice cream industry were the demand is extremely sensitive to weather variations. By changing the resale

price simultaneously with weather variations the vertical chain can increase total profit and decrease demand variation, which increases the incentive for supply coordination[1]. The results found in this chapter are especially suitable for a niche production in the ice cream industry, therefore chapter 6 analyzes the industry, discusses which vertical restraints are common in the industry and gives an example of how to construct an ice cream shop that has flexible resale prices.

The rest of the chapter is structured as follows. First, section 5.1 lets the state of the world variable, s, take different values and assumes that effort has no impact on the demand. Section 5.2 and 5.3, respectively analyze the welfare effects under flexible and fixed resale prices. Finally, section 5.4 offers a short conclusion.

5.1 The Model with Flexible Resale Prices and Fluctuating Demand

Recall from chapter 2 that the state of the world variable s is defined within the interval $[3; 5]$. For ease of exposition, suppose that s only can obtain the extreme values of the interval with equal probability. More precisely, $\Pr\{s = 5\} = \Pr\{s = 3\} = \frac{1}{2}$. Let us also assume that the demand for impulse ice cream is not affected by the retailers effort, hence $e = 0$ and $C(\theta, 0) = 0$[2]. Note that by assuming $e = 0$ we neglect both the consequences of moral hazard and adverse selection, because adverse selection is linked together with the moral hazard problem. Hence, the model only analyzes how flexible prices with fluctuating demand reduces the consequences of double marginalization.

When the state of the world is high [low] the demand is given by $D_H = 1 - \frac{1}{5}p$ $\left[D_L = 1 - \frac{1}{3}p\right]$. The demand state is not known to the retailer nor the manufacturer before it is realized and in contrast to what was seen in chapter 2 the manufacturer has positive marginal cost $1 \geq c > 0$ and sells its product to the retailer for a fixed linear price p_w. If the marginal cost were zero, there would not exist any risk, since the manufacturer would not incur any losses by oversupplying the retailer. The retailer can either charge a flexible resale prices or a fixed resale

[1] See also chapter 6 for a more detailed discussion.
[2] See chapter 6 for an example.

price independent of the temperature.

5.2 Flexible Resale Prices

With flexible prices the retailer's profit function is given by:

$$\pi^R_{flex} = \frac{1}{2}\left[\left(p_H^{flex} - p_w^{flex}\right)\left(1 - \frac{1}{5}p_H^{flex}\right)\right] + \frac{1}{2}\left[\left(p_L^{flex} - p_w^{flex}\right)\left(1 - \frac{1}{3}p_L^{flex}\right)\right] \tag{5.1}$$

from which it follows that $p_H = \frac{5+p_w^{flex}}{2}$ and $p_L = \frac{3+p_w^{flex}}{2}$. Moreover,

$$D_H^{flex} = \frac{1}{2} - \frac{1}{10}p_w^{flex} \tag{5.2}$$

$$D_L^{flex} = \frac{1}{2} - \frac{1}{6}p_w^{flex} \tag{5.3}$$

Similar to the notation in chapter 2 the manufacturer's profit function is given by:

$$\pi^M_{flex} = \left(p_w^{flex} - c\right)\left[\frac{1}{2} - \frac{2}{15}p_w^{flex}\right] \tag{5.4}$$

The first-order condition with respect to p_w^{flex}:

$$p_w^{flex^*} = \frac{15}{8} + \frac{1}{2}c \tag{5.5}$$

From equation (5.5) we can immediately derive the optimal resale price when the demand is high or low:

Demand and Price	*High*	*Low*
D^*_{flex}	$\frac{5}{16} - \frac{1}{20}c$	$\frac{3}{16} - \frac{1}{12}c$
p^*_{flex}	$\frac{1}{4}c + \frac{55}{16}$	$\frac{1}{4}c + \frac{39}{16}$

Table 2

From table 2 we get the differences between the high and low demand state:

$$\Delta D^*_{flex} = D^*_{H,flex} - D^*_{L,flex} = \frac{1}{30}c + \frac{1}{8} \tag{5.6}$$

furthermore from equation (5.1), (5.4), the profit for both the retailer and the manufacturer

can be derived:

$$\begin{aligned}\pi^R_{flex} &= \tfrac{1}{2}\left[\left(p^*_{H,flex} - p^{flex}_w\right)\left(1 - \tfrac{1}{5}p^*_{H,flex}\right)\right] + \tfrac{1}{2}\left[\left(p^*_{L,flex} - p^{flex}_w\right)\left(1 - \tfrac{1}{3}p^*_{L,flex}\right)\right] \\ &= \tfrac{1}{60}c^2 - \tfrac{1}{8}c + \tfrac{19}{64} \end{aligned} \tag{5.7}$$

$$\pi^M_{flex} = (p_w - c)\left[\frac{1}{2} - \frac{2}{15}p_w\right] = \frac{1}{30}c^2 - \frac{1}{4}c + \frac{15}{32} \tag{5.8}$$

which leads us to total producer surplus:

$$\Pi_{flex} = \pi^R_{flex} + \pi^M_{flex} = \frac{1}{20}c^2 - \frac{3}{8}c + \frac{49}{64} \tag{5.9}$$

and total consumer surplus:

$$CS_{flex} = \int_{p^*_{H,flex}}^{5} D_H\left(p^*_{H,flex}\right) dp^*_{H,flex} + \int_{p^*_{L,flex}}^{3} D_L\left(p^*_{L,flex}\right) dp^*_{L,flex} = \frac{1}{60}c^2 - \frac{1}{8}c + \frac{19}{64} \tag{5.10}$$

Finally, this leads us to total welfare, defined as the sum of total producer and consumer surplus:

$$W_{flex} = \Pi_{flex} + CS_{flex} = \frac{1}{15}c^2 - \frac{1}{2}c + \frac{17}{16} \tag{5.11}$$

The results are summarized in the following proposition:

Proposition 12 *Flexible resale prices generate the following demand variation, total profit, total consumer surplus and total welfare:*

$$\begin{aligned}\Delta D^*_{flex} &= \frac{1}{30}c + \frac{1}{8} \\ \Pi_{flex} &= \frac{1}{20}c^2 - \frac{3}{8}c + \frac{49}{64} \\ CS_{flex} &= \frac{1}{60}c^2 - \frac{1}{8}c + \frac{19}{64} \\ W_{flex} &= \frac{1}{15}c^2 - \frac{1}{2}c + \frac{17}{16}\end{aligned}$$

5.3 Fixed Resale Prices

Now suppose that the retailer charge a uniform price independent of the state of the world parameter s. Thus, the profit function of the downstream firm is given by:

$$\pi_{fi}^{R} = \left(p_{fi} - p_w^{fi}\right)\left(1 - \frac{4}{15}p_{fi}\right) \tag{5.12}$$

from which it directly follows that:

$$p_{fi} = \frac{15}{8} + \frac{1}{2}p_w^{fi} \tag{5.13}$$

By using similar calculations as under flexible resale prices, we can derive the demand functions and the profit maximization problem of the upstream firm:

$$D_H^{fi} = \frac{5}{8} - \frac{1}{10}p_w^{fi} \tag{5.14}$$

$$D_L^{fi} = \frac{3}{8} - \frac{1}{6}p_w^{fi} \tag{5.15}$$

$$\pi_{fi}^{M} = \left(p_w^{fi} - c\right)\left[\frac{1}{2} - \frac{4}{15}p_w^{fi}\right] \tag{5.16}$$

furthermore, from equation (5.16) we get the optimal wholesale price:

$$p_w^{fi*} = \frac{15}{16} + \frac{1}{2}c \tag{5.17}$$

The following table estimate the fluctuating demand and the fixed resale price:

Demand and Price	*High*	*Low*
D_{fi}^{*}	$\frac{17}{32} - \frac{1}{20}c$	$\frac{7}{32} - \frac{1}{12}c$
p_{fi}^{*}	$\frac{1}{4}c + \frac{75}{32}$	$\frac{1}{4}c + \frac{75}{32}$

Table 3

From table 3, row one we can derive the variation in demand with fixed resale prices:

$$\Delta D_{fi}^{*} = D_{H,fi}^{*} - D_{L,fi}^{*} = \frac{1}{30}c + \frac{5}{16} \tag{5.18}$$

and then calculate the total producer surplus:

$$\pi_{fi}^{R} = \frac{1}{60}c^2 - \frac{3}{16}c + \frac{135}{256} \tag{5.19}$$

$$\pi_{fi}^{M} = \frac{1}{15}c^2 - \frac{1}{4}c + \frac{15}{64} \tag{5.20}$$

$$\Pi_{fi} = \pi_{fi}^{R} + \pi_{fi}^{M} = \frac{1}{12}c^2 - \frac{7}{16}c + \frac{195}{256} \tag{5.21}$$

and the consumer surplus:

$$CS_{fi} = \int_{p_{fi}^*}^{5} D_H\left(p_{fi}^*\right) dp_{fi}^* + \int_{p_{fi}^*}^{3} D_L\left(p_{fi}^*\right) dp_{fi}^* = \frac{1}{60}c^2 - \frac{3}{16}c + \frac{199}{256} \tag{5.22}$$

from equation (5.21) and (5.22) we can directly obtain total welfare:

$$W_{fi} = \Pi_{fi} + CS_{fi} = \frac{1}{10}c^2 - \frac{5}{8}c + \frac{197}{128} \tag{5.23}$$

Finally, section 5.2 and 5.3 leads us to the following proposition:

Proposition 13 *Flexible prices increase profit and decrease consumer surplus. Overall, total welfare decreases. In other words,*

$$\Pi_{flex} > \Pi_{fi} \tag{5.24}$$

$$CS_{flex} < CS_{fi} \tag{5.25}$$

$$W_{flex} < W_{fi} \tag{5.26}$$

moreover from equation (5.6) and (5.18) it is clear that:

$$\Delta D_{flex}^* < \Delta D_{fi}^* \tag{5.27}$$

There are several issues worth underlining from proposition 13 and the above calculations. First, by comparing equation (5.20) and (5.8) we see that the driving factor of equation (5.24) is the manufacturer's profit, while the retailer actually loses profit when charging a flexible resale price instead of a fixed resale price. For that reason, it should be easier to implement flexible

resale prices, because the impulse ice cream market is dominated by large manufactures with nearly all the negotiation power.

Second, under flexible resale prices the vertical chain generates a larger total profit than with fixed resale prices. On the other hand, consumer surplus decreases because the manufacturer and retailer subtract more surplus from the consumers. Overall, total welfare is lower under flexible than fixed prices, because the total deadweight loss has increased.

Third, from equation (5.27) we see that the variation in realized demand is lower with flexible resale prices. In particular, the variation in demand is reduced by 40 percent. Hence, the risk of storing useless input or output units is reduced. Lower production risk induces the manufacturer to decrease the wholesale price, because part of the mark-up charged by the manufacturer involves a risk-premium that among other things covers the risk of storing useless units. Equation (5.5) and (5.17) clearly show that the manufacturer charges a higher wholesale price under flexible than fixed prices. If the manufacturer decreases the wholesale price it will lead to larger consumer and producer surplus and increase total welfare. In other words, by alleviating double marginalization total welfare increase. Table 4 below shows that if the wholesale price is reduced by around 50%, total welfare increases above the total welfare level under fixed prices.

p_w^{flex} reduction	p_w^{flex*}	$\Delta\Pi = \Pi^{flex} - \Pi^{fi}$	$\Delta CS = CS^{flex} - CS^{fi}$	$\Delta W = W^{flex} - W^{fi}$
40%	$\frac{3}{10}c + \frac{9}{8}$	> 0	< 0	$< 0 \ for \ c \in [0;1]$
50%	$\frac{1}{4}c + \frac{15}{16}$	> 0	< 0	$> 0 \ for \ c \in [0,06;1]$
60%	$\frac{1}{5}c + \frac{3}{4}$	> 0	< 0	$> 0 \ for \ c \in [0;1]$

Table 4

5.4 Conclusion

Flexible resale prices reduce the risk of overproduction and induce the manufacturer to decrease the wholesale price. If the wholesale price is reduced by more than 50 percent total welfare under flexible resale prices is larger than under fixed resale prices. However, considerable wholesale price reductions are needed to also increase consumer surplus. Nevertheless, from a profit maximization point of view flexible resale prices are more efficient than fixed resale

Chapter 6

The Ice Cream Industry

"Everybody talks about the weather but nobody does anything about it"

-Mark Twain

Now, let us briefly recall what we have learned from the previous chapters. Chapter 3 showed that the manufacturer always generates a lower profit when the retailer is better informed about his own effort-efficiency type than the manufacturer. In particular, the efficient retailer obtains a positive profit, which contradicts the standard approach that manufacturer can subtract total profit from the retailer. Similar results are found in chapter 4 where the manufacturer has to sacrifice some profit to induce the risk-neutral retailer to provide effort. This result becomes even stronger when the retailer is protected by limited liability constraints. Common for both chapter 3 and 4 is that they analyze how to construct optimal vertical restraints under fixed resale prices. The fact that the resale prices are fixed limits the profit and supply coordination possibilities of the vertical chain. Chapter 5 takes a different approach and shows how flexible resale prices can increase the incentive for supply coordination and increase total profit and welfare.

This chapter discusses, in more detail, how to construct an ice cream shop with flexible resale prices and studies, which vertical restraints are used in the ice cream industry. Hence, the chapter continues as follows. Section 6.1 describes an ice cream shop with flexible resale prices and elaborates on the conclusions drawn in chapter 5. In light of chapter 3 and 4, section 6.2 analyzes, based on a real case, which vertical restraints are used in the ice cream industry.

Finally, section 6.3 offers a conclusion.

6.1 The Ice Cream Shop with Flexible Resale Prices

It is common knowledge that the impulse ice cream market is extremely sensitive to weather variations. When the temperature is high [low] the demand is high [low]. When the sun is shining and the water is warm consumers enjoy ice cream more. On the other hand, less people suddenly buy ice cream when it is cold and freezing outside. Hence, the demand for impulse ice cream is strongly correlated with temperature variations. This property is interesting and open up new ways of selling ice cream. In fact the business success of utility companies, breweries, fashion houses, building companies and manufactures of sport goods is extremely dependent on weather conditions. Data from British Met Office show that daily beer consumption increases by 10 percent, if the temperature rises 3°C[1]. Moreover, it is important to emphasize, that the demand shocks for impulse ice cream or beer are exogenously affected, while in other industries, like for example the clothes industry, the demand shocks are driven by introduction of new collections and might involve some strategic behavior of the manufactures. Hence, the relationship between demand fluctuation and weather variation in the ice cream and beer industry is purely exogenously affected and is not influenced by any variables within the model described in chapter 2. The rest of this section will focus on the ice cream industry, but the concept can be generalized to any industry where there exists a clear link between an exogenous factor and the demand.

Imagine a craft-trade ice cream shop that sells and produces its own scooping ice cream. The shop receives all its input units from one high quality dairy. For simplicity, let us assume that the ice cream shop turns one unit of input into one unit of output. This assumption might differ from real life since you need eggs, sugar and cream to produce one unit of ice cream. However, the assumption is necessary to highlight the economic intuition.

The concept is a self-service ice cream shop, where the price is determined by weight and current outside temperature. Consumers are asked to make their own ice cream and pay a price that is correlated with weight and the temperature. The production is a niche production

[1] Müller and Grandi (1999)

where high quality, freshness and short product lifecycle characterizes the product. To obtain the right softness of the ice cream, it is defrosted to around minus 12 degrees, which is above the required limit for frozen products. Hence, to avoid the development of bacteria the ice cream shop has a policy of destroying all ice cream older than 24 hours. This creates a short lifecycle and involves a risk factor. As soon as the ice cream is produced it is a sunk cost and every unit that is destroyed is a loss for the ice cream shop. Very often the production of ice cream takes place before the demand is realized. Thus, the ice cream shop engages a loss if the realized demand is below the production level. A standard solution to such problems is buy-back contracts. Buy-back contracts share the risk between the manufacturer and retailer by insuring that a certain percentage level of the leftovers are repurchased by the manufactures if the demand is unexpectedly low. However, the problem is that the overproduction of ice cream is not only a loss for the retailer, but for the whole vertical chain. The point is that after 24 hours the ice cream is useless for both the manufacturer and retailer. This also explains why many manufacturers prefer linear pricing even though it is inefficient. The manufacturer simply tries to avoid the risk related with demand uncertainty and overproduction. In other words, if the risk related with overproduction is reduced, the incentive for supply cooperation is increased. This leads to *claim 14*:

Claim 14 *Flexible resale prices decrease the variation in realized demand and thereby reduce the risk related with overproduction.*

Equation (5.27) in chapter 5 confirms claim 14 and shows that the demand variation, indeed decreases compared to fixed resale prices. A standard counterargument towards flexible resale prices is menu cost. The costs of changing the menu cards are simply larger than the gain of changing the resale prices. While this argument may still hold for some businesses, it can easily be overcome by the technology we have today. Computers, internet and flat screens are all examples of equipment that can change prices instantly at low costs.

Another advantage with flexible resale prices is price discrimination. Consumers' willingness to buy ice cream increases as the temperature rises. In other words, consumer characteristics changes when the temperature changes. By letting the prices adjust simultaneously with consumers' willingness to buy, the vertical chain can subtract more consumer surplus and thereby

increase total profit. While this effect might harm the consumers, remember that the reason for introducing flexible resale prices is to eliminate double marginalization and sustain vertical cooperation. Thus, if claim 14 is correct, lower risk will decrease the wholesale price and thereby decrease the resale price. More precisely, flexible resale prices are based on a lower wholesale price and therefore the total effect on the consumer surplus depends on how much the wholesale price is reduced. This guides me to *claim 15*:

Claim 15 *Price discrimination increase total vertical profit and thereby increases the incentive for vertical cooperation.*

Equation (5.24) in chapter 5 confirms claim 15. Moreover, from equation (5.7) and (5.8) it is clear that the manufacturer benefits more from flexible resale prices than the retailer, which makes implementation easier since the manufacturer has all the negotiation power.

In many markets, prices are flexible. Again the fashion industry works as a good example. Note that when the fashion change, the price of the old collection decreases. Claim 14 and 15 explains why. The vertical chain simply tries to reduce the risk related with unit leftovers. Moreover, price discrimination[2] subtracts more surplus from the consumers and increases profit.

6.2 Vertical Restraints in the Ice Cream Industry

Today all retailers in the impulse ice cream industry charge a fixed resale price independent of the temperature[3]. The price of an ice lolly or one scoop of ice cream is the same whether it is cold or warm, and some would even claim that the price for the same product does not change across retailers i.e. RPM might be a widespread phenomenon in the industry. There are many reasons for having a fixed resale price strategy. First, and most importantly, it is simple. Second, since the retailer sector is characterized by low concentration[4], fixed resale prices decrease administration costs and create a relatively transparent market. High transparency benefits the dominating manufactures because they can easily detect and adjust to any price changes from the competitors. Moreover, the relatively long product lifetime of especially industrial

[2] See Armstrong (2005) for a more detailed discussion of price discrimination.
[3] Take a look in your local supermarket or gas station. Prices are constant and independent of the temperature.
[4] See subsection 6.2.1.

impulse ice cream decreases the risk of storing products that have passed the sell-by date. This is an important point and explains why the prices of old clothes collections decrease when a new collection is introduced. The demand for the previous collection simply decreases, which forces the retailers to charge a lower resale price to get rid of the old collection.

The ice cream industry in Europe is a multi dollar business. According to the latest research from Euromonitor International, sales of ice cream in Western Europe reached US$20.3bn in 2004. Even though this number says little about how the ice cream industry operates it gives an indication of how many employees, consumers and firms that are involved with the industry.

The huge amount of money makes the ice cream market very attractive for new companies. This gives an incentive for the incumbent to prevent new firms from entry because more firms would lead to more competition and in the end a less profitable industry. For that reason the ice cream industry in Europe is characterized by vertical restraints and restrictiveness that can make market entry harder. Between 1990 and 1995 the U.S. private corporation, Mars, lodged a complaint to the European Commission (hereafter EC), claiming that exclusive agreements between leading upstream firms and retailers prevents its sales in Ireland and Germany. The complaint lodged in each country were identical and pointed out two types of vertical restraints called *freezer exclusivity* and *outlet exclusivity,* which Mars claims increases entry barriers[5]. Since Germany is the largest economy in Europe, I will focus on the German market. Mcdowell (1996) analyzes the Irish case.

In 1992 the two leading manufactures *Langnese-Iglo* (hereafter LI) and *Schöller* was prohibited to use freezer and outlet exclusivity, because the EC decided that both vertical agreements infringed with Article 81 (then art. 85) of the Treaty. Both Langnese-Iglo and Schöller appealed the decision to the Court of First Instance and the European Court of Justice but both courts upheld the original decision made by the EC. The interesting parts of this case is the definition of the relevant market, the potential for foreclosure of exclusive agreements and the impact that vertical agreements might have on the incentives to invest. Several authors like Korah (1994b) and Motta (2004) disagree with the courts decision because the definition of the relevant market was unclear, and the EC failed to make a clear distinction between the two

[5] There exist an extensive literature dealing with vertical restraints that protect market power and increase entry barriers. Among others, Whinston (1990) and Rey and Tirole (2003) provide a solid theoretical explanation of how these types of vertical restraints works.

types of vertical restraints. The definitions of the two restraints are as follows:

Definition 16 *Freezer exclusivity: The manufacturer offers freezers to the retailers with an exclusivity clause that obliges the retailer to store only the manufacturer's products in the freezer.*

Definition 17 *Outlet exclusivity: Is similar to exclusive dealing. Thus, the retailer is prohibited from selling other competing brands*

Thus in principal, a retailer could sell another competing brand, if it only has to fulfil the freezer exclusivity clause, while a outlet exclusivity clause totally prevent a retailer from selling any other brand. Hence, the foreclosing effect of the outlet exclusivity clause is much more restrictive than the freezer exclusivity clause. Moreover, the freezer exclusivity clause was largely responsible for the growth of the market for industrial ice cream. By offering free freezers the manufactures reduce the risk that the retailers normally would engage when purchasing a freezer. By doing so, it opens up a market potential that would otherwise not have sold any ice cream. This effect was also confirmed by the EC and a similar market growth would have been hard to create without a freezer exclusivity clause due to free-riding problems. Less manufactures would offer a freezer ex-ante, if the retailers were allowed to store other products in a freezer supplied by another competitor. The freezer exclusivity clause only has an anti-competitive effect, when the retailers have limited space which thereby prevent them from having other freezers. From this perspective there is no reason to ask manufacturers to remove clauses requiring exclusive use of the freezers they provide.

Outlet exclusivity on the other hand is a lot harder to justify from a efficiency viewpoint. LI and Schöller argued that outlet exclusivity was necessary to keep distribution cost as low as possible: "If every sales outlet were free to purchase at will a varying proportion of their stock from third parties, the pattern of supplies would be seriously disturbed. The efficiency of the transport system could not be assured, and its profitability could be neither planned nor maintained" (Schöller, para. 59). While this argument is insufficient to explain the need for outlet exclusivity clauses, there might arise situations where demand drops below a certain level, because it is not optimal to supply the retailer. However, this opens up the opportunity for other, perhaps local, companies to make new distribution networks.

Another standard argument for using exclusive dealing is to provide the right incentives for the retailer to exert effort. Similar to the freezer exclusivity clause a free-rider problem will arise, if the company next door could sell the same product at a lower price, because it did not have to exert a costly effort. However, the impulse ice cream market (which will be described below) is not characterized by such effort problems. There is no need for pre-sale information, well educated employees or other forms of costly effort to sell an ice cream. The only thing the retailer has to do, is to make the ice cream visible and put a poster in the window[6]. Thus, even the effort argument does not seem to justify the need for outlet exclusivity agreements between the manufacturers and the retailers. On the other hand, outlet exclusivity is an efficient way of softens inter-brand competition, which is in the interest of the manufactures. However, exclusive agreements do not solve the DMP, hence, the resale price for ice cream is still insufficiently high.

The appeal that LI and Schöller made to the Court of First Instance involved a complaint about the market definition, that the EC based its decision on. The definition of the market is relevant, when estimating the market power of the two incumbents. The more narrow definition being applied, the larger market power the incumbents gets, which again will backup any intervention from the competition authorities.

6.2.1 The Relevant Market

Common for the ice cream industry in Europe is the relatively high concentration of manufacturers and the low concentration of retailers. In other words, there is a small number of manufacturers that distribute ice cream to a relatively large amounts of retailers. In 1992 there only existed 14 manufacturers in Germany, all of which had less than a 10% market share, except LI an Schöller. They respectively had around 50% and 25 % of all impulse ice-cream sold in kiosks, petrol stations, cake shops, cinemas, hotels, hospitals etc. The impulse ice cream market that the EC based there decision on was defined as follows:

- Include:
  - industrial impulse ice cream sold on individual basis through different distribution

[6] Recall the assumption $e = 0$ in the previous chapter. Since the demand for impulse ice cream is not affected by effort the assumption seems reasonable.

channels as mentioned above. Impulse purchase is described as a sudden or random feeling for ice cream.

- Exclude:
  - multi-pack ice cream. There arise a storage problem when buying a multi-pack ice cream, which is not related to the impulse ice cream market.
  - take-home ice cream. Is also excluded due to freezer storage.
  - industrial ice cream in individual portions, but sold through home delivery. Again, home delivery signal a more planed purchasing strategy.
  - scooping ice cream. The EC excluded scooping ice cream because the supply technologies between scooping and industrial impulse ice cream were different: "Impulse ice cream is purchased by the retail trade in the form in which it is resold to the consumer. It is particularly suited to consumer self-service. Catering ice cream in tubs requires, on the other hand, a further processing operation, namely that of serving it up in individual portions". (Motta 2004 p. 393).
  - craft-trade ice cream[7]. For similar reason as with scooping ice cream, all craft-trade ice cream is also excluded from the relevant market.

The description of the relevant market made by the EC and the Court of First Instance were based on a conceptual framework and did not use any data to confirm their results. Applying a standard SSINP (Small but Significant Non-transitory Increase in Prices)[8] test would enlarge the market definition and include both scooping and craft-trade ice cream. The point is that the relevant market is defined by how the demand for other types of ice cream reacts to price variations in industrial impulse ice cream, and not the way that the ice cream is produced or served. Hence, by including scooping and craft-trade ice cream the market power of both LI and Schöller would decrease and thereby give a smaller incentive for the competition authorities to take action.

[7] Craft-trade ice cream is as a rule always offered to consumption at the place of production.
[8] See Motta (2004) for a more detailed describtion.

6.3 Conclusion

The impulse ice cream industry is controlled by vertical restraints that only benefit the dominating manufactures. The reason is straight forward since it is usually the manufacturer that imposes the restraints. However, some subdivisions of the impulse ice cream industry like scooping ice and craft-trade ice cream would clearly benefit from imposing "flexible resale prices", that will increase the profit potential and perhaps increase consumer surplus[9]. Moreover, in subdivisions where effort seems more important, for example in scooping and craft-trade ice cream modified two-part tariffs that control for adverse selection and moral hazard would also reduce the consequences of double marginalization and make both firms and consumers better off.

With respect to the pro and anti-competitive effects discussed in section 6.2 and the definition of the relevant market, it seems hard to justify that the freezer exclusivity should be prohibited because it had a relatively small foreclosure effect. Outlet exclusivity clauses on the other hand, have a strong foreclosing effect and seem to hinder Mars in distributing its product under "fair" market conditions. Korah (1994b) especially pointed out that the lack of a clear distinction between the two types of exclusivity agreements in the EC decision could create uncertainty of whether both agreements should be prohibited or only the outlet exclusivity clause.

Overall, the standard approach towards vertical restraints in the impulse ice cream industry is very traditional. Freezer and outlet exclusivity clauses and RPM are all classical examples of standard vertical restraints. It looks like some niche production within the impulse ice cream industry could do better by combining weather variations with vertical restraints.

[9] Recall table 4 in chapter 5.

Chapter 7

Conclusion

This dissertation has examined how adverse selection and moral hazard influence the contractual agreements in the vertical chain. By using a principal-agent approach it is shown how the transfer level between the upstream- and downstream firm is modified to overcome the downstream firm's information advantage and thereby alleviate double marginalization. The model with adverse selection shows that the effort-efficient downstream firm obtains a positive information rent and provides the same effort as under complete information. On the other hand, the effort-inefficient type exerts an effort level below the first-best. Consequently, the upstream firm receives a lower transfer from both types of downstream firms compared to the complete information model. Similar results are found under moral hazard. When both the upstream- and downstream firm is risk neutral moral hazard is fully absorbed and the first-best cost of exerting high effort is equal to the cost when effort is observable. However, when the downstream firm is protected by liability constraints, lower effort is sometimes offered, because the upstream firm cannot perfectly punish or reward the downstream firm, which in turn benefits the downstream firm.

In general, the analysis of the ice cream industry showed that none of the vertical restraints used in the industry incorporated the effect of adverse selection and moral hazard. Instead the ice cream industry is dominated by vertical restraints that increase entry barriers and protect market power, which make the market more transparent. Unfortunately, these types of vertical restraints (maybe except for freezer exclusivity) only benefit the dominating manufacturers and harm the consumers through lower product variations and less competition. Another disadvan-

tage with exclusivity clauses and restrictiveness is that they do not solve double marginalization, which makes the resale price insufficiently high and harms both the firms and the consumers.

The analysis in chapter 5 and 6 showed that flexible resale prices can increase the profit potential and increase total welfare if the wholesale price is reduced by more than 50 percent. Especially, for subdivision like scooping and craft-trade ice cream where effort has larger impact on demand, both flexible resale prices and modified two-part tariff would benefit firms and consumers. Moreover it is important to emphasize that technological developments like flat screens, computers and internet can decrease high menu costs and thereby open up new interesting business opportunities for small niche productions within the ice cream and brewery industry.

My findings should be interpreted with care, because they are derived for a special model. There is a number of important extensions to the analysis that would help to understand how the vertical chain can eliminate double marginalization. First, recent research in management science has focused on how to redistribute the profit between the upstream and downstream firm. Cachon (2005) and Dana (2001) discuss the strengths and limitations of revenue sharing contracts under different markets conditions and show how revenue sharing contracts decrease the consequences of double marginalization in the rental video industry. The model in chapter 2 assumes that the upstream firm has all the negotiation power. A more careful analysis of how different transfer payments and negotiation power influence the contractual agreements in the vertical chain is certainly an important issue.

Second, perfect competition between the downstream firms will bring the second price-cost margin to zero and thereby eliminate double marginalization. Extending the model with intra-brand competition will be an easy way to overcome the DMP. However, other problems like free-riding would arise and contribute to a deeper understanding of the usefulness of vertical restraints. As noted by Telser (1960) the retailers will provide too low effort in the absence of any vertical restraints. In particular, some retailers will attempt to free-ride on others, by offering low prices, once the consumers have received pre-sale information or other type of effort elsewhere.

Third, the effect of inter-brand competition is similar to the effects of intra-brand competition. Competition between the upstream firms drives the first price-cost margin to zero and

thereby eliminate the DMP. Regarding the incentive of exerting effort the upstream firms face the same free-rider problem as the competing downstream firms. Thus, vertical restraints like exclusive dealing, where the downstream firms are not allowed to sell other competing brands can help to overcome the free-rider problem between the upstream firms. Other exclusivity contracts like long-term contracts increase entry barriers and force new upstream firms to set up their own distribution network, which can be costly and thereby discourage them from entry. Bonanno and Vickers (1986), Gal-Or (1987) and Rey and Stiglitz (1986) have shown that restraints that reduce downstream competition, similar to exclusive territories, may also decrease competition between the upstream firms. Hence, the upstream firm may adopt vertical restraints for strategic purposes.

Fourth, the analysis would be more complete if the model included a continuum of types instead of two types. However, Laffont and Martimort (2002) demonstrate, in a principal-agent setup, that a model with a continuum number of types does not contribute with new interesting insights.

Finally, a natural extension would be to analyze a situation where both adverse selection and moral hazard occur simultaneously. Construction of such model is challenging and is left for later research.

7.1 References

1. Armstrong, M. (2005). "Recent Development in the Economics of Price Discrimination". Department of Economics, University College London

2. Bonanno, G., and Vickers, J. (1986). "Vertical Separation". Mimeo, Nuffield College, Oxford

3. Blair, F. B., and Lewis, R. T. (1994). “Optimal Retail Contracts with Asymmetric Information and Moral Hazard”. RAND Journal of Economics 25: 284-296.

4. Bagwell, K., and Ramey, G. (1988). "Advertising and limit pricing". RAND Journal of Economics 19-1: 59-71

5. Cachon, P. G., and Lariviere, A., M. (2005). “Supply Chain Coordination with Revenue-Sharing Contracts: Strengths and Limitations”. Management Science 51: 30-44

6. Case T-9/95 *Schöller v. Commission* [1995] I-ECR 1611, 391-8

7. Crocker, K. J. (1983). "Vertical Integration and the Strategic use of Private Information". Bell Journal of Economics 17: 236-248

8. Dana, D. J., and Spier, E. K. (2001). “Revenue Sharing, Demand Uncertainty, and Vertical Control of Competing Firms”. Journal of Industrial Economics 41: 223-246.

9. Dobson, W. P., and Waterson, M. (1996). "Vertical Restraints and Competition Policy". Research paper 12

10. Gal-Or, E. (1987). "Doupolistic Vertical Restraints". Working Paper 650. Graduate School of Business. University of Pittsburgh

11. Gal-Or, E. (1991). “Vertical Restraints with Incomplete Information”. The Journal of Industrial Economics 39: 503-516.

12. Gibbons, R. (2005). “Incentives Between Firms (and Within)”. Management Science 51: 2-17

13. Hawkes, W. J., and Piotrowski F. W. (2000). "Using Scanner Data to Improve the Quality of Measurement and the Measurement of Quality in the Consumer Price Index. Pre-Conference Version.

14. Milgrom, R., and Roberts, J.(1982). "Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: A General Equilibrium Analysis". Econometrica 50: 443-459

15. Korah, V. (1994b). "Exclusive Purchasing Obligations: Mars v. Langnese and Schöller". European Competition Law Review 15: 171-75

16. Lafantaine, F. (1992). "Agency theory and Franchising: Some Empirical Results". RAND Journal of Economics 23: 263-283

17. Laffont, J. J., and Martimort, D. (2002). The Theory of Incentives – The Principal-Agent Model. Princeton University Press

18. Martimort, D. (1996). "Exclusive Dealing, Common Agency, and Multiprincipals Incentive Theory". RAND Journal of Economics 27: 1-31

19. Mathewson, G. F., and Winter, R. A. (1984). "An Economic Theory of Vertical Restraints". RAND Journal of Economics 15: 27-38

20. Mathewson, G. F., and Winter, R. A. (1985). "The Economics of Franchise Contracts". Journal of Law and Economics 28: 503-526

21. Mcdowell, M. (1996). "An Ice Cream War: Bundling, Tying, and Foreclosure". European Journal of Law and Economics

22. Motta, M. (2004). Competition Policy "Theory and Practice". Cambridge Press

23. Müller, A., and Gandi, M (1999). "Weather Derivatives: A Risk Management Tool for Weather -Sensitive Industries"

24. Prendergast, C. (1999). "The provision of incentives in firms". Journal of Economic Literature 37: 7-63

25. Rey, P., and Jullien, B. (2000). "Resale Price Maintenance and Collusion". GREMAQ and IDEI Université des Scirences Toulouse 1.

26. Rey, P., and Stiglitz, J. (1986). "The Role of Exclusive Territories". Mimeo

27. Rey, P., and Tirole, J. (1986). “The Logic of Vertical Restraints”. The American Economic Review 76: 921-939.

28. Rey, P., and Tirole, J. (2003). "A Primer on Foreclosure". Mimeo University of Toulouse (IDEI and GREMAQ).

29. Tesler, L. (1960). "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?". Journal of Law and Economics 3; 86-103

30. Tirole, J. (1988). The Theory of Industrial Organization. Cambridge: MIT Press

31. Villa-Boas, B. S. (2003). "Vertical Contracts Between Manufacturers and Retailers: An Empirical Analysis". University of California, Berkeley working paper

32. Whinston, M. D. (1990). "Tying, Foreclosure and Exclusion". American Economic Review 80 (4); 857-859

7.2 Appendix

Types of Vertical Restraints:

Form	Examples/Explanation
Non-linear Pricing	Two-part tariff with a franchise fee plus a constant per-unit charge
Quantity Forcing	A specified minimum quantity that the retailer is required to distribute
Service Requirements	A specified level of pre and post-sales service or promotional effort
RPM	Retail price fixed by the upstream firm
Refusal Supply	Selective distribution limiting the number of distributors
Exclusive Territories	Distributors assigned exclusivity within a geographic area
Exclusive Dealing	The retailer is prohibited from selling competing brands
Tie-in-sales	Distributors contractually required to take other products

Table 5

Sølvvinder i økonomi – An emperical Investigation of industry Concentration and Profits

af Claus Bjørn Jørgensen, Økonomisk Institut, Københavns Universitet/ University of California, Berkley Department of Economics

6.1 INTRODUCTION

Theoretical models of competition predict rather unambiguously that industry profits are high when the market concentration is high. This happens because firms do not internalize the effect on other firms' profits when making price- or quantity decisions. This paper asks the following question: Can the theoretically predicted relationship between profits and concentration be confirmed by accounting data covering the *entire* corporate sector in a country (Denmark)? And how does the firms' debt ratio affect the picture?

A similar issue has been investigated in several earlier studies (the following is not intended to be exhaustive). Schmalensee (1985), using a data set of 456 US companies, finds that 'industry effects' is the main determinant of firms' profits, while firm-specific effects are not important. Amel & Froeb (1991) find that firm effects are more important in a similar study on banking firms in Texas (about 150 observations per year). Ghemawat & Caves (1986) investigate how capital commitment affect profitability by interacting 'sunk capital' with a number of variables measuring the incumbents' opportunity to commit or collude, having profitability as the left hand side variable, with 274 observations. While their approach is very interesting, it requires detailed information about each firm that by nature is not available in a very broad data set like the one applied in this paper.

Hence, the major difference between this paper and earlier studies is the application of a very broad data set. While this has the great virtue of almost eliminating all concerns of selection bias (one could be worried that the earlier findings only applies to the specific industries), at the same times it gives rise

to a number of concerns, in particular regarding the identification of the relevant markets and the lack of explanatory variables. This will be discussed in much more detail below.

The paper proceeds as follows: In section 2, a short theoretical background is provided, and the effect of debt on competition is discussed. The data set applied in the paper and the modifications done are described in section 3. In section 4, the empirical model is set up and discussed. The results from the estimations are presented in section 5, along with two respecifications of the model. Finally, in section 6 the conclusions of the paper are summed up.

6.2 THEORY

6.2.1 The Classic Models

The most basic models of oligopolistic competition are the static models. Both the classic Cournot model with homogeneous goods and the Bertrand model with differentiated goods have very clear predictions about the relationship between the number of firms in the market *n* and the profits in equilibrium. In both models, the failure of the oligopolies to charge the monopoly price stems the fact that the firms only consider the effect on their *own* profit when they make their quantity or price decision. They do not take into account the externality they impose on the other oligopolists. As the number of firms increases, the externality becomes larger compared to the effect on the firms' own profits, and the failure to maximize total profits is exacerbated.

Note that this does not depend on what happens with the price as *n* increases. In the standard Cournot case, quantity increases and price falls with the number of firms. In contrast, with Bertrand competition and perfect complements, the price increases with the number of firms. In either case, however, the industry profit will drop (weakly) due to the externality effect outlined above.

In the "super-game" dynamic models of infinitely repeated competition with symmetric costs, the firms' ability to charge a high price in industry k depend on the well-known incentive constraint

$$\hat{\pi}_k + \frac{\delta}{1-\delta}\frac{\pi_k^{NE}(n)}{n} \leq \frac{1}{1-\delta}\frac{\pi_k^{COOP}}{n} \quad \Leftrightarrow$$

$$n \cdot \hat{\pi}_k + \frac{\delta}{1-\delta}\pi_k^{NE}(n) \leq \frac{1}{1-\delta}\pi_k^{COOP} \tag{1}$$

where π denotes the firm's maximum one-period profit when deviating, π^{NE} is the Nash-equilibrium industry profit in the one-shot game, π^{COOP} is industry profit when cooperating, and δ is a discount factor. Following the discussion before, π^{NE} is non-increasing in n. Given the very plausible assumption $\frac{\delta}{1-\delta}\left|\frac{d\pi^{NE}}{dn}\right| < \pi$, the oligopoly is less likely to be able to sustain a given cooperative equilibrium for a given discount factor when the number of firms is large. Hence, we expect a negative relationship between industry concentration and profits as with the static models.

6.2.2 Entry and exit considerations

In the discussion above, the number of firms in the market is assumed to be exogenous. In general, when an industry is realizing (persistent) high profits, entrepreneurs will seek to that industry to get a piece of the cake. Similarly, when an industry is experiencing negative profits, firms will drop out, either voluntary or involuntary. That is

$$(2)\quad \Delta n_{kt} = f(\pi_{kt-1}, \pi_{kt-2}, \pi_{kt-3}, \ldots, X), \qquad \frac{\partial f}{\partial \pi_{kt-j}} \geq 0 \quad , \quad j = \{1, 2, \ldots, T\}$$

where X is a vector containing some other relevant variables. Of course, this is not the whole story. Several papers have shown how firms may be able to deter entry, for instance by making capital commitments, signing long-term contracts with consumers or if consumers have switching costs (a list of references will not be made here. Readers are encouraged to consult Tirole (1988) ch. 8).

Entry or exit is not assumed to happen instantly. Rather, it seems plausible that it will occur as a gradual process towards the long-term equilibrium. In this view, observing high profits may be due to *i)* changes in the market (for instance, cost reductions or demand increases), so that the market is away from its long-term equilibrium. In this case, we would expect entry to drive down profits eventually. Alternatively, *ii)* it could be due to entry deterrence. In either case, recognizing the number of firms as being endogenous in the longer run does not change the fact that we would expect to observe few firms in industries with high profits at a given point in time, ceteris paribus. Hence, in the empirical model, the number of firms will be treated as exogenous, but the endogeneity issue will be kept in mind. Specifically, the relationships found in the model will not be interpreted as being causal.

6.2.3 Effect on Competition from Debt

In the corporate finance literature, the role of debt is typically to serve as a tax shield or to discipline the management (Grinblatt & Titman 2002). However, debt also affects the firms' ability to collude. Spagnolo (2000) argues that with imperfect capital markets, *a high debt share increases banks' influence on the firms' decisions*. Since banks are more concerned by downside risks than upside gains, their influence could cause the firms to be less likely to deviate and thus facilitate collusion. Furthermore, if the banking sector is concentrated with few banks serving each industry, collusion on the bank-level could be exported downstream to the firm-level through the banks' ability to internalize some of the externalities between the firms. In addition, the banks' influence could help solve the coordination problems between the firms.

The *limited liability-effect of debt* tends to make collusion less likely, thus working in the opposite direction (Maksimovic 1988, Stenbacka 1994): Suppose that firm i have fixed costs, and these are partly financed by debt with per-period interest and capital repayments of b_i. Suppose further that if the game enters the punishment phase, the firm will not be able to service its debt, so the ownership is transferred to the creditors (for instance, in the standard Bertrand case where $\pi^{NE} = 0$). Then, the incentive constraint will be

$$\begin{aligned} &\hat{\pi}_k - b^i \leq \frac{1}{1-\delta}\left(\frac{\pi_k^{COOP}}{n} - b^i\right) \quad \Leftrightarrow \\ &\hat{\pi}_k \leq \frac{1}{1-\delta}\left(\frac{\pi_k^{COOP}}{n} - \delta \cdot b^i\right) \end{aligned} \tag{3}$$

Hence, due to the limited liability of the debt, the owner of the firm does not incur the full cost of deviating and is therefore more likely to do so when the debt payments are high. To sum up, debt is likely to affect the firms' strategic behavior, but the effect could go either way.

6.3 DATA

6.3.1 The Optimal Data Set

For any applied econometrician, The Optimal Data Set is an extremely wanted, but mythical and never seen creature. However, discussing how it would

look is helpful in evaluating the usefulness of the actual data at hand, and it provides guidelines for future research.

First, given the objective of the paper, the data set must cover all the industries of some geographical area. This area must be sufficiently large so that it can be considered one market[1]. *Second*, the data set should contain some measure of the firms' economic profit and debt ratio. *Third*, each firm's main industry and potential competitors should be identified in the data set. *Fourth*, having several observations of each firm would increase the precisions of the estimations and make it possible to include firm-specific characteristics; or fixed effects.

6.3.2 Overall Description of the Data Set

The objective to cover all industries limits the possible data sources to those readily available. The data set applied for this paper satisfies several, but not all of the criteria listed above[2]. It comprises all public and private limited liability companies in Denmark for the period 1995-2002; thereby covering almost all non-governmental economic activity in Denmark. The data is collected by KOB A/S; a Danish credit information bureau in the Experian Group. KOB has two main sources of information: *i)* Firm-individual annual accounts and the official status of the firms, provided by the Danish Commerce and Companies Agency, which is a part of the Ministry of Economic and Business Affairs. *ii)* Annual phone-interviews with the firms, in which sector affiliations are established, among other things.

Hence, the data set available satisfies the first and fourth requirement (breath and time-dimension). The firms' economic profit is *not* included. Instead, net return on total assets will be used as a proxy. Nor are precise information about potential competitors available; only the industrial classification codes and the location of the main office. These issues will be discussed in more detail in section 4.

6.3.3 Sample Selection and Modifications

The raw data set contains 987.581 firm-year observations, covering 179.181 different companies. A number of careful modifications have been performed to insure the consistency of the data set:

1 *For a discussion of markets, see section 4.2.*

2 *The data set is also used by the Danish central bank in their annual Financial Stability Review. In the economics literature it has been used by Smith et al. (2002) and Bennedsen, Dam, Herby & Nielsen (2003), among others.*

- Only *observations between 1995 and 2002 are included* (the data set contains some observations outside this period, but they do not cover all companies)
- *Inactive companies are excluded*. A firm-year observation is considered 'inactive' if it is the last account for a company that have gone bankrupt, been liquidated etc. Observations before this final account are included.
- *Agriculture, fisheries, mining etc. are excluded*. These industries are considered either fully competitive and/or heavily subsidized, and thus do not fit with the theoretical model.
- *Public administration, education, health services etc. are excluded*, as these industries in Denmark are mainly financed through taxes and thus do not operate on market conditions.
- *Financial institutions are excluded*. The annual accounts of these companies follow a different set of regulations than other companies. Even though it would be very interesting to investigate the competitive behavior the financial sector, it is beyond the scope of this paper.
- *Holding companies and consolidated accounts are excluded*. Unconsolidated accounts for these companies are included. This ensures a more direct connection between the area of operation and the reported profits.
- Accounts covering less than 12 months have been normalized trivially to cover one full year, and accounts in Euro have been converted to Danish Kroner using the fixed exchange rate.
- Companies with *illogical values in their accounts* (such as a negative age, negative amounts on the balance sheet, or a solvency rate larger than 100 pct) are excluded.
- If a company has submitted more than one account a given year, only the latest is included.
- Companies are only *included from the year the reach a balance sheet total of DKK 125.000* (≈ USD 22.000), which is the minimum requirement to set up a private limited company. This excludes a number of very small companies with almost no economics activity ('shell companies').
- Companies with *very extreme values of return on assets* (more than +/- 200 per cent) or solvency rate (less than -200 per cent) are excluded.
- Companies located in *Greenland are excluded*.

Care has been taken to preserve the panel structure of the data set. Hence, if one observation for a given company fails the criteria above, all the observations of that company are excluded (except regarding 'inactive' accounts). Since firms are allowed to drop out or enter the sample, it is an *unbalanced* data set.

After imposing there restrictions, the data set consist of 391.837 firm-year observations covering about 71.800 different companies.

6.4 EMPIRICAL MODEL

Although using account data from all business sectors to study firms' competitive behavior to the author's knowledge is new; specific industries have been investigated empirically in numerous earlier studies (again, the following is not mend to be exhaustive). Some studies find evidence of collusive behavior by using price data for specific industries (i.e. Borenstein & Shephard 1996). A significant number of papers use the concept of 'conjectural variation' to estimate the competitiveness of industries, but as pointed out by Corts (1999), this procedure can lead to seriously flawed conclusions.

Bresnahan & Reiss (1991) develop a very interesting model by which they are able to draw rather strong conclusions about the effect of entry by using only information on the number of firms in the market and demographic statistics. However, their paper is limited to a few clearly defined industries, and it only covers very isolated markets. Rotemberg & Saloner (1986) report a much broader study by Michael Burda, in which crude measures of price-cost margins are estimated using very broad macro data. However, the lack of micro data makes the conclusions of his study open to discussion.

The model presented in this paper does not estimate price-cost margins directly. Rather, it in-vestigates the properties of the *result* of margins, i.e. profits. In this way, the model is similar to the papers by Schmalensee, Amel & Froeb and Ghemawat & Caves mentioned in the introduction; however the focus in this paper is on the relationship between profits, concentration and debt, and the data set applied is much broader compared to earlier studies.

