



Predatory pricing og Wanadoo sagen

Bergqvist, Christian

Publication date:
2010

Document version
Også kaldet Forlagets PDF

Citation for published version (APA):
Bergqvist, C. (2010). *Predatory pricing og Wanadoo sagen.*

Predatory pricing og WANADOO-sagen

Af Christian Bergqvist, ph.d.

Juridisk Fakultet,

Københavns Universitet

Juni 2009

EF-Domstolen bekræftede den 2. april 2009,¹ at det var korrekt, når Retten i Første Instans (2007)² og Kommissionen³ (2003) havde fastslået, at *Wanadoo Interactive*, (Wanadoo) et datterselskab til France Telecom, havde anvendt bredbåndspriser, der ikke dækkede omkostningerne, såkaldt predatory pricing og derved overtrådt artikel 82. Som konsekvens heraf blev den af Kommissionen pålagt bøde på EUR 10,35 millioner opretholdt og appellen af Rettens dom forkastet.

Dommen bekræfter den analyseramme for begrebet predatory pricing, som er fastlagt i etableret retspraksis, dvs. *AKZO*⁴ og *Tetra Pak II*⁵ samt Kommissions Artikel 82 Guidance Paper.⁶ Dog anerkender Retten i Første Instans en noget bredere adgang til at anvende et effektivitetsforsvar end skitseret i det sidste dokument. EF-Domstolen hverken bekræftede eller lagde afstand hertil, og kan derfor muligvis antages at have admitteret dette.

Dommen rummer flere interessante forhold, idet Wanadoo⁷ i realiteten havde anfægtet stort set samtlige elementer i Kommissionens afgørelse fra 2003, herunder såvel faktuelle forhold, juridiske standarder og principper, procedurermæssige forhold samt beregningen af bøden. En række principielle forhold kom derved til retlig prøvelse. Endvidere var en række af disse indbragt for EF-Domstolen.

Navnlig skal følgende spørgsmål fremhæves:

- A. Der sondres mellem hastigheden af internetforbindelserne, hvorved leveringen af højhastighedsforbindelser udskilles som et selvstændigt markedssegment.
- B. Det fastslås, at der kan foreligge dominans, også selvom der er tale om et højvækstmarked.
- C. I forbindelse med vurderingen af om der foreligger predation, sker der en mere dynamisk opgørelse af omkostningerne, hvor dele af opstartsomkostningerne periodiseres udover den periode, hvor et kundeforhold forventes afskrevet (48 måneder). En del af de faste omkostninger konverteres altså til variable omkostninger, og den traditionelle skarpe sondring mellem disse modificeres derved.

¹ Sag C-202/07 P - *France Télécom mod Kommissionen*.

² Sag T-340/03 - *France Télécom mod Kommissionen*, Sml. 2007, p. II.-107.

³ Sag COMP/38.233 - *Wanadoo Interactive*.

⁴ Sag C-62/86 - *AKZO vs. Kommissionen*, Sml. 1991, s. I-3359.

⁵ Sag 333/94P - *Tetra Pak International SA vs. Kommissionen*, Sml. 1996, s. I-5951, med forudgående afgørelse fra Retten i Første Instans, T-83/91 - *Tetra Pak International Sa vs. Kommissionen*, Sml. 1994, s. II-755 og Kommissionsafgørelse, sag IV/31.043 - *Tetra Pak II*, EFT 1992L 72/1.

⁶ *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, med forudgående udkast, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*.

⁷ Reelt var det moderselskabet France Télécom SA, der anfægtede Kommissionens afgørelse, idet dette i den mellemliggende periode havde erhvervet 100 % kontrol hermed samt gennemført en selskabsretlig fusion.

- D. I valget af opgørelsesmodel synes der anvendt en model baseret på ydelsesspecifikke meromkostninger, incremental cost og avoidable cost, hvilket også er de modeller, som Kommissionen har argumenteret for i sit Artikel 82-Paper.
- E. Det fastslås, at Kommissionen har en bred margin i sit valg af økonomisk metodik for belystningen af, om der eventuelt foreligger et misbrug.
- F. Selvom eksistensen af et meeting competition forsvar anerkendes, afvises det dog i den konkrete sag, delvis som følge af fraværet af at en konkret konkurrent, som prissænkningen kunne anses som en reaktion på. Retten synes altså at have forudsat en meget snæver kobling mellem konkurrentens adfærd og reaktionen herpå.
- G. Der behøves ikke gennemført en omfattende effektanalyse, hvis formålet med en adfærd er at udøve predatory pricing, jf. definitionen herpå. Omvendt kan prissætning under AVC muligvis være forenelig med Artikel 82, hvis der kan opstilles en rimelig forklaring herpå. Den nedre grænse i AKZO-testen, dvs. prissætning under AVC, er muligvis ikke absolut.
- H. I forhold til identifikationen af en plan om at eliminere konkurrencen fremdrages en række indirekte indicier, herunder e-mails mv., der generelt tilkendegiver, at Wanadoo ønskede at blive markedsleder. En plan om eliminering etableres altså på et meget indirekte grundlag.
- I. Det blev meget udtrykkeligt afvist, at der kunne opstilles et krav om recoupment (genindvinding) i EU-konkurrenceretten, om end Kommissionen konkret kunne overveje spørgsmålet.
- J. I sin begrundelse for at afvise at tillægge udsigten til recoupment betydning henviser EF-Domstolen til at allerede elimineringen af en konkurrent bør anses for skadelig for konkurrencen. Det er altså styrkelsen af den allerede dominerende stilling, som anses for et misbrug snarere end den potentielle langsigtede konsekvens for forbrugerne.

Ovenstående forhold behandles nærmere nedenfor. Gennemgangen indledes med en kort præsentation af Kommissionens afgørelse efterfulgt af de spørgsmål, som blev indbragt for EF-Domstolen.

Idet EF-Domstolen dels alene beskæftigede sig med dele af Rettens dom (misbrugsspørgsmålet) og dels bekræftede analyserne og konklusionerne heri, udgør Retten i Første Instans dom udgangspunktet for systematikken og gennemgangen nedenfor. Derudover bruges nedemfor betegnelsen *Wanadoo* som betegnelse for sagsøger, der reelt var moderselskabet France Télékom SA.

1. Sagens baggrund (Kommissionens 2003-afgørelse)

Sagen tog sit udgangspunkt i en ex officio sag åbnet af Kommissionen i 2001.⁸ I forbindelse med sin afgørelse fra 2003 havde Kommissionen udsondret et selvstændigt marked for højhastighedsforbindelser, som det herefter blev fastslået, at Wanadoo indtog en dominerende position i forhold til.

Den dominerende position blev fastslået på baggrund af dels de meget betydelige markedsandele (som var steget fra 46 % til 72 % fra januar 2001 til september 2002) samt forbindelsen til France Télékom SA. Dog blev det tillige noteret, at markedsandelen efterfølgende faldt ca. 10 %.

Herefter blev det analyseret, om der forelå et misbrug. Dette skete på baggrund af AKZO-testen samt tre forskellige analysemodeller, der alle godtgjorde, at Wanadoo havde prissat under omkostningerne.

Nærmere blev det fastslået, at i perioden marts til august 2001 var prisen under de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC), mens den i perioden august 2001 til oktober 2002 nok var over AVC, men dog ikke dækkede de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC).⁹ I tilknytning til det sidste kunne Kommissionen i øvrigt konkludere, at der forelå en intention om at eliminere konkurrencen, hvilket skete på baggrund af en række indirekte beviser, bl.a. en vedvarende tabsgivende prissætning.¹⁰

Endvidere bemærkede Kommissionen, at overtrædelsen af artikel 82 reelt først blev stoppet da moderselskabet, France Télécom SA, besluttede at sænke sine priser for adgang til den underliggende infrastruktur.¹¹ Det var således ikke som følge af Wanadoo ændret adfærd at overtrædelsen ophørte.

Herefter pålagde Kommissionen Wanadoo en bøde på EUR 10,35 millioner, hvilket France Télécom SA, der i den mellemliggende periode havde erhvervet 100 % kontrol med Wanadoo og indfusioneret dette, indbragte for Retten i Første Instans og herefter EF-Domstolen.

