

KONKURRENCERETLIGT SPECIALE

KONKURRENCEBEGRÆNSENDE ADFÆRD MED SÆRLIG FOKUS PÅ SECONDARY-LINE DISKRIMINATION



UDARBEJDET AF

KEN RUIRU HANSEN
AALBORG UNIVERSITET
2008-2047

Indholdsfortegnelse

Præsentation af emnet	2
Indledning	3
Den konkurrenceretlige lovgivning	4
- på nationalt niveau.....	4
- på EU-retligt niveau.....	5
<i>Sammenfatning</i>	7
Om begrebet secondary-line diskrimination	8
<i>Indholdet af § 11, stk. 3, nr. 3 og artikel 102, litra c)</i>	10
Post Danmark-sagerne	11
<i>Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004</i>	11
<i>Præjudiciel behandling ved Domstolen – C-209/10</i>	13
Prisdiskrimination – en økonomisk betragtning	14
Secondary-line diskrimination i retspraksis	17
<i>C-85/76 – Hoffman-La Roche</i>	17
<i>C-95/04 – British Airways</i>	18
<i>C-27/76 – United Brands Company</i>	20
<i>C-163/99 – Den Portugisiske Lufthavnsafgift</i>	22
<i>C-82/01 – Aéroports de Paris</i>	23
- <i>I dansk kontekst</i>	24
Secondary-line diskrimination i litteraturen	25
<i>Konkurrencestyrelsens vejledninger</i>	26
Meeting competition – en undtagelse til hovedreglen	28
Det amerikanske perspektiv	29
Diskussion	32
Konklusion	34
Litteraturliste	35

Præsentation af emnet

Denne opgave har til formål at behandle visse områder af den konkurrenceretlige lovgivning, i relation til den danske, men også (– og især) i relation til den EU-retlige. Dette skyldes – ikke overraskende – det forhold at den danske konkurrencelovgivning i dag på mange områder er et spejl af den EU-retlige.

De konkurrenceretlige forhold der ønskes behandlet, indsnævres i første omgang til området for virksomheder med dominerende stilling, herunder monopoler, sådan som dette begreb anvendes i Konkurrencelovens (KL) § 11 og i Traktaten Om Den Europæiske Funktionsmåde (TEUF) artikel 102. Den nærmere specifikation af emnet angår herefter spørgsmålet omkring misbrug af dominerende stilling i relation til *secondary-line diskrimination*, hvorved forstås den konkurrencefordrejning der indtræffer internt mellem handelspartnere til en dominerende virksomhed, når virksomheden anvender diskriminerende handelsbetingelser.

Inspirationen til denne opgave skal særligt findes i nyere tids afgørelser, der involverer Post Danmark og spørgsmålet omkring misbrug af dominerende stilling. Afgørelserne om Post Danmark er karakteriseret ved at involvere flere konkurrenceretlige forhold og problemstillinger, hvoraf spørgsmålet om *secondary-line diskrimination* i realiteten dog kun indtager en mindre rolle. I denne opgave vil hovedtemaet imidlertid være netop *secondary-line diskrimination*.

Lovgivningen omkring misbrug af dominerende stilling indeholder formuleringer og begreber, der ikke entydigt definerer betingelserne for misbrug i relation til *secondary-line diskrimination*. Denne opgave skal derfor ses som et forsøg på at konkretisere og beskrive de forhold, der kan være udslagsgivende for misbrugsvurderingen i retspraksis.

Der vil i mindre omfang blive inddraget rent økonomiske betragtninger med det formål at perspektivere konkurrencelovgivningen. Hovedformålet hermed er at undersøge, om de hensyn og principper der ligger bag konkurrencelovgivningen, stemmer overens med de konsekvenser der faktisk opstår. Foruden det nævnte perspektiv, vil der i mindre omfang også blive søgt inspiration fra amerikansk retspraksis, hvilket skyldes (som det fremhæves senere i opgaven) det almindeligt anerkendte forhold at EU-lovgivningen på dette område, er inspireret af den amerikanske. I det omfang at der af den amerikanske retspraksis kan udledes nogle generelle betragtninger, vil disse blive forsøgt inddraget i en perspektivering af konkurrencelovgivningen.

Først vil der imidlertid være en præsentation af den nuværende danske lovgivning samt inddragelse af forarbejdere og deres bevæggrunde for den nuværende konstruktion i KL. Herudover vil der være en præsentation og gennemgang af EU-lovgivningen, hvorefter hovedlinjerne i Post Danmark-sagerne præsenteres. Denne vil blive fulgt op af en redegørelse af rent økonomisk karakter, inden der præsenteres en gennemgang af den relevante retspraksis – både den danske og den EU-retlige.

