

# **ROVPRISING**

**Ekskluderende atferd som misbruk av dominerende stilling**

Kandidatnummer: 343

Veileder: Dr. juris Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25/4-06

Til sammen 17 051 ord

27.04.2006

# Innholdsfortegnelse

|                 |  |                  |
|-----------------|--|------------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>   | <b><u>1</u></b>  |
| 1.1             | Oppgavens tema   | 1                |
| 1.2             | Oppbygging av oppgaven, avgrensning og begrepsbruk                     | 3                |
| 1.2.1           | Oppbygging av oppgaven   | 3                |
| 1.2.2           | Avgrensning og begrepsbruk   | 3                |
| 1.3             | Rettskilder og metode  | 5                |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>ROVPRISING SOM MISBRUK AV DOMINERENDE STILLING, KRRL §11</u></b> | <b><u>6</u></b>  |
| 2.1             | Oversikt   | 6                |
| 2.2             | Rovprising som ekskluderende atferd                                    | 6                |
| 2.3             | EF-praksis om rovprising – en oversikt                                 | 8                |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>GRENSENE FOR ROVPRISING – AKZO-TESTEN</u></b>                    | <b><u>11</u></b> |
| 3.1             | Sakens faktum  | 11               |
| 3.2             | Vilkår for rovprising  | 12               |
| <b><u>4</u></b> | <b><u>PRISER UNDER GVK</u></b>   | <b><u>13</u></b> |
| 4.1             | Hovedregel   | 13               |
| 4.2             | Per se-regel eller presumpsjonsregel?                                  | 15               |

|                 |  |                  |
|-----------------|--|------------------|
| <b><u>5</u></b> | <b><u>PRISER MELLOM GVK OG GTK</u></b>                       | <b><u>18</u></b> |
| <b>5.1</b>      | <b>Hovedregel</b>  | <b>18</b>        |
| <b>5.2</b>      | <b>Hvorfor forby priser mellom GVK og GTK?</b>               | <b>18</b>        |
| <b>5.3</b>      | <b>Når er priser mellom GVK og GTK ulovlige?</b>             | <b>19</b>        |
| 5.3.1           | Om intensjon   | 20               |
| 5.3.2           | Elimineringsplan   | 22               |
| 5.3.3           | Konklusjon   | 23               |
| <b>5.4</b>      | <b>Formål vs virkning</b>                                    | <b>23</b>        |
| <b><u>6</u></b> | <b><u>PRISER OVER GTK</u></b>                                | <b><u>24</u></b> |
| <b>6.1</b>      | <b>Krrl §11(2)(c)</b>  | <b>25</b>        |
| <b>6.2</b>      | <b>Selektiv priskutting</b>                                  | <b>25</b>        |
| <b>6.3</b>      | <b>Konklusjon</b>  | <b>27</b>        |
| <b>6.4</b>      | <b>Bør priser over kost forbys?</b>                          | <b>27</b>        |
| <b><u>7</u></b> | <b><u>ROVPRISING SOM MISBRUK PÅ TILSTØTENDE MARKEDER</u></b> | <b><u>29</u></b> |
| <b>7.1</b>      | <b>Tetra Pak II</b>  | <b>29</b>        |
| <b>7.2</b>      | <b>Krav om årsakssammenheng</b>                              | <b>30</b>        |
| <b>7.3</b>      | <b>Krysssubsidiering</b>                                     | <b>31</b>        |
| 7.3.1           | Om krysssubsidiering   | 31               |
| 7.3.2           | Krysssubsidiering som misbruk av dominerende stilling        | 33               |
| <b>7.4</b>      | <b>Sammenfattende bemerkninger</b>                           | <b>34</b>        |

|             |   |           |
|-------------|---|-----------|
| <b>8</b>    | <b><u>NÆRMERE OM KOSTNADER OG INNTEKTER</u></b> | <b>35</b> |
| <b>8.1</b>  | <b>Kostnadsinndelingen</b>                      | <b>35</b> |
| 8.1.1       | Variable versus faste kostnader                 | 35        |
| 8.1.2       | Tidsmomentet                                    | 36        |
| <b>8.2</b>  | <b>Gjennomsnittlige kostnader som målestokk</b> | <b>37</b> |
| 8.2.1       | Produksjonsenheten                              | 37        |
| 8.2.2       | GVK som standard terskel                        | 38        |
| <b>8.3</b>  | <b>Foretakets inntekter</b>                     | <b>39</b> |
| <b>8.4</b>  | <b>Sammenfatning om kostnadsberegningen</b>     | <b>40</b> |
| <b>9</b>    | <b><u>ROM FOR ANDRE KOSTNADSTESTER?</u></b>     | <b>40</b> |
| <b>9.1</b>  | <b>Ytelsesspesifikke meromkostninger</b>        | <b>41</b> |
| 9.1.1       | DPAG  | 41        |
| 9.1.2       | Wanadoo Interactive                             | 42        |
| <b>9.2</b>  | <b>Hvorfor en alternativ kostnadstest?</b>      | <b>43</b> |
| <b>9.3</b>  | <b>LRAIC som standard terskel?</b>              | <b>43</b> |
| <b>9.4</b>  | <b>AAC som alternativ målestokk</b>             | <b>44</b> |
| <b>9.5</b>  | <b>Konklusjon</b>                               | <b>45</b> |
| <b>10</b>   | <b><u>ROM FOR IKKE-KOSTNADSTESTER?</u></b>      | <b>45</b> |
| <b>10.1</b> | <b>Kritikk av kostnadstesten</b>                | <b>45</b> |
| <b>10.2</b> | <b>Ulike typer ikke-kostnadstester</b>          | <b>46</b> |
| <b>10.3</b> | <b>Bruk av ikke-kostnadstester i praksis</b>    | <b>48</b> |

|                  |  |                  |
|------------------|--|------------------|
| <b><u>11</u></b> | <b><u>MERGEVINST</u></b>                           | <b><u>48</u></b> |
| 11.1             | Om mergevinst                                      | 48               |
| 11.2             | Mergevinst som vilkår for rovprising?              | 49               |
| 11.3             | Konklusjon   | 51               |
| 11.4             | Bør det stilles krav om mergevinst?                | 51               |
| <b><u>12</u></b> | <b><u>OBJEKTIV NØDVENDIGHET</u></b>                | <b><u>53</u></b> |
| 12.1             | Generelt om objektiv nødvendighet                  | 53               |
| 12.2             | Ulike typer objektiv nødvendighet                  | 54               |
| 12.3             | Tapsminimerende reaksjoner på konkurrentens atferd | 55               |
| 12.3.1           | Imøtegåelse av konkurranse                         | 55               |
| 12.3.2           | Overkapasitet på markedet                          | 57               |
| 12.4             | Ikke-partsrelaterte omstendigheter                 | 57               |
| 12.4.1           | Eksternalitetsvirkninger                           | 57               |
| 12.4.2           | Effektivitetshensyn                                | 58               |
| 12.4.3           | Introduksjon av nytt produkt                       | 60               |
| 12.4.4           | ”Loss leading”                                     | 60               |
| 12.4.5           | Feilberegninger mv.                                | 61               |
| 12.5             | Sammenfatning                                      | 61               |
| <b><u>13</u></b> | <b><u>AVSLUTTENDE KOMMENTAR</u></b>                | <b><u>62</u></b> |
| 13.1             | Oppsummering                                       | 62               |
| 13.2             | Er rovprising et konkurranserettslig problem?      | 63               |

**13.3 Bør royprising reguleres? 64**

**14 KILDER 66**

---

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Oppgaven omhandler reguleringen av rovprising etter konkurranseloven §11 jf EØS art.54 og art.82 EF.<sup>1</sup>

Kommisjonen definerer rovprising som

*”where a dominant company lowers its price and thereby deliberately incurs losses or foregoes profits in the short run so as to enable it to eliminate or discipline one or more rivals or to prevent entry by one or more potential rivals thereby hindering the maintenance or the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”<sup>2</sup>*

Rovprising er etter dette prising under kost som kan eliminere konkurrenter, samt forhindre potensielle konkurrenter fra å etablere seg på markedet eller disiplinere etablerte konkurrenter slik at de priser i overensstemmelse med det dominerende foretaks prissetting.<sup>3</sup>

Fri konkurranse på markedet innebærer at konkurranse på pris er ønskelig og søkes fremmet. Lavere priser gir god ressursutnyttelse fordi ineffektive konkurrenter tvinges ut av markedet., og er videre til gunst for forbrukerne.

---

<sup>1</sup> Jf hhv lov av 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (i kraft 1.januar 1994) og Traktaten om opprettelse af det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 15.mars 1957

<sup>2</sup> Discussion Paper (2005), p.93

<sup>3</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 162 (AKZO) og IP/03/1025, premiss 266 (Wanadoo)

Lave priser indikerer dermed fungerende konkurranse. Jo hardere konkurransen er, jo lavere er prisene. Konkurransereglene skal i utgangspunktet verne om konkurranse som gir lavere priser, og det er svært viktig at priser som bør være lovlige ikke forbyes.

Også dominerende foretak må tillates å konkurrere på pris. Dominerende foretak vil imidlertid regelmessig ha større finansielle ressurser enn konkurrentene, og kan presse ut like effektive konkurrenter ved å prise under kost. Etter å ha eliminert konkurransen, kan foretaket heve sine priser til et høyere nivå enn hva de ville vært i et marked med virksom konkurranse. Rovprising er således til gunst for forbrukerne mens priskrigen pågår og til ugunst i etterkant av den.

Det er konkurransemyndighetenes oppgave å skille mellom lovlig ytelsesbetinget atferd og ulovlig konkurransebegrensende atferd: Hvor lave priser kan et dominerende foretak anvende før prispraksisen utgjør misbruk av dominansen? Det kan synes som et paradoks at konkurransereglene forbyr visse lave priser når konkurransereglene skal sikre virksom konkurranse og derigjennom lavere priser. De avgjørende spørsmål blir dermed *når* lave priser blir ulovlige og *hvorfor* de blir det.

Foretak som ikke evner å tilby like lave priser som det dominerende foretak, vil ønske å dempe konkurransen. Forbud mot rovprising kan gi slike foretak et middel til å oppnå dette fordi søksmål kan være svært kostbart for det dominerende foretak. For å verne seg mot anklager kan det hende det dominerende foretak priser høyere enn det ellers ville gjort. Forbudet mot rovprising vil da virke mot sin hensikt: på grunn av reglens eksistens kan prisene bli høyere.

De negative effekter rovprising har på et marked medfører imidlertid et behov for regulering, men den må altså utformes slik at den virker etter sin hensikt.

Det har vært atskillig diskusjon rundt hvilke kriterier som skal legges til grunn for å vurdere når et dominerende foretaks priser skal anses for lave. Denne oppgaven søker å kartlegge dagens rettstilstand.



## 1.2 Oppbygging av oppgaven, avgrensning og begrepsbruk

### 1.2.1 Oppbygging av oppgaven

Oppgaven søker innledningsvis å begrunne forbudet mot rovprising, herunder redegjøre for skillet mellom lovlig ytelsesbetinget atferd og ulovlig misbruk av dominerende stilling.

Den grunnleggende dom om rovprising er AKZO-dommen som oppstiller en kostnadstest for vurdering av rovprising.<sup>4</sup> Rovprisingsvurderingen må etter dommen deles i tre: priser under gjennomsnittlige variable kostnader (heretter GVK), priser mellom GVK og gjennomsnittlige totale kostnader (heretter GTK) og priser over GTK. Vilkårene med hensyn til de ulike kategorier behandles separat, og det foretas også de lege ferenda-vurderinger.

Oppgaven tar for seg AKZO-testens anvendelsesområde, herunder bruk av testen på tilstøtende markeder og ved krysssubsidierting, bruk av andre typer kostnadstester og bruk av ikke-kostnadstester. Problematiske aspekter ved testen blir vurdert.

Drøftelsen av mergevinst som eget vilkår foretas særskilt. Avslutningsvis gjennomgås hvordan foretaket kan legitimere sin atferd når presumpsjon for rovprising er etablert; såkalt ”objektiv begrunnelse”.

### 1.2.2 Avgrensning og begrepsbruk

Rovprising er en form for misbruk av dominerende stilling. Definisjonen av dominerende stilling, herunder spørsmål rundt avgrensningen av det relevante produkt- og geografiske marked vil ikke bli behandlet. Misbrukskriteriet vil bli gjennomgått i lys av rettspraksis om rovprising.

Når begrepet ”rovprising” eller ”rovatferd” benyttes, innebærer dette at atferden utgjør misbruk. Lave priser som ikke utgjør misbruk, kalles ikke rovpriser.

---

<sup>4</sup> Avgjørelse C-62/86

En atferd som i utgangspunktet er misbruk av dominerende stilling, kan likevel være lovlig dersom det foreligger en objektiv begrunnelse for atferden. Den ulovfestede læren om objektiv nødvendighet er utviklet av EF-domstolen og gjelder generelt for alle typer misbruk.<sup>5</sup> Hovedvekten i oppgaven vil bli lagt på objektiv nødvendighet som forsvar for rovprising, mens den generelle lære kun vil redegjøres kort for.

For at atferd som i utgangspunktet er misbruk skal anses lovlig, oppstiller ulovfestet rett også et krav om proporsjonalitet. Kravet innebærer at en misbrukende atferd ikke kan legitimeres dersom atferden går lenger enn hva som må anses nødvendig i det konkrete tilfelle.<sup>6</sup> Proporsjonalitetskravet gjelder generelt for alle typer misbruksvurderinger og drøftes ikke i denne oppgave.

Tradisjonell rovprising foreligger som nevnt i pkt 1.1 hvor et dominerende foretak forsøker å uskadeliggjøre eller eliminere en konkurrent fra markedet ved å prise sine varer eller tjenester under kost. Rovprising kan også anses å inkludere selektiv priskutting, dvs hvor et foretak tilbyr enkelte kunder lavere priser enn andre. Kundene som tilbys lavere priser er enten kunder av eller potensielle kunder for en konkurrent. De lavere prisene benyttes for å forhindre at disse kundene benytter seg av konkurrenten.

Selektiv priskutting som oppfyller vilkårene for tradisjonell rovprising, dvs pris under kost, vil i denne oppgave ikke gjøres til gjenstand for særskilt behandling. Selektiv priskutting hvor pris er over kost, vil bli behandlet i kpt 6.

Marginskvis behandles ofte i forbindelse med rovprising.<sup>7</sup> Marginskvis vil kort sagt si at marginen mellom et dominerende foretaks grossistpris og sluttbrukerpris ikke er

---

<sup>5</sup> Se Whish (2003), s.207. Eksempler fra rettspraksis er avgjørelse 27/76 (United Brands) og T-30/89 (Hilti)

<sup>6</sup> Whish (2003), s.207

<sup>7</sup> Se Whish (2003), s.714

tilstrekkelig til å oppnå positiv fortjeneste ved foretakets nedstrømsaktivitet.<sup>8</sup> Marginskvis er således en noe annen form for atferd enn rovprising, og drøftes ikke i denne oppgaven.

Rovprising kan finne sted både hva angår varer og tjenester uten at dette endrer reglens innhold. Oppgaven vil ikke skille mellom varer og tjenester, og hovedsakelig bruke begrepet ”produkt”.

### 1.3 Rettskilder og metode

Forbudet mot rovprising er innfortolket i art. 82 EF som forbyr misbruk av dominerende stilling. Konkurranseloven (heretter krrl) §11 er en implementering av EØS art.54 og art.82 EF. Oppgaven vil ta utgangspunkt i krrl §11, men de viktigste rettskilder for analysering av reglene vil være rettspraksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten, samt Kommisjonens avgjørelser. Sistnevnte avgjørelser kan sammenliknes med forvaltningspraksis i norsk rett. Det understrekes i forarbeidene til krrl at rettspraksis om de nevnte artikler vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av innholdet i krrl §11.<sup>9</sup> Gjeldende EF- og EØS-rett vil dermed legges til grunn som gjeldende rett i Norge.

Oppgaven vil nyttiggjøre seg Kommisjonens Discussion Paper fra 2005 og retningslinjer fra Kommisjonen. Discussion Paper er et ledd i utarbeidelsen av retningslinjer for art.82 EF.

Discussion Paper og Kommisjonens retningslinjer er ment å gi en pekepinn på hvorledes Kommisjonen vil angripe en foreliggende sak om rovprising. Dokumentene er basert på tidligere praksis fra Kommisjonen og de EF-rettslige domstoler, men søker også å gi en mer generell tilnærming. De har, som Kommisjonen selv påpeker, ikke tradisjonell

---

<sup>8</sup> Jf Konkurransetilsynets avgjørelse V2005-22

<sup>9</sup> Ot.prp nr.6 (2003-2004), s.68

rettskildemessig verdi.<sup>10</sup> Kommisjonen er ikke bundet til å treffe avgjørelser i overensstemmelse med dokumentene.

## **2 Rovprising som misbruk av dominerende stilling, krrl §11**

### 2.1 Oversikt

Krrl §11 medfører at konkurransebegrensende atferd er ulovlig. I pkt 2.2 vil det redegjøres for hvorfor rovatferd er i strid med lovens formål og forbudt. I pkt 2.3 vises hvordan forbudet er gjennomført ved at EF-praksis har innfortolket et forbud mot rovprising i art.82 EF. Det finnes flere dommer fra de EF-rettslige organer som forbyr rovprising. Drøftelsen vil imidlertid vise at det er naturlig å ta utgangspunkt i AKZO-dommen som grunnleggende dom ved vurdering av rovprising.

### 2.2 Rovprising som ekskluderende<sup>11</sup> atferd

Formålet med konkurransereglene er å sikre virksom konkurranse, jf krrl §1:

#### **§ 1. Lovens formål**

*Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.*

*Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser.*

Samfunnsøkonomisk effektivitet innebærer at det ikke sløses med ressurser. Konkurransen skal bidra til at samfunnets ressurser allokteres og benyttes på best mulig måte. I følge teorien om perfekt konkurranse oppnås disse målene ved konkurranse fordi konkurransen

---

<sup>10</sup> Discussion Paper (2005), pkt.7

<sup>11</sup> Misbruk av dominerende stilling er i rettspraksis delt inn i utnyttende og ekskluderende atferd, se Christensen m.fl (2003) s.470 jf avgjørelse 85/76 (Hoffman-La Roche), premiss 91. Utnyttende atferd er atferd som rammer forbrukerne direkte, mens ekskluderende atferd rammer det dominerende foretaks konkurrenter. Rovprising er ekskluderende atferd, og utnyttende atferd vil dermed ikke bli behandlet.

fører til at foretakene må bestrebe seg på å produsere så effektivt som mulig for å hevde seg på markedet. Ineffektive aktører presses ut fordi de ikke evner å holde tilstrekkelig lave priser. Foretakene vil videre søke å holde en høy kvalitet på sine produkter, samt utvikle nye produkter for å få et forsprang på sine konkurrenter.