2. Retten i Første Instans og EF-Domstolens domme

Retten i Første Instans bekræftede Kommissionens konklusioner i hovedlinjer, hvorefter "misbrugsdelen" heraf blev appelleret til EF-Domstolen. Derimod blev Kommissionens

⁸ Reelt var sagen en udløber af Kommissionens undersøgelse af prissætningen for adgang til Local Loop niveaue og indikationer på, at dette var "kunstigt" højt i Frankrig.

⁹ Sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 109 og 257.

¹⁰ Sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 110-151.

¹¹ Sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 259 og 386.

og Rettens konklusioner fsv. angik markedsafgrænsningen og dominanskonklusionen ikke anfægtet.

I stedet blev det fremført, at Rettens dom var forkert, idet den ikke:

- rummede en valid begrundelse for at have forkastet betydningen af recoupment, dvs. den dominerende virksomheds langsigtet mulighed for at genindvinde sit kortsigtede tab,
- i delvis forlængelse af det første spørgsmål havde forkastet at recoupment, dvs. udsigten til at genindvinde det kortsigtede tab udgjorde en nødvendig forudsætningen for at der kunne foreligge predatory pricing,
- anerkendte den dominerende virksomheds adgang til at tilpasse sine priser til konkurrenterne,
- havde underkendt Kommissionens opgørelser af omkostningerne, idet dette ikke var sket i overensstemmelse med de principper, som var fastslået med AKZO, samt
- anerkendte, at en pris, som flyttede markedsandele ikke i sig selv kunne anses for predatory samt i forlængelse heraf havde forkastet Kommissionens fremlagte beviser for at der forelå intent, dvs. et ønske om at eliminere konkurrenterne.

I forhold til det sidste argument forkastede EF-Domstolen dog, at dette kunne gøres gældende, idet det ikke var fremført for Retten i Første Instans.

EF-Domstolen forkastede alle de fremførte anbringender og stadfæstede Retten i Første Instans dom. I modsætning hertil havde General Advokaten i sit forslag til afgørelse anbefalet, at Rettens dom blev forkastet, idet denne ikke var tilstrækkelig begrundet på to punkter.

- General Advokaten fandt, at Retten i Første Instans generelt havde anerkendt, at en dominerende virksomhed kunne tilpasse sine priser til en eller flere specifikke konkurrenter, men havde forsømt at overveje om dette, som påstået af Waandoo, havde været tilfældet i den konkrete sag.
- General Advokaten fandt tillige, at Retten i Første Instans havde udlagt EF-Domstolens praksis (Tetra Pak II) således, at der ikke gjaldt et krav om recoupment i EU konkurrenceret. Det var i forbindelse hermed General Advokatens opfattelse at denne praksis ikke støttede opstillingen af en generel afvisning af at tillægge spørgsmålet betydning. Desuden manglede der en tilstrækkelig begrundelse for at afvise at behandle spørgsmålet nærmere i den konkrete sag.

EF-Domstolen tiltrådte ikke nogle af General Advokatens anbefalinger og bortset fra spørgsmålet om recoupment, dvs. den dominerende virksomheds langsigtede udsigt til at genindvinde det kortsigtede tab, tilførte EF-Domstolen ikke substantielle elementer til Retten in Første Instans dom. Endvidere skete de fleste afvisninger af de nedlagte anbringender og påstande af processuelle årsager, fx fordi de ikke var tilstrækkelig begrundet.

3. Sagens mest interessante juridiske elementer

Dommen rummer flere interessante forhold, idet Wanadoo i realiteten havde anfægtet stort set samtlige elementer i Kommissionens afgørelse fra 2003, herunder såvel faktuelle forhold, juridiske standarder og principper, procedurermæssige forhold samt beregningen af bøden. En række principielle forhold kom derved til retlig prøvelse.

Som allerede indikeret synes dommen at "flytte" praksis omkring opgørelsen af omkostningsbasen. Det er dog vanskeligt entydigt at vurdere, hvor meget denne praksis reelt flyttes. Dommen synes dog at stadfæste muligheden for en mere dynamisk sondring mellem variable og faste omkostninger samt muligheden for at anvende andre modeller end en traditionel statisk fokusering på eksisterende regnskaber, da dommen specifikt fastslår, at Kommissionen har en vid diskretionsmargin ved den fastlæggelse af økonomisk metodik, når omkostningerne skal opgøres.

Derudover synes dommen umiddelbart at have begrænset muligheden for at påberåbe sig et meeting competition-defence i tilknytning til predatory pricing, idet det udtrykkeligt fastslås, at der ikke gælder en absolut ret hertil. Dommen kan dog næppe antages at have gjort endeligt op med spørgsmålet om meeting competition, navnlig da dommen synes at have åbnet for forskellige former for effektivitetsforsvar.

Endelig bemærkede Kommissionen, prisdumpringer kan tjener andre formål end at eliminere konkurrenterne fx at intimidere disse til et punkt hvor de retter ind.¹²

Nedenfor er en række interessante præmisser trukket ud og gjort til genstand for en række bemærkninger i tilknytning til de punkter, som blev fremhævet indledningsvis. Citeringen af hele præmisser er sket med henblik på at lette efterfølgende selvstændig anvendelse af dommen.

De valgte præmisser og spørgsmål knytter sig primært til den materielle vurdering af adfærden samt en række konkurrenceretlige begreber, fx predatory pricing og meeting competition.

Processuelle forhold behandles ikke nærmere.¹³ Det bemærkes dog specifikt, at EF-Domstolen alene foretager en legalitetsprøvelse af Retten i Første Instans' domme,

¹² Se Sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 266.

hvorfor netop processuelle forhold har en vis betydning for formuleringen af anbringender for EF-Domstolen. Derudover har Retten i Første Instans prøvelse også i et vist omfang karakter af legalitetsprøvelse.

3.1 Om fastlæggelsen af det relevante marked

I forbindelse med markedsafgrænsningen sondres der mellem hastigheden af internetforbindelserne, hvorved leveringen af højhastighedsforbindelser udskilles som et selvstændigt markedssegment. Dette sker bl.a. i følgende præmisser af Rettens dom.

73 *Det er [Wanadoo]'s opfattelse, at den sondring, Kommissionen har foretaget mellem husstandskunders adgang til lavhastighedsinternet og højhastighedsinternet, er baseret på en meget mangelfuld og selvmodsigende analyse. Efter [Wanadoo]'s opfattelse findes der kun ét marked for internetadgang, som viser sig som en fortsættelse fra lave hastigheder til højhastighed. Dette er godtgjort af fremkomsten af udbud af ADSL i middelhastighed.*

85 *En betydelig prisforskel mellem lav og høj hastighed føjer sig til forskellene i anvendelse, enkeltheder og ydelse (betragtning 188-192 til beslutningen).*

91 *Følgelig findes det på baggrund af ovenstående overvejelser, at Kommissionen med rette fastslog, at der ikke forelå en tilstrækkelig grad af udskiftelighed mellem høj og lav hastighed, og fastsatte det pågældende marked som markedet for husstandskunders adgang til højhastighedsinternet.*

Traditionel praksis synes ikke at have udsondret et selvstændigt marked for højhastighedsforbindelser, fx ADSL. Markedsafgrænsningen er dog i overensstemmelse med Kommissionens sektorspecifikke henstilling fra februar 2003¹⁴, hvor 18 teledemarkeder identificeres, herunder indirekte et marked for bredbåndsforbindelser (marked 7).

3.2 Om den dominerende position

Et interessant element i sagen var eksistensen af en meget betydelig vækst i markedet. I teorien er det fremhævet, at en betydelig vækst ofte vil udelukke muligheden for at

¹³ En del af anbringender for Retten i Første Instans vedrørte spørgsmålet om sikringen af Wanadoos fundamentale rettigheder, fx adgangen til Kommissionens sagsakter samt karakteren af de oplysninger, som skulle være optaget i Kommissionens Statement of Objections. Endelig fandt Wanadoo, at selskabet med urette var blevet identificeret med sit moderselskab, France Télécom. Retten i Første Instans fandt dog ikke grundlag for at kritisere Kommissionen på nogle af disse punkter.