6.4.1 Unit of Observation

In the *classical* view, markets or industries are considered to be the unit of interest.[3] Firms' cost-structures are assumed to be symmetric, and intra-industry differences to be temporary or unim-portant. Following this view, the relevant unit of observation is the industry as whole, and thus the individual firm-observations should be aggregated over industries. The classical view has been questioned by the *revisionist* and *managerial* traditions, in which firm-specific effects are assumed to be more important, for instance due to efficiency or corporate culture differences.

3 *The discussion in this section draws on Schmalensee (1985).*

Although the main focus in this paper is on the classical view, the model will use the individual firm as the unit of observation. This way the model will be able to identify the effects predicted by the classical models, while still taking some firm-specific characteristics into consideration.

6.4.2 Definition of Markets

Identifying the relevant markets, both geographically and regarding product space, is probably the most troublesome part of this analysis. Ideally, each firm would operate in a single, clearly defined market, and the data set would identify this market unambiguously for each firm. In reality, things are much more complicated. Many companies operate in more than one market, most goods have substitutes or complements in other markets, the markets overlap geographi-cally, sometimes even across borders, and the data available provide only very imperfect information about these issues.

Some studies recognize this by only studying clearly defined, geographically isolated markets (e.g. Breshnahan & Reiss 1991, Amel & Froeb 1991). Their approach has the clear advantage of eliminating the concern of overlapping or wrongly defined markets. However, it restricts the researcher to examine these few 'ideal' markets. For instance, Breshnahan & Reiss exclude towns within 20 miles of a town of 1,000 or 100 miles of a city of 100,000. All towns in Denmark would fail those criteria, hence such a strict definition is not possible given the available data. [4]

Instead, the model will use 4-digit industrial classification codes (about 385 different industries within the covered sectors).[5] In the baseline regression, all of Denmark will be treated as one market. For some markets, such as construction, this seems plausible given the small size of Denmark. For other sectors, in particular retail, this geographical definition is probably too wide. Yet for other sectors, e.g. manufacturing, it is probably too narrow due to foreign trade, facilitated by the Danish membership of the European Common Market. In section 5.3, the model will be estimated with a more narrow definition of markets.

It is important to stress that this approach to defining markets is questionable and subject to critique (see e.g. Werden 1988). Hence, the results from the model should be interpreted with great caution.

4 *The appendix contains a map of Denmark. The Danish population size is appox. 5.4 million (2004).*
5 *Based on the Danish DB03 industry classification system, which is compatible with the European NACE-system.*

6.4.3 Baseline Regression Model

Following the discussion above, the baseline regression model will be of the form

$$(4) \qquad \pi^{i}_{kt} = f(H_{kt}, D^{i}_{kt}, K^{i}_{kt})$$

where πikt denotes the profits for form i in industry k at time t, Hkt denotes the Herfindahl con-centration index, Dikt is a measure of the firms' debt, and Kikt is a vector of other variables. Below, the variables used in the estimation are defined and discussed, and the regression model is set up.

6.4.3.1 Dependent Variable (ROA)

The firms' net return on total assets (ROA), defined in percentage terms, is used to measure economic profit. The measure has the advantage of being independent of the firms' size and capital structure, and is thus comparable across firms and industries. However, it is by far a perfect measure of economic profit. First, different accounting procedures between the firms, for instance regarding depreciation, will affect ROA independently of the firms' performance in an economic sense. Even though the accounting law sets guidelines on how to value assets etc., there are numerous ways in which firms can manipulate the accounts and keep within the law. Not to mention if they break the law, as illustrated so disastrously by the Enron-case.

Second, the firms' total assets are measured in book value, which almost always is different from the market value. The clearest example is research projects and intellectual property, which often have book values of zero. This weakens the economic interpretation of ROA. How-ever, as long as the deviations from pure economic profit are unsystematic and uncorrelated with the industry concentration Hkt, this should not be a serious source of bias.

6.4.3.2 Explanatory Variables

Market Concentration (H)

The Herfindahl index, defined over non-current assets of the firms in the market, is used as a measure of market concentration. The expected sign is positive. The severe problems with identifying the market discussed in section 0 obviously apply for this variable. Optimally, the Her-findahl index should have been calculated using quantity sold, net turnover or something similar.

However, only 35 per cent of the firms in the data set report their revenue. Instead, non-current assets are used. As before, this approximation seems reasonable as long as the devia-tions are not believed to be systematic, although it will contribute to blur the results.

The Herfindahl index possesses some useful properties for analyzing the competitive behavior in markets. For instance, with standard Cournot competition and constant marginal costs, it can be shown that total industry profits are proportional to the Herfindahl index (Tirole 1988). A thorough discussion of different concentration indices are not given here; readers are referred to Tirole ch. 5.

Debt Ratio (D)

As a measure of the firms' debt ratio, I use total debt divided by total assets. The debt ratio is assumed to have counteracting strategic effects, as discussed in section 0. Following the ap-proach by Ghemawat & Caves (1986), the debt ratio is interacted with the Herfindahl index to asses this strategic effect. Note that the debt ratio is clearly endogenous. For instance, highly profitable firms may have easier access to external capital and/or may desire a higher debt ratio to serve as a tax shield. On the other hand, a high debt ratio may also be the result of repeated losses that may have eat up the equity capital. Hence, the debt ratio may proxy the efficiency of the company, but the two effects point in different directions so it is not clear how it will affect the results.

It could be considered to use an instrument for total assets to avoid the last effect. As men-tioned, total assets are used to normalize the debt level and the profitability to allow compari-sons between firms. By the mechanisms of accounting, the firms' total assets are directly linked to past years' performance, as mentioned above. One possible instrument could be the number of employees in the firm. This number is most likely highly correlated with total assets, and the link to past firm performance is less direct than with total assets. Unfortunately, more than 25 per cent of the firms do not report this variable. Since it is probably mostly small firms that fail to report the numbers of employees, leaving out these observations would result in selection bias. Therefore, this has not been done in the present paper, but it could be interesting to inves-tigate in future research.

Volatility in Industry Profits (VOL)

When investors require compensation for taking risk, we would expect higher expected profits in high-risk industries. In this view, firms are maximizing

risk-adjusted profits[6]. To capture this, the standard deviation of the net return on assets within the industry over the entire period 1995-2002 is included as an explanatory variable. An implicit assumption behind this specification is that (some) risk is constant over time and industry-specific, not firm-specific. Again, this variable is subject to the critique of the definition of industries.

Firm Age (D_age1-D_age25plus)

In a world of imperfect information, firms learn about their efficiency as they operate in the market. The efficient grow and survive, while the inefficient fail (Jovanovic 1982); i.e. older firms are expected to have higher profits. To take this effect into account, firm age is included in the regression. Because the functional form is not known and the variable is discrete, the effect is modeled with dummy-variables from age 1 till age 25+ with age 0 as the reference.

6.4.3.3 Regression Model

Summing up, the baseline regression model will be

(5)

$$ROA^{i}_{kt} = \beta_0 + \beta_1 \cdot H_{kt} + \beta_2 \cdot D^{i}_{kt} + \beta_3 \cdot (H_{kt} D^{i}_{kt}) + \beta_4 \cdot VOL_k + \sum_{j=1}^{25} \beta_{4+j} \cdot d_age j + \varepsilon^{i}_{kt}$$

with the variables defined above. The properties of the error term are of particular interest. The model is obviously not complete, i.e. all non-white noise effects are not included in the regres-sion. Hence, the error term is expected to have systematic tendencies, which could lead to omit-ted variable bias. The panel data structure of the data set holds some promise of relieving this source of bias. According to the 'classical' view, we should expect industry-specific, time-invariant effects in the error term:

(6a) $$\varepsilon^{i}_{kt} = \alpha_k + \eta^{i}_{kt} \quad , \quad \eta^{i}_{kt} \sim iid\ (0,\sigma)$$

On the other hand, the "revisionist/managerial" view suggests firm-specific, time-invariant ef-fects:

(6b) $$\varepsilon^{i}_{kt} = \alpha^{i} + \eta^{i}_{kt} \quad , \quad \eta^{i}_{kt} \sim iid\ (0,\sigma)$$

6 *In fact, corporate finance theory suggest that investors are only compensated for high covariance com-pared to the market portfolio. See Grinblatt & Titman (2002).*

Note that applying this structure of the error term includes any industry-specific effect, as long as the firms stay in the same industry. Hence, it seems promising to estimate equation (5) using the fixed effects within estimator to reduce the omitted variable bias. This will not be done, for two important reasons:

i) Measurement Error in the Explanatory Variables

If the explanatory variables are correlated over time, the usual attenuation bias from measure-ment errors can be greatly exacerbated by fixed effects estimation (Johnston & DiNardo 1997). Because of the grave problems with defining markets, I expect in particular the Herfindahl index to suffer from severe measurement errors. At the same time, concentration is expected to be strongly correlated over time within industries.[7] When removing the variation between indus-tries by applying the within estimator, what is left for the estimation could be mostly measurement error!

ii) Endogenous Explanatory Variables

The number of firms in the market, as measured by the Herfindahl index, is clearly endogenous as previously discussed in section 2.2.[8] This causes the standard OLS estimator to be biased and disallows causal interpretations of the results; however it still provides an image of the correlation between profits and concentrations.

When using the fixed effects estimator, you effectively look at changes in the variables within each firm or industry, which may aggravate the bias. To illustrate the point, suppose that there is no causal relationship from industry concentration to profits, and that firm profits are purely random ($\beta j=0 \ \forall j$). Consider a period t in which profit realization in industry k turns out to be low ($\varepsilon t < 0$). Then some firms will drop, in accordance with the entry/exit equation (2), so we would observe the Herfindahl index rise. At the same time the expected change in profits would be positive, purely because the expected value of the error term is higher than the 'bad' realization in period t. That is,

is,

$$\varepsilon_t < 0 \quad \Rightarrow \quad \left\{ \begin{array}{lll} \pi_t < 0 \Rightarrow & \Delta n_{t+1} < 0 & \Rightarrow \quad \Delta H_{t+1} > 0 \\ E[\Delta\varepsilon_{t+1}] > 0 & & \Rightarrow \quad E[\Delta\pi_{t+1}] > 0 \end{array} \right\} \Rightarrow \hat{\beta}_1 > 0$$

7 *The observed year-to-year correlation coefficients are between 0.86 and 0.97.*

8 *This section draws on Johnston & DiNardo (1997) ch. 12.*

and vise versa for $\varepsilon t > 0$. Hence, we would get a positive estimate of $\beta 1$ even if the true value was zero, because of the entry/exit effect. Note that in this example the $\beta 1$ estimate in a cross-section OLS would (correctly) be zero, since the expected absolute profit in period t+1 is zero.

In conclusion, there are strong indications that the cure from applying a fixed effects estimator is worse than the disease, and therefore the model will use the simple OLS cross section estimation procedure. When interpreting the results, it will be kept in mind that the disease in itself is still quite severe, but it is unclear in which direction it will affect the results, if any.

6.5 RESULTS

6.5.1 Baseline Regression

Table 1 below summarizes the results from the baseline regression. You may notice that the number of observations is increasing monotonically through the estimation period. This is not judged to be an error in the data set. According to official figures, the number of public and private limited liability companies in the covered sectors rose by 14.3 per cent from 1999 to 2002, while the corresponding figure in the sample is 18.7 per cent. [9]

Table 1: Baseline regression

	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Intercept	13.048 [22.50]***	9.741 [16.25]***	5.100 [8.62]***	5.710 [9.23]***	5.0126 [8.13]***	6.425 [11.01]***	4.534 [6.49]***	4.937 [6.73]***
Herfindahl index	5.900 [4.68]***	9.620 [7.50]***	7.342 [6.08]***	5.718 [4.11]***	7.770 [5.91]***	6.600 [4.90]***	3.802 [2.78]**	2.023 [1.54]
Debt Ratio	-12.488 [38.83]***	-9.039 [26.23]***	-6.869 [20.30]***	-6.918 [21.10]***	-5.104 [15.60]***	-4.567 [13.58]***	-2.920 [8.69]***	-2.465 [7.45]***
Herfindahl· Debt Ratio	-12.724 [7.32]***	-17.111 [9.51]***	-9.684 [5.66]***	-9.865 [4.96]***	-13.439 [7.08]***	-10.328 [5.34]***	-7.49 [3.77]	-2.935 [1.58]
Volatility in industry profits	-0.170 [10.95]***	-0.107 [6.40]***	-0.076 [4.58]***	0.020 [1.25]	0.041 [2.59]**	0.027 [1.62]	0.104 [6.30]***	0.110 [6.43]***
Age dummies	Bell-sha-ped	Bell-sha-ped	Bell-sha-ped	Bell-sha-ped	Bell-sha-ped	Bell-sha-ped	Bell-sha-ped	Bell-sha-ped
R2	0.0534	0.0382	0.0250	0.0245	0.0209	0.0176	0.0147	0.0134
Observations	59,158	55,487	52,577	49,845	47,133	44,564	42,235	40,828

9 *Statistics Denmark, http://www.statistikbanken.dk, table REGN3. Figures for 1995-1999 are not avail-able.*

*Note: Cross section OLS on net return on total assets among Danish firms. Numbers in brackets are t-statistics of H9: βi=0. * indi-cates significant on 5 per cent level, ** significant on 1 per cent level, *** significant on 0,01 per cent level*

The model explains less than 6 per cent of the variation in firm profits in 2002, rising from 1.3 per cent in 1995. This clearly indicates that the model is mis-specified and that not all relevant explanatory variables are included. Still, most of parameter the parameter estimates are very significant different from zero, although the t-statistics should be interpreted with caution.

From the third and fourth row of the table, note that for a given industry concentration, a high debt ratio seems to go hand-in-hand with low profits. This is probably due to the equity dilution effect mentioned in section 4.3.2. Firms in highly concentrated industries seem to be more ad-versely affected by having a high debt, ceteris paribus. This is in line with Maksimovic' and Stenbacka's theoretical results about the limited liability-effect of debt on collusion. However, as underlined in section 4.3.2, the debt ratio is endogenous, so this relationship can not be inter-preted in a causal sense.

The relationship between concentration and profits depend on the debt ratio: For a given debt ratio, the derivative of equation (5) with respect to the Herfindahl index is

$$\frac{\partial E[\pi^{i}_{kt}\,|_{D=\overline{D}}]}{\partial H^{t}_{k}} = \beta_1 + \overline{D}\beta_3 \qquad , \tag{7}$$

given the very questionable assumption of exogenous X's. *Looking at the estimates for year 2002, a higher Herfindahl index is associated with higher profits when the debt ratio is less than 0.46. The same year, only 30 per cent of the firms in the sample had such low debt ratios. When the debt ratio is higher than 0.46,* a higher industry concentration seems to be correlated with lower profits. Hence, the data seems only to be partly consistent with the theory outlined in section 2. The picture is about the same the other years. Again, however, it must be underlined that the weaknesses of the empirical model do allow any definitive conclusions. Furthermore, the empirical set-up does not allow the effect of concentration to be positive up to some level debt, and zero hereafter. In section 5.2, the model is estimated with the Herfindahl index interacted with a set of dummy-variables for the firms' debt ratio to allow a non-linear relationship.

The estimates on *volatility in industry profits* show an interesting pattern: In 1995, high-volatility industries seem to have the highest profits. Over the years, the picture gradually changes, and from 2000 the low-volatility indu-

stries have the highest profits. Leaving aside for a moment the overall weaknesses of the model, this pattern has at least two interpretations: i) From year 2000, the growth rate in the Danish GDP gradually declined after the 1990's boom. [10] Thus, the results suggest that operating in a high-risk industry is good for profits when the economy is booming, but bad during a low-growth period. ii) The assumption about constant volatility over time is wrong. Hence, VOLk measures average volatility over the estimation period which could give spurious results.

The *age dummies show a bell-shaped effect*, with the 5 to 10 year old firms being the most profitable, see figure 2 in the appendix. This suggests that inertia might set in when firms grow older and destroy the exit-effect proposed by Jovanovic (see section 4.3.2).

6.5.2 Non-Linear Relationship Between Debt Ratio and Concentration

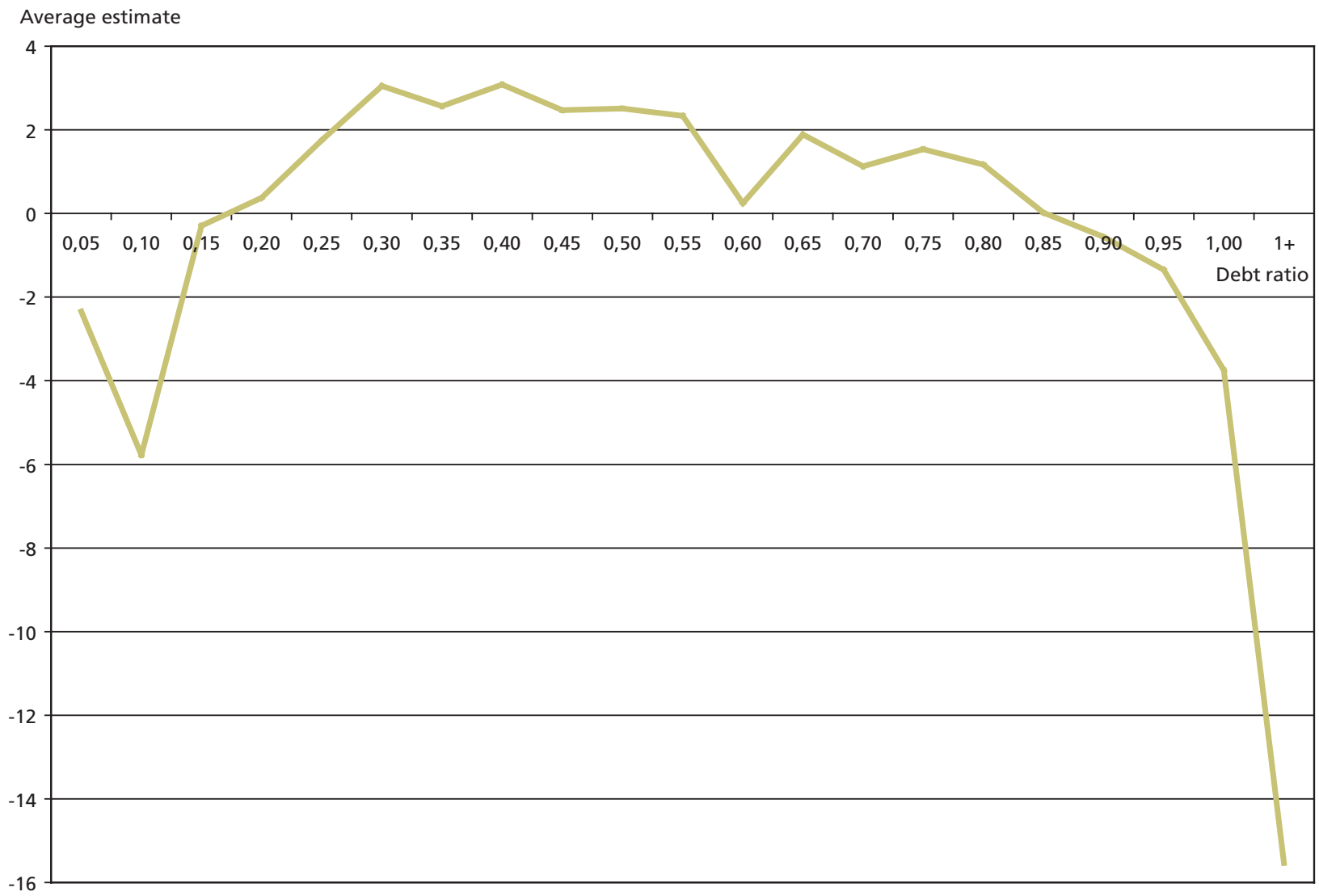
To allow a non-linear relationship between the industry concentration and the debt ratio, the model has been estimated with the Herfindahl index interacted with a series of dummies for the firms' debt, divided into 20 groups. A full set of debt ratio dummies has also been included to ensure that the interaction dummies do not pick up non-linear relationships between debt and profit. This respecification only affects the estimates on the other variables marginally; see table 2 in the appendix. The model's explanatory power rises significantly, to 11.9 per cent in 2002 and 7.8 per cent in 1995 (from 5.3 and 1.3 per cent respectively). Many of the interaction dummies are not significantly different from zero, but an F-test clearly rejects the null hypothesis of all the interaction-dummies being equal zero.

Figure 1 below shows the estimated relationship between profits and concentration for different debt ratios. The graph displays the average estimates over the 8 time periods; the pattern is roughly the same for each cross section. The results suggest that a higher industry concentration is associated with higher profits when firms' debt ratios are between 0.20 and 0.85. This covers about 70 per cent of the companies in the sample. When outside this interval, a high concentration seems to be associated with low profits. This observation can be interpreted as supporting the theoretical points by Spagnolo and Maksimovic/Stenbacka: As the debt ratio rises, collusive behavior is facilitated by the banks' increased influence (Spagnolo). However, at some point the high debt ratio increases the firms' risk appetite and thus impedes collusion (Maksimovic,

10 *See figure 3 in the appendix.*

Sten-backa). Again it must be underlined that the weaknesses of the model do not allow any definitive conclusions.

Figure 6.1. Average dummy estimates of debt interacted with industry concentration (Herfindahl index)



Note: Cross section OLS on net return on total assets among Danish firms. Average over 1995-2002. The regression also includes dummies for the debt ratio, volatility in industry profits, and age dummies; see table 2 in the appendix.

6.5.3 Alternative Definition of Markets

As a first step of addressing the concern about the ill-defined markets, the model has been estimated with a more narrow market definition. Instead of treating all of Denmark as one market, the country has been divided into four geographical regions: Sjælland (with Lolland and Falster), Jutland, Fyn, and Bornholm; see map of Denmark in the appendix. These are all separated islands or peninsulas, although (toll) bridges link most of them together. Only retail, hotels, restaurants, repair etc. have been included in the regression to focus on industries assumed to operate locally.

An important problem is that the data set only contains information about the location of the main office. When a chain of shops or hotels only hand in an aggregated statement to the Danish Commerce and Companies Agency, the

data set will not reveal if the chain does business in other regions. This issue will contribute to blur the results.

Table 3 in the appendix summarizes the results from the regression. The concentration variables are only significant in 1999 and 2000. Compared with the results from the baseline regression, the signs on the Herfindahl index and the index interacted with the debt level are reversed: A high industry concentration now seems to be associated with high profits when the debt ratio is high (above about 65 per cent) instead of low[11] . The other estimates are roughly the same as before, although high volatility now seems to be related to low profits in all periods. However, the very unstable and insignificant estimates on the concentration variables suggest that the alternative definition of markets is not very good, and most likely even worse than the one applied in the baseline regression.

6.6 DISCUSSION AND CONCLUSION

Theoretical models of competition predict a positive relationship between industry concentra-tion and profits. The firms' debt may have strategic effects, but the effect could go either way. In this paper, an empirical model has been set up to measure these effects. Compared to earlier studies, the data set applied is much broader and covers the entire corporate sector of an economy (Denmark).

The results suggest that for firms with debt ratio between 0.20 and 0.85, a high industry concentration is associated with high profits, while the opposite is the case for firms with very low or very high debt ratios. This can be interpreted as supporting both the limited-liability and the influence-of-banks hypotheses of the strategic effect of debt. To the author's knowledge, such an investigation of the non-linear strategic effect of debt has not been done before.

Age has a bell-shaped effect on profitability with the most lucrative firms being between 5 and 10 years old. The results show some evidence that being in a high volatility industry is good for profits during a boom, but is associated with low profits during a recession.

These results must be interpreted with great caution due to the severe weaknesses of the empirical model. In particular the problem of identifying mar-

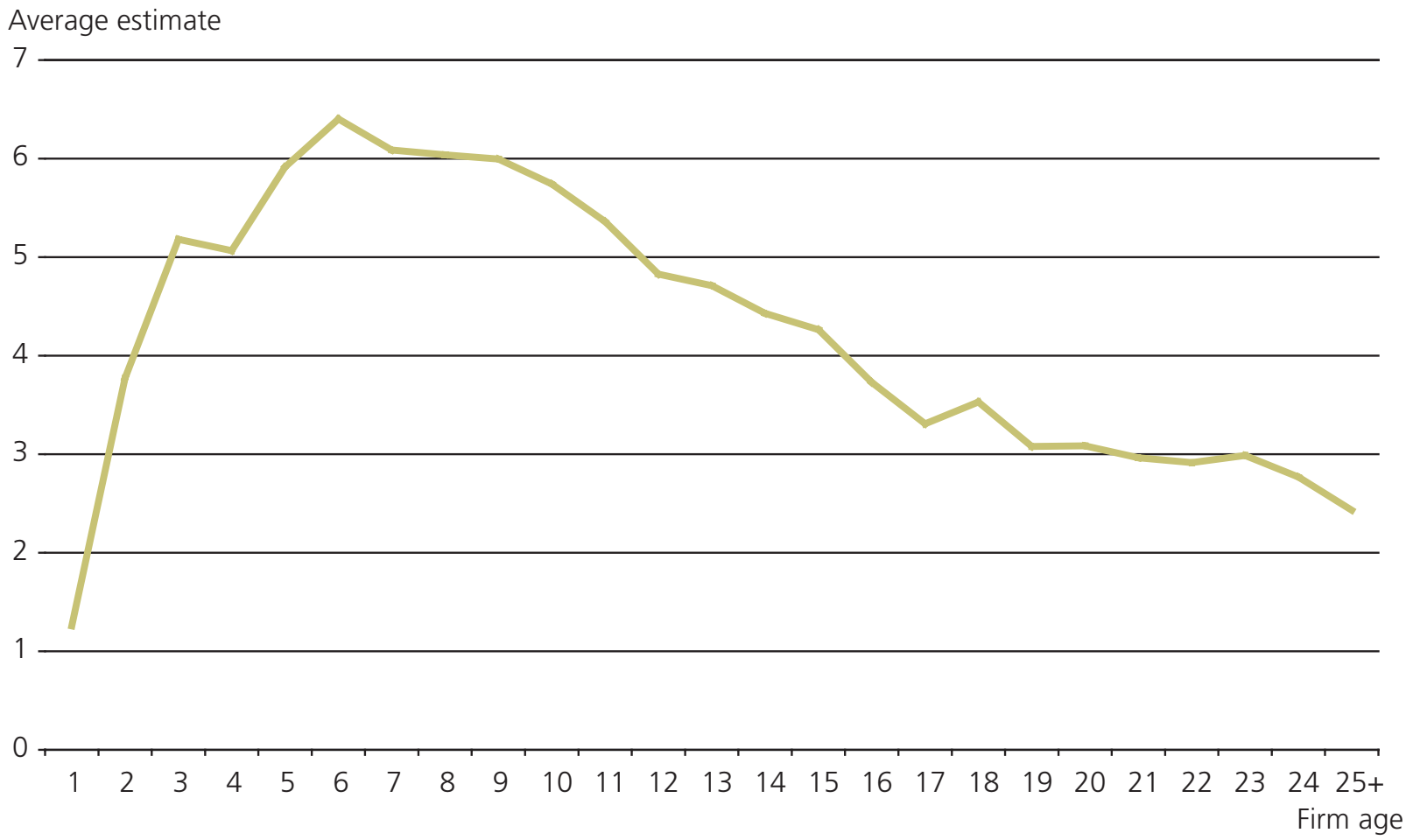
11 *Running the regression with debt-concentration dummies give results similar to section 5.2. However, the estimates are very weak and highly unstable.*

kets, the general measurement problems and the endogeneity issues are too grave to allow any clear conclusions to be drawn from the study. The endogeneity and measurement error issues disallow the use of fixed effects to correct for omitted variable bias.

One way of dealing with (some of) the endogeneity could be to use the numbers of employees as an instrument for total assets. This has not been done in the present paper due to data constraints. The author sees no appealing solutions to the problem of defining markets, while still including a broad spectrum of industries. The most promising approach for future research is probably to narrow down the scope to some clearly defined industries, although a first attempt in this direction did not give any clear result in the present paper.

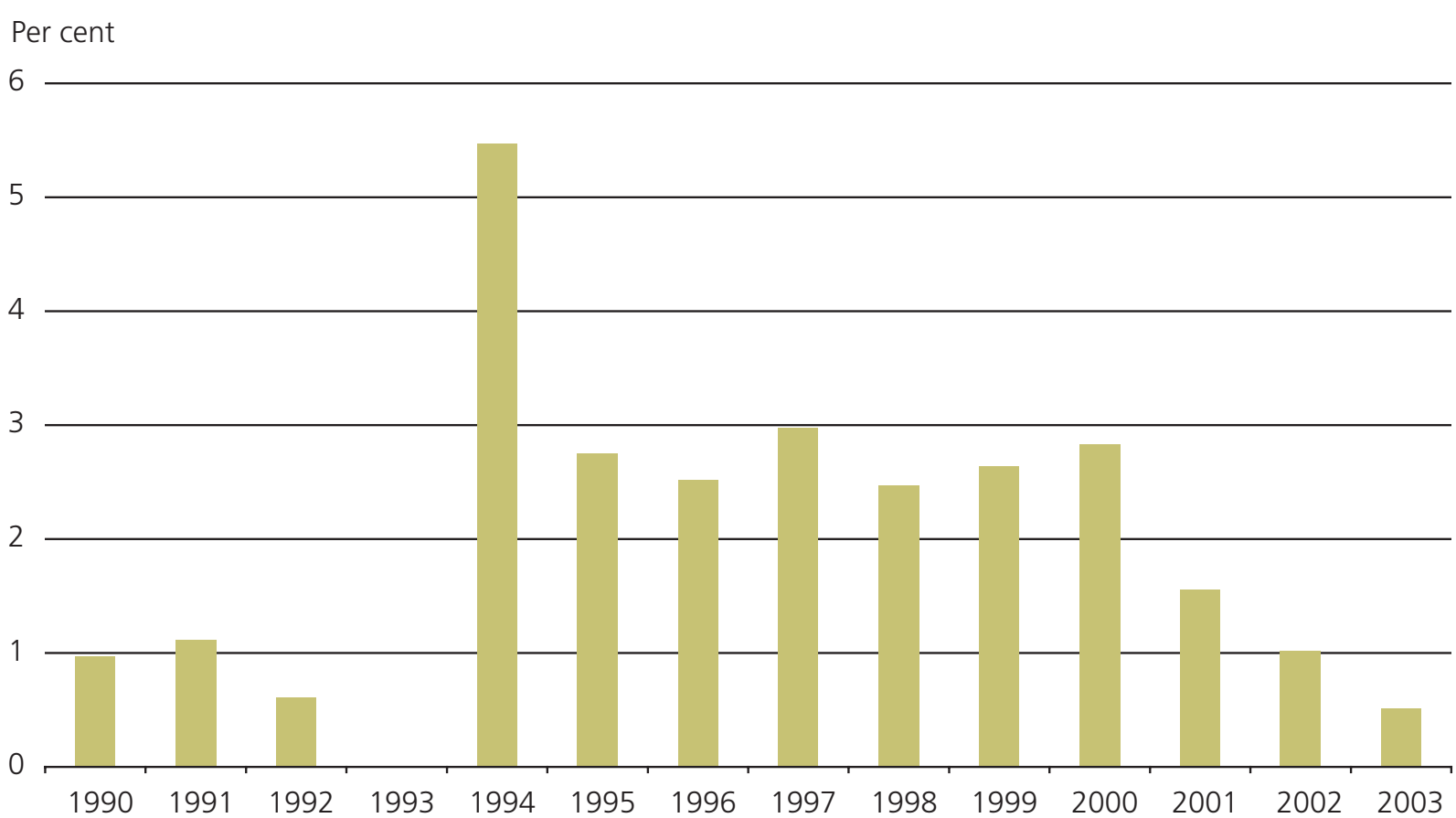
Appendix

Figure 1: Firm age dummy estimates



Note: Cross section OLS on net return on total assets among Danish firms. Average over 1995-2002. The regression also includes the debt ratio, the Herfindahl index, debt interacted with the Herfindahl index, and volatility in industry profits; see table 1.

Figure 2: Real Growth in Danish GDP 1990-2002



Source: Statistics Denmark

Table 2: Regression with debt ratio modeled with dummies

	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Intercept	-0.830 [1.18]	-3.401 [4.63]***	-6.220 [8.76]***	-6.041 [8.39]***	-6.391 [8.92]***	-4.529 [6.47]***	-5.979 [7.34]***	-5.601 [6.53]***
Volatility in industry profits	-0.112 [7.47]***	-0.057 [3.56]**	-0.036 [2.23]*	0.043 [2.80]**	0.059 [3.81]***	0.040 [2.49]*	0.113 [7.01]***	0.112 [6.75]***
Debt dummies	Inverse U-shaped	Inverse U-shaped	Inverse U-shaped	Inverse U-shaped	Inverse U-shaped	Inverse U-shaped	Inverse U-shaped	Inverse U-shaped
Age dummies	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped
R2	0.1191	0.1189	0.1094	0.1069	0.1025	0.0970	0.0822	0.0782
Observations	59,158	55,487	52,577	49,845	47,133	44,564	42,235	40,828

*Note: Cross section OLS on net return on total assets among Danish firms. The regression also includes dummies for the firms' debt ratio and the debt ratio interacted with the Herfindahl concentration index, see figure 1. Numbers in brackets are t-statistics of H9: i=0. * indicates significant on 5 per cent level, ** significant on 1 per cent level, *** significant on 0,01 per cent level*

Figure 3: Map of Denmark

Note: The four regions used for the regression are Sjælland/Lolland/Falster, Fyn, Jutland and Bornholm.

Table 3: Regression with Denmark divided into 4 geographical regions

	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995
Intercept	12.803 [10.90]***	9.305 [7.33]***	6.716 [5.26]***	8.919 [6.86]***	7.097 [5.46]***	7.100 [5.82]***	7.590 [5.52]***	8.460 [5.91]***
Herfindahl index	-2.002 [1.05]	0.557 [0.28]	-6.748 [3.78]**	-7.277 [3.94]***	-3.399 [1.74]	1.640 [0.83]	-3.066 [1.50]	-2.967 [1.64]
Debt Ratio	-16.726 [28.52]***	-13.773 [22.11]***	-11.925 [19.08]***	-13.862 [22.75]***	-9.645 [15.58]***	-8.116 [12.60]***	-5.875 [9.15]***	-3.707 [5.87]***
Herfindahl· Debt Ratio	2.717 [1.04]	0.0090 [0.00]	10.527 [4.20]***	10.770 [4.11]***	3.964 [1.42]	-3.509 [1.24]	2.644 [0.90]	1.652 [0.65]
Volatility in industry profits	-0.248 [6.48]***	-0.164 [3.91]***	-0.172 [4.12]***	-0.230 [5.68]***	-0.112 [2.82]**	-0.125 [3.09]**	-0.095 [2.36]*	-0.088 [2.13]*
Age dummies	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped	Bell-shaped
R^2	0.0879	0.0686	0.0443	0.0611	0.0414	0.0376	0.0251	0.0191
Observations	18,782	17,617	16,880	16,198	15,402	14,560	13,787	13,298

Note: Cross section OLS on net return on total assets among Danish firms. The four regions are Sjælland/Lolland/Falster, Fyn, Jutland and Bornholm. Numbers in brackets are t-statistics of H_9: $_i$=0. * *indicates significant on 5 per cent level, ** significant on 1 per cent level, *** significant on 0,01 per cent level*

Literature

Amel, Dean & Luke Froeb (1991). "Do Firms Differ Much?", *Journal of Industrial Economics* 39, pp. 323-331.

Bennedsen, Morten, Thea Dam, Jonas Herby & Kasper Nielsen (2003). "Consequenses of Harmonizing the European Company Laws: Should the Dual Class Shares be Abolished?" (in Danish). *Nationaløkonomisk Tidsskrift* (Danish Economic Journal) 2003:1.

Borenstein, Severin & Andrea Shephard (1996). "Dynamic pricing in retail gasoline markets", *RAND Journal of Economics* 27:3, pp. 429-451.

Bresnahan, Timothy F & Peter C. Reiss (1991). "Entry and Competition in Concentrated Markets", *Journal of Political Economy* 99:5, pp. 977-1008.

Corts, Kenneth S. (1999). "Conduct parameters and the measurement of market power", *Journal of Econometrics* 88, pp. 227-250.

Ghemawat, Pankaj & Richard E. Caves (1986). "Capital Commitment and Profitability: An Empirical Investigation", *Oxford Economic Papers*, New Series Vol. 38, pp. 94-110.

Grinblatt, Mark & Sheridan Titman (2002). *Financial Markets and Corporate Strategy*, 2nd edition, McGraw-Hill.

Johnston, Jack & John DiNardo (1997). *Econometric Methods*. Fourth edition, McGraw-Hill.

Jovanovic, Boyan (1982). "Selection and the evolution of industry", *Econometrica* 50, pp. 649-670.

Maksimovic, Vojislav (1988). "Capital structure in repeated oligopolies" *RAND Journal of Economics* 19, pp. 389-407.

Rotemberg, Julio J. & Garth Saloner (1986). "A Supergame-Theoretic Model of Price Wars during Booms", *American Economic Review* 76, pp. 390-407.

Schmalensee, Richard (1985). "Do Markets Differ Much?", *American Economic Review* 75, pp. 341-351.

Smith, Valdemar, Anni Lene Broberg & Jesper Overgaard (2002). ”Does Location Matter for Firms’ R&D Behaviour? Empirical Evidence for Danish Firms”, *Journal of Regional Studies* 36.8, pp. 825-832.

Spagnolo, Giancarlo (2000). “Debt as a (Credible) Collusive Device”, *SSE Working Paper* 349 – *FEEM Working Paper* 94.99.

Stenbacka, Rune (1994). “Financial Structure and Tacit Collusion With Repeated Oligopoly Competition”, *Journal of Economic Behavior and Organization* 25, pp. 282-292.

Tirole, Jean (1988). *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press.

Werden, Gregory J. (1988). “The Divergence of SIC Industries From Antitrust Markets. Some Evidence From Price Fixing Cases”, *Economics Letters* 28, pp. 193-197.

Guldvinder i jura – Margin Squeeze

af Andreas Malby, juridisk fakultet, Københavns Universitet

7.1 INDLEDNING

EF-traktatens artikel 82 (herefter art. 82) indeholder EU rettens bestemmelse, der skal beskytte konkurrencen på et givent marked mod dominerende virksomheders forsøg på at fordreje den. Bestemmelsen opremser en række situationer, hvor en dominerende virksomhed antages at have misbrugt sin dominerende stilling, og denne liste er i retspraksis blevet suppleret igennem tiderne. En af disse suppleringer er margin squeeze[1], som blev introduceret i Kommissionens beslutning i National Carbonising i 1975, og siden den sag har der været tre andre sager, der vedrørte margin squeeze: Napier Brown/British Sugar i 1988, Industrie des poudres sphériques i 2000 og Deutsche Telekom i 2003. Margin squeeze er således et af de mindst udviklede misbrug, der findes under art. 82.

Margin squeeze foreligger, når en vertikalt integreret dominerende virksomhed sætter en høj pris for et produkt i engrosmarkedet og en lav pris for det afledte produkt i detailleddet med den følge, at margenen mellem engrosprisen og detailprisen ikke er tilstrækkelig til, at konkurrencen kan fungere effektivt i detailmarkedet.

En vertikalt integreret virksomhed kan have interesse i at udøve margin squeeze, idet den derigennem kan udvide/opretholde sin dominerende stilling til også at gælde i detailmarkedet. Et typisk eksempel på margin squeeze vil derfor være, at den vertikalt integrerede virksomhed sætter prisen op på dets engrosprodukt, uden en tilsvarende prisstigning sker på detailmarkedet eller omvendt.

1 *Margin squeeze er også kendt som price squeeze, pristryk, prissaks og vertikalt pristryk.*

Grunden til, at der ikke har været flere sager om margin squeeze, er svær at finde. En grund kan være, at der har været tvivl om hvilke kriterier, der skulle være opfyldt, for at margin squeeze forelå. En anden grund kan være, at man har været tilbageholdende med at statuere margin squeeze, fordi den pågældende markedsstruktur i nogle tilfælde ikke har effektivitetshæmmende virkninger.

I nyere tid er der kommet mere og mere fokus på margin squeeze på både nationalt og EU plan, og det har primært haft forbindelse til den nyligt liberaliserede telesektor. I Danmark har konkurrencestyrelsen senest rettet blikket mod TDC og gjort opmærksom på, at TDC har tangeret et misbrug i form af margin squeeze. Grundlaget for Konkurrencestyrelsens beskyldninger er, at TDC havde tilbudt alle deres ADSL kunder at få en dobbelt så hurtig internetforbindelse uden ekstra vederlag i en begrænset periode. I en artikel i Børsen den 6. april 2005[2] udtalte Konkurrencestyrelsens kontorchef Niels Rytter, at man ikke ville have tilladt denne form for prisstrategi, hvis den havde været af permanent karakter uden en samtidig reduktion af engrospriserne.

Dette vidner om, at margin squeeze er en aktuel problemstilling i konkurrenceretten, og afgrænsningen af området for margin squeeze er således af central betydning.

Dette speciale vil præsentere den praksis og teori, der forefindes vedrørende margin squeeze på EU retligt plan. Denne præsentation skal søge at afklare, om margin squeeze har nogen selvstændig betydning, og i givet fald udlede hvilke kriterier der skal være opfyldt, for at margin squeeze udgør en adfærd i strid med art. 82. I denne proces vil der blive refereret til retsstillingen i amerikansk ret samt de specielle reguleringer, der gælder for margin squeeze i telesektoren, og hvad man har gjort for at komme misbruget til livs indenfor denne sektor. Specialet vil begrænse sig til at omfatte den EU retlige regulering af området.

Specialet vil blive delt op i fire dele

Den første del præsenterer de fire sager, der har været for EU institutionerne vedrørende margin squeeze. Der vil i forbindelse med behandlingen af hver sag blive foretaget en analyse af hvilken misbrugsform margin squeeze er udledt af, om margin squeeze ifølge beslutningen/dommen har en selvstændig betydning, og hvilke kriterier der opstilles for at statuere margin squeeze i strid med art. 82. Under denne analyse vil der, hvor det er relevant, blive refereret til de andre retsakter.

2 *Børsen, 6/4-2005, p. 18.*

Den anden del introducerer margin squeeze, som det er beskrevet i telesektoren og i amerikansk ret. I behandlingen af telesektoren har det været hensigten primært at holde sig til de dokumenter, der er udstedt af Rådet og Kommissionen og vurdere, om disse stemmer overens med den retspraksis, der foreligger. Behandlingen af retsstillingen i amerikansk ret er begrænset til en sporadisk gennemgang af ledende domme og teori indenfor området. Amerikansk ret er behandlet, fordi man i EU retten ofte bruger retsstillinger i amerikansk ret som inspirationskilde i udviklingen af retsområder. De betragtninger, man har haft, og den udvikling begrebet har taget i amerikansk ret, kan således påvirke den udvikling, som margin squeeze har i EU retten.

Tredje del af specialet er analysen, som vil sammenholde alle de fortolknings-bidrag, de forskellige retsakter, teoretikere og EU-retlige dokumenter har præsenteret i forsøget på at udlede en endelig konklusion af de ovenfornævnte problemstillinger. Dette sker ved at inddrage mange af de delkonklusioner, der er blevet udledt under præsentationen af retsakterne og retsområderne.

Sidste del af specialet er konklusionen, hvor specialets endelige hypotese vedrørende hvilken misbrugsform margin squeeze er udledt af og den test, der kan anvendes for at demonstrere, at margin squeeze finder sted, bliver opstillet sammenhængende.

7.2 MARGIN SQUEEZE SAGERNE

7.2.1 National Carbonising

National Carbonising[3] (herefter NC) er den første retsakt fra en EU institution, der anerkender, at margin squeeze eksisterer som en form for misbrug af en virksomheds dominerende stilling. Sagen omhandlede en begæring fra National Carbonising Company Limited (herefter NCC) om fastsættelse af foreløbige sikringsmidler overfor National Coal Board (herefter NCB) og National Smokeless Fuels Limited (herefter NSF). Sagens hovedspørgsmål var fastsættelse af foreløbige sikringsmidler, og de juridiske principper vedrørende margin squeeze blev således ikke behandlet i detaljer, men der kan alligevel udledes et billede af, under hvilke omstændigheder Kommissionen mener, at margin squeeze udgør et misbrug. NCB var en offentligt ejet virksomhed, der havde monopol på kulproduktionen i Storbritannien. Dets datterselskab NSF

3 *Kommissionens beslutning af 29.10.1975 om vedtagelse af foreløbige sikringsmidler over for National Coal Board, National Smokeless Fuels Limited og National Carbonising Company Limited (76/185/EKSF) (OJ 1976 L 35/7).*

fremstillede blandt andet industri- og husholdningskul og var dominerende på disse områder, idet NSF havde henholdsvis 84% og 88% af markedet for disse produkter. NCC producerede ligeledes industri- og husholdningskul og købte alt sit kul hos NCB. Produkterne, som NCC og NSF producerede, var identiske, og der var ikke mulighed for differentiering inden for industri- og husholdningskulbranchen, hvilket betød, at priserne på markedet lå på samme niveau. NSF var i kraft af deres store markedsandel prisførende. Baggrunden for NCC's klage til Kommissionen var, at NCB satte prisen op på kul, uden at NSF satte deres pris tilsvarende op på industri- og husholdningskul. Dette indebar, at den profitmargen, som konkurrenter til NSF havde, blev formindsket, og at dette i yderste konsekvens ville drive konkurrenterne ud af markedet for husholdnings- og industrikul. Kommissionen afviste, at NCB og NSF havde misbrugt deres dominerende stilling, men anerkendte følgende:

"…at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, for så vidt angår produktion af et råmateriale (i dette tilfælde kokskul), og derfor er i stand til at kontrollere dets pris ved salg til uafhængige fabrikanter af følgeprodukter (i dette tilfælde koks), og som selv producerer samme følgeprodukter i konkurrence med disse fabrikanter, kan misbruge sin dominerende stilling, hvis den handler på en sådan måde, at den udelukker konkurrencen fra disse fabrikanter på markedet for følgeprodukterne. Kommissionens tjenestegrene udledte af dette generelle princip, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, kan være forpligtet til at fastsætte sine priser på en sådan måde, at der gives en nogenlunde effektiv fabrikant af følgeprodukter tilstrækkelig bred margin for at overleve på lang sigt"[4]

7.2.1.1 Kriterierne for at margin squeeze udgør et misbrug

Beslutningen opstillede følgende kriterier for at kunne statuere, at margin squeeze foreligger: 1) Der skal være tale om en virksomhed, der er vertikalt integreret i markedet for råmateriale (upstream markedet) og for følgeprodukterne (downstream markedet). 2) Virksomheden skal have en dominerende stilling i upstream markedet. 3) Virksomheden skal være prisførende i upstream markedet, således at den kan bestemme, til hvilken pris råvaren skal sælges. 4) Virksomheden handler på en sådan måde, at den begrænser konkurrencen.

4 *Kap. 1.*

7.2.1.2 Hvilken misbrugsform er margin squeeze udledt af?

Som det fremgår af beslutningen, kan denne regel om margin squeeze udledes af et generelt princip i EU retten. Denne henvisning må henføres til det sidste led i det ovenfor nævnte citatet, hvor Kommissionen anfører, at en dominerende virksomhed kan være forpligtet til at fastsætte sine priser på en sådan måde, at en nogenlunde effektiv konkurrent kan overleve på lang sigt. Denne tankemåde stammer fra Commercial Solvents[5], som EF Domstolen (herefter Domstolen) havde afsagt året før, hvori den fastslog:

> ”en sådan virksomhed, som har en dominerende stilling på området for fremstilling af råmaterialer og af denne grund er i stand til at kontrollere leveringerne til fabrikanterne af følgeprodukter, kan imidlertid ikke, fordi den beslutter selv at påbegynde produktionen af disse følgeprodukter, en beslutning hvorved den selv bliver konkurrent til sine tidligere kunder, handle således, at den eliminerer konkurrencen fra disse…”[6]

Commercial Solvents omhandlede leveringsnægtelse af varer. Kommissionens henvisning til et generelt princip i NC kan, fordi man anvendte samme begrundelse for, at margin squeeze udgjorde et misbrug i NC, som den begrundelse man anvendte i Commercial Solvents for at leveringsnægtelse udgjorde et misbrug, fortolkes således, at margin squeeze er udledt af forbudet mod leveringsnægtelser[7]. Et af kriterierne for at anse en leveringsnægtelse som et misbrug i strid med art. 82 er, at konkurrencen på markedet bliver væsentligt reduceret som følge af leveringsnægtelsen[8]. Skal man overfører dette til margin squeeze, er det ikke tilstrækkeligt, at den udøvede margin squeeze eliminerer en konkurrent på markedet, men der skal en generel svækkelse af konkurrence til, for at der er tale om et misbrug. Denne slutning falder i tråd med den bemærkning som Kommissionen kom med i NC, hvori den fremfører, at den dominerende virksomheds prisfastsættelse skal være således, at en nogenlunde effektiv konkurrent i downstream markedet har en tilstrækkelig bred margin til at overleve. En nogenlunde effektiv konkurrent må fortolkes som det relevante markeds gennemsnitlige effektivitet, og en dominerende virksomheds udøvelse af margin squeeze, der vil presse virksomheder ud af markedet, der har en effektivitet, der ligger under middel, vil ikke generelt svække konkurrencen på markedet, og derfor ikke være i strid med art. 82. Vil den dominerende virksomheds prissætning derimod presse en virksomhed,

5 *6-7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen.*
6 *6-7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen , præmis 25.*
7 *Kallaugher, John: The “Margin Squeeze” under art. 82: Searching for Limiting Principles: p. 5*
8 *Konkurrenceretten i EU, p. 487*

der har en effektivitet, der er over middel, ud af markedet, vil dette medføre en generel svækkelse af markedet.