Derudover vil der blive suppleret med en nærmere beskrivelse af begrebet *secondary-line diskrimination*. Dette skyldes særligt det forhold at begrebet ikke som sådan er formuleret i dansk ret, men dog anvendes specifikt i eksempelvis Post Danmark-sagerne af de danske konkurrencemyndigheder. Der vil blive inddraget juridisk litteratur i det omfang det finder relevans, og i det omfang det kan bidrage til denne opgaves afsluttende diskussion, om hvad der er gældende ret i forhold til *secondary-line diskrimination*.

Af rent praktisk karakter skal der gøres opmærksom på at der anvendes den nye nummerering i TEUF. Kun hvor der citeres, vil der ikke blive ændret ved den oprindelige nummerering.

Indledning

I præamblen til Traktaten Om Den Europæiske Unions Funktionsmåde er det bl.a. formuleret:

...at fjernelsen af bestående hindringer kræver fælles indsats med henblik på at sikre en vedvarende ekspansion, ligevægt i samhandelen og redelig konkurrence.

Det er givet at et velfungerende økonomiske samarbejde, er en af hovedopgaverne for EU. Økonomi og samhandel er således gennemgående begreber, der omtales flere af steder i præamblen til traktaten. Med den udtrykkelige henvisning til en *redelig konkurrence*, er det ydermere tydeliggjort at konkurrencen spiller en central rolle i forhold til opnåelsen af de økonomiske visioner, der gør sig gældende for EU.

Den grundlæggende ideologiske tro på den frie konkurrences gavnlige effekter, giver ikke anledning til særlige overvejelser. Således hersker der i dag i vores del af verden en bred konsensus om at virksomhedernes indbyrdes konkurrence, til stadighed vil bidrage med et incitament for virksomhederne til at drive deres forretninger på en måde der minimerer ressourcetilbruget, højner kvaliteten af produkter og i det hele taget effektiviserer deres forretningsførelse – alt sammen til gavn for samfundet og borgerne.

Imidlertid anerkendes det at udviklingen af et velfungerende marked ikke er nogen eksakt videnskab, og at den frie konkurrence ikke altid er selvregulerende på en hensigtsmæssig måde. En statslig regulering anerkendes således som en nødvendighed, i det omfang de basale principper der er kendetegnende for en sund konkurrence, sættes ud af spil. Det er selvsagt her konkurrencelovgivningen kommer ind i billedet, hvilket understreges med KL's § 1, der formulerer en *...effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence...* som hovedformålet med loven.

Hvor streng denne statslige regulering er eller bør være, er imidlertid heller ikke nogen eksakt videnskab. Ved at tillade eksistensen af dominerende virksomheder på markedet, har man for såvidt allerede her, accepteret at visse dele af konkurrencen ikke udspiller sig på lige vilkår. Således er det ofte tilfældet at fx stordriftsfordele, først og fremmest vil komme den store virksomhed til gavn, hvilket giver den pågældende et naturligt forspring i forhold til konkurrenterne. Ud fra den betragtning at stordriftsfordele kan medføre billigere priser til kunder og forbrugere, giver det dog mening at tillade disse virkninger.

Der er principielt tale om at vi gerne ser at den dominerende virksomhed bruger sin position i positiv retning gennem bl.a. effektiviseringer og lign., mens der modsat ikke ønskes at den dominerende virksomhed udnytter sin position i negativ retning ved at spekulere i at begrænse konkurrere med utilbørlige metoder. Som følge heraf er det herefter øvelsen at formulere en lovgivning, som tager hensyn til begge yderpunkter, og giver de ”gode” virksomheder mulighed for bruge deres størrelse konstruktivt, mens de ”dårlige” virksomheder skal hindres i at misbruge deres størrelse i negativ retning.

Den konkurrenceretlige lovgivning

Her følger en overordnet kronologisk gennemgang af den konkurrenceretlige lovgivning der er relevant for secondary-line diskrimination. Først i relation til den danske regulering og sidenhen til den EU-retlige.