¹⁴ *Kommissionens henstilling af 11. februar 2003 om relevante produkt- og tjenestemarkeder inden for den elektroniske kommunikationssektor, som er underlagt forhåndsregulering i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, EFT 2003L 114/45.*

etablere en dominerende markedsposition, og set fra en praktisk vinkel vil det som minimum væsentligt komplicere det. Endelig antages det normalt, at den dominerende position skal have været opretholdt i en årrække, om end udstrækningen heraf aldrig er fastlagt endelig.

I dommen fastslås det dog, at der kan foreligge dominans, også selvom der er tale om et højvækstmarked, samt at Wanadoo havde indtaget en sådan dominerende position. Dette sker bl.a. i følgende præmisser af Rettens dom.

100 *Selv om markedsandelens betydning kan afvige fra marked til marked, udgør meget store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 41, og Rettens dom af 28.4.1999, sag T-221/95, Endemol mod Kommissionen, Sml. II, s. 1299, præmis 134). Domstolen fastslog i sin dom af 3. juli 1991, AKZO mod Kommissionen (sag C-62/86, Sml. I, s. 3359, præmis 60), at en markedsandel på 50% er en sådan meget stor markedsandel.*

101 *Selv en livlig konkurrence på et bestemt marked udelukker ikke, at en virksomhed kan have en dominerende stilling her, idet denne stilling i det væsentlige er karakteriseret ved, at virksomheden kan bestemme sin adfærd uden i sin markedsstrategi at skulle tage hensyn til denne konkurrence og uden for så vidt at måtte acceptere skadevirkninger som følge af sin nævnte adfærd (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 70, jf. ligeledes i denne retning Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 108-129). Om markedet eventuelt er præget af konkurrence har således betydning, bl.a. når det skal vurderes, om der foreligger en dominerende stilling, men det er ikke i sig selv afgørende for denne vurdering.*

107 *Det drejede sig ganske vist om et marked i stærk vækst, men dette forhold kan ikke udelukke anvendelsen af konkurrencereglerne og navnlig ikke reglerne i artikel 82 EF.*

Endvidere bemærkede Retten i Første Instans tillige den privilegerede forbindelse med moderselskabet France Télécom, bl.a. i følgende præmisser.

112 *Kommissionen tog som led i sin undersøgelse af [WANADOO]'s stilling på markedet ligeledes i betragtning 223-246 til beslutningen hensyn til den omstændighed, at [WANADOO] gennem sin »støtte« fra France Télécom-koncernen havde været begunstiget af meget væsentlige fordele, som bidrog til selskabets dominerende stilling.*

116 *[WANADOO] har for det andet heller ikke bestridt de tekniske fordele, der efter Kommissionens opfattelse følger af »France Télécoms »støtte«. Kommissionen har*

fremført, uden at [WANADOO] har modsagt den, at [WANADOO] i hele 2000 og de syv første måneder i 2001 har været begunstiget af særbehandling, der har givet sig udslag i et udbud, som er langt mindre tvingende end det, der er fremlagt af selskabets konkurrenter, og i real time-adgang til de konvertible linjers databaser.

118 *Det skal således fastslås, at Kommissionen med rette har fundet, at France Télécoms »støtte« til [WANADOO] har givet [WANADOO] fordele, der i forhold til [WANADOO]'s konkurrenter kan bidrage til selskabets dominerende stilling.*

Som et yderligere forhold af interesse havde Wanadoo-koncernen en række aktiviteter på beslægtede, men dog afskilte markeder (nabomarkeder), der samlet betød, at koncernen kom til at fremstå langt stærkere i offentlighedens opfattelse.

119 *Det sidste forhold, som Kommissionen har fremført i undersøgelsen af [WANADOO]'s stilling på det pågældende marked, er den fordel, Wanadoo-koncernen har af sin tilstedeværelse på markedet for telefonbøger. Den har gjort gældende, at meget givtige aktiviteter på dette marked på betydelig vis kan mindske påvirkningen af koncernen som følge af [WANADOO]'s tabsgivende salg på markedet for adgang til højhastighedsinternet.*

120 *Det skal i denne forbindelse bemærkes, at denne vurdering fra Kommissionen vedrører et andet marked end markedet for levering af højhastighedsinternet. Wanadoo-koncernens tilstedeværelse på markedet for telefonbøger udgør, som [WANADOO] har gjort gældende, herved ikke et forhold, der på afgørende vis bekræfter [WANADOO]'s dominerende stilling på det pågældende marked.*

Uanset ovenstående må det dog fortsat anses som udsædvanligt, at der kan etableres en dominerende position i et marked, som er genstand for en betydelig vækst. Afgørelsen bør derfor ses i lyset af den privilegerede forbindelse til France Télécom samt de vedvarende massive markedsandele upåagtet af en betydelig vækst i markedet.

Navnlig som følge af det første element, dvs. fremhævnningen af forbindelsen til France Telecom, indikerer sagen altså, at et datterselskab af et tidligere monopolselskab ofte vil indtage en række komparative konkurrencefordele, der kvalificerer dominansvurderingen.

Desuden kan dommen muligvis tages til indtægt for, at eksistensen af dominans på en række adskilte, men tæt beslægtede markeder (nabomarkeder) kun forsigtigt bør tillægges betydning i dominansanalysen.

3.3 Om hvorvidt der foreligger et misbrug – opgørelsen af omkostningerne

Et af de mest interessante elementer i Kommissionens afgørelse var opgørelsen af omkostningerne samt modellen hertil, idet det ofte er fremhævet, at den traditionelle

AKZO-sondring mellem variable og faste omkostninger ikke er repræsentativ for predatory pricing indenfor telesektoren som følge af de meget betydelige faste omkostninger.¹⁵

Selvom Fællesskabsdomstolene har fastlagt et indhold af begrebet predatory pricing, har disse ikke fastlagt en nærmere metodik for opgørelsen af omkostningerne, hvilket skaber et rum for nærmere udfyldning af Kommissionen.

I sin afgørelse havde Kommissionen opstillet og anvendt tre forskellige modeller for opgørelsen af omkostningerne omfattende¹⁶:

- a. En opgørelse af udgifter og indtægter baseret på Wanadoos regnskaber svarende til den traditionelle fremgangsmåde, af Retten benævnt "regnskabsmetoden",
- b. En vurdering af den effektive dækning af de afholdte omkostninger baseret på, at omkostninger skulle inddækkes over en 48 måneders periode svarende til et gennemsnitligt abonnement, samt
- c. En supplerende analyse af udsigten til at genindvende afholdte omkostninger på det tidspunkt, de blev afholdt.

Af de tre analysemodeller fremhævede Kommissionen navnlig model b), hvor omkostningerne knyttet til at skabe et kundeforhold betragtes som en investering, der herefter skal afskrives over en periode svarende til det gennemsnitlige kundeforhold, dvs. 48 måneder. Specifikt i forhold til model c) var det i øvrigt påpeget, at dette alene var en supplerende model¹⁷.

Mens Kommissionen altså foretrak en model, hvor omkostningerne blev fordelt udover den periode, et kundeforhold varede, havde Wanadoo foretrukket en model, hvor der skete en diskontering af cashflowet knyttet til et kundeforhold.¹⁸ Under den sidste model skete der en beregning af hvert enkelt abonnements nettokapitalværdi, dvs. forskellen mellem indtægter og udgifter, tillagt en kalkulationsrentesats. Ifølge Wanadoo ville en sådan beregning påvise, at der generelt skete inddækning af omkostningerne.¹⁹

¹⁵ For nærmere om denne diskussion med yderligere referencer, se Christian Bergqvist, *Mellem regulering og deregulering*, DJØF 2007, pp. 189 - 190 samt pp. 197 - 199.

¹⁶ Se sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 73 – 106. Reelt var der anvendt 4 test, idet Kommissionen tillige havde forholdt sig til den test, som Wanadoo havde foreslået.

¹⁷ Sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 72.

¹⁸ Jf. præmis 125 i Rettens dom.

¹⁹ Modellen, og Kommissionens reservationer er beskrevet i Rettens dom præmis 125 – 128 samt Kommissionens afgørelse, pkt. 90 – 96.