Underbudspriser er i litteraturen ofte blevet sammenkoblet med margin squeeze[9]. Kommissionens beslutning i NC bærer dog ikke præg af, at en sådan forbindelse eksisterer, idet Kommissionens udtalelse ikke er møntet på, om prisen i downstream markedet er så lav, at dette vil udelukke konkurrenterne fra markedet, men derimod om forholdet mellem prisen på upstream og downstream udelukker konkurrenter fra markedet. Da dette ikke er tilfældet, må det afvises, at Kommissionen i denne sag har betragtet margin squeeze som en underkategori af underbudspriser

Margin squeeze er også blevet sammenkoblet med forbudet mod at anvende urimelige priser, som er forbudt i henhold til art. 82, litra a. Der er ikke meget retspraksis vedrørende urimelige priser, men lige omkring det tidspunkt, hvor Kommissionen afgav beslutningen i NC, traf de også en beslutning i General Motors[10]. Kommissionen kom i denne sag frem til, at General Motors havde misbrugt deres dominerende stilling ved at kræve urimeligt høje priser for udstedelse af typeattester. Kommissionen fokuserede i denne sag på, at prisen, man tog for produktet, var voldsomt overdrevet i forhold til den økonomiske værdi. Det fremgår ikke af NC, at man skal foretage denne vurdering, og allerede af den grund er der ikke grundlag for at tro, at Kommissionen har vurderet, at margin squeeze skulle være forbundet til forbudet mod urimelige priser.

7.2.1.3 Margin squeeze's selvstædighed og dominerende stilling

Som NC er formuleret, er der ikke noget der tyder på, at margin squeeze kun kan antages at være et misbrug, hvis det forekommer i kombination med andre misbrugsformer. Der er heller ikke noget krav i Kommissionens beslutning om, at virksomheden i downstream markedet skal være dominerende. Dette kan igen skyldes, at Kommissionen ser margin squeeze som udledt af forbudet mod leveringsnægtelse. Leveringsnægtelsen i Commercial Solvents mindede meget om situationen i NC. Commercial Solvents omhandlede en dominerende virksomhed, der fremstillede råmaterialer, og som nægtede at levere til en virksomhed i downstream markedet, fordi den dominerende virksomheds datterselskab var påbegyndt en produktion af et materiale, der var i konkurrence med et materiale, som virksomheden i downstream markedet producerede. Forskellen på denne sag og NC er, at der ikke var tale om en

9 *Crocioni & Veljanovski: Price Squeeze, Foreclousure and Competition Law – Principles and Guidelines, p. 33.*
10 *Kommissionens beslutning af 19.12.1974 (sag nr. IV/27.095)*

leveringsnægtelse i NC men en forrykning af prisforholdet i up- og downstream markedet, men virkningen på lang sigt var den samme: udelukkelse/svækkelse af konkurrencen på markedet. På alle andre punkter minder de to sager om hinanden, og den test, som Kommissionen opstillede for at afgøre, om der forelå et misbrug, er ligeledes den samme.

7.2.1.4 Opsummering

Kommissionen synes at have lagt vægt på, at margin squeeze havde en forbindelse til leveringsnægtelse og har derved benyttet de samme kriterier for at fastlægge, om der var tale om en overtrædelse af art. 82.

7.2.2 Napier Brown / British Sugar

Kommissionens beslutning i Napier Brown/British Sugar[11] (herefter NB/BS) er den første retsakt fra en EU institution, der statuerer, at en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling ved at udøve margin squeeze. Sagen vedrører Napier Brown (herefter NB), der var sukkergrossist i Storbritannien, og som solgte sukker til detailhandlen. British Sugar (herefter BS) var den eneste producent af roesukker i Storbritannien, idet de havde fået tildelt hele Storbritanniens kvote til fremstillede af sukker i henhold til EF's markedsordning for sukker. BS var NB's absolut største leverandør, men BS fremstiller også selv sukker til detailhandlen i konkurrence med NB. BS er dominerende i både up- og downsteam markedet med en markedsandel på ca. 60% i downstream markedet[12]. NB's klage angik stødt melis fremstillet af sukkerroer, som solgtes til brug i industrien i 50 kg partier eller til detailhandlen i 1 kg sække. NB's påstand var, at BS iværksatte en række foranstaltninger for at fryse NB ud af markedet, herunder at BS kunstigt holdt en urealistisk lille prisforskel mellem industrisukker og detailsukker. Kommissionen kom frem til følgende slutning vedrørende margin squeeze:

> "Når et dominerende selskab, der har en dominerende stilling på markederne for både råvaren og det produkt, der fremstilles på basis heraf, opretholder en så lille margen mellem den pris, det beregner for følgeproduktet, at denne margen ikke er tilstrækkelig stor til at afspejle det dominerende selskabs egne forarbejdningsomkostninger (i dette tilfælde den margen, BS opretholder mellem priserne på industri- og detailsukker sammenlignet med selskabets egne pakkeomkostninger) med det resultat, at konkurrencen på markedet for følgeproduktet begrænses, er der tale om misbrug af dominerende stilling."[13]

---

11 *Kommissionens beslutning af 18.07.1988 om procedure I henhold til EØF-Traktatens artikel 86 (sag nr. IV/30178 Napier Brown British Sugar) (88/518/EØF)*

12 *Geradin og O´Donoghue: The Concurrent Application Of Competition Law And Regulation: The Case Of Margin Squeeze Abuses In The Telecommunications Sector. p. 24*

13 *Præmis 66*

7.2.2.1 Kriterierne for at margin squeeze udgør et misbrug

Kommissionen henviser til NC, som hjemmel for dette princip[14], skønt det ikke ved første øjekast ser ud til at være de samme betingelser, som Kommissionen opstiller for at finde et misbrug af dominerende stilling. Følgende betingelser bliver opstillet i beslutningen: 1) Virksomheden skal have en dominerende stilling i både upstream og downstream markedet. 2) Prisforskellen mellem prisen i upstream og downstream markedet skal være mindre end den dominerende virksomheds egne forarbejdningsomkostninger. 3) Konkurrencen på det relevante marked begrænses.

Er disse tre betingelser opfyldt, skulle der foreligger et misbrug af dominerende stilling ved margin squeeze. Senere i beslutningen, hvor det aktuelle forhold behandles, fremkommer der dog en række andre forhold, som kunne tyde på, at der stilles yderligere krav for at statuere et misbrug ved margin squeeze. Det fremgik, at i tilfælde af at BS opretholder denne margen, vil selv sukkerhandlere i detailhandlen, der er lige så effektive som BS, ikke kunne eksistere på markedet. Kommissionen kom derefter til følgende konklusion, der giver anledning til yderligere overvejelser:

" Set i sammenhæng med de andre former for misbrug, som er beskrevet ovenfor, og med den omstændighed, at formålet med eller den logiske og forudsigelige følge af BS' opretholdelse af denne prispolitik ville være at trænge NB ud af det britiske marked for detailsukker, finder Kommissionen, at BS' prispolitik er at betragte som misbrug af dominerende stilling…"[15]

Spørgsmålet er herefter, om margin squeeze kun forekommer i sammenhæng med andre misbrugsformer? Og kræver et misbrug efter art. 82 ved margin squeeze, at den udøvende virksomhed har haft til hensigt at trænge konkurrenterne ud af markedet?

Med hensyn til det første spørgsmål må der indledningsvis ses på de andre former for misbrug, som Kommissionen finder, sagen giver anledning til. Kommissionen fandt udover margin squeeze, at BS havde gjort sig skyldig i leveringsnægtelse[16], koblingssalg[17], diskrimination[18] og loyalitetsgruppebonus[19]. Leveringsnægtelsen kan ses i sammenhæng med Kommissionens hen-

14 *Præmis 66*
15 *Præmis 66*
16 *Præmis 64*
17 *Præmis 71*
18 *Præmis 73*
19 *Præmis 75*

visninger i NC, hvor Kommissionen synes at anse margin squeeze som udledt af forbudet mod leveringsnægtelser. Det fremgik dog ikke af beslutningen, at det var et krav, for at margin squeeze kunne udgøre et misbrug, at det skete i sammenhæng med en leveringsnægtelse.

Koblingssalg og gruppebonus, der begge er kundebindinger og diskriminerende vilkår, er en adfærd, der skader konkurrenten (i dette tilfælde NB) direkte. Alle disse misbrugsformer inklusiv leveringsnægtelsen hører under kategorien ekskluderende misbrugsadfærd[20], og de kunne hver især udgøre et selvstændigt misbrug af dominerende stilling uden at være i kombination med andre former for misbrug. Når man ser på Kommissionens beslutning i denne sag, nævnes det kun i forbindelse med konklusionen vedrørende margin squeeze, at denne misbrugsform skal ses i sammenhæng med de andre misbrugsformer. Der er ikke nævnt noget i forbindelse med behandlingen af de andre misbrugsformer. Dette tyder på, at Kommissionen har ment at margin squeeze, kun kan udgøre et misbrug, hvis det forekommer i en portefølje af andre misbrug under art. 82. Spørgsmålet er derefter i den forbindelse, hvorfor Kommissionen overhovedet vil nævne denne misbrugsform, der aldrig er blevet dømt efter tidligere, når det er uden betydning, idet den kun kan forekomme i sammenhæng med andre misbrugsformer, der selvstændigt vil være tilstrækkelige til at udgøre et misbrug. Et svar på dette spørgsmål kunne være, at Kommissionen i deres udmåling af bødestraffen lagde vægt på, om margin squeeze var blevet udøvet som et argument for at skærpe bødestraffen yderligere. I beslutningens præmis 84, hvor Kommissionen beskriver overtrædelsens grovhed, fremføres følgende:

> "… BS misbrugte sin dominerende stilling på flere forskellige, betydelige måder. Alle disse former for misbrug havde samme formål, nemlig at påføre en ny konkurrent på markedet alvorlig skade eller trænge den ud af markedet."

Denne udtalelse fra Kommissionen tyder på, at margin squeeze misbruget har været en medvirkende faktor til at afgøre, hvor alvorlig skaden har været og grunden til, at Kommissionen har haft punktet med i sin behandling af misbruget, uden at de mente, at det udgjorde et selvstændigt misbrug. En anden tese kunne være, at Kommissionen ønsker at træde varsomt i denne sag, idet den introducerer en ny form for misbrug af dominerende stilling, og derfor påpeger at der også er andre misbrug til stede.

20 *Konkurrenceretten i EU, p. XVI*

Det er svært at sige på baggrund af denne beslutning, hvad Kommissionen har ment i præmis 66, men ordlyden peger mest i retningen af, at Kommissionen har fundet, at margin squeeze ikke var et selvstændig form for misbrug, men kun kunne udgøre et misbrug, hvis det fandt sted i kombination med andre former for misbrug.

Med hensyn til det andet spørgsmål vedrørende kravet om hensigt skal det indledningsvis bemærkes, at det er et almindeligt princip i EU-retten, at misbrugsbegrebet er objektivt[21], således at en virksomhed kan blive dømt for misbrug af dominerende stilling, selv om den ikke har haft til hensigt at overtræde art. 82. Der er dog én undtagelse til dette udgangspunkt, og det er, at man ved underbudspriser i nogen tilfælde kræver, at det er bevist, at virksomheden har haft til hensigt at trænge konkurrenterne ud af markedet. Kommissionen henviser ikke til underbudspriser i deres begrundelse for, at margin squeeze udgør et misbrug, og underbudspriser er ikke et af de misbrug, der foreligger i nærværende sag. Det forekommer derfor besynderligt, at Kommissionen har valgt at give udtryk for, at en dominerende virksomhed skal have haft til hensigt at udøve margin squeeze, for at dette udgør et misbrug i henhold til art. 82. Virksomhedens hensigt er også nævnt i forbindelse med statueringen af misbrug i form af leveringsnægtelse[22], men ikke under behandlingen af de andre misbrugsformer. Det må således vurderes, om dette er et specielt krav, der kun gælder for margin squeeze og leveringsnægtelse. Det er, som ovenfor nævnt, et almindeligt princip i EU konkurrenceretten, at et misbrug af dominerende stilling ikke kræver nogen form for hensigt, og der gælder ingen særregler for leveringsnægtelser i den forbindelse. Det kan derfor afvises, at man kræver hensigt for, at leveringsnægtelser kan udgøre et misbrug ifølge art. 82.

Grunden til, at man nævner, at virksomheden skal have hensigt, kan være fordi, man ser margin squeeze som en form for underbudspriser. Misbrug i form af underbudspriser foreligger i følgende tilfælde: 1) Virksomheden sænker sine priser til et niveau, der ikke dækker de gennemsnitlige variable omkostninger. 2) Virksomhedens priser ligger mellem de gennemsnitlige variable omkostninger og de gennemsnitlige samlede omkostninger, og det kan bevises, at virksomheden har haft til hensigt at fryse konkurrenterne ud af markedet.

21 *Whish: Competition Law, 5. udg., p. 194, og C-85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91.*
22 *Præmis 64*

Margin squeeze minder på mange måder om underbudspriser, idet den pris, som virksomheden, der udøver margin squeeze, tager i downstream markedet, ofte vil kunne udgøre underbudspriser, hvis der kan bevises hensigt. Som tilfældet er i NB/BS, er margenen mellem BS' priser i up- og downstream markedet ikke tilstrækkelig til at dække BS' forarbejdningsomkostninger, og BS' priser ligger således under de gennemsnitlige samlede omkostninger, men over de gennemsnitlige variable omkostninger. I dette tilfælde ville Kommissionen kunne have dømt for underbudspriser, idet den beviste, at BS havde til hensigt at fryse NB ud af markedet. Betingelserne for, at underbudspriser var til stede, forelå altså, men Kommissionen valgte i stedet at behandle tilfældet som margin squeeze. Dette tyder således på, at Kommissionen har anset margin squeeze som en slags underbudspris og dermed har krævet, at virksomheden havde hensigt, da dette er et krav for at statuere, at underbudspriser udgør et misbrug af dominerende stilling. Hvis dette var Kommissionen ræsonnement, er det dog stadig uforståeligt, at Kommissionen udtrykte, at margin squeeze kun kunne forekomme i forbindelse med andre misbrugsformer[23].

En anden grund til, at Kommissionen nævner BS' hensigt i denne sag, kan være, at dette er en skærpende omstændighed i bødeudmålingen[24]. Som citatet ovenfor nævner, så havde "alle disse former for misbrug samme formål, nemlig at påfører en ny konkurrent på markedet alvorlig skade eller trænge den ud af markedet."[25] En sidste mulighed kunne være, at Kommissionen ønskede at træde varsomt ved introduktionen af dette nye misbrugsbegreb og derfor ønskede at understrege de konkurrenceskadelige virkninger ved at udpensle, at "formålet eller den forudsigelige følge af BS' opretholdelse af denne prispolitik ville være at trænge NB ud af det britiske markedet for detailsukker"[26]. Kommissionens mening med at kræve hensigt kunne således være ikke at efterlade tvivl om, at denne form for adfærd er konkurrenceskadelig og udgør et misbrug ifølge art. 82.

7.2.2.2 Hvilken misbrugsform er margin squeeze udledt af?

I NC var det klart, at man anså margin squeeze som udledt af forbudet mod leveringsnægtelse. Situationen i NB/BS ser umiddelbart anderledes ud. Kommissionen henviser til NC under sin behandling af margin squeeze misbruget, og man kunne derfor godt foranlediges til at tro, at Kommissionen

23 *Præmis 66*
24 *Konkurrenceretten i EU, p. 760*
25 *Præmis 84*
26 *Præmis 66*

mente, at margin squeeze var udledt af forbudet mod leveringsnægtelse, ligesom det var i NC. Kommissionen henviser til Commercial Solvents under behandlingen af leveringsnægtelse, men ikke under behandlingen af margin squeeze, hvilket tyder på, at Kommissionen ikke har anset margin squeeze for være forbundet med leveringsnægtelser. Professor Kallaugher[27] har i sin behandling af emnet fundet, at Kommissionen i denne sag har kategoriseret margin squeeze som en selvstændig form for misbrug, der ikke hører under andre former for misbrug, men som udgør en ubunden misbrugsform[28]. Dette begrunder han med, at Kommissionen henviser til Continental Can[29] som hjemmel for, at margin squeeze kan udgøre et misbrug. Kallaughers tese kan virke plausibel, men hans ræsonnement til at underbygge tesen savner mening. Continental Can bliver nævnt i præmis 55 i forbindelse med at statuere, at BS har en dominerende stilling. Den bliver ikke nævnt i forbindelse med behandlingen af margin squeeze, hvilket gør det svært at forstå, hvorfor netop denne henvisning skulle være hjemmel for, at margin squeeze ikke er udledt af en anden misbrugsform.

Behandlingen af margin squeeze som selvstændigt punkt i beslutningen og det faktum, at Kommissionen finder brud på denne, taler for, at der er tale om en uafhængig form for misbrug. Det faktum at Kommissionen henviser til NC og ikke Commercial Solvents, som den gjorde i NC, tyder på, at man ønsker at anerkende, at margin squeeze ikke er udledt af en anden misbrugsform, som tilfældet var i NC.

Den forbindelse, beslutningens behandling af margin squeeze har til underbudspriser, taler for, at der ikke er tale om en selvstændig kategori af misbrug, men en variation af underbudspriser.

7.2.2.3 Sammenligning med NC

Omstændighederne i NB/BS sagen minder meget om omstændighederne i NC. Begge sager omhandlede handelsvarer, og virksomheden, der angiveligt har misbrugt sin dominerende stilling, var dominerende i både upstream og downstream markederne. Der er dog en række forskelle på NB/BS og NC, som gør, at det er svært at udlede nogle generelle retningslinjer omkring margin squeeze på baggrund af sagerne. Det drejer sig om følgende:

27 *John Kallaugher, Partner, Latham & Watkins, London og Visiting Professor, University College London*

28 *Kallaugher: The "Margin Squeeze" under art. 82: Searching for Limiting Principles: p. 7*

29 *C-6/72 Continental Can mod Kommissionen*

- I NB/BS statuerede Kommissionen, at margin squeeze kun ville udgøre et misbrug, hvis det blev udøvet i kombination med en eller flere former for misbrug. Dette er den vigtigste forskel på de to beslutninger.
- Dernæst blev det i NB/BS diskuteret, om virksomheden havde handlet med hensigt vedrørende misbruget af den dominerende stilling. Dette blev ikke nævnt i NC.
- I NC blev det kun nævnt, at virksomheden skulle være dominerende i upstream markedet, hvorimod det i NB/BS var et krav, at den dominerende virksomhed skulle være dominerende i både up- og downstream markedet.
- Det fremgår af NC, at den dominerende virksomhed var forpligtet til at fastsætte sine priser, så en rimelig effektiv konkurrent kunne forblive på markedet. Af NB/BS fremgik det, at den pris, som den dominerende virksomhed fastsatte i downstream markedet, ikke måtte være mindre end virksomhedens egne forarbejdningsomkostninger. Det kan diskuteres, om dette var en reel forskel. Det må ses som en beskeden stramning, hvis man må gå ud fra, at den dominerende virksomhed er den eller i hvert fald en af de mest effektive på markedet, og den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostninger derfor vil være mindre end de forarbejdningsomkostninger, som en nogenlunde effektiv virksomhed har. Hvis man går ud fra, at den dominerende virksomheds forarbejdningspriser definerer størrelsen af de forarbejdningsomkostninger, som en nogenlunde effektiv virksomhed har, omfatter de to beslutninger samme tilfælde.

Kravet i NC, om at virksomheden skulle være prisførende, ligger implicit i, at virksomheden i upstream markedet var dominerende, da definitionen på en dominerende virksomhed netop var, at den kunne handle uafhængigt af sine konkurrenter. Der er således ikke uoverensstemmelse mellem de to beslutninger på dette punkt.

7.2.2.1 Opsummering

Generelt må man sige, at NB/BS medførte, at margin squeeze's virkeområde blev gjort mindre. Om disse stramninger kom, fordi det var første gang Kommissionen traf en afgørelse, hvori de fandt misbrug i form af margin squeeze, og derfor var påpasselig med ikke at komme med alt for brede udtalelser om fænomenet, eller om det rent faktisk var udtryk for, at margin squeeze skulle have et beskedent anvendelsesområde, er det ikke muligt at udlede af beslutningen. Dernæst var selve karakteren af margin squeeze med denne beslutning blevet mindre klar, idet den såede tvivl om, hvorvidt margin squeeze havde sit eget anvendelsesområde, eller om der udelukkende var tale om et andet ord for underbudspriser. Yderligere skabte denne beslutning tvivl om,

hvorvidt margin squeeze kun udgør et misbrug, hvis det forekommer som en del af flere andre misbrug.

7.2.3 Industrie des poudres sphériques SA mod Kommissionen

Industrie des poudres sphériques SA mod Kommissionen[30] (herefter IPS) er den eneste dom vedrørende margin squeeze, der er blevet afsagt af Retten i Første Instans (herefter Retten). Det er således den retsakt, der har størst retskildeværdi inden for området.

Sagen drejer sig om calciummetal, som IPS brugte til at fremstille granuleret calciummetal, som IPS gjorde på en speciel måde ved hjælp af en forstøvningsteknik. Der var fem lande (USA, Canada, Frankrig, Rusland og Kina), der producerede calciummetal, og de brugte hver især forskellige metoder til fremstillingen, hvilket medførte, at produktet fik forskelligt iltindhold. Prisen på markedet var nogenlunde ens, uanset metode og iltindhold. IPS brugte til deres specielle produktionsmetode calciummetal med højt iltindhold, som fortrinsvis kunne fås fra Kina og Rusland. EU indførte i 1994 en antidumpingtold på importen af calciummetal fra Rusland og Kina, hvilket medførte, at IPS' primære leverandør ikke kunne anvendes mere. IPS henvendte sig derefter til Péchiney Électrométallurgie (herefter PEM), som var den franske leverandør af calciummetal og den eneste calciumproducent inden for EU. PEM kunne levere calciummetal med det ønskede iltindhold, men prisen lå betydeligt over, hvad IPS havde været vant til at betale til deres leverandører i Kina og Rusland. PEM producerede selv granuleret calciummetal, men ved en anden metode end IPS. IPS påstod, at PEM udøvede margin squeeze, idet den profitmargen, som den højere pris for calciummetallet efterlod, ikke var tilstrækkelig til, at IPS kunne konkurrere med PEM inden for granuleret calciummetal. Kommissionen afviste IPS' klage, med den begrundelse, at IPS ikke havde ført tilstrækkeligt bevis for, at PEM havde udøvet konkurrencehæmmende aktiviteter. Kommissionen henviste her til AKZO[31] som hjemmel for denne konklusion. IPS ankede derefter afgørelsen til Retten. Retten afviste IPS' klage, men udtrykte følgende omkring margin squeeze:

"…En prissaks foreligger, når en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på markedet for et forprodukt og selv anvender en del af sin produktion til at fremstille et mere forarbejdet produkt, samtidig med at den sælger overskuddet af forproduktet på markedet, fastsætter de priser, hvortil den sælger forproduktet til tredjemand, så højt, at de pågældende ikke råder over

30 *T-5/97 Industrie des poudres sphériques SA mod Kommissionen. Afsagt den 30.11.2000*
31 *C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen*

en margen til forarbejdning, som er tilstrækkelig til, at de fortsat kan være konkurrencedygtige på markedet for det forarbejdede produkt."[32]

7.2.3.1 Kriterierne for at margin squeeze udgør et misbrug

I den ovenfornævnte formulering af tesen omkring margin squeeze opstiller Retten følgende tre betingelser, for at margin squeeze udgør et misbrug: 1) Virksomheden skal have en dominerende stilling i upstream markedet. 2) Virksomheden skal være vertikalt integreret. 3) Margenen mellem prisen i upstream og downstream markedet er ikke tilstrækkelig til, at andre virksomheder fortsat kan være konkurrencedygtige.

Det fremgår tydeligt af denne dom, at Retten ikke opstiller noget krav om, at den dominerende virksomhed både skal være dominerende i upstream og downstream markedet, som tilfældet var i NB/BS. Der er ikke givet nogen oplysninger om, hvor stor en markedsandel IPS havde i downstream markedet, og det nævnes kun i det ovenfor nævnte citat, at virksomheden skal have en dominerende stilling i markedet for forproduktet, og dette kan således kun tolkes som om, at Retten fandt, at virksomheden ikke behøvede at have en dominerende stilling i downstream markedet for at kunne udøve margin squeeze.

Det sidste krav er meget vagt formuleret, idet der ikke bliver nævnt noget om, hvor effektive de pågældende virksomheder skal være. Uden yderligere præcisering ville dette i yderste konsekvens betyde, at en meget lidt effektiv konkurrent kunne påstå, at den dominerende virksomhed havde udøvet margin squeeze, fordi den ikke kan få sin egen ineffektive produktion til at være profitabel, og dermed tvinge den dominerende virksomhed til at sætte priserne ned. Senere i dommen diskuteres det, hvor stor margenen skal være, for at den ikke udgør margin squeeze. Det blev i denne forbindelse fastslået, at IPS havde en tilstrækkelig margen til at blive på markedet, men at deres højere forarbejdningsomkostninger gjorde, at de blev nødt til at sælge til en pris, der lå over den pris, som PEM anvendte. Retten bemærkede derefter, at:

> "Den omstændighed, at IPS' kunder ikke er villige til at betale det tillæg til prisen, som IPS' højere forarbejdningsomkostninger medfører, skyldes enten, at selskabets produkt svarer til dets konkurrenters, men er for dyrt til markedet, og at IPS derfor ikke producerer tilstrækkelig effektivt til at kunne overleve herpå, eller at selskabets produkt er bedre end konkurrenternes og produceres på en effektiv måde, men ikke

32 *Præmis 178*

> desto mindre ikke værdsættes tilstrækkeligt af kunderne til, at det, som IPS tilbyder på markedet, har en berettigelse…"[33]

Retten konstaterede under et senere punkt, at IPS tidligere havde anvendt en pris, der lå 25% over konkurrerende produkters pris. Denne diskussion af forarbejdningsomkostningerne er central, idet den præciserer, at margin squeeze kun er aktuelt i tilfælde, hvor en virksomhed, der er mindst lige så effektiv som den dominerende virksomhed og dermed har samme eller mindre forarbejdningsomkostninger, bliver presset ud af markedet. Hvis det viser sig, at den konkurrerende virksomhed har produceret et produkt, der er af bedre kvalitet, og derfor har anvendt et produkt i upstream markedet, som er af bedre kvalitet og dermed dyrere, er det ikke denne pris i upstream markedet, der skal danne grundlag for en eventuel margin squeeze vurdering. I det foreliggende tilfælde var det altså ikke den pris, som PEM tog for calciummetal med meget høj iltværdi, der skulle statuere, om margin squeeze forelå, men den pris, som PEM tog for deres almindelige calciummetal, som de også selv benyttede til at producere deres eget granuleret calciummetal.

Denne dom har således statueret, at den pris i upstream markedet, man skal anvende til at afgøre, om margin squeeze foreligger, skal være prisen, som den vertikalt integrerede virksomhed tager for det produkt, den selv anvender i produktionen af downstream produktet.

7.2.3.2 Margin squeeze's selvstændighed

Punkt 179 i dommen udtrykker følgende, der kan så tvivl om, hvorvidt margin squeeze skal anses for at være et selvstændigt misbrugsbegreb, som Retten ellers gav udtryk for i det førnævnte citat (præmis 178):

> "…selve forudsætningen for at selskabets ræsonnement er opfyldt, nemlig at priserne på råvarerne er urimelige. Hvis PEM hverken forlanger urimelige priser for råvaren, dvs. det rå calciummetal med lavt iltindhold, eller kræver overpriser[34] for det afledte produkt, dvs. det granuleret calciummetal, berettiger sagsøgers manglende fortsatte konkurrencedygtighed på markedet for det afledte produkt – som formentlig skyldes, at sagsøgeren har højere forarbejdningsomkostninger – ikke til at betegne PEM's prispolitik som misbrug."

---

33 *Præmis 185*

34 *"Overpriser" er oversat til danske fra det engelske ord "predatory pricing". Predatopry pricing er i denne fremstilling brugt under betegnelsen "underbudspriser". Kommissionen udtrykker således i IPS, at der enten skal være tale om urimeligt høje priser i upstream markedet eller underbudspriser i downstream markedet, for at margin squeeze kan finde sted.*

I denne passage tilkendegiver Retten, at margin squeeze kun kan forekomme i kombination med enten urimelige priser (upstream) eller underbudspriser (downstream). Dette er en afvigelse fra Kommissionens tidligere praksis. Som det er nævnt ovenfor, fremgår det af NC, at margin squeeze kan udgøre et selvstændigt misbrug, og i NB/BS tyder præmisserne på, at margin squeeze kun forekommer i forbindelse med en anden misbrugsform.

I denne dom fremstiller Retten fænomenet således, at det faktisk bare udgør et andet ord for enten underbudspriser eller urimelige priser, og margin squeeze i sig selv alene er udtryk for en konkurrencebegrænsende aktivitet. I NB/BS forekom margin squeeze i forbindelse med flere misbrugsformer, men ingen af dem var urimelige priser eller underbudspriser, som efter Rettens teori er nødvendige for, at man overhovedet kan anvende terminologien margin squeeze. Under behandlingen af NB/BS blev det diskuteret, om Kommissionen kunne have set margin squeeze som en slags underbudspriser. Dette falder i tråd med denne dom, som netop også fremstiller margin squeeze som en variant af underbudspriser. Forskellen på disse to afgørelser er dog, at man ikke i NB/BS nævner noget om underbudspriser, men udelukkende behandler de specielle kriterier, der gælder for denne misbrugsform. IPS udtrykker direkte, at margin squeeze er en slags underbudspriser. Ud fra de to afgørelser er det umiddelbart svært at sige, om de har haft samme ræsonnement vedrørende margin squeeze's forbindelser til underbudspriser.
Som det fremgår, er der altså ikke nogen rød tråd i disse tre afgørelser vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt margin squeeze er en selvstændig misbrugsform, eller om det kun eksisterer som en slags konkurrenceforvrængning, der skal ses i sammenhæng med underbudspriser eller en anden misbrugsform.

7.2.3.3 Opsummering

Ses IPS isoleret, kan det undre, at Retten først anerkender fænomenet margin squeeze som en selvstændig form for misbrug i præmis 178 for derefter i præmis. 179 at ændre anvendelsen af fænomenet ved at statuere, at margin squeeze enten forekommer som urimelige priser i upstream markedet eller som underbudspriser i downstream markedet. Retten kommer netop også frem til, at fordi der var ekstra udgifter forbundet med at producere det calciummetal, som IPS skulle bruge, var der ikke tale om urimeligt høje priser og derfor ikke tale om misbrug i form af margin squeeze[35]. Margin squeeze dækker altså ifølge Retten i realiteten ikke over noget selvstændigt. Begrebet bliver af Retten anvendt som et overordnet begreb for en speciel konkurrenceforvridende adfærd, der enten kan udløses af urimelige priser eller underbudspriser, men som ikke kan eksistere, uden at mindst en af disse misbrugsformer er til stede.

35 *Præmis 179*

7.2.4 Deutsche Telekom

Deutsche Telekom[36] (herefter DT) var den første sag om margin squeeze inden for telekommunikationssektoren, som i 1998 efter en længere liberaliseringsproces var blevet fuldstændigt liberaliseret i hele EU[37].

Sagen drejer sig om DT, som var et tidligere statsejet selskab, der havde haft monopol på teletjenesten i Tyskland, og som i forbindelse med liberaliseringen af sektoren var blevet delvis privatejet. Selskabet havde som følge af deres tidligere lovbestemte monopol på markedet en meget omfattende netværksinfrastruktur, og de var de eneste, der kunne tilbyde et telenetværk, der dækkede hele Tyskland. Nye aktører på markedet, der ville tilbyde deres kunder national dækning, var derfor nødsaget til at købe sig adgang til DT's netværk.

EU havde, for at liberaliseringen ikke skulle blive illusorisk, udstedt Adgangsdirektivet[38], der kort sagt forpligtede DT til at give andre operatører adgang til sit netværk mod betaling.

Klagen, der kom fra 14 lokale og regionale fastnetsoperatører, gik ud på, at DT havde misbrugt sin dominerende stilling, idet forskellen mellem de priser, DT tog i engrosleddet og detailleddet, ikke var tilstrækkelig til, at uafhængige operatører kunne operere uden at tabe penge. Det viste sig i nogle tilfælde, at den pris, som DT havde taget i engrosleddet, var højere, end den pris de havde taget i detailleddet for deres egne abonnenter. DT havde en dominerede stilling på både upstream og downstream markedet, med en 100% markedsandel upstream og 95% downstream. De var således leverandør til alle deres konkurrenter og derfor i en position, hvor de meget let kunne udøve margin squeeze. De priser, som DT tog for adgang til deres netværk i engrosleddet, skulle ifølge tysk telelovgivning godkendes, inden de kunne træde i kraft. Kommissionen statuerede, at DT havde udøvet margin squeeze til trods for, at deres priser i upstream markedet var reguleret.

7.2.4.1 Kriterierne for at margin squeeze udgør et misbrug

Kommissionen summerede deres hidtidige praksis op vedrørende margin squeeze på følgende måde:

36 *Kommissionens beslutning af 21. maj 2003 om procedure I henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37,579 – Deutsche Telekom AG) (2003/707/EF)*

37 *Garzanti: Telecommunications, Broadcasting and the Internet, 2. udg. p. 5*

38 *Eurpa-Parlemamentets og Rådets Direktiv 2002/19/EF af 7. marts. 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende aktiviteter.*

> "…at der er tale om misbrug af dominerende stilling, hvis der i forbindelse med en dominerende integreret virksomhed er et forhold mellem engrospriserne for tjenester til konkurrenterne på et forudgående marked og detailpriserne på et efterfølgende marked, som medfører, at konkurrencen på engros- eller detailmarkedet begrænses."[39]

I denne præmis opsætter Kommissionen følgende kriterier for, at margin squeeze finder sted: 1) Dominerende virksomhed. 2) Vertikalt integreret. 3) Misforhold mellem priserne på engros- og detailmarkedet så konkurrencen begrænses enten upstream eller downstream.

Kommissionen henviste til NB/BS som hjemmel for denne opsummering af praksis på området.

At virksomheden skal være dominerende bliver yderligere uddybet i præmis 179, hvoraf det fremgår, at der skal være tale om dominans i både upstream og downstream markedet.

DT anfører til støtte for deres sag i præmis 104, at der ikke foreligger margin squeeze, fordi regeringen har godkendt DT's priser i engrosleddet. DT anfører i denne sammenhæng, at margin squeeze kun kan forekomme, hvis der foreligger urimeligt høje priser i engrosleddet eller underbudspriser i detailleddet. Dette argument har DT hentet i IPS (se ovenfor), som opstillede disse kriterier for at finde, at margin squeeze var i strid med art. 82, og som umiddelbart måtte menes at være den mest korrekte retskilde at henvise til, da det er den eneste sag, der har været for Retten, og den nyeste afgørelse inden for området, afsagt af en EU institution. Kommissionen vælger imidlertid ikke at citere IPS men i stedet anføres følgende i præmis 105:

> "…For at kunne påvise et prispres er det nemlig først og fremmest kun afgørende, at der er et misforhold mellem de to priskategorier, som fører til en konkurrencebegrænsning. Endvidere skal det ganske vist også påvises, at den virksomhed, der er omfattet af prisreguleringen, selv har et kommercielt råderum til på eget initiativ at undgå eller eliminere prispresset."[40]

39 *Præmis 106*
40 *Præmis 105*

I denne passus udtrykker Kommissionen, at selv det faktum, at national tysk lovgivning foreskriver, at DT's priser downstream skal godkendes på nationalt plan, kan DT alligevel godt udøve margin squeeze, hvis de har et råderum, inden for hvilket de kan bestemme priserne. I det foreliggende tilfælde var det kun priserne upstream, der skulle godkendes. DT kunne altså selv bestemme, hvilke priser de ønskede at anvende i detailleddet. Dette udgjorde tilstrækkeligt råderum til, at Kommissionen kunne finde, at DT havde udøvet margin squeeze.

Kommissionen underkender dernæst den tese, som Retten var kommet frem til i IPS, ved at anføre, at det er underordnet, om der er urimelige priser i upstream markedet eller underbudspriser i downstream markedet. Så længe der er tale om et misforhold mellem priser up- og downstream, der kan påvirke konkurrencen negativt, kan forholdet betragtes som margin squeeze i strid med art. 82. Denne udtalelse er interessant, idet den er i modstrid med, hvad Kommissionen kommer frem til i præmis 180 i DT, som er citeret nedenfor, hvorved den udtrykker, at tilstedeværelsen af margin squeeze er tilstrækkeligt til, at der foreligger et misbrug af dominerende stilling. En diskussion af dette spørgsmål findes nedenfor.

Kommission vurderer i præmis 107, hvad der skal til i det aktuelle forhold for at statuere et misbrug i form af margin squeeze:

> "…forskellen mellem en dominerende virksomheds detailpriser og engrospriser for tilsvarende tjenester til virksomhedens konkurrenter enten er negativ eller ikke tilstrækkelig til at dække den dominerende operatørs produktspecifikke omkostninger ved leveringen af operatørens egne detailtjenester på det efterfølgende marked."[41]

Kommissionen præciserer her, at i vurderingen af, om der er et misforhold mellem engros- og detailpriserne, skal man se på den dominerende virksomheds egne forarbejdningsomkostninger og anslå, om den ville kunne operere på detailmarkedet med den pris, som konkurrenterne skal betale for engrosydelsen. Dette minder om den metode, man anvendte i NB/BS, og Kommissionen har ligeledes henvist til denne beslutning[42]. Kommissionen har dog ikke taget en profitmargen med i denne vurdering, som den har fremført i "meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren"[43](herefter tele-meddelelsen) (bliver gennemgået i kapitel 3.1),

41 *Præmis 107*
42 *Note 104*
43 *Meddelelse om anvendelse af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren af 22.08.98. (98/C 265/2)*

som Kommissionen udgav i 1998, fem år før denne beslutning blev offentliggjort. Det er således ifølge DT tilstrækkeligt, at den margen, der er mellem den dominerende virksomheds engros- og detailpriser, svarer til de produktspecifikke omkostninger, som den dominerende virksomhed har i forbindelse med at udbyde tjenesterne på detailleddet, og ikke forskellen mellem engros- og detailprisen samt en profitmargen, som Kommissionen ellers foreskrev i telemeddelelsen.

7.2.4.2 Margin squeeze's selvstændighed og kravet om en konkurrencebegrænsende virkning

I både NB/BS og i IPS er der blevet sået tvivl om, hvorvidt margin squeeze udgør et selvstændigt misbrug, eller om det kun kan forekomme i kombination med andre former for misbrug. Kommissionen har i denne beslutning valgt at adressere dette spørgsmål i præmis 180:

> "Med Kommissionens påvisning af, at der foreligger et prispres, er det derfor tilstrækkeligt godtgjort, at der er tale om misbrug af en dominerende stilling."

Det er altså utvivlsomt efter denne beslutning, at det er Kommissionens opfattelse, at margin squeeze er en selvstændig form for misbrug på lige fod med andre misbrugsformer. At margin squeeze er til stede i et forhold, fordrer således ikke supplerende krav for at statuere et misbrug af dominerende stilling, som det ellers blev antydet i NB/BS. Denne meget kontante udmelding fra Kommissionen kom i forbindelse med, at DT havde bemærket, at den udøvede margin squeeze ikke havde negativ effekt på markedet[44]. Kommissionen henviste til AKZO, NB/BS og andre domme og udtrykte i meget korte vendinger, at der var tale om ekskluderende misbrugsadfærd. Det kan ved første øjekast se ud, som om Kommissionen udtrykker, at det er underordnet, om der er nogen negative effekter på markedet, så længe margin squeeze er bevist, er dette tilstrækkeligt til at statuere misbrug. Det er tankevækkende, at Kommissionen henviser til disse sager uden at anvende den fremgangsmåde, der blev brugt i sagerne. I for eksempel AKZO kom Domstolen frem til, at AKZO havde misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende en prisstrategi, der ville styrke AKZO's egen position og svække konkurrencen. Kommissionen tog ikke i DT stilling til, om det skulle bevises, at den pågældende anvendelse af underbudspriser havde negative effekter på konkurrencen. I Kommissionens meget kontante vurdering af margin squeeze, som er nævnt ovenfor, opstiller man ikke noget krav om, at margin squeeze skal have negative effekter på markedet for at udgøre et misbrug, og denne tese forstærkes af følgende i præmis 181:

---

44 *Præmis 176*

> ”Selv hvis det til påvisning af misbruget er nødvendigt at fastslå, at DT begrænser konkurrencen ved at skabe hindringer for konkurrenternes adgang til markedet, foreligger disse”

Med denne udmelding har Kommissionen udtrykt, at den ikke kan blive klar over, om der kræves konkurrencebegrænsende virkninger, for at margin squeeze udgør et misbrug af dominerende stilling, men at disse under alle omstændigheder foreligger.

Spørgsmålet er, om dette skal ses som et udtryk for, at margin squeeze ikke kræver, at forholdet har konkurrencebegrænsende elementer. Det faktum, at Kommissionen antyder, at konkurrence-begrænsende virkninger ikke er et krav, og alligevel behandler både DT's stilling på markedet og dets konkurrenters stilling på markedet og vurderede, at DT's handlinger var konkurrencebegrænsende, tyder på, at man alligevel anser konkurrencebegrænsningen som et krav for, at margin squeeze udgør et misbrug. Som det også er nævnt ovenfor, nævner Kommissionen i præmis 106, at det har været Kommissionens hidtidige praksis, at margin squeeze skulle medføre en konkurrencebegrænsning på detail- eller engrosmarkedet, for at det udgør et misbrug. Ønskede man at tage afstand fra denne hidtidige praksis, ville man nok have valgt en mere direkte afstandstagen fra denne. Set i lyset af disse argumenter taler meget for, at Kommissionen alligevel har fundet, at margin squeeze, til trods for de udtalelser den fremfører, alligevel skal have en konkurrencebegrænsende effekt på markedet for at udgøre et misbrug.

Det er interessant, at Kommissionen henviser til AKZO i denne forbindelse, idet AKZO er den ledende dom inden for underbudspriser, og der både i NB/BS og IPS har været rationaler, der pegede på, at margin squeeze var en variant af underbudspriser. I DT's præmis 179, henvises der til AKZO samt andre domme, der repræsenterer andre misbrugsformer, for at beskrive, at margin squeeze ligesom underbudspriser og de andre misbrugsformer, som præmissen henviser til tilhører en kategori af misbrug, der er karakteriseret ved, at virksomheden anvender sin prispolitik til at eliminere konkurrenterne for herigennem at styrke sin egen stilling. Denne henvisning til AKZO har således ikke til formål at fremstille margin squeeze som en variant af underbudspriser.

De ovenfornævnte citater og betragtninger underbygger tydeligt, at margin squeeze kan stå alene, og ikke kun udgør et misbrug i sammenhæng med andre misbrugsformer, som det blev antydet i NB/BS. I beslutningens konklusion[45] udtrykker Kommissionen, at margin squeeze består i fastsættelse af

45 *Præmis 199*

urimelige priser for engrosadgangstjenester til konkurrenter og for detailadgangstjenester i abonnentnettet, og det således opfylder betingelserne i art. 82, litra a. Af denne bemærkning fremgår det, at Kommissionen har ment, at margin squeeze skal udledes af forbudet mod urimeligt høje priser. Kommissionen statuerer derimod ikke, at margin squeeze er det samme som urimeligt høje priser, da de netop fremhæver forholdet mellem prisen i engros- og detailleddet. Det traditionelle forbud mod urimeligt høje priser angår kun prisen i ét bestemt marked og ikke forholdet mellem en virksomheds priser i flere forskellige markeder. Kommissionen udtrykker således, at margin squeeze har sin egen berettigelse, og det er udledt af forbudet mod urimeligt høje priser i art. 82, litra a.

Et kendetegn ved telekommunikationsbranchen er, at de har komplicerede prisstrukturer, og det kan derfor være svært at gennemskue hvilke priser, man skal sammenligne for at afgøre, om der foreligger et misbrug i form af margin squeeze[46]. Kommissionen har udarbejdet en række tiltag specielt for denne branche, der søger at komme disse uhensigtsmæssigheder til livs. Disse tiltag vil blive gennemgået i kapitel 3.

---

46 *I det aktuelle tilfælde er de takster, der skal sammenlignes, priserne som DT tager for adgang til netværket i engros- og detailleddet. Kommissionen valgte at identificere alle de detailadgangstjenester, der udbydes af DT's konkurrenter. Derefter har man udregnet et vægtet gennemsnit af de detailadgangspriser, som DT tager for disse adgangstjenester, og man får således det tal, man skal bruge til at sammenligne med DT engrospriser. Engrospriserne er lettere at identificere, idet de er reguleret.*
DT anførte, at de ikke mente, at denne metode gav et retvisende billede, idet de ofte krydssubsidierede, således at man gav adgang til nettet til en pris, der var mindre end omkostningerne, og vandt dette tab ind ved at anvende takster for brugen af nettet, der var betydeligt højere end omkostningerne. DT mente altså ikke, man kunne dele adgangstjenesten op med brugertaksten, da der var tale om afledte produkter, og at man måtte medtage indtægterne fra både adgangen til nettet og brugen af nettet for at give et retvisende billede af de samlede omkostninger. Dette afviste Kommissionen med en henvisning til direktiv 90/388/EØF art. 4c, stk. 3, hvoraf det fremgår, at oprettelsesafgiften skal holdes adskilt fra opkaldsafgiften.
Kommissionen rettede herefter fokus på de produktspecifikke omkostninger, hvor udgangspunktet er, at det er totalomkostningerne, forbundet med etableringen af detailadgang, der er tale om. Dette omfattede overraskende nok ikke de faste omkostninger til netværksinfrastrukturen.
Denne meget komplekse selskabsopbygning og prisfastsættelse gør, at det er svært umiddelbart at afklare, om der foreligger margin squeeze i telekommunikationssektoren, idet det ofte kan være svært at finde et sammenlignings-grundlag, der kan anvendes til at afgøre, om margin squeeze foreligger. Kommissionen har udarbejdet en række tiltag, der vil blive behandlet i næste kapitel, der søger at gøre branchen mere gennemskuelig, så margin squeeze lettere kan identificeres. Specifikt for denne sag kan det dog nævnes, at DT's detailpriser ifølge tysk telelovgivning skal overholde princippet om omkostningsægthed, hvilket ville sige, at de omkostninger, der opkræves for adgang til nettet, og de omkostninger, der kræves for brugen af nettet, skulle svare til de faktiske omkostninger, der var forbundet hermed. Dette krav havde DT ikke honoreret, idet det hidtil havde været DT's politik, i detailleddet at opkræve en pris under omkostningerne for adgangen til nettet og en pris over omkostningerne for brugen af nettet. Denne form for krydssubsidiering havde Kommissionen fundet hindrende for liberaliseringen, idet det gjorde det sværere for nytænkende og effektive aktører på markedet at konkurrerer med de etablerede aktører. Omkostningsægthed er et redskab, der gør det mere overskueligt at vurdere, om der udøves margin squeeze, og er et princip, som Kommissionen med denne beslutning opfordrede de nationale myndigheder til at indføre for at komme margin squeeze til livs.