Virksom konkurranse vil komme samfunnet til gode i form av samfunnsøkonomisk effektivitet, og komme forbrukerne til gode gjennom lavere priser, høyere kvalitet og bredere utvalg.

For at virksom konkurranse skal eksistere må foretakene tillates å styrke sin markedsposisjon; enhver som konkurrerer ønsker å vinne. Styrking av markedsposisjonen kan imidlertid innebære begrensning av konkurransen fordi markedsstrukturen kan skades. Dersom det blir for få konkurrenter, kan aktørene opptre uavhengig av hverandre og selv bestemme sine priser. Lave priser kan være konkurranseskadelig når dominerende foretak priser under kost. Et dominerende foretak kan overvinne sine konkurrenter i kraft av overlegne ressurser. De lave prisene tømmer konkurrentene for finansielle ressurser og presser dem ut av markedet.<sup>12</sup> Det dominerende foretak vil kunne gjenvinne det selvpåførte tap ved å heve prisene etter at konkurrentene er ekskludert.

I tillegg til den direkte virkning rovprising kan ha i form av ekskludering av konkurrenter, kan atferden utgjøre en etableringshindring som medfører at potensielle konkurrenter ikke entrer markedet overhodet.<sup>13</sup> Dersom et dominerende foretak er kjent for å drive en aggressiv prispolitikk overfor nykommere, kan dette ta motet fra potensielle konkurrenter. Hvor det dominerende foretak opptrer på flere markeder, kan aggressiv atferd på et av markedene ha en disiplinerende eller utestengende effekt også på de øvrige markedene.<sup>14</sup>

Det dominerende foretak kan også benytte seg av prisatferd som signaliseringsmetode for å ta motet fra eller disiplinere sine konkurrenter.<sup>15</sup> Fordi aktørene ikke har lik tilgang på

---

<sup>12</sup> Jf ”deep pocket/long purse theory”, Henriksson (2003) s.118

<sup>13</sup> Jf ”ryktemodellen”, se Henriksson (2003), s.112

<sup>14</sup> Se avgjørelse T-83/91 (Tetra Pak II)

<sup>15</sup> Henriksson (2003), s.112

informasjon vedrørende etterspørselen og det dominerende foretaks kostnadsnivå, kan konkurrentene overbevises om at det er i deres egen interesse å forlate eller utebli fra markedet fordi de ikke vil være i stand til å konkurrere. Lave priser antyder et lavt kostnadsnivå hos det dominerende foretak. Det dominerende foretak kan forsterke signaliseringen ved å fatte avgjørelser som styrker dets troverdighet, eksempelvis investere i høy produksjonskapasitet. Lave priser kan også signalisere lav etterspørsel.

Lave priser er altså ønskelig da de er til gunst for forbrukeren. Lave priser er videre en naturlig måte for aktørene å konkurrere og styrke sin markedsposisjon på. Samtidig kan priskonkurranse skade markedsstrukturen og lede til høyere priser. Det blir derfor nødvendig å skille mellom sunn konkurranse, dvs atferd som skyldes effektivitet og oppfinnsomhet (ytelsesbetinget atferd) og konkurransebegrensende atferd, dvs atferd som avspeiler utøvelse av markedsrett (misbruk av dominerende stilling).<sup>16</sup>

### 2.3 EF-praksis om rovprising – en oversikt

I AKZO-saken tok EF-domstolen for første gang stilling til grensegangen mellom lovlig priskrig og rovprising, med andre ord grensen mellom ytelsesbetinget atferd og misbruk av dominerende stilling.<sup>17</sup>

Ved denne vanskelige grensedragningen grep EF-domstolen til sin definisjon av misbrukskriteriet i Hoffman-La Roche-saken:<sup>18</sup>

*”The concept of abuse is an objective concept relating to the behavior of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of*

---

<sup>16</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004), pkt 3.4.1

<sup>17</sup> Avgjørelse C-62/86

<sup>18</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 69

*commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.*"<sup>19</sup>

Definisjonens sentrale punkt er fremhevingen av at misbruksvurderingen skal skje på objektivt grunnlag. Definisjonen er generell og gjelder alle former for misbruk.

Det forutsettes at ytelsesbetinget konkurranse er tillatt; det er kun atferd som ikke er utslag av normale konkurransemetoder som forbys. Priskonkurranse ligger i selve kjernen av normal konkurranseatferd, og skulle etter dette tilsynelatende alltid være tillatt.

I AKZO-saken videreutvikler EF-domstolen sitt utgangspunkt fra Hoffman-La Roche. Domstolen sier uttrykkelig at ikke alle former for priskonkurranse kan tillates og formulerer en egen test for vurdering av rovprising.<sup>20</sup>

Testen slår fast at priser under gjennomsnittlige variable kostnader er rovpriser, samt at priser mellom gjennomsnittlige variable kostnader og gjennomsnittlige totale kostnader er rovpriser når atferden er del av en plan om å eliminere konkurrenten.<sup>21</sup>

EF-domstolen slår altså enkelt formulert fast at grensen mellom lovlig ytelsesbetinget atferd og ulovlig konkurransebegrensende atferd går ved priser under kost. Det er foretakets kostnader i forhold til dets egne priser som er avgjørende, markedsf forholdene og de øvrige aktører er irrelevante. Denne grensdragningen er ment å gjelde generelt ved alle tilfeller av rovprising. EF-domstolen sier dette uttrykkelig i dommen når den gjennomgår testens generelle kriterier og uttaler at:

*"Det er disse kriterier, der skal anvendes i denne sag."*<sup>22</sup>

Domstolen vurderer så disse generelle kriteriene opp mot de konkrete forhold i saken.

---

<sup>19</sup> Avgjørelse 85/76, premiss 91.

<sup>20</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 70

<sup>21</sup> Se pkt 3.2 for mer om testen

<sup>22</sup> Avgjørelse C-62/86, AKZO, premiss 71-73

I Tetra Pak II la EF-domstolen til grunn AKZO-dommens kostnadstest. Tetra Pak hadde angrepet Førsteinstansdomstolens bruk av AKZO-testen. EF-domstolen avviste anførselen og ga Førsteinstansdomstolen medhold i at AKZO-testen var gjeldende rett.<sup>23</sup> DPAG-dommen er et annet eksempel. Her tok Kommisjonen utgangspunkt i AKZO-testen, men foretok visse tilpasninger.<sup>24</sup> I Norge la Konkurransetilsynet AKZO-testen til grunn i sitt vedtak overfor SAS Braathens.<sup>25</sup>

I Wanadoo-saken gjorde Wanadoo Interactive gjeldende at AKZO-dommen ikke kom til anvendelse blant annet fordi det var snakk om et ferskt marked i sterk utvikling og vekst.<sup>26</sup> Karakteristisk for en del slike nye markeder er en ”tipping” effekt som innebærer at det foretak som vinner, overtar hele eller mesteparten av markedet i dets spede begynnelse fordi foretakets produkt blir standard vare.<sup>27</sup> Et annet hyppig kjennetegn ved nye markeder, er høye faste kostnader og lave variable kostnader. Foretak som deltar på et nytt marked, vil således ofte gå med betydelig tap i begynnelsen. Til tross for de spesielle omstendigheter som dermed forelå i Wanadoo-saken, avviste Kommisjonen at AKZO-testen ikke var anvendelig.<sup>28</sup> Myndighetene trenger ikke avvente til et marked har stabilisert seg, rovprising kan rammes så fort det er en risiko for at konkurrenter kan elimineres. Særskilte omstendigheter kan imidlertid dras inn som moment i en vurdering av objektiv nødvendighet.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Avgjørelse T-83/91, premiss 41, se pkt 7.1

<sup>24</sup> Avgjørelse 2001/354/EF, premiss 35. Se pkt 7.3.2 og 9.1

<sup>25</sup> V2005-9, pkt 8.2

<sup>26</sup> IP/03/1025, premiss 300

<sup>27</sup> Jones, Sufrin (2004), s.401

<sup>28</sup> IP/03/1025, premiss 301 flg

<sup>29</sup> Se kpt.12



Eksemplene viser at prinsippene i AKZO-testen har blitt ansett å ha generell anvendelse. Det er således fastslått at grensen mellom lovlig og ulovlig priskonkurranse går ved priser under kost.

Testen har imidlertid blitt kritisert, og det er naturlig å spørre om AKZO-dommen utelukker bruk av andre typer kostnadstester enn AKZO-testen. Det må også undersøkes om dommen utelukker andre tester enn kostnadstester. Disse spørsmålene vil bli redegjort for i kpt.9 og 10.

### **3 Grensene for rovprising – AKZO-testen**

#### **3.1 Sakens faktum**

AKZO Chemie og dets datterselskaper (heretter AKZO om den økonomiske enhet) var en dominerende produsent som fremstilte organiske forbindelser som ble brukt i plastindustrien og som blekemiddel og tilsetningsstoff til mel. Det var på det aktuelle tidspunkt tre foretak som tilbød et nærmest komplett utvalg meladditiver i Storbritannia og Irland; AKZO, ECS og og Diaflex.

ECS var en mindre produsent som opprinnelig kun forsynte meladditivsektoren. ECS vedtok å utvide sin produksjon og også forsyne plastsektoren, og kapret dermed en av AKZOs største kunder. AKZO reagerte med å fremsette trusler overfor ECS for å få foretaket til å trekke seg ut av plastsektoren. Dernest gjennomførte AKZO betydelige prisnedsettelse for å skade levedyktigheten til ECS og tvinge foretaket til å trekke seg ut av plastmarkedet. På grunn av prisene måtte ECS enten overlate kundene til AKZO eller nedsette egne priser til tapsbringende nivå.

Overfor sine egne kunder tilbød AKZO fortsatt gamle priser, og disse var opptil 60 % høyere enn de rabatterte prisene.

AKZOs prisnedsettelse medførte priser under kost. Foretaket kunne opprettholde slike priser lengre enn ECS fordi det hadde større finansielle ressurser enn ECS.

EF-domstolen konkluderte med at AKZO ved sine trusler og sin prispolitikk hadde misbrukt sin dominerende stilling og dermed overtrådt EF art.82 (den gang art.86).

### 3.2 Vilkår for rovprising

EF-domstolen la i AKZO-saken til grunn at det avgjørende for hvorvidt rovprising må anses å foreligge, er forholdet mellom pris og kostnader hos det dominerende foretak:

*Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sale generates a loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least part of the variable costs relating to the unit produced.”<sup>30</sup>*

Bedømmingen vedrørende rovpriser må altså baseres på en kostnadstest. Priser lavere enn GVK anses som misbruk av dominerende stilling.<sup>31</sup> GVK er kostnader som varierer med antall produserte enheter. Motsetningen er faste kostnader, som er uavhengige av produksjonsvolumet.

Priser mellom GTK og GVK anses i følge AKZO-testen som rovpriser dersom prisingen er del av en plan om å eliminere konkurrenten:

*”Moreover, prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor.”<sup>32</sup>*

GTK er den totale sum av faste og variable kostnader dividert på antall produserte enheter. EF-domstolen anså at priser mellom GVK og GTK kan ekskludere fra markedet foretak

---

<sup>30</sup> Avgjørelse C-62/86, AKZO, premiss 71

<sup>31</sup> Kostnadsstørrelsene GVK, GTK mv vil bli problematisert i kpt.8

<sup>32</sup> Avgjørelse C-62/86, AKZO, premiss 72

som er like effektive som det dominerende, men som ikke har like store finansielle ressurser og dermed vil tape en priskrig.

Det vesentlige ved definisjonen av rovprising er at foretaket må påføres et tap ved sine priser og at atferden har en konkurransebegrensende virkning.

I det videre vil jeg drøfte de to elementene i AKZO-testen hver for seg. Også priser over GTK vil drøftes.

## **4 Priser under GVK**

### **4.1 Hovedregel**

AKZO-dommen slår fast at priser under GVK er misbruk av dominerende stilling.

Dommen gir kun en kort forklaring på hvorfor den trekker grensen mellom sunn og ulovlig konkurranse ut i fra GVK og GTK. Testen må imidlertid ses på bakgrunn av mer dypergående teori som analyserer og redegjør for en slik grensedragning.

AKZO-testen bygger på Areeda og Turners teori utviklet på begynnelsen av 1970-tallet.<sup>33</sup> Målet var å komme frem til en kvantifiserbar test som ga klare grenser mellom lovlige og ulovlige priser. Areeda og Turners test (heretter A-T) sier i korthet at priser som overstiger marginalkostnadene presumeres å være lovlige, mens priser lavere enn marginalkostnadene er ulovlige.

I følge Areeda og Turner er rovprising kun økonomisk rasjonelt<sup>34</sup> dersom det dominerende foretak har større finansielle ressurser enn sine konkurrenter, samt at det har en vesentlig mulighet til å gjenvinne sitt tap i etterkant av rovprisingen. Et foretak kan tømme sine

---

<sup>33</sup> Wish (2003), s.704 jf Areeda&Turner (1975). Denne oppgaves fremstilling er forenklet.

<sup>34</sup> En aktør er økonomisk rasjonell dersom han forfølger et mål om å maksimere sin profitt, se Wish (2003), s.7

konkurrenter for ressurser ved å prise under kost, hvilket kan utgjøre misbruk av dominerende stilling.<sup>35</sup> For å avgjøre om prisene er under kost, må man fastsette den relevante kostnadsterskel.

For å avgjøre hvilke kostnader som er relevante, må man i følge A-T vurdere hvilke kostnader som har betydning for det rasjonelle foretaks mulighet for maksimal profitt.<sup>36</sup> Et foretak er profittmaksimerende dersom en økning i produksjonen vil medføre høyere kostnader enn inntekter, og dersom en innskrenkning i produksjonen vil redusere inntektene mer enn utgiftene. Den relevante kostnadsstørrelsen ved vurdering av rovprising er dermed marginalkostnaden (MK), fordi MK er hva det koster å produsere en ekstra enhet av varen.

Når et foretak selger til priser under MK, påføres foretaket et tap det kunne unngått ved å redusere sin produksjon eller å unnlate å produsere i det hele tatt. Foretak som konkurrerer med slike priser, konkurrerer i realiteten om å ha størst finansiell utholdenhet. Slik konkurranse kan medføre at foretak som er like effektive som sine konkurrenter, likevel trenges ut av markedet. A-T bedømmer derfor priser under MK som ulovlige.

Også priser under foretakets GTK påfører foretaket et tap da deler av foretakets faste kostnader forblir udekket. A-T mener likevel at alle priser over MK må anses lovlige. Dette gjelder også hvor prisen er lavere enn GTK. Begrunnelsen er at det ikke ble funnet å foreligge en tilfredsstillende måte å kontrollere slike priser på.

MK kan være svært vanskelig å beregne i praksis. Av den grunn foreslår A-T å i stedet anvende GVK.<sup>37</sup> GVK er kostnader som øker med produksjonsvolumet, dividert på antall produserte enheter. Forskjellen mellom MK og GVK kan illustreres ved hjelp av Carlton

---

<sup>35</sup> Dette forutsetter at foretaket er like effektivt som sine konkurrenter slik at pris under kost også er pris under kost for konkurrentene. Dersom konkurrentene ikke må prise under eget kostnadsnivå for å møte konkurransen, tømmes de ikke for ressurser. Årsaken til at det kun er det dominerende foretaks kostnadsnivå som er relevant, er at konkurransereglene skal beskytte konkurransen, ikke ineffektive konkurrenter.

<sup>36</sup> Areeda&Turner (1975), s.701

<sup>37</sup> Se pkt 8.2.2.1 for mer om forskjellen mellom MK og GVK

og Perloffs eksempel<sup>38</sup>: Dersom man legger enda et eple i en kurv med epler, økes den totale vekt av eplene. Økningen tilsvarer ”marginalvekten” (MK). Hvis eplet veier mindre enn gjennomsnittet av de øvrige eplene, synker gjennomsnittsvekten (GVK). Dersom eplet veier mer, øker gjennomsnittsvekten (GVK).

A-T vil etter dette medføre at priser lik eller over GVK er lovlige, mens priser lavere enn GVK er ulovlige.

Det fremgår at AKZO-testen skiller seg fra A-T hva angår priser over GVK. I følge A-T skal slike priser anses lovlige, mens man i AKZO-dommen legger til grunn at priser mellom GVK og GTK er ulovlige dersom de er del av en plan om å eliminere konkurrenten.

#### 4.2 Per se-regel eller presumpsjonsregel?

EF-domstolen uttalte i AKZO-saken at priser lavere enn GVK ”*maa betragtes som misbruk*”.<sup>39</sup> Dette reiser spørsmål om priser under GVK alltid er ulovlige, eller om det kan foreligge omstendigheter som gjør prisene lovlige.

Dersom priser under GVK alltid er ulovlige, med andre ord at det foreligger en *per se-regel*, vil regelen utgjøre et unntak fra den generelle, ulovfestede lære om objektiv nødvendighet.<sup>40</sup>

Dersom rovpriser kan legitimeres hvor det foreligger en objektiv begrunnelse for atferden, er regelen om at priser under GVK er ulovlige en *presumpsjonsregel*. Prisen legges til grunn å være ulovlig, men presumpsjonen kan tilbakevises.

---

<sup>38</sup> Carlton&Perloff (2000), s.29

<sup>39</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 71

<sup>40</sup> Se kpt.12

Den engelske versjonen av AKZO-dommen bruker uttrykket ”*must be regarded abusive*”. Det er på grunnlag av ordlyden rimelig å anta at det minst gjelder en sterk presumpsjon for misbruk ved priser under GVK.