Endvidere gjorde Wanadoo gældende, at Kommissionen reelt havde anvendt en statistisk test, der fx ikke tog hensyn til, at omkostningerne dels ville variere henover kundeforholdes levetid og dels falde.²⁰ Omvendt fandt Kommissionen, at den af Wanadoo foreslået model dels ikke gjorde det muligt at drage egentlige konklusioner, dvs. var uegnet til at bedømme det forelagte spørgsmål, og dels ikke rummede en beregning af kapitalværdien.²¹

Parterne var således ikke uenige om, at der skulle ske en fremskrivning af omkostningerne og indtægter. Derimod stod uenigheden omkring den konkrete metode hertil.²²

Valget af model var i øvrigt ikke irrelevant. Såfremt det accepteres, at opstartsomkostninger bør anses for ydelsesspecifikke, kan de enten alle fordeles til det første år eller fordeles udover en længere periode, fx 48 år. I det første tilfælde bliver omkostningsbasen meget betydelig det første år, hvilket væsentligt øger sandsynligheden for, at prisætningen ikke sikrer dækning og derved, at der foreligger predatory pricing. Omvendt vil omkostningsbasen de efterfølgende år være mindre. Såfremt opstartsomkostningerne derimod fordeles udover de 48 måneder, bliver omkostningsbasen de enkelte perioder/år mere stabil samtidig med, at der anvendes en mindre streng test det første år.

Tilsvarende ville en eventuel tilbagediskontering af cashflowet knyttet til et kundeforhold give højere indtægter.

Retten i Første Instans fremhævede ikke nogle modeller, som specielt egnede, men bemærkede dog, at:

129 *Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen, når valget af metode til beregning af dækningsgraden af omkostningerne indebærer, at den skal foretage en vanskelig økonomisk vurdering, skal anerkendes en bred skønsmargen (jf. i denne retning Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). Prøvelsesretten skal således begrænses til efterprøvelsen af, at sagsbehandlings- og begrundelsesreglerne er overholdt, samt rigtigheden af de faktiske omstændigheder, og at der ikke foreligger et åbenbart urigtigt skøn og magtfordrejning.*

131 *Kommission har i beslutningen fremlagt tre forskellige analyser med henblik på at belyse sin fremgangsmåde.*

134 *Det fremgår klart af betragtning 73-75 til beslutningen, at anvendelsen af regnskabsmetoden – som blev benyttet i sagerne, der lå til grund for dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, og dommene af 6. okto-*

²⁰ Jf. præmis 123 – 124 i Rettens dom.

²¹ Jf. præmis 128 i Rettens dom samt mere udførligt pkt. 90 – 96 i Kommissionens afgørelse.

²² Jf. præmis 126 i Rettens dom.

ber 1994 og 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor – hvorved der tages hensyn til omkostningerne, som de klart og enkelt fremgår af virksomhedens regnskaber, i denne sag medfører meget lave dækningsgrader, nemlig 30% for perioden fra januar til juli 2001, 60% for perioden fra august til december 2001 og 83% for perioden fra januar til juni 2002 (beslutningens tabel 2).

- 135 Kommissionen har imidlertid i betragtning 75 til beslutningen vurderet, at eftersom omkostningerne til erhvervelse af kunder på et marked under udvikling udgør en betydelig del af udgifterne, »[kunne] de dækningsgrader, der er anført i beslutningens tabel 2, således i sig selv være tilstrækkelige til at kvalificere underbudspriser«.
- 136 Som Kommissionen har anført i betragtning 76 til beslutningen, har den i den foreliggende sammenhæng fundet, at »virksomhedens hensigt ikke [var] straks at virkeliggøre et øjeblikkeligt positivt regnskabsresultat«, men »at opnå et dækningsniveau af de løbende omkostninger (netværksomkostninger og produktionsomkostninger), der var tilstrækkeligt til, at den frie margen på disse løbende omkostninger inden for en rimelig tidsramme skulle dække de ikke-løbende variable omkostninger, som blev investeret i forretningsudvikling af de pågældende produkter«. Kommissionen besluttede således at beregne de variable, ikke-løbende omkostninger ved at sprede dem over en vis varighed i henhold til indfrielsesprincippet.
- 137 Kommissionen besluttede således at sprede omkostningerne til erhvervelse af kunder over 48 måneder. [WANADOO] har tiltrådt denne opfattelse, idet selskabet har anført, at den gennemsnitlige varighed af abonnementerne snarere ville være fem år fra ordren, og at fire år ville være en minimumsvurdering. Det skal dog bemærkes, at WIN ikke har udført sådanne indfrielser, eftersom de pågældende udgifter blev bogført på tidspunktet for deres afholdelse som løbende almindelige omkostninger. Endvidere har flere af [WANADOO]'s konkurrenter i deres forretningsplaner foretaget en spredning af de ikke-løbende variable omkostninger over tid, men af en kortere varighed end den, Kommissionen har fastsat i denne sag (betragtning 79 samt fodnote 70 og 71 til beslutningen). Den valgte spredningsperiode forekommer følgelig ikke urigtig.
- 138 Kommissionen fandt ved at anvende denne metode, at de priser, [WANADOO] benyttede, ikke gav selskabet mulighed for at dække sine variable omkostninger indtil august 2001 og ej heller sine samlede omkostninger fra januar 2001 til oktober 2002 (beslutningens tabel 3 og 4), hvilket der ikke er tvivl om under hensyntagen til dækningsniveauet af de variable omkostninger.
- 139 Den metode, Kommissionen har anvendt, skal således vurderes i forhold til det forfulgte formål, nemlig testen af dækning af omkostninger i henhold til artikel 82 EF og i forhold til den kritik, [WANADOO] har fremsat.

- 140 *Det skal for det første fastslås, at Kommissionen i modsætning til, hvad [WANADOO] har gjort gældende, ikke har anvendt en statisk dækningstest, hvilket i øvrigt ville have været langt mere ufordelagtigt for [WANADOO] (jf. præmis 134 ovenfor).*
- 141 *Det følger klart af beslutningen (betragtning 76 og 77), at Kommissionen besluttede at beregne kundernes erhvervsomkostninger over 48 måneder for at tage hensyn til den omstændighed, at omkostningerne og indtægterne pr. abonnent for abonnenternes vedkommende er spredt over et langt tidsrum.*
- 142 *Endvidere medfører metoden i modsætning til, hvad [WANADOO] har gjort gældende, på ingen måde, at erhvervsomkostningerne tilføjes 48 gange til de løbende månedlige omkostninger, sådan som de forelå på tidspunktet for tegningen af abonnementet, og at summen heraf blev sammenlignet med 48 gange de månedlige indtægter, sådan som de forelå på samme dato.*

Selvom Retten i Første Instans på den ene side ikke udtrykker præferencer for nogen bestemt model, synes den på den anden side at udtrykke tilfredshed med Kommissionens arbejde.

Derved må det tillige antages, at Retten i Første Instans accepterede periodiseringen af opstartsomkostninger, som umiddelbart nok er mere fordelagtig end den "traditionelle regnskabsmetode", det første år, men omvendt er "strengere" de efterfølgende perioder.

Reelt skete der dog mere end blot en periodisering af opstartsomkostninger, idet der reelt er sket adoption af en metodik baseret på de ydelsesspecifikke meromkostninger (IC), dvs. dem der generes ved opstarten af en aktivitet. I en større kontekst hvor Kommissionen i sit Artikel 82 Paper har argumenteret for, at den relevante nedre grænse i AKZO testen er de uundgåelige omkostninger, *Average Avoidable Cost (AAC)*, er dette betydningsfuldt, idet Retten i Første Instans reelt implicit synes at have accepteret dette.

Retten bemærker dog også, at da priserne ikke sikrede dækning, uanset hvilken model der blev anvendt, var det nærmere valg heraf ikke afgørende. Et interessant forhold havde således foreligget, såfremt dette ikke havde været tilfældet, dvs. at valget af model havde været afgørende for, om der forelå predatory pricing eller ej.

Ligeledes kunne det have været interessant, såfremt Kommissionen i sin afgørelse tillige have inddraget kapital- og offeromkostninger og derved hævet omkostningsbasen yderligere. Kommissionen bemærker i sin afgørelse specifikt, at man havde undladt at gøre dette.²³

²³ Sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 263.