7.2.4.3 Opsummering og sammenligning med tidligere sager

Denne sag adskiller sig fra de tidligere sager, idet dette er den første sag vedrørende tjenesteydelser. For det andet er der tale om et marked, som blev liberaliseret, kort forinden beslutningen blev truffet. For det tredje er den dominerende virksomheds pris i upstream markedet bestemt af lovgivningen.
Beslutningen var lidt overraskende, idet den meget kontant slår margin squeeze fast som en misbrugsform, og fordi dette sker, efter at Retten i IPS har sået tvivl om margin squeeze placering som misbrug ifølge art. 82. Kommissionen har dernæst antydet, at blot påvisningen af et misforhold mellem engros- og detailpriser i en vertikalt integreret virksomhed er tilstrækkeligt til, at forholdet er i strid med art. 82. Denne progressive holdning til margin squeeze kan have noget at gøre med, at telemarkedet, som ikke lang tid inden, denne beslutning blev truffet, var blevet liberaliseret, og Kommissionen derfor ønskede, at slå hårdt ned på DT, som var den tidligere lovbestemte monopolist, idet konkurrencen på markedet ikke havde ændret sig meget siden liberaliseringen. Det kan således tænkes, at Kommissionen med denne lidt aktivistiske beslutning har ønsket at hjælpe konkurrencen på telemarkedet på vej.

Beslutningen er blevet anket[47], så det bliver interessant at se, om Retten vil holde den linje, den lagde i IPS, eller om den vil statuere, at margin squeeze selvstændigt kan udgøre et misbrug af dominerende stilling, og at indholdet af margin squeeze adskiller sig fra indholdet af underbudspriser og urimeligt høje priser. I denne sag er det eneste misbrug, der er aktuelt, margin squeeze, så sagen vil udelukkende omhandle denne relativt ukendte misbrugsform, og dommen må således antages at indeholde en lang række fortolkningsbidrag til at afgrænse margin squeeze.

7.3 MARGIN SQUEEZE I TELEKOMMUNIKATIONSSEKTOREN

Der har i Europa været en tendens til, at telesektoren i hvert enkelt land har været drevet af statsligt ejede selskaber, der har haft et lovbestemt monopol på ydelsen. Konkurrencen i sektoren har således været ikke-eksisterende, og dette har resulteret i, at den ikke har været drevet så effektivt, som det var muligt. EU havde derfor som et led i et opgør med de statslige monopoler i EU fastlagt, at telesektoren skulle liberaliseres. Tidsplanen blev fastlagt således, at de sidste hindringer for den frie konkurrence skulle være fjernet inden 1. januar

47 *T-271/03 (2003/C 264/51)*

1998. Liberaliseringen gik ikke helt efter planen, og det viste sig, at mange af de selskaber, der tidligere havde haft monopol på tjenesterne, i mere eller mindre grad opretholdt deres markedsandele, således at konkurrencen på markedet ikke rigtig udviklede sig. De tidligere monopolhavere havde oftest den fordel, at de rådede over telefonnettet, og dette var der ikke andre aktører, der kunne konkurrere med, idet nettet var blevet opbygget over en længere periode, hvor den pågældende statslige virksomhed havde haft monopol på teleydelsen. En vigtig faktor i liberaliseringen var således, at telenettet skulle være tilgængeligt for andre operatører end besidderen, på vilkår der gjorde, at de nye aktører kunne konkurrere med besidderen. Dette viste sig at være sværere end først antaget, og Kommissionen var således nødsaget til, at udgive en række retningslinjer for, hvordan besidderen skulle agere, og hvad der udgjorde et misbrug af denne dominerende stilling. Det viste sig, at margin squeeze var et misbrug, som var nærliggende for besidderen af telenettet at udøve mod nye aktører på markedet. Dette førte til Kommissionens beslutning i DT, som er nævnt ovenfor, samt tele-meddelelsen, hvor et EU-organ for første gang, uden at dette skete i forbindelse med en konkret beslutning, beskrev margin squeeze.

7.3.1 Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren (telemeddelelsen)

Meddelelsen opstiller to forskellige scenearier, hvori margin squeeze kan forekomme. De fastslår indledningsvis, at margin squeeze udgør et misbrug, hvis det er udøvet af en dominerende virksomhed i enten up- eller downstream markedet. Dette er interessant, da de tidligere retsakter vedrørende margin squeeze ikke har været overensstemmende på dette punkt. De to scenarier, som meddelelsen opstiller, er følgende:

1) ”Man kan påvise, at prisen trykkes ved at vise, at det dominerende selskabs egne transaktioner i efterfølgende led ikke kan foretages med fortjeneste på grundlag af den pris i det forudgående led, som forlanges af selskabets konkurrenter.” [48]

2) ”Under de rette omstændigheder kan man også påvise et pristryk ved at vise, at margenen mellem den pris, der afkræves konkurrenter på det efterfølgende marked (herunder det dominerende selskabs eventuelt egne transaktioner i det efterfølgende led) for adgang til faciliteten, og den pris, netoperatøren

48 *Præmis 117*

> forlanger på det efterfølgende marked, ikke er tilstrækkelig stor til at give en rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked en normal fortjeneste (medmindre det dominerende selskab kan påvise, at dets transaktioner i det efterfølgende led er usædvanlig effektive)."49

Scenario 1

Testen, som direktivet anvender i dette scenario til at vurdere, om der foreligger et misbrug af dominerende stilling ved margin squeeze, er den samme, som Kommissionen anvender i DT. Det karakteristiske ved denne vurdering er, at der, ulig hvad tilfældet var i DT, er medtaget en profitmargen, således at margin squeeze ikke kun gælder, hvor forskellen mellem engros- og detailpriserne svarede til eller er mindre end det dominerende selskabs forarbejdningsomkostninger, men også gælder, hvor forskellen er større end forarbejdningsomkostningerne men mindre end forarbejdningsomkostningerne og en profitmargen tilsammen.

Scenario 2

Dette scenarium opstiller det misbrugsbegreb, som blev introduceret med NC, hvori det ikke er de forarbejdningsomkostninger, som den dominerende virksomhed har, der skal afgøre, hvilken forskel der kan være på engros- og detailprisen, men det skal være de forarbejdningsomkostninger, som en rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked har. Denne test synes umiddelbart at komme de udbydere til undsætning, der opererer i et marked, hvor den dominerende virksomhed er mere effektiv end gennemsnittet. I sådanne tilfælde ville det derfor ikke være den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostninger, der skal afgøre om der foreligger et misbrug, men de omkostninger, som den gennemsnitlige tjenesteudbyder har.

Det anføres, at denne test kun kan anvendes under de rette omstændigheder. Spørgsmålet er, hvilke begrænsninger dette medfører, og dette forhold finder man ikke svar på i tele-meddelelsen. Spørgsmålet vil blive behandlet nedenfor i analysen.

I et dokument, der senere er blevet udstedt af Kommissionen: "Telecommunications: open network Provision for leased lines", kom man frem til, at de to test dækker over samme tilfælde, da man netop antog, at den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostninger svarer til det, man kan forvente af en rimelig effektiv tjenesteudbyder. Med andre ord sætter den dominerende virksomhed standarden for, hvilke omkostninger en rimelig effektiv tjenesteudbyder skal bruge.

---

49 Pkt. 118

Man kunne ellers forestille sig, at testen i scenario 2 skulle bruges, hvor det er åbenbart, at der ikke er nogen konkurrenter, der kan opnå ligeså lave forarbejdningsomkostninger, for eksempel på grund af stordriftsfordele, som den dominerende virksomhed, og man derfor har valgt for konkurrencens skyld at pålægge den dominerende virksomhed ikke at fryse konkurrenter, der er rimeligt effektive, ud af markedet. Spørgsmålet er, om denne fortolkning vil være i forbrugerens interesse, idet man reelt set pålægger den vertikalt integrerede virksomhed at holde et vist prisniveau for ikke at fryse konkurrenterne ud. På den anden side er det i forbrugernes interesse, at der er konkurrence på markedet. Kommissionen har dog også manet denne fortolkning til jorden i deres konklusion i "Telecommunications: open network Provision for leased lines", hvor det blev udtrykt, at det kun var scenario 1 testen, der var gældende. Denne slutning falder i tråd med Kommissionens beslutning i DT, hvori Kommissionen ligeledes har anvendt den test, som scenario 1 udtrykker.

Kommissionen har med denne meddelelse gjort helt klart, at margin squeeze er en misbrugsform, der alene kan udgøre et misbrug i strid med art. 82. Den underminerer således endnu en gang Rettens dom i NB/BS, hvor den såede tvivl om margin squeezes selvstændige virke. Kommissionen har også med denne meddelelse gjort klart, hvilke kriterier der skal være opfyldt, for at margin squeeze udgør et misbrug. Spørgsmålet er, om den opremsning, som Kommissionen nævner er udtømmende. Det fremgår i indledningen til både pkt. 117 og 118 at "man kan påvise" (min fremhævning), dette kunne fortolkes således, at de to scenarier, som Kommissionen opstiller, ikke er de eneste, der kan tænkes at udgøre margin squeeze. Det kunne også fortolkes således, at de to scenarier, der stilles op, ikke nødvendigvis udgør margin squeeze, men udgør en formodning for, at margin squeeze foreligger. Kommissionen udtrykker i pkt. 119:

"Hvis et at disse to scenarier opstår, udsættes konkurrenterne på det efterfølgende marked for et pristryk, som kan presse dem ud af markedet"

Med dette punkt kunne det tænkes, at Kommissionen finder, at hvis et af disse to scenarier er opfyldt, så er det tilstrækkeligt til, at margin squeeze foreligger, men det er ikke en nødvendighed. Denne konklusion støttes af, at Kommissionen i deres fremføring af de to scenarier udtrykker, at de kan udgøre margin squeeze. Det spørgsmål, der herefter opstår, er således, om der er en bredere definition, hvor disse to scenarier blot er eksempler på, hvad der kan udgøre et misbrug[50]. Dette spørgsmål er det ikke muligt at besvare på baggrund af meddelelsen.

50 *Grout, Paul A: Recent Developments in the Definition of Abusive Pricing in European Competition Policy. 2000. p. 30*

7.3.2 Sektorspecifik regulering for at imødegå margin squeeze

Dominerende virksomheder, der er vertikalt integreret, vil meget ofte blive motiveret til at udøve konkurrencebegrænsende aktiviteter, fordi det er meget let for en dominerende virksomhed, der har et produkt i upstream markedet, der er nødvendigt i downstream markedet, at forbedre sin markedsposition i downstream markedet. Dette kan gøres ved leveringsnægtelser, urimeligt høje priser, underbudspriser, margin squeeze og andre ekskluderende misbrugsformer. Man har i EU længe søgt at komme disse problemer til livs. Der findes en del strategier, der kan bruges i denne forbindelse, og en af disse er, at den dominerende virksomhed pålægges at adskille sit regnskab for sine upstream aktiviteter og sine downstream aktiviteter. Man deler derved den dominerende virksomheds aktiviteter på det konkurrenceprægede marked (downstream) op med virksomhedens aktiviteter på et ikke konkurrencepræget marked (upstream). I telekommunikationssektoren blev dette anbefalet ved Kommissionens henstilling af 8. april 1998 om samtrafik på et liberaliseret telemarked, hvor man dog har begrænset sig til regnskabsmæssige opdelinger af engros- og detaildelen af virksomhederne. Denne metode har ikke den rækkevidde, den ville have, hvis man for eksempel krævede, at en dominerende virksomhed, der var vertikalt integreret, skulle opdeles, således at der blev tale om to forskellige juridiske subjekter. I sådanne tilfælde ville man kunne komme margin squeeze til livs, idet man fjerner virksomheden i downstream markedet bevæggrunde for at operere med underskud og dermed at deltage i margin squeeze, samtidig med at markedet ville blive gjort fuldstændig gennemsigtigt, så margin squeeze meget let kunne opdages.

Denne fuldstændige opsplitning ville dog have en del konkurrencebegrænsende elementer, idet den dominerende virksomhed ville miste eventuelle stordriftsfordele og den såkaldte dobbelte marginalisering. Dette begreb dækker over tilfælde, hvor en virksomhed er dominerende i både up- og downstream markederne og tager den ekstraavance, som en monopolist normalt tager, i både up- og downstream markederne. Dette resulterer i sidste ende i, at produktet bliver dyrere for forbrugeren, og den dominerende virksomheds profit stiger[51]. Det er på baggrund af disse argumenter, at man fra EU's side har vurderet, at opsplitning af up- og downstream regnskaber er det bedste middel til at gøre en vertikalt integreret virksomhedsstruktur mere gennemsigtig, og derved gøre det nemmere at vurdere, om virksomheden har udøvet margin squeeze, uden at dette kommer konkurrencen til skade.

51 *Geradin og O'Donoghue: The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector. P. 16*

Dette var et af Kommissionens tiltag for at komme margin squeeze til livs, idet erfaringen havde vist, at konkurrencen ikke rigtig var kommet i gang på de liberaliserede telemarkeder. Dette har medført, at det på telekommunikationsmarkederne, hvor virksomhedernes strukturer kan være særdeles komplicerede, er blevet lettere at gennemskue, hvornår margin squeeze finder sted.

Et andet tiltag, der har været blandt de nationale myndigheder, men på opfordring af Kommissionen, er regulering af priserne. Dette har de nationale myndigheder ofte gjort inden for telesektoren, hvor man har reguleret priserne i up- og/eller downstream markederne. Når en medlemsstat gør dette, skyldes det, at den har vurderet, at konkurrencen på markederne ikke har fungeret optimalt efter liberaliseringen og derfor ved at regulere priserne har prøvet at hjælpe konkurrencen på vej. EU-organerne har også i flere tilfælde direkte opfordret medlemsstaterne til at regulere priserne; Adgangsdirektivet[52], pkt. 20, har følgende ordlyd:

> ”Det kan være nødvendigt at kontrollere priserne, såfremt en analyse af et bestemt marked viser, at konkurrencen er utilstrækkelig. Reguleringen kan være forholdsvis beskeden, som f.eks. kravet om rimelige priser for udbydervalg, jf. direktiv 97/33/EF, eller betydelig tungere, som f.eks. kravet om, at priserne skal være omkostningsbaserede for at kunne dokumenteres tilstrækkeligt, når konkurrencen ikke er stærk nok til at hindre overpriser. Navnlig udbydere med en stærk markedsposition vil kunne presse priserne, således at forskellen mellem deres detailpriser og de samtrafikpriser, der skal betales af konkurrenter, der udbyder lignende detailtjenester, bliver for lille til at skabe bærerdygtig konkurrence. Når en national tilsynsmyndighed beregner de omkostninger, der er forbundet med oprettelsen af en tjeneste i henhold til dette direktiv, bør der tillades en rimelig forrentning af den investerede kapital, herunder passende omkostninger til arbejdskraft og bygninger, idet der i fornødent omfang foretages en tilpasning af kapitalens værdi, så den afspejler den løbende ansættelse af aktiver og af driftens effektivitet. Den metode, der anvendes ved omkostningsdækningen, bør afhænge af situationen og tage hensyn til nødvendigheden af at fremme effektiviteten og skabe holdbar konkurrence og øgede fordele for forbrugerne.”

52 *Eurpa-Parlemamentets og Rådets Direktiv 2002/19/EF af 7. marts. 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende aktiviteter.*

I denne passus udtrykker Rådet, at medlemsstaterne kan blive nødsaget til at regulere priserne, hvis ikke konkurrencen fungerer. Rådet beskriver derefter, at der navnlig i tilfældet af margin squeeze kan bliver nødvendigt at regulere priserne.

Rådet kommer samtidig med denne behandling til at afsløre, hvilken test Rådet mener skal anvendes til at vurdere, om der foreligger margin squeeze, idet det opremser hvilke priser, som den dominerende virksomhed har i downstream markedet, som det udtrykker, skal danne grundlag for hvad de nationale myndigheder skal fastsætte priserne til, hvis de ønsker at regulere dem. Rådet mener således, at man skal fastsætte priserne efter hvad den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostningerne er, for at undgå at virksomheden udøver margin squeeze. Dette må således betyde, at hvis forskellen på priserne up- og downstream er mindre end forarbejdningsomkostningerne, så foreligger der margin squeeze. Det er den sammen metode som Kommissionen udlagde i scenario 1 ovenfor. Man kan selvfølgelig ikke ud fra hvad Rådet udtrykker vide, om der menes, at dette er den eneste test, der gælder, eller om margin squeeze som begreb skal defineres bredere. Det må blot konstateres, at Rådet ikke nævner rimelige forarbejdningsomkostninger eller noget andet parameter som middel til at vurdere, hvilket niveau de nationale myndigheder skal regulere priserne til, så der ikke kan forekomme margin squeeze.

Man kan spørge sig selv, om disse reguleringer af priserne har den effekt på margin squeeze, som man har ønsket fra EU's side. Regulerer man priserne i upstream markedet, er det begrundet i ønsket om at forhindre, at den dominerende virksomhed udøver ekskluderende misbrugsadfærd. Regulerer man priserne i downstream markedet, er det begrundet i ønsket om at forhindre, at den dominerende virksomhed udøver udnyttende misbrugsadfærd[53]. Det vil herefter blive gennemgået, hvilken indvirken denne form for regulering har på margin squeeze.

Er priser i upstream markedet blevet reguleret, er situationen den, som forelå i DT. I en sådan situation kan den dominerende virksomhed udøve margin squeeze ved at sætte priserne ned i downstream markedet. For at undgå at man udøver underbudspriser, kan dette praktisk gøres ved at krydssubsidierer up- og downsream markederne og derved allokere alle fælles udgifter til upstream markedet eller ved at flytte midler fra upstream markedet til downstream markedet[54]. Alternativt kunne den dominerede virksomhed sælge

53 *Geradin og O'Donoghue: The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector. P. 18*

54 *ssts*

engrosydelsen billigere til sit eget detailled, end den gør til konkurrenterne. Disse måder at udøve margin squeeze på er man dog kommet til livs, idet det med de ovenfornævnte anbefalinger om opdeling af regnskaber ikke længere er muligt at krydssubsidiere eller allokere fælles omkostninger til et bestemt marked, hvis disse krav overholdes. Priserne for ydelserne skal reflektere de omkostninger, der er forbundet hermed, jf. det ovenfornævnte princip om omkostningsægthed, og med kravet om opdeling af regnskaberne bliver det meget lettere at se, om der er manipuleret med udgifterne i hvert marked. En dominerende virksomhed må heller ikke forfordele sine egne detailled, idet der er et forbud mod at diskriminere i art. 82, litra c. Der må dog gerne diskrimineres, hvis der foreligger en objektiv begrundelse, og dette kunne tænkes at være stordriftsfordele, som den dominerende virksomhed har som følge af den vertikale integration. Det fremgår dog også specifikt for telekommunikationssektoren i tele-meddelelsen, at den dominerende virksomhed skal tilbyde "adgangsstyring på ensartet rimelige og ikke-diskriminerende vilkår". Ud fra tele-meddelelsen sammenholdt med art. 82, litra c, må det konkluderes, at det aldrig er tilladt for en dominerende virksomhed, der er vertikalt integreret, at have diskriminerende priser overfor handelsparter. Man må således fastslå, at i tilfælde af, at man regulerer priserne i upstream markedet, vil mulighederne for at virksomheden kan udøve margin squeeze, uden at dette vil være i strid med en anden regulering inden for EU konkurreceretten, være meget små. I givet fald vil det med opdelingen af regnskaber i vertikalt integrerede virksomheder være let af gennemskue, at virksomheden udøver margin squeeze.

Regulerer man priserne i downstream markedet, vil situationen se anderledes ud. I sådanne tilfælde vil den dominerende virksomhed kunne hæve prisen i engrosmarkedet for at fryse konkurrenterne ud i downstream markedet. Denne hævning af priserne bliver ulovlig, når den udgør urimeligt høje priser i strid med art. 82, litra a. Dette misbrugsbegreb er meget flyvsk, og det antages i litteraturen[55], at der skal rigtig meget til, før en pris udgør et misbrug i form af urimeligt høje priser. Virksomheden må dog heller ikke hæve priserne upstream, mere end det vil være muligt, for at den regulerede pris i downstream markedet udgør mere end de gennemsnitlige samlede omkostninger. I modsat fald vil virksomheden kunne dømmes for underbudspriser i strid med art. 82.

Man vil oftest regulere priserne upstream, da en fungerende konkurrence i upstream markedet ofte vil smitte af på konkurrencen i downstream markedet, og der vil derfor ikke være behov for regulering af downstream markedet. Ulempen ved regulering i downstream markedet er, at det forhindrer, at der bliver skabt konkurrence mellem de aktører, der kommer ind på detailmarke

55 *Konkurrenceretten i EU, p. 555, Whish: Competition Law, 4. udg. p. 635*

det, og derfor udgør en konkurrencehæmmende tendens i bestræbelserne på at undgå, at den dominerende virksomhed udøver margin squeeze. Regulering af priserne i detailleddet er derfor ikke en hensigtsmæssig måde at forhindre en dominerede virksomhed i at udøve margin squeeze. Det kan med succes bruges til at hindre andre misbrugsformer under udnyttende misbrugsadfærd, men dette er en anden interessant diskussion, der ikke falder ind under dette speciales emne, og derfor ikke vil bliver diskuteret yderligere.

Er markedet både reguleret up- og downstream, burde margin squeeze ikke kunne forekomme, da den dominerende virksomhed ikke i dette tilfælde har nogen kontrol over priserne, der begge er reguleret. Der kan dog alligevel opstå margin squeeze og ekskluderende misbrugsadfærd til trods for den udtømmende regulering.

Det første eksempel på dette er de såkaldte "reguleret margin squeeze misbrug"[56], som for eksempel forekommer, når prisen i upstream markedet er omkostningsbaseret, men man har valgt at sætte prisen i downstream markedet til et niveau, der ligger under de omkostninger, der er forbundet med produktionen af denne ydelse. Dette kan for eksempel ske af socialpolitiske grunde. Dette vil medføre, at der ikke er andre end den dominerende virksomhed, der kan operere på markedet. Dette er selvfølgelig ikke noget, den dominerende virksomhed har nogen skyld i, og den kan derfor ikke dømmes for misbrug af dominerende stilling.

En anden form for "reguleret misbrug" kunne være, at den dominerende virksomhed satte sine priser under den pris, som lovgiver havde sat i downstream markedet, hvis dette var tilladt, og derved udøve margin squeeze. Max priser, fastsat af lovgiver, vil ikke have de samme virkninger som en fast pris, da margin squeeze oftest vil indebære en dumpning af prisen. Regulering i form af max priser vil derfor oftest skulle behandles, som om priserne ikke var reguleret overhovedet.

En sidste mulighed er tilfældet, hvor lovgiver har sat en bestemt pris for en bestemt samling ydelser; en såkaldt "price cap" ordning. I sådanne tilfælde kan den dominerende virksomhed udøve margin squeeze ved at sætte sine priser for en ydelse lavt ved at hæve priserne for andre ydelser i samlingen. På denne måde kan den dominerende virksomhed udøve margin squeeze, uden at den handler i strid med price cap ordningen.

De to sidste eksempler vil selvfølgelig udgøre margin squeeze, som kan tilskrives den dominerende virksomhed.

56 *Geradin og O'Donoghue: The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector. P. 18-23*

7.3.3 Opsummering

Som det tydeligt kommer til udtryk i den intensive regulering, der er sket vedrørende margin squeeze i telekommunikationssektoren, har det været et større problem i denne sektor, end i resten af EU retten. Dette skyldes sandsynligvis den liberalisering, der har været i sektoren, sammenholdt med de mange virksomheder i telekommunikation, der har været vertikalt integreret. Spørgsmålet om denne sektor på grund af den store risiko, der er forbundet med de markedsforhold, den indeholder har en anden praksis end resten af EU konkurrenceretten inden for margin squeeze.

Den yderligere regulering og præcisering, der har været i telekommunikationssektoren, har typisk ikke været inden for selve definitionen af margin squeeze, men remedier, der bliver stillet til rådighed/bliver foreslået de nationale myndigheder, til at hjælpe med at gennemskue, om margin squeeze foreligger. Dette skyldes ikke, at margin squeeze har en speciel definition inden for netop denne sektor, men fordi de komplekse virksomhedsopbygninger, der er karakteristiske for denne sektor, gør det specielt svært at vurdere, hvornår margin squeeze foreligger. Disse former for remedier til at afklare, hvornår margin squeeze foreligger, ændrer ikke på den definition, som man bruger i EU konkurrenceretten. De eneste dokumenter, hvor man kommer ind på selve definitionen af margin squeeze, er tele-meddelelsen og Kommissionens dokument Telecommunications: open network Provision for leased lines. Af disse to dokumenter kan det udledes, at margin squeeze foreligger, når følgende betingelser er opfyldt: 1) Dominerende virksomhed i up eller downstream markedet. 2) Virksomheden er vertikalt integreret. 3) Prisen i downstream markedet må ikke være lavere end den pris, som der tages i upstream markedet sammenlagt med de forarbejdningsomkostninger, som den dominerende virksomhed har samt en profitmargen.

Disse kriterier er alle set før med undtagelse af kravet om, at virksomheden enten skal være dominerende i up- eller downstream markedet. Det må dog formodes at Kommissionen mener, at den dominerende virksomhed gerne må være dominerende i både up- og downstream markedet, da det er åbenlyst, at der vil være risiko for margin squeeze i sådanne situationer, og al den retspraksis, der er på margin squeeze, har omhandlet virksomheder, der både var dominerede i up- og downstream markederne. Derudover er det svært at forestille sig, at en dominerende virksomhed kan udøve margin squeeze og kun være dominerende i downstream markedet, men denne diskussion vil blive taget senere under analyse afsnittet (kap. 5.3.2).

7.4 MARGIN SQUEEZE I AMERIKANSK RET

7.4.1 ALCOA

Margin squeeze blev i amerikansk ret introduceret langt tidligere end i europæisk ret. Første gang, en virksomhed blev dømt for at have udøvet margin squeeze i strid med den amerikanske antitrust lovgivning var i 1945 i sagen United States v. Aluminium Co. of America (herefter ALCOA). ALCOA havde stort set hele markedet for produktion af "ingot alluminium" og var vertikalt integreret, idet de også producerede aluminiumplader i konkurrence med andre virksomheder i downstream markedet. Ingot aluminium var en nødvendig ingrediens i produktionen af disse aluminiumplader, og ALCOA var således en essentiel leverandører til producenter af aluminiumplader. Judge Hand introducerede for første gang begrebet price squeeze[57] i præmis 26, hvor han udtaler følgende:

> "In action under Sherman Act, evidence established government's contention that defendant intended to monopolize the aluminum "sheet" market by practicing a "price squeeze" by selling aluminum ingot at so high a price that "sheet rollers" who were forced to buy form defendant could not pay the expenses of "rolling" the "sheet" and make a profit out of the price at which defendant sold "sheet". Sherman Anti-Trust Act, §§ 1, 2, 15 U.S.C.A. §§ 1, 2"

Baggrunden for denne sag var, at ALCOA havde sænket prisen på aluminiumplader, således at den margin, der var mellem prisen, som ALCOA tog i upstream markedet, og den pris de tog i downstream markedet, var på 4,62 cents pr. pund. Margenen havde stort set aldrig været under 10 cents pr. pund.

Judge Hand har med denne dom udtalt, at margin squeeze kan forekomme, når en virksomhed, der producerer på et produkt i upstream markedet, tager en pris i downstream markedet, der er så høj, at konkurrenterne i downstream markedet ikke kan sælge deres produkter i konkurrence med det vertikalt integrerede firma. Han konstaterede endvidere, at virksomheden dermed indirekte tog en lavere pris for salget til deres egen virksomhed i downstream markedet, end den tog for salg til konkurrenterne. På denne måde kunne den vertikalt integrerede virksomhed drive konkurrencen ud af markedet og

57 *Et andet ord for margin squeeze, se note 1*

udvide sit monopol til også at gælde downstream markedet[58]. Dette ræsonnement blev grundpillen i det amerikanske forbud mod at udøve margin squeeze.

7.4.2 Retsgrundlaget

Retsgrundlaget for denne dom var den amerikanske Sherman Act, Section 2 fra 1890 (herefter Section 2). Den afviger fra art. 82, idet bestemmelserne ikke har samme omfang og ikke opstiller samme struktur i behandlingen af misbrug af dominerende stilling/monopolisering. Ordlyden af Section 2 er følgende:

> *"Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."*

Denne bestemmelse er formuleret langt bredere end art. 82, og ALCOA kan ud fra et kontinental europæisk synspunkt virke meget aktivistisk, idet det er svært at udlede, hvordan Section 2 skulle omfatte et forbud mod margin squeeze. Dette er netop også kendetegnet ved common law systemet (og til dels også EU-retten).

7.4.3 Kriterierne i ALCOA

De kriterier, Judge Hand opstillede i dommen, minder om de kriterier, der blev opstillet i gennemgangen af de sager, der har været for EU-institutionerne. I det første led "*intented to monopolize the aluminum "sheet" market*" er et krav, der er hentet direkte fra Section 2, og således ikke et krav, der er specielt for margin squeeze. Dette indebærer, at virksomheden skal have monopol på markedet for det pågældende produkt, hvilket vil sige, at de skal have monopol på upstream markedet. Monopol i amerikansk ret er beskrevet som muligheden for at hæve prisen over de marginale omkostninger, der er forbundet med produktionen af produktet, uden at tiltrække nye aktører på markedet[59]. Definitionen svarer således nogenlunde til den definition, EU konkurrenceretten giver på en dominerende virksomhed.

---

58 *Joskow: Mixing Regalatory and Antitrus Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and the Retail Competition, p. 186*

59 *U.S. v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563 (1966)*

Vedrørende markedsandelen i downstream markedet stilles der ikke noget krav om monopol på dette marked, idet margin squeeze i amerikansk teori er beskrevet på følgende måde:

> *"Simply stated, a price squeeze occurs when a firm with monopoly power on the primary, or wholesale, level engages in a prolonged price increase that drives competitors out of the secondary, or retail, level, and thereby extends its monopoly power to the secondary market."*[60]

ALCOA's markedsandel i detailmarkedet blev heller aldrig diskuteret som et relevant krav for, at margin squeeze ville være i strid med Section 2.

Et andet krav, der gælder for alle misbrug af Section 2, er, at virksomheden skal have monopolistisk hensigt. Krav er meget gennemdiskuteret i litteraturen, og omfanget af det har ofte været til debat. Der stilles ikke særlig omfattende krav til, at dette krav er opfyldt i forbindelse med margin squeeze. I ALCOA for eksempel havde virksomheden opfyldt kravet om hensigt til at monopolisere ved at blive ved med at ekspandere virksomheden, når muligheden bød sig, og dermed imødegå nye operatører på markedet, med den fordel virksomheden havde i form af erfaring, forbindelser og trænet personale. Det er således svært for en stor virksomhed på et givent marked, der følger markedsudviklingen, at undgå at opfylde kravet om hensigt til monopolisering[61].

Den næste del af Judge Hand's krav til margin squeeze er selve kernen i misbrugsformen, som er følgende: *"selling aluminum ingot at so high a price that "sheet rollers" who were forced to buy from the defendant could not pay the expenses of "rolling" the "sheet""*. Dette krav minder meget om det, vi har set i EU konkurrenceretten, altså at prisen, som den dominerende virksomhed i upstream markedet sælger til, er så høj, at virksomhederne i downstream markedet ikke kan sælge til konkurrencedygtige priser. Som det fremgår, skal margenen være så lille, at downstream konkurrenterne ikke har penge til forarbejdningen. Fokus er på virksomhederne i downstream markedet forarbejdningsomkostninger, og ikke på den vertikalt integrerede virksomheds forarbejdningsomkostninger. Det er altså konkurrenterne i downstream markedets forarbejdningsomkostninger, der skal vurderes overfor forskellen på den dominerende virksomhed priser i up- og downstream markedet, for at afgøre om der foreligger margin squeeze.

60 *Spiwak: Is the Price Squeeze Doctrine Still Viable in Fully-Regulated Energy Markets?, p. 1*
61 *Lopatka & Godek: Another Look at Alcoa: Raising Rivals' Costs Does Not Improve the View, p. 313*

Et andet krav, som dommen opstiller, er som nævnt ovenfor, at virksomhederne i downstream markedet skal være *tvunget* til at købe produkterne hos virksomheden i upstream markedet. Dette krav ligger også implicit i mange af EU sagerne, men det er ikke noget, som Kommissionen eller Retten har sat ord på. Som det fremgår af ALCOA, og som amerikansk teori har gransket i, er der meget der tyder på, at virksomheden i upstream markedet skal have status af en form for essential facility. Dette krav vil blive nærmere gennemgået i forbindelse med analysen af hele retsstillingen omkring margin squeeze nedenfor (kap. 5.3.3.1). Situationen er dog således, at man i amerikansk ret opstiller et absolut krav til virksomheden i upstream markedet, om at den skal være den eneste mulige leverandør, hvor man i EU-retten formelt set udelukkende stiller krav om, at virksomheden skal have en dominerende stilling.

Samlet set opstiller denne dom kravene til margin squeeze således, at virksomheden i upstream markedet skal være dominerende og have haft til hensigt at fryse virksomhederne i downstream markedet ud (dette er et krav, der stilles til alle misbrug i form af monopolisering). Dernæst kræves der, at den engrospris, som virksomheden i upstream markedet tager af sine konkurrenter, og den pris virksomheden sælger til i detailleddet, ikke må medføre, at konkurrenterne downstream ikke kan opererer med profit.

7.4.4 Afgrænsningen af margin squeeze i amerikansk ret

Man har i amerikansk litteratur gennem tiderne udviklet en test til at vurdere, om der foreligger margin squeeze, som er blevet kendt som "The Transfer Price Test". Den foreskriver, at domstolene skal vurdere, om den vertikalt integrerede virksomhed kan opererer med overskud i downstream markedet, hvis den skulle betale samme pris, som den tager for engrosproduktet hos konkurrenterne i downstream markedet[62]. Kan den ikke det, foreligger der margin squeeze.

Denne test til at afgøre, om der foreligger margin squeeze i et bestemt forhold, minder meget om den test, Kommissionen anvender i EU konkurrenceretten[63]. Testen er lidt anderledes end den test, som Judge Hand anvendte i ALCOA, idet denne test fokuserer på den vertikalt integreret virksomheds forarbejdningsomkostninger og ikke konkurrenternes forarbejdningsomkostninger, som man gjorde i ALCOA.

---

62 *Joskow: Mixing Regalatory and Antitrus Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and the Retail Competition, p. 187*

63 *NB/BS, IPS og DT, og meddlelsen om anvendelse af konkurrencereglerne på aftaler om net adgang i telesektoren foreskriver alle denne metode.*

Det er i den amerikanske teori blevet påstået, at man skal vise, at margin squeeze har været en del af en konkurrencebegrænsende plan fra virksomheden i upstream markedet, der indeholder andre former for aktiviteter, som har til formål at fryse konkurrenterne i downstream markedet ud, for at forholdet er i strid med Section 2[64]. Senere sager har dog vist, at margin squeeze i sig selv er nok til at udgøre en adfærd i strid med Section 2[65].

Disse diskussioner, der har været i forbindelse med udviklingen af margin squeeze begrebet, vidner om, at man i den amerikanske udvikling af begrebet har haft de samme overvejelser, som man har haft i Europa. Diskussionen om, hvorvidt det er den vertikalt integrerede virksomheds forarbejdningsomkostninger eller konkurrenternes forarbejdningsomkostninger, der skal danne grundlag for, om der foreligger margin squeeze i et bestemt forhold, har man også haft i EU retten. Tele-meddelelsen opstiller begge scenarier, og der foreligger ikke nogen endelig afklaring af problemet.

At margin squeeze kun ville være i strid med art. 82, hvis den udgjorde en del af et katalog af andre misbrug, blev netop diskuteret i sagen NB/BS, men er senere blevet afvist af Kommissionen. Der er således noget, der tyder på, at man fra EU's side har været influeret af de diskussioner, der har været i amerikansk ret vedrørende afgrænsning af begrebet.

7.4.5 Sager og tendenser vedrørende margin squeeze i amerikansk ret

Der har aldrig været særlig mange margin squeeze sager i USA, og grunden til dette er ikke evident. Professor Joskow[66] har udtrykt, at dette skyldes, at man skal bevise, at den dominerende virksomhed har haft hensigt, hvilket kan være svært, idet store virksomheder ofte har brugt den naturlige udvikling af ledende virksomheder, til at afvise, at de har haft forsæt til at drive de mindre virksomheder ud af markedet[67]. Han underbygger sin tese med en række domme, hvor virksomheder med succes har anvendt denne argumentation. Det kan dog undre, at han kommer til denne konklusion, idet man i ALCOA og i litteraturen generelt[68] ikke opstiller særlige store krav for at tillægge en virksomhed hensigt.

64 *Joskow: Mixing Regalatory and Antitrus Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and the Retail Competition, p. 199*
65 *US v. Sprint and Joint Venture Co.*
66 *Poul Joskow, Professor, Department of Economics, Massachusetts Institute of Technology*
67 *Joskow: Mixing Regalatory and Antitrus Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and the Retail Competition, p. 202*
68 *Lopatka & Godek: Another Look at Alcoa: Raising Rivals' Costs Does Not Improve the View, p. 313*

De sager, der har været, har primært vedrørt elektricitetssektoren og telekommunikations-sektoren[69]. Lovgiver valgte dog alligevel ikke at nævne margin squeeze i "The Telecommunications Act of 1996", hvilket var overraskende, da telesektoren var et område, der typisk indeholdt omstændigheder, der var befordrende for denne form for misbrug. The Federal Communications Commission (herefter FCC) fik ændret på dette i deres implementerings rapport[70], under diskussionen om man skulle indfører en såkaldt "imputation rule", det vil sige en sektorspecifik regel, der rettes mod et specifikt problem såsom margin squeeze, hvor bevisbyrden vendes hvis betingelserne i reglen er opfyldt, således det er den dominerende virksomhed, der skal bevise, at den ikke har udøvet margin squeeze. I denne diskussion gennemgik FCC, om man burde indføre en imputation rule i telekommunikationssektoren, således at summen af de priser, som teleselskaberne tog for adgang til en række ydelser på deres telefonnet i engrosleddet, ikke måtte overskride de priser, de tog for samme ydelser i detailleddet. Dette afviste FCC med følgende kommentarer:

> *"848. Although we recognize, as several commenters observe, that an imputation rule could help to detect and prevent price squeezes, we decline to impose an imputation requirement. Adoption of an imputation rule could force states to engage in major rate rebalancing effort at this time, because it would impose substantial additional burdens on states at a time when they will need to devote significant resources to implementing the 1996 Act. I*
>
> *849. In addition to our practical concerns regarding implementation regarding implementation of an imputation rule, we find that an imputation rule may not be necessary to achieve the pro-competitive goals of the 1996 Act."*

I dette dokument anerkender FCC margin squeeze som et konkurrencebegrænsende problem, som især gør sig gældende inden for telesektoren. Man har afvist at indføre regulering af en virksomheds priser med det mål, at det skulle være sværere at kunne udøve margin squeeze og lettere at identificere, hvornår det forekommer, men man har ikke desto mindre anerkendt margin squeeze som et væsentligt element i konkurrencen.

Dette mønster minder lidt om det, vi har set i EU konkurrenceretten, idet man med udstedelsen af tele-meddelelsen i 1997 også nævnte margin squeeze som et konkurrencebegrænsende element inden for telekommunikationssektoren.

---

69 *Grout: Resent Development in the Definition of Abusive Pricing in European Competition Policy, p. 28*

70 *First Report and Order on the Matter of Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunications Art (FCC 96-325)*

Diskussionen, om vi skulle indfører en "imputation rule", har dog ikke fundet sted på formelt plan, men Kommissionen har til gengæld udstedt retningslinjer om opsplitning af regnskaber for vertikalt integrerede virksomheder, hvilke har nogenlunde samme effekt som den imputation rule, som FCC diskuterede, om man skulle indføre i amerikansk ret.

FCC har efterfølgende i sager behandlet margin squeeze, til trods for, at de ikke ønskede at indføre en imputation rule. Dette skete f.eks. i sagen US v. Sprint and Joint Venture Co. Denne sag omhandlede Deutsche Telekoms og France Telecoms opkøb af aktier i Sprint Corporation og udformningen af et Joint Venture mellem disse firmaer. I denne sag udtalte retten om margin squeeze:

> *"…DT and FT will have an increased incentive and ability to cross-subsidize Joint Venture Co. and Sprint to the monopoly services or by shifting costs of Joint Venture Co. and Sprint to the monopoly services. In both France and Germany, over three quarters of the revenues of FT and DT are derived from services that are legally protected against competition. These monopoly activities can be used to cross-subsidize competition services. Such cross-subsidization would facilitate a strategy of placing competitors of Joint Venture Co. and Sprint in a "price squeeze" by keeping prices for the monopoly inputs they need well above true economic costs, while simultaneously undercutting them on price in the competitive markets through Joint Venture Co. and Sprint, whose costs will have been artificially reduced. The result could be a substantial lessening of competition in both international telecommunications and seamless international telecommunications services in the U.S."*

I denne dom udtaler retten, at det faktum, at France Telecom og Deutsche Telekom havde monopol på store dele af deres hjemmemarkeder, ville kunne udnyttes af det aftalte joint venture ved at udøve margin squeeze på internationale samtalepriser. Joint venturet ville nemlig være i en vertikalt integreret position, idet det ville skulle sælge adgang til telefonnettene i Frankrig og Tyskland for ethvert andet amerikansk teleselskab, der ville anvende disse telenet. Dette kunne medføre, at Sprint kunne udøve margin squeeze ved at tage høje priser for adgangen til telenettet i Frankrig og Tyskland i engrosleddet og lave priser i detailleddet, og margenen, der ville opstå mellem disse priser, ville dermed ikke være tilstrækkelig til, at downstream konkurrenterne ville kunne konkurrere med de priser, som Sprint kunne tilbyde i detailmarkedet. Misbrug ville oven i købet være meget svært at opdage på grund af de tre selskabers muligheder for at krydssubsidiere omkostningerne i forbindelse med deres joint venture.

Sagen minder om sagen i DT, hvor man udtrykte bekymring over den måde, som DT krydssubsidierede deres priser for adgang til telenettet og brugen af telenettet. Kommissionen mente, at dette var en uhensigtsmæssig måde at fordele omkostningerne på, og det medførte en risiko for margin squeeze. Kommissionen opfordrede i denne forbindelse til, at virksomheder i dominerende stillinger skulle anvende princippet om omkostningsægthed for at øge gennemsigtigheden og dermed mindske risikoen for, at margin squeeze blev praktiseret. I denne forbindelse skal det nævnes, at det var et af FCC's argumenter for ikke at indføre en imputation test, at det ville medføre, at mange virksomheder skulle rebalancere deres priser (og dermed opfylde princippet om omkostningsægthed), og det ville være uproportionelt i forhold til målet. FCC mente, at virksomhederne i stedet skulle koncentrere sig om at få The 1996 Telecommunications Act implementeret.

Dette er igen et vidnesbyrd om, at man i EU og Amerika koncentrerer sig om de samme problemstillinger vedrørende margin squeeze. Selv om man i dette tilfælde kom frem til to forskellige fremgangsmåder, er det stadig de samme afvejninger, man laver på tværs af Atlanten.

7.4.6 Opsummering

Skal man sammenfatte situationen i amerikansk ret vedrørende margin squeeze, kan der ikke siges at være helt klarhed over, hvad der præcis udgør margin squeeze. De kriterier, der er diskuteret ovenfor, kan opdeles i to kategorier: De krav som der fordres i henhold til Section 2, og de krav, der er udviklet specielt med henblik på margin squeeze.

Kravene, der opstilles i den første kategori, er, at virksomheden i upstream markedet skal være dominerende, og virksomheden skal have til hensigt at trænge den/de pågældende konkurrenter ud af markedet.

I den anden kategori gælder de af retspraksis udviklede krav. Det man i den amerikanske litteratur kalder "The Transfer Price test", som er selve misbrugsbegrebet. I henhold til denne gælder, at hvis virksomheden i upstream markedet ikke kunne operere med profit i detailleddet, hvis den skulle betale den pris, som den tager i engrosleddet af sine konkurrenter, forligger der et misbrug. Om det kun er i tilfælde af, at denne test er opfyldt, at man kan dømme en virksomhed for margin squeeze i amerikansk ret, er ikke afklaret, men testen har været hyppigt anvendt og er anerkendt i den amerikanske teori som den metode, man bruger til at afklare, om der foreligger margin squeeze i et bestemt forhold. At andet krav er, at virksomheden i upstream markedet skal

være den eneste mulige leverandør af de pågældende ydelser/produkter i downstream markedet.

I telesektoren har man i amerikansk ret været meget opmærksom på, at margin squeeze kan forekomme, men man har ikke skønnet, at det var nødvendigt at tage særlige metoder i brug specifikt for denne sektor for at komme denne form for misbrug til livs.

7.5 ANALYSE

Margin squeeze er, med den beskedne retspraksis og teori der er på området, en gådefuld misbrugsform under art. 82, som det er svært at sige noget ubestridt om. Det bidrager ikke til gennemskueligheden af misbrugsformen, at der hverken i retspraksis eller i teorien er enighed om særlig mange af de forhold, der gør sig gældende inden for området. I det følgende skal det søges at konstruere en teori, der kan bruges til at identificere margin squeeze i et givent forhold. Dette bliver gjort ved indledningsvis at identificere misbrugsformen margin squeeze er bygget op over. Det er nødvendigt, idet de juridiske principper, der gælder i henhold til denne misbrugsform, vil være behjælpelige i fortolkningen af margin squeeze, og det vil ligeledes kunne bruges til at afgrænse margin squeeze's anvendelsesområde. Efterfølgende vil de kriterier, der i retspraksis og teorien er blevet brugt til at identificere margin squeeze, blive analyseret med henblik på at vurdere, hvilke kriterier der er relevante. Dette skulle udmunde i opstillingen af en test, der kan bruges til at demonstrere om margin squeeze foreligger i et givent forhold.

7.5.1 Misbrugsformen margin squeeze er udledt af

I de sager, der har været forelagt EU institutionerne, har der ikke været enighed om, hvilken misbrugsform margin squeeze er udledt af. I NC vurderede man, at margin squeeze var udledt af forbudet mod leveringsnægtelse. I NB/BS mente man, at margin squeeze ikke var udledt af nogen anden misbrugsform, og derfor ikke kunne kategoriseres i sammenhæng med nogen anden misbrugsform, men til gengæld kunne det kun forekomme i forbindelse med andre misbrugsformer. I IPS anså man margin squeeze som et bevis for, at enten urimeligt høje priser eller underbudspriser havde en negativ effekt på konkurrencen, og margin squeeze havde derfor ikke nogen selvstændig berettigelse. Sidst men ikke mindst skønnede man i DT, at margin squeeze hørte under urimeligt høje priser (art. 82, litra a), idet man statuerede, at margin squeeze kun forekom, når der forelå urimelige høje priser upstream eller urimeligt lave priser downstream. Retspraksis har således opstillet fire muligheder for, hvilken misbrugsform margin squeeze er udledt af. 1) Margin squeeze er ikke udledt af nogen anden misbrugsform (IPS og NB/BS). 2) Margin sque-

eze er udledt af forbudet mod urimelig høje priser (DT). 3) Margin squeeze er udledt af forbudet mod underbudspriser (IPS). 4) Margin squeeze er udledt af forbudet mod leveringsnægtelser (NC).
Af IPS kan det udledes, at margin squeeze kun forekommer som udtryk for en konkurrencebegrænsende aktivitet i forbindelse med sager vedrørende underbudspriser eller urimeligt høje priser. I alle sagernes gennemgang af kravene til margin squeeze har man specifikt stillet krav om, at der forelå en konkurrencebegrænsning. Hvis margin squeeze kun skulle være et udtryk for, at underbudspriser eller urimeligt høje priser udgjorde en konkurrencebegrænsning, ville man ikke i beslutningerne/dommen nævne konkurrencebegrænsningen som et krav blandt flere. Af denne grund, samt at der af den resterende retspraksis ikke er støtte for dette postulat, må det afvises, at margin squeeze kun er udtryk for, at urimeligt høje priser eller underbudspriser har konkurrencebegrænsende virkninger.

Spørgsmålet om, hvorvidt margin squeeze ikke er udledt af nogen anden misbrugsform, vil blive afgjort ved en negativ afgrænsning, således at hvis det ikke kan bevises at margin squeeze er udledt af enten urimeligt høje priser, underbudspriser eller leveringsnægtelser, så må det antages at margin squeeze ikke er udledt af nogen misbrugsform.

Som det fremgår ovenfor, henviste Kommissionen til art. 82, litra a (urimeligt høje priser) i deres beslutning i DT som hjemmel for at vurdere, at margin squeeze var et misbrug[71]. I IPS blev det statueret, at margin squeeze kun kunne forekomme i forbindelse med urimelige priser (eller underbudspriser). Som det tidligere er nævnt, er misbrug i form af urimelige priser en misbrugsform, der er sjældent forekommende. Dette skyldes, at EU institutionerne har været tilbageholdende med at anvende denne direkte priskontrol[72]. Der er dog få sager, som statuerer misbrug i form af urimeligt høje priser, og disse sagers vurderingsgrundlag er oftest en sammenligning mellem produktionsprisen og salgsprisen, eller en sammenligning mellem salgsprisen og priserne for andre sammenlignelige produkter eller produktet i andre geografiske markeder. Det er altså prisen for det aktuelle produkt, der bliver vurderet om er urimelig, og ikke forholdet mellem to produkter, som er det relevante vurderingsgrundlag i vurderingen af et margin squeeze misbrug. I margin squeeze vurderingerne, som de er fremlagt i sagerne, er det aldrig spørgsmålet, om den pris, som den dominerende virksomhed tager for sit upstream produkt, er urimelig høj, der bliver behandlet. Man udregner aldrig produktionsprisen og sammenligner med prisen på andre geografiske markeder for at afgøre, om der foreligger margin squeeze. Man sammenligner med prisen for de afledte produkter i downstream markedet.