EF-domstolen begrunner sitt forbud mot priser under GVK med at foretaket ikke har noen annen interesse av å benytte slike priser enn for å eliminere konkurrenten fra markedet. Den samme begrunnelse legges til grunn i Tetra Pak II<sup>41</sup>. Også dette taler for en snever adgang til å tillate priser under GVK, men det kan ikke utelukkes at slik adgang fins dersom det kan påvises et annet økonomisk formål enn å eliminere konkurrenten.<sup>42</sup> En slik tolkning har bred støtte i juridisk teori.<sup>43</sup> Det kan derfor hevdes at det foreligger en presumpsjonsregel til tross for at Domstolen i Tetra Pak II legger til grunn at priser under GVK *alltid* må anses som misbruk.

Enkelte teoretikere mener den direkte ordlyden i Tetra Pak II må være avgjørende, og at priser under GVK dermed er misbruk *som sådan*.<sup>44</sup> Videre kan det hevdes at Domstolen i samme sak avslo å oppstille mulighet for mergevinst som vilkår for rovprising ved priser under GVK fordi slike priser er ulovlige per se og det dermed er unødvendig å diskutere øvrige forhold.<sup>45</sup>

I Wanadoo formulerer Kommisjonen seg mindre bastant enn EF-domstolen når den sier at priser som medfører at GVK ikke dekkes, i seg selv er nok til å rettferdiggjøre at rovprising anses å foreligge.<sup>46</sup> Dette antyder at det er legitimt, men ikke påtvunget å anse prisene for rovpriser. Med andre ord kan konkurransemyndighetene ta hensyn til omstendigheter som kan motbevise rovprising.

---

<sup>41</sup> C-333/92, premiss 41

<sup>42</sup> Generaladvokat Fennellys forslag til avgjørelse i Forente saker C-395/96P og C396/96P, premiss 127

<sup>43</sup> Se Whish (2003), s.706, Jones&Sufrin (2004) s.392, Lang og O'Donoghue (2002-2003), s.127, Christensen m.fl (2003), s.531

<sup>44</sup> Henriksson (2003), s.71 flg.

<sup>45</sup> Magnussen (1997), pkt 3.3.2

<sup>46</sup>COMP/38.233, premiss 256

Kommisjonen opprettholdt sitt standpunkt i sitt Discussion Paper.<sup>47</sup>

Fra norsk praksis kan nevnes at Konkurransilsynet la til grunn en presumpsjonsregel i sitt vedtak overfor SAS Braathens angående ruten Oslo-Haugesund.<sup>48</sup>

Formålet med konkurranseloven er som omtalt i pkt 2.2 å sikre virksom konkurranse og dermed effektiv ressursbruk, som vil komme forbrukerne til gode. En per se-regel stenger for at reelle hensyn, herunder lovens formål, inntas i vurderingen. Det finnes omstendigheter hvor pris under kost kan være nødvendig, eller hvor pris over kost ikke lar seg gjøre (se kpt.12). En per se-regel forhindrer at det tas hensyn til slike omstendigheter. Lovens formål taler således for at det legges til grunn en presumpsjonsregel.

En per se-regel ville som nevnt utgjøre et unntak fra den uomtvistede lære om objektiv nødvendighet. Det er å forvente at EF-domstolen hadde uttrykt seg enda klarere enn den gjør i Tetra Pak II dersom meningen var å gjøre unntak fra en vel innarbeidet, hensiktsmessig og hyppig anvendt regel. Etterfølgende rettspraksis kan ikke uten videre tas til inntekt for et slik unntak.

På bakgrunn av de overnevnte synspunkter må det kunne legges til grunn at det hersker en presumpsjonsregel hva angår priser under GVK. Dette medfører at når et dominerende foretak priser under GVK, skal det automatisk antas at foretaket søker å eliminere, disiplinere eller opprette etableringshindringer for sine konkurrenter og at prisene derfor er ulovlige. Det dominerende foretak kan imidlertid tilbakevise antakelsen ved å godtgjøre at atferden var objektivt begrunnet.

---

<sup>47</sup> Discussion Paper, p.109 og note 68 til p.109

<sup>48</sup> V2005-9, s.23

Det påhviler det dominerende foretak å godtgjøre at det foreligger en legitim begrunnelse for rovprisingen.<sup>49</sup> Hvilke omstendigheter som kan legitimere priser under GVK, vil bli gjennomgått i kpt.12.

## 5 Priser mellom GVK og GTK

### 5.1 Hovedregel

I følge AKZO-testen utgjør priser mellom GVK og GTK ikke rovpriser alene. Det må noe mer til: det må i tillegg foreligge en elimineringsplan.<sup>50</sup> De følgende avsnitt vil drøfte henholdsvis *hvorfor* priser mellom GVK og GTK kan være ulovlige og *når* slike priser blir ulovlige – med andre ord *når* prisene anses å utgjøre del av en elimineringsplan.

### 5.2 Hvorfor forby priser mellom GVK og GTK?

Ved priser mellom GVK og GTK påføres ikke foretaket et tap som direkte kan henføres til produksjonen av den aktuelle delen av omsetningen. Prisene vil dekke samtlige variable kostnader og i alle fall deler av de faste kostnadene. Dersom et foretak ikke evner å konkurrere med et dominerende foretak som priser over GVK, kan det anføres at førstnevnte foretak er mindre effektivt enn konkurrenten og dermed ikke fortjener beskyttelse. Det medfører ikke et velferdsmessig tap at ineffektive konkurrenter presses ut av markedet.<sup>51</sup>

Dersom konkurrenten er like effektiv, det vil si at priser over GVK for det dominerende foretak er priser over GVK også for konkurrenten, kan det hevdes å ikke være økonomisk rasjonelt for konkurrenten å forlate markedet når det dominerende foretak priser over GVK. Konkurrenten kan kun spare de variable kostnader på å forlate markedet, og vil dermed gi

---

<sup>49</sup> For en redegjørelse for bevisbyrden, se Østerud (2005)

<sup>50</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 71

<sup>51</sup> Lang, O'Donoghue (2002-2003), s.132



opp den delvise dekningen av de faste kostnadene som det fremdeles er mulighet til.<sup>52</sup> Rovatferden vil derfor ikke ha skadegjørende virkning.

Til tross det overnevnte legger EF-domstolen til grunn i AKZO-dommen at priser mellom GVK og GTK kan være ulovlige. Kommisjonen begrunner sitt tilsvarende synspunkt med at en regel som alltid tillater priser over GVK ikke ville ta hensyn til de EF-rettslige konkurransereglers brede formål, de langsiktige og strategiske vurderinger som kan ligge bak prisnedsettelse, samt diskrimineringsselementets fundamentale betydning (se kpt 6 om diskriminering).<sup>53</sup>

Det dominerende foretak kan eksempelvis ha en fordel siden det var først på markedet - en fordel som har ført til at foretaket overhodet er dominerende. Det kan være nødvendig å sette grenser for dette foretakets prisatferd også hvor det priser over GVK, slik at konkurrenter slipper inn og får fotfeste på markedet.

### 5.3 Når er priser mellom GVK og GTK ulovlige?

Priser mellom GVK og GTK er ulovlige dersom de "fastsettes som led i en plan om at eliminere en konkurrent".<sup>54</sup> EF-domstolen utdyper imidlertid ikke hva som ligger i begrepet "plan" eller hva som skal til for at en slik plan kan sies å foreligge.

Senere i dommen legger Domstolen til grunn at det må anses bevist at AKZO hadde "til hensikt" å skade ECS. Intensjon blir da brukt som argument for å anse AKZOs prisatferd som ulovlig. I Tetra Pak II bruker EF-domstolen begrepet "intention to eliminate".<sup>55</sup>

Dette reiser spørsmål om intensjon er et tilstrekkelig bevis for elimineringsplan, eller om det må noe mer til. Dersom det kreves ytterligere omstendigheter, blir spørsmålet hva som kan utgjøre slike ytterligere omstendigheter.

---

<sup>52</sup> jf Konkurrenserket (2003), s.22

<sup>53</sup> Sak 85/609/EEC (ECS/AKZO), premiss 77

<sup>54</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 72

<sup>55</sup> Avgjørelse C-333/94, premiss 74

### 5.3.1 Om intensjon

Et hovedproblem ved et vilkår om intensjon, er at alle foretak som konkurrerer vil ha til hensikt å beseire sine konkurrenter. Rettsreglene skal sikre konkurranse, og konkurranser er til for å vinnes. Videre medfører det en rekke praktiske problemer å bevise intensjon dersom det ikke finnes interne dokumenter, vitneforklaringer mv som beviser hensikt. Etter AKZO-dommen, hvor AKZO ble funnet skyldig i rovprising blant annet på grunnlag av interne dokumenter, vil foretakene antakelig være mer forsiktige hva angår interne dokumenter.

Intensjonsvilkåret kan imidlertid ikke tolkes subjektivt, men må tolkes på objektivt grunnlag ut fra foretakets handlinger, prising eller metoder.<sup>56</sup> En objektiv vurdering harmonerer med EF-domstolens definisjon av misbruk i Hoffman-La Roche<sup>57</sup> som legges til grunn også i AKZO-dommen (se pkt 2.3).<sup>58</sup>

En objektiv vurdering fremheves også i senere rettspraksis. I AKZO-saken brukte EF-domstolen som argument for hensikt at AKZO hadde priset klart lavere enn hva som var nødvendig for å konkurrere med ECS.<sup>59</sup> I Tetra Pak II ble denne tanken videreført når EF-domstolen la til grunn at vurderingen av om de lave prisene kunne legitimeres, måtte baseres på foretakets kostnader og dets strategi.

Videre uttalte Kommissjonen i Wanadoo-saken at dersom det ikke foreligger dokumenter som direkte uttrykker elimineringshensikt, kan eliminering likevel konkluderes med ut ifra omstendigheter i saken og dersom det foreligger flere relevante og konvergerende faktorer.<sup>60</sup>

Dommene legger altså vekt på at det må påvises en bevisst strategi fra foretakets side. En slik strategi kan sannsynliggjøres ved å se på foretakets faktiske handlinger, dvs objektive omstendigheter.

---

<sup>56</sup> Henriksson (2003), s.91

<sup>57</sup> Avgjørelse 85/76, premiss 91

<sup>58</sup> Avgjørelse C- 62/86, premiss 69

<sup>59</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 108

<sup>60</sup> IP/03/1025, premiss 271

En objektiv tolkning medfører at foretakenes ønske og hensikt om å overvinne sine konkurrenter ikke utgjør misbruk i seg selv. En plan om å eliminere konkurrentene eller begrense konkurransen anses først å foreligge når det dominerende foretak tar avgjørelser eller foretar handlinger som ikke kan forsvares på objektivt grunnlag. Motsatt kan det dominerende foretak motbevise at det foreligger en elimineringsstrategi dersom prisingen var objektivt nødvendig. Dette følger også av AKZO-dommen, hvor Domstolen påpeker at AKZO priset til under kost over en lengre periode uten at dette var objektivt nødvendig ("without any objective justification").<sup>61</sup>

Kommisjonen drøfter det aktuelle vilkår i sitt Discussion Paper og uttaler at vurderingen av om det foreligger en elimineringsplan, må skje på basis av objektive faktorer.<sup>62</sup> Et direkte bevis for en slik plan er interne dokumenter hos det dominerende foretak. Indirekte bevis kan være varigheten, kontinuiteten og omfanget av praksisen, om det opereres særskilt overfor enkelte kunder, om det utøves andre former for ekskluderende atferd mv. Det vesentlige er om prispraksisen kan forklares ut ifra naturlige hensyn og avveininger. Dersom det totalt sett ikke foreligger alternative forklaringer på foretakets lave priser, kan det legges til grunn at det foreligger en plan om å eliminere konkurrenten. Dersom det foreligger andre mulige forklaringer på prispraksisen enn elimineringsplan, er det nødvendig å sannsynliggjøre en utestengende virkning, tatt i betraktning omfanget av, varigheten av og kontinuiteten i de lave prisene.<sup>63</sup> Oftest vil det i følge Kommisjonen i tillegg være nødvendig å undersøke kumulative elementer for å påvise rovatferd. Eksempel på øvrige elementer er mulighet for eller faktisk forekomst av mergevinst.<sup>64</sup> Drøftelsen viser at Kommisjonen mener intensjon er et tilstrekkelig vilkår fordi den legger til grunn at interne dokumenter er et direkte bevis, med andre ord at dersom det foreligger intensjon foreligger rovatferd.

---

<sup>61</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 140

<sup>62</sup> Discussion Paper (2005), p.111

<sup>63</sup> Discussion Paper (2005), p.117

<sup>64</sup> Discussion Paper (2005), p.122

Det hersker uenighet om en slik tolkning av AKZO-dommen. En alternativ fortolkning drøftes i kommende avsnitt.

### 5.3.2 Elimineringsplan

Det har blitt argumentert for at når EF-domstolen la til grunn at prisene må være *del av* en elimineringsplan, må det foreligge kumulative omstendigheter for at rovprising skal foreligge.<sup>65</sup> Det oppstilles med andre ord et krav om at det samtidig foreligger annen ekskluderende praksis, slik at intensjon ikke er et tilstrekkelig vilkår. Dette understøttes av at EF-domstolen nedlegger som generell regel at prisene er del av en elimineringsplan, for så å anvende hensikt kun som et moment i den konkrete helhetsvurdering.

Prisene vil ikke i seg selv utgjøre misbruk, men de blir misbruk når det foreligger kumulative bevis på at det foreligger en plan om å eliminere konkurrenten. Den øvrige atferd gjør at det ikke finnes noen annen, konkurransefremmende forklaring på prissettingen. Prisingen er et nøkkelement i elimineringsplanen, men er kun en faktor i et større hele. En hensikt om å eliminere en konkurrent vil ikke være nok; hensikten må manifestere seg i handling. Omvendt vil den kumulative effekt av ulike atferdsmåter kunne avsløre hensikten.

Atferd som kan bidra til at prissettingen anses å utgjøre misbruk, kan være selektiv priskutting, lojalitetsrabatter, eksklusivitetsavtaler mv.

Ved å legge vekt på at prissettingen må være *del av* en elimineringsplan, blir vilkåret et bevissspørsmål: foreligger det kumulative atferdsmåter som til sammen utgjør misbruk?

Praksis fra EF-domstolen og Kommisjonen kan anføres til støtte for en slik tolkning av AKZO-dommen: I Hilti-saken forelå koplingssalg, eksportnekt, garantiordninger og selektiv priskutting med mer.<sup>66</sup> I Irish Sugar forelå blant annet selektiv priskutting,

---

<sup>65</sup> Lang, O'Donoghue (2002-2003), s.127 flg

<sup>66</sup> Avgjørelse T-30/89 (1991)

eksportrabatter, prisdiskriminering og lojalitets- og målrabatter.<sup>67</sup> Compagnie Maritime Belge angikk eksempelvis lojalitetsavtaler og selektiv priskutting.<sup>68</sup>

Også i AKZO-saken forelå flere former for ekskluderende atferd, eksempelvis lave priser, trusler og selektiv priskutting (se pkt 3.1).

I Wanadoo la Kommissjonen til grunn at dersom direkte bevis for elimineringsplan i form av interne dokumenter mangler, kan en plan likevel avdekkes gjennom sakens omstendigheter og fra en serie viktige og konvergerende faktorer.<sup>69</sup> Også denne formuleringen støtter opp om at kumulative omstendigheter må foreligge.

### 5.3.3 Konklusjon

Det kan ikke anses avklart hvilke av de gjennomgåtte tolkningsalternativer som er gjeldende rett. Ved å legge vekt på en helhetlig plan om eliminering, er man imidlertid i harmoni med AKZO-dommens ordlyd. En slik tolkning gir en løsning som vil være enklere å anvende i praksis enn et vilkår om intensjon. Det er dermed sterke argumenter for å anse tolkningen som korrekt.

Intensjon blir etter dette kun et moment i en helhetsvurdering av om elimineringsplan foreligger. Det avgjørende er om det foreligger en viss grad av systematisk og forsettlig strategi, og intensjon kan utgjøre et argument i en sannsynliggjøring av dette.<sup>70</sup>

## 5.4 Formål vs virkning

Enten man legger vekt på intensjon eller en helhetlig plan, vil fokus ligge på formålet med atferden. Jones&Sufrin reiser spørsmål om effekten bør settes i fokus i stedet for formålet.<sup>71</sup> Det påpekes at dersom et dominerende foretak ikke lykkes med sin strategi, vil

---

<sup>67</sup> Avgjørelse C-247/99P

<sup>68</sup> Avgjørelse forente saker C-395/96 og C-396/96 P

<sup>69</sup> IP/03/1025, premiss 271

<sup>70</sup> Jones, Sufrin (2004), s.393

<sup>71</sup> Jones, Sufrin (2004), s.393

rovprisingen ikke ha medført skade for andre enn foretaket selv.<sup>72</sup> Videre vil priskrigen ha vært til fordel for forbrukerne. Det er derfor virkningen av det dominerende foretaks atferd som bør være avgjørende, og ikke dets formål. I Wanadoo holder imidlertid Kommisjonen fast ved sitt fokus på formålet, og slår fast at foretakets oppfatninger og kunnskap når det fatter en beslutning om sin strategi er viktigere enn det faktiske resultatet av atferden.<sup>73</sup> Dersom man oppstiller krav om kumulative omstendigheter, blir det avgjørende om det foreligger et sett atferdsmåter opprettet for å eliminere en konkurrent som sannsynliggjøres å kunne ha sin ønskede virkning.<sup>74</sup> Det avgjørende er dermed ikke hvilken virkning atferden faktisk har, men om det er sannsynlig at atferden *kan ha* en ekskluderende virkning.

## 6 Priser over GTK

AKZO-dommen drar et skille mellom priser under og over GTK. Priser under GTK kan som vist ovenfor utgjøre rovprising, mens priser over GTK ikke gjøres til gjenstand for drøftelse i dommen. Dette medfører tvil; kan priser over GTK være ulovlige?

At det trekkes en grense ved GTK, kan hevdes å forutsette at priser over GTK skal anses lovlige. Det synes meningsløst å trekke en grense uten at denne skal ha en betydning. Det er imidlertid mulig grensen ble trukket for å markere at andre vilkår vil gjøre seg gjeldende for at priser over GTK skal være rovpriser enn vilkårene som oppstilles for priser mellom GVK og GTK. I det følgende vil det undersøkes om priser over GTK kan utgjøre misbruk av dominerende stilling.