Et særligt forhold i sagen var knyttet til en række prisfald, bl.a. i de underliggende engrosydelse, som blev leveret fra France Télécom SA til alle bredbåndsudbydere i Frankrig, herunder Wanadoo' konkurrenter. Wanadoo havde i forbindelse hermed gjort gældende, at Kommissionen ikke have taget hensyn hertil, hvilket Retten kommenteret således:

- 143 *Det skal ved gennemlæsningen af beslutningen og dens bilag tværtimod fastslås, at Kommissionen for hver periode af overtrædelsen og for alle abonnenterne har medregnet de efterfølgende prisfald, der forekom i løbet af den anfægtede periode. Kommissionen har opbygget sin analyse ud fra disse fald.*
- 144 *Den 31. juli 2001 – svarende til afslutningen af den første periode, som Kommissionen har taget hensyn til med henblik på analysen af de beregnede, variable omkostninger (beslutningens tabel 3) – falder sammen med nedsættelsen af prisen for den nationale og regionale samling af trafikken. Den anden periode tager hensyn til denne prisnedsættelse ved at anvende de nye priser. Afslutningen af den anden periode, den 15. oktober 2001, falder sammen med indledningen af en periode med gratis installation, som France Télécom normalt fakturerede kunderne for. Der blev ligeledes herved taget hensyn til nedsættelsen af de således opståede omkostninger. Endelig markerer grænsen mellem den tredje og den fjerde periode, som er fastsat til den 15. februar 2002, ændringen af prisfastsættelsen for tjenesten med international »forbindelse« og geniværksættelsen af France Télécoms opkrævning af installationsgebyr.*
- 145 *Følgelig er det i modsætning til, hvad [WANADOO] har gjort gældende, klart, at de forskellige perioder, der er taget hensyn til, netop tilsigter at tage hensyn til nedsættelsen af de påberåbte omkostninger.*
- 151 *Kommissionen har således taget hensyn til de forskellige prisændringer i sin vurdering af omkostningerne.*

Udover anbringendet om at Kommissionen havde anvendt en forkert opgørelsesmode fremførte Wanadoo for Retten i Første Instans tillige, at Kommissionen havde negligeret en række indtægter (og udgifter). Dette omfattende bl.a. de løbende indtægter, som ville falde henover den periode på 48 måneder, som det gennemsnitlige abonnement ville løber over. Kommissionen havde ikke medtaget disse og alene analyseret omkostninger og udgifter i en periode svarende til hvor den, hvor et misbrug var identificeret. I tilknytning hertil bemærkede Retten i Første Instans, at:

- 152 *Det skal i denne forbindelse understreges, at Kommissionen med rette har fundet, at de indtægter og omkostninger, der ligger efter overtrædelsesperioden, ikke kan opføres på regnskabet til vurdering af dækningsgraden af omkostningerne i løbet af den pågældende periode. Det følger af retspraksis, at artikel 82 EF omfatter den stilling, den pågældende virksomhed indtager på fællesmarkedet på tidspunktet,*

hvor denne begår det påståede misbrug (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 450). WIN kan således ikke føje de priser og omkostninger, som ligger senere end oktober 2002, til sine beregninger. Følgelig kan sagsøgerens anbringender, som er støttet på priser og omkostninger, der ligger senere end oktober 2002, ikke drage Kommissionens vurdering i tvivl.

Hvorefter Retten kunne sammenfattes sine konklusioner ved det af Kommissionen udøvet skøn således, at:

- 153 *Endelig skal det hvad angår [WANADOO]'s anbringender, hvorefter kun discounted cash flow-metoden er relevant med henblik på beregningen af dækningsgraden i den foreliggende sag, bemærkes, at selv hvis [WANADOO] kunne godtgøre den passende karakter i visse henseender af den metode, selskabet har gjort gældende, er dette ikke tilstrækkeligt til at bevise, at den metode, Kommissionen har anvendt i denne sag, er ulovlig. Det tilkommer sagsøgeren at godtgøre denne ulovlighed. Den forudgående gennemgang har afsløret, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at vælge denne metode.*
- 154 *Det kan fastslås, at [WANADOO] ikke har godtgjort, at Kommissionen har anvendt en ulovlig test af dækningen af omkostningerne i denne sag ved at anvende de data, der fremgår af [WANADOO]'s regnskaber, og ved at rette disse til fordel for [WANADOO] for at tage hensyn til den særlige sammenhæng, det pågældende marked befandt sig i, alt imens Kommissionen overholdt de ufravigelige krav til undersøgelsen i henhold til artikel 82 EF.*
- 155 *For fuldstændighedens skyld skal det fastslås, dels at det ikke følger af retspraksis, at anvendelsen af discounted cash flow-metoden gjorde sig gældende i denne sag, dels at WIN ikke har fremført noget argument, der kan godtgøre, at Kommissionen i denne forbindelse har anlagt et åbenbart urigtigt skøn.*
- 156 *Anbringenderne vedrørende metoden til beregning af dækningsgraden af omkostningerne kan således ikke tages til følge.*

Retten forkastede herefter Wanadoo' argumenter i deres helhed. Af præmis 155 følger det endvidere formentlig, at der ikke eksisterer en forpligtelse til alene at anvende fx den diskonterede cashflow model²⁴ eller andre modeller.

For EF-Domstolen havde Wanadoo gjort gældende, at Rettens dom ikke var forenelig med de principper, som var opstillet ved AKZO,²⁵ samt at Retten ikke skulle have holdt en række indtægter ude af deres opgørelser.²⁶

²⁴ Den danske udgave af dommen er uklar i formuleringen, men denne udlægning fremgår af fx den engelske sprogudgave.

EF-Domstolen forkastede det første anbringende,²⁷ bl.a. ved at bemærke, at der ikke var påpeget nogle fejl ved de anvendte metoder, men alene sket en gentagelse af tidligere fremført kritik.

Hvad angik den anden del af anbringendet, dvs. at Retten skulle have underkendt Kommissions analyse og manglende inddragelse af en række supplerende indtægter, konkluderede EF-Domstolen, at Wanadoo ikke havde bevist noget kritisabelt herved.²⁸

Som allerede indikeret synes dommen, dvs. både Retten i Første Instans dom og EF-Domstolens stadfæstelse heraf, at kvalificere anvendelsen af omkostningsmodeller. Det er dog vanskeligt entydigt at vurdere, hvor meget denne praksis reelt flyttes.

Dommen synes dog at stadfæste muligheden for en mere dynamisk sontring mellem variable og faste omkostninger som påpeget ovenfor, hvilket formentligt vil blive genstand for en række analyser fremadrettet.

Omvendt synes dommen dog også at fastholde disse som supplerende modeller. Der er altså reelt ikke taget stilling til, om der tillige kan ske en vis ophævelse af sontringen mellem variable og fast omkostninger, som ofte fremhæves som kunstige i telesektoren.

Derudover, hvilket formentligt er det vigtigste element i afgørelsen, fastslår dommen, at Kommissionen har en bred diskretionsmargin i valget af metodik ved udfyldningen af den opstillede definition på predatory pricing.

3.4 Om meeting competition-forsvar

Det er omdiskuteret i teorien, hvorvidt og i hvilket omfang et dominerende selskab har ret til at reagere på sine konkurrenters priskonkurrence, dvs. om der kan opstilles et meeting competition forsvar.

Det er fastslået i praksis, at der gælder et meeting competition-forsvar.²⁹ I praksis er det dog aldrig anerkendt som et reelt forsvar, idet praksis altid har afvist, at forsvaret konkret kunne anerkendes. Som konsekvens heraf kan det overvejes, om forsvaret har et reelt indhold.

²⁵ Jf. præmis 62 - 68

²⁶ Jf. præmis 78 – 81.

²⁷ Jf. præmis 72.

²⁸ Jf. præmis 81.