---

71 *Præmis 199*
72 *Konkurrenceretten i EU, p. 555*

Er den dominerede virksomheds priser i upstream markedet ikke urimeligt høje i forhold til produktionsomkostningerne eller prisen for samme ydelse i sammenlignelige markeder, ville man naturligt nok ikke kunne dømme for misbrug i form af urimelige priser. Det kunne dog snildt tænkes, at den dominerende virksomhed alligevel kunne holde en så lille margen mellem dens priser i up- og downstream markedet, at dette ville udelukke konkurrenterne i downstream markedet. Dette var for eksempel situationen i NB/BS, hvor man vurderede, at adfærden udgjorde margin squeeze, uden at der var tale om urimeligt høje priser. Det eneste punkt, hvor margin squeeze og urimeligt høje priser minder om hinanden, er det faktum, at en vertikalt integreret virksomhed, der tager urimeligt høje priser, ofte også vil udøve margin squeeze. Kommissionen nævner en række steder i DT[73], at der forekommer urimelige priser i form af prispres. Dette nævnes uanset de betingelser, der normalt gælder for misbrug ved urimelige priser (sammenligning med priserne på lignende geografiske og produktmarkeder), ikke på noget tidspunkt er nævnt. Man har derimod i præmis 179 sammenlignet de priser, som man tager i up- og downstream markedet og vurderet, at det udelukkende er disse priser, der skal vurderes i spørgsmålet, om hvorvidt margin squeeze finder sted.

På baggrund af, at selve misbrugsvurderingen i de to misbrugsformer fokuserer på forskellige forhold, og at margin squeeze sagtens kan være konkurrencebegrænsende, uden at der nødvendigvis foreligger urimeligt høje priser, antages det, at margin squeeze ikke kan udledes af forbudet mod urimeligt høje priser i art. 82, litra a.

Underbudspriser er både i teorien og praksis (IPS) blevet sammenkoblet med margin squeeze. Misbrugsbegrebet i underbudspriser dækker over de tilfælde, hvor en dominerende virksomhed sætter sine priser til et niveau, der enten ligger under virksomhedens gennemsnitlige variable omkostninger eller under virksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger. Er priserne under de gennemsnitlige samlede omkostninger og over de gennemsnitlige variable omkostninger, skal det bevises, at virksomheden har haft til hensigt at drive konkurrenterne ud af markedet, for at statuere misbrug[74]. Den test, der oftest er brugt til at identificere margin squeeze, hvor man skal vurdere, om den dominerende virksomhed ville kunne operere med profit i downstream markedet med de priser, som den tager for upstream produktet hos konkurrenterne, minder om den man udfører ved underbudspriser, da margin squeeze testen vurderer, om den integrerede virksomheds priser i detailleddet vil være under de gennemsnitlige samlede omkostninger. I NB/BS havde Kommissionen, ligesom man gør ved underbudspriser, stillet krav om, at virksomheden vidste eller burde vide, at dens handlinger ville medføre, at konkur-

73 *Præmis 1 og 163*
74 *C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen*

rencen blev drevet ud af markedet. Opstilles margin squeeze på denne måde, minder det meget om underbudspriser.

Der stilles hverken i tele-meddelelsen eller i DT krav om, at hensigt skal bevises. Underbudspriser er ligeledes noget en enkelt virksomhed kan udøve, og i vurderingen af, om et sådant misbrug foreligger, er det udelukkende den pågældende virksomheds handlinger i det aktuelle marked, der vurderes. Der sker således ikke nogen sammenligning mellem virksomhederne i upstream og downstream markedet, og underbudspriser kan kun ske, hvis den ovenfornævnte test er opfyldt. De to metoder til at afklare, om henholdsvis margin squeeze og underbudspriser gælder i et forhold, bærer således ikke præg af, at de udspringer af samme tænkemåde. I DT, hvor Kommissionen i præmis 105 udtaler, at det eneste, der skal vurderes ved afgørelsen af, om der foreligger margin squeeze, er om der er et misforhold mellem de to priskategorier, som fører til en konkurrencebegrænsning, lægger man heller ikke op til, at der skulle være nogen sammenhæng mellem underbudspriser. Denne formulering synes at gå ud over det tilfælde, hvor priserne er under de gennemsnitlige samlede omkostninger. I alle sagerne vedrørende margin squeeze har der i de præmisser, der beskriver margin squeeze, ikke været opstillet et krav om, at virksomheden skal have haft til hensigt at udelukke konkurrencen. Dette gælder selv NB/BS[75], hvor kravet om hensigt først bliver præsenteret i konklusionen[76]. På den anden side kan det siges, at den test, der er udviklet i teorien og retspraksis, hvor man skal vurdere den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostninger, svarer til, at man vurderer, om prisniveauet ligger under de gennemsnitlige samlede omkostninger.

Samlet set må det på baggrund af den retspraksis og teori fra Kommissionen, der er kommet efter IPS sagen, føre til, at flest argumenter taler imod, at margin squeeze er udledt af forbudet mod underbudspriser, og for den sags skyld, at margin squeeze blot er en afart af underbudspriser, der indeholder de samme betingelser.

I NC brugte Kommissionen i sin statuering af margin squeeze som en misbrugsform en formulering, der var identisk med den formulering, Domstolen havde anvendt i Commercial Solvents vedrørende statueringen af leveringsnægtelser som en misbrugsform. For at statuere et misbrug i form af en leveringsnægtelse skal følgende to krav, udover selve leveringsnægtelsen, være opfyldt: 1) Leveringsnægtelsen skal påvirke konkurrencestrukturen på markedet (den skal væsentligt reducere konkurrencen på markedet). 2) Upstream produktet skal være essentielt for konkurrenterne i downstream markedet. Derudover må det marked, hvor konkurrence-begrænsningen finder sted,

75 *Præmis 25*
76 *Præmis 66*

gerne være et beslægtet marked til det marked, hvor virksomheden er dominerende.

Ser man på det første krav i margin squeeze sammenhæng, har den påvirkning af konkurrencebegrænsning, margin squeeze sagerne har haft, været udelukkelse af konkurrenter i downstream markedet med den konsekvens, at den vertikalt integrerede virksomhed opnår eller bibeholder en dominerende stilling i downstream markedet. Denne form for aktioner vil på lang sigt betyde højere priser for forbrugeren, og den må derfor antages at opfylde det væsentlighedsbegreb, der gælder for leveringsnægtelser.

Ser man på det andet krav i margin squeeze sammenhæng, er det også et krav i margin squeeze sager, at det ikke skal være muligt at opnå leveringer fra andre end den dominerende virksomhed (til konkurrencedygtige priser), idet konkurrencen på markedet i givet fald ikke ville blive væsentligt forringet.

En sidste fællesnævner ved margin squeeze og leveringsnægtelser er, at det marked, hvor konkurrencebegrænsningen finder sted, typisk er downstream markedet, som er et beslægtet marked.

Det eneste punkt, hvor de to misbrugsformer afviger fra hinanden, er, at ved margin squeeze misbrug leverer man til en pris, der gør, at konkurrenterne ikke kan blive/forblive konkurrencedygtige, mens man ved leveringsnægtelser helt undlader at levere. Virkningen af de to misbrugsformer er imidlertid den samme - udelukkelsen af konkurrencen i downstream markedet - men den går bare langsommere i margin squeeze tilfældet.

Disse to misbrugsformer synes at udgøre de samme kriterier ud over selve misbruget og synes at have samme virkninger, og det er derfor mest nærliggende at anse margin squeeze som udledt af forbudet mod leveringsnægtelse.

7.5.2 Selvstændighed

Som det blev nævnt i forbindelse med gennemgangen af IPS og NB/BS, såede disse to afgørelser tvivl om, hvorvidt margin squeeze udgjorde et selvstændigt misbrug, eller om det kun ville udgøre et misbrug, hvis det forekom i forbindelse med en anden misbrugsform. Denne tvivl blev delvist manet til jorden i DT og tele-meddelelsen, idet Kommissionen i disse dokumenter klart gav udtryk for, at margin squeeze udgjorde en selvstændig misbrugsform. Den 16. juli 2003 kom Kommissionen med en beslutning i sagen Wanadoo Interactive[77]

77 *Kommissionens Beslutning af 16.07.2003, COMP/38.233 Wanadoo Interactive*

(herefter WI). Denne sag omhandlede France Telecom, der ejede telenetværket i Frankrig, og dets datterselskab Wanadoo, som udbød bredbånd internetadgang. Margenen mellem de priser, som France Telecom tog for engrosadgang, og Wanadoo tog i detailleddet, var så lille, at Kommissionen kunne have dømt virksomhederne for at have udøvet margin squeeze. Kommissionen undlod at omtale margin squeeze, skønt betingelserne herfor var til stede, og dømte i stedet virksomhederne for at have udøvet underbudspriser. Dette kunne tolkes som et udtryk for, at margin squeeze ikke har den berettigelse, som Kommissionen ellers udtrykte i tele-meddelelsen og i DT. WI blev afsagt to måneder efter beslutningen i DT blev afsagt. Det ville derfor være overraskende, hvis Kommissionen på de to måneder har ønsket at ændre margin squeeze anvendelsesområde. En forklaring på beslutningen i WI kan være, at France Telecom kun ejede cirka 70% af Wanadoo, og at der derfor ikke er tale om fuldstændig vertikal integration. Dette kan således have været grunden til, at Kommissionen i denne sag har valgt kun at behandle den som en sag om underbudspriser, som der i øvrigt ikke var tvivl om forelå.

Dette er den eneste plausible forklaring på, at Kommissionen fravalgte at behandle margin squeeze i WI, idet det ville virke absurd, hvis Kommissionen på to måneder havde ændret holdning til margin squeeze, som blev introduceret i EU konkurrenceretten i 1975. Margin squeeze må således på trods af WI stadig fortolkes som en selvstændig misbrugsform på baggrund af den nyere praksis og teori, der klart statuerer, at margin squeeze alene kan udgøre et misbrug af dominerende stilling.

7.5.3 Kriterierne

Kriterierne for, at margin squeeze finder anvendelse, har der ikke været fuldstændig enighed om i sagerne og teorien. De kriterier, der er aktuelle i forbindelse med at vurdere, om margin squeeze foreligger, er følgende: 1) Hvilke krav er der til vertikal integration. 2) I hvilke markeder skal virksomheden være dominerende. 3) hvad omfatter misbrugsbegrebet; hvor lang tid skal margin squeeze have stået på for at udgøre et misbrug. Disse kriterier vil i det efterfølgende blive gennemgået hver for sig.

7.5.3.1 Vertikal integration

For at en virksomhed skal kunne udøve margin squeeze, er det en betingelse, at den er vertikalt integreret. Hvis dette ikke er tilfældet, vil virksomheden ikke have nogen bevæggrunde til at fryse virksomheder i downstream markedet ud, idet downstream virksomhederne udgør virksomheden i upstream markedets indtægtsgrundlag. Kernen i margin squeeze er netop, at der er et misforhold mellem en virksomheds priser i up- og downstream markedet, og

vertikal integration er derfor et uundværligt element i statueringen af misbrug af dominerende stilling ved margin squeeze.

7.5.3.2 Dominerende stilling

I de sager, der har været for EU institutionerne, har der ikke være konsensus vedrørende spørgsmålet om, i hvilket led en virksomhed skulle være dominerende for at kunne udøve margin squeeze. Et fællestræk ved afgørelserne er, at man i dem alle har krævet, at virksomheden var dominerende i upstream markedet. I NB/BS og DT har man i gennemgangen af teorien krævet, at virksomheden også var dominerende downstream. De faktiske omstændigheder i sagerne var, at virksomhederne var dominerende både up- og downstream, med undtagelse af IPS, hvori det ikke fremgik, om virksomheden var dominerende downstream. I tele-meddelelsen fremgik det, at virksomheden enten kunne være dominerende upsteam *eller* downstream.

At virksomheden skal have en dominerende stilling er et krav, der opstilles i art. 82. For at margin squeeze kan forekomme, skal virksomheden have en dominerede stilling upstream, da konkurrenterne, hvis ikke dette var tilfældet, kunne aftage de relevante produkter hos andre leverandører. Dette krav er ligeledes støttet i samtlige afgørelser vedrørende margin squeeze.

Spørgsmålet er, om det er nødvendigt, for at margin squeeze kan forekomme, at virksomheden også har en dominerende stilling i downstream markedet. Som det fremgår under gennemgangen af leveringsnægtelser, kan en virksomhed godt være dominerende i et marked og misbruge den stilling i et beslægtet marked[78]. Virksomheden behøver således ikke være dominerende på downstream markedet for at kunne misbruge sin dominerende stilling på dette markedet. Margin squeeze er netop en strategi, en dominerende virksomhed kan bruge til at udbrede (eller fastholde) sin dominans, til også at gælde downstream markeder, og det ville derfor virke ulogisk, hvis man opstillede et krav om, at margin squeeze kun kunne forekomme, hvis virksomheden havde en dominerede stilling i både upstream og downstream markedet. Teorien er delt på dette punkt og i hovedreglen uunderbygget, så denne vil ikke blive taget i betragtning[79]. I de præmisser i DT[80] og NB/BS[81], hvor man kom frem til, at virksomheden skulle være dominerende i både upsteam og downstream markedet, anvender man samme formulering, og den efterlader ikke tvivl om,

78 *Konkurrenceretten i EU, p. 482*

79 *Bellamy & Child, Eurpean Community Law of Competition, 5. udg. P. 730. Faull & Nikpay: The EC Law of Competition, p. 174 – udtrykker at virksomheden både skal være dominerende up- og downstream. Which: Competition Law, 5. udg., p. 714. Konkurrenceretten i EU, p. 537 – udtrykker, at der kun kræves dominans upstream.*

80 *Præmis 179*

81 *Præmis 25*

at margin squeeze kun kan forekomme, hvis der foreligger dominerende stilling i både up- og downstream markedet. I IPS[82] og NC fremgår det utvetydigt, at der ikke kræves dominerende stilling i downstream markedet. Forskellen på de to postulater er, at man i IPS og NC kom frem til, at der ikke forelå misbrug i form af margin squeeze, og derfor udtalte sig mere generelt om begrebet. I DT og NB/BS kom man frem til, at der forelå misbrug i form af margin squeeze, og da man i henholdsvis præmis 179 og præmis 66 statuerede, at virksomheden skulle være dominerende i både up- og downstream markedet, var det ikke helt klart, om dette var et generelt krav eller en konstatering af, hvordan forholdene i de pågældende sager var. Kom man frem til, at virksomheden kun skulle være dominerende upstream, ville dette indsnævre anvendelsesområdet for margin squeeze. Man ville således først kunne ramme virksomheder, der udøvede margin squeeze i downstream markedet, når de havde udelukket konkurrencen i denne sektor og var blevet dominerende. Dette stemmer ikke overens med den målsætning, man har med konkurrencereglerne i EU, som blandt andet er kommet til udtryk i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger af 13. oktober 2000, hvori det fremgår, at konkurrencereglerne i EU's formål er at beskytte konkurrencen[83]. Hvis margin squeeze kun er i strid med art. 82, såfremt virksomheden er dominerende i downstream markedet, vil dette ikke beskytte konkurrencen, idet man vil tillade, at dominerende virksomheder udnytter deres dominerende stilling på et marked, til at udnytte konkurrencen på et andet marked, og først gribe ind, når konkurrencen er blevet væsentligt svækket.

Disse argumenter sammenholdt med at der ikke vedrørende leveringsnægtelser stilles noget krav om markedsandel i downstream markedet, må føre til den konklusion, at der ikke kræves dominerende stilling i downstream markedet, for at margin squeeze udgør et misbrug. Dette stemmer overens med den praksis, der er i amerikansk ret, hvor det ved introduktionen af margin squeeze stod klart, at der ikke var noget krav om dominerende stilling i downstream markedet.

Dominerende stilling i EU konkurrenceretten vil en virksomhed typisk opnå, når dens markedsandel når 40-50%, i nogen tilfælde kræves der endnu mindre. Der skal erhverves en sådan styrke på det relevante marked, at den dominerede virksomhed mærkbart kan øve indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrencen udvikler sig[84]. I de margin squeeze afgørelser, der har været for EU institutionerne, har de dominerende virksomheder altid haft en markedsandel, der var i nærheden af 100%, og det kan undre, hvorfor der ikke har været nogen margin squeeze afgørelser, hvor den dominerende virksomheds

82 *Præmis 178*
83 *2000/C 291/01 og Konkurrenceretten i EU, p. 7*
84 *27/76 United Brands mod Kommissionen, præmis 113*

markedsandel har været mindre. Der er forfattere, der påstår, at det almindelige krav om en dominerende stilling ikke er tilstrækkeligt til, at margin squeeze kan forekomme. Crocioni & Veljanovski[85] vurderer, at det ikke er nok, at virksomheden i upstream markedet er normalt dominerende, men at der kræves en markedsandel på 80% og opefter, for at der kan blive tale om misbrug i form af margin squeeze[86]. Nilausen[87] ser ikke dette argument som støttet i retspraksis men erkender, at kravet om super-dominans støttes af kravet om, at engrosproduktet skal være essentielt (kravet om at produktet skal være essentielt vil blive gennemgået nedenfor)[88]. Ser man på leveringsnægtelser, kan denne form for misbrug kun forekomme, hvis aftageren ikke kan få en tilsvarende leverance fra en anden kilde. Overfører man dette til margin squeeze, er der således ikke et direkte krav om super-dominans, men det vil i mange tilfælde være virksomheder med meget store markedsandele, der kan være medvirkende til, at der ikke kan opnås leverance fra alternative producenter. I United Brands[89], der blandt andet omhandlede United Brands leveringsnægtelse til en dansk forhandler af Chiquita bananer, havde United Brands en markedsandel på 40-45%. Dette var dog tilstrækkeligt til, at United Brands kunne misbruge deres dominerende stilling ved at nægte at levere. Domstolen statuerede, at Chiquita bananer var så værdsat og velkendt af forbrugerne, at det ikke ville være muligt for den danske forhandler at købe bananer fra anden side, uden at dette ville medføre store tab. Dette var altså tilstrækkeligt til, at Domstolen ikke anså leverancer fra anden side som en mulighed.

På baggrund af disse argumenter må det konkluderes, at der ikke stilles et krav om, at virksomheden er super-dominerende, men det skal ikke være muligt for virksomhederne i downstream markedet at opnå leverancer fra alternative kilder. Rent praktisk vil en virksomhed, der er den eneste mulige leverandør til en aftager, ofte være super-dominerende, men det er ikke nødvendigvis tilfældet som i for eksempel United Brands.

Som det kort er forklaret ovenfor, er det et krav til margin squeeze, at der ikke er alternative leveringsmuligheder. Dette krav kan opdeles i to forskellige kategorier: For det første må der ikke være andre produkter, der er substituerbare med det pågældende produkt. For det andet skal produktet være essentielt for produktionen i detailmarkedet[90]. Baggrunden for den første kategori er, at

85 *Dr.Centro Veljanovski er Snr. Economist, Managing Partner & Research Fellow, Institute of Advanced Legal Studies, Uniersity of London. Pietro Crocioni er Snr. Economist i firmaet CARE, London*

86 *Crocioni & Veljanovski: Price Squeeze, Foreclousure and Competition Law – Principles and Guidelines, p. 39*

87 *Lau Nilausen er fuldmægtig i Konkurrencestyrelsen og forfatter til artiklen Margin squeeze – Misbrug af dominerende stilling.*

88 *Økonomi & Politik, nr. 2, 77. årgang, juni 2004, p. 65*

89 *27/76, United Brands mod Kommissionen*

90 *Crocioni & Veljanovski: Price Squeeze, Foreclousure and Competition Law – Principles and Guidelines, p. 40*

konkurrenten på detailmarkedet skal være afhængig af det produkt, som den dominerende virksomhed sælger i engrosmarkedet. Baggrunden for den anden kategori er, at man kun kan statuere afhængighed, hvis produktet ikke udgør en ubetydelig del af omkostningerne i detailproduktet[91]. Dette skyldes, at den dominerende virksomhed i upstream markedet, der producerer en ubetydelig del til detailproduktet, ikke vil kunne påvirke margenen på produktet i downstream markedet betydeligt ved at tage en høj pris for sit produkt i upstream markedet, og virksomheden vil derved ikke kunne forvride konkurrencen på markedet. Begge krav fremgår af afgørelserne.

Der må derudover ikke være mulighed for uden større omkostninger at skifte produktionsmetode til en anden metode, der kan fremstille det samme slutprodukt men med andre komponenter, end det den vertikalt integrerede virksomhed producerer, da man i sådanne tilfælde vil vurdere, at afhængigheden ikke er tilstrækkelig til at udgøre margin squeeze[92].

I sammenhæng med dette krav er der teoretikere[93], der har opstillet et yderligere krav, der går ud på, at produktet, som den dominerende virksomhed producerer i upstream markedet, skal være nødvendigt for konkurrencen i downstream markedet, for at der kan blive tale om margin squeeze. Hvis der således forekommer andre virksomheder i downstream markedet, end den virksomhed, der bliver påvirket af margin squeeze'en, hvis produktion ikke afhænger af de produkter, som virksomheden i upstream markedet producerer, vil margin squeeze ikke kunne forekomme.

Det er indlysende, at hvis der er aktører på detailmarkedet, der ikke er afhængige af det produkt, som den dominerende virksomhed sælger i engrosmarkedet, vil den effekt, som en margin squeeze vil have for den dominerende virksomhed, ikke være ligeså konkurrencebegrænsende, som hvis alle aktører på detailmarkedet var afhængige af den dominerende virksomheds produkt, idet der stadig vil være konkurrencedygtige aktører på markedet. Der kan dog tænkes tilfælde, hvor den produktionskapacitet, som den alternative produktion repræsenterer, er indskrænket eller lignende, med det resultat, at den dominerende virksomheds udøvelse af margin squeeze alligevel vil havde væsentlig begrænsende effekt på konkurrencen, hvilket vil være tilstrækkeligt til, at misbrug i form af margin squeeze kan forekomme. Denne slutning er i overensstemmelse med, hvad Nilausen kommer frem til i sin behandling af emnet[94].

---

91 *ssts*
92 *ssts*
93 *Crocioni & Veljanovski: Price Squeeze, Foreclousure and Competition Law – Principles and Guidelines, p. 41*
94 *Økonomi & Politik, nr. 2, 77. årgang, juni 2004, p. 66*

Af disse grunde kan der ikke opstilles et krav om, at den dominerende virksomhed produkt i upstream markedet skal være nødvendigt for konkurrencen i downstream markedet.

I forbindelse med margin squeeze i telesektoren har det været diskuteret i teorien, om misbruget kun kan forekomme, hvis produktet (adgangen til telenettet) udgør en essential facility. Der stilles en række yderligere krav til, at en virksomhed kan få adgang til en essential facility, end blot at der ikke skal være alternative leveringsmuligheder. Geradin & O'Donoghue[95] argumenterer for, at margin squeeze ikke kun gælder i tilfælde af, at upstream produktet er en essential facility for downstream producenterne, men at der gælder en bredere fortolkning. Dette synes at have støtte i DT, hvori kravene til at afgøre, om der foreligger en essential facility, ikke bliver gennemgået. Der bliver desuden ikke nævnt noget om essential facility i tele-meddelelsen. Det må således udledes, at der ikke gælder særregler for telesektoren i forbindelse med kravet om, at der ikke må være alternative leveringsmuligheder for at statuere margin squeeze.

7.5.3.3 Misbrugsbegrebet

Ud fra de sager og de dokumenter, som EU institutionerne har udarbejdet, kan der ikke siges præcist, hvad misbrugsbegrebet dækker over. Der er uoverensstemmelse på en række punkter, og i det følgende vil der på baggrund af disse uoverensstemmelser blive defineret, hvilke krav misbrugsbegrebet indeholder. Selve margin squeeze begrebet har i sagerne været defineret ved to forskellige test, og det har derudover været diskuteret, om margin squeeze i sig selv var nok til at udgøre et misbrug, eller om man også krævede, at adfærden var konkurrencebegrænsende. De to tests, der er opstillet, er følgende:

Test A: Forskellen på den vertikalt integrerede virksomheds priser i engros- og detailmarkedet må ikke være mindre end den vertikalt integreret virksomheds forarbejdningsomkostninger samt en profitmargen.

Test B: Forskellen på den vertikalt integrerede virksomheds priser i engros- og detailmarkedet må ikke være mindre end en rimeligt effektiv virksomheds forarbejdningsomkostninger samt en profitmargen.

95 *Geradin og O'Donoghue: The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector. P. 42*

7.5.3.3.1 Ekskluderende misbrugsadfærd

Margin squeeze er en misbrugsform inden for kategorien "ekskluderende misbrugsadfærd", og misbrugsbegrebet i denne kategori skal opfylde følgende generelle kriterier, for at der foreligger et misbrug af dominerende stilling[96]:

- Adfærden skal adskille sig fra normal handelspraksis.
- Adfærden skal hindre opretholdelsen eller skærpelsen af konkurrencen på det pågældende marked.

Ad 1:
Spørgsmålet er, hvornår adfærden præcis adskiller sig fra normal handelspraksis i et margin squeeze tilfælde. Kallaugher[97] besvarede dette spørgsmål med, at den vertikalt integrerede virksomheds handlinger skal afvige fra, hvordan den ville have handlet, havde den ikke været integreret. Forestiller man sig, at virksomheden var dominerende i upstream markedet uden at være vertikalt integreret, ville virksomhedens rationelle handlemåde være at sælge sine produkter til alle de aftagere, der kunne betale prisen. Med andre ord ville den dominerende virksomhed i engrosmarkedet, sælge sine produkter til en pris, der ville give en effektiv aktør i detailmarkedet mulighed for at sælge med profit. I modsat fald ville den dominerende virksomhed miste kunden, og derved ikke maksimere sin afsætning.

Forestiller man sig, at en vertikalt integreret virksomhed kun var til stede i downstream markedet, ville den rationelle handlemåde for virksomheden være at sælge sine produkter til en pris der dækkede dens omkostninger og en profitmargen.

Kallaughers tese er herefter, at hvis virksomheden sætter en højere pris, end den ville sætte i upstream markedet, hvis den ikke var vertikalt integreret, eller hvis virksomheden sætter en lavere pris, end den ville tage i downstream markedet, hvis den ikke var vertikalt integreret, vil dette opfylde kravet til, at adfærden skal adskille sig fra normal handelspraksis.

Denne udlægning af kravet synes overbevisende. Det er nogenlunde den samme teori, der gør sig gældende ved vurderingen af, om en leveringsnægtelse er konkurrencebegrænsende[98].

Hvis man anvender Kallaughers tese på de sager, der har været vedrørende margin squeeze, bliver tesen, hvor man skal afgøre, om den dominerende

96 *Konkurrenceretten i EU, p. 476*
97 *Kallaugher, John: The "Margin Squeeze" under art. 82: Searching for Limiting Principles: p. 28*
98 *Konkurrenceretten i EU, p. 476*

virksomheds pris afviger fra den pris, virksomheden ville tage i detailmarkedet, hvis den ikke var vertikalt integreret, brugt i DT[99] og NB/BS[100].

Tesen, hvorefter man skulle vurdere, om den dominerende virksomheds pris svarede til den pris, som den dominerende virksomhed ville tage i engrosmarkedet, hvis den ikke var vertikalt integreret, bliver brugt i IPS[101] og i NC. Der er i afgørelserne lidt tvivl om, hvorvidt der skal medregnes en profitmargen, og i givet fald hvor stor denne skal være, men udover det passer alle dommene ind i Kallaughers opstilling af, hvad der udgør margin squeeze.

Tele-meddelelsen, som er behandlet ovenfor, fremstiller som bekendt to muligheder for hvordan, misbrugsbegrebet skal fortolkes vedrørende margin squeeze.
Den første mulighed meddelelsen opstiller er Test A (se ovenfor). Denne mulighed passer ind i den tese, som Kallaugher opstiller, hvorved prisen, som den dominerende virksomhed tager, ikke må overstige den pris, virksomheden ville tage i detailmarkedet, hvis den ikke var vertikalt integreret, hvilket svarer til engrosprisen, den dominerende virksomheds forarbejdningsomkost-ningerne og en profitmargen.
Den anden mulighed, som meddelelsen opstiller er Test B (se ovenfor). Denne mulighed passer ind i den tese, som Kallaugher opstiller, hvorved prisen ikke må overstige den pris, som den dominerende virksomhed ville tage for sit engrosprodukt, hvis den ikke var vertikalt integreret, som var en pris, der var tilstrækkelig til, at virksomhederne i downstream markedet ville kunne sælge produktet med profit.

Eftersom alle de sager der har været vedrørende margin squeeze, og de retningslinjer, som EU har udstedt samt at tesen passer sammen med den misbrugsform som margin squeeze er udledt af, må det konkluderes, at Kallaughers tese om hvordan man afgør, om en virksomhed har udøvet margin squeeze, virker plausibel.

Efter Kallaughers tese er det altså ikke et spørgsmål, om det er Test A eller Test B, der skal anvendes, men så skal begge disse test anvendes til at afgøre, om der foreligger margin squeeze.

For at afgøre om Test A foreligger, skal man altså vurdere, hvad den dominerende virksomheds rationelle handlemønster på detailmarkedet ville være, hvis den ikke var vertikalt integreret. Den ville sælge til en pris, der ville dække

99 *Præmis 107*
100 *Præmis 30 og 66*
101 *Præmis 178*

engrosprisen, forarbejdningsomkostningerne samt en profitmargen. Sælger den dominerende virksomhed til en lavere pris, foreligger der margin squeeze. Dette kan siges på en anden måde: Forskellen på den vertikalt integrerede virksomheds priser i engros- og detailmarkedet må ikke være mindre end den vertikalt integrerede virksomheds forarbejdningsomkostninger samt en profitmargen.

For at afgøre om Test B foreligger, skal man vurdere, hvad den dominerende virksomheds rationelle handlemønster på engrosmarkedet ville være, hvis den ikke var vertikalt integreret. Den pris en rationel virksomhed ville tage, ville være den pris, som en nogenlunde effektiv virksomhed i detailmarkedet kunne betale. Dette kan siges på en anden måde: Forskellen på den vertikalt integrerede virksomheds priser i engros- og detailmarkedet må ikke være mindre end en rimelig effektiv virksomheds forarbejdningsomkostninger samt en profitmargen.

Som det er diskuteret under kapitlet om margin squeeze i telekommunikationssektoren, er det i teorien blevet påstået, at Test A og Test B har samme indhold. Dette er begrundet med, at man bruger den dominerende virksomhed som standarden for, hvad der udgør en rimelig effektiv aktør på downstream markedet. Med dette udgangspunkt omfatter Test A og Test B, samme situationer.

Med den tese, som Kallaugher opstiller, rammer de to test ikke nødvendigvis hinandens anvendelsesområde. Dette kommer an på, hvor stor den integrerede virksomheds markedsandel er i downstream markedet. Antages det, at den integrerede virksomhed ikke har en særlig stor markedsandel downstream, vil man med Test B, hvor man skal se på, hvad den dominerende virksomhed ville sælge sine produkter til i engrosmarkedet, hvis den ikke var vertikalt integreret, ikke få det samme resultat, som hvis man anvendte Test A, hvor man skal se på, hvilken pris virksomheden ville få i downstream markedet, hvis den ikke var vertikalt integreret. Den pris, en rationel virksomhed ville sætte i engrosmarkedet, ville nemlig ikke kun være baseret på den integrerede virksomheden i downstream markedet, fordi den ikke har en særlig stor markedsandel. En rationel virksomhed ville tage den pris, den kunne få på markedet generelt. Den pris er ikke nødvendigvis den samme pris, som de forarbejdningsomkostninger den vertikalt integrerede virksomhed har, som er grundlaget for Test A. Af denne grund har de to test ikke altid samme indhold.

Opsummerende vil det altså sige, at er den vertikalt integrerede virksomhed dominerende downstream, så vil Test A og Test B have samme indhold. Har den integrerede virksomheden derimod ikke en stor markedsandel down-

stream, vil denne markedsandel ikke udgøre det grundlag, hvorpå man skal vurdere, hvad en rimeligt effektiv virksomhed vil betale for produktet, men det vil alle aktørerne på markedet.

Denne slutning falder i tråd med formuleringen i NC, hvori det blev udtrykt, at den dominerende virksomhed var forpligtet til at fastsætte sine priser, så en nogenlunde effektiv fabrikant i detailleddet havde en tilstrækkelig bred margen til at overleve.

Det stemmer ligeledes overens med, at Kommissionen kom frem til, at der var to forskellige muligheder for, hvornår margin squeeze forelå i tele-meddelelsen. Det fremgik af denne meddelelse, at margin squeeze under særlige omstændigheder kunne forekomme, hvor den pris, som den vertikalt integrerede virksomhed krævede på detailmarkedet, ikke var tilstrækkelig stor til at give en effektiv virksomhed i detailleddet en rimelig margen til at overleve. Disse særlige omstændigheder, der nævnes i meddelelsen, er således det tilfælde, hvor den vertikalt integrerede virksomhed ikke har en særlig stor markedsandel i detailmarkedet, men alligevel udøver margin squeeze.

Ad 2:
Dette krav kan kort beskrives, som at udelukkelse af konkurrenterne skal skyldes en adfærd, som ikke er resultatet af en bedre og mere effektiv produktion[102]. Dette vil være opfyldt, når margin squeeze hindrer eller begrænser konkurrencen, og det vil typisk i margin squeeze sager udmønte sig i, at virksomheder, der ellers er rimelig effektive, udelukkes fra markedet, og dette medfører, at forbrugeren i sidste ende skal betale mere for det aktuelle produkt.

Det skal dog indledningsvis vurderes, om der overhovedet er et krav om, at margin squeeze skal have en konkurrencebegrænsende effekt for at udgøre et misbrug, idet Kommissionen i DT indikerede, at det ikke var nødvendigt. Alle sagerne om margin squeeze har opstillet et krav om, at der skal foreligge bevis for en konkurrencebegrænsende virkning, dog undtaget DT, hvori det statueres i præmis 180, at den blotte tilstedeværelse af margin squeeze er tilstrækkeligt til at udgøre et misbrug. DT har således efterladt tvivl om, at bevis for konkurrencebegrænsning altid kræves.

Generelt i EU konkurrenceretten, skal et misbrug have en konkurrencebegrænsende effekt eller stor risiko for, at det får en konkurrencebegrænsende effekt. Har det ikke haft en konkurrencebegrænsende effekt, skal Kommissionen bevise, at der er en overhængende fare for, at konkurrencebegrænsningen vil

102 *Konkurrenceretten i EU, p. 477*

indtræde i den nære fremtid[103]. Dette bevis afviste Kommissionen at fører i DT, men den kom alligevel med beviser for, at der var sket en konkurrencebegrænsning. På baggrund af den diskussion, der findes under behandlingen af DT ovenfor, må det uden yderligere behandling fastslås, at margin squeeze kræver, at et konkurrencebegrænsende element er til stede for at udgøre et misbrug.

Spørgsmålet om kravet til konkurrencebegrænsningen er opfyldt, når margin squeeze kun udelukker eksisterende konkurrenter eller potentielle konkurrenter, er der tvivl om i teorien. Kallaugher konkluderer i sin tese, at fortolkningen af, hvornår margin squeeze udgør en adfærd, der ikke er normal handelspraksis, alene er fokuseret på udelukkelsen/svækkelsen af eksisterende konkurrenter i downstream markedet og ikke udelukkelse/svækkelsen af potentielle konkurrenter. Denne konklusion kan jeg ikke tilslutte mig, da det inden for leveringsnægtelser gælder, at konkurrencebegrænsningen finder sted, uanset om der er tale om udelukkelse af eksisterende eller potentielle konkurrenter[104]. Dette resultat er i overensstemmelse med praksis på margin squeeze området, idet afgørelserne; IPS, NB/BS og NC vurderer konkurrencebegrænsningen i forhold til eksisterende konkurrenter, og DT vurderer konkurrencebegrænsningen i forhold til potentielle konkurrenter. Retspraksis har således ikke udelukket, at der kan være tale om både udelukkelse af eksisterende og potentielle konkurrenter. Kravet til konkurrencebegrænsningen må således gælde, uanset om margin squeeze udelukker potentielle eller aktuelle konkurrenter.

Er der så stor konkurrence på downstream markedet, at den dominerende virksomhed bliver nødt til at sænke sine priser til et niveau, der gør, at virksomheden ikke kan operere med profit i downstream markedet, og dette ikke skyldes, at den dominerende virksomhed selv sætter priserne så lavt, men at konkurrencen er så hård i dette marked, at den bliver nødt til det for at overleve, kan dette ikke tænkes at udgøre margin squeeze. Dette skyldes, at det er et almindeligt princip i EU konkurrenceretten, at virksomheder altid må "meet the competition". Princippet blev fastslået i United Brands[105], hvorefter en virksomhed har ret til at beskytte deres handelsmæssige interesser, når disse bliver angrebet[106]. Dette er ligeledes i tråd med kravet om, at der skal foreligge en konkurrencebegrænsning, idet en sådan konkurrencebegrænsning ikke foreligger, hvis virksomhedens konkurrenter ikke bliver udelukket fra markedet. I dette scenario vil prissætning under normale omstændigheder udgøre margin squeeze i strid med art. 82, men da det ikke er med den dominerende

103 *Whish: Competition Law, 4. udg., p. 172*
104 *Whish: Competition Law, 4. udg., p. 614*
105 *27/76, United Brands mod Kommissionen, præmis 189*
106 *Konkurrenceretten i EU, p. 477*

virksomheds gode vilje, at prisen er så lav, men tværtimod skyldes væsentligt mere effektive aktører på markedet, må den vertikalt integrerede virksomhed gerne imødegå denne udefrakommende konkurrence.

7.5.3.3.2 Profitmargen

Det sidste uafklarede spørgsmål i forbindelse med den ovenfornævnte definition af misbrugsbegrebet er, om man skal medregne en profitmargen. Som det fremgik af tele-meddelelsen, skulle der medregnes en profitmargen ved udregningen af, om en virksomhed har udøvet margin squeeze, og dette stemmer ligeledes med Kallaughers tese. Der er dog ikke overensstemmelse omkring dette spørgsmål i retspraksis, idet Kommissionen i DT ikke har medregnet en profitmargen. I NB/BS udtrykker Kommissionen, at virksomhederne downstream ikke ville kunne overleve, selvom man ikke inkluderede en profitmargen. Dette må betyde, at virksomheden ikke kunne have udøvet margin squeeze, hvis forskellen mellem up- og downstream priserne svarede til eller var større end forarbejdningsomkostningerne.

Det kan undre, at man fra Kommissionens side i tele-meddelelsen har valgt at udtrykke, at der skulle være plads til en profitmargen, men alligevel i DT, der udkommer senere, vælger ikke at inkludere en sådan margen i definitionen af begrebet. Dette kan måske skyldes, at den dominerende virksomhed i DT havde en margen, der lå langt under hvad forarbejdningsomkostningerne beløb sig til, og at det derfor ikke var spørgsmålet om, hvorvidt der skulle medregnes en profitmargen eller ej, der gjorde udslaget i sagen. En anden fortolkning kunne være, at det er svært at fastlægge, hvor stor profitmargenen skal være, da dette begreb ikke er blevet defineret tidligere. For ikke at så tvivl om, at der i denne sag var tale om margin squeeze, valgte man måske ikke at omtale profitmargenen, idet en sådan diskussion ikke ville have nogen betydning for beslutningens konklusion.

Profitmargen er et svært begreb at definere, og det vil i alle tilfælde kræve en konkret vurdering. Da der ikke er tidligere retspraksis eller andre retningslinjer vedrørende profitmargener, er det nemmest for EU institutionerne at vurdere margin squeeze efter det nærmest definerbare pejlemærke, som er den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostninger. På denne måde signalerer man fra EU institutionernes side, at der uden tvivl er tale om margin squeeze. Det kunne tænkes, at margin squeeze ville kunne finde sted, hvor forskellen mellem up- og downstream prisen er højere end forarbejdningsomkostningerne men mindre end forarbejdningsomkostningerne og profitmargenen sammenlagt. Det er dog ikke noget, Kommissionen indtil videre har begivet sig ud i at definere. Grunden til, at man ikke nævner en profitmargen i definitionen af misbrugsbegrebet i DT, må således antages at være, at

Kommissionen ønskede at være på den sikre side i deres afgørelse og derfor statuerede, at margenerne var mindre end forarbejdningsomkostningerne.

7.5.3.3.3 Opsummering

Misbrugsbegrebet må således defineres på følgende måde:
Den dominerende virksomheds priser i engrosmarkedet må ikke være højere end, hvad den ville have taget, hvis den ikke havde været vertikalt integreret. Dette svarer til den pris, som aktørerne på downstream markedet vil betale, så de kan videresælge produktet med en profitmargen. Virksomhedens priser i detailmarkedet må ikke være lavere end, hvad virksomheden ville have taget for produktet, havde den kun været til stede på detailmarkedet. Dette skal svare til den pris, som virksomheden tager for engrosproduktet, forarbejdningsomkostningerne og en profitmargen.

Opfylder virksomhedens priser ikke dette, vil det udgøre margin squeeze (hvis vel at mærke de andre betingelser er opfyldt), hvis afvigelsen fra normal prisfastsættelse har den virkning, at den udelukker/svækker aktuelle eller potentielle konkurrenter i detailmarkedet.

7.5.3.3.4 Afgrænsning overfor underbudspriser

Dette misbrugsbegreb kan således afgrænses overfor underbudspriser, idet der ikke ved margin squeeze er noget krav om, at den dominerende virksomhed skal have haft til hensigt at ekskludere konkurrenter i downstream markedet. Der vil desuden i Test B være tilfælde, hvor der kan dømmes for margin squeeze, selvom den pris, den dominerende virksomhed tager i downstream markedet, ikke er under den dominerende virksomheds gennemsnitlige samlede omkostninger. Dette skyldes, at det under Test B ikke er den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostninger, der skal vurderes, men den gennemsnitlige downstream virksomheds forarbejdningsomkostninger. Det kan således endeligt fastslås, at margin squeeze's anvendelsesområde går ud over underbudsprisers anvendelsesområde.

7.5.3.4 Varighed

Som det gælder for de fleste misbrug under art. 82, er det et krav, at misbruget skal have stået på et vist tidsrum, for at det er i strid med art. 82. Margin squeeze skal have karakter af en mere permanent situation, og ikke blot en overgangsperiode. Dette skyldes, at kortere perioder med margin squeeze ikke har den ekskluderende effekt, som længerevarende opretholdelse af margin squeeze vil have. Det er som ovenfor nævnt ikke en betingelse, at selve misbruget har fundet sted – altså at margin squeeze faktisk har været udøvet i en periode

– men tilstrækkeligt, at der er en stor risiko for, at det finder sted. Med hensyn til margin squeeze gælder det således, at der skal være en risiko for, at margin squeeze finder sted i længere perioder end blot overgangsperioder, for at dette kan udgøre et misbrug. Dette resultat udtrykte Kommissionen i NB/BS, hvori de statuerede i præmis 66:

> "…Hvis BS på længere sigt fastholdt denne margen, ville NB…være nødt til at trække sig ud af det britiske marked for detailsukker."

En anden omstændighed, der kan gøre, at margin squeeze ikke får den ekskluderende virkning, der er nødvendig, for at udgøre et misbrug, er hvis markedet udvikler sig hurtigt. I sådanne tilfælde vil margin squeeze have svært ved at eksistere, idet forskellen mellem den pris, som den dominerende virksomhed tager for sine produkter i up- og downstream markederne, ikke i hurtigt udviklende markeder, hvor produktionsmetoder og vareudbud ændrer sig hele tiden, vil bibeholde den samme ekskluderende effekt. Markedet skal således have en vis stabilitet, for at margin squeeze kan forekomme.

Hvor lang tid margin squeeze skal have stået på, kan der således ikke siges noget generelt om, da det vil afhænge af, om man vurderer, at perioden er tilstrækkelig til, at det vil have en ekskluderende/begrænsende effekt.

7.6 KONKLUSION

Margin squeeze er udledt af forbudet mod leveringsnægtelse. I afgrænsningen af margin squeeze er det således relevant at inddrage de fortolkningsprincipper, der er udledt af praksis i forbindelse med misbrug i form af leveringsnægtelser.

Som retstilstanden er i skrivende stund, er margin squeeze en selvstændig form for misbrug, der, som enhver anden misbrugsform under art. 82, alene kan udgøre et misbrug af dominerende stilling. Det stilles ikke krav om, som det blev antydet i NB/BS, at den skal forekomme i kombination med andre misbrugsformer for at udgøre en adfærd i strid med art. 82.

Når følgende betingelser er opfyldt, foreligger der et misbrug af dominerende stilling i form af margin squeeze:

- Virksomheden skal være vertikalt integreret.
- Virksomheden skal være dominerende i upstream markedet.

- Produktet, som virksomheden sælger i engrosleddet, skal være essentielt. I dette begreb ligger der følgende to betingelser:
  a. Der må ikke være andre produkter, der er substituerbare, idet dette vil medfører, at konkurrencen ikke begrænses.
  b. Det pågældende produkt skal udgøre en ikke ubetydelig del af slutproduktet i downstream markedet.

- Der skal være et misforhold mellem den vertikalt integrerede virksomheds priser i up- og downstream markedet. Dette udmønter sig i, at virksomhedens handlinger ikke må afvige fra, hvordan den normalt ville have handlet, havde den ikke været vertikalt integreret. Nærmere specificerede betyder dette:
  a. At den dominerende virksomhed ikke må sælge til en lavere pris end den ville, hvis den kun var til stede på detailmarkedet. Den pris, en rationel virksomhed ville tage i detailmarkedet, ville være en pris, der dækkede engrosprisen, forarbejdnings-omkostningerne samt en profitmargen. Vender man denne test om, må margenen mellem den dominerende virksomheds priser upstream og downstream ikke være mindre end den dominerende virksomheds forarbejdningsomkostninger samt en profitmargen.
  b. At den dominerende virksomhed ikke må sælge til en lavere pris end den ville, hvis den kun var til stede på engrosmarkedet. Den pris, en rationel virksomhed ville tage i engrosmarkedet, ville være den pris, som en rimeligt effektiv virksomhed i detailleddet kunne betale. Vender man denne test om, må margenen mellem den dominerende virksomheds priser upstream og downstream ikke være mindre end en rimeligt effektiv virksomheds forarbejdningsomkostninger samt en profitmargen.
  Virksomheden må dog gerne sætte sine priser anderledes, hvis dette er nødvendigt for at forblive konkurrencedygtig (meeting the competition).

- Adfærden skal hindre opretholdelsen eller skærpelsen af konkurrencen på det relevante marked, ved at aktuelle konkurrenter bliver svækket eller frosset ude, og/eller potentielle konkurrenter ikke længere ønsker adgang til markedet.

- Adfærden skal havde forekommet eller der skal være risiko for at den forekommer i tilstrækkelig lang tid til, at den vil have en ekskluderende effekt.

Er disse betingelser opfyldt, vil margin squeeze udgøre et misbrug af dominerende stilling jf. art. 82. Dette er retsstillingen i dag. Den fremtidige retstilstand omkring margin squeeze er dog afhængig af, hvad Retten kommer frem til i DT, som i skrivende stund behandles.

LITTERATURLISTE

Bellamy, Christopher, Child, Graham: *European Community Law of Competition*, 5. udg. 2001.

Crocioni, Pietro, Veljanovski, Cento: Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law, *Journal of Network Industries,* Volume 4, 2003, p. 28-60.

Christensen, Andreas, Heide-Jørgensen, Caroline, Evers Hjelmborg, Simon, Langseth, Jan Magne, Poulsen, Sune T., Friis Bach Ryhl, Charlotte, Schovsbo, Jens: *Konkurrenceretten i EU*, 1. udg. 2003.

Koenig, Christian, Bartosh, Andreas, Braun, Jens-Daniel (red.): *EC Competition and Telecommuni-catioons Law*, 1. udg. 2002.

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali: *The EC Law of Competition*, 1. udg. 1999.

Garzaniti, Laurent: *Telecommunications, Broadcasting and the Internet*, 2. udg. 2003.

Gellhorn, Ernest, Kovacic, William E., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 4. udg. 1994.

Goyder, D. G.: *EC Competition Law*, 4. udg. 2003.

Grout, Paul A.: Defining a price squeeze in competition law, *The pros and cons of low prices,* 2003, p. 71-97.