---

<sup>72</sup> Jones, Sufrin (2004), s393

<sup>73</sup> IP/03/1025, premiss 277

<sup>74</sup> Lang, O'Donoghue (2002-2003), s.135

## 6.1 Krrl §11(2)(c)

Krrl §11(2)(c) forbyr dominerende foretak å anvende ulike vilkår ved like transaksjoner og slik gi enkelte foretak et konkurransemessig handikap. Bestemmelsen hjemler således et forbud mot priser over kost, såfremt vilkårene for diskriminering er oppfylt.

Bestemmelsen synes etter EU-organenes rettspraksis å kun være anvendelig hvor diskrimineringen påvirker konkurransen i markedet nedstrøms for det dominerende foretak.<sup>75</sup> Dersom det dominerende foretak anvender ulike vilkår for like transaksjoner overfor foretak som ikke konkurrerer med hverandre, er §11(2)(c) ikke anvendelig.

§11(2)(c) medfører at priser over kost kan utgjøre misbruk dersom prisingen innebærer diskriminerende atferd. Diskriminerende atferd er ikke rovatferd, og vil således ikke gjøres til gjenstand for ytterligere drøftelse i denne oppgaven.

## 6.2 Selektiv priskutting

I Hilti-saken bedømte Kommisjonen priser over kost som misbruk av dominerende stilling.<sup>76</sup> Kommisjonen uttalte at misbruksvurderingen ikke var avhengig av at prisene var under kost. Det avgjørende var om Hilti kunne benytte sin dominerende stilling for å tilby diskriminerende priser til konkurrentens kunder for å skade konkurrenten; såkalt selektiv priskutting. Avgjørelsen ble opprettholdt av Førsteinstansdomstolen.<sup>77</sup> Hilti-saken hjemler dermed adgang til å anse priser over kost som ulovlige hvor det foreligger selektiv priskutting. Dommene gir ikke utfyllende svar mht *når* priser over kost ved selektiv priskutting er ulovlige, men legger til grunn at et sentralt moment er hensikt om å skade konkurrenten.

Selektiv priskutting vil si at et foretak tilbyr enkelte aktører en lavere pris enn andre for en likelydende transaksjon.<sup>78</sup> Transaksjonene er ikke likelydende dersom det eksempelvis

---

<sup>75</sup> Whish (2003), s.710

<sup>76</sup> OJ [1988] L 65/19, [1989] 4 CMLR 677

<sup>77</sup> Avgjørelse T-30/89 (1991)

<sup>78</sup> Whish (2003), s.710

dreier seg om varer av forskjellig kvalitet, varierende produksjons- eller transportomkostninger og lignende. Selektiv priskutting reguleres ikke av krrl §11(2)(c) når aktørene som tilbys ulike priser ikke konkurrerer på det samme marked. Formålet med selektiv priskutting er ikke å ramme kjøper, men å ramme aktører som kjøper kan erverve tilsvarende produkt fra. Det kan argumenteres for at selektiv priskutting er imøtegåelse av konkurranse og derfor bør være lovlig (se pkt 12.3.1). Enkelte teoretikere har sågar påpekt at Hilti-dommens avgjørende moment er diskrimineringsaspektet og at dommen dermed ikke gir klart uttrykk for at selektiv priskutting er ulovlig som sådan.<sup>79</sup>

Selektiv priskutting hvor prisene ligger under det dominerende foretaks kostnadsnivå, må vurderes etter reglene for tradisjonell rovprising. Prisene vil dermed være misbruk dersom de er lavere enn GVK, eller hvor de er mellom GVK og GTK og del av en plan om å eliminere konkurrenten.

AKZO-saken er eksempel dels på selektiv priskutting hvor prisene var lavere enn de totale kostnader og dermed ble behandlet etter de alminnelige regler for rovprising, dels på bruk av ulike priser som likevel ikke ble ansett som forskjellsbehandling, blant annet fordi kundegruppene ikke var sammenlignbare.<sup>80</sup>

I Compagnie Maritime Belge hadde CEWAL nærmest monopol på sine ruter for sjøtransport.<sup>81</sup> For å fjerne konkurrenten G&C, opererte foretaket med såkalte "fighting ships", dvs at rabatterte avganger ble lagt tett opp til samme tidspunkt som konkurrenten. EF-domstolen, i likhet med Førsteinstansdomstolen, fastslo at slik selektiv priskutting kunne være misbruk selv om prisene var høyere enn kostnadene. Domstolen avsto fra å formulere en generell regel vedrørende selektiv priskutting, men viste til dominerende

---

<sup>79</sup> Christensen m.fl (2003), s.536

<sup>80</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 110 flg

<sup>81</sup> Avgjørelse forente saker C-395/96 og 396/96 P



foretaks spesielle ansvar.<sup>82</sup> I tillegg fant Domstolen det godtgjort at det forelå en plan om å eliminere konkurrenten. Det synes som om Domstolen ved denne dommen slår fast at selektiv priskutting kan utgjøre misbruk som sådan. Det forelå imidlertid en rekke spesielle omstendigheter, herunder CEWALs monopollignende stilling og at foretaket hadde erkjent at det hadde elimineringshensikt. Dette medfører at en bør være forsiktig med å trekke en for generell konklusjon på grunnlag av dommen.

### 6.3 Konklusjon

Gjennomgangen viser at priser over kost kan være ulovlige hvor det foreligger selektiv priskutting eller diskriminering.

Begrunnelsen for å forby visse priser over GTK er å forhindre at like effektive konkurrenter elimineres fordi de har svakere finansielle ressurser. Det er når det dominerende foretak benytter økonomiske fortrinn og tyngde i stedet for effektivitetsbaserte metoder at det er behov for å gripe inn. Mye tyder dessuten på at diskrimineringsaspektet spiller en sentral rolle.

Det er ikke grunnlag for å slå fast at alle priser over kost er ulovlige ved selektiv priskutting. Det er også uklart om det er elimineringsplan som medfører at atferden utgjør misbruk, med andre ord om elimineringsplan er et nødvendig og tilstrekkelig vilkår.

Konklusjonen er at priser over kost *kan* utgjøre misbruk, men rettspraksis har ennå til gode å utdype klare, generelle regler med hensyn til *når* priser over GTK anses ulovlige.

### 6.4 Bør priser over kost forbys?

I Kommisjonens avgjørelse i AKZO-saken ble det lagt til grunn at priser som ligger over det dominerende foretaks kostnadsnivå kan ha et konkurransebegrensende formål.<sup>83</sup>

Rovprising ville i følge Kommisjonen foreligge dersom en helhetlig undersøkelse av markedsforholdene, kostnads- og prisnivået hos konkurrentene, kostnadene hos det dominerende foretak med mer viste at prisingen skadet konkurransen.

---

<sup>82</sup> Jf avgjørelse 322/81 (Michelin), premiss 57

<sup>83</sup> Avgjørelse 85/609/EEC, premiss 79

Å bedømme priser over GTK som misbruk, kan beskytte mindre effektive konkurrenter. Dersom et foretak ikke evner å sette sine priser like lavt, betyr dette at foretaket driver ineffektivt. Det vil skade konkurransen å beskytte slike foretak.

Det er blitt hevdet at priser over GTK i følge AKZO er lovlige *per se*.<sup>84</sup> Dersom også priser over GTK kan rammes som rovpriser, vil dette kunne medføre at foretakene priser for høyt for å ha en sikkerhetsmargin i forhold til konkurransereglene. Det kan imidlertid tenkes omstendigheter hvor også priser over kost kan anses å utgjøre misbruk. I tillegg til tilfellene av diskriminering og selektiv priskutting kan nevnes svært konsentrerte markeder hvor det dominerende foretaks handlinger har stor innvirkning på konkurrentene. Også nylig avregulerte markeder kan være følsomme. Den tidligere monopolist vil her ha atskillige fordeler i forhold til sine nye konkurrenter.

Som påpekt i foregående punkt har ikke rettspraksis gitt klare svar med hensyn til når priser over GTK er ulovlige. Enkelte teoretikere mener det vil medføre store vansker å finne en test som klarer å skille mellom priser over kost som har ekskluderende effekt og priser som ikke har slik effekt.<sup>85</sup> Priser over kost bør etter deres syn kun anses ulovlige hvor det finnes klare bevis på et kumulativt mønster av ekskluderende atferd. Tilsvarende synspunkter er drøftet i anledning priser mellom GVK og GTK, se pkt 5.3 om kumulative bevis.

Konkurransereglens formål er å beskytte konkurransen, ikke beskytte konkurrentene. Det er ovenfor forklart hvordan forbud mot priser over kost kan beskytte ineffektive konkurrenter. Dette medfører at pris over kost som en sterk hovedregel bør tillates, og at det må svært mye til før slike priser bedømmes som ulovlige. Hvor det dominerende foretak ikke lenger konkurrerer med konkurransemessig sunne metoder men ved hjelp av andre fordeler, er det imidlertid grunn til å regulere atferden.

---

<sup>84</sup> Henriksson (2003), s.100

<sup>85</sup> Lang, O'Donoghue (2002-2003), s.141

## 7 Rovprising som misbruk på tilstøtende markeder

Rovprising vil i utgangspunktet bare utgjøre misbruk etter krrl §11 dersom det dominerende foretak utøver atferden for å beskytte eller styrke sin stilling på markedet.<sup>86</sup> Det foreligger her årsakssammenheng mellom atferden og den dominerende stilling. Ofte vil rovprisingen dermed finne sted på samme marked som foretaket er dominerende. Atferden kan videre utøves på et marked tilstøtende det dominerende marked dersom formålet er å styrke eller beskytte foretakets stilling på det dominerende marked – det vil også her foreligge årsakssammenheng. Dette var tilfellet i AKZO-saken hvor AKZO utøvet misbruk på markedet for meladditiver for å beskytte sin dominerende stilling på markedet for organiske peroksider.

I Tetra Pak II ble det reist spørsmål om atferden kan utgjøre misbruk når det dominerende foretak bedriver rovprising på et tilstøtende marked, og hvor virkningen av rovprisingen inntreffer på dette markedet i stedet for det dominerende markedet.<sup>87</sup> Rovprisingen vil dermed styrke foretakets stilling på det tilstøtende markedet, ikke på det dominerende marked.

### 7.1 Tetra Pak II

Tetra Pak er et verdensomspennende konsern som har spesialisert seg på utstyr til kartongemballering. Konsernet opererer både på markedet for aseptisk og ikke-aseptisk emballering.

På markedet for den aseptiske sektor hadde Tetra Pak nærmest monopol på begynnelsen av 1980-tallet med 90-95% av markedet. Også i den ikke-aseptiske sektor spilte konsernet en vesentlig rolle; sektoren var oligopolistisk og Tetra Pak innehadde en markedsandel på 50-55%.

Det norske selskapet Elopak var aktivt i den ikke-aseptiske sektor og innklaget Tetra Pak for Kommisjonen med påstander om blant annet rovprising.

---

<sup>86</sup> Jones&Sufrin (2004), s.373

<sup>87</sup> Avgjørelse T-83/91

Det påståtte misbruk i saken forelå på markedet for ikke-aseptiske produkter, mens foretaket kun var dominerende på markedet for aseptiske produkter. Atferden ble lagt til grunn å bidra til økt styrke for Tetra Pak på det ikke-dominerende marked og altså ikke på det dominerende marked.

EF-domstolen argumenterte med tidligere rettpraksis og la til grunn at det er en forutsetning for å anvende art.82 at det eksisterer en viss sammenheng mellom den dominerende stilling og det påståtte misbruk.<sup>88</sup> Rettspraksisen Domstolen viste til omhandlet ikke tilfeller hvor et foretak ikke var dominerende på det samme markedet som atferden påvirket. Dommene viste imidlertid hvordan EF-domstolen også tidligere hadde tøyet grensene for art.82 hva angikk sammenhengen mellom dominerende stilling og misbruk. De kan anses å gi uttrykk for et generelt effektsprinsipp som innebærer at det ikke er et krav at markedsopptreden og markedsrett foreligger i samme marked.<sup>89</sup>

EF-domstolen fant at det imidlertid bare kunne dreie seg om misbruk av dominerende stilling dersom det forelå ”*saerlige omstendigheter*”.<sup>90</sup> Slike særlige omstendigheter ble i saken ansett å foreligge på grunn av den nære forbindelsen mellom de to markedene. Kunder på det ene markedet var potensielle kunder også på det andre.<sup>91</sup> Relevant var også den monopollignende status Tetra Pak hadde i den aseptiske sektor som ga foretaket et betydelig spillerom på øvrige markeder.

## 7.2 Krav om årsakssammenheng

EF-domstolens konklusjon medfører at misbruket både kan finne sted og ha virkning på et annet marked enn hvor foretaket er dominerende. Dette gjelder i alle fall hvor foretaket har

---

<sup>88</sup> Avgjørelse C-333/94 P, premiss 27

<sup>89</sup> Magnussen (1997), s.57-58

<sup>90</sup> Avgjørelse C-333/94 P, premiss 27 i.f.

<sup>91</sup> Avgjørelse C-333/94 P, premiss 29

en førende stilling på det annet marked, hvor de aktuelle markeder er nært forbundet med hverandre og hvor foretaket har en monopollignende status på det dominerende marked. Et foretak kan med andre ord ved sin atferd på et tilstøtende marked, misbruke sin dominerende stilling både ved å ha som formål å styrke eller forsvare sin dominerende stilling og for å få en konkurransemessig fordel på det ikke-dominerende marked.

Domstolen oppstiller et krav om en viss sammenheng mellom foretakets dominans og atferden når den oppstiller vilkår om "særlige omstendigheter". Dette er i realiteten et krav om årsakssammenheng. Dersom atferden muliggjøres av foretakets dominans, kan atferden utgjøre misbruk selv om den ikke styrker dominansen eller påvirker det dominerende marked på annen måte.

Kommisjonen uttaler i sitt Discussion Paper at vurderingen vedrørende tilstøtende markeder i Tetra-Pak II må anses å være ekstraordinære da Tetra Pak hadde nærmest monopol på det aseptiske marked og en "kvasi-dominant" stilling på det ikke-aseptiske marked. Ekstraordinært var også de nære bånd mellom markedene.<sup>92</sup> Dette taler for at det skal en del til før kravet om årsakssammenheng er oppfylt når atferden kun har virkning på det ikke-dominerende markedet.

### 7.3 Krysssubsidiering

#### 7.3.1 Om krysssubsidiering

Også ved krysssubsidiering ser man at misbruket ikke trenger utøves for å styrke eller beskytte foretakets dominerende stilling. Foretaket vil her ofte ha legalmonopol på et marked, og vil dermed ikke ha behov for å beskytte sin stilling på dette markedet.

Krysssubsidiering kan skje hvor et foretak er aktivt på flere markeder, og innebærer at alle eller deler av omkostningene ved dets aktivitet på et marked overføres til dets aktiviteter på

---

<sup>92</sup> Discussion Paper (2005), note 67 til p.101

et annet marked.<sup>93</sup> Problemet med kryssubsidiering oppstår gjerne etter hel eller delvis privatisering av markeder med tidligere legalt monopol. Privatisering har vært gjennomført i stor grad for å nå EUs mål om et indre marked med åpen konkurranse. I Norge har man sett eksempler på dette for eksempel i strøm- og telekommunikasjonssektoren. Ofte blir resultatet at den tidligere monopolist opererer side om side med private konkurrenter samtidig som at foretaket beholder en monopolstilling på et annet marked. Samme situasjon kan oppstå hvor en legalmonopolist bestemmer seg for å utvide til andre sektorer.

Dersom en virksomhet foretar kryssubsidiering fra et marked hvor det er dominerende til et annet marked, kan den benytte sin dominans på førstnevnte marked til å redusere sine omkostninger og dermed sine priser på det annet marked. Foretaket vil ha kostnader som er felles for flere markeder og kan spre disse på de forskjellige markeder hvor det opererer. Konkurrentene har gjerne kun produktspesifikke kostnader som må dekkes på det aktuelle marked alene. Spredning gir det dominerende foretak et lavere kostnadsnivå. Dersom foretaket priser lavt på det ene markedet, kan det allokere samtlige felleskostnader til andre produksjoner og markeder, slik at et eventuelt tap på lavprismarkedet ikke fremkommer i regnskapene.

Konkurrentene på det ikke-dominerte marked kan på denne måten presses ut eller disiplineres. Dette vil skyldes kryssubsidieringen og ikke dårligere effektivitet eller yteevne. Kryssubsidiering kan dermed ha samme konkurransebegrensende virkning som tradisjonell rovprising, og bør behandles tilsvarende. Når dominansen muliggjør atferden, foreligger det årsakssammenheng, og atferden kan bedømmes som misbruk.

Det dominerende foretaket kan også benytte kryssubsidieringen til selektiv priskutting<sup>94</sup>: Varer prises lavt, kanskje under kost, overfor visse kunder for å lokke dem fra eller forhindre dem i å velge konkurrenten. Produksjonen subsidieres av overskuddet fra varer som prises ”normalt”, og foretaket unngår dermed et tap.

---

<sup>93</sup> Christensen m.fl (2003), s.538. Se også avgjørelse 2001/354/EF, p.6 (DPAG)

<sup>94</sup> Se kpt.6.2

Både ved selektiv priskutting og kryssubsidiering kan det altså forekomme priser under kost. De reelle prisene er imidlertid vanskelige å avsløre fordi foretaket totalt sett ikke går med tap og kan ordne sin regnskapsføring slik at underprisingen ikke fremkommer.

### 7.3.2 Kryssubsidiering som misbruk av dominerende stilling

Det finnes ingen avgjørelser som uttrykkelig slår fast at kryssubsidiering i seg selv utgjør misbruk.<sup>95</sup> Temaet ble behandlet i Deutsche Post-dommen (heretter DPAG).<sup>96</sup>

Aksjeselskapet Deutsche Post hadde ansvaret for posttjenester i Tyskland. Postmarkedet hadde vært legalt monopol, og selskapet beholdt etter avreguleringen en enerett til befordring av brevforsendelser på inntil 200g. UPS konkurrerte med DPAG innen befordring av pakkepost mellom ervervskunder. UPS anførte at DPAG brukte inntekter fra sitt brevmonopol til å finansiere salg innen ervervspakketjenestene, med andre ord bedrev kryssubsidiering. Salget dekket angivelig ikke foretakets omkostninger, og formålet med underprisingen var å eliminere konkurrentene.