²⁹ Se nærmere herom hos Martin Andreas Gravengaard *Meeting competition defence-princippet - et forsvar for prisdiskriminering og predatory pricing?*, UfR 2006B.137

I Kommissionens Artikel 82 Guidance Paper er spørgsmålet ikke behandlet, og i det oprindelige udkast hertil synes Kommissionen direkte at tage afstand hertil.³⁰

I Wanadoo-sagen kom spørgsmålet til efterprøvning, da Wanadoo som forsvar for sin prissætning havde gjort gældende, at dette var en reaktion på en specifik konkurrents prisadfærd, i hvilken forbindelse det blev påpeget, at:

185 *Det skal bemærkes, at selv om en dominerende stilling i henhold til retspraksis ikke kan berøve en virksomhed, der har en sådan stilling, retten til at forsvare sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om der må indrømmes virksomheden ret til i rimeligt omfang at foretage handlinger, som den skønner hensigtsmæssige med henblik på beskyttelse af disse interesser, kan man ikke tillade sådanne former for adfærd, når de netop har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den (dommen i sagen United Brands mod Kommissionen, nævnt i præmis 101 ovenfor, præmis 189, samt Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 117, og dommen i sagen Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 146).*

186 *De særlige forpligtelser, som er pålagt virksomheder, der befinder sig i en dominerende stilling, er gentagne gange blevet bekræftet ved retspraksis. Retten har i sin dom af 17. juli 1998, ITT Promedia mod Kommissionen (sag T-111/96, Sml. II, s. 2937, præmis 139), udtalt, at det følger af arten af de forpligtelser, der pålægges ved artikel 82 EF, at virksomheder i dominerende stilling under særlige omstændigheder kan miste retten til at udvise adfærd eller gennemføre handlinger, som ikke i sig selv ville være misbrug, og som ikke ville kunne kritiseres, hvis de var udvist eller gennemført af virksomheder, der ikke var dominerende.*

187 *WIN kan således ikke påberåbe sig en absolut ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser som begrundelse for sin adfærd. Såfremt det er rigtigt, at en dominerende virksomheds sidestilling med konkurrenternes priser ikke i sig selv er misbrug eller kan kritiseres, kan det ikke udelukkes, at dette bliver tilfældet, når sidestillingen ikke blot tilsigter at beskytte virksomhedens interesser, men har til formål at styrke den dominerende stilling og misbruge den.*

Selvom Retten i Første Instans bekræfter eksistensen af et meeting the competition-forsvar fastslår det dog også, at denne ret ikke er absolut. Endvidere antages det implicit, at der skal foreligge et konkret tilbud som der reageres på. Den præventive markedslukning må således fordømmes.

³⁰ Jf. nærmere hos Martin Andreas Gravengaard *Meeting competition defence-princippet - et forsvar for prisdiskriminering og predatory pricing?*, UfR 2006B.137

EF-Domstolen tager ikke eksplicit stilling til det fremførte anbringende om, at disse konklusioner er uforenelige med tidligere praksis, idet Wanadoo ifølge EF-Domstolen ikke specifikt har angivet, hvilken praksis konklusionen skulle være uforenelig med.³¹

I delvis forlængelse heraf forkastes ligeledes et anbringende om, at Kommissionen og Retten ikke havde overvejet, om Wanadoos reaktion var proportionel i forhold til det konkurrencepres selskabet blev udsat for, idet dette ikke var gjort gældende for Retten i Første Instans.³²

Det sidste anbringende knytter an til den ofte gennemførte diskussion om, hvor grænsen går mellem "meeting competition" overfor "beating competition".³³

Som udgangspunkt kan der kun ekstraheres begrænsede bidrag fra Retten eller EF-Domstolens domme. Dog er det værd at bemærke, at der ikke skete adoption af Kommissionens synspunkt om, at der aldrig kunne anerkendes et meeting competition-forsvar, hvis priserne ikke dækkede omkostningerne. Dommen synes altså at holde en lem på klem for at anse prissætning under de variable omkostninger for forenelige med Artikel 82, hvilket styrkes yderligere af andre præmisser, jf. nedenfor.

Derudover virker det sandsynligt, at eksistensen af dokumenter, der påviste en intention hos Wanadoo om at eliminere konkurrencen, har påvirket både Retten i Første Instans' og EF-Domstolens' vurdering af den reelle validitet af det fremførte argument om, at der alene var sket en tilpasning til konkurrencen.

3.5 Betydningen af formålet med adfærden og et eventuelt krav om effekt

Som et selvstændigt forhold havde Wanadoo fremført det synspunkt, at Kommissionen ikke havde påvist, at adfærden havde begrænset konkurrencen. Retten i Første Instans bemærkede i tilknytning hertil, at:

195 *Hvad angår anvendelsen af artikel 82 EF og sondringen mellem genstanden for og virkningen af misbruget skal det understreges, at bevisførelsen for det konkurrencebegrænsende formål og for den konkurrencebegrænsende virkning med henblik på anvendelsen af den nævnte artikel i givet fald kan falde sammen. Hvis det nemlig er bevist, at en markedsdominerende virksomheds adfærd har til formål at begrænse konkurrencen, vil denne adfærd ligeledes kunne have denne virkning. For så vidt angår praksis på prisområdet fastslog Domstolen i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen (nævnt i præmis 100 ovenfor), at priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger hos en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, i sig selv anses for misbrug, idet den eneste interesse, virk-*

³¹ Jf. præmis 55 – 56.

³² Jf. præmis 59.

³³ Se nærmere herom hos Christian Bergqvist, *Mellem regulering og deregulering*, DJØF 2007, pp. 194 - 195.

somheden kan have i at anvende sådanne priser, er at fjerne sine konkurrenter, og at priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at fjerne en konkurrent. Domstolen krævede ikke i denne sag, at der blev ført bevis for de konkrete virkninger af den omhandlede adfærd (jf. i denne retning Rettens dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 241 og 242).

- 196 *Det skal endvidere tilføjes, at når en virksomhed, der har en dominerende stilling, faktisk gennemfører en praksis med henblik på at fortrænge en konkurrent, er den omstændighed, at det ønskede resultat ikke blev opnået, ikke tilstrækkeligt til at udelukke et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF (dommen i sagen Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 149, og Rettens dom af 7.10.1999, sag T-228/97, Irish Sugar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969, præmis 191).*
- 197 *Det følger klart heraf, at det første element i den misbrug, den dominerende virksomhed har iværksat, for så vidt angår underbudspriser udgøres af, at virksomhedens omkostninger ikke dækkes. Hvis de variable omkostninger ikke dækkes, forudsættes det andet element, dvs. forsættet til underbud, at foreligge, hvorimod det for de priser, der er lavere end gennemsnittet af de samlede omkostninger, skal bevises, at der foreligger en plan om udelukkelse af konkurrencen. Dette forsæt til udelukkelse skal i henhold til dommen af 6. oktober 1994 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen (nævnt i præmis 130 ovenfor, præmis 151) godtgøres på grundlag af alvorlige og samstemmende indicier.*

Retten i Første Instans åbner med præmis 195 – 197 for en række interessante aspekter. I præmis 195 forudsættes det fx, at prisen alene vil blive sænket til under AVC specifikt med henblik på at eliminere en konkurrent, jf. sætningen *"..priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger hos en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, i sig selv anses for misbrug, idet den eneste interesse, virksomheden kan have i at anvende sådanne priser, er at fjerne sine konkurrenter"*.

Til sammenligning kvalificeres dette forhold nærmere i præmis 197, idet det i realiteten påpeges, at der alene opstilles en formodning om intention om eliminering, når prisen ikke dækker AVC, jf. sætningen *"Hvis de variable omkostninger ikke dækkes, forudsættes det andet element, dvs. forsættet til underbud, at foreligge."*

Wanadoo-dommen må altså indledningsvis udlægges således, at det reelle indhold af AKZO-testen er, at der i tilknytning til en prissætningen under AVC kan opstilles en formodning for, at der foreligger en elimineringsintention, jf. nærmere nedenfor. Hvis prisen er over AVC, men dog under ATC, skal det herefter selvstændigt påvises, at dette er tilfældet.

Denne udlægning kan forenes med den ligeledes citerede og noget specielle sag *Compagnie maritime belge transports*,³⁴ hvor en prissætning over ATC blev fordømt, idet der forelå elimineringshensigt. Kommissionen har på et tidspunkt udlagt denne sag som en predatory pricing sag,³⁵ og derved indikeres en opfattelse af at det er elimineringshensigten, som bør fordømmes ved predatory pricing.