Grout, Paul A.: Competition Law in Telecommunications and its Implications for Common Carrige of Water, *CMPO Working Paper, Series No. 02/056,* oktober 2001.

Grout, Paul A.: Recent Developments in the Definition of Abusive Pricing in European Competition Policy, *CMPO Working Paper*, Series No. 00/23, marts 2001.

Joskow, Poul L.: Mixing Regulatory and Antitrust Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and Retail Market Competition, *Antitrust and Regulation: Essays in Memory of John J. McGovan, p.* 179-239. 1985.

Kallaugher, John: The ”Margin Squeeze” under Article 82, Searching for Limiting Principles, *Conference organised by the Global Competition Law Centre (GCLC) in association with British Telecommunications plc,* 10.12.2004.

Lopatka, John E., Godek, Paul E.: Another Look at Aloca: Raising Rivals' Costs Does Not Improve the View, *The Journal of Law & Economics*, Volume 35 (2), oktober 1992, p. 311-331.

Lopatka, John E.: Raising Rivals' Costs and Alcoa, A Reply to Ware, *15 Canadian Competition Record*, p. 45-61, 1994.

Naftel, Mark, Spiwak, Lawrence J.: *The Telecoms Trade War*, 1. udg. 2000.

Neale, A. D., Goyder, D. G.: *Antitrust Laws of the United States of America*, 3. udg. 1980.

Nilausen, Lau: Margin squeeze – misbrug af dominerende stilling, *Økonomi og Politik*, nr. 2, juni 2004, 77. årgang, p. 60-71.

O'Donoghue, Robert, Geradine, Damien: The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case og Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, *Conference organised by the Global Competition Law Centre (GCLC) in association with British Telecommunications plc,* 10.12.2004.

Palmigiano, Paolo: Recent Problems with the Abuse of Margin Squeeze under Article 82 of the EC treaty, *Practical Law Company: www.practicallaw.com*, 2004.

Spiwak, Lawrence J.: Is the Price Squeeze Doctrine Still Viable in Fully-Regulated Energy Markets, *Federal Energy Law Journal,* 14 Energy L.J. 75 (1993).

Whish, Richard: *Competition Law*, 4 udg. 2001.

Whish, Richard: *Competition Law*, 5. udg. 2004.

8 ANDET BENYTTET MATERIALE

Domme afsagt af Domstolen

- Sag 6-7/73: Istituto Chemioterrapica Italiano S.p.A. og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber.
- Sag 27/76: United Brands Company og United Brands Continental B.V. mod Kommissionen for de De europæiske Fællesskaber.
- Sag 85/76: Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber.
- Sag C-62/86: AKZO Chemie BV. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber.

Domme afsagt af Retten

- Sag T-5/97: Industrie des poudres sphériques SA mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber.

Beslutninger afsagt af Kommissionen

- Beslutning af 16.07.2003 om procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/38.233 – Wanadoo Interactive).
- Beslutning af 21.05.2003 om procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37,579 – Deutsche Telekom AG) (2003/707/EF).
- Beslutning af 18.07.1988 om procedure I henhold til EØF-Traktatens artikel 86 (sag nr. IV/30178 Napier Brown British Sugar) (88/518/EØF).
- Beslutning af 29.10.1975 om vedtagelse af foreløbige sikringsmidler over for National Coal Board, National Smokeless Fuels Limited og National Carbonising Company Limited (76/185/EKSF) (OJ 1976 L 35/7).
- Beslutning af 19.12.1974, General Motors (sag nr. IV/27.095).

Amerikanske domme

- United States v. Sprint Corporation and Joint Venture Company, 61 Fed. Reg. 3970 (Antitrust Div. 1996).
- U.S. v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563 (1966).
- United States v. Aluminium co. of America, 148, Federal Reporters, 2nd Series, nr. 144. Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 12.03.1945.

Dokumenter fra Kommissionen

- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet) (02/L 108/07).
- IP/03/717: Commission fines Deutsche Telekom for charging anti-competitive tariffs for acces to its local networks. 21.03.2001.
- DG Information Society Working Document: Unbundled acces to the loocal loop. 09.02.2000.
- Kommissionens meddelelse om anvendelse af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren (98/C 265/02).
- Kommissionens henstilling af 8. april 1998 om samtrafik på et liberaliseret telemarked (98/L 141/6).
- Telecommunications: Open network provision (ONP) for leased lines (94/C 214/04).

Dokumenter fra FCC

- First Report and Order on the Matter of Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunications Art (FCC 96-325).

Diverse

- Børsen 06.04.2005: Lup på TDC efter stort prisfald på bredbånd, Gert Buchhave, p. 18.
- OPTA's response to the Working Document of DG Information Society on Unbundled access to the local loop, *The Commissione of the Netherlands Independent Post and Telecommunications Authority (OPTA)*.

Samtaler med aktører på det relevante område

- Telefonsamtale med Lau Nilausen, fuldmægtig i konkurrencestyrelsen.
- Telefonsamtale med Christian Bergqvist, Ph.D. studerende, Københavns Universitet.

Sølvvinder i jura – Konkurrenceretlig analyse af begrebet predatory pricing på baggrund af dansk og EU praksis

af Casper Gammelgaard Andersen, juridisk institut, Århus Universitet

8.1 INDLEDNING

Priskonkurrence mellem virksomheder er fra en konkurrenceretlig synsvinkel som udgangspunkt et positivt fænomen. Det erklærede mål med den danske konkurrencelov er en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence, og et væsentligt middel til opnåelsen af en sådan situation er effektiv priskonkurrence. Prissætningen skal ske på baggrund af markedskræfternes frie udfoldelse, hvorigennem en dynamisk tilpasning af priserne sikres.

Lave priser betragtes umiddelbart fra konkurrencemyndighedernes side som en positiv konsekvens af ovenstående. Paradokset er imidlertid, at disse kan blive så lave, at de må betragtes som udslag af den dominerende virksomheds ønske om at eliminere konkurrenterne. Det, der umiddelbart på kort sigt af den enkelte forbruger blev opfattet som noget positivt, kan på længere sigt udvikle sig til noget negativt, da den dominerende virksomhed efter eliminationen af konkurrenterne kan anvende monopolistiske priser. En sådan anvendelse af underbudspriser eller på engelsk predatory pricing, konstituerer en overtrædelse af såvel dansk som EU konkurrencelovgivning.

Predatory pricing rangerer højt på listen over de oftest diskuterede problemstillinger i konkurrenceretten. Gennem årene har emnet tiltrukket sig betydelig international opmærksomhed, og de seneste år har de danske konkurrencemyndigheder i stigende grad beskæftiget sig med denne form for misbrug. Blandt andet har liberaliseringen af de tidligere statsmonopoler ført til problemstillinger, hvor predatory pricing har indgået med betydelig vægt.

På trods af denne opmærksomhed er der stadig relativt store spørgsmålstegn forbundet med forbudets begrundelse og afgrænsning. Praksis på området synes også under stadig udvikling. Det kan være endog meget vanskeligt at afgøre, hvorvidt der er tale om misbrug i strid med lovgivningen eller blot hård konkurrence til gavn for samfundet og den enkelte forbruger.

8.1.1 Problemformulering

Afhandlingen tager sigte på at analysere det konkurrenceretlige begreb predatory pricing og er primært funderet på en gennemgang af relevant EU og national praksis. En praksis der efterhånden er blevet forholdsvis omfattende, og specielt den danske er de seneste år blevet udbygget betragteligt.

På baggrund af en kort indledende gennemgang af EF-traktatens artikel 82 samt konkurrencelovens § 11 og bestemmelsernes forudsætninger, vil afhandlingen i afsnit 4 illustrere de forskellige tilgangsvinkler, teoretikere igennem tidens løb har haft til problemstillingen. Herunder, hvorvidt adfærden kan/skal sanktioneres via retlig regulering og i givet fald efter hvilke kriterier.

Afhandlingen vil herefter analyse såvel EU som dansk praksis og på baggrund heraf fastslå den præcise udstrækning af forbudet, hvis noget sådant er muligt. Fokus vil særligt være på, hvilken test konkurrencemyndighederne og domstolene anvender i vurderingen af predatory pricing.

Et centralt punkt i afhandlingen vil være hvorvidt og i hvilken grad, der må antages at eksistere undtagelser til forbudet mod predatory pricing. Den såkaldte meeting competition-doktrinen analyseres på baggrund af praksis, og de kritiske røster, der har været rejst mod doktrinen, vil også blive kommenteret. Herudover undersøges det tillige, om der anerkendes, eller om der bør anerkendes, andre objektive begrundelser for en tabsgivende prissætning uden at forbudet mod predatory pricing overtrædes.

I visse af de tests, der anvendes til at vurdere, hvorvidt en given adfærd konstituerer en overtrædelse af forbudet mod predatory pricing, indgår et subjektivt element. Hensigtsmæssigheden af dette vil blive analyseret og kommenteret i afsnit 8.

Den dominerende virksomheds anvendelse af tabsgivende prissætning på kort sigt har til formål at bane vejen for anvendelsen af højere priser på lang sigt for herigennem at genindvinde tabene. Det undersøges, hvorvidt der på baggrund af praksis kræves at bevis for at denne mulighed foreligger og i benægtende fald, hvorvidt dette burde være tilfældet.

8.1.2. Emneafgrænsning

For at en virksomheds adfærd kan konstituere en overtrædelse af forbudet mod predatory pricing, skal visse forudsætninger være opfyldt. Disse vil kort blive præsenteret i afsnit 2, men vil ikke blive analyseret dybdegående, da fokus forsøges fastholdt på begrebet predatory pricing og ikke på EF-traktatens artikel 82/konkurrencelovens § 11 generelle anvendelsesområde.

Den akademiske debat, problemstillingen gennem tiderne har affødt, vil blive søgt illustreret i afsnit 4, hvor også mere økonomiske begreber vil blive inkluderet. Gennemgangen prætenderer dog ikke at være en erhvervs-økonomisk analyse, men begreberne synes dog nødvendige at inddrage for fuldt ud at kunne forstå de enkelte tests' bagvedliggende præmisser.

Afhandlingen er primært baseret på EU samt dansk praksis. Sagernes faktiske omstændigheder vil dog kun medtages i meget begrænset omfang, hvor det skønnes nødvendigt for en fuld forståelse af præmisserne.

Endvidere vil afhandlingen ikke indeholde en gennemgang af andre retssystemers behandling af problematikken. Visse steder vil amerikansk ret og litteratur dog inddrages, da disse til tider har haft en kraftig indflydelse på udviklingen i EU. Afhandlingen vil dog ikke særskilt analysere retsstillingen i amerikansk ret.

Spørgsmålet om subsidiering af tabene på det relevante marked med midler fra et andet marked er ikke behandlet i afhandlingen. Krydssubsidiering kan i relation til fastlæggelsen af begrebet predatory pricing blot betragtes som en finansieringskilde, hvorfor emnet er udeladt. Endvidere vil selektive prisnedsættelser ikke blive behandlet separat, men inddrages, såfremt nedsættelsen medfører, at omkostningerne ikke dækkes, og adfærden dermed kan have karakter af predatory pricing.

Da fokus er på den materielle behandling af predatory pricing, er håndhævelses- og sanktionsmuligheder ikke inddraget.

8.2 EF-TRAKTATENS ARTIKEL 82

EF-traktatens artikel 82 forbyder virksomheders misbrug af en dominerende stilling på markedet. Bestemmelsen udtrykker det almindelige mål for Fællesskabets virksomhed fastlagt i artikel 3, litra g, hvorefter formålet er, at opretholde en effektiv, ufordrejet konkurrence på det indre marked.[1]

1 *Christensen m.fl., p. 483*

Artikel 82 bestemmer således at:

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

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

Det afgørende kriterium er *misbruget*. Artikel 82 er en forbudsbestemmelse og gør misbrug af dominerende stilling ulovlig, uden der hertil kræves nogen forudgående konstatering fra myndighedernes side. Der er ikke, som det er tilfældet med artikel 81, indsat en undtagelsesbestemmelse, og misbruget kan heller ikke omfattes af en gruppefritagelsesforordning. Dette skyldes, at misbrug af en dominerende stilling under ingen omstændigheder kan tillades.[2]

For at artikel 82 kan komme i anvendelse forudsættes det, at følgende grundlæggende forudsætninger er opfyldt:

- at virksomheden indtager en dominerende stilling på et nærmere afgrænset marked
- at dette marked skal udgøre en del af fællesmarkedet
- at den dominerende stilling skal være misbrugt
- at samhandlen herved kan være påvirket

I de følgende afsnit gennemgås kort de problemstillinger, de enkelte forudsætninger giver anledning til.

2 *Fejø, p. 111*

8.2.1 Markedsafgrænsning – Det relevante marked

Definitionen af det relevante marked tjener generelt to formål i forhold til konkurrencelovgivningens forbud mod predatory pricing. For det første er det nødvendigt at definere markedet for derigennem at beregne virksomhedens markedsandele, hvilket er en særdeles vigtigt parameter for, om den pågældende virksomhed indtager en dominerende stilling på markedet. For det andet er det med afsæt i det relevante marked, at virksomhedens konkrete adfærd skal bedømmes.

Afgrænsningen af det relevante marked sker via en analyse af *det relevante produktmarked* samt *det relevante geografiske marked*. I 1997 udsendte EU-Kommissionen[3] en Meddelelse om afgræsningen af det relevante marked, hvoraf det fremgår, at formålet med afgræsningen er at fastlægge virksomhedernes adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres.[4] På linie hermed udtalte EF-domstolen[5] i Hoffmann-La Roche-sagen[6], i vendinger som genfindes i et stort antal af Domstolens senere domme, at:

"Begrebet dominerende stilling skal forstås som en virksomheds økonomiske 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 betydeligt omgang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne."

Af Kommissionens Meddelelse fra 1997 fremgår det, at det relevante produktmarked skal forstås som markedet for alle de produkter/tjenesteydelser forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare.[7] I fastlæggelsen indgår de 3 væsentlige kriterier: efterspørgselssubstitution, udbudssubstitution samt den potentielle konkurrrence.

Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de deltagende virksomheder er involveret, og hvor forholdene er tilstrækkeligt ens, til at produkterne/tjenesteydelserne optræder som reelt substituerbare for forbrugerne, samtidig med at området kan afgrænses udadtil.[8] Med andre ord er krydspriselasticiteten en afgørende faktor.

---

3 *Herefter kaldet Kommissionen*
4 *Meddelelsen, C-372/03*
5 *Herefter kaldet Domstolen*
6 *Hoffmann-La Roche-sagen 85/76, præmis 39*
7 *Meddelelsen, C-372/03, præmis 9*
8 *Madsen, p. 58*

8.2.2 Dominerende stilling på fællesmarkedet

Hvorvidt virksomheden indtager en dominerende stilling på markedet, fastlægges efter en meget konkret helhedsbedømmelse. I Continental Can-sagen[9] udtaler Kommissionen, at dominans generelt foreligger, hvis virksomhederne "*… har mulighed for en uafhængig adfærd, der sætter dem i stand til at handle uden større hensyntagen til konkurrenter, aftagere og leverandører.*" Denne fortolkning er endvidere gentaget i Hoffmann-La Roche og United Brands[10]-sagerne.

Markedsandelen er en vigtig del af vurderingen af, om der foreligger en dominerende stilling. Som udgangspunkt vil markedsandel på under 25 % ikke være tilstrækkeligt til at opnå en uafhængighed af en sådan styrke, at virksomheden kan karakteriseres som dominerende. En markedsandel over 25 %, men under 40 % vil ikke isoleret set opfylde betingelserne, men konkrete markedsforhold kan ændre på dette. Såfremt markedsandelen overstiger 50 %, foreligger der formodningsvist markedsdominans.[11]

Der kan dog foreligge usædvanlige omstændigheder, der kan medføre, at virksomheder med selv meget store markedsandele ikke kan siges at være i stand til at dominere et givent marked. Det omvendte kan ligeledes være tilfældet.

Den dominerende stilling skal ligeledes være til stede enten på fællesmarkedet eller på en væsentlig del heraf. Herudover skal misbruget aktuelt eller potentielt kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne. Såfremt dette ikke er tilfældet, vil adfærden være omfattet af de enkelte medlemsstaters jurisdiktion.

8.2.3 Misbrugsbegrebet

En yderligere forudsætning for, at en adfærd kan konstituere en overtrædelse af artikel 82 er, at adfærden skal kunne bedømmes som *misbrug*. Opregningen i artiklen er ikke udtømmende og andre former for misbrug end de eksemplificerede kan forekomme. Misbrug kan forekomme i 3 varianter. *Udnyttende, ekskluderende* samt *strukturel* misbrugsadfærd. Predatory pricing karakteriseres som *ekskluderende* adfærd. Misbrugsbegrebet er behandlet nedenfor i afsnit 5.1.1. specifikt i relation til predatory pricing, hvorfor der henvises til dette afsnit.

9 *Continental Can-sagen, 6/72*
10 *United Brands-sagen, 27/76*
11 *Christensen m.fl., p. 495-498*

8.3. KONKURRENCELOVENS § 11

I 1997 vedtoges et forslag til en ny dansk konkurrencelov, der medførte, at lovgiver vendte sig bort fra det tidligere kontrolprincip og i stedet baserede reglerne på et forbudsprincip. Med et sådant principskifte havde dansk konkurrencelovgivning nu samme udgangspunkt som de EU-retlige konkurrenceregler.[12] Med fri og effektiv konkurrence for øje skulle reglerne udformes således, at konkurrencebegrænsninger, der hæmmer konkurrencen og effektiviteten, skulle minimeres.[13]

Konkurrencelovs kap. 3 vedrører misbrug af dominerende stilling. Efter lovens § 11, stk. 3 kan misbrug f.eks. foreligge ved "urimelige købs- eller salgsbetingelser eller andre urimelige forretningsbetingelser". Herunder falder misbrug i form af predatory pricing.[14] Regelsættet er en pendant til EF-traktatens artikel 82 blot omsat til danske forhold[15], hvorfor der henvises til gennemgangen af denne ovenfor i afsnit 2.

8.3.1. Pligten til EU-konform fortolkning

EU's traktatfæstede konkurrenceregler er umiddelbart anvendelige i de enkelte medlemsstater. Desuden har lovgiver ved flere lejligheder fundet anledning til at formulere, at også dansk lovgivning skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.

I bemærkningerne til lovforslaget til konkurrenceloven af 1997 anførtes det, at et af formålene med principskiftet var, at "… *skabe optimale muligheder for et godt samspil mellem de danske og de EU-retlige konkurrenceregler samt at sikre, at de konkurrenceretlige vilkår her i landet ikke adskiller sig markant fra det, der gælder efter EU-reglerne*".[16]

Endvidere anføres det, at EU-praksis vil være vejledende for de danske myndigheders fortolkning af misbrugsbestemmelserne. De i loven opregnede misbrugsformer fandtes tilsvarende i artikel 86 (nuværende artikel 82) i EF-traktaten.

12 *Madsen, p. 26-33*
13 *FT 1996-1997, Tillæg A., 3647-3652*
14 *FT 1996-1997, Tillæg A., 3668-3669*
15 *Madsen, p. 102*
16 *FT 1996-1997, Tillæg A., 3647-3652*

På baggrund heraf vil afhandlingen tage sit udgangspunkt i de EU-retlige regler, særligt artikel 82 i EF-traktaten, og konkurrencelovens § 11 vil ikke blive analyseret særskilt, da det lægges til grund, at disse to bestemmelser indholdsmæssigt ikke adskiller sig fra hinanden.

8.4. AFHANDLINGENS TEORETISKE FUNDAMENTER

Den juridiske litteratur blev først opmærksom på predatory pricings komplekse natur i forbindelse med en artikel af McGees offentliggjort i 1958[17], hvori han forholdt sig kritisk til afgørelsen fra 1981, hvor Standard Oil of New Jersey, ejet af J.D. Rockefeller, blev fundet skyldig i overtrædelse af konkurrencelovgivningen på baggrund af princippet om predatory pricing.

Meget af den teoretiske litteratur vedrørende predatory pricing blev dog først udgivet i 1970'erne, hvor akademikere indledte den stadigt igangværende debat om, hvorvidt der fra konkurrencemyndighederne skal gribes ind over for en sådan adfærd og i så fald ud fra hvilke parametre.

Da *"Chicago-school"*-teoretikernes tilgangsvinkel vandt indpas i 1980'erne førte problematikken dog en lidt tilbagetrukket tilværelse. Dette skyldes, at økonomerne fra Chicago var af den klare opfattelse, at predatory pricing var et uhyre sjældent fænomen og tilmed var udslag af en irrationel økonomisk/juridisk tankegang, der ikke ansås som en trussel for konkurrencen.[18]

Disse synspunkter blev dog senere afvist af *"post-Chicago-school"*-teoretikerne, hvis synspunkter vandt gehør og konkurrencemyndighederne har siden da beskæftiget sig indgående med problematikken. Disse myndigheder har dog til stadighed store problemer med at udskille predatory pricing fra legitim konkurrencefremmende adfærd, da grænsen mellem disse er meget vanskelig at trække.[19]

17 *McGee, p. 137-167*
18 *Furse, p. 234-237*
19 *Ibid.*

Gennem årene er mange forskellige test af, hvornår prissætningen bør anses for at konstatere misbrug blevet foreslået. Efterfølgende er nogle af disse blevet forkastet andre videreudviklet og moderniseret. Nedenfor vil de vigtigste af disse blive gennemgået og analyseret. Gennemgangen er ikke en dybdegående erhvervs-økonomisk analyse, men en inddragelse af visse markedsøkonomiske begreber er nødvendig for en fuldstændig forståelse af de principper, hvorpå konkurrenceretten herunder predatory pricing er funderet.[20]

8.4.1. No-rule approach

Visse teoretikere har gjort sig til talsmænd for den holdning, at predatory pricing ikke behøver specifikke regler og ikke kræver særskilt opmærksomhed.[21] Argumentet er, at predatory pricing kræver så store ofre fra den misbrugende virksomheds side[22] og udsigten til genindvinding så minimale, at adfærden må karakteriseres som irrationel. Endvidere fokuseres på, at misbruget for at blive succesfuld kræver høje adgangsbarrierer, da andre virksomheder, ellers når priserne hæves, vil forsøge at (gen)indvinde markedsandele. Denne teori har dog ikke vundet gehør i nyere teori og har ført en tilbagetrukket tilværelse.[23]

8.4.2. Price-cost tests

Formålet med en *price-cost* test er at fastlægge, hvorvidt en virksomhed benytter sig af predatory pricing på baggrund af en analyse af pris og de med produktionen forbundne omkostninger. Ved at fokusere på disse objektivt konstaterbare størrelser fjernes fokus fra de mere subjektive forhold og virksomhedens individuelle bevæggrunde. Med denne test er fokus med andre ord på, *hvordan* virksomhedens adfærd påvirker markedet, og ikke på hvad virksomheden havde til *hensigt*.

De fleste jurisdiktioner anvender en *price-cost* test i en mere eller mindre ændret form. Dette kan dog ikke fortolkes derhen, at det kan påstås, at der hersker generel enighed myndighederne imellem, da forskellige jurisdiktioner anvender forskellige omkostningsdækningsstandarder, hvilket fører til meget forskellige resultater.

---

20 *Problemstillingen er behandlet af Karen Dyekjær i Konkurrenceretten: Juridisk regulering eller økonomisk styring, U.2005B.89, hvor forfatteren anfører at "Økonomien er blevet en retskilde i sig selv"*

21 *De klassiske fortalere for dette synspunkt er Robert H. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself (1978), samt Frank Easterbrook, Predatory Strategies and Counterstrategies, University of Chicago Law Review, vol. 48, 1981.*

22 *Begrebet dominerende er bevidst udeladt i gennemgangen af de forskellige tests, da visse jurisdiktioner ikke forudsætter en sådan stilling*

23 *Lang og O'Donoghue, p. 123*

Følgende er en oversigt over de i afhandlingen anvendte begreber[24]:

Faste omkostninger	Omkostninger, der er konstante uanset den producerede mængde
Variable omkostninger	Omkostninger, der varierer i forhold til den producerede mængde
Samlede omkostninger	Faste omkostninger plus variable omkostninger
Marginalomkostninger	Forøgelsen af de samlede omkostninger ved produktion af én yderligere enhed på et givent tidspunkt
Ydelsesspecifikke meromkostninger (incremental costs)	De samlede omkostninger, som opstår i forbindelse med fremstillingen af et bestemt produkt eller udførslen af en bestemt tjenesteydelse, og som derfor ville bortfalde, hvis virksomheden ophørte hermed, men fortsatte med at producere andre produkter eller ydelser
Undgåelige omkostninger (avoidable costs)	De omkostninger (både faste og variable), som virksomheden kan undgå ved ikke at producere en bestemt mængde (ekstra) enheder

8.4.2.1. Short-run cost-based testen

Den til dato oftest citerede og mest toneangivende test blev udviklet af Areeda og Turner i 1975.[25] De to professorer foreslog, at man fokuserede på de kortsigtede marginale omkostninger, og såfremt prisen ikke dækkede disse, var der tale om predatory pricing. I et marked med teoretisk set fuldstændig konkurrence giver en sådan test god mening, da markedskræfterne og den fuldstændige konkurrence medfører, at virksomhedernes pris vil være lig med de marginale omkostninger. En prissætning herunder vil derfor være irrationel og udslag af et ønske om at eliminere konkurrenterne.

Forfatterne anerkendte, at det kan være meget vanskeligt nøjagtigt at fastlægge de marginale omkostninger, samt at begrebet i mange tilfælde alene kan anses for et teoretisk økonomisk redskab, der ikke i realiteten lader sig udmåle.[26] De anbefalede derfor, at de gennemsnitlige variable omkostninger anvendes som et mere praktisk alternativ.

24 *Defineret som i Christensen m.fl., p. 605-606*
25 *Areeda og Turner*
26 *OECD, 2005, p. 21*

Da testen udelukkende anvender objektivt konstaterbare begreber, er den forholdsvis simpel at anvende, og en analyse af mere subjektive forhold kan udelades. Det simple og enkle i testen er dens største fordel, men samtidig har disse karakteristika også været baggrund for stærk kritik. I visse tilfælde vil priser *over* de marginale omkostninger være udtryk for en elimineringshensigt. Endvidere har det været anført, at gennemsnitlige variable omkostninger ikke på tilfredsstillende vis kan substituere marginale omkostninger som relevant parameter.[27]

På trods af kritikken har testen haft stor indvirkning på, hvorledes predatory pricing defineres i samtlige større retssystemer. Testens praktiske anvendelighed har vejet tungere end dens i visse situationer manglende præcision.[28] Som det vil fremgå i de følgende afsnit, har mange konkurrencemyndigheder dog valgt at kombinere testen med elementer fra andre tests.

8.4.2.2. Long-run cost-based tests

En variant af testen genfindes i William Posners bud på en anvendelig test. Posner var af den opfattelse, at de langsigtede marginale omkostninger var en bedre parameter, da en virksomhed, såfremt man kun anvendte de kortsigtede marginale omkostninger, ville have mulighed for at eliminere en konkurrent på langt sigt, såfremt denne virksomhed ikke havde finansiel styrke til at modstå tab på kort sigt.

Endvidere inkluderede Posner en subjektiv parameter i testen, da han krævede at elimineringshensigt blev påvist. Den nærmere udformning af og krav til denne hensigt kom Posner dog ikke med et bud på.[29]

Williamson fokuserede ligeledes på de langsigtede marginale omkostninger samt virksomhedens adfærd og fremkom i modsætning til Posner med en meget praktisk løsning. Testen gik blandt andet ud på, at virksomheden ikke måtte forøge produktionen i en 12-18 måneders periode efter en konkurrents indtrængen på markedet. I en sådan fredningsperiode kunne den nye konkurrent så høste erfaringer og skabe de nødvendige kunderelationer. En sådan ordning ville ligeledes medføre, at den etablerede virksomhed ansporedes til generelt at fastsætte så lave priser, at potentielle konkurrenter ikke fandt markedet attraktivt.[30]

---

27 *Lang og O'Donoghue, p. 123*
28 *OECD, 2005, p. 21*
29 *OECD, 1989, p. 22*
30 *Ibid.*

Baumol gjorde sig ligeledes til talsmand for en test, der ikke udelukkende fokuserede på omkostninger. Hvor Williamson fokuserede på, hvorledes man gjorde det muligt for nye konkurrenter at etablere sig, fokuserede Baumol på virksomhedens adfærd *efter* gennemførelse af succesfuld elimination af konkurrenterne. Baumol ville pålægge virksomheden, at den ikke måtte hæve priserne igen før udløbet af en 5-årig tidsperiode. Forfatteren anerkender, at udformningen af testen ikke forhindrer predatory pricing, men at den blot formindsker muligheden for genindvinding.[31]

8.4.2.3. To-trins testen

I et forsøg på at lette konkurrencemyndighedernes arbejde og i anerkendelse af problemstillingens kompleksitet foreslog Joskow og Klevorick en test, hvorefter en stor del af anlagte sager umiddelbart kunne afvises. Testen indledes med en strukturel undersøgelse af markedsforholdene og såfremt disse ikke muliggjorde predatory pricing, skulle sagen afvises, og følgelig var alle prisnedsættelser efterfølgende lovlige. Denne screeningsproces skulle blandt andet frigøre midler således, at de resterende sager kunne få den opmærksomhed de krævede.

Anden del af testen inkluderede en omkostningsanalyse samt en analyse af virksomhedens hensigter med den foretagne prissætning.[32] I amerikansk ret er to-trins testen anvendt (i lettere tilpasset form) i Brooke Group-sagen, der blev bedømt af US Supreme Court 1993, hvor muligheden for genindvinding og omkostningernes størrelse var relevante faktorer.[33]

Som det vil fremgå nedenfor anvendte Domstolen i AKZO-sagen også to trin i deres analyse, men fokus var her på omkostninger samt den dominerende virksomheds hensigt. Denne test, der inddrager elementer fra en række forskellige tests, er også anvendt af de danske konkurrencemyndigheder.

8.4.2.4. Test baseret på samlede omkostninger

Et af problemerne med en *price-cost* test baseret på variable omkostninger er, at testen ikke er omfattende nok. Den tager ikke højde for de marginale omkostninger og overser samtidig priser over variable omkostninger men under de samlede omkostninger. En prissætning i dette niveau vil naturligvis ikke påføre en konkurrent de samme tab, som hvis prisen lå under de variable omkostninger, men såfremt priserne fastholdes gennem en længere periode,

31 *Ibid.*
32 *Lang og O'Donoghue, p. 124*
33 *Brooke Group-sagen*

kan dette også medføre store tab for den konkurrerende virksomhed og potentielt betyde elimination.[34]

På baggrund af sådanne betragtninger har visse jurisdiktioner, herunder EU, valgt at inkorporere en *price-cost* test baseret på de samlede omkostninger. Testen har elementer der genfindes i Joskow og Klevorick version. De foreslog en test, der inddrog såvel de variable som de samlede omkostninger. Priser under de variable omkostninger var *per se* ulovlige, men ved priser i lejet mellem de variable og de samlede omkostninger havde virksomheden mulighed for at tilbagevise påstanden om predatory pricing.

Et sådan test er dog heller ikke uden negative sider. På samme måde som det kan være meget vanskeligt at fastlægge de marginale omkostninger, kan det være tilsvarende problematisk at fastlægge de variable omkostninger – specielt hvis der er tale om en virksomhed, der producerer mere end et produkt. Endvidere kan der forekomme situationer, hvor en prissætning under de samlede omkostninger ikke er udtryk for predatory pricing. At pålægge virksomheden bevisbyrden for at bevise dette, kan kritiseres, da et sådant bevis kan være meget vanskeligt og krævende at føre.

8.4.2.5. Test baseret på undgåelige omkostninger

Den nyeste version af en *price-cost* test er en test baseret på de gennemsnitlige *undgåelige* omkostninger (average avoidable costs) blandt andre formuleret af Baumol, der dermed delvist har ændret holdning til *price-cost* analysernes relevans.[35] Testen har klare lighedspunkter med den af Areeda og Turner formulerede. Formålet er at finde frem til hvor store tab virksomheden kunne *undgå*, hvis produktet ikke blev produceret.

Når en virksomhed forøger produktionen som et led i en predatory pricing proces, kan dette medføre yderligere omkostninger end dem, der blot tilfældigvis varierer med antallet af producerede enheder, som indeholdes i de variable omkostninger. Visse faste omkostninger kan også stige drastisk, såfremt blot en enkelt ekstra enhed skal produceres. Endvidere tager testen også højde for, at virksomheder, der producerer flere produkter, kan spekulere i at forsøge allokere flest mulige af de faste omkostninger til det produkt, hvis prissætning er under mistanke for overtrædelse af forbuddet mod predatory pricing. På denne måde formindskes de variable omkostninger kunstigt og prisen kommer til at ligge i det leje, hvor konkurrencemyndighederne skal påvise elimineringshensigt.[36]

---

34 *OECD, 2005, p. 22*
35 *Baumol*
36 *OECD, 2005, p. 23*

Som med alle de *price-cost* baserede test er det også ved anvendelsen af undgåelige omkostninger meget afgørende, hvilken tidshorisont der benyttes. Jo længere tidshorisonten er, jo flere omkostningerne vil blive betragtet som undgåelige og de samlede omkostninger vil ligeledes stige. Dette har den virkning, at jo længere den lave prissætning foregår, desto nemmere vil det være for konkurrencemyndighederne at konstatere misbrug på baggrund af en test baseret på de undgåelige omkostninger.

Undgåelige omkostninger minder meget om ydelsesspecifikke meromkostninger som er set anvendt i såvel dansk som i europæisk praksis. Blot er udgangspunktet for de to begreber en anelse forskelligt. OECD anbefaler i deres seneste rapport, at konkurrencemyndighederne vender sig bort fra den traditionelle fokusering på de variable omkostninger og i stedet anvender de undgåelige omkostninger som parameter.[37]

8.4.2.6. Priser over omkostningerne

Det har været omdiskuteret, hvorvidt en prissætning *over* omkostningsniveauet teoretisk set kan konstituere overtrædelse af forbudet mod predatory pricing, hvis virksomheden ikke søger at maksimere den kortsigtede profit.[38] Ved at ofre en del af den kortsigtede profit forsøger virksomheden at holde konkurrerende virksomheder ude af markedet.

Edlin har gjort sig til fortaler for, at der skal gribes ind også over for denne type af predatory pricing.[39] Han foreslår, muligvis inspireret af Williamson og Baumol, at nye konkurrenter gives en fredsperiode, i hvilken de kan få fodfæste og effektivisere produktionen.

Grundlæggende har der fra mange sider været rejst stærk kritik imod hele ideen om at gribe ind over for en prissætning, der ligger over omkostningsniveauet med hjemmel i predatory pricing princippet.[40] Ideen synes ikke at have klar økonomisk eller juridisk dækning, da den giver mulighed for etablering og beskyttelse af mindre effektive virksomheder.

8.4.3. Opsummering

Som det fremgår af ovenstående har der gennem tiderne været foreslået mange forskellige test, hovedsageligt baseret på diverse omkostningsdækningsstandarder. Hvis man ser bort fra fortalerne for *no-rule approach*, kredser

37 *Ibid., p. 41*
38 *Begrebet benævnes også limit pricing, f.eks. i OECD, 2005, p. 24*
39 *Edlin, p. 989-991*
40 *Elhauge samt OECD, 2005, p. 24*

de forskellige teorier om samme omkostningsdækningsstandarder og omkostningsstrukturer. Grundlæggende er det den samme adfærd, de søger at dæmme op for, men dette forsøges ud fra vidt forskellige forudsætninger og fører derfor til resultater, der ligger langt fra hinanden.

8.5. GENNEMGANG AF EU-PRAKSIS

I et Memorandum fra 1966 – *Memorandum on Concentration* – anførte Kommissionen, at misbrug af en dominerende stilling kan forekomme i form af:

"…price competition that is engaged in for the purpose of ousting from the market a competitor who does not have sufficient financial resources to withstand for a longer period sales below cost price."[41]

Der skulle dog gå næsten 20 år før Kommissionen fik mulighed for at sætte handling bag ordene.

8.5.1. AKZO-sagen

Den første dom på området for predatory pricing var AKZO-sagen. Som det vil fremgå i dette og i senere afsnit, må afgørelsen stadig anses for at være om ikke ledende så grundlæggende på området. Domstolen tog i sagen stilling til, hvorvidt AKZO Chemie havde handlet på en måde, der kunne anses for at være i strid med traktatens daværende artikel 86 (nuværende artikel 82). Helt grundlæggende var dette domstolens første mulighed for at klarlægge, hvorledes og efter hvilke principper en given adfærd ifølge domstolen konstituerede en overtrædelse af EU-retten med hjemmel i principperne om predatory pricing.

AKZO Chemie var en dominerende producent af organiske peroxider, der anvendes inden for plastindustrien. Desuden var AKZO Chemie en dominerende aktør på markedet for meladditivsektoren. På dette marked havde Engineering and Chemical Supplies, ECS, opereret gennem en årrække, men i 1979 valgte virksomheden imidlertid at udvide aktiviteterne til også at omfatte plastindustrien.

41 *van Bael og Bellis, p. 403*

AKZO Chemies modsvar til dette tiltag bestod af direkte trusler rettet mod ECS, som blev efterfulgt af betydelige prisnedsættelser inden for meladditivsektoren, der var ECS' traditionelle kerneområde. Disse prisnedsættelser var direkte rettet mod ECS' eksisterende kunder, hvorimod AKZO Chemie opretholdt 60 % højere priser for egne faste kunder inden for samme kategori.

Kommissionen – og Domstolen efterfølgende – fik her for første gang muligheden for at tage stilling til om AKZO Chemies meget aggressive adfærd, hvor man tilmed direkte og uden omsvøb informerede den konkurrerende virksomhed om ens intentioner, opfyldte kriterierne for et misbrug af dominerende stilling i strid med daværende artikel 86[42].

8.5.1.1. ECS mod AKZO Chemie

Kommissionen reagerede indledningsvis på den af ECS indbragte klage med at pålægge AKZO Chemie via en foreløbig forholdsregel, at holde sig på samme profitniveauet, som det der eksisterede før ECS' indtrængen på markedet for meladditiver[43]. I den endelige beslutning var kommissionen nødt til at overveje AKZO Chemies modargumenter meget nøje, da disse blandt andet grundlæggende gik ud på, at den udviste prissætning ikke kunne konstituere et misbrug, da prissætningen til stadighed rummede et element af profit. Kommissionen fortolkede med rette dette som et udtryk for, at AKZO Chemie argumenterede for, at konflikten skulle løses efter de principper fastlagt af oprindeligt Areeda og Turner[44][45]. Med andre ord argumenterede AKZO Chemie for, at den fastsatte pris dækkede de gennemsnitlige variable omkostninger, og at der følgelig ikke kunne være tale om et retsstridigt misbrug.

Kommissionen indledte spørgsmålet vedrørende det påståede misbrug af en dominerende stilling med at konstatere, at de i artikel 86 (nuværende artikel 82) opregnede former for misbrug ikke skal forstås som udtømmende. Der henvistes i den forbindelse til Domstolens bekræftelse af dette i Continental Can-sagen[46] fra 1973, hvor artikel 86 blev anset for også at omfatte adfærd, der havde til formål at eksludere en konkurrent. Dvs. en adfærd der rammer aktuelle samt potentielle konkurrenter og er egnet til at medføre, at konkurrencen fra disse virksomheder svækkes eller deres adgang til markedet hindres.[47]

42 *Se blandt andet ledende medarbejderes udtaler gengivet i AKZO-sagen, L 252/13, præmis 14*
43 *AKZO-sagen, L 252/13*
44 *AKZO-sagen, L 374/1, præmis 42*
45 *Se ovenfor afsnit 4.2.1.*
46 *Continental Can-sagen, 6/72*
47 *Jessen m.fl., p. 265*

Der henvises endvidere af Kommissionen til Domstolens afgørelse i Hoffmann-La Roche-sagen[48], hvor det generelle misbrugsbegreb blev defineret objektivt og ud fra følgende parametre:

"Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser".[49]

Ved at henvise til denne definition henledte Kommissionen opmærksomheden på, at såfremt den dominerende virksomhed udviser illoyal forretningspraksis med det formål at eliminere, disciplinere eller intimidere mindre konkurrenter, vil en sådan adfærd med baggrund i allerede fastslået Domstolspraksis konstituere en overtrædelse af traktatens bestemmelser.

Kommissionen anførte herefter, som et modsvar til AKZO's argument gående ud på, at prisfastsættelsen dækkede de gennemsnitlige variable omkostninger, at artikel 86 ikke indeholder en omkostningsbaseret bestemmelse om, på hvilket eksakt niveau en dominerende virksomheds prisfastsætning kan betragtes som misbrug da:

"… den brede anvendelse af begrebet misbrug på forskellige former for eliminerende adfærd taler imod så snævert et kriterium." [50]

Kommissionen accepterede, at en omkostningsbaseret analyse er ét element, når det skal fastlægges, hvorvidt en given adfærd kan karakteriseres som predatory pricing. Kommissionen pointerer dog samtidig, at det ligeledes er et element, hvorvidt prissætningen kan ses et led i en strategi gående ud på at eliminere konkurrencen. Såfremt den subjektive hensigt er at eliminere aktuelle eller potentielle konkurrenter, vil adfærden principielt falde ind under forbudet. Samtidig erkendte Kommissionen dog, at en omkostningsbestemt analyse kan være af stor betydning, når en given prisfastsætning skal vurderes, samt når den subjektive hensigt skal fastslås. En entydig fokusering på de gennemsnitlige variable omkostninger, som fremført af AKZO Chemie, blev dog afvist:

48 *Hoffmann-La Roche-sagen, 85/76*
49 *Ibid., præmis 91*
50 *AKZO-sagen, L 374/1, præmis 75*

"Kommissionen kan ikke godtage det argument, at anvendelsen af artikel 86 helt afhænger af den mekaniske anvendelse af et "per se" – kriterium baseret på marginale eller variable omkostninger. Den af AKZO fremførte standard, der er baseret på et statisk og kortsigtet "effektivitets" – begreb, tager ikke hensyn til de brede mål for EF's konkurrenceregler, der er fastsat i artikel 3, litra f), og navnlig behovet for at værne mod en forringelse af en effektiv konkurrencestruktur indenfor fællesmarkedet. Og den tager heller ikke hensyn til, at diskriminationselementet er af fundamental betydning, idet den tilsyneladende gør det muligt for en dominerende producent at få alle sine omkostninger dækket af de faste kunder og samtidig lokke en konkurrents kunder til sig gennem lavere priser."[51]

På baggrund af ovenstående konkluderede Kommissionen, at AKZO Chemie havde misbrugt sin dominerende stilling på det relevante marked og følgelig havde overtrådt artikel 86. Dette skete dog uden, at Kommissionen anførte efter hvilke omkostningsmæssige parametre, en given adfærd skulle bedømmes. I stedet anførtes det, at et sådant kriterium ikke ville tage tilstrækkeligt hensyn til det strategiske aspekt ved prisfastsættelser. Kommissionen gik så langt som til at konkludere, at selv prisnedsættelser, der ligger over virksomhedens omkostninger, kan have et konkurrencebegrænsende formål og derfor være i strid med art. 86[52].

Kommissionen valgte derfor en anden tilgang til problemstillingen end de i afsnit 4 nævnte, og valgte i stedet at fokusere på karakteren af de anvendte midler samt den subjektive elimineringshensigt. En sådan test har lighedspunkter med flere af de oven for gennemgåede tests, men Kommissionens kombinerede version var ikke set før.

8.5.1.2. AKZO Chemie mod Kommissionen[53]

Domstolen indledte med at konstatere, at de klare utvetydige trusler, AKZO Chemie gentagne gange havde fremsat overfor ECS, konstituerede et misbrug af dominerende stilling[54]. Domstolen anførte endvidere i overensstemmelse med Kommissions indledende bemærkninger, at misbrugsbegrebet skulle anskues objektivt, og begrebet blandt andet omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd.[55]

51 *Ibid., præmis 77*
52 *Ibid., præmis 79*
53 *AKZO-sagen, C-62/86*
54 *Ibid., præmis 75-82*
55 *Ibid., præmis 69*

På trods af mange lighedspunkter i argumentationen må Domstolens vurdering af ankesagen anses for at differentiere sig fra Kommissionens beslutning på helt afgørende punkter.

Domstolen anlagde som udgangspunkt en mindre skeptisk holdning til de af AKZO Chemie fremførte argumenter og anvendte en predatory pricing test, der var langt mere omkostningsbaseret. Domstolen citerer fra Kommissionens beslutning, hvori Kommissionen klart udtrykker, at virksomhedens omkostninger ikke kan anses for at være det afgørende kriterium. Heroverfor anfører Domstolen at:

"En detaljeret analyse af den dominerende virksomheds omkostninger kan alligevel være af stor betydning for vurderingen af, om dens prispolitik er rimelig."[56]

Nedenfor fortsætter Domstolen med de meget centrale præmisser:

"Priser der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger (dvs. omkostninger, der ændres i forhold til den producerede mængde), og som en dominerende virksomhed bruger i et forsøg på at eliminere en konkurrent, må betragtes som misbrug. En dominerende virksomhed har nemlig ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser, eftersom den ved ethvert salg påføres et tab, nemlig samtlige faste omkostninger (dvs. omkostninger, der er konstante uanset den producerede mængde) og i det mindste en del af de variable omkostninger pr. produceret enhed.

Priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, dvs. de faste plus de variable omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent. 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.

Det er disse kriterier, der skal anvendes i denne sag"[57].

56 *Ibid., præmis 65*
57 *Ibid., præmis 71-73*

Følgende overordnede principper kan udledes af Domstolens præmisser i denne sag:

Priser over gennemsnitlige samlede omkostninger	Udgør ikke et misbrug[58]
Priser over gennemsnitlige variable omkostninger, men lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger	Udgør et misbrug, såfremt den dominerende virksomhed kan tillægges en elimineringshensigt
Priser under de gennemsnitlige variable omkostninger	Udgør et misbrug

En konsekvent anvendelse af de af Domstolen opstillede omkostningscentrerede parametre forudsætter en dybdegående og ofte kompliceret analyse af omkostningernes henholdsvis faste og variable karakter. Modsat er den af Domstolen opstillede test umiddelbart meget mere anvendelig end Kommissions, da den ikke i så høj grad fokuserer på den enkelte sags karakteristika, men i stedet opstiller ovenstående omkostningsbaserede test. Elimineringshensigten inddrages, men kun i en situation hvor den fastsatte pris ligger i lejet mellem de gennemsnitlige variable og de gennemsnitlige samlede omkostninger.

Den af Domstolen anvendte test har klare træk fra den af Joskow og Klevorick foreslåede to-trins test, men der genfindes også elementer fra flere af de i afsnit 4.2 gennemgåede *price-cost* tests.

8.5.2. Tetra Pak II-sagen

I Domstolens afgørelse fra 1997 blev principperne, der kunne udledes af AKZO-sagen, yderligere præciseret.[59] Tetra Pak, en markedsdominerende producent af aseptiske kartoner samt påfyldningsmaskiner hertil med en markedsandel på 92 %, forsøgte via krydssubsidiering[60] at udnytte deres kapitalstyrke opnået på markedet for aseptiske kartoner til at få samme dominans på markedet for ikke-aseptiske kartoner. Dette skete via en prisfastsættelse i perioden 1976-1981, der ikke gav dækning for de gennemsnitlige faste omkostninger.

58 *Domstolen udtaler sig ikke specifikt om denne situation, men det må antages, at dette ligger implicit i præmisserne. Dog kan adfærden naturligvis konstituere en overtrædelse grundet andre forhold, jf. blandt andet Hilti-sagen, L65/19, hvor Domstolen udtalte, at en prisfastsættelse, der har til formål til at eliminere eksisterende konkurrenter eller afskrække potentielle konkurrenter, er en overtrædelse af art. 86 uafhængigt om prisen ligger over eller under omkostningerne. Dette vil dog ikke være med baggrund i principperne om predatory pricing som dette er defineret i afsnit 1.2.*

59 *Tetra Pak II-sagen, C-333/94P*

60 *Dvs. subsidiering af tabene på et marked med midler fra et andet marked*

Domstolen fastslog, at priser under de gennemsnitlige variable omkostninger altid konstituerer en overtrædelse, hvilket var helt på linie med Domstolens præmisser i AKZO-sagen. Det anførtes at:

"For det første må priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, altid betragtes som misbrug. I det tilfælde er det utænkeligt, at der kan være et andet økonomisk formål end at eliminere en konkurrent, idet hver enhed, der fremstilles og sælges, påfører virksomheden et tab."[61]

I AKZO-sagen anvendte Domstolen formuleringen *"ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter"* og i Tetra Pak II-sagen anvendtes formuleringen *"utænkeligt"* om virksomhedens hensigt i situationer, hvor prisen ligger i oven for nævnte leje. Der kan argumenteres for at udsagnenes absolutte karakter skal tages for pålydende, men at der kan være situationer, hvor en sådan prissætningen giver god mening, er redegjort for nedenfor i afsnit 7.5.