- på nationalt niveau

På det nationale plan er konkurrencelovgivningen reguleret i KL, nærmere bestemt LBK nr. 23 af 17. januar 2013, der stammer fra LOV nr. 384 af 10. juni 1997. Også før 1997 fandtes der en dansk konkurrencelov, LOV nr. 370 af 7. juni 1989, som dog adskilte sig væsentligt fra den senere lov, ved at være båret af et såkaldt kontrolprincip¹. Som det til dels kan udledes af begrebet, var kontrolprincippet båret af at myndighederne først og fremmest havde kontrolkompetence og dertilhørende kompetence til at udstede påbud efter KL. Det i dag gældende forbudsprincip er kendetegnet ved at beskrive en lovgivningen der i loven direkte forbyder visse typer af adfærd².

Kontrolprincippet kom til udtryk i eksempelvis den dagældende § 11, der bestemte at Konkurrencerådet kunne bringe konkurrenceskadelige forhold til ophør gennem *forhandling* med virksomhederne, mens der samtidig kunne sanktioneres med bøde, såfremt et udstedt påbud ikke blev efterlevet jf. § 12. Loven fra 1989 havde således til hensigt at begrænse de konkurrenceskadelige forhold på et marked (jf. § 1), men indeholdte ikke specifikke forbudsbestemmelser.

Ved overgangen til den nye lov i 1997 overgik man til en konkurrencelov, der var båret af et forbudsprincip. Forbudsprincippet blev udtrykkeligt formuleret i §§ 6 og 11, hvor førstnævnte definerede et *Forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler* mens sidstnævnte fandt anvendelse for *Misbrug af dominerende stilling*. Den nye lovgivning var et resultat af en betænkning der blev udarbejdet af et konkurrencelovsudvalg, der offentliggjorde denne betænkning i 1995³. Allerede på tidspunktet for betænkningens udarbejdelse, havde der på EU-niveau eksisteret forbudsbestemmelser af denne type i en længere årrække, som efterfølgende blev indført i stort set samme form i den danske konkurrencelov.

Det er værd at hæfte sig ved at lovudvalget i første omgang foreslog en bibeholdelse af kontrolprincippet hvad angik § 11 og misbrug af dominerende stilling, med det resultat at forbudsprincippet kun skulle indføres i § 6 om de konkurrencebegrænsende aftaler⁴. Lovudvalget noterede således følgende (til lovudkastets § 14):

Afgørelsen af, om betingelsen om misbrug af dominerende stilling er opfyldt, vil fortsat være en skønspregt helhedsbedømmelse, hvor en række faktorer skal afvejes indbyrdes. Derfor er det fundet rigtigt at opretholde kontrolprincippet til imødegåelse af misbrug af dominerende stilling.

Dette forslag blev imidlertid ikke gennemført som foreslået, hvormed et generelt forbud mod misbrug af dominerende stilling i § 11 blev gennemført på samme niveau som forbuddet mod visse konkurrencebegrænsende aftaler i § 6.

§ 1 i KL definerer formål og anvendelsesområde. Som paragraffen er formuleret, tilsigtes det med

1 Konkurrenceredegørelse 1997, side 35, Konkurrencestyrelsen

2 Konkurrenceredegørelse 1997, side 37, Konkurrencestyrelsen

3 Betænkning nr. 1297, Konkurrencelovgivningen i Danmark

4 Betænkning nr. 1297, side 404 og 438, Konkurrencelovgivningen i Danmark.

KL at sikre en *effektiv samfundsmæssig resourceanvendelse*, hvor konkurrencen i øvrigt bliver beskrevet som et middel til at opnå dette mål og ikke som et mål i sig selv. Dette tilsagn om konkurrencen som et middel, frem for et mål, kan være relevant ved vurderingen af retspraksis.

Hvad angår § 11 og misbrug af dominerende stilling, er det særligt stk. 3 der tiltrækker sig interesse. Heri findes således en ikke-udtømmende liste af eksempler på virksomhedsadfærd, der kan udgøre et misbrug. Dette omfatter påtvingelse af urimelige vilkår, begrænsnings af produktionen, særlige vilkår for godkendelse af tillægsydelse og forskelsbehandling af handelspartnere. Derforuden omfatter § 11 en bestemmelse om tilsagn fra Konkurrencerådet, der bestemmer at rådet på baggrund af en forespørgsel fra en virksomhed er forpligtet til at give bindende svar omkring en virksomheds status som dominerende eller ikke-dominerende.

§ 6 om konkurrencebegrænsende aftaler adskiller sig fra § 11 ved bl.a. at tillade visse former for konkurrencebegrænsende aftaler. En forudsætning herfor er at dog at der opnås særlig fritagelse. Misbruget i § 11 vil imidlertid altid udgøre et misbrug, da der ikke her kan opnås særlig fritagelse.