En foreløbig og forsigtig udlægning af ovenstående formodningstest er, at hvis formodningen kan tilbagevises, fx igennem identifikationen af et legitimt formål, kan prissætning under AVC være forenelig med Artikel 82. Som mulige legitime formål kan forskellige former for stordriftsfordele og netværkseffekter, som alene kan realiseres igennem en udvidelse af kundebasen, muligvis fremhæves. En vis støtte til dette forhold kan bl.a. findes i, at Kommissionen i sin afgørelse, pkt. 309, havde fremhævet, at:

"Thus, while the search for scale economies and learning effects may be included among the rational justifications for predatory behaviour, it may not serve to legitimise that practice from the point of view of competition law since it has the effect of conferring a more favourable cost structure on the dominant undertaking to the detriment of its competitors."

Tilsvarende tanker fremsættes i Kommissionens Artikel 82 Paper,³⁶ om end det tillige bemærkes, at det forekommer usandsynligt, at effektivitetsfordelene kan realiseres gennem underbudspriser.³⁷ Beklageligvis er dette spørgsmålet ikke oppe og vende direkte hverken i Retten i Første Instans eller EF-Domstolens domme.

Et andet forhold, der dog synes at fremgå heraf er, at hvis Kommissionen kan fremlægge bevis for, at en adfærd har til formål at begrænse konkurrencen, opstilles der ikke et krav om, at der foreligger en konkurrencebegrænsende effekt, jf. ovenstående præmisser.

Idet det fremgår af definitionen på predatory pricing, at dette alene foreligger, hvis prisen ikke dækker omkostningerne, synes behovet for at gennemføre en effektanalyse at være begrænset i tilknytning til denne misbrugsform.

Ovenstående spørgsmål var ikke direkte en del sagen for EF-Domstolen, men kom dog alligevel ind indirekte, idet det blev gjort gældende, at Kommissionen og Retten i Første

³⁴ Forenede sager T-24/93 to T-26/93 and T-28/93 *Compagnie maritime belge transports and Others vs. Commission*, Sml. 1996, p. II-1201.

³⁵ Se *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pkt. 127 – 129.

³⁶ Se pkt. 29, hvor de generelle betingelser for et effektivitetsforsvar gennemgås og pkt. 73, hvor disse realiseres til predatory pricing-sager.

³⁷ Se pkt. 73

Instans ikke havde taget hensyn til et fald i markedsandelene i visse dele af den analyserede periode.³⁸

Det underliggende rationale hos Wanadoo var, at faldet i markedsandelene dels underminerede dominansantagelsen og dels indirekte, at det forelå et misbrug. Da det sidste ikke direkte var gjort gældende som et anbringende for Retten i Første Instans, afviste EF-Domstolen, at det kunne prøves for EF-Domstolen.

EF-Domstolen fandt dog i tilknytning til spørgsmålet om recoupment, jf. nærmere nedenfor, anledning til at påpege, at udsigten hertil ”..... kan medvirke til i tilfælde af anvendelse af priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, at udelukke andre økonomiske begrundelser end elimineringen af en konkurrent....”³⁹

Selvom bemærkningen er knyttet til et andet spørgsmål, må det modsætningsvis kunne konkluderes, at priser under ATC ikke per se bør anses for uforenelige med artikel 82.

3.6 Om eksistensen af en "plan" om at eliminere konkurrenterne

Som følge af den to-leddede test for påvisning af predatory pricing indtager eksistensen af en intention om at eliminere konkurrencen en central betydning for vurderingen af, om der er sket en overtrædelse af Artikel 82.

I sin afgørelse havde Kommissionen brugt en række indirekte beviser som dokumentation for at påvise eksistensen af elimineringshensigt, herunder bl.a. en vedvarende tabsgivende prissætning⁴⁰. Dette er i overensstemmelse med antagelsen i Kommissionens Artikel 82 Paper, hvor forskellige former for indirekte beviser accepteres, fx en detaljeret plan om at lukke markedet præventivt eller trusler herom.⁴¹

Retten i Første Instans bemærkede i tilknytning hertil:

198 *Kommissionen har i denne sag godtgjort, at [WANADOO] har en dominerende stilling, og har i beslutningens artikel 1 holdt [WANADOO] ansvarlig for, at de variable omkostninger indtil august 2001 samt de samlede omkostninger fra dette tidspunkt til oktober 2002 ikke blev dækket. For perioden, hvor de samlede omkostninger ikke blev dækket, skulle Kommissionen således for at godtgøre overtrædelsen fremlægge alvorlige indicier for, at der forelå en strategi om »at blive den førende« på markedet.*

³⁸ Se præmis 83 – 87.

³⁹ Præmis 111.

⁴⁰ COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, pkt. 271-299.

⁴¹ Se pkt. 20 og 65, der dog er meget voldsomt reduceret i forhold til det omfattende katalog af bevismidler fra det første udkast til artikel 82 paper, dvs. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*. Se pkt. 115-123 heri.

- 199 I betragtning 110 til beslutningen henvises der til dokumenter, som er spredt over hele den omtvistede periode, og som godtgør, at [WANADOO] havde en strategi om »at blive den førende« på markedet for højhastighed, særligt:
- et dokument fra juli 2000, hvori det følgende mål for andet halvår 2000 og hele 2001 udtrykkes: »Vi skal blive den førende på ADSL-markedet med et alt inklusive-tilbud [plus] pack, og investeringerne i 2001 skal øges, men den økonomiske balance skal være negativ«
 - e-post af juli 2000 vedrørende en diskussion om det passende prisniveau, hvoraf fremgår: »Vi vil få besvær med at blive den førende på dette marked med en pris, der er for høj«
 - rammeskrivelsen for 2001 med følgende angivelser: »det er nødvendigt, at vi bliver den førende på ADSL-markedet«
 - beretning af 28. februar 2001, hvorved man omtalte »en kampagne om at blive den førende på området for højhastighed fra [[WANADOO]'s] side«
 - strategiplanen for 2002-2004, hvori der for perioden 2001-2003 henvises til den stærke udvikling af højhastighed og målsætningen om »at blive den førende på et marked, der anses som værdiskabende«.
- 200 Endvidere godtgør nogle af [WANADOO]'s dokumenter, at selskabet forsøgte at erhverve og herefter bevare meget betydelige markedsandele. I rammeskrivelsen for 2001 angives f.eks. at »70[...]80% af ADSL-markedet skal tilhøre [[WANADOO]]«. [WANADOO]'s direktørs beretning til France Télécoms bestyrelse i juni 2001 omtalte en markedsandel på 80% for hele perioden 2001-2004 på området for »adskilte tilbud som Wanadoo ADSL« og en markedsandel stigende fra 50% i gennemsnit i 2001 til 72% i 2004 på området for »pakketilbud som eXtense«.
- 201 [WANADOO] har ganske vist bestridt rækkevidden af disse dokumenter og navnlig betydningen af begrebet »blive den førende«, som anvendes heri. Det er [WANADOO]'s opfattelse, at sådanne uformelle og spontane, endda uovervejede, udtalelser kun afspejler sprogbrugen i beslutningsprocessen. De binder kun ophavs-mændene og ikke virksomheden.
- 202 Det skal imidlertid fremhæves, at disse udtalelser hidrører fra virksomhedens ledelse, og at visse er blevet fremsat som led i formelle beretninger for beslutningsorganer eller ved en gennemarbejdet rammeskrivelse. Deres spontane og uovervejede karakter forekommer således tvivlsom.