Da Tetra Paks priser i 1982 oversteg virksomhedens gennemsnitlige variable omkostninger, men stadig ikke gav dækning for de gennemsnitlige samlede omkostninger, fik Domstolen mulighed for også at tage stilling til anden del af den i AKZO-sagen fremlagte test. På dette punkt var Domstolen igen helt på linie med den tidligere afgørelse, og kravet om en elimineringshensigt blev gentaget[62].

Tetra Pak anførte til deres forsvar, at modparten ikke havde løftet bevisbyrden for, at Tetra Pak kunne forvente at få genoprettet de tab, selskabet havde lidt ved at sælge til de tabsgivende priser med en direkte henvisning til en på det tidspunkt nyligt afsagt amerikansk afgørelse[63]. Dette argument blev dog afvist af Domstolen, der hermed distancerede sig fra den daværende amerikanske tankegang, hvor en sådan mulighed skal påvises. Denne problemstilling er behandlet udførligt nedenfor i afsnit 9.

Et andet centralt stridspunkt i sagen var, hvorvidt en prisdiskriminerende adfærd på et marked, hvor virksomheden ikke var dominerende, også kunne forbydes såfremt virksomheden var dominerende på et relateret marked.[64] Domstolen fandt, blandt andet grundet den meget nære tilknytning mellem de to markeder, at såvel adfærd på det aseptiske marked som på det ikke-aseptiske kunne konstituere en overtrædelse.

---

61 *Tetra Pak II-sagen, C-333/94P, præmis 41*
62 *Tetra Pak II-sagen, C-333/94P*
63 *Brooke Group-sagen*
64 *Tetra Pak havde en markedsandel på over 50 %, hvilket som udgangspunkt medfører dominans i konkurrenceretlig henseende, men en sådan påstand undlod Kommissionen at gøre gældende*

8.5.3. Compagnie Maritime Belge-sagen

Som det fremgår af ovenstående, vil priser, der ligger over de gennemsnitlige samlede omkostninger, ikke udgøre en overtrædelse af EU-retten på baggrund af principperne om predatory pricing, da der som udgangspunkt ikke er noget skadeligt heri – kun de mindre effektive konkurrenter rammes, og dette stemmer overens med de principper, hvorpå konkurrenceretten er funderet. Dermed ikke sagt at enhver prisfastsættelse over dette niveau altid kan tillades.

I Compagnie Maritime Belge-sagen[65] fandt Domstolen, at også selektive prisfastsættelser, hvor prisen ligger over de gennemsnitlige samlede omkostninger, kan konstituere en overtrædelse. Den dominerende shippingvirksomhed tog markant lavere fragtrater end ellers på ruter, hvor deres umiddelbare konkurrent også opererede. Fastsættelsen af fragtraten tog ikke udgangspunkt i de med fragten forbundne omkostninger, men blev fastsat på basis af konkurrentens priser, hvilke den dominerende virksomhed altid lå under.

Selvom en analyse af en sådan adfærd falder uden for målet med denne fremstilling, indgår der flere interessante aspekter i sagen, der tillige kan inddrages ved en analyse af predatory pricing.

General Advokat Fenelly argumenterede i hans forslag til afgørelsen for, at testen opstillet af Domstolen i AKZO-sagen havde brug for en yderligere dimension. Som anført ovenfor argumenterede Tetra Pak[66] for, at kravet om genindvending skulle være en del af testen, når principperne vedrørende predatory pricing skulle fastlægges. Denne argumentation blev gentaget af General Advokaten i Compagnie Maritime Belge-sagen, men Domstolen valgte ikke at kommentere på denne tilgangsvinkel, men dømte blot virksomheden grundet prisernes selektive karakter. Nedenfor i afsnit 9 er spørgsmålet om, hvad der kan udledes af Domstolens tavshed på dette punkt behandlet.

8.5.4. Deutsche Post AG-sagen

I 2001 fik Kommissionen den vanskelige opgave at vurdere efter hvilke parametre predatory pricing skulle vurderes, såfremt den dominerende virksomhed havde en lovbestemt eneret på et givent marked[67]. Deutsche Post AG havde monopol på befordring af breve, men anklagen gik på, at virksomheden

65 *Compagnie Maritime Belge-sagen, C-395/96P samt C-396/96P*
66 *Tetra Pak II-sagen, C-333/94P*
67 *Deutsche Post-sagen, L 125/39*

via krydssubstitution anvendte indtægter fra dette marked til at udbyde tjenester på et relateret marked (erhvervspakker) til priser, der ikke dækkede de hermed forbundne omkostninger. Grundet virksomhedens lovbestemte forpligtelse til at råde over en vis konstant kapacitet måtte den traditionelle opdeling af faste og variable omkostninger forlades, da en sådan opdeling efter Kommissionens opfattelse ikke gav et retvisende billede.

Kommissionen valgte i stedet at anvende de gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger, da disse i højere grad tog højde for virksomhedens specielle karakter. De ydelsesspecifikke meromkostninger havde en direkte sammenhæng med antallet af udførte tjenester. Via denne opdeling kunne der sondres mellem de faste omkostninger Deutsche Post AG skulle afholde med henvisning til den lovbestemte forpligtelse og de ydelsesspecifikke meromkostninger, der opstod som følge af tjenesten på det relaterede marked.[68]

Efter en konkret undersøgelse fandt Kommissionen, at hver gang virksomheden udførte den pågældende tjeneste blev den påført et tab, og dermed konkluderede Kommissionen, at adfærden konstituerede et misbrug efter principperne vedrørende predatory pricing.[69]

Hvad der er interessant ved beslutningen er, at Kommissionen henviser til AKZO-sagen og Domstolens definition af gennemsnitlige variable omkostninger, men anfører, at denne traditionelle opgørelse ikke er anvendelig i det pågældende tilfælde, da det udelukkende er de gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger, der ændres i forhold til mængden.[70]

Kommissionen udviser dermed en klar fleksibel tilgang til problemstillingen og viser sig villig til at tage sektorspecifikke forhold med ind i vurderingen og lægger sig dermed ikke fast på en bestemt omkostningsstandard. Ved ikke at binde sig på en sådan måde har Kommissionen mulighed for at lade de sektorspecifikke forhold diktere, hvilken der bør anvendes. Det må dog antages, at man fortsat tager udgangspunkt i *price-cost* tests og dermed ikke anerkender at predatory pricing kan forekomme ved priser *over* omkostningerne, samt at man ikke blot kan lade markedskræfterne råde (*no-rule approach)*.

Konkluderende anfører Kommissionen i den efter beslutningens offentliggørelse udsendte pressemeddelelse følgende:

---

68 *Ibid., præmis 8-9 samt 35*

69 *Kommissionen valgte dog ikke at pålægge virksomheden en bøde for netop denne overtrædelse grundet uklarheden, der før beslutningen eksisterede mht. muligheden for at anvende ydelsesspecifikke meromkostninger som parameter for overtrædelse, Deutsche Post-sagen, L 125/39, præmis 47*

70 *Deutsche Post-sagen, L 125/39, præmis 35*

"… any service provided by the beneficiary of a monopoly in open competition has to cover at least the additional or incremental costs incurred in branching out into the competitive sector. The Commission considers that any cost coverage below this level is predatory pricing which falls foul of Article 82 of the EC Treaty."[71]

Allerede fordi den af Deutsche Post AG fastsatte pris lå under de gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger, udtalte Kommission sig ikke om der, som fastlagt i AKZO-sagen, stadig skulle påvises en elimineringshensigt, såfremt prisen lå mellem de gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger og de gennemsnitlige totale omkostninger.

Kommissionen var allerede i 1998 opmærksom på såvel problematikken, der kunne opstå i forbindelse med opløsningen af tidligere statsmonopoler samt problematikken vedrørende visse markeders specielle forhold, der kunne medføre, at de i AKZO-sagen opstillede omkostningsparametre ikke synes umiddelbart velegnede.[72] Vedrørende predatory pricing i telesektoren anføres det:

"Generelt er der tale om prismisbrug, når prisen enten ligger under det dominerende selskabs gennemsnitlige variable omkostninger, eller hvis den ligger under de gennemsnitlige samlede omkostninger og indgår i en konkurrencebegrænsende plan. En direkte anvendelse af ovennævnte regel i netsektoren ville ikke afspejle de økonomiske realiteter i netsektoren."[73]

8.5.5. Wanadoo-sagen

Wanadoo Interactive opererede i netop en sådan sektor[74]. Kommissionen valgte her at pålægge Wanadoo en bøde på 10,35 millioner grundet en overtrædelse af art. 82. Dette skete dog på baggrund af en traditionel rubricering af omkostninger opdelt i variable/faste omkostninger og samlede omkostninger.

Wanadoo havde gennem en flerårig periode markedsført deres ADSL Internettjenester til priser, der i visse perioder lå under de variable omkostninger og i andre perioder under de samlede omkostninger. Kommissionen var af den opfattelse, at Wanadoo via denne tabsgivende prisfastsættelse forsøgte at indtage en monopollignende stilling på dette hastigt voksende marked[75]. Afgørelsen afslut-

71 *Deutsche Post-sagen, Pressemeddelelse*
72 *Meddelelse, C-265/02*
73 *Ibid., punkt 110*
74 *Wanadoo-sagen, sagen er indbragt for Retten i Første Instans, France Télécom mod Kommissionen, sag T-340/03 (verserer).*
75 *Som Kommissionen udtrykker det i Wanadoo-sagen, Pressemeddelelse: "The abuse on with the Commission has taken action was designed to take the lion's share of a booming market, at the expense of other competitors."*

tede en af Kommissionen påbegyndt undersøgelse af konkurrenceforholdene på netop dette marked. Kommissionen udtalte, at forsøg på at erobre strategisk vigtige markeder, såsom udbydelsen af high-speed Internet, kræver konkurrencemyndighedernes specifikke årvågenhed.

Kommissionen benyttede også lejligheden til at udtrykke mere generelle holdninger vedrørende predatory pricing begrebets nærmere indhold i EU-retten. I tråd hermed anføres følgende vedrørende spørgsmålet om genindvending:

"It should be pointed out that neither the case-law of the Court of Justice nor the decision-making practice of the Commission requires proof that initial losses were actually recouped before a finding can be made of abuse through predatory pricing. Action by the competition authorities is justified as soon as there is a risk that competition may be distorted, regardless of any prospect of loss recoupment."[76]

Bemærk at det fremhæves, at udtalelserne er i tråd med de tidligere afgørelser fra Kommissionen, Retten i Første Instans[77] samt Domstolen. Hvorvidt Kommissionen på baggrund af de tidligere afgørelser er fuldt berettiget til at komme med disse udtalelser vedrørende den overordnede retstilstand, kan der stilles spørgsmålstegn ved, hvilket der gøres i afsnit 9 nedenfor.

8.6. Gennemgang af dansk praksis

Som redegjort ovenfor i afsnit 3 kan en dominerende virksomhed på baggrund af principperne vedrørende predatory pricing overtræde konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1. Dansk praksis på området er dog relativt beskedent, men fænomenet har dog i stigende grad tiltrukket sig konkurrencemyndighedernes opmærksomhed.[78] I to sager har konkurrencemyndighederne vurderet, at dominerende virksomheders adfærd konstituerede en overtrædelse af konkurrencelovgivningen. Kendetegnende for disse to sager var, at den specifikke definition af variable/faste omkostninger var af afgørende betydning.[79]

Majoriteten af de danske sager har involveret industrier, hvor de faste omkostninger er relativt høje og de marginale omkostninger tilsvarende lave.[80] De danske konkurrencemyndigheder har hermed, bevidst eller ubevidst, fulgt den linie udstukket fra Kommissionen i Meddelelsen fra 1998, hvor fokus netop blev centreret på markeder tidligere domineret af statsmonopoler samt sektorer, hvor de i AKZO-sagen opstillede omkostningsparametre ikke ville

76 *Wanadoo-sagen, præmis 333*
77 *Herefter kaldet Retten*
78 *I Konkurrencestyrelsens Konkurrenceredegørelse 2004 var emnet eksempelvist tildelt et separat kapital (kapitel 6)*
79 *OECD, 2005, p. 119*
80 *Ibid.*

give et retvisende billede af virksomhedernes adfærd i relation til predatory pricing problematikken.[81]

De fem mest illustrative og mest betydende sager i dansk praksis er i det følgende kort skitseret.[82]

8.6.1. MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002

MetroXpress indgav I 2001 klage til Konkurrencestyrrelsen over selskabet Berlingske Gratisaviser A/S for overtrædelse af konkurrencelovens § 11, stk.1[83]. MetroXpress begyndte i september 2001 at udgive gratisavisen af samme navn, der udelukkende blev finansieret via salg af annoncer. Senere samme måned påbegyndte Berlingske Gratisaviser, datterselskab under Det Berlingske Officin A/S, at udgive gratisavisen Urban. Det relevante marked blev af konkurrencemyndighederne afgrænset som markedet for formiddagsblade, landsdækkende dagblade, samt gratisaviser i et nærmere begrænset geografisk område (HT-området)[84].

Berlingske Officin var dominerende på dette marked[85] og efter MetroXpress' opfattelse lå Berlingske Gratisavisers prisniveau ved salg af Urbans annoncer på et niveau, der ikke gav dækning for de med udgivelsen forbundne gennemsnitlige variable omkostninger. Denne betragtning var Konkurrencerådet enig i. Konkurrencerådet fandt, at den af Berlingske Gratisaviser fastsatte prissætning end ikke gav dækning til de gennemsnitlige variable omkostninger. Med behørig henvisning til EU-retspraksis samt konkurrencelovens formål fastslog Konkurrencerådet[86] herefter, at en sådan prispolitik under videre bevisførelse udgjorde en overtrædelse, da den subjektive elimineringshensigt ikke behøves påvist i et sådant tilfælde. Endvidere var de lave priser målrettet mod konkurrenten MetroXpress, da Det Berlingske Officin ikke benyttede sig af tilsvarende lave priser på andre markeder, hvor virksomheden opererede[87].

Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Berlingske Gratisaviser havde mulighed for at genindvende det tabte på længere sigt, adskilte Rådets analyse sig lidt fra den af Kommissionen oftest foretagne traditionelle analyse:

---

81 *Meddelelse, C-265/02, nævnt ovenfor i afsnit 5.4.*

82 *Udover de nedenfor nævnte har problemstillingen blandt andre været oppe i sag nr. 3/1120-0100-1015 vedrørende SAS' kampagnepriser på flybilletter, sag nr. 3/1120-0100-180 vedrørende Danmarks Meteorologiske Instituts vejrtjenester, sag nr. 2/801-326 vedrørende Carlsbergs ølpriser, sag nr. 3/1120-0100-0557 vedrørende TDCs mobilnetspriser samt i sag nr. 3/1120-010 vedrørende Lokalavisen Højetåstrups annoncepriser*

83 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002*

84 *Ibid., præmis 102*

85 *Ibid., præmis 103*

86 *I det følgende også kaldes Rådet*

87 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002, præmis 152*

"The Authority did not employ a "recoupment" test as part of the investigation. In fact, a "reverse recoupment" test was employed as part of the argument that there was a risk of predation: the Authority argues that since Berlingske Officin had lost millions in the initial launch of Urban, and since it could not argue how it would ever be able to recoup this loss without excluding MetroXpress from the market (i.e. under the given market conditions), this served to strengthen the claim of predation."[88]

En sådan argumentation genfindes ikke i sagerne fra EU-retten, herunder Kommissionens beslutninger, på trods af det umiddelbart logiske i ræsonnementet.

Udfaldet af afgørelsen blev, at Konkurrencerådet påbød Det Berlingske Officin/Berlingske Gratisaviser at ophøre med at sælge annoncer i gratisavisen til nettopriser, hvor de gennemsnitlige kontaktpriser lå under MetroXpress' tilsvarende gennemsnitlige kontaktpriser[89]. Berlingske Gratisaviser havde anført, at prispolitikken blot matchede den af MetroXpress førte prispolitik, men dette tiltrådte konkurrencemyndighederne ikke, men anførte at Berlingske Gratisaviser fremover var berettiget til at modsvare konkurrentens priser, blot disse ikke blev underbudt.

Det af myndighederne nedlagte påbud løb i et år, men efter udløbet af dette tidsrum klagede MetroXpress endnu engang til konkurrencemyndighederne[90]. I de sidste måneder, hvor det nedlagte påbud løb, benyttede Berlingske Gratisaviser sig af priser, der lå under MetroXpress', hvilket var en klar overtrædelse af det nedlagte påbud. Konkurrencerådet benyttede lejligheden til at præcisere og til dels ændre betragtningerne anført i den tidligere afgørelse[91].

Ved den første afgørelse var det relevante marked forholdsvis nyt og uudviklet, og af disse grunde så konkurrencemyndighederne det derfor ikke muligt nærmere at afgrænse kundekredse. Dette er meget relevant, såfremt meeting competition-doktrinen påberåbes, da kun rent defensive pristilpasninger over for egne fast kunder efter doktrinen kan tillades[92]. På baggrund af den forløben tid og de af parterne indleverede regnskaber, så Rådet sig nu i stand til at skelne mellem hvad der kan rubriceres som henholdsvis egne og konkurrentens kunder og følgelig mellem defensive og aggressive pristilpasninger.

---

88 *OECD, 2005, p. 122*
89 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002, præmis 181*
90 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 24. september 2003*
91 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002*
92 *Se nærmere om doktrinen i afsnit 7.1.*

Et centralt og meget afgørende stridspunkt i sagen var hvilken tidshorisont der skulle ligge til grund for opdelingen af omkostninger. På den ene side anførte Berlingske Gratisaviser, at den relevante tidshorisont for det pågældende område er meget kort. Det anføres tidligt i forløbet af Berlingske Gratisaviser, at tidshorisonten bør fastsættes til en enkelt dag, men senere argumenteres for den relevante tidshorisont er *"væsentligt under et år"*[93]. Denne betragtning fandt dog ikke genlyd hos Rådet der udtalte, at tidshorisonten ikke kan fastsættes generelt for predatory pricing sager og i dette specifikke tilfælde bør fastsættes til *"mere end et år"*[94].

Baggrunden for Berlingske Gratisavisers ønske om, at der anlægges så kort en tidshorisont som muligt er ganske ligefrem. Jo kortere tidshorisont, jo flere udgifter får en fast karakter. Dermed udvides området for den form for predatory pricing, hvor klageren udover at skulle påvise, at den dominerende virksomhed ikke får dækning for de samlede gennemsnitlige omkostninger, også skal påvise en subjektiv elimineringshensigt. Konkurrencerådet anfører selv i begge afgørelser vedrørende Berlingske Gratisaviser, at spørgsmålet skal baseres på Domstolens dom i AKZO-sagen. Netop her anførtes det, at de gennemsnitlige variable omkostninger er de omkostninger, *"der ændres i forhold til den producerede mængde"*[95].

Rådet var dog af den holdning, at denne passus ikke nødvendigvis måtte føre til, at den af Berlingske Gratisaviser anførte tidshorisont skulle anvendes. I stedet henvises til Deutsche Post-sagen, hvor der i stedet for den traditionelle opdeling i faste og variable omkostninger anvendes gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger grundet markedets specielle karakter. Skulle denne variant af predatory pricing testen anvendes, ville det dog ikke efter Rådets opfattelse medføre, at sagen ville få et anderledes udfald. Rådet mente dog ikke, at de specielle forhold der gjorde sig gældende i Deutsche Post-sagen var til stede i denne sag, hvorfor den traditionelle test anvendes[96].

Med henvisningen til Deutsche Post-sagen og princippet vedrørende anvendelsen af de ydelsesspecifikke meromkostninger illustrerer Rådet en villighed til, naturligvis forudsat sagens omstændigheder tilsiger det, at anlægge en mere nuanceret holdning til problemstillingen, hvilket er i overensstemmelse med nyere EU-praksis.

Konkluderende fastslog Rådet, at påbuddet af 29. maj 2002 formelt set ikke var overholdt i en af månederne, men grundet visse usikkerheder om selve påbud

93 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 24. september 2003, præmis 111*
94 *Ibid., præmis 112 samt præmis 115*
95 *AKZO-sagen, C-62/86, præmis 7*
96 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 24. september 2003, præmis 117-119*

dets udformning og det forhold, at Det Berlingske Officin efter forhandling med konkurrencemyndighederne afgav et tilsagn, valgte Rådet ikke at udstede et nyt påbud efter Konkurrencelovens § 16.[97]

8.6.2. Em. Z. Svitzer-sagen, Rådsmødet den 27. november 2002

Grundet en mistanke om en fastlåsning af konkurrencesituationen på markedet for havnebugsering I Danmark valgte konkurrencemyndighederne i 2002 på eget initiativ at indlede en undersøgelse. Den dominerende aktør på dette marked var det af A. P. Møller koncernen kontrollerede A/S Em. Z. Svitzers. På baggrund af undersøgelsen konkluderede Rådet, at Svitzer havde misbrugt denne position og gennem en periode havde sænket priserne til under omkostningerne.[98]

Svitzers adfærd fulgte et klassisk predatory pricing mønster. Med udgangspunkt i det faktiske forløb vedrørende delmarkedet for bugsering i Kalundborg Havn kan Svitzers taktik skitseres således. Såfremt en ny konkurrent forsøgte at etablere sig i en bestemt havn og forsøgte at erhverve markedsandele svarede Svitzer hurtigt igen med priser, der end ikke dækkede de gennemsnitlige variable omkostninger. Prispolitikken blev stædigt fastholdt indtil den nyopdukkede konkurrent gav op og eventuelt tilmed blev opkøbt af Svitzer. Herefter blev priserne hævet til et for Svitzer rentabelt niveau. Denne adfærd medførte ikke kun at Svitzer (gen)erhvervede en monopollignende stilling i den relevante havn, men samtidig, at det blev åbenlyst for potentielle konkurrenter i samtlige havne, hvor Svitzer var dominerende, at en lignende strategisk adgangsbarriere måtte forventes[99].

Konkurrencemyndighederne hæftede sig endvidere ved, at Svitzer ikke valgte at nedsætte prisen på bugseringer, hvortil der krævedes minimum 4 bugseringsfartøjer. Hertil skal bemærkes, at den umiddelbare konkurrent på delmarkedet Kalundborg Havn ikke var i besiddelse af en sådan kapacitet[100].

Trods Svitzers umiddelbare klare lovovertrædelser blev sagen afgjort ved, at Svitzer overfor konkurrencemyndighederne afgav et bindende tilsagn om

---

97 *For fuldstændighedens skyld skal det nævnes, at denne sag blev indbragt for Konkurrenceankenævnet, sag nr. 03-227.629, MetroXpress Danmark A/S mod Konkurrencerådet, der den 10. august 2004 afsagde kendelse. Ankenævnet besluttede at afvise klagen, da konkurrencelovgivningen ikke gav mulighed for en realitetsbehandling for nævnet, da sagen blev løst med at Berlingske Gratisaviser afgav et tilsagn. Afvisningen er af MetroXpress Danmark A/S indbragt for Østre Landsret (verserer), men sagen afventer udfaldet i den lignende sag NOE Energi A/S mod Konkurrencerådet (ankenævnskendelse af 19. januar 2003), der er indbragt for Vestre Landsret (verserer)*

98 *Em. Z. Svitzer-sagen, Rådsmødet den 27. november 2002*

99 *Ibid., præmis 7-9*

100 *OECD, 2005, p. 124*

fremtidigt at indberette deres priser og baggrunden for disse. Samtidig udtrykte Konkurrencestyrelsen en intention om i medfør at Konkurrencelovens § 17 at føre tilsyn med Svitzers fremtidige adfærd.

De af Konkurrencerådet fremhævede momenter i sagen samt den juridiske klassifikation af disse må betragtes som værende i god overensstemmelse med EU-praksis, hvilken der også på relevante steder henvises til i præmisserne[101]. Herudover er Rådet meget konkret i deres afgørelse og fokus er på de faktiske markedsøkonomiske realiteter af virksomhedernes adfærd og der udvises en meget praktisk tilgang til problemstillingerne.

8.6.3. TDC-sagen, Rådsmødet den 29. januar 2003

På baggrund af en klage fra Cybercity og Tiscali A/S indledte konkurrencemyndighederne en undersøgelse af TDC Tele Danmark A/S' prisfastsættelse inden for markedet for udbydelse af ADSL-internet[102]. Sagen har mange paralleller til den ovenfor i afsnit 5.5. vedrørende Wanadoo Interactive behandlede sag. I denne sag blev Wanadoo anklaget for at ville tage "*en løves andel af et eksplosivt voksende marked*"[103]. I denne tilsvarende sektor i Danmark lykkedes det faktisk TDC at gøre noget sådant. Af de af konkurrencemyndighederne offentliggjorte tal fremgår det, at de 3 aktører i 2000 delte markedet ligeligt mellem sig. I 2001 faldt de gennemsnitlige priser på ydelsen med op til 24 %, det samlede antal kunder blev seksdoblet og TDC formåede at gå fra en markedsandel på 37 % til en klart dominerende stilling, hvor de sad på 73 %.[104]

På baggrund af en analyse af TDCs omkostninger fandt Rådet dog ikke grundlag for at statuere en overtrædelse af konkurrencelovgivningen på baggrund af forbuddet mod predatory pricing. Rådet henviser til de i sagen fremlagte omkostningskalkuler (over en 5-årig periode) og anfører:

"I perioder i 2001 blev det bundtede ADSL-produkt TDK Bredbånd solgt med rabatter, som ville medføre, at de gennemsnitlige totale omkostninger ikke kunne forventes dækket ved et femårigt kundeforhold. Det er dog Konkurrencestyrelsens vurdering, at de gennemsnitlige variable- såvel som specifikke meromkostninger blev dækket, og der derfor ikke var tale om dumping (predatory pricing), jf. Kommissionens og EF-domstolens praksis.

101 *Em. Z. Svitzer-sagen, Rådsmødet den 27. november 2002, præmis 72*
102 *TDC-sagen, Rådsmødet den 29. januar 2003*
103 *Wanadoo-sagen, Pressemeddelelse*
104 *OECD, 2005, p. 125*

Ovenstående illustrerer, at de danske konkurrencemyndigheder ikke er fremmede overfor at tilegne sig nye måder at opgøre omkostninger på, hvilket er i god tråd med nyere EU-praksis[105][106]. Netop på områder karakteriseret af meget høje faste omkostninger og tilsvarende lave variable omkostninger, såsom netsektoren, kan der være behov for at tage udgangspunkt i de gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger. Et sådant ræsonnement er i overensstemmelse med de generelle udtalelser fremsat af Kommissionen i 1998[107].

På samme tid anvendes den klassiske test udledt af AKZO-sagen, hvorefter en elimineringshensigt skal påvises såfremt prisen dækker de variable omkostninger, men samtidig ligger under de samlede omkostninger. I TDC-sagen var dette netop tilfældet, men Rådet fandt ikke grundlag for at konstituere en sådan hensigt. Efterfølgende blev sagen indbragt for Ankenævnet, der dog stadfæstede konkurrencerådets afgørelse[108].

Den 19. januar 2005 modtog Konkurrencestyrelsen endnu en klage over TDCs prisfastsættelse på ADSL-ydelser.[109] Styrelsen konkluderede, at priserne lå under omkostningsniveauet på kort sigt, men efter en samlet vurdering og i betragtning af de med undersøgelsen forbundne usikkerheder fandtes det ikke påvist, at prisfastsættelsen konstituerede en overtrædelse.

8.6.4. Post Danmark-sagen, Rådsmødet den 24. november 2004

I slutningen af 2004 behandlede Rådet en af Forbruger-Kontakt indbragt klage over Post Danmarks prissætning på markedet for adresseløse forsendelser[110]. Sagen er en dansk pendant til Deutsche Post-sagen, der blev vurderet af Kommissionen i 2001 og Rådet anførte også stort set tilsvarende betragtninger. Rådet tog i omkostningstesten udgangspunkt i de gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger[111] men fandt, at Post Danmark ikke havde anvendt priser under denne grænse. Herefter undersøgtes, hvorvidt det kunne fastslås, at Post Danmark havde ført en prispolitik, der havde til formål at drive konkurrenten ud af markedet (elimineringshensigt). På linie med de

105 *Specielt Kommissionen i Deutsche Post-sagen, hvor der anvendes ydelsesspecifikke meromkostninger.*

106 *I Song Networks-sagen, Rådsmødet den 28. april 2004, blev problemet også berørt og også her var konkurrencemyndighederne opmærksomme på sektorspecifikke karakteristika og tog udgangspunkt i ydelsesspecifikke meromkostninger*

107 *Se ovenfor i afsnit 5.4.*

108 *TDC-sagen, Kendelse af 2. marts 2004*

109 *TDC-sagen, Rådsmødet den 26. maj 2005*

110 *Post Danmark-sagen, Rådsmødet den 24. november 2004*

111 *I afgørelsen benævnt "gennemsnitlige produktspecifikke omkostninger" eller AIC (average incremental costs), der dog dækker over samme begreb*

tidligere danske afgørelser refereret ovenfor, er denne sag tillige et synligt bevis på, at retningslinierne udstukket af Kommissionen/Retten/Domstolen konsekvent følges af de danske konkurrencemyndigheder.

Konkluderende anførte Rådet, at Post Danmark, blandt andet på baggrund af de af Post Danmark fremlagte strategiplaner, bestyrelsesmødereferater samt direktionsmødereferater, ikke kunne tillægges en elimineringshensigt og følgelig konstituerede prisfastsættelsen ikke en overtrædelse af konkurrencelovens § 11[112].

8.7. OBJEKTIVE BEGRUNDELSER FOR TABSGIVENDE PRISSÆTNING

En virksomheds prisfastsættelse på et niveau, der ligger under omkostningerne, kan som redegjort ovenfor, udgøre en overtrædelse af såvel dansk som EU-lovgivning. Til denne hovedregel, primært baseret på Domstolens afgørelse i AKZO-sagen, kan der dog knyttes visse undtagelser.

I de følgende afsnit gennemgås dansk samt EU-praksis på området, og udstrækningen af undtagelserne forsøges klarlagt.

Visse af disse må antages at være forholdsvis veletablerede, hvorimod andre ikke direkte kan støttes på praksis, men må baseres på de relevante myndigheders bagvedliggende fornufts/realitets-betonede betragtninger.

8.7.1. Meeting competition-doktrinen

Meeting competition-doktrinen[113] blev udviklet i amerikansk ret og var allerede et gyldigt forsvar for diskriminerende priser under "Robinson-Patman Act'en" fra 1936. Tilsvarende opererer sektion 2.b. i "Clayton Act'en" fra 1914 med en for den dominerende virksomhed lovfæstet ret til *"in good faith to meet an equally low price of a competitor"*[114]. Grundlæggende går doktrinen ud på, at den dominerende virksomhed undtagelsesvist er berettiget til at fastsætte priser under omkostningsniveauet, når det sker som et svar på en konkurrents priser. Centralt for problemstillingen er at fastlægge, hvor langt denne rettighed til at forsvare den opnåede position mod mindre konkurrenter kan udstrækkes.

112 *Afgørelsen er dog af Forbruger-kontakt indbragt for Konkurrenceankenævnet (verserer)*
113 *På dansk også benævnt "defensive pristilpasninger"*
114 *Edwards, p. 193*

En afgørende sondring skal drages mellem defensive pristilpasninger og offensive pristilpasninger. Den defensive pristilpasning er rettet mod den dominerende virksomheds eksisterende kunder, hvorimod den offensive variant er rettet mod konkurrentens kunder og derfor kan anvendes som middel til at erobre yderligere markedsandele. En betingelse for anvendelse af defensive pristilpasninger er, at en konkurrent har afgivet et lavere pristilbud over for en af den dominerende virksomheds kunder. Denne pris er den dominerende virksomhed berettiget til at matche, men ikke underbyde[115]. Som det vil fremgå nedenfor, er det kun den defensive pristilpasning, der kan anses for indeholdt i meeting competition-doktrinen.

Der skal endvidere sondres mellem en prisadfærd, der kan karakteriseres som "meeting competition" og en adfærd, der kan karakteriseres som "beating competition". Med andre ord skal der sondres mellem det at matche konkurrentens priser og det at underbyde dem.

8.7.2. EU praksis

8.7.2.1. United Brands-sagen

Modsat amerikansk lovgivning indeholder artikel 82 (eller den tidligere artikel 86) ikke en passus vedrørende en dominerende virksomheds undtagelsesvise adgang til predatory pricing i overensstemmelse med meeting competition-doktrinen. Domstolen banede dog med dommen i United Brands-sagen[116] vejen for doktrinens udbredelse i EU-retten. I forbindelse med den retlige kvalifikation af United Brands leveringsnægtelse anførte domstolen i forbindelse med nogle generelle betragtninger at 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 sådanne foranstaltninger, som den finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser".[117]

Med andre ord er Domstolen altså af den opfattelse, at den dominerende virksomhed grundlæggende har en ret til at beskytte *"egne handelsinteresser"*, hvor disse trues af mindre konkurrenter– også i et tilfælde, hvor adfærden ellers

115 *Konkurrenceredegørelse 2004, kapitel 6, afsnit 6*
116 *United Brands-sagen, 27/76 (der ikke specifikt omhandlede predatory pricing, men prisdiskrimination samt leveringsnægtelse)*
117 *Ibid., præmis 189*

ville være omfattet af forbudet i den daværende art. 86. En specifik fastlæggelse af udstrækningen af doktrinen fandt Domstolen dog ikke anledning til at formulere.

8.7.2.2. AKZO-sagen

I den for fastlæggelsen af begrebet predatory pricing så afgørende domstolsafgørelse i AKZO-sagen indgår også betragtninger vedrørende meeting competition-doktrinen. Af Kommissionens foreløbige forholdsregler i sagen fremgår det, at for at anvende doktrinen måtte AKZO Chemie påvise, at[118]:

- en pris lavere end den af AKZO tidligere fastsatte var blevet tilbudt af konkurrenten samt
- at denne konkurrent *ville* samt *kunne* effektuere tilbuddet.

Herfra må det kunne udledes, at Kommissionen var af den opfattelse, at den dominerende virksomhed ikke kun skulle kunne fastslå eksistensen samt størrelsen af en konkurrents pris, men også konkurrentens hensigter samt formåen. At en sådan interesse for og indsigt i konkurrentens tilbud meget vel kan være i strid med forbudet i art. 81, stk.1 mod udveksling af priser på det horisontale plan udtaler Kommissionen sig ikke om[119]. Kommission fastslog i den endelige beslutning[120], at AKZOs formål med at erhverve information om konkurrentens priser var at *underbyde* disse. Domstolen gentog betragtningerne og lagde vægt på, at en sådan indsigt i konkurrentens prispolitik, såfremt den indgår som led i en plan om at eliminere den pågældende konkurrent, ikke kan anses for en normal forretningsmæssig adfærd.

På denne baggrund er det realistisk set ikke umiddelbart uden problemer for den dominerende virksomhed at få indsigt i konkurrentens priser, hvilket er en forudsætning for bevidst at kunne matche dem under påberåbelse af doktrinen. Dette skyldes, at en sådan adfærd meget nemt kan tiltrække konkurrencemyndighedernes interesse. En sådan interesse førte til Hoffmann-La Roche-sagen[121]. Sagen angik anvendelsen af såkaldte *engelske klausuler*. Ved en engelsk klausul forstås en passus indføjet i en aftale, der indebærer, at modparten (køberen) forpligter sig til at give meddelelse til den første part (sælgeren) såfremt han modtager et bedre tilbud fra tredjemand, samt at modparten forbydes at kontrahere med tredjemanden, hvis den første part på baggrund af de nye oplysninger afgiver et bedre tilbud.[122] Domstolen fastslog i afgørel-

118 *AKZO-sagen, L 252/13, præmis 38*
119 *Springer, p. 251-259*
120 *AKZO-sagen, L 374/1*
121 *Hoffmann-La Roche-sagen, 85/76*
122 *Madsen, p.122*

sen i sagen, at sådanne klausuler *per se* udgør et brud på gældende konkurrencelovgivning.[123]

Den dominerende virksomhed er derfor afhængig af, at kunderne frivilligt videregiver oplysningerne, eller at disse videregives direkte af konkurrenten, samtidig med at virksomheden må være opmærksom på, at indsamlingen af disse informationer på et senere tidspunkt vil kunne blive brugt af konkurrencemyndighederne som et led i en bevisførelse vedrørende eliminerings-hensigt.

I AKZO-sagen foretager Domstolen også en sondring mellem rent defensive pristilpasninger på den ene side og offensive pristilpasninger på den anden side. Domstolen slår i beslutningen fast, at Kommissionens afgørelse vedrørende dette punkt står ved magt. Artikel 86 fortolkes af Domstolen på følgende måde:

"Dels forbyder den AKZO at gøre fremstød over for ECS' kunder med tilbud om gunstige priser, uden at selskabets egne kunder tilbydes den samme fordel. Dels forbyder den AKZO at foretage en tilpasning til ECS' priser, uden at AKZO lader denne gælde til fordel for sine egne kunder, såfremt ECS skulle forsøge at vinde den kundekreds tilbage, som AKZO ulovligt har overtaget fra ECS."[124]

"Den situation, AKZO har anført til støtte for sin påstand, er derimod ikke omfattet af bestemmelsen. Bestemmelsen forbyder således ikke selskabet at foretage defensive pristilpasninger, heller ikke i forhold til ECS' priser, for at bevare selskabets faste kundekreds."[125]

Med denne passus slår Domstolen fast, at doktrinen kun anvendes som forsvar for rent defensive pristilpasninger med henblik på at bevare en allerede etableret fast kundekreds.[126]

Hvad angår begrænsningen, der ligger i at den dominerende virksomhed med afsæt i meeting competition-doktrinen kun er berettiget til at matche konkurrentens priser og ikke at underbyde disse ("meeting but not beating competition"), anføres det i Kommissionens foreløbige forholdsregler i AKZO-sagen, at:

---

123 *Hoffmann-La Roche-sagen, 85/76, præmis 107*
124 *AKZO-sagen, C62/86, præmis 155*
125 *Ibid., præmis 156*
126 *Se endvidere Tetra Pak II-sagen, T 83/91, præmis 147*

" AKZO vil få lov til at tilbyde eller levere under de ovenfor fastlagte mindstepriser, dog kun for så vidt det angår en bestemt kunde og kun, såfremt det er nødvendigt at gøre dette i god tro for at nå ned på (men ikke underbyde) en lavere pris, som det påvises er blevet tilbudt af en leverandør, der er rede til og i stand til at levere til denne kunde."[127]

Kommissionen anfører således, at den er villig til at anerkende, at såfremt den dominerende virksomhed blot matcher konkurrentens priser konstituerer dette ikke en overtrædelse – naturligvis stadig under den forudsætning, at der er tale om rent defensive pristilpasninger. Det skal i den forbindelse bemærkes, at der ikke umiddelbart[128] af Kommissionen sondres mellem priser, der ligger over eller under den dominerende virksomheds variable omkostninger.

Problemstillingen kan yderlige kompliceres såfremt konkurrenten tilbyder kunden ekstra fordele, såsom fri levering, service-aftale eller lignende. Fra visse sider er der argumenteret for, at man af denne grund bør tillade defensive underbudspriser – det vil sige, at benytte priser til egne kunder, der ligger under konkurrentens priser[129]. Med en sådan løsning vil man dog løbe ind i nøjagtig de problemer, der er hele grundlaget for princippet for predatory pricing. Forslaget inkluderer jo, at man tillader en virksomhed at anvende priser, der ligger under omkostningsniveauet, så længe det kun sker over for egne kunder. En mere ligefrem og logisk løsning vil dog være at kapitalisere fordelen og fratrække den konkurrentens pris, såfremt dette lader sig gøre. Ved denne fremgangsmåde kan priserne sammenlignes og hensynet til den dominerende virksomhed, der ligger bagved betragtningerne om meeting competition-doktrinen, kan bevares.

8.7.2.3. Irish Sugar-sagen

I 1997 traf Kommissionen afgørelse i Irish Sugar-sagen[130], hvor den idømte den dominerende virksomhed Irish Sugar PLC en betragtelig bøde. Irish Sugar PLC indpassede gennem en periode deres priser til potentielle kunder efter konkurrenternes priser. Konkurrenternes priser blev kun matchet og ikke direkte underbudt. Til deres forsvar for prispolitikken anførte Irish Sugar PLC, at virksomheden kun anvendte defensive foranstaltninger og henviste i den forbindelse til AKZO-sagen, hvor Kommissionen i beslutningen om foreløbige forholdsregler anførte at:

127 *AKZO-sagen, L 252/13, præmis 38*
128 *En sådan sondring fremgår I hvert fald ikke af præmisserne.*
129 *Springer, p. 251-259*
130 *Irish Sugar-sagen, L 258/1*

"det ikke udgør misbrug af en dominerende stilling, når en dominerende udbyder justerer sine priser for at matche konkurrerende tilbud givet til eksisterende kunder".[131]

Kommissionen anerkendte denne adgang, men indføjede herefter en passus, der er meget interessant:

"Der er ingen tvivl om, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, er berettiget til at forsvare denne stilling ved at konkurrere med andre virksomheder på sit marked. Den dominerende virksomhed må imidlertid ikke bevidst forsøge at holde konkurrenter ude. Den har en særlig forpligtelse til ikke at mindske den tilbageværende konkurrence på markedet yderligere."[132][133]

I begrundelsen for resultatet henviser Kommissionen specifikt til AKZO-sagen og præmisserne gengivet ovenfor i afsnit 7.2.2. Det skal dog bemærkes, at Irish Sugar-sagen ikke direkte involverer predatory pricing, da de af Irish Sugar PLC anvendte priser lå over de totale omkostninger. Sagen har dog sin relevans i nærværende afhandling grundet Irish Sugar PLC påberåbelse af præmisserne i AKZO-sagen, og i Kommissionens analyse henvises tillige til samme afgørelse, samt Tetra Pak II-sagen. Kommissionen konkluderer i beslutningen, at dominerende virksomheder, der tilbyder underbudspriser til bestemte kunder, mens højere priser opretholdes for andre tilsvarende kunder, overtræder art. 82, såfremt objektive begrundelser for priserne ikke kan påvises. Kommissionen udtaler sig ikke nærmere om, hvad en sådan objektiv begrundelse kan være, men baseret på den øvrige retspraksis, som denne beslutning ikke synes i modstrid med, må det antages, at meeting competition-doktrinen, som denne er beskrevet ovenfor, udgør netop en sådan objektiv begrundelse[134].

8.7.2.4. Wanadoo-sagen

I Wanadoo-sagen udtalte Kommissionen sig også om problemstillingen, men dog ikke på en måde, der umiddelbart bidrog konstruktivt til opklaringen af, hvor langt doktrinen kan udstrækkes.

"Whilst it is true that the dominant operator is not strictly speaking prohibited from aligning its prices on those of competitors, this option is not open to it where

---

131 *Ibid., præmis 131*
132 *Ibid., præmis 134*
133 *Den autentiske engelske tekst har følgende ordlyd: "It has a special responsibility not to diminish further the degree of competition remaining on the market."*
134 *Andrews, p. 49-57*

it would result in its not recovering the costs of the service in question. Whilst the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of its entitlement to protect its own commercial interests when they are attacked, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen that dominant position and abuse it. The dominant undertaking thus has a special responsibility not to allow its behaviour to impair genuine undistorted competition on the common market."[135]

Såfremt den første del af ovennævnte passus skal tages for pålydende levnes ikke meget plads til meeting competition-doktrinen, da den dominerende virksomhed øjensynligt ikke er berettiget til at matche konkurrentens priser, såfremt de ligger under den dominerende virksomheds omkostningsniveau. Herefter følger dog en passus, der kan opfattes som en opblødning på den umiddelbart forinden anførte noget absolutte formulering. Her inddrages virksomhedens subjektive *formål* med prisfastsættelsen og det skal vurderes hvorvidt denne er udtryk for misbrug. Med andre ord anvender Kommissionen her parametre som genfindes i AKZO-sagen, og kravet om elimineringshensigt (ved priser i gråzonen over gennemsnitlige variable omkostninger, men under de gennemsnitlige totale omkostninger).

Formuleringen ligger tillige tæt op ad Kommissionens formulering i Irish Sugar-sagen anført ovenfor, hvor fokus blev lagt på, at den dominerende virksomhed har en *"særlig forpligtelse til ikke at mindske den tilbageværende konkurrence på markedet yderligere"*.

Ses præmis 315 i afgørelsen som en helhed, er der derfor ikke umiddelbart anført betragtninger, der ikke kan forenes med den hidtidige praksis på området. Man kan dog håbe af Retten i deres afgørelse, sag. T 340/03, finder anledning til at præcisere retstillingen på området, da den hidtidige praksis ikke kan anses for at være fyldestgørende, da den ikke fastlægger den nøjagtige udtrækning af doktrinen.

8.7.3. Dansk praksis

Meeting competition-doktrinen er ikke omtalt i den danske lovtekst eller behandlet i forarbejderne. På trods af dette må det dog antages, at der på linie med EU-retten også i dansk konkurrenceret eksisterer en mulighed for en dominerede virksomhed at påberåbe sig meeting competition-doktrinen.[136] Problemstillingen har været indgående diskuteret af Konkurrencerådet i sagerne vedrørende gratisaviserne Urban (Berlingske Gratisaviser) og

135 *"Wanadoo-sagen", præmis 315*
136 *Se afsnit 3.1. vedrørende pligten til EU-konform fortolkning*

MetroXpress. I de øvrige danske sager har doktrinen kun været berørt perifert[137].

8.7.3.1. MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002

Som nævnt fik Konkurrencerådet mulighed for at kommentere og afgrænse doktrinen i sagskomplekset vedrørende MetroXpress/Berlingske Gratisaviser A/S, da Berlingske Gratisaviser A/S anførte som forsvar for deres prispolitik, at denne blot var udtryk for defensiv pristilpasning og henviste til EU-praksis[138].

Rådet indleder analysen af meeting competition-doktrinen med en generel opsummering af retsstillingen på området set i lyset af EU praksis[139], og de fremkomne betragtninger var i god overensstemmelse med denne[140]. I den specifikke analyse af de faktiske forhold anfører Rådet dog, at udgangspunktet tages i parternes *gennemsnitlige* nettopriser og anfører efterfølgende:

"Det udgør som udgangspunkt et misbrug hver gang Berlingske Gratisaviser over for en kunder anvender kontaktpriser, der ligger under MetroXpress' nettokontaktpris. Idet branchen er kendetegnet af, at hver avis har et stort antal kunder, og idet MetroXpress' nettokontaktpriser er svingende, kan det dog få uproportionale følger såfremt det kræves, at Urban i hver enkelt individuel kontrakt ikke kan gå under MetroXpress' nettokontaktpris til samme kunde."[141]

Det fremgår af ovenstående, at Rådet ikke sondrer mellem den dominerende virksomheds egne og konkurrentens kunder, hvilket var en væsentlig del af Domstolens sondring i AKZO-sagen. Såfremt denne sondring ikke iagttages, åbnes op for offensive pristilpasninger. At der ikke skelnes mellem kundegrupper må anses for at være klar mangel i Rådets analyse.

Endvidere baserer Rådet analysen på de *gennemsnitlige* nettopriser. Et sådant udgangspunkt har den konsekvens, at der kan anvendes underbudspriser fra den dominerende virksomheds side, så længe priserne gennemsnitligt ikke ligger under konkurrentens. Dermed kan prisfastsættelsen, med afsæt i meeting competition-doktrinen, anvendes offensivt til at erobre nye markedsandele og potentielt eliminere konkurrenterne[142].

---

137 *Em. Z. Svitzer-sagen, Rådsmødet den 27. november 2002 præmis 74*
138 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002, præmis 156*
139 *Meget naturligt, da denne sag var den første danske sag, der vedrørte problemstillingen*
140 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002, præmis 158*
141 *Ibid., præmis 175*
142 *Betragtninger på linie med de anførte er fremsat af Høg, UfR 2003B.18*

Det må derfor konkluderes, at Rådets afgørelse ikke er i overensstemmelse med den EU-praksis Rådet ellers postulerer at ville lægge til grund for afgørelsen. Domstolen fremhæver i AKZO-sagen, at de anvendte kriterier er tilpasset netop AKZO-sagens specifikke omstændigheder[143], og at de anvendte præmisser derfor ikke prætenderer at være udtømmende, men at udvide doktrinens område til også at omfatte offensive pristilpasninger synes ikke foreneligt med EU-praksis.

I et svar på den kritik afgørelsen medførte, anførtes det, at grunden til at der ikke skelnes mellem den dominerende virksomheds faste kunder og potentielle kunder, skulle findes i det faktum, at markedet var ganske nyt, hvorfor sådanne tilhørsforhold ikke eksisterede. [144] Endvidere fremhævedes det, at grunden til at der ikke var tale om lovlig meeting competition var, at Berlingske Gratisaviser underbød MetroXpress. På baggrund af dette anføres det, at afgørelsen var i god overensstemmelse med EU-praksis.