Det er åbenbart at formuleringerne i §§ 6 og 11 ligner de tilsvarende bestemmelser i artikel 101 og 102 i TEUF. Dette har en naturlig sammenhæng med at Konkurrencelovsudvalgets grundlag for at udarbejde et nyt lovudkast, var udledt af et ønske om at tilnærme den danske konkurrencelovgivning til den tilsvarende europæiske. Derudover skal implementeringen ses i den kontekst at EU på daværende tidspunkt lagde op til et stadigt tættere samarbejde mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder hvad angik konkurrencereguleringen⁵.

Opgaven med at tilse overholdelsen af KL henhører under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrencerådet, der er pålagt en række opgaver og forpligtelser efter konkurrencelovgivningen. Konkurrencerådet har bemyndigelse til at udstede påbud af forskellig art efter § 16, som i øvrigt (kun) kan ankes til Konkurrenceankenævnet jf. §§ 19 og 20. Først når Konkurrenceankenævnet har truffet afgørelse, kan der ankes videre til de almindelige domstole. Konkurrencerådets position og beføjelser, er udslagsgivende for at rådet optræder som part under ankesager ved de almindelige domstole.

Siden lovens ikrafttrædelse i 1997, har de pågældende bestemmelser ikke indholdsmæssigt ændret sig væsentligt, og er i dag fortsat at finde i §§ 6 og 11.

- på EU-retligt niveau

Mens forbudsbestemmelserne §§ 6 og 11 i den danske KL er relativt nye bekendtskaber, finder man på EU-niveau en konkurrenceregulering der har en længere historik. Allerede op til vedtagelsen af den oprindelige traktat om det europæiske økonomiske fællesskab i 1957 (Rom-traktaten), blev der formuleret forbudsbestemmelser mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling⁶, og som efter Danmarks tiltrædelse til EF i 1972 herefter også fandt anvendelse for Danmark⁷. Bestemmelserne er blevet omnummereret i flere omgange, og senest d. 1/12/2009 i forbindelse med Lissabontraktatens ikrafttrædelse til artikel 101 og 102 i TEUF.

Formålet med forbudsbestemmelserne var bl.a. at realisere den tidligere gældende artikel 3, litra g) i EF-traktaten der lød *...gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes...* Således var det et udtrykkeligt mål at realisere et marked, der ikke led under

⁵ Betænkning nr. 1297, side 19 og 20, Konkurrencelovgivningen i Danmark

⁶ Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, side 6 og ROM-traktaten.

⁷ Jf. LOV nr. 447 af 11 oktober 1972.

konkurrencefordrejning.

Artikel 102 er den europæiske pendant til danske § 11, og indeholder således også en ikke-udtømmende liste af eksempler på misbrug, der omfatter de samme fire forhold. Bestemmelsens karakter af ikke-udtømmende skal læses ud af formuleringen *...Misbrug kan især bestå i...*

Der findes en række supplerende retsakter der spiller en central rolle i relation til konkurrencelovgivningen på EU-niveau. Her skal i historisk kontekst særligt nævnes forordning nr. 17, der trådte i kraft i 1962. Forordningen benævntes *Første forordning om anvendelsen af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86*, og supplerede således TEUF's generelle forbudsbestemmelser ved bl.a. at tildele Kommissionen en række opgaver og beføjelser. Hertil udtrykkedes det således i artikel 3 at Kommissionen havde kompetence til at anvende og træffe beslutning om overtrædelse af TEUF's artikel 101 og 102 og dertil udstede bøder jf. artikel 15, stk. 2, litra a). De beslutninger som træffedes af Kommissionen efter artikel 101 og 102, kunne indbringes for Domstolen jf. forordningens artikel 17, hvilket er grunden til at Kommissionen agerer part i mange af afgørelserne på området (på tilsvarende måde som Konkurrencerådet gør det i dansk regi).

Det vil ses at der i mange afgørelser henvises til forordning nr. 17, hvilket har snæver sammenhæng med det forhold at denne forordning har været funktionsdygtig i en lang årrække. I 2003 trådte der imidlertid en ny forordning i kraft – *RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82* – der samtidig ophævede den tidligere forordning nr. 17 (jf. artikel 43). Den nye forordning fra 2003 indeholder mange af de samme elementer som den tidligere, og tildeler tilsvarende Kommissionen en række beføjelser og opgaver. Kommissionens beslutningskompetence er nu hjemlet i artikel 7 og foruden denne principielt vigtige bestemmelse, findes der i artikel 2 en anden bestemmelse af central betydning, idet denne vedr. spørgsmålet om bevisbyrde. Således bestemmes det i artikel 2 bl.a.:

...påhviler bevisbyrden for overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, eller artikel 82 den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende.