- 209 *Disse erklæringer, som fremgår af selskabets interne dokumenter, udgør under alle omstændigheder et indicium for, at der foreligger en plan om underbud, hvilket styrkes af andre forhold.*
- 216 *Kommissionen har i overensstemmelse med dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, og dommene af 6. oktober 1994 og 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, således godtgjort de to forhold, som kræves som bevis for, at der foreligger en praksis med underbudspriser, der ligger lavere end en dominerende virksomheds samlede omkostninger.*
- 217 *De argumenter, som [WANADOO] har gjort gældende om stordriftsfordele og virkningen af indsigt, der i denne sag skulle begrunde, at priserne var fastsat lavere end omkostningerne, kan ikke rejse tvivl om den konklusion, Retten er nået til. En virksomhed, der anvender underbudspriser, er nemlig begunstiget af stordriftsfordele og af indsigtsvirkninger som følge af en øget produktion, der netop skyldes denne praksis. Opnåede stordriftsfordele og indsigtsvirkninger kan således ikke fritage virksomheden for dens ansvar i henhold til artikel 82 EF.*
- 218 *Det følger heraf, at anbringendet om mangel på en plan om underbud således ikke kan tages til følge.*

En række af de anvendte dokumenter har en meget indirekte karakter for så vidt påvisningen af en generel plan om at eliminere konkurrencen og konkurrenterne. Rettens accept heraf underbygger altså opstillingen af en række indirekte beviser som antaget af Kommissionen i dennes Artikel 82 Paper.

Ovenstående spørgsmål var ikke direkte en del af sagen for EF-Domstolen, men kom dog alligevel ind indirekte, idet det blev gjort gældende, at Retten i Første Instans havde misforstået betydningen af dokumenterne, bl.a. ved at basere sig på subjektive udsagn heri.⁴² EF-Domstolen afviste dels validiteten af anbringendet og dels at dette kunne gøres til genstand for en efterprøvning ved EF-Domstolen.

Endvidere blev det i tilknytning til spørgsmålet om recoupment, jf. nærmere nedenfor, bemærket, at udsigten hertil kunne anvendes til at underbygge eksistensen af en elimineringsstrategi.⁴³

3.7 Om udsigten til genindvending (recoupment)

Det er omdiskuteret, om der kan opstilles et krav om rimelig udsigt til at genindvende omkostningerne knyttet til prisdumpninger i EU konkurrenceretten. Et sådant krav er

⁴² Se præmis 88 - 99

⁴³ Se præmis 111 i EF-Domstolens dom.

opstillet i tilknytning til US-praksis, og generelt må det antages, at en virksomhed alene vil iværksætte prisdumping, hvis der er en rimelig udsigt til at kunne genindvende tabet senere, såkaldt recoupment.

Med henblik på at imødegå spørgsmålet havde Kommissionen i sin afgørelse identificeret en række andre motiver end traditionel genindvinding. Bl.a. blev det påpeget, at for selskabet, der helt eller delvist var og er offentligt ejet, kunne udsigten til senere genindvinding over omsætningen spille en sekundær rolle, dels fordi de kunne inddække deres tab via statsbudgettet, og dels fordi en stigning i kundebasen kunne øge selskabets goodwill og derved værdien af selskabet i en eventuel senere privatiseringsproces⁴⁴.

Retten i Første Instans skar igennem de opstillede argumenter ved at påpege:

223 *Kommissionen har gjort gældende, at en godtgørelse af genindvinding af tab ikke går forud for fastslåelsen af, at der foreligger underbudspriser i strid med artikel 82 EF. Den mener, at retspraksis er klar i denne forbindelse. Subsidiært har Kommissionen fremhævet, at genindvinding af tab i denne sag er sandsynliggjort ved opbygningen af markedet og ved udsigten til de hertil knyttede indtægter.*

225 *Domstolen fastslog i sin dom af 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor (præmis 42 og 43), at Retten i den appellerede dom havde fulgt den samme tankegang – en tankegang, Domstolen havde erklæret gyldig. Domstolen udtalte:*

»42 For så vidt angik ikke-aseptiske kartoner, der blev solgt i Italien mellem 1976 og 1981, konstaterede Retten, at priserne var langt lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger. Det var derfor ikke nødvendigt at føre bevis for, at Tetra Pak havde til hensigt at eliminere sine konkurrenter. I 1982 lå priserne på disse kartoner mellem gennemsnittet af de variable omkostninger og gennemsnittet af de samlede omkostninger. Dette er grunden til, at Retten i præmis 151 i den anfægtede dom forsøgte – hvilket ikke i øvrigt er blevet kritiseret af sagsøgeren – at påvise, at Tetra Pak havde til hensigt at eliminere en konkurrent.

43 Det er tillige med rette, at Retten i præmis 189, 190 og 191 i den anfægtede dom fulgte nøjagtig den samme metode med hensyn til salg af ikke-aseptiske maskiner i Det Forenede Kongerige mellem 1981 og 1984.«

226 *Hvad angår genindvinding af tab tilføjede Domstolen i den nævnte doms præmis 44:*

"[U]nder de i sagen foreliggende omstændigheder findes det ikke påkrævet endvidere at kræve som yderligere bevis, at det påvises, at Tetra Pak havde en reel

⁴⁴ Se afgørelsens pkt. 334 med henvisning til David E.M. Sappington og J. Gregory Sidak, *Competition Law for State-Owned Enterprises*, *Antitrust Law Journal* Vol. 71, No. 2, 2003, s. 479-523. Sappington & Sidak påpeger dog mindre entydigt end Kommissionen, at offentligt ejede selskaber ikke altid forfølger en traditionel profitmaksimerende strategi.

chance for at genindvinde sine tab. Udbud til underbudspriser skal kunne sanktioneres, så snart der er risiko for eliminering af konkurrenterne. I den foreliggende sag konstaterede Retten i præmis 151 og 191 i den anfægtede dom, at der forelå en sådan risiko. Af hensyn til formålet, som er at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, kan man ikke vente på, at en sådan strategi fører til, at konkurrenterne faktisk elimineres."

228 *Kommissionen har således med rette fundet, at godtgørelsen af en genindvinning af tabet ikke var en forudgående betingelse for at fastslå, at der forelå en praksis med underbudspriser.*

Retten fastslog altså meget entydigt, at der ikke gælder et krav om recoupment under EU-Konkurrenceret.

Dette spørgsmål var en central del af sagen for EF-Domstolen, idet Wanadoo gjorde gældende, at Retten dels havde undladt at begrunde sin konklusion og dels draget den forkerte konklusion. Der gjaldt efter Wanadoo' opfattelse således netop et krav om recoupment under EU-Konkurrenceret.⁴⁵

EF-Domstolen afviser meget entydigt det fremførte anbringende, og fastlægger, at der ikke kan formuleres et krav om recoupment under EU-Konkurrenceret.⁴⁶ Dette udelukker dog ikke, at Kommissionen overvejer spørgsmålet i analysen, fx i forhold til at udelukke andre formål end elimineringshensigt ved en prissætning under AVC eller mellem AVC og ATC.⁴⁷ Udsigten til recoupment kan altså bruges til at underbygge en elimineringsstrategi.

3.8 Misbrugsbegrebets kerne

Et interessant forhold, som reelt først kom op til bedømmelse i sagen for EF-Domstolen, knytter sig til det mere fundamentale spørgsmål om hvornår der kan antages at foreligge et misbrug.

Selvom formuleringen af artikel 82 indikerer at alene adfærd, der rammer forbrugerne direkte, dvs. udnyttelse, er omfattet heraf blev det fastslået allerede ved *Hoffmann-La Roche*,⁴⁸ at den markedsekskluderende adfærd tillige var uforeneligt hermed.

I tilknytning til anbringendet vedrørende recoupment påpegede EF-Domstolen, at spørgsmålet herom i princippet var irrelevant. Den med artikel 82 uforenelige adfærd var

⁴⁵ Se præmis 101.

⁴⁶ Se præmis 110.

⁴⁷ Se præmis 111.

⁴⁸ Sag C-85/86 - *Hoffmann-La Roche*, Sml. 1979, p. 461.

den dominerende virksomheds styrkelse af sin dominerende stilling og berøvelse af forbrugernes valgmuligheder.

Selvom dette i princippet fulgte allerede fra *Hoffmann-La Roche*, jf. ovenfor, er bemærkningen betydningsfuld. Kommissionen har med sit Artikel 82 Paper generelt argumenteret for, at den langsigtede forbrugervelfærd og ikke konkurrenterne er beskyttelsesobjektet under artikel 82, hvorfor EF-Domstolens præmisser trækker den modsatte retning.

Selvom Kommissionen i sit Artikel 82-Paper fremfører, at man ikke ønsker at beskytte konkurrenterne, er realiteterne det modsatte. Reelt beskyttes konkurrenterne, og forbrugernes interesser analyseres ikke nærmere.