Som også anført andet steds[145] kan denne begrundelse ikke anses for fyldestgørende. At markedet er nyt og det derfor er vanskeligt nærmere at fastlægge kunderelationerne, bør ikke begrunde at doktrinen udvides til også at omfatte offensive tiltag. Meeting competition-doktrinen skal ses som en undtagelse til hovedreglen og bør derfor ikke udvides som følge af uigennemskuelige markedsforhold.

Endvidere begrunder sådanne forhold ikke, at Rådet anvender de forkerte parametre (gennemsnitlige priser samt manglende sondring mellem kunder) i deres bedømmelse. At resultatet følger af, at Berlingske Gratisaviser underbød MetroXpress gør ikke de af Rådet anførte betragtninger mere juridisk holdbare.

8.7.3.2. MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 24. september 2003

Som beskrevet ovenfor indbragte MetroXpress efter udløbet af det år, hvor det af myndighederne nedlagte påbud udløb, endnu en klage. Hermed fik Rådet mulighed for at tage stilling til problemstillingen på ny. Rådet gjorde indledningsvis opmærksom på, at afgørelsen af 29. maj 2002 var baseret på visse forenklinger i forhold til EU-praksis og anførte, at disse forenklinger *"nødvendigvis"*[146] fulgte af de givne forhold. Rådet medgav dog, at en sådan forenkling medførte, at den dominerende virksomhed kunne rette aggressive prissænkninger mod konkurrentens kunder, så længe de gennemsnitlige priser ikke lå under konkurrentens.

143 *AKZO-sagen, 62/86, præmis 73*
144 *West og Kristensen, U2003B.25 som er en kommentar til Høgs artikel U2003B.18*
145 *Høg, U2003B.18*
146 *MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 24. september 2003, præmis 93*

Med baggrund i den forløbne tid mellem de to afgørelser så Rådet sig dog på dette tidspunkt i stand til at skelne mellem kundekredsene, og en afgrænsning af doktrinen tættere på EU-praksis kunne derfor efter Rådets opfattelse nu foretages.[147]

Herefter fulgte et ræsonnement, der var helt i tråd med den linie EU-retten havde udstukket, hovedsageligt i AKZO-sagen. Hermed distancerede Rådet sig fra den tidligere afgørelse med henvisning til, at markedet ikke længere var nyt/uudviklet. Det skal dog samtidig noteres, at Rådet samtidig distancerede sig fra at benytte gennemsnitlige priser, hvilket ikke *nødvendigvis* var en uundgåelig følge af markedets karakter.

8.7.4. Kritik af doktrinen

Der er i teorien visse steder argumenteret for, at meeting competition-doktrinen ikke bør kunne anvendes af den dominerende virksomhed i alle tilfælde[148]. Såfremt den etablerede virksomhed har oparbejdet et godt omdømme på markedet, vil en ret til at matche en nyankommen mindre virksomheds priser meget ofte medføre, at kunderne forbliver tro mod den etablerede virksomhed. Grundet denne oparbejdede goodwill argumenteres der for, at en ret til prisfastlæggelse, der svarer til den nyankomne aktørs priser, reelt må opfattes som en ret til at anvende underbudspriser.[149] Som løsning på problemet foreslås det, at goodwillen værdifastsættes og inkorporeres i den dominerende virksomheds priser.

Udover at dette forslag, såfremt det måtte gennemføres, vil være meget svært at praktisere for konkurrencemyndighederne/domstolene, må det også forkastes af andre grunde. At straffe en virksomhed for igennem en forudgående periode at have opbygget en god kundekontakt/goodwill synes ikke at være i overensstemmelse med de hensyn, der ligger bag konkurrencelovgivningen i såvel EU som i Danmark. Målet med konkurrence på et givent marked er en øget effektivitet samt kvalitet til glæde for samfundet som helhed. Ikke at anerkende at effektivitet samt kvalitet hænger sammen med og udspejler sig i forbrugernes præferencer, synes ikke rimeligt over for virksomhederne på trods af disses dominerende stilling. Man må stedse have for øje at målet med konkurrencelovgivningen ikke er en beskyttelse af *konkurrenterne*, men en generel beskyttelse af *konkurrencen*.

147 *Ibid., præmis 6*
148 *Edwards, p. 194*
149 *Ibid., p. 194, hvor det anføres: "This reputation advantage can make a meeting competition price effectively a price below the price of the emerging competition, and allow the incumbent to maintain the entire market."*

OECD er af den opfattelse, at doktrinen slet ikke bør kunne påberåbes. Det skyldes, at doktrinen efter organisationens opfattelse ikke lader sig praktisk gennemføre og tilmed er baseret på visse økonomiske fejlagtige ræsonnementer. Herudover tillader doktrinen, at den dominerende virksomhed opbygger et rygte gående ud på at være aggressive over for nye konkurrenter og villig til at lide store tab.[150] Denne negative indstilling til doktrinen må dog anses, at være baseret på teoretiske overvejelser, da retspraksis ikke støtter argumentet.

Som også redegjort for ovenfor knytter der sig naturligvis vanskeligheder til den nærmere afgræsning, og de forskellige omkostningsdækningsstandarder vil altid være til diskussion. At negligere den dominerende virksomheds ret til at forsvare sig mod konkurrenter på baggrund heraf synes dog ikke i tråd med konkurrencerettens generelle formål.

8.7.5. Almindelige forretningsmæssige dispositioner

Udover den ovenfor omtalte undtagelse vedrørende meeting competition-doktrinen bør også visse andre dispositioner anerkendes som lovlige af konkurrencemyndighederne. Følgende er ikke en udtømmende opregning over hvilke dispositioner, der bør tillades, men blot en illustration af, at der eksisterer visse almindelige forretningsmæssige dispositioner, der ikke bør påkalde sig myndighedernes opmærksomhed.

Salgspriser, der ikke dækker de med produktionen forbundne omkostninger, kan være forretningsmæssigt fornuftige og ikke være et udslag af den dominerende virksomheds ønske om gennem den lave prisfastsættelse at eliminere konkurrencen/konkurrenterne[151]. Her tænkes for eksempel på:

- salg af produkter, der er gået af mode og derfor ikke kan indbringe det ellers tidligere forventede,
- varesortimenter, der er på vej til at udgå og derfor ikke kan bære den hidtidige pris,
- varelagre, der nærmer sig sidste salgsdato og derfor kræver afsættelse hurtigst muligt,
- introduktionspriser, der i en kortere periode ikke afspejler omkostninger, for at introducere et nyt produkt på markedet,[152]
- umiddelbart opsigelige kontrakter med faste priser, som den dominerende virksomhed er forpligtet til at opfylde på trods af, at den fastlagte pris ikke dækker omkostningerne.

150 *OECD, 2005, p. 9*
151 *Christensen m.fl., p. 616*
152 *Konkurrencerådet anfører i deres afgørelse af 25. maj 2005 vedrørende TDCs prissætning af ADSL-ydelser, at netop sådanne introduktionspriser som udgangspunkt kan accepteres*

I sådanne tilfælde kan der vanskeligt argumenteres for at sådanne dispositioner vil være i strid med formålet bagved konkurrencelovgivningen og ideen om effektiv ressourceanvendelse. Specielt på grund af det forhold, at der oftest er tale om prisnedsættelser af begrænset varighed og omfang.

Nævnes bør også såkaldt *System Pricing*[153]. Begrebet minder om *kombinationssalg/tying clauses*, hvor det stilles som betingelse for at indgå en aftale, at den anden part tillige aftager en eller flere tillægsydelser. *System Pricing* afviger dog herfra ved, at der ikke opstilles egentlige betingelser ved købet af den første ydelse. Ofte er der tale om et forholdsvist billigt produkt, der sælges med tab, med det formål at tiltrække købere til en anden ydelse, der komplementerer den første ydelse. Denne anden ydelse, hvilken der er skabt et behov for, sælges til priser, der dækker såvel omkostningerne ved produktionen ved denne ydelse, samt dækker tabet ved den første ydelse. [154]

En sådan fremgangsmåde, hvor den første ydelse sælges til underbudspriser, bør som udgangspunkt tillades. Udgangspunktet bør dog forlades, såfremt en konkurrent udelukkende sælger det første produkt og ikke det komplementerende produkt samt, at prispolitikken truer den generelle konkurrence på markedet.

De ovenfor beskrevne dispositioner er ikke direkte behandlet i hverken dansk eller EU-praksis, men indirekte tog Domstolen dog stilling til dele af problematikken i AKZO-sagen[155]. Areeda og Turner var af den opfattelse, at priser der afspejlede en virksomheds optimale drift på kort sigt, under alle omstændigheder skulle tillades. AKZO Chemie fremfører et sådant synspunkt, klart inspireret af de nævnte amerikanske forfattere til forsvar for deres prissætning.[156] Domstolen finder ikke anledning til direkte at kommentere det af AKZO Chemie fremførte, men de forhold Domstolen vælger at lægge til grund for afgørelsen kan ikke harmonere med AKZO Chemies argumenter. Dette må antages at medføre, at Domstolen ikke som udgangspunkt vil godtage profitmaksimering/tabsbegrænsning på kort sigt som forsvar for predatory pricing. Heraf synes dog ikke nødvendigvis at følge, at de ovenfor beskrevne situationer bør sanktioneres med hjemmel i principperne om predatory pricing.[157]

---

153 *Ritter, p. 613-649*

154 *Traditionelt eksemplificeret ved at første ydelse udgør en barber-skraber (der sælges til en pris under omkostningerne), mens den anden ydelse udgør barber-bladene (der sælges til en pris, der klart overstiger omkostningerne)*

155 *At de ikke er behandlet nærmere kan være et udslag af at konkurrencemyndighederne ikke finder anledning til at gribe ind overfor denne type adfærd*

156 *AKZO-sagen, C-62/86, præmis 67-68*

157 *På linie hermed, OECD, 2005, p. 9*

8.7.6. Opsummering

Eksistensen af meeting the competition-doktrinen kan på baggrund af ovenstående konkluderes at ligge forholdsvis fast. Hvad angår selve udstrækningen af doktrinen forholder det sig lidt anderledes. Der synes dog generel enighed om, at beskyttelsen af egne handelsinteresser ikke kan udtrækkes til offensive pristilpasninger, men kun kan retfærdiggøre defensive pristilpasninger. Endvidere giver doktrinen kun grundlag for at matche en konkurrents priser, men ikke at underbyde disse.

Som ovenfor påvist kan det være meget vanskeligt for en virksomhed på lovlig vis at tilegne sig de nødvendige informationer for at matche konkurrentens priser. Herudover blev det problematiseret, at situationen hvor en konkurrent knytter ekstra fordele til ydelsen ikke synes berørt i retspraksis. Problemet kan dog løses ved at fordelens værdi kapitaliseres.

I litteraturen er fokus meget ofte på den anerkendte meeting competition-doktrin, men der bør endvidere ligeledes være adgang for den dominerende virksomhed til at foretage almindelige forretningsdispositioner. Formålet med udviklingen af principperne vedrørende predatory pricing var ikke og kan ikke være at sanktionere disse dispositioner, såfremt de ikke kan anses for at være udtryk for en elimineringshensigt.

8.8. ANALYSE AF DET SUBJEKTIVE ELEMENT – ELIMINERINGSHENSIGT

Mange har forsøgt at opstille en test baseret på rene økonomiske betragtninger og renset for subjektive elementer. Som også fremhævet ovenfor i afsnit 4.2.1. var en af disse Areeda og Turners test, hvorefter en prisfastsættelse, der lå under de gennemsnitlige variable omkostninger, ansås som en overtrædelse af princippet om predatory pricing.

Areeda og Turners test er en test baseret udelukkende på en analyse af omkostningerne. Visse forfattere, navnlig amerikanske, er af den opfattelse, at test skal formuleres mindre restriktivt samt, at det skal indføjes i testen, at virksomheden skal have mulighed for at genindvende de lidte tab.[158] Visse amerikanske domstole har krævet netop et sådant bevis for at bedømme en adfærd, som en overtrædelse af predatory pricing.

158 *Whish, p. 704 med note 141*

Andre forfattere er af den opfattelse, at Areeda og Turners test ikke er restriktiv nok i tilfælde, hvor en virksomhed sælger ydelsen til priser over de variable omkostninger, men der samtidig foreligger beviser for at formålet (eller følgen) med prissætningen er at eliminere, afskrække eller disciplinere konkurrenterne.[159]

8.8.1. EU-praksis

EF-domstolen valgte med afgørelsen i AKZO-sagen en test indeholdende et klart subjektivt element. AKZO Chemie argumenterede for, at en ren omkostningsbaseret test skulle anvendes, men Domstolen valgte at lægge vægt på den dominerende virksomheds hensigt og henviste som bevis for en sådan til interne dokumenter samt virksomhedens generelle optræden. I det specifikke sagskompleks fremgik det efter Domstolens opfattelse, at formålet var at eliminere den direkte konkurrent ECS. Der fokuseres fra Domstolens side på de af AKZO Chemie fremsatte trusler, prisnedsættelsernes selektive natur, brugen af eksklusivaftalerne, der samlet set illustrerede virksomhedens destruktive hensigt.

Med en sådan argumentation tillagde Domstolen ikke de af AKZO fremførte modargumenter synderligt vægt. Argumenterne gik ud på, at de i sagen fremlagte interne dokumenter og vidneudsagn i lige så høj grad kunne siges at være udtryk for en strategi gående ud på en effektivitetsbaseret priskonkurrence som udtryk for en egentlig elimineringshensigt.

8.8.2. Dansk praksis

Den danske praksis på området er baseret på de samme betragtninger som er redegjort for ovenfor. I sagen mellem MetroXpress og Berlingske Gratisaviser valgte Rådet i begge afgørelser at fokusere på de variable omkostninger og fastslog, at priserne lå under dette niveau og undgik derfor en nærmere analyse af de subjektive forhold.

I Post Danmark-sagen[160] konkluderede Rådet, at Post Danmark ikke havde fastsat priserne til under de gennemsnitlige variable omkostninger, men muligvis under de gennemsnitlige samlede omkostninger. Hermed fik Rådet anledning til at kommentere Post Danmarks eventuelle elimineringshensigt. På linie med EU-praksis var analysen meget konkret.[161] Rådet fandt ikke at markedsstrukturen som sådan indikerede, at Post Danmarks aggressive adfærd var udslag af en egentlig elimineringshensigt.

---

159 Mastromanolis, p. 211-224
160 Post Danmark-sagen, Rådsmødet den 24. november 2004
161 Ibid., præmis 126-139

På samme måde som i AKZO-sagen indhentede Rådet på modpartens opfordring kopier af strategiplaner, bestyrelsesmødereferater og direktionsmødereferater, men Rådet var af den opfattelse, at Post Danmarks udmeldinger var af en for generel karakter til at udgøre bevis for elimineringshensigt.

8.8.3. Opsummering

Som påvist ovenfor vil visse komplikationer uundgåeligt opstå med den af EF-domstolen valgte test, der i visse tilfælde kræver bevis for en elimineringshensigt. At basere en test på eksistensen af en elimineringshensigt har den ulempe, at flertallet af konkurrenter helt grundlæggende hellere end gerne så deres rivaler elimineret. Konkurrencelovgivningens fornemste formål er at animere virksomhederne til at tilstræbe, med lovlige virkemidler naturligvis, at opnå en monopolstilling, men samtidig at gøre mulighederne for konkurrence så tilgængelige for andre virksomheder, at en sådan stilling på markedet aldrig opnås. Det er i dette vanskelige rum, at elimineringstesten har sit anvendelsesområde.

Sofistikerede virksomheder er oftest vejledt på en sådan måde, at de ikke sender direkte trusler til konkurrenten eller ligger inde med interne dokumenter, der kan beslaglægges af konkurrencemyndighederne. Eksemplificeret ved Post Danmark-sagen ovenfor og den citerede passus fra Konkurrencerådets afgørelse. Modsat gør sig selvfølgelig gældende ved knap så sofistikerede virksomheder, der ikke besidder den fornødne juridiske indsigt.

En test, der nok indeholder subjektive elementer og kræver bevis for elimineringshensigt, vil være mere praktisk anvendelig såfremt disse elementer har en mere objektiv karakter med et klarere økonomisk fundament. En sådan test har imidlertid vist sig meget svær at formulere.162 Testen skal kunne anvendes til at påvise, at den udviste adfærd kun giver kommerciel mening såfremt det bagvedliggende formål er at eliminere konkurrenten. Den skal være baseret på økonomiske ræsonnementer samtidig med, at den skal tage højde for det enkelte markeds specielle karakteristika, virksomhedens position og den udviste adfærd samtidig med, at den ikke skal have Areeda og Turners testens absolutte karakter. På trods af mange forsøg, samt mange retssystemers efterhånden forholdsvis omfattende retspraksis synes den vanskelige opgave med at formulere en sådan test ikke løst endnu.

162 Whish, p.705. samt Edwards, p. 182

8.9. KRAVET OM GENINDVINDING

Spørgsmålet om, hvorvidt der for at statuere predatory pricing skal kræves bevis for, at den dominerende virksomhed vil kunne genindvinde de lidte tab, er meget omdiskuteret og har været genstand for intensiv analyse i såvel juridisk som økonomisk litteratur.[163] Der er generel enighed om, at det bagvedliggende formål med en prisfastsættelse under omkostningsniveauet med det formål at drive en konkurrent ud af markedet er, at den dominerende virksomhed efterfølgende vil kunne hæve priserne til et niveau mærkbart over normalprisen, dvs. prisen på et konkurrencepræget marked.

Enigheden ophører dog når det skal fastlægges, hvorvidt det skal kunne påvises, at muligheden for genindvinding eksisterer eller et sådant bevis blot underbygger, at adfærden skal bedømmes som predatory pricing. Det kan noteres, at den overvejende opfattelse i amerikansk antitrust-lovgivning samt praksis er, at genindvinding skal kunne sandsynliggøres.[164] [165]

Det må formodes, at en virksomhed, der indleder sig på predatory pricing, må være overbevist om at kunne genindvinde de lidte tab på medium/lang sigt, når elimineringen har vist sig succesfuld. Udover dette må virksomheden være af den overbevisning, at de fremtidige høje priser ikke vil tiltrække en række effektive konkurrenter. Med andre ord må der eksistere en adgangsbarriere af en vis størrelse. En sådan kan dog meget vel, udover mere gængse barrierer, være et udslag af den dominerende virksomheds økonomiske styrke og den viste villighed til predatory pricing. En sådan villighed til om nødvendigt at lide store tab på kort sigt, kan meget vel virke afskrækkende på potentielle konkurrenter, da konkurrenterne kan formode/frygte, at noget lignende vil gentage sig såfremt konkurrenten forsøger at vinde markedsandele.

Som redegjort for ovenfor i afsnit 4 skal predatory pricing ikke anskues som et statisk fænomen, hvor fokus udelukkede er på prisfastsættelsen karakter på kort/medium sigt. I stedet skal problematikken anskues som en langsigtet strategi fra den dominerende virksomheds side, hvor målet er at opnå en meget lukrativ monopolstilling på lang sigt.

---

163 *Af juridisk litteratur kan blandt andet nævnes Ritter II, Mastromanolis, Lang og O'Donoghue*

164 *Jf. blandt andre; Brooke Group-sagen, hvor US Supreme Court netop af denne grund afviste, at der var tale om predatory pricing*

165 *Det skal i den sammenhæng dog bemærkes, at efter amerikansk antitrust law, er det ikke et krav at den underbydende virksomhed er dominerende*

8.9.1. AKZO-sagen

I AKZO-sagen, udtalte Domstolen sig ikke eksplicit om problemstillingen vedrørende genindvinding, men i den test Domstolen valgte at formulere indgik ikke et krav om, at virksomheden skulle kunne genindvinde tabet. Det kan ses som et tegn på, at Domstolen ikke fandt det nødvendigt med at inkludere genindvinding som en juridisk betingelse for at klassificere en prissætning som predatory pricing.

Det skal i den forbindelse erindres, at Domstolen i AKZO-sagen var meget konkret i dens begrundelser og ræsonnementer og direkte anførte, at *"Det er disse kriterier, der skal anvendes i denne sag"*[166], hvilket må betyde, at såfremt omstændighederne ændres vil der fra Domstolens side *kunne* lægges vægt på andre kriterier.[167]

8.9.2. Tetra Pak II-sagen

I Tetra Pak II-sagen[168] argumenterede Tetra Pak for, at muligheden for genindvinding skulle påvises af modparten, hvilket Tetra Pak naturligvis ikke mente, der var belæg for. Domstolen anførte vedrørende Tetra Paks anbringende følgende:

"Det bemærkes, at under de i sagen foreliggende omstændigheder findes det ikke påkrævet endvidere at kræve som yderligere bevis, at det påvises, at Tetra Pak havde en reel chance for at genindvinde sine tab. Udbud til underpriser skal kunne sanktioneres, så snart der er risiko for eliminering af konkurrenterne. I den foreliggende sag konstaterede Retten i præmis 151 og 191 i den anfægtede dom, at der forelå en sådan risiko. Af hensyn til formålet, som er at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, kan man ikke vente på, at en sådan strategi fører til, at konkurrenterne faktisk elimineres."[169]

På samme vis som i AKZO-sagen var Domstolen meget specifik i præmisserne og henviste udtrykkeligt til *"de foreliggende omstændigheder"*, hvilket naturligvis gør det vanskeligt at fastslå, hvorvidt dette medfører, at de efterfølgende kriterier kun kan anvendes i denne sag eller udsagnene er udtryk for Domstolens mere generelle holdning. For det sidste synspunkt taler, at sætningen startende med *"Udbud til underpriser skal kunne sanktioneres…"* må siges, at være holdt i en meget generel tone og har unægtelig karakter af et objektivt

166 *AKZO-sagen 62/86, præmis 17*

167 *Noget sådant var netop tilfældet i Deutsche Post-sagen, L 125/39, hvor analysen blev baseret på de gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger, hvilket var en nyskabelse i EU-retspraksis. Se herom afsnit 5.4. ovenfor*

168 *Tetra Pak II-sagen, C-333/94P*

169 *Ibid., præmis 44*

udsagn. Den fremherskende opfattelse i den juridiske litteratur er da også af en sådan opfattelse.[170]

Mod denne antagelse har det været anført, at Tetra Pak II-sagen angik en serie af grove og relativt klare overtrædelser af konkurrencelovgivningen. Endvidere var Tetra Paks markedsandel meget betragtelig og virksomheden kunne karakteriseres som "super-dominerende". Dette kan forklare, hvorfor Domstolen ikke under *"de foreliggende omstændigheder"* fandt det påkrævet at påvise en mulighed for genindvinding. En sådan formulering holder muligheden åben for at kræve et sådant bevis i sager, hvor overtrædelsen er mindre åbenlys samt ikke er foretaget af en "super-dominerende" virksomhed.[171]

8.9.3 Nyere tendenser

I forbindelse med nogle af de nyere afgørelser har der været udtrykt en mere positiv holdning til at inkludere genindvinding som en juridisk betingelse. Som nævnt tidligere i gennemgangen af Compagnie Maritime Belge-sagen[172] argumenterede General Advokat Fennelly for, at kravet om genindvinding implicit var indeholdt i Domstolens afgørelse i såvel AKZO-sagen som i Hoffmann-La Roche-sagen.[173] Der kan dog stilles spørgsmål ved denne udlægning. Som det er fremgået ovenfor udtaler Domstolen sig ikke i helt klare vendinger vedrørende netop denne problemstilling.

Herudover skal det fremhæves, at i såvel Compagnie Maritime Belge-sagen som AKZO og Tetra Pak II-sagen var virksomhederne dominerende på en række markeder, men underbød kun konkurrentens priser vedrørende enkelte udvalgte produkter. På baggrund af dominansen på flere markeder er det sandsynligt, at konkurrenterne ville frygte lignende tabsgivende prissætninger på andre markeder, hvilket ville kunne gøre genindvinding lettere, da man kunne operere med priser over normal også på relaterede markeder. På denne baggrund vil virksomhederne have en udvidet adgang til genindvinding, men det fremgår ikke af afgørelserne om der har været lagt særlig vægt på dette forhold.

I markeder med meget specielle karakteristika har myndighederne i såvel Danmark som i EU vist sig tilbøjelige til at indpasse den valgte test til det enkelte marked og den enkelte situation[174]. Det kan på baggrund heraf sammenholdt med de oven for fremhævede præmissers konkrete karakter ikke

170 *Peterson og Lindeborg, p. 77*
171 *Whish, p. 708*
172 *Compagnie Maritime Belge-sagen, C-395/96P samt C-396/96P*
173 *Hoffmann-La Roche-sagen, 85/76*
174 *Kan illustreres ved afgørelserne i Deutsche Post og Post Danmark-sagen gennemgået i afsnit 5.4. og 6.4.*

udelukkes, at myndighederne vil inkludere et krav om genindvinding i fremtidige sager, såfremt myndighederne skønner at omstændighederne tilsiger dette. Den hidtidige praksis kan ikke siges definitivt at udelukke noget sådant.[175]

Kommissionen valgte i Austrian Airlines-sagen at inddrage spørgsmålet om genindvinding i vurderingen af om en samarbejdsaftale kunne tillades[176]. Austrian Airlines og Lufthansa ønskede at samarbejde, men grundet selskabernes stilling på de berørte markeder, stillede de europæiske konkurrencemyndigheder visse betingelser førend tilladelse blev givet. Selskaberne accepterede, at hver gang de nedsatte prisen på én rute, hvor de skulle konkurrere med et nytilkommet flyselskab, var selskaberne forpligtet til samtidigt at gennemføre en tilsvarende prisreduktion på tre andre ruter, hvor selskaberne ikke var udsat for konkurrence.[177]

Selvom håndhævelses- og sanktionsspørgsmål ikke er inkluderet separat i denne afhandling, giver ovenstående dog anledning til enkelte kommentarer af en mere generel natur. Ved at afkræve virksomhederne et sådant tilsagn fokuserer konkurrencemyndighederne på muligheden for predatory pricings praktiske gennemførlighed. Man går ikke ind og vurderer de med ruterne forbundne omkostninger, men gør det blot endnu mere byrdefuldt for virksomhederne at praktisere predatory pricing.

Fra en praktisk orienteret synsvinkel er det meget muligt at tilsagnet medfører, at det ikke er rentabelt (heller ikke på lang sigt) for virksomhederne at udøve predatory pricing. Fra en mere teoretisk orienteret synsvinkel kan løsningen dog ikke anses for tilfredsstillende, og ved den valgte fremgangsmåde virker det unægtelig som om man fra myndighedernes side springer over, hvor gærdet er lavest. Løsningen har klare reminiscenser af den af Baumol foreslåede test, hvorefter virksomhederne ikke må hæve priserne igen før udløbet af en 5-årig tidsperiode.[178] Baumol anerkender da også, at løsningen ikke er optimal, og at den blot gør det vanskeligere for virksomhederne at genindvinde det tabte.

8.9.4. Opsummering

På trods af muligheden for at indføje genindvinding som et element i testen, medfører dette dog ikke ubetydelige problemer. Som det fremgår af retspraksis fra andre veludviklede retssystemer, der kræver bevis for genindvinding,

175 *OECD er tilhænger af et sådant krav, OECD, 2005, p. 4*
176 *Austrian Airlines-sagen, L242/25*
177 *Konkurrenceredegørelse 2004, kap. 6.4.*
178 *Gennemgået i afsnit 4.2.2.*

har det som konsekvens, at det bliver om end meget vanskeligt at løfte bevisbyrden for predatory pricing.[179]

Udslagsgivende ville med andre ord i høj grad blive, hvorledes man vælger at opstille en sådan bevisbyrde. Såfremt det pålægges konkurrencemyndighederne/konkurrenten at løfte bevisbyrden for muligheden for genindvinding, ville dette formodentlig gøre det meget vanskeligt at dømme virksomheder efter princippet om predatory pricing. Hvis det derimod blev pålagt den dominerende virksomhed at bevise, at muligheden for genindvinding ikke foreligger, vil resultatet formodentlig blive det modsatte.

Generelt set er det meget vanskeligt for konkurrencemyndighederne at forsøge at forudsige, hvorledes markedsforholdene vil udvikle sig. Såfremt muligheden for genindvinding inkluderes, vil dette kræve yderligere analyse af hypotetiske forhold. Det vil være nødvendigt at inddrage mange faktorer, der alle i mere eller mindre grad ville basere sig på gætterier. Man kan naturligvis heroverfor fremføre, at konkurrencemyndighederne allerede i dag med den nuværende udformning af testen afkræves sådanne gætterier, men at tilføje genindvindingselementet vil blot gøre en i forvejen kompliceret analyse endnu mere kompleks.

8.10. KONKLUSION

Målet med denne afhandling var at fastlægge den nærmere afgrænsning af begrebet predatory pricing på baggrund af en analyse af såvel EU som dansk praksis.

Indledningsvis blev afhandlingens teoretiske fundament beskrevet. Majoriteten af de juridiske forfattere, der har beskæftiget sig med problematikken, anerkender, at predatory pricing forekommer, og at misbruget skal bekæmpes via retlig regulering. Der er endvidere i høj grad enighed om, at en test baseret på en omkostningsdækningsstandard (*price-costs*) er mest velegnet til at fastlægge, hvornår der er tale om misbrug af dominerende stilling. Her hører enigheden dog også op, og mange forskellige test er blevet foreslået og visse af disse indeholder også krav om bevis for elimineringshensigt.

De teoretiske begreber blev i afsnit 5 og 6 overført på såvel EU som på dansk praksis for på denne måde at finde frem til hvilken test og efter hvilke parametre, domstolene og konkurrencemyndighederne bedømmer predatory

179 *Her tænkes f.eks. på amerikansk samt australsk ret, jf. Facey og Ware samt Edwards*

pricing. Linien der blev udstukket i AKZO-sagen er fulgt forholdsvis nøje, men de seneste år er flere sektorspecifikke forhold set inddraget, og testen er videreudviklet for at tage højde for disse forhold. De gennemsnitlige ydelsesspecifikke meromkostninger synes i hvert fald på visse markeder, hvor de faste omkostninger udgør en relativt stor andel af de samlede omkostninger, at være den foretrukne omkostningsdækningsstandard. Denne tendens ses også i dansk praksis, der generelt må karakteriseres som værende i god overensstemmelse med den EU-praksis, den postulerer at ville følge.

I afsnit 7 blev det påvist, at der i tilknytning til begrebet predatory pricing også eksisterer visse objektive undtagelser, dvs. situationer, hvor det må tillades, at den dominerende virksomhed opererer med en på kort sigt tabsgivende prisfastsættelse. Det blev påvist, at den i retspraksis fastlagte meeting competition-doktrin kun kan udstrækkes til defensive pristilpasninger og kun legalisere en matchning af konkurrentens priser – ikke en underbydning. Efter en fejlbehæftet afgørelse i MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002, baseret på tvivlsomme ræsonnementer, fik Konkurrencerådet i den efterfølgende behandling af samme sag rettet op på afgørelsen, og doktrinen blev anvendt i god overensstemmelse med EU praksis.

En anvendelse af doktrinen er dog ikke uden problemer. I afsnit 7.2.2. blev det påvist, at det realistisk set ikke er uden problemer for den dominerende virksomhed, at tilegne sig en sådan indsigt i konkurrentens forhold, der er en forudsætning for doktrinens anvendelse. OECD vil blandt andet på denne baggrund ikke anerkende doktrinen, men det konkluderes i afhandlingen, at disse problemer ikke nødvendigvis bør medføre at den dominerende virksomheds ret til at forsvare sig mod konkurrenter negligeres fuldstændigt.

Det konkluderes endvidere, at der udover meeting competition-doktrinen også bør være adgang for den dominerende virksomhed til at foretage såkaldte almindelige forretningsmæssige dispositioner, såfremt de ikke kan antages at være et udslag af ønsket om at eliminere konkurrenterne. Problemstillingen er ikke direkte behandlet i praksis, men herfra kan ikke sluttes at konkurrencemyndighederne ikke vil se velvilligt på sådanne dispositioner, blandt fordi de ikke kan inkluderes i formålet med forbudet mod predatory pricing.

I gennemgangen af de teoretiske tilgangsvinkler til problemstillingen samt i analysen af praksis på området blev det fastslået, at det via den valgte test ofte bliver relevant at inddrage den dominerende virksomheds subjektive hensigter. Der sættes spørgsmålstegn ved hensigtsmæssigheden af dette i afsnit 8 og der argumenteres for, at en test baseret på mere objektivt konstaterbare forhold må foretrækkes. En sådan test har dog vist sig meget kompliceret at formulere.

Det bagvedliggende formål med predatory pricing er, at den dominerende virksomhed på lang sigt får mulighed for at genindvinde de lidte tab. Spørgsmålet om dette forhold direkte skal påvises i en sag vedrørende potentielt misbrug behandles i afsnit 9. Den europæiske praksis og teori synes i de senere år at nærme sig retstillingen i amerikansk ret, hvor et sådant bevis kræves. Det konkluderes dog, at en sådan udvikling formodentlig vil gøre det endog meget vanskeligt at bevise en overtrædelse af forbudet mod predatory pricing, hvilket må anses for skadeligt for konkurrencen generelt.

8.10.1. Afsluttende bemærkninger

På baggrund af afhandlingen kan det konkluderes, at der såvel på internationalt, som på dansk niveau ikke er basis for antagelsen om, at dominerende virksomheder ikke benytter sig af predatory pricing. Misbruget forekommer og adfærden må betragtes som en trussel mod den enkelte forbruger og konkurrencen generelt. På trods af intensive studier foretaget af såvel jurister som økonomer, er det endnu ikke lykkedes at opstille en generel regel, der kan anvendes uafhængigt af det enkelte markeds karakteristika og som klart skelner mellem predatory pricing på den ene side og legitim konkurrencefremmende adfærd.

Denne afhandling har forsøgt at fastlægge udstrækningen af forbudet mod predatory pricing, at beskrive og analysere den hidtidige udvikling samt at komme med et bud på i hvilken retning domstolene samt ikke mindst konkurrencemyndighederne bør bevæge sig i forsøget på at fremme konkurrencen samtidig med, at det ikke tillades den dominerende virksomhed at benytte sig af predatory pricing.

LITTERATURLISTE

BØGER

Christensen, Andreas, Heide-Jørgensen, Caroline, Hjelmsborg, Simon Evers, Langseth, Jan Magne, Poulsen, Sune Troels, Ryhl, Charlotte Friss Bach: *Konkurrenceretten i EU, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005*

Citeret som "Christensen m.fl." *Fejø, Jens EU-Konkurrenceret, Almindelig Del, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003* Citeret som "Fejø"

Furse, Mark: *Competition law of the UK and EC, 2nd edition,* Blackstone Press, London, 2000, Citeret som "Furse"

Jakobsen, Peter Stig, Hjelmsborg, Simon Evers: *Konkurrenceretten i Danmark og EU,* 3. udg., Schultz Lovkommentar, Schultz Forlag, 2001
Koktvedgaard, Mogens Lærebog i Konkurrenceret, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003

Korah, Valentine: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice,* 5th edition, Sweet & Maxwell, London, 1994
Korah, Valentine Cases and Materials on EC Competition Law, Sweet & Maxwell, London, 1996

Lindrup, Garth: *Competition Law Handbook,* 6th edition, Butterworths, London, 2000

Lundgaard, Kim, Kjølbye, Lars Saugmandsgaard, Henrik Øe: *EU-konkurrenceretten,* GAD Jura, 1998

Madsen, Palle Bo Markedsret, *Del 1: Konkurrencebegrænsningsret,* 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000 Citeret som "Madsen"

Mortensen, Bent Ole Gram, Steinicke, Michael: *Dansk Markedsret,* 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

Ritter, Lennart, Braun, David W., Rawlinson, Frank: *European Competition Law: A Practitioner's Guide,* 2nd edition, Kluwer Law International, The Hague, 2000

van Bael, Ivo Bellis, Jean-Francois: *Competition Law of the EEC,* 2nd edition, CCH Editions, Bicester, 1990

Citeret som ”van Bael og Bellis”, Wegener Jessen, Pernille, Mortensen, Bent Ole Gram, Steinicke, Michael Sørensen, Karsten Engsig: *Konkurrenceretlige emner,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, Citeret som ”Jessen m.fl.”

Whish, Richard: *Competition Law,* 5th editition, Lexis Nexis UK, London, 2003, Citeret som “Whish”

ARTIKLER

Ahlborn, Christian, Allan, Bill: *“The Napp case: a Study of Predation?”, World Competition*, vol. 26(2), 2003

Andrews, Phillip: *“Is meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision suggests a New Approach”,* European Competition Law Review, 1998, Citeret som “Andrews”

Areeda, Phillip, Turner, Donald F.: *“Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”,* Harvard Law Review, vol. 88, 1975, Citeret som “Areeda og Turner”

Baumol, William *“Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test”,* Journal of Law and Economics, vol. 49, 1996, Citeret som “Baumol”

Bolton, Patrick, Brodley, Joseph F., Riordan, Michael H.: *“Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*”, Tilburg – Center for Economic Research, 1999, http://www.princeton.edu/~pbolton/PDFS/BBRPrincetonDP.pdf, sidst besøgt 09.06.2005,

Boudreaux, Donald J., leit, Andrew N.: *“How the market self-polices against predatory pricing*”, Antitrust reform project, Competitive Enterprise institute, 1996, http://www.cei.org/pdf/1470.pdf, sidst besøgt 09.06.2005

Collins, Paul, Eatrides, Vicky: *“An Analysis of the Proposal to Decriminalize the Anti-competitive Pricing Practices under the Competition Act”,* World Competition, vol. 26(3), 2003

DiLorenzo, Thomas J.: *“Policy Analysis, The Myth of Predatory Pricing”,* 1992, *http://www.cato.org/pubs/pas/pa-169.html*, sidst besøgt 09.06.2005

Dyekjær, Karen: *”Konkurrenceretten: Juridisk regulering eller økonomisk styring”,* Ugeskrift for Retsvæsen, U2005B.89,

Edlin, Aaron S.: "*Stopping Above-cost Predatory Pricing*", Yale Law Journal, vol.111, 2001, Citeret som "Edlin"
Edwards, Geoff: "*The Perennial Problem of Predatory Pricing*", Australian Business Law Review, vol. 30, http://www.necg.com.au/pappub/perennial_problem_of_predatory_pricing.pdf, sidst besøgt 09.06.2005, Citeret som "Edwards"

Elhauge, Einer: "*Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are Not Predatory*", Yale Law Journal, vol. 112, 2003, Citeret som "Elhauge"
Ewald, Christian "Predatory Pricing als Problem der Missbrauchsaufsicht", Wirtschaft und Wettbewerb: Zeitschrift für Kartelrect, vol. 53 (11), 2003

Facey, Brian A., Ware, Roger: "*Predatory Pricing in Canada, the United States and Europe: Crouching Tiger or Hidden Dragon*", World Competition, vol. 26(4), 2003, Citeret som "Facey og Ware"

Hutchings, Michael: "*The Competition between Law and Economics*", European Competition Law Review, vol. 25(9), 2004

Høg, Torkil :"*Blød praksis om dræbende priskonkurrence –afgørelse fra konkurrencerådet*", Ugeskrift for Retsvæsen, U2003B.18, Citeret som "Høg, U2003B.18"

Kjølbye, Lars :"*EF-Domstolens praksis i 1996*", EU-ret og menneskeret 1997, udgave 1, februar 1997

Kon, Stephen, Turnbull, Sarah: "*Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the Napp Case*", European Competition Law Review, vol. 24 (2), 2003

Konkurrencestyrelsen: "*Prisdumping*", Konkurrenceredegørelse 2004, Konkurrencestyrelsen, Citeret som "Konkurrenceredegørelse 2004"

Lang, John Temple, O'Donoghue, Robert: "*Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC*", Fordham International Law Journal, vol. 26, 2002, Citeret som "Lang og O'Donoghue"

Lowe, Philip: "*EU competition practice on predatory pricing*", Introductory address to the Seminar "Pros and Cons of Low Prices", Stockholm, 2003, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf, sidst besøgt 09.06.2005

Lüder, Tilman: *"A new standard for predatory pricing"*, Presentation at the IBC Conference on Postal Services, Brussels, 2002, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2002_023_en.pdf, sidst besøgt 09.06.2005

Martines, Louis Miguel Hinojosa: *"Predatory Pricing Litterature under European Competition Law: The AKZO Case"*, Legal Issues of European Integration, 1993

Mastromanolis , Emmanuel P.: *"Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform"*, European Competition Law Review, vol.19, 1998, Citeret som "Mastromanolis"

McGee, John: *"Predatory Price Cutting: The standard Oil Case"*, Journal of Law and Economics 1, 1958, Citeret som "McGee"

Mersing, Erik Mohr: *"Konkurrencerettens meeting competition-princip"*, Ugeskrift for Retsvæsen, U.1996B.404

Muysert, Paul: *"Price discrimination – an unreliable indicator of market power"*, European Competition Law Review, vol. 25(6), 2004

OECD: *"Predatory foreclosure"*, DAF/COMP(2005)14, http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf, sidst besøgt 09.06.2005, Citeret som "OECD, 2005"

OECD: *"Predatory Pricing"*, OECD Publications, 1989, Citeret som "OECD, 1989"

Peterson, Tommy, Lindeborg, Stefan Perván: *"Comments on a Swedish Case on Predatory Pricing –Particularly on Recoupment"*, European Competition Law Review, vol. 22 (3), 2001, Citeret som "Peterson og Lindeborg"

Phlips, Louis, Moras, Miguel Ireneo *"The AKZO Decision: a Study of Predatory Pricing?"*, Journal of Industrial Economics, vol. 41 (3), 1993

Ridyard, Derek: *"Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – an Economic Analysis"*, European Competition Law Review, vol. 23 (6), 2002

Ritter, Cyril: *"Does the Law of Predatory Pricing and Cross-subsidisation Need a Radical Rethink?"*, World Competition, vol. 27(4), 2004, Citeret som "Ritter"

Ritter, Cyril: *"Predatory Pricing Law in Canada, Australia and New Zealand: Recent Developments"*, European Competition Law Review, vol. 26 (1), 2005, Citeret som "Ritter II"

Springer, Ulrich :*"Meeting Competition: Justification of Price Discrimination under E.C and U.S Antitrust Law"*, European Competition Law Review, vol. 18 (4), 1997, Citeret som "Springer"

West, Sven, Kristensen, Bente Skovgaard: *"Konkurrencebegrænsende priskrig (predatory pricing) –principper og praksis"*, Ugeskrift for Retsvæsen, U2003B.225, Citeret som "West og Kristensen, U2003B.25"

RETSPRAKSIS, ADMINISTRATIV PRAKSIS SAMT FORARBEJDER

Dom af 21. februar 1973	Europemballage Corporation og Continental Can mod Kommissionen, 6/72, 1973, Citeret som "Continental Can-sagen, 6/72"
Dom af 14. februar 1978	United Brands mod Kommissionen, 27/76 Citeret som "United Brands-sagen, 27/76"
Dom af 13. februar 1979	Hoffmann-La Roche & Co AG mod Kommissionen, 85/76 Citeret som "Hoffmann-La Roche-sagen 85/76"
Kommissionens beslutning af 14. december 1985	Kommissionens beslutning af 14. december 1985 i AKZO Chemie om en procedure i henhold til artikel 85 Citeret som "AKZO-sagen, L374/12"
Kommissionens beslutning af 22. december 1987	Eurofix-Bauco mod Hilti, L65/19, 1987 Citeret som "Hilti-sagen, L65/19"
Dom af 1. februar 1993	Brooke Group Ltd. v Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 224 (1993), U.S. Supreme Court Citeret som "Brooke Group-sagen"
Dom af 3. juli 1993	AKZO Chemie BV mod Kommissionen, C-62/86 Citeret som "AKZO-sagen, C62/86"
Kommissionens beslutning af 14. oktober 1994	Kommissionens beslutning af 14. oktober 1994 om at pålægge AKZO Chemie en bøde i overensstemmelse med artikel 15, stk. 1, litra c), forordning nr. 17 (foreløbige forholdsregler), AKZO-sagen L 252/13 Citeret som "AKZO-sagen, L252/13"
Folketingstidende 1996-1997	FT 1996-1997, Tillæg A., 3647-3669 Citeret som "FT 1996-1997, Tillæg A"

Dom af 14. november 1996	Tetra Pak International SA mod Kommissionen, C-333/94P Citeret som "Tetra Pak II-sagen, 333/94P"
Kommissionens meddelelse af 9. december 1997	Kommissionens meddelelse om afgræsning af det relevante marked, C-372/03, 1997 Citeret som "Meddelelsen, C-372/03"
Kommissionens meddelelse af 22. august 1998	Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren, C-265/02, 1998 Citeret som "Meddelelse, C-265/02"
Dom af 7. oktober 1999	Irish Sugar plc mod Kommissionen, L258/1, 1997 Citeret som "Irish Sugar-sagen, L258/1"
Folketingstidende 1999-2000	FT 1999-2000, Tillæg A., 6806-6807 Citeret som "FT 1999-2000, Tillæg A"
Dom af 16. marts 2000	Compagnie Maritime Belge mod Kommissionen, C-395/96P samt C-396/96P Citeret som "Compagnie Maritime Belge-sagen, C395/96P samt 396/96P"
Rådsmødet den 21. juni 2000	Konkurrencestyrelsen, Bryggeriet Vestfyens klage over Carlsberg
Kommissionens beslutning af 20. marts 2001	Kommissionens beslutning af 20. marts 2001 i Deutsche Post om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 Citeret som "Deutsche Post-sagen, L125/39"
Kommissionens pressemeddelelse af 20. marts 2001	Kommissionens pressemeddelelse af 20. marts 2001, IP/01/419 Citeret som "Deutsche Post-sagen, Pressemeddelelse"
Rådsmødet den 24. april 2002	Konkurrencestyrelsen, Klage over Danmarks Meteorologiske Institut
Rådsmødet den 29. maj 2002	Konkurrencestyrelsen, MetroXpress Danmark A/S mod Berlingske Gratisaviser A/S, Citeret som "MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 29. maj 2002"
Kommissionens beslutning af 5. juli 2002	Kommissionens beslutning af 5. juli 2002 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 i Austrian Airlines-sagen, L242/25, 2002 Citeret som "Austrian Airlines-sagen"

Rådsmødet den 27. november 2002	Konkurrencestyrelsen, Undersøgelse af A/S Em. Z. Svitzers Priser Citeret som "Em. Z. Svitzer-sagen, Rådsmødet den 27. november 2002"
Meddelelse fra konkurrencestyrelsen, 2003	Konkurrencestyrelsen, Revisionsrapport vedr. Berlingske Gratisaviser
Rådsmødet den 29. januar 2003	Konkurrencestyrelsen, Undersøgelse af TDC for misbrug af dominerende stilling ved salg af ADSL Citeret som "TDC-sagen, Rådsmødet den 29. januar 2003"
Rådsmødet den 23. februar 2003	Konkurrencestyrelsen, Post Danmarks fremtidige prissætning
Kommissionens beslutning af 16. juli 2003	Wanadoo Interactive, Kommissionens beslutning af 16. juli 2003, COMP/38.233, ikke offentliggjort Citeret som "Wanadoo-sagen"
Kommissionens pressemeddelelse af 16. juli 2003	Kommissionens pressemeddelelse af 16. juli, 2003, IP/03/1025 Citeret som "Wanadoo-sagen, Pressemeddelelse"
Rådsmødet den 24. september 2003.	Konkurrencestyrelsen, MetroXpress Danmark A/S' nye klage over Berlingske Gratisaviser A/S' prisfastsættelse Citeret som "MetroXpress-sagen, Rådsmødet den 24. september 2003"
Sag anlagt mod Kommissionen 6. oktober 2003	Wanadoo Interactive SA, France Télécom mod Kommissionen, T-340/03, verserende
Kendelse afsagt den 2. marts 2004	Konkurrencestyrelsen, Tiscali A/S og Cybercity A/S mod konkurrencerådet Citeret som "TDC-sagen, Kendelse af 2. marts 2004"
Rådsmødet den 28. april 2004	Konkurrencestyrelsen, Song Networks' klager vedr. erhvervstelemarkederne Citeret som "Song Networks-sagen, Rådsmødet den 28. april 2004"
Rådsmødet den 26. maj 2004	Konkurrencestyrelsen, Afvisning af klage over predatory pricing på flyruten København – Oslo

Kendelse afsagt den 10. august 2004.	Konkurrencestyrelsen, MetroXpress Danmark A/S mod Konkurrencerådet
Kendelse afsagt den 12. august 2004	Forbruger-Kontakt Distribution A/S mod Konkurrencerådet
Rådsmødet den 24. november 2004	Konkurrencestyrelsen, Forbruger-kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling (predatory pricing) Citeret som "Post Danmark-sagen, Rådsmødet den 24. november 2004"
Rådsmødet den 26. maj 2005	Konkurrencestyrelsen, Undersøgelse af TDC for mulig margin squeeze ved tilbud på ADSL Citeret som "TDC-sagen, Rådsmødet den 26. maj 2005"