Kommisjonen konkluderte med at det forelå misbruk i form av lojalitetsrabatter og rovpriser. For å avgjøre om det forelå rovprising, ble Kommisjonen nødt til å foreta en korrekt allokering av DPAGs kostnader.<sup>97</sup> Kryssubsidieringen ble imidlertid ikke ansett som misbruk som sådan, misbruket besto i at en korrekt kostnadsallokering viste at foretaket priset under kost.

Ved kryssubsidiering vil foretaket totalt sett ikke gå med tap. AKZO-testen viser imidlertid at det sentrale i en rovafferdsvurdering er om det dominerende foretak bruker sine overlegne finansielle ressurser til å tvinge like effektive konkurrenter ut av markedet. Ved kryssubsidiering kan et foretak bruke sine finansielle ressurser fra et annet marked, som kanskje til og med er legalmonopolistisk, til å tvinge ut like effektive konkurrenter fra det konkurranseutsatte markedet. Atferden vil skade markedsstrukturen, og foretaket kan

---

<sup>95</sup> Christensen m.fl (2003), s.539

<sup>96</sup> Avgjørelse 2001/354/EF

<sup>97</sup> Se kpt.9 for mer om kostnadsberegningen ved kryssubsidiering

oppnå en dominerende stilling også på dette markedet. Dette viser at kryssubsidiering kan være konkurranseskadelig på lik linje med tradisjonell rovprising.

Når DPAG-dommen ikke anser kryssubsidiering som sådan som misbruk, kan dette tyde på at de øvrige misbruksformer er tilstrekkelige for å ramme konkurranseskadelig atferd som er muliggjort gjennom kryssubsidiering.<sup>98</sup> Kommisjonen la i 1991 i sine retningslinjer for anvendelsen av de EF-rettslige regler innen telekommunikasjonssektoren til grunn at en løsning på problemet med korrekt kostnadsallokering ved kryssubsidiering kan være å benytte et regnskapssystem som fordeler fellesomkostningene proporsjonalt mellom den monopoliserte og den konkurranseutsatte aktivitet.<sup>99</sup>

#### 7.4 Sammenfattende bemerkninger

Ved rovprising på et tilstøtende marked må det foreligge årsakssammenheng mellom foretakets atferd og dets dominerende stilling for at atferden skal utgjøre misbruk. Ved kryssubsidiering muliggjøres misbruksatferden av foretakets dominerende stilling. Det foreligger med andre ord årsakssammenheng også her og DPAG-dommen kan ses som et ytterligere eksempel på effektsprinsippet som er omtalt i pkt.7.2. Det avgjørende for om en atferd på et annet marked enn det dominerende er misbruk, er dermed om det er foretakets dominerende stilling som muliggjør den konkurranseskadelige atferd. Et vilkår om muliggjøring, dvs årsakssammenheng, gjør det påkrevd med en viss sammenheng mellom markedene. EF-domstolens stadige tøyning av reglenes anvendelsesområde gjør det uklart om det også i fremtiden vil kreves så sterke bånd mellom markedene som Tetra Pak II-dommen antyder.

---

<sup>98</sup> Christensen m.fl (2003), s.539

<sup>99</sup> 1991/C 233/02, pkt 106



## 8 Nærmere om kostnader og inntekter

I følge AKZO-testen vil vurderingen av om rovprising foreligger, avhenge av en beregning av forholdet mellom foretakets kostnader og inntekter. I det følgende gjennomgås problematiske aspekter ved fastsettelsen og anvendelsen av disse størrelsene.

### 8.1 Kostnadsinndelingen

#### 8.1.1 Variable versus faste kostnader

Et foretaks kostnader kan deles inn i variable og faste kostnader. De totale kostnadene er uavhengige av hvordan kostnadene sorteres mellom de to nevnte kategorier. Det er imidlertid vanskeligere å påvise rovprising hvor prisene er over GVK enn under GVK, da man i førstnevnte tilfelle må sannsynliggjøre en elimineringsplan. Det er derfor av sentral betydning at kostnadene allokeres korrekt.

I AKZO-saken tok Kommisjonen utgangspunkt i AKZOs egne regnskaper, og videreførte den allokering som der var foretatt.<sup>100</sup> AKZO hevdet på sin side at allokeringen av kostnader måtte baseres på om kostnadene varierte i takt med endringer i produksjonsvolumet.

EF-domstolen slo fast at en variabel kostnad er en omkostning som ”ændres i forhold til den producerede mengde”.<sup>101</sup> Variable kostnader vil således være påvirkelige kostnader som foretaket kan unngå ved å ikke produsere enheten. Domstolen la til grunn at ingen omkostninger kan anses som faste eller variable etter sin art.<sup>102</sup> Det kreves en konkret vurdering av om kostnadene faktisk varierer med produksjonsvolumet.

Kommisjonen mente at AKZOs lønnsomkostninger var variable fordi foretaket hadde ansatt to nye medarbeidere for å øke sin produksjonskapasitet. Dermed hadde utgiftsposten sammenheng med produksjonsvolumet. EF-domstolen fant etter en konkret vurdering at lønnsomkostningene ikke varierte i takt med produksjonsvolumet. Domstolen la til grunn at

---

<sup>100</sup> Avgjørelse 85/609/EEC, premiss 54

<sup>101</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 71

<sup>102</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 94

AKZOs lønnsomkostninger var en fast kostnad fordi utgiftens størrelse ikke hadde *direkte sammenheng* med produksjonsvolumet.<sup>103</sup>

Eksempel på bruk av konkrete vurderinger ved kostnadsallokeringen gir også Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr etter krrl §29 overfor SAS Braathens' (heretter SAS) rovprising på sin rute Oslo – Haugesund.<sup>104</sup>

SAS var uenig med Konkurransetilsynet når sistnevnte i sitt varsel om inngrep<sup>105</sup> anså kostnadene til fly og piloter som variable. Tilsynet la til grunn at sentrale momenter ved allokeringen av kostnadene er arten av varen eller tjenesten, samt tidsperspektivet.<sup>106</sup> Det ble foretatt en konkret analyse av hvordan et rasjonelt flyselskap vil foreta tilpasninger til den aktuelle markedssituasjon.<sup>107</sup>

Når en ny aktør entrer et marked, vil det være rasjonelt for det dominerende foretak å redusere sin kapasitet og om nødvendig avhende fly og si opp piloter. Under slike forhold vil kostnader til piloter og fly i følge tilsynet måtte anses som variable.

### 8.1.2 Tidsmomentet

Allokeringen av kostnader vil variere med hvilket tidsperspektiv som legges til grunn. Dersom en tar et langt tidsrom i betraktning, vil de fleste kostnader være variable.

Ved sin vurdering av AKZOs lønnsomkostninger, undersøkte EF-domstolen lønns- og produksjonvariasjonene i et tidsrom på 2-3 år.<sup>108</sup> Tidsperspektivet må vurderes konkret for den enkelte sak, men av dommen og testens natur kan det utledes at det ikke skal legges til grunn en særlig lang periode.

---

<sup>103</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 95

<sup>104</sup> V2005-9

<sup>105</sup> Konkurransetilsynets varsel om inngrep av 8. desember 2004

<sup>106</sup> V2005-9, s.23

<sup>107</sup> V2005-9, s.30

I saken om ruten Oslo-Haugesund hevdet SAS at det var sommerprogrammet for 2004 som måtte tas i betraktning.<sup>109</sup> Konkurransetilsynet var enig med SAS i at én sesong måtte anvendes som tidsenhet. Dette ble lagt til grunn etter en konkret vurdering av luftfartssektoren og dens planleggingsmetoder: sektoren planlegger for en sesong av gangen.

Fastsettelse av relevant tidsperiode er således viktig for å kunne foreta inndelingen mellom faste og variable kostnader. Tidsmomentet har også betydning ved beregning av foretakets totale kostnader; Det relevante tidsrom vil i utgangspunktet være tidsperioden for den påståtte rovprising.<sup>110</sup> I visse sammenhenger kan imidlertid andre tidsperioder tas i betraktning, eksempelvis ved bruk av langsiktige, ytelsesspesifikke kostnader (LRAIC – long run average incremental costs) som kostnadsterskel. LRAIC anvender et mer langsiktig kostnadsperspektiv.<sup>111</sup>

## 8.2 Gjennomsnittlige kostnader som målestokk

### 8.2.1 Produksjonsenheten

AKZO-testen anvender gjennomsnittlig kostnad per produsert enhet av den enkelte vare. I visse tilfeller kan det imidlertid være tvil om hvilken enhet som skal anvendes som produksjonsenhet.

Særlig luftfartssektoren byr på problemer. Igjen kan Konkurransetilsynets vedtak overfor SAS brukes som illustrasjon:

Konkurransetilsynet pekte på at det er flere alternative produksjonsenheter som kan tenkes anvendt innen luftfartssektoren: rute, passasjer eller avgang.<sup>112</sup> Ved å legge til eller ta bort avganger, kan flyselskapet justere sin kapasitet på en rute. Dersom etterspørselen svekkes,

---

<sup>108</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss

<sup>109</sup> V2005-9

<sup>110</sup> Discussion Paper, p.104

<sup>111</sup> Se kpt.9 for mer om LRAIC

<sup>112</sup> V2005-9, s.28

eksempelvis fordi en konkurrent har entret markedet, vil det være rasjonelt for selskapet å redusere antall avganger. Konkurransetilsynet la derfor til grunn at det er ruten som må anses som korrekt produksjonsenhet, med andre ord at de gjennomsnittlige kostnader gir uttrykk for gjennomsnittlige omkostninger per rute. SAS var enig i dette.

## 8.2.2 GVK som standard terskel

### 8.2.2.1 GVK versus marginalkostnaden

AKZO-testen legger som nevnt til grunn GVK, mens utgangspunktet for Areeda og Turners teori er marginalkostnaden, se pkt 4.1. I dette avsnittet belyses hvilke konsekvenser valg av kostnadsterskel får.

Normalt vil marginalkostnaden stige med produksjonsvolumet, og kostnaden ved å produsere den siste enheten vil være høyere enn gjennomsnittlig variabel kostnad. Dette er fordi at når foretaket har nådd en viss produksjonsmengde, kreves investeringer for å utvide kapasiteten. Tilsvarende vil marginalinntekten synke med antall produserte enheter (fordi etterspørselen synker), og derfor gjerne være lavere enn gjennomsnittlig inntekt.

Både hver for seg og samlet medfører disse to forhold at AKZO-testen er mer lempelig for det dominerende foretak enn en test basert på marginalkostnad og –inntekt.<sup>113</sup>

### 8.2.2.2 GVK i visse industrier

Whish peker på at i enkelte industrier er de faste kostnadene svært høye, mens de variable kostnadene er svært lave.<sup>114</sup> Eksempelvis i telekommunikasjonssektoren må foretaket gjøre store investeringer for å bygge opp en infrastruktur, mens bruken av den kun medfører lave kostnader.

Et foretak med en slik kostnadsstruktur kan anvende svært lave priser uten at disse understiger GVK. Riktignok kan prisene fremdeles bedømmes som rovpriser dersom de er

---

<sup>113</sup> V2005-9, s.33

<sup>114</sup> Whish (2003), s.708

lavere enn foretakets totale kostnader, men da må prisene være del av en plan om å eliminere konkurrenter eller begrense konkurransen. Slik plan kan være vanskelig å bevise. AKZO-testen vil dermed være problematisk å anvende i visse industrier fordi den kan medføre at atferd som i realiteten er misbruk, ikke bedømmes som misbruk.

### 8.3 Foretakets inntekter

Da Konkurransetilsynet vurderte SAS' prising på ruten Oslo-Haugesund, ble det tatt utgangspunkt i inntektene til SAS på den aktuelle ruten for å beregne om disse var lavere enn kostnadsnivået. SAS påpekte at dette førte til et lavere inntektsnivå enn hva som i realiteten forelå.<sup>115</sup> Beregningen tok ikke hensyn til inntekter selskapet hadde på andre ruter som følge av Haugesunds-ruten, såkalte nettverksinntekter.<sup>116</sup> Konkurransetilsynet sa seg enig i dette, og tok deler av nettverksinntektene med i sin vurdering av foretakets prising.<sup>117</sup>

Lignende virkninger kan oppstå når et foretak selger flere ulike produkter. Salg av det ene produktet kan medføre økt salg av et annet, spesielt hvor det ene produktet kompletterer det andre eller er tilbehør til dette.

Blant annet matvarehandelen benytter seg av dette og priser enkelte produkter lavt for å trekke kunder til utsalgsstedet. Når kundene først er i forretningen, vil de også kjøpe andre varer. Metoden kalles "loss leading" og vil bli nærmere omtalt i pkt 12.4.4.

Når inntekter ved salg av det lavt prisede produkt skal beregnes, kan det argumenteres for at inntektene ved salg av de øvrige produkter også må tas hensyn til. Det kan hevdes at

---

<sup>115</sup> V2005-9, s.32

<sup>116</sup> Nettverksinntekter vil si at et foretak får en høyere inntekt på et eller flere andre produkter fordi det tilbyr et bestemt produkt. Fordi SAS tilbyr flygninger fra Haugesund, vil flere fra Haugesund og omegn benytte flytransport. Når passasjerene enkelt kan komme seg til Gardermoen, vil de bestille flere reiser som går videre derfra, eksempelvis til utlandet. Haugesunds-ruten kan dermed gi økt inntekt på f.eks London-ruten.

Nettverksinntekter er en form for eksternalitetsvirkninger, se kpt.12.4.1

<sup>117</sup> V2005-9, pkt 8.7

rovprising ikke vil foreligge dersom merinntektene ved de øvrige produkter oppveier tapet på lavprisproduktene.

#### 8.4 Sammenfatning om kostnadsberegningen

Vurdering av rovprising er etter AKZO-testen avhengig av at GVK fastsettes. GVK vil avhenge av allokeringen av variable og faste kostnader. Også priser over GVK kan være misbruk, men det kreves da at elimineringshensikt bevises. Slik bevisføring kan være vanskelig. Bruken av GVK som kostnadsterskel har dermed blitt kritisert.

GTK er uavhengig av allokeringen av variable og faste kostnader, men avhenger av hvilket tidsrom som legges til grunn. Også dette kan medføre usikre grensdragninger.

En kostnadstest krever videre en konkret gjennomgang av foretakets inntekter. Det er i foretakets interesse at inntektene settes høyest mulig slik at de overstiger kostnadsnivået og atferden dermed ikke utgjør rovprising.

Enhver test som baserer seg på konkrete vurderinger, medfører en viss usikkerhet og uforutsigbarhet. Ved en kostnadstest kreves dessuten økonomiske betraktninger. Slike betraktninger kan være problematiske for rettsanvendere.

Gjennomgangen har påvist en rekke problematiske aspekter ved AKZO-testen, og testen har av disse grunner vært utsatt for kritikk. Spørsmålet er imidlertid om det finnes alternative tester som er enklere å anvende men som fremdeles ivaretar behovet for å nå frem til et korrekt resultat.

### 9 Rom for andre kostnadstester?

AKZO-testen viser at det ved vurdering av rovatferd skal anvendes en kostnadstest basert på GVK og GTK. I pkt 2.3 ble det konkludert med at AKZO-testen er ment å få generell

anvendelse ved rovatferd. Det må likevel undersøkes om det er adgang til å benytte andre typer kostnadstester.

## 9.1 Ytelsesspesifikke meromkostninger

### 9.1.1 DPAG

I DPAG-dommen ble GVK for første gang erstattet av ytelsesspesifikke meromkostninger.<sup>118</sup>

DPAG var anklaget for å ha bedrevet rovprising ved hjelp av kryssubsidiering. Kommisjonen fastslo at man, som alltid ved vurdering av rovatferd, måtte ta utgangspunkt i GVK.<sup>119</sup> Det måtte imidlertid tas hensyn til at enkelte kostnader var felles, mens andre var ytelsesspesifikke.

Ytelsesspesifikke meromkostninger ("incremental costs") er foretakets økte kostnader ved å levere den spesifikke varen. Ytelsesspesifikke meromkostninger inkluderer både faste og variable kostnader, men ikke faste kostnader som dekker produksjon av også andre varer og/eller tjenester. Kommisjonen brukte for øvrig uttrykket "attributable costs" ("direkte henførlige kostnader") parallelt med ytelsesspesifikke meromkostninger.<sup>120</sup>

Ytelsesspesifikke meromkostninger skiller seg fra GVK ved at sistnevnte kun tar hensyn til kostnader som varierer med produksjonsvolumet mens ytelsesspesifikke meromkostninger også inkluderer visse faste kostnader.

Generelt sett omfatter ytelsesspesifikke meromkostninger spesifikke variable kostnader og spesifikke faste kostnader, men ikke felles faste kostnader.<sup>121</sup> Felleskostnader er kostnader felles for produksjon på flere markeder, f.eks som følge av at samme infrastruktur kan benyttes ved de ulike produksjonene. Det motsatte av felleskostnader er produktspesifikke

---

<sup>118</sup> Avgjørelse 2001/354/EF, se pkt.8.3.2 for redegjørelse for saksforholdet

<sup>119</sup> Avgjørelse 2001/354/EF, premiss 35

<sup>120</sup> Avgjørelse 2001/354/EF, premiss 10

<sup>121</sup> Henriksson (2003), s.259

kostnader ("stand alone costs"). Dette er kostnadene foretaket ville hatt dersom det bare produserte den ene typen produkt.

Fordi DPAG hadde en lovpålagt plikt til å utføre bestemte offentlige tjenester, var det kun de ytelsesspesifikke meromkostningene som varierte med produksjonsvolumet (nærmere bestemt Long Run Incremental Costs, heretter LRAIC). Felleskostnadene ville ikke falle bort dersom foretaket opphørte med den aktuelle tilleggstjenesten. Kommisjonen så derfor helt bort fra felleskostnadene ved beregningen av kostnadsnivået på ervervspakketjenestene.