I relation til den tidligere nævnte sondring mellem kontrol- og forbudsprincippet, er det af relevans at henvise til forordningens artikel 1, der fastslår at det ikke er et krav at der træffes forudgående beslutning om overtrædelse af TEUF's artikel 101 og 102, før en overtrædelse kan gøres gældende. Dette er særligt relevant i de situationer hvor en virksomhed i god tro har udvist en adfærd, den først på et senere tidspunkt bliver bekendtgjort med udgør et misbrug efter artikel 101 eller 102, og som den til trods herfor må stå til ansvar for. Denne artikel understreger således, som det også nævnes i en lang række EU-afgørelser, at misbrug efter TEUF's artikel 101 og 102 er et objektivt begreb.

Selvom TEUF og KL begge finder anvendelse for danske virksomheder, er det centralt at påpege at anvendelsesområdet principielt ikke er det samme. Således er det en forudsætning for anvendelsen af artikel 101 og 102 at der er tale om et forhold der påvirker samhandlen indenfor fællesskabet, hvilket kommer til udtryk i artikel 102 (*...i den udstrækning samhandlen mellem medlemsstaterne herved påvirkes...*). Den danske konkurrencelov finder derimod kun anvendelse på rent nationale forhold. I praksis vil det dog ses at denne opdeling ikke altid er lige klar, bl.a. grundet det forhold at virksomheder principielt kan operere som dominerende på både det nationale og det internationale marked. I øvrigt har Kommissionen tilsyneladende været tilbøjelig til at inddrage grænsesituationer ind under EU-retten, ved bl.a. at fastslå at en enkelt medlemsstat kan være tilstrækkeligt til at

opfylde betingelsen om at udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet⁸.

Sammenfatning

Det er udtrykkeligt at §§ 6 og 11, har direkte til hensigt at implementere de tilsvarende forbudsbestemmelser i TEUF jf. Konkurrencebetænkningen fra 1995, i øvrigt eksemplificeret ved bestemmelsernes ordlyd. Værd at bemærke er dog at den tidligere artikel 3, litra g) i EF-traktaten, udtrykkeligt anførte konkurrencefordrejningen som et konkret mål. Dette kan man holde op imod formålsbestemmelsen i § 1, der i modsætning til EF-traktaten kun anfører konkurrencen som et middel til at opnå et mål.

Retstilstanden er i dag at forbudsbestemmelserne i KL og TEUF anvendes sideløbende, og at der ikke klart kan afgrænses mellem de to retskilder. Derfor står det også klart at afgørelser i EU-regi, vil danne en vis præcedens i Danmark ved tolkning og vurdering af misbruget efter §§ 6 og 11.

⁸ Betænkning nr. 1297, side 66, Konkurrencelovgivningen i Danmark

Om begrebet secondary-line diskrimination

Begrebet secondary-line diskrimination relaterer sig i konkurrenceretlig sammenhæng til den situation at en dominerende virksomhed benytter sig af diskriminerende salgsvilkår, for i øvrigt sammenlignelige varer og tjenesteydelser, med det resultat at konkurrenceforholdet kunderne (eller handelspartnerne) imellem, bliver fordrejet. I Konkurrencerådets afgørelse af 29/09/2004 jf. pkt. 173 beskrives secondary-line diskrimination således:

Secondary-line prisdiskrimination

En dominerende virksomheds pris- og rabatsystem kan udgøre et misbrug, hvis den skader kunder til den dominerende virksomhed, som er i indbyrdes konkurrence. Det gælder eksempelvis, hvis Post Danmark tilbyder sammenlignelige kunder forskellige priser, og ikkesammenlignelige kunder ens priser, og hvis en sådan forskelsbehandling stiller kunderne ulig i deres indbyrdes konkurrence, især hvis selskabet ikke ud fra objektive kriterier kan begrunde sådanne pris- eller rabatforskelle.

Forbuddet mod anvendelsen secondary-line diskrimination er hjemlet i KL § 11, stk. 3, nr. 3, samt TEUF artikel 102, litra c).