Foretakets priser innen ervervspakketjenestene var lavere enn LRAIC, og Kommisjonen fant derfor at rovatferd forelå. Kommisjonen la til grunn at foretaket ikke ville kunne opprettholdt slike priser over lengre tid uten krysssubsidierting. DPAG ble imidlertid ikke ilagt bot for overtredelsen da det var første gang LRAIC ble brukt som målestokk for rovprising.<sup>122</sup>

### 9.1.2 Wanadoo Interactive

Også i Wanadoo-saken ble ytelsesspesifikke meromkostninger drøftet, og Wanadoo ble her funnet skyldig i å ha priset sine ADSL-baserte tilgangstjenester til internett for lavt.<sup>123</sup>

I sin kostnadsvurdering påpekte Kommisjonen at det i tillegg til å skille mellom variable og faste kostnader, må dras et skille mellom direkte og indirekte kostnader. Direkte kostnader blir definert som "the costs directly attributable to" en vare eller tjeneste. Dette er samme formulering som ble brukt i DPAG, se pkt 9.1.1, og tilsvarer ytelsesspesifikke meromkostninger.

Motsetningen til direkte kostnader, er indirekte kostnader. Dette er i følge Kommisjonen kostnader som må fordeles i forhold til det enkelte produkt og som reflekterer sammenhengen mellom produktene – altså felleskostnader. Indirekte og direkte kostnader utgjør til sammen "full costs". Kommisjonen bruker "full costs" i sin vurdering av om

---

<sup>122</sup> Avgjørelse 2001/354/EF, premiss 47

<sup>123</sup> IP/03/1025, premiss 37



Wanadoo har bedrevet rovprising, og legger til grunn at Wanadoos priser ikke dekket denne kostnadsstørrelsen, ergo forelå rovatferd.<sup>124</sup>

## 9.2 Hvorfor en alternativ kostnadstest?

De to overnevnte dommer viser at rettspraksis åpner for alternative kostnadstester. I enkelte markeder er ikke AKZO-testen anvendelig på grunn av forekomst av felleskostnader, krysssubsidierting, høye faste kostnader og lave variable kostnader. Nettopp disse markedene kan imidlertid ha et særskilt behov for beskyttelse mot rovatferd. Når aktiviteter beskyttes av legalt monopol, bør ikke profitt fra det beskyttede marked kunne benyttes for å etablere eller forsvare seg på et annet, konkurranseutsatt marked.<sup>125</sup> Det samme gjelder sektorer som nylig har blitt liberalisert eller gjennomgår liberalisering. Liberaliseringen må ikke forstyrres av rovatferd fra dominerende foretak som ønsker å bevare sin sterke stilling på markedet.

## 9.3 LRAIC som standard terskel?

De overnevnte omstendigheter begrunner en alternativ kostnadstest, og en slik test kan i følge DPAG- og Wanadoo-dommene baseres på LRAIC. Spørsmålet er så om ytelsesspesifikke meromkostninger har overtatt for GVK på mer generelt grunnlag.

Rettspraksis gir ikke grunnlag for en entydig konklusjon i så henseende. Henriksson uttrykker tvil, men anser at ytelsesspesifikke meromkostninger muligens må anvendes i liknende nettverksindustrier som postsektoren som det var tale om i Deutsche Post, eksempelvis telekom- og energisektoren, dvs sektorer med felleskostnader, svært høye faste kostnader og lave variable kostnader.<sup>126</sup>

Det gjenstår også usikkerhet med hensyn til felleskostnadene i tilfeller hvor det ikke synes riktig å overhodet ikke inkludere deler av dem ved beregningen av kostnadsnivået. I

---

<sup>124</sup> IP/03/1025, premiss 257

<sup>125</sup> Jf Kommissjonens uttalelser i Discussion Paper (2005), pkt 6.2.3, p.124-126

<sup>126</sup> Henriksson (2003), s.382

DPAG-dommen så Kommisjonen helt bort fra felleskostnadene. Dette var til gunst for DPAG fordi den relevante kostnadssum da blir lavere. Det kan ikke legges til grunn at samtlige felleskostnader vil ses bort i fra i tilfeller hvor det ikke dreier seg om lovpålagte tjenester.<sup>127</sup> Felleskostnadene kan i stedet fordeles forholdsmessig på de ulike produkter.<sup>128</sup>

Avslutningsvis må nevnes at dersom ytelsesspesifikke meromkostninger legges til grunn som en nedre terskel for rovpriser, gjenstår spørsmålet om hvilken terskel som skal utgjøre den øvre. I mangel av rettskilder som antyder annet, må det antas at den øvre terskel fremdeles vil være GTK.

#### 9.4 AAC som alternativ målestokk

Kommisjonen legger til grunn i sitt Discussion Paper at AAC ("Average Avoidable Costs - gjennomsnittlige unngåelige kostnader) kan være en passende og praktisk terskel for rovprising.<sup>129</sup>

AAC avviker ikke nevneverdig fra LRAIC, men er en mer kortsiktig målestANDARD.<sup>130</sup>

Dersom et foretak priser under AAC, vil det utsettes for et tap som kunne vært unngått ved å ikke produsere produktene som selges under AAC. Det er gjerne de variable kostnader, GVK, som kunne vært unngått, og AAC kan dermed være lik GVK. Dersom foretaket har måttet investere, eksempelvis i form av ekspansjon, for å øke produksjonen, kan imidlertid også faste kostnader eller "sunk costs" (tapte kostnader) inngå i AAC. AAC blir da høyere enn GVK. Priser under AAC vil utgjøre rovpriser.

Kommisjonen legger til grunn at også priser over AAC kan utgjøre misbruk.<sup>131</sup> Det opplyses imidlertid ikke om vilkårene for dette.

---

<sup>127</sup> Jones, Sufrin (2004), s.397

<sup>128</sup> Jf Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av EF's konkurranseregler på telekommunikasjonssektoren, pkt.106

<sup>129</sup> Discussion Paper (2005), pkt.6.2.1, p.106 flg

<sup>130</sup> Henriksson, s.249

<sup>131</sup> Discussion Paper (2005), pkt.6.2.1, p.132

## 9.5 Konklusjon

Gjennomgangen viser at EF-rettslige organer åpner for bruk av en annen kostnadstest enn AKZO-testen.

Det er fremdeles noe usikkerhet rundt *når* alternative tester kan anvendes. Kommisjonens uttalelser i Discussion Paper synes å åpne for en vid adgang for alternative tester, men det gjenstår å se om Førsteinstans- og EF-domstolen følger opp uttalelsene.

Selv om konklusjonen er at praksis åpner for bruk av andre kostnadstester enn AKZO-dommens, må det understrekes at det gjennomgående er det samme grunnleggende prinsipp som legges til grunn i de nevnte tester: foretakets relevante inntekter sammenlignet med dets relevante kostnader.

## 10 Rom for ikke-kostnadstester?

Gjennomgangen av AKZO-testen har avdekket visse svakheter ved og kritikk mot bruk av en kostnadstest. I det følgende søkes spørsmålet om rettspraksis åpner for bruk av andre tester enn kostnadsbaserte, besvart. Innledningsvis eksemplifiseres kritikken mot kostnadstestene ytterligere.

### 10.1 Kritikk av kostnadstesten

Kritikken mot bruk av kostnadstester har blant annet påpekt at slike tester bygger på en forstatisk økonomisk analyse av et foretaks atferd.<sup>132</sup> Testen tar kun hensyn til forholdet mellom foretakets kostnader og inntekter. AKZO-testens opprinnelse, Areeda og Turners teori, ble utarbeidet for å gi myndighetsutøvere og andre aktører et enkelt, lettfattelig

---

<sup>132</sup> Henriksson (2003), s.164

verktøy for vurdering av rovprising. Enkelte hevder imidlertid at testene er for enkle og ensidige.

Et problem som er påpekt med kostnadstester, er erfaringskurven.<sup>133</sup> Et foretak vil regelmessig ha et høyere kostnadsnivå ved oppstarten av en produksjon. Dette skyldes at det mangler erfaring med hensyn til produksjon og organisering. Erfaring reduserer kostnadene fordi administrasjon, produksjonsmåter mv etter hvert vil rasjonaliseres. Priser som når kostnadstesten gjennomføres anses for rovpriser, vil da kan hende ikke utgjøre rovpriser på sikt.<sup>134</sup>

## 10.2 Ulike typer ikke-kostnadstester

Som alternativ til kostnadstester er det lansert en rekke ulike tester og teorier. Lars Henriksson tar for seg en rekke av disse, blant annet tester som omhandler tilbudsøkning og nektelse av prisøkning i etterkant av prisnedsettelse:<sup>135</sup>

Williamson er blant teoretikerne som har påpekt at rovatferd ikke trenger koples til foretakets kostnadsnivå.<sup>136</sup> Fordi et dominerende foretak ved sin atferd kan demotivere potensielle konkurrenters inntreden på markedet, såkalt signaleringseffekt, må også slik atferd vurderes som konkurransebegrensende.<sup>137</sup> En form for demotivering er hvor det dominerende foretaket bevisst holder et høyt produksjonsvolum. Potensielle konkurrenter vil se at tilbudet allerede dekker etterspørselen, og at inntreden på markedet vanskelig vil gi profitt. En rovprisingstest foreslås på denne bakgrunn basert på tilbudsøkningen til det dominerende foretaket: dersom et dominerende foretak øker sitt tilbud når det står overfor potensielle nyetableringer, kan dette bedømmes som rovatferd.

---

<sup>133</sup> Henriksson (2003), s.241

<sup>134</sup> Problemet med erfaringskurven kan imidlertid løses dersom man anser kurven som legitimt argument for tilbakevising av rovprisingspresumpsjon, se pkt12 om objektiv nødvendighet

<sup>135</sup> Henriksson (2003), s.164 flg

<sup>136</sup> Henriksson (2003), s.164

<sup>137</sup> Se pkt.2.2 om signaleringseffekten

Baumol mener fokus i stedet bør rettes mot det dominerende foretaks prisøkning i etterkant av rovprisingskampanjen.<sup>138</sup> Først dersom det skjer en prisøkning, vil det foreligge rovatferd. Kostnadsnivået er etter Baumols test irrelevant.

Stadig mer i vinden har teorier om sammensatte tester vært.<sup>139</sup> Henriksson kommer selv med forslag til en slik test.<sup>140</sup>

Den første delen av testen består av å undersøke om markedet overhodet er egnet for rovprising. Eksempelvis vil et marked ikke være egnet for rovprising dersom etableringshindringene er lave. En prisøkning i etterkant av eliminering av konkurrenter vil på slike markeder tiltrekke nye konkurrenter. Det dominerende foretak må dermed avstå fra å heve sine priser, evt senke dem igjen så fort en ny konkurrent entrer markedet.

Rovprising vil i slike situasjoner være irrasjonelt fordi tapet ved underprisingen ikke gjenvinnes i etterkant. Dersom markedet ikke er egnet for rovprising, vil priser under terskelen aldri utgjøre rovprising. Det er imidlertid viktig å huske på at rovprisingsatferd i seg selv kan utgjøre en etableringshindring.

Dersom markedsstrukturanalysen viser at markedet er egnet for rovprising, gjennomføres del to av testen. Denne baseres på en kostnadstest; dersom prisene understiger en viss terskel, anses prisingen for rovatferd.

Tredje del av testen gjennomføres dersom prisene understiger terskelen, og består i å undersøke om det finnes grunner som legitimerer de lave priser, altså objektiv nødvendighet.

De gjennomgåtte eksempler viser at det kan tenkes alternativer til en kostnadstest for å fastslå rovprising. Spørsmålet er så om disse alternativene kan godtas anvendt i praksis.

---

<sup>138</sup> Henriksson (2003), s.172

<sup>139</sup> Henriksson (2003), s.178 flg

<sup>140</sup> Henriksson (2003), s.243

### 10.3 Bruk av ikke-kostnadstester i praksis

I pkt 2.3 ble det redegjort for at AKZO-testen er ment å gjelde som generell test for rovprising. AKZO-testen vil etter dette være utgangspunktet for all vurdering av rovprising. Det fins ikke eksempler fra EF-retten på at ikke-kostnadstester legges til grunn. Bruk av ikke-kostnadstester vil således være i strid med gjeldende rett. Den stadige utviklingen innen, og fokuset på, rovprising kan imidlertid medføre en endring. I rettspraksis har man sett at øvrige forhold enn selve kostnadstesten har vært brukt som støtteargument for rovprising.<sup>141</sup> Det kan ikke utelukkes at EF-domstolen etter hvert vil ta i bruk mer sammensatte tester, eller i det minste legge mer vekt på ikke-kostnadsrelaterte momenter.

## 11 Mergevinst

### 11.1 Om mergevinst

Når et foretak bedriver rovprising, vil det i en periode tjene mindre enn det ville gjort ved alminnelig ytelsesbetinget konkurranse. Fortjenestetapet omtales gjerne som en ”oppofrelse”.<sup>142</sup> Oppofrelsen er rasjonell dersom foretaket har mulighet til å gjenvinne tapet i fremtiden, samt eventuelt skaffe seg en enda bedre posisjon og høyere fortjeneste enn før rovprisingen.<sup>143</sup>

Mergevinst i etterkant av en rovprisingsstrategi vil skyldes at konkurrenter har forlatt markedet og/eller potensielle konkurrenter har valgt/vil velge å ikke etablere seg på markedet. Foretaket står da fritt til å prise på et høyere nivå.

---

<sup>141</sup> Se IP/03/1025, premiss 336 – se pkt 11.2

<sup>142</sup> Steen, Sjørgård (2004), s.9

<sup>143</sup> Kommisjonen har lagt til grunn at det ikke kreves at prisene settes høyere enn før, det avgjørende er om foretaket forhindrer eller forsinker en prisnedgang som den økte konkurransen ville ha resultert i, jf Discussion Paper (2005), p.122

Rovprising kan dermed medføre høyere priser enn ved alminnelig konkurranse. Høyere priser er til skade for forbrukerne og utgjør et vesentlig argument for å anse rovprising som misbruk av dominerende stilling. Det kan derfor synes naturlig å oppstille mulighet for mergevinst som vilkår for rovprising.

## 11.2 Mergevinst som vilkår for rovprising?

EF-domstolen la i AKZO-dommen til grunn at et dominerende foretak kun har interesse av å prise lavere enn GVK dersom prisingen vil føre til eliminering av konkurrenter som igjen vil medføre at foretaket kan ”*drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser*”.<sup>144</sup>

Ved å prise under GVK presumeres det dominerende foretak å ha elimineringshensikt og å bedrive rovatferd. Foretakets formål med elimineringen vil være å i etterkant kunne sette prisen høyere enn før elimineringen. Når det foreligger en presumpsjon for elimineringshensikt, er det ikke nødvendig å føre bevis for slik hensikt. Av dette følger at det heller ikke er nødvendig å føre bevis for at foretaket har mulighet for mergevinst.

Dommens ordlyd taler dermed for at det ikke hersker et vilkår om mulighet for mergevinst for å dømme foretaket for rovprising.

Det er i teorien enighet om at AKZO-dommen ikke oppstiller mulighet for mergevinst som et vilkår.<sup>145</sup>

Spørsmålet om mergevinst ble drøftet eksplisitt i Tetra Pak II.<sup>146</sup> EF-domstolen anså det ikke påkrevd å oppstille som vilkår at Tetra Pak hadde hatt en reell sjanse for å gjenvinne det tapet foretaket ble påført som følge av sine lave priser. Det ble ansett tilstrekkelig at det forelå en risiko for eliminering av konkurrenter. Et vilkår om sannsynliggjøring av mergevinst ville kunne føre til at inngripen ikke var mulig før eliminering faktisk var skjedd.

---

<sup>144</sup> Avgjørelse 62/86, premiss 70

<sup>145</sup> Jones, Sufrin (2004), s.393, Whish (2003), s.707

<sup>146</sup> C-333794 P, premiss 44

Domstolens standpunkt til mergevinst var likevel ikke helt entydig. Domstolen modererte sitt standpunkt ved å si at det ”under de i saken foreliggende omstendigheter” ikke var nødvendig å kreve sannsynliggjøring av mergevinst. Dette kan åpne for at mergevinst oppstilles som vilkår i saker med divergerende omstendigheter.<sup>147</sup>

I Wanadoo-saken gjorde Wanadoo Interactive gjeldende at rovprising ikke kunne anses å foreligge dersom markedsstrukturen og en vurdering av etableringshindringene tilsa mulighet for mergevinst.<sup>148</sup> Kommisjonen besvarte påstanden med å vise til at retts- og Kommisjonspraksis ikke oppstiller vilkår om mergevinst for å fastslå rovprising. Den påpekte videre at formålet med rovprising kan være noe annet enn mergevinst, eksempelvis hvor foretaket har andre, høyprofittprodukter i sin portefølje.<sup>149</sup> Atferden vil like fullt være konkurranseskadelig.

Kommisjonen la imidlertid til at muligheten for mergevinst måtte anses plausibel i den aktuelle saken, sett blant annet ut ifra markedsstrukturen og tilstedeværelsen av etableringshindringer.<sup>150</sup> Muligheten for mergevinst styrket dermed presumpsjonen for rovprising.

I CEWAL kom Generaladvokat Fennelly med uttalelser til støtte for et vilkår om sannsynlighet for mergevinst.<sup>151</sup> Domstolen tok imidlertid ikke stilling til spørsmålet.

Konkurransetilsynets legger uttrykkelig til grunn i sitt vedtak overfor SAS at den ikke anser rettspraksis fra EU/EØS-retten å oppstille et krav om ”realistisk sjanse til å gjenvinne tapet

---

<sup>147</sup> Whish (2001), s.708

<sup>148</sup> IP/03/1025, premiss 332

<sup>149</sup> IP/03/1025, premiss 334

<sup>150</sup> IP/03/1025, premiss 336

<sup>151</sup> Forente saker C-395/96 og C-396/96 P, premiss 136 av hans uttalelse



på et senere tidspunkt.”<sup>152</sup> Tilsynet uttaler imidlertid at hvor mulighet for gjenvinning kan påvises, vil dette underbygge en påstand om elimineringshensikt.<sup>153</sup>

### 11.3 Konklusjon

Det kan etter dette legges til grunn at det ikke eksisterer et vilkår om mulighet for mergevinst for påvisning av rovprising. Mulighet for mergevinst kan imidlertid anføres som et argument for at rovprising foreligger.

Det må nevnes at rettsstilstanden er den motsatte i USA, hvor mergevinst oppstilles som vilkår.<sup>154</sup>

### 11.4 Bør det stilles krav om mergevinst?

Muligheten for mergevinst medfører at rovpriser anses som rasjonell atferd. Likevel oppstilles ikke mergevinst eller sannsynlighet for mergevinst for at rovprising skal foreligge. En mulig forklaring er at forbudet i krrl §11 og de tilsvarende bestemmelser i EØS- og EF-retten kun retter seg mot dominerende foretak. At det eksisterer et dominerende foretak på et marked, forutsetter gjerne høye etableringshindringer og dermed typisk mulighet for mergevinst. Ikke-dominerende foretak vil ikke ha mulighet for å oppnå monopollignende profitt i etterkant av en rovprisingsstrategi.<sup>155</sup>

Dersom det likevel foreligger lave etableringshindringer, har man i juridisk teori påpekt at det dominerende foretak ikke har mulighet for mergevinst.<sup>156</sup> Dersom foretaket hever sine priser i etterkant av en prisrig, vil dette tiltrekke nye konkurrenter. Foretaket blir dermed tvunget til å holde konstant lave priser for å unngå nye konkurrenter. Av denne grunn mener enkelte at EF-domstolen uttrykkelig burde undersøkt markedsforholdene før den

---

<sup>152</sup> V2005-9, s.24

<sup>153</sup> V2005-9, s.25

<sup>154</sup> Se Henriksson (2003), s.106

<sup>155</sup> Foros, Hjelmeng (2006), pkt 4.

bedømte AKZO's priser som misbruk. Dersom forholdene ikke hadde ligget til rette for mergevinst, ville ikke rovprising vært rasjonell atferd og elimineringshensikt dermed usannsynlig.

En svakhet ved et slik resonnement er at den ikke tar hensyn til at aggressiv atferd i form av rovprising i seg selv kan utgjøre en etableringshindring. Det dominerende foretak kan dermed legge markedsforholdene til rette for høyere priser gjennom nettopp rovprisingen.

Av dem som er enige i at mergevinst ikke bør oppstilles som vilkår, påpekes blant annet vanskelighetene ved å sannsynliggjøre at slik mulighet foreligger.<sup>157</sup> Sannsynliggjøring vil kreve en vurdering av fremtidige forhold, og dette vil alltid by på problemer og usikkerhet. Motparten vil pålegges en tung bevisbyrde.

Signaliseringseffekten (se pkt 10.2 og 2.2) gjør at rovpriser i seg selv kan utgjøre en etableringshindring. Dersom mulighet for gjenvinning av tapet vurderes ut fra markedets nåværende etableringshindringer, kan signaliseringseffekten overses.

Rovpriser kan ha skadelig effekt også hvor resultatet av slik atferd ikke er eliminering av konkurrenter. Aggressiv prising kan disiplinere konkurrentene slik at disse hever sine priser til et nivå tilsvarende det dominerende foretaks. Resultatet blir da en form for oligopolistisk virkning hvor konkurrentene følger det dominerende foretaks prissetting av frykt for represalier. Det vil her være svært vanskelig å demonstrere mulighet for mergevinst fordi forholdene skjuler hva som ville vært et "normalt" prisnivå.

Dersom mergevinst oppstilles som vilkår for rovprising, vil dette medføre betydelige problemer med å fastslå rovprising ved selektiv priskutting. Ved selektiv priskutting rettes rovatferden kun mot visse konkurrenter. Det vil således være gjenværende konkurrenter på markedet. Dette kan vanskeliggjøre en heving av prisene for det dominerende foretak. Rovatferden kan likevel være rasjonell fordi foretaket vinner visse kunder, kan disiplinere de øvrige konkurrenter, bevarer eller gjenerobrer en viss markedsandel mv.

---

<sup>156</sup> Jones, Sufrin (2004), s.394

<sup>157</sup> Lang, O'Donoghue (2001-2003), s.144

Kommisjonen påpeker i sitt Discussion Paper at det bør være nok å påvise høye etableringshindringer, foretakets styrkede markedsposisjon og påregnelige endringer i markedsstrukturen for å fastslå rovprising. Kommisjonen ser ikke behov for å kreve særskilt bevis for mulighet for mergevinst.<sup>158</sup>

Kommisjonen slutter seg imidlertid til de overnevnte ytringer om at hvor mergevinst faktisk påvises, kan dette styrke en anklage om rovprising. Tilsvarende vil det faktum at en nykommer på markedet setter sine priser lik det dominerende foretaks, indikere disiplinering og dermed rovatferd.

Gjennomgangen viser at vilkår om mergevinst kan forhindre at konkurranseskadelig atferd forbys. Atferd som påvirker markedsstrukturen kan virke konkurransebegrensende, og det ville være uheldig med regler som ikke fanger opp slik atferd.

## **12 Objektiv nødvendighet**

I AKZO-dommen uttaler EF-domstolen at AKZO misbrakte sin dominerende stilling ved å over en lengre periode opprettholde priser under GTK ”uden at dette var objektivt begrundet”.<sup>159</sup> Uttalelsen forutsetter at atferden ville vært lovlig dersom foretaket hadde godtgjort at det forelå en objektiv begrunnelse for den. I det følgende vil det redegjøres for læren om objektiv begrunnelse, herunder når objektive begrunnelser medfører at ellers ulovlig underprising blir lovlig.

### **12.1 Generelt om objektiv nødvendighet**

Krrl §11 åpner tilsynelatende ikke for unntak hvor et dominerende foretak har misbrukt sin stilling. I likhet med utformingen av reglene om rovprising, har imidlertid EF-domstolen

---

<sup>158</sup> Discussion Paper, p.122

<sup>159</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 140 og 146

innfortolket en lære om objektiv nødvendighet.<sup>160</sup> Læren innebærer at hvor misbrukskriteriet i utgangspunktet er oppfylt, vil atferden likevel være lovlig hvor den kan begrunnes objektivt. Læren angår således grensedragningen mellom lovlig markedsatferd og ulovlig misbruk. Det er det dominerende foretak som har bevisbyrden hva angår objektiv nødvendighet.<sup>161</sup>

Læren om objektiv nødvendighet er en generell lære som ikke knytter seg til en bestemt misbrukstype. Læren gjelder som vist ovenfor også ved rovprising.

I kpt.4.2 ble det konkludert med at forbudet mot priser under GVK er en presumpsjonsregel. Dette innebærer at alle priser under kost, også priser under GVK, kan tillates dersom det foreligger objektiv nødvendighet. Generelt sett kan det imidlertid legges til grunn at fordi det foreligger en sterk presumpsjon for rovprising der prisene er lavere enn GVK, skal det mye til for å legitimere slike priser.<sup>162</sup> Adgangen er noe videre ved priser over GVK.<sup>163</sup>

## 12.2 Ulike typer objektiv nødvendighet

Objektiv nødvendighet kan deles i to typer argumentasjon:

Det dominerende foretak kan godtgjøre at den ellers misbrukende atferd i realiteten er en tapsminimerende reaksjon på konkurrentens atferd.<sup>164</sup>

Foretaket kan også godtgjøre at den ellers misbrukende atferd er nødvendig på grunnlag av objektive faktorer vedrørende ytre omstendigheter som ikke har sammenheng med de involverte parter.<sup>165</sup> Foretaket må vise at produktet ikke kan produseres eller distribueres dersom atferden ikke tillates.

---

<sup>160</sup> Jf Whish (2003), s.195: "doctrines of objective justification and proportionality". Eksempler fra rettspraksis er avgjørelse 27/76 (United Brands) og T-30/89 (Hilti)

<sup>161</sup> Whish (2003), s.660

<sup>162</sup> Jf Konkurransetilsynets uttalelser i vedtaket mot SAS AB, V2005-9, s.23

<sup>163</sup> Avgjørelse 92/163/EEC, pkt.149

<sup>164</sup> Avgjørelse T-30/89 p.102

<sup>165</sup> Discussion Paper (2005), p.78

I det følgende gjennomgås ulike typer anførsler om objektiv nødvendighet. Eksemplene er hentet fra praksis og teori og vil ikke være en uttømmende liste over mulige gyldige argumenter.

## 12.3 Tapsminimerende reaksjoner på konkurrentens atferd

### 12.3.1 Imøtegåelse av konkurranse

AKZO gjorde gjeldende at deres prispraksis ikke var misbruk av dominerende stilling fordi også dominerende foretak må kunne foreta pristilpasninger for å imøtegå konkurrentenes priser. EF-domstolen la til grunn at et dominerende foretak må tillates å foreta pristilpasninger når dette gjøres for å bevare kundekretsen.<sup>166</sup> Også Kommisjonen hadde sagt seg generelt enig i en slik rett til å møte konkurransen.

Dersom et dominerende foretak ikke tillates å imøtegå konkurrentenes priser, vil dette frata dominerende foretak retten til å konkurrere på pris hvis prisnivået dermed blir lavere enn kostnadsnivået.

AKZO-dommen kan tolkes som at offensive pristilpasninger ikke tillates; det dominerende foretak kan kun svare på konkurrentenes atferd. En slik tolkning innebærer at prisene kan settes lik eller marginalt lavere enn konkurrentens, men ikke markant lavere. Det gjenstår å se om en slik tolkning er korrekt.

I Tetra Pak II undersøkte Kommisjonen om det forelå eksepsjonelle omstendigheter som hadde tvunget Tetra Pak til å påføre seg selv et tap ved sine priser.<sup>167</sup>

Kommisjonen la til grunn at konkurransepresset på et marked kan gjøre det umulig for det dominerende foretak å prise over kost. Den anerkjente dermed en adgang til å imøtegå

---

<sup>166</sup> Avgjørelse C-62/86, premiss 156

<sup>167</sup> Avgjørelse 92/163/EEC, pkt.148

konkurransen. Kommisjonen fant det imidlertid ikke godtgjort at Tetra Pak var i en slik tvangssituasjon, særlig fordi foretaket priset klart lavere enn konkurrenten Elopak..

Adgangen til å møte konkurransen bekreftes i Kommisjonens Discussion Paper hvor det uttales at imøtegåelse av konkurranse kan legitimere priser under kost, men kun i den utstrekning prissettingen minimerer foretakets kortsiktige tap.<sup>168</sup> Dersom imøtegåelsen medfører påføring av et bevisst tap for å forhindre, vanskeliggjøre eller utsette en konkurrents etablering på markedet, kan forsvaret ikke brukes. Kommisjonen konkluderer derfor med at priser under AAC normalt ikke kan forsvares med imøtegåelse av konkurranse fordi slike priser ikke er passende eller nødvendige for å minimere et foretaks tap. Rovpriser over AAC kan forsvares med imøtegåelse av konkurranse dersom atferden er anvendelig, nødvendig og proporsjonal.<sup>169</sup> Vilkårene er ikke oppfylt dersom det eksisterer en alternativ atferd som medfører et mindre tap, samt at atferden er unødvendig langvarig og vesentlig forsinker eller vanskeliggjør konkurrenters etablering eller utvidelse på markedet. Disse kriteriene har sammenheng med proporsjonalitetskravet som ikke drøftes i denne oppgaven.

I Wanadoo-saken la Kommisjonen til grunn at et dominerende foretak ikke kan påberope seg imøtegåelse av konkurranse hvor det priser under kost.<sup>170</sup> Kommisjonens begrunnelse var at slik atferd ikke kan forsvares hvor det reelle formål er å styrke og misbruke den dominerende stilling. Uttalelsen gjaldt hvor konkurrenten tilbyr lave priser grunnet nyetablering eller kampanjer av begrenset tid. Det skulle således fremdeles være mulig for det dominerende foretak å anvende forsvaret dersom det godtgjøres at hensikten ikke er styrking eller misbruk av dominerende stilling, eksempelvis hvor konkurrentene ofte eller langvarig tilbyr lave priser.

---

<sup>168</sup> Discussion Paper, pkt.131

<sup>169</sup> Discussion Paper, pkt.132

<sup>170</sup> IP/03/1025, premiss 314 flg

I Norge har Konkurransetilsynet i sitt vedtak overfor SAS AB lagt til grunn at priser under GVK kan anses legitimt dersom konkurransesituasjonen ikke gjør det mulig å holde høyere priser.<sup>171</sup> Tilsynet viste imidlertid til Wanadoo-avgjørelsen og slo fast at det ikke er tillatt å ta etter konkurrentens priser dersom foretaket ikke dekker kostnadene ved leveransen.<sup>172</sup>

Praksis vedrørende imøtegåelse av konkurranse som objektiv begrunnelse er med dette noe sprikende. Det er et behov for ytterligere avklaring gjennom rettspraksis.

### 12.3.2 Overkapasitet på markedet

AKZO gjorde også gjeldende overfor Kommisjonen at deres lave priser skyldtes en overkapasitet på markedet. Kommisjonen avviste ikke at lave priser på grunn av overkapasitet kan utgjøre objektiv nødvendighet, men fant at påstanden ikke var bevist.<sup>173</sup>

Lave priser kan være nødvendig for å kortsiktig sett minimere et tap foretaket uansett påføres. I sitt Discussion Paper legger Kommisjonen til grunn et generelt synspunkt om at tapsminimering kan utgjøre objektiv nødvendighet.<sup>174</sup> Dersom prisene er lavere enn AAC, kreves det imidlertid mye for å anvende dette forsvaret. I tillegg til overkapasitet kan forgjengelige varer, sesongvarer eller høye lagringskostnader forsvare prisene.<sup>175</sup>

## 12.4 Ikke-partsrelaterte omstendigheter

### 12.4.1 Eksternalitetsvirkninger

I visse markeder blir produktet mer attraktivt for kunden jo flere som bruker det. Dette kalles eksternalitetsvirkninger. Et eksempel er telekommarkedet; blant annet internettelefoner vil få økt verdi for kunden når stadig flere får tilgang til tjenesten. I slike

---

<sup>171</sup> V2005-9, s.23

<sup>172</sup> V2005-9, s.43

<sup>173</sup> Avgjørelse 85/609/EEC, pkt.46

<sup>174</sup> Discussion Paper, pkt.131

<sup>175</sup> Whish (2003), s.706

markeder kan samtaleprisene kompensere for lave tilslutningspriser.<sup>176</sup> Dersom foretaket priser under kost, kan prisene legitimeres dersom tapet oppveies av merinntekter i form av eksternalitetsvirkninger.

I Konkurransetilsynets sak mot SAS Braathens påberopte SAS seg nettverksinntekter som grunnlag for å legge et høyere inntektsnivå til grunn (se pkt 8.3). SAS hevdet at ruten Oslo-Haugesund medførte økte inntekter på andre ruter, altså en form for eksternalitetsvirkninger. Konkurransetilsynet sa seg enig og inkluderte en forholdsmessig del av nettverksinntektene ved inntektsberegningen. Dette viser at konkurransemyndighetene tar hensyn til eksternalitetsvirkninger.

Det kan med andre ord være for snevert å kun undersøke forholdet mellom inntekter og kostnader ved det enkelte produkt. Inntekter og kostnader ved andre produkter mv kan muligens legitimere priser under kost på det aktuelle produkt, men spørsmålet er ikke besvart av EF- eller Førsteinstansdomstolen.

#### 12.4.2 Effektivitetshensyn

I Wanadoo-saken gjorde Wanadoo Interactive gjeldende at de variable kostnadene ville minske ved økt produksjonsvolum.<sup>177</sup> Dette kalles å oppnå "economies of scale". Economies of scale vil si at produksjonen først lønner seg hvor man produserer en viss mengde.<sup>178</sup> Foretakets priser vil dermed kunne gå fra å være under til over kost som følge av kostnadsreduksjonen og uten at prisene oppjusteres.

Wanadoo anførte også at et høyt produksjonsvolum ville føre til lavere kostnader i fremtiden fordi foretaket ville skaffe seg erfaring og dermed kunne rasjonalisere (se pkt 10.1 om erfaringskurven).

---

<sup>176</sup> Henriksson (2003), s.78

<sup>177</sup> IP/03/1025, premiss 306 flg

<sup>178</sup> Whish (2003), s.8



Kommisjonen la til grunn at effektivitetshensyn kun er relevante hvor det godtgjøres at effektiviseringen ikke kunne vært oppnådd på annen måte enn ved priser under kost. Erfaringskurven medfører at det dominerende foretak vil ha en ytterligere fordel i forhold til sine konkurrenter når det har et forsprang hva angår erfaring. En bør derfor være forsiktig med å tillegge argumentet vekt som gyldig forsvar.

Kommisjonen konkluderte med at selv om "economies of scale" og erfaringskurven kan legitimere rovpriser, kan atferden ikke legitimeres ut fra hensynet til konkurransereglene i sin helhet fordi dette ville gi det dominerende foretak muligheten til en mer gunstig kostnadsstruktur og være til konkurrentenes ulempe.

Kommisjonens Discussion Paper følger opp synspunktet om at et effektivitetsforsvar generelt sett ikke kan tilbakevise en presumpsjon om rovprising.<sup>179</sup> Dette skyldes at rovprising vanskelig kan anses som effektivisering, samt at det normalt vil være mer konkurransevennlige måter å oppnå besparelser på. Eventuelle effektivitetsfordeler vil dessuten sjelden videreføres til forbrukerne.

I sitt vedtak overfor SAS AB viser Konkurransetilsynet til debatten om det kan eksistere markeder hvor det kun er plass til en eller to aktører for at economies of scale skal være mulig.<sup>180</sup> Når enda en aktør entrer et slik marked, kan dette fremtvinge priser under GVK fordi det ikke er mulig for noen av aktørene å drive lønnsomt lenger.

I likhet med Kommisjonen avviser Konkurransetilsynet at forsvaret kan benyttes ved prising under GVK. Dersom rovprising anses legitimt i slike tilfeller, kan dette medføre at like eller mer effektive konkurrenter presses ut av markedet.

På bakgrunn av de gjennomgatte avgjørelser kan det legges til grunn at gjeldende rett ikke åpner for at effektivitetshensyn kan anføres som objektiv begrunnelse.

---

<sup>179</sup> Discussion Paper, pkt.133

<sup>180</sup> V2005-9, pkt.8.8 (s.44) jf Whish s.78

### 12.4.3 Introduksjon av nytt produkt

Introduksjon av et nytt produkt på et marked kan gjøre det rasjonelt å prise under kost for å skape oppmerksomhet rundt produktet. Spørsmålet om produktlansering kan utgjøre objektiv begrunnelse har ikke vært oppe for EF- eller Førsteinstansdomstolen. I følge Kommisjonens gjennomgang i Tetra Pak II kan imidlertid pris under kost anses objektivt nødvendig med mindre varigheten og omfanget av prisingen tyder på det motsatte.<sup>181</sup> Et dominerende foretak som har vært til stede på markedet lenge, og som allerede er i besittelse av nødvendig teknisk kapasitet og infrastruktur kan imidlertid få vanskeligheter med å påberope seg dette forsvaret.