Ikke overraskende findes diskriminationen også på primary-line-niveau – i øvrigt også hvad angår samme afgørelse fra Konkurrencerådet. Her defineres primary-line diskrimination i pkt. 129 som:

Primary-line prisdiskrimination

En dominerende virksomheds pris- og rabatsystem kan udgøre et misbrug, især hvis det hindrer konkurrenters adgang til det marked, hvor den dominerende virksomhed opererer[23]. Primary line prisdiskrimination kan fx foreligge, hvis den dominerende virksomhed uden at kunne give omkostningsmæssige begrundelser:

- *forpligter kunden til at dække hele eller næsten hele sit behov via køb hos den dominerende virksomhed*
- *de facto indretter sin rabatstruktur, så kunden tilskyndes til at dække hele – eller næsten hele – sit behov hos den dominerende virksomhed*
- *sammenkobler sine priser/rabatter på forskellige markeder, eller*
- *prissætter forskelligt overfor egne og konkurrenters kunder*

Det er relevant at påpege at der i Konkurrencerådets Post Danmark-afgørelser, ikke i forhold til sagens genstand er tale om forskellige priser og forhold, ved sondringen mellem diskrimination på primary-line- og secondary-line-niveau. Det er således i den konkrete sag, de samme ydelser og de samme priser der er objektet. Kvalifikationen af om der er tale om den ene eller den anden form, beror på hvilken relevant juridisk/teoretisk diskussion man ønsker at behandle. Derfor vil det også ofte være svært at adskille de to begreber fra hinanden.

Mens der er mange eksempler i praksis der statuerer misbrug i form af både primary-line og secondary-line diskrimination, kan der imidlertid også tænkes situationer hvor kun den ene misbrugsform er diskussionsrelevant. Dette vil særligt gøre sig gældende i situationer, hvor der til den dominerende virksomhed ikke findes direkte konkurrenter, fx fordi der er tale om monopol.

I det omfang et misbrug omfatter både primary-line og secondary-line diskrimination, kan man stille sig det spørgsmål hvorfor det overhovedet er interessant at få fastslået om der optræder diskrimination i begge former, særligt hvis en overtrædelse i form af eksempelvis primary-line diskrimination allerede er konstateret. Forklaringen her skal findes i strafudmålingen og bødens størrelse⁹. Optræder der således misbrug i begge former, vil dette selvsagt tale for en forhøjelse af strafudmålingen.

Begrebet er ikke ordret gengivet i lovgivningen – hverken i den danske eller europæiske. Begrebet optræder dog i flere juridiske sammenhænge, især engelsksproget juridisk litteratur der behandler EU-konkurrencelovgivning¹⁰, men også dansksproget juridisk litteratur benytter sig af denne terminologi¹¹. De svenske konkurrencemyndigheder har i en behandling af prisdiskrimination formuleret secondary-line diskrimination som følgende¹²:

...secondary-line price discrimination occurs when one or more downstream firms are offered better terms than one or more other downstream firms, putting the latter in a position of competitive disadvantage.

Anvendelsen af *secondary* refererer i øvrigt til det forhold at der er tale om vertikale handelspartnere til den dominerende, mens anvendelse af *primary* refererer til at andre virksomheder der befinder sig på det horisontale plan (dvs. direkte konkurrenter til den dominerende). Secondary-line er således udtryk for at der er tale om forhold der virker sekundært under den dominerende virksomhed.

9 C-95/04, præmis 126.

10 Eksempelvis i *Droit & économie, Concurrences* nr. 3-2007, Penelope Papandropoulos

11 Eksempler findes i artiklerne U. 2010B. 168 og U.2010B.31, side 3 pkt. 5.

12 Det Svenske Konkurrenceverket ”The pros and Cons of Price Discrimination” 2005, side 12.

Indholdet af § 11, stk. 3, nr. 3 og artikel 102, litra c)

Forbuddet mod secondary-line diskrimination findes i § 11, stk. 3, nr. 3 i KL og i TEUF artikel 102, litra c). Efter ordlyden er der ikke tale om bestemmelser der kun finder anvendelse for diskrimination i priser, men kan principielt også finde anvendelse for andre former for forskelsbehandling. Hovedkriteriet er således blot at der anvendes *ulige vilkår*. Denne betingelse om ulige vilkår vil dog i praksis oftest være opfyldt ved en afvigelse i prisen, hvilket understreges af den eksisterende retspraksis, hvor det i overvejende grad er prisen der er omdrejningspunktet.