I Wanadoo-saken uttalte Kommisjonen at et dominerende foretak ikke vil ha behov for å bedrive rovprising for å tiltrekke nye kunder eller skape oppmerksomhet rundt et nytt produkt.<sup>182</sup> Dette strider tilsynelatende mot uttalelsene i Tetra Pak II. I Wanadoo begrunnet imidlertid Kommisjonen sitt synspunkt med at det ikke var godtgjort at de påberopte positive virkninger av rovprisingen ville inntreffe. Kommisjonen kan derfor ikke sies å avfeie produktintroduksjon som objektiv begrunnelse på generelt grunnlag.

I Konkurransetilsynets vedtak overfor SAS AB, legger Konkurransetilsynet til grunn at kortvarige kampanjer for å introdusere en ny vare kan utgjøre en legitim begrunnelse for priser under GVK.<sup>183</sup>

Det kan etter dette konkluderes med at det er rom for å påberope produktintroduksjon som objektiv begrunnelse.

### 12.4.4 "Loss leading"

Et foretak som tilbyr flere ulike produkter kan oppnå gevinst ved å prise enkelte av produktene lavt dersom dette lokker kunder til forretningen og medfører økt salg av de

---

<sup>181</sup> Avgjørelse 92/163/EEC, pkt.148

<sup>182</sup> IP/03/1025, premiss 311

<sup>183</sup> V2005-9, s.23

øvrige produktene; såkalt "loss leading".<sup>184</sup> Særlig matvarekjedene er kjent for å benytte seg av denne metoden.

Spørsmålet om loss leading kan benyttes som forsvar hvor presumpsjon for rovprising er etablert, har ikke vært behandlet i rettspraksis men er drøftet i juridisk teori.

Henriksson mener metoden ikke bør aksepteres hvor den medfører at konkurrenter stenges ute eller elimineres fra markedet.<sup>185</sup> Lang og Temple gjør på sin side gjeldende at loss leading bør tillates hvor profitten ved mersalget oppveier tapet ved underprisingen.<sup>186</sup> Dette gjelder imidlertid ikke hvor produktet som prises lavt, brukes ofte eller langvarig og er det eneste produktet konkurrenten tilbyr.

Foros og Hjelmeng peker på loss leading-problematikken i sin kritikk av Konkurransetilsynets behandling av Fjordlines klage om rovprising fra Color Line på ruten Bergen/Stavanger – Hirtshals.<sup>187</sup> Forfatterne mener tilsynet burde tatt hensyn til at Color Lines lave billettpriser kunne oppveies av fortjenesten ved salg av varer og tjenester om bord, særlig siden overfarten er av en varighet på 18 timer.

Som nevnt er spørsmålet om loss leading som objektiv begrunnelse uavklart i rettspraksis, og det er uvisst om et slik argument vil tas til følge av konkurransemyndighetene.

#### 12.4.5 Feilberegninger mv.

Kommisjonen legger i Tetra Pak II til grunn at objektive feil begått av foretaket, herunder feilberegninger, ikke kan anses å utgjøre misbruk.<sup>188</sup>

### 12.5 Sammenfatning

Dersom konkurransemyndighetene har godtgjort at det foreligger rovprising, kan prisene likevel være lovlige dersom det dominerende foretak sannsynliggjør at det forelå en legitim begrunnelse for atferden. Gjennomgangen av objektive begrunnelser er ikke uttømmende,

---

<sup>184</sup> Henriksson (2003), pkt.5.3.5.1.1

<sup>185</sup> Henriksson, s.80

<sup>186</sup> Lang, O'Donoghue (2002-2003), s.162

<sup>187</sup> Foros, Hjelmeng (2006), pkt 4

<sup>188</sup> Avgjørelse 92/163/EEC, pkt.148

og det er heller ikke endelig avklart at alle eksemplene vil aksepteres av de EF-rettslige domstolene. Sannsynliggjøring av objektiv nødvendighet er et bevisspørsmål: foreligger det andre grunner til foretakets atferd enn en plan om å eliminere eller disiplinere konkurrentene?

## **13 Avsluttende kommentar**

### **13.1 Oppsummering**

Oppgaven har vist hvordan AKZO-dommen gir anvisning på den grunnleggende test for vurdering av rovprising. Testen medfører at det skal gjennomføres en kostnadsbasert test hvor grensene for lovlige priser vurderes i forhold til GVK og GTK. Priser under GVK er i utgangspunktet ulovlige, mens priser mellom GVK og GTK er ulovlige dersom de er del av en plan om å eliminere konkurrenten. Senere rettspraksis har dessuten vist at også priser over GTK kan utgjøre misbruk.

GVK og GTK vil ikke alltid være anvendelige kostnadsterskler. Dette gjelder spesielt hvor det eksisterer felleskostnader, og/eller hvor de variable kostnader er lave mens de faste kostnader er svært høye. Gjennom rettspraksis er det avklart at det i slike tilfeller er rom for andre kostnadsterskler. Hittil er det LRAIC som har vært brukt, men det er mulig eksempelvis AAC også kan anvendes. Det har imidlertid ennå ikke vært brukt andre typer tester enn kostnadsbaserte tester til tross for problematiske aspekter ved sistnevnte.

Til tross for at rovatferd ikke synes rasjonelt dersom mulighet for mergevinst ikke foreligger, har rettspraksis gjentatte ganger avslått dette som vilkår. Det kan imidlertid ikke utelukkes at manglende mulighet for mergevinst kan føre til at rovatferd ikke anses å foreligge.

Det dominerende foretak kan tilbakevise en påstand om rovatferd ved å godtgjøre at prisatferden var objektivt nødvend. Den generelle lære om objektiv nødvendighet dekker

også rovprisingstilfellene, men det gjenstår å se mer konkret hvilke begrunnelser det dominerende foretak kan anføre.

### 13.2 Er rovprising et konkurranserettslig problem?

Regulering av rovprising forutsetter at rovprising er et konkurranserettslig problem.

Enkelte teoretikere hevder imidlertid det motsatte.<sup>189</sup>

De konkurranserettslige teorier forutsetter at aktørene på markedet er rasjonelle og profittmaksimerende. Profittmaksimering vil nødvendigvis måtte skje på bekostning av andre aktører.

Rovprising er en kostnadskrevende og langvarig strategi for å maksimere profitt. Profitten er i tillegg usikker da foretaket ikke er sikret å kunne gjenvinne tapet rovprisingen medførte. En prisøkning i etterkant av eliminering kan tiltrekke nye konkurrenter til markedet dersom etableringshindringene ikke er betydelige, og prisene vil synke igjen.

Videre krever rovprising et tap i nåtiden mens mergevinsten først kan hentes ut i fremtiden.

McGee<sup>190</sup> hevder at rovprising er irrasjonelt fordi det alltid vil finnes et bedre alternativ enn rovprising; oppkjøp eller sammenslåing. McGee's syn tar imidlertid ikke hensyn til effekten rovprising antas å ha på potensielle konkurrenter ved at atferden medfører at disse ikke entrar markedet. Oppkjøp kan videre forhindres av de konkurranserettslige regler om sammenslutninger. Hvor oppkjøp forhindres av konkurranserettslige regler, kan rovprising være rasjonelt for å bane vei for senere oppkjøp. Dersom konkurrenten står i fare for konkurs, kan dette medføre at oppkjøp tillates, jf det såkalte "fallittbedriftforsvaret".<sup>191</sup> Ved å bedrive en rovprisingsstrategi, kan det dominerende foretak presse konkurrenten til randen av konkurs og dermed oppnå adgang til oppkjøp.

Denne oppgave har pekt på skadelige virkninger av rovprising og har således illustrert det konkurranserettslige problem som rovprising utgjør. Gjennom AKZO-dommen er det slått

---

<sup>189</sup> Henriksson (2003), s.113

<sup>190</sup> Jf Henriksson (2003), s.113

<sup>191</sup> "failing firm defense" jf Whish (2003), s.845

ettertrykkelig fast at rovprising må anses som et konkurranserettslig problem som må reguleres.

### 13.3 Bør rovprising reguleres?

Selv om man anerkjenner rovprising som konkurranserettslig problem, kan det argumenteres for at regulering likvel ikke bør skje. I Norge har Konkurransetilsynet de siste årene brukt mye ressurser på å følge opp klager vedrørende rovprising. SAS Braathens ble i 2005 ilagt bot for rovprising på ruten Oslo-Haugesund.<sup>192</sup> Av granskningene som endte med avslag eller henleggelse kan nevnes klagen mot alarmtjenesten 110 Telemark (A2005/19) og klagen mot NSB vedrørende NSB Minipris (A2005/26). I tillegg er SAS gitt varsel om vedtak om rovprising på ruten Oslo-Ålesund, mens Color Line er varslet om granskning for påstått rovatferd overfor Fjordline på foretakets nye rute Bergen/Stavanger-Hirtshals.

Fokuset har med dette vært rettet mot for tøff konkurranse. Dette kan tyde på at konkurransen har hardnet, hvilket i utgangspunktet er ønskelig. Det kan også skyldes at konkurransedempende atferd ikke påklages av konkurrentene - tilsynet må undersøke slik på eget initiativ.

Det har blitt påpekt at fokus på for lave priser kan føre til høyere priser fordi foretakene vil operere med en sikkerhetsmargin av frykt for kostbare anklager og granskninger, samt tapt anseelse.<sup>193</sup> Konkurrentene kan bruke konkurransereglene for å dempe konkurransen.<sup>194</sup>

I USA har det vist seg vanskelig å vinne frem med søksmål om rovprising. Likevel fortsetter foretakene å anlegge slike saker, hvilket antyder at formålet med saksanlegg ikke nødvendigvis er å vinne selve saken. Formålet kan være å tvinge det dominerende foretak til å prise høyere, dvs fremtvinge mindre hard konkurranse.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> V2005-9

<sup>193</sup> Foros, Hjelmeng (2006), pkt 4

<sup>194</sup> Foros, Hjelmeng (2006), pkt 6

<sup>195</sup> Crane (2005)

Misbruk av regler mot rovprising kan skje ved at mindre effektive foretak bruker saksanlegg eller trusler om saksanlegg som middel for å få mer effektive konkurrenter til å prise høyere. Det mindre effektive foretak kan utjevne forskjellen i effektivitet ved å anlegge søksmål som vil innebære store kostnader for det dominerende foretak. Dette vil kun lykkes dersom søksmålet er mer kostnadsfylt for det dominerende foretak enn for konkurrenten. Dette vil imidlertid ofte være tilfelle fordi anklageren kan ansette advokater som kun tar betalt dersom saken vinnes, anklager om rovprising kan skade foretakets renommé med videre.

Resultatet blir at foretakene opererer med en sikkerhetsmargin, dvs høyere priser enn hva de ville gjort om rovprising ikke var forbudt.

Like effektive foretak kan bruke rovprisingssøksmål som middel for å oppnå taus koordinering, dvs at man truer med søksmål og gjennom forhandlinger herom stilltiende blir enige om akseptable priser for å forhindre søksmål.

Det er betenkelig at konkurransemyndighetene bruker hovedvekten av sine ressurser på å lete etter for lave priser når nettopp lave priser er et av hovedformålene bak konkurransereglene. Økt ressursbruk kan føre til et velferdsmessig tap.

AKZO-saken illustrerer hvilke ulemper rovprising kan medføre, og at disse ulempene kan overstige ulempene ved å regulere rovprisingsatferd. Rovprising kan utgjøre konkurranseskadelig atferd fordi atferden kan føre til at like eller mer effektive konkurrenter presses ut av markedet av det dominerende foretak eller avstår fra å entre markedet. Det dominerende foretak kan i etterkant av elimineringen nyte monopollignende fordeler. Dette medfører høyere priser for forbrukerne og strider mot konkurransereglens formål.

Argumentene mot regulering av rovprising illustrerer imidlertid behovet for kvalitativt gode regler som gir forutsigbarhet og riktige resultater. Det er av stor viktighet at konkurransemyndighetene følger den teoretiske utvikling slik at rovprisingsvurderingen stadig kan utvikles mot det bedre.

## **14 Kilder**

### **Traktater**

#### **EF-traktaten**

Traktaten om opprettelse af det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 15.mars 1957

#### **EØS-avtalen**

Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, i kraft 1.januar 1994

### **Lover og forarbejder**

#### **Konkurranseloven**

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 17.desember 2004 nr.100( krrl)

#### *Konkurranseloven*

Ot.prp nr.6 (2003-2004)

### **Juridisk teori**

#### **Areeda & Turner**

Phillip Areeda, Donald F. Turner, *Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act*, Harward Law Review 1974-1975, s.697-733

#### **Carlton & Perloff**

Dennis W. Carlton og Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Reading 2000 (3.utg)

#### **Crane**

Dan Crane, *The paradox of Predatory Pricing* (2005), Working Paper no.115 (kan lastes ned fra <http://ssrn.com/abstract=724166>)

#### **Christensen m.fl**

Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune



T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo, *Konkurrenseretten i EU*, Danmark 2003

**Foros & Hjelmeng**

Øystein Foros, Erling Hjelmeng, *Virker konkurranseloven prisdrivende?* Økonomisk forum nr.1, 2006

**Henriksson**

Lars Henriksson, *Rätten til priskonkurrens – i marknadsdominans*, Stockholm 2003

**Jones & Sufrin**

Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 2.utg, Oxford 2004

**Konkurrensverket**

Det svenske Konkurrensverket, *The Pros and Cons of Low Prices*, Gøteborg 2003. ISBN-91-88566-30-7.  
Tilgjengelig på  
[http://www.kkv.se/bestall/pdf/rap\\_pros\\_and\\_cons\\_low\\_prices.pdf](http://www.kkv.se/bestall/pdf/rap_pros_and_cons_low_prices.pdf))

**Lang & O'Donoghue**

John T. Lang, Robert O'Donoghue. *Defining legitimate competition: How to clarify pricing abuses under article 82 EC*, Fordham International Law Review (2002-2003), s.83-162

**Magnussen**

Mads Magnussen, *EF-domstolens avgjørelse i Tetra Pak II* (1997), Tidsskrift for forretningsjus hefte 3 1997 s 53 - (TFF-1997-03-53)

**Steen & Sørgård**

Frode Steen, Lars Sørgård, *Rovadferd i norsk luftfart?* Notat skrevet på oppdrag fra Konkurransetilsynet,

april 2004. Tilgjengelig på

<http://www.nhh.no/sam/debatt/2004/09.pdf>

**Whish**

Richard Whish, *EC Competition Law*, 5.utg, Suffolk  
2003

**Østerud**

Eirik Østerud, *Forbudet mot misbruk av dominerende  
stilling i EF-traktaten artikkel 82 og læren om  
objektiv begrunnelse*, spesialoppgave (2005).

Tilgjengelig på

<http://wo.uio.no/as/WebObjects/theses.woa/wa/these?>

WORKID=25801

**Retts- og annen praksis**

**EF-domstolen:**

**AKZO**

Sak C-62/86, AKZO Chemie BV mot Kommisjonen,  
Sml 1991 s.I-3359

**Compagnie Maritime Belge**

Forente saker C-395/96 og C-396/96 P, Compagnie  
Maritime Belge Transports m.fl mot Kommisjonen,  
Sml.2000 s.I-1365

**Hoffman-La Roche**

Sak 85/76, Hoffman-La Roche mot Kommisjonen,  
Sml1979 s.225

**Irish Sugar**

Sak C-247/99P. Irish Sugar mot Kommisjonen,  
Sml.2001 s.I-5333

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| <b>Michelin I</b>           | Sak 322/81, N.V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin, Sml.1983 s.3461                        |
| <b>Tetra Pak II</b>         | Sak C-333/94 P, Tetra Pak International mot Kommisjonen, Sml.1996 s.I-5951                       |
| <b>United Brands</b>        | Sak 27/76, United Brands Company og United Brands Continental BV mot Kommisjonen, Sml.1978 s.207 |
| <b>Førsteinstansretten:</b> |  |
| <b>Hilti</b>                | Sak T-30/89P, Hilti mot Kommisjonen, Sml.199 s.II-1439   |
| <b>Tetra Pak II</b>         | Sak T-83/91, Tetra Pak II mot Kommisjonen, European Court reports 1994 Page II-00755             |
| <b>Kommisjonen</b>          |  |
| <b>AKZO</b>                 | 85/609/EEC, IV/30.698, AKZO/ECS, OJ L 374, 31.12.1985, p.1                                       |
| <b>Deutsche Post</b>        | 2001/354/EF, COMP/35.141, Deutsche Post AG, EFT L125, 2001 s.27                                  |
| <b>Hilti</b>                | 88/138/EØF, IV/30.787 og 31.488 – Eurofix Bauco mot Hilti, EFT L65, 1988 s.19                    |

**Tetra Pak II**

Sak 92/163/EEC, Tetra Pak II, OJ L 72, 18.3.1992,  
p.1

**Wanadoo**

COMP 38.233 – Wanadoo Interactive. Ennå ikke  
inntatt i EFT, men se Commission Press Release  
IP/03/1025

**Konkurransetilsynet:****SAS Braathens**

V2005-9, SAS AB – vedtak av 6.juni 2005 om  
overtredelsesgebyr etter krrl §29 jf §11,  
konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-  
Haugesund

Varsel om inngrep overfor SAS Braathens av  
8.desember 2004

**Telenor-NBBL**

V2005-22, Rabattavtale mellom Telenor Telecom  
Solutions AS og A/L Norske Boligbyggelags  
landsforbund – konkurranseloven 12, 1.ledd jf §11 –  
avslag på anmodning om pålegg om opphør.  
Tilgjengelig på  
[http://www.konkurransetilsynet.no/archive/Internett/a  
vgjorelser\\_uttalelser/arkiv\\_2005/A2005-](http://www.konkurransetilsynet.no/archive/Internett/avgjorelser_uttalelser/arkiv_2005/A2005-)

**Annet:**

Kommisjonens retningslinjer for anvendelse av EF's konkurranseregler på telekommunikasjonssektoren (1991/C 233/02) – EF-Tidende nr. C 233 av 06/09/1991 s.0002-0026

DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005