Der er tre betingelser der skal være opfyldt, for at et misbrug efter bestemmelsen kan statueres. For det første skal der være tale om *ulige vilkår*. Dernæst skal der være tale om ydelser af *samme værdi*, og slutteligt skal der være tale om at de pågældende handelspartnere stilles *ringere i konkurrencen*. Umiddelbart betingelser der forekommer relativt objektive, men som dog i realiteten er mere båret af subjektivitet, end hvad bestemmelsen ved første øjekast giver udtryk for. Selvom også de to førstnævnte betingelser giver anledning til tvivl, så er det dog især vurderingen af hvorvidt en forskelsbehandling medfører *konkurrencefordrejning*, som i retspraksis har vist sig at give særlig anledning til problemer. Man kan spekulere i om ikke dette har en naturlig sammenhæng med at vilkår og ydelser i sagens natur er relativt letsammenlignelige, mens vurderingen af om en diskrimination har haft konkurrencefordrejende effekt er noget mere besværlig, og i princippet forudsætter en form for kontrafaktisk analyse af hvordan konkurrencen ville have været.

Vedr. betingelsen om *ulige vilkår*, kan der dog opstå tvivl om hvorvidt minimale/symbolske afvigelser i vilkårene, er tilstrækkeligt til at statuere misbrug. Efter ordlyden af bestemmelserne er der principielt intet til hinder for at selv mindre afvigelser, der tilsyneladende kan forekomme uvæsentlige, er tilstrækkelige. Denne vurdering må dog foretages i overensstemmelse med sagens faktiske forhold, og vil efter omstændighederne afhænge af hvilken branche der er tale om. I visse situationer vil selv en mindre prisafvigelse kunne få afgørende konkurrencemæssig indflydelse – som det eksempelvis ses i British Airways-sagen, der behandles nedenfor – i det omfang prisen er en central konkurrenceparameter, og derfor vil reflektere sig direkte over i handelspartnerens priser i efterfølgende led (fx gebyrer der overvæltes direkte eller indirekte til den endelige forbruger). I det omfang der er tale om salg af varer der skal benyttes som ingredienser i eksempelvis produktionen af forskellige levnedsmidler, hvoraf ingredienserne kun udgør en minimal andel af det færdige produkt, vil svaret ikke være helt så lige for (denne problematik berøres i C-85/76 – Hoffman – La Roche som også behandles nedenfor).

Hvad angår betingelsen om *ydelser af samme værdi*, vil denne sjældent give anledning til de store problemer. Dette skyldes navnlig det forhold at værdien typisk kan opgøres i penge, hvorfor det er lettere at holde de forskellige ydelser op imod hinanden.

Post Danmark-sagerne

Post Danmark har i den seneste årrække været omdrejningspunktet for en række konkurrenceretlige afgørelser, som udspringer af Post Danmarks vel sagtens naturlige dominerende position på markedet for postforsendelser i Danmark. Siden den nye konkurrencelov trådte i kraft, har Konkurrencerådet fundet anledning til at træffe flere afgørelser omkring misbrugsspørgsmålet i relation til Post Danmark som følge af klager indgivet fra konkurrerende virksomheder til Post Danmark.

Flere konkurrenceretlige forhold har påkaldt sig opmærksomhed, herunder særligt spørgsmålet om hvorvidt Post Danmark har medvirket til at fordreje konkurrencen, ved at have anvendt selektive pris- og rabatpolitikker til skade for konkurrencen. Der kan bl.a. henvises til *Magasinpost-sagen* fra 2007, *Direct mail-sagen* fra 2009 og senest en udløber af *Magasinpost-sagen* fra 2010 (sidstnævnte var ikke initieret af en klage)¹³. Fælles for alle disse afgørelser er at Konkurrencerådet fandt at Post Danmark havde misbrugt sin position. Hvor Konkurrencerådets påbud i sagen fra 2007 blev efterlevet af Post Danmark¹⁴, blev sagen fra 2009 efterfølgende anket til Konkurrenceankenævnet – der stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse – og sidenhen til Sø- og Handelsretten, hvor der endnu ikke er afsagt kendelse. Sagen fra 2010 blev anket til Konkurrenceankenævnet, der ophævede Konkurrencerådets afgørelse og hjemviste sagen til fornyet behandling¹⁵.

For denne afhandlings vedkommende er det dog Forbruger-Kontakt-sagen, der er af størst interesse. Dette skyldes særligt det forhold at denne sag er den eneste, der inddrager og diskuterer misbruget i relation til secondary-line diskrimination. Sagen tog sin begyndelse i 2004, og fandt først sin endelige afslutning i februar 2013 efter domsafsigelse af Højesteret¹⁶ (efter præjudiciel behandling ved EU-domstolen). Sagen gennemgås i overordnede træk nedenfor.

Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004

I 2004 afsagde Konkurrencerådet en afgørelse om den mulige misbrugssituation på baggrund af en klage fra en af Post Danmarks konkurrenter, Forbruger-Kontakt A/S¹⁷. Sidstnævnte havde indtil tidspunktet for klagens indgivelse haft de tre kunder, Coop, SuperBest og Spar, til hvem selskabet hidtil havde forestået distributionen af adresseløse reklameforsendelser. Disse kunder havde efter fremkomsten af et fordelagtigt tilbud fra Post Danmark, valgt at skifte leverandør fra Forbruger-Kontakt til Post Danmark.

Klagen fra Forbruger-Kontakt indeholdte flere konkurrenceretlige aspekter. Herunder påkaldte bl.a. visse statsstøtteordninger sig opmærksomhed, og ydermere blev visse forhold omkring aktindsigt behandlet under sagsforløbet. Spørgsmålet om kvalifikationen af Post Danmarks position på markedet som *dominerende*, i overensstemmelse med dette begrebs anvendelse i lovgivningen, blev også behandlet.

Størst opmærksomhed fik dog problemstillingerne omkring de af Post Danmark tilbudte priser og rabatter. Det blev således fastslået at de af Post Danmark tilbudte priser og rabatter til Coop, SuperBest og Spar lå på et niveau der i øvrigt var under hvad der blev tilbudt Post Danmarks eksisterende kunder. Spørgsmålet angik herefter om denne selektive prisadfærd havde ekskluderende virkning til skade for Forbruger-Kontakt i strid med KL § 11 og TEUF artikel 102.

13 Konkurrencerådets afgørelser af 30/8/2007, 24/6/2009 og 22/12/2010

14 Konkurrencestyrelsens rådsmøde af 31/10/2007

15 Konkurrenceankenævnets kendelse af 8/12/2011

16 Højesterets afgørelse af 15/02/2013

17 Konkurrencerådets afgørelse af 29/9/2004

Det var således den mulige konkurrenceforvridende adfærd, Post Danmark og Forbruger-Kontakt imellem, til skade for sidstnævnte, der var hovedtvisten – altså spørgsmålet om konkurrencebegrænsende adfærd på primary-line-niveau¹⁸.

Spørgsmål omkring predatory-pricing (anvendelse af urimeligt lave priser med det formål at udelukke konkurrenter fra markedet – typisk ved at tilbyde salgspriser der er endda lavere end niveauet for de variable omkostninger, hvilket ofte anføres som det mindst acceptable prisniveau¹⁹) blev i første omgang også rejst, men senere udskilt af klagen til senere behandling (Den 24/11/2004 fandt Konkurrencerådet at der ikke var tale om misbrug i form af predatory-pricing²⁰).

Det blev ydermere anført i klagen at Post Danmarks prispolitik i sig selv – hvis man så bort fra skadevirkningerne for Forbruger-Kontakt – var retsstridig, idet Post Danmark anvendte forskellige priser for sammenlignelige varer, hvilket påvirkede konkurrenceforholdet deres kunder imellem, i strid med KL § 11, stk. 3, nr. 3 og TEUF artikel 102, litra c). Dette forhold blev kvalificeret som secondary-line prisdiskrimination²¹.

Af Konkurrencerådets afgørelse fra 2004 blev Post Danmark kendt skyldig i tre af spørgsmålene omkring konkurrencebegrænsende adfærd. Efter afgørelsens pkt. 13 blev Post Danmark kendt skyldig i misbrug af dominerende stilling i forhold til at have anvendt forskellige priser, uden at kunne omkostningsbegrunde disse prisforskelle, til skade for Forbruger-Kontakt. Efter pkt. 14 blev Post Danmark desuden kendt skyldig i at have anvendt loyalitetsskabende målrabatter, og slutteligt ifølge pkt. 15 blev Post Danmark kendt skyldig i spørgsmålet om overtrædelse af forbuddet mod secondary-line prisdiskrimination. Konkurrencerådet påbød herefter Post Danmark at indrette en prispolitik, der eliminerede denne forskelsbehandling²².

Konkurrencerådets afgørelse blev anket, først til Konkurrenceankenævnet – der i kendelsen af d. 01/07/2005 stadfæstede Konkurrencerådets beslutning hvad angår det fastslåede misbrug som nævnt i punkterne 13-15²³ – og senere til Østre Landsret, der afsagde dom d. 21/12/2007. Efter Konkurrenceankenævnets stadfæstelse skete der dog i relation til spørgsmålene omkring loyalitetsrabatterne og secondary-line prisdiskrimination ikke indbringelse for landsretten (pkt. 14 og 15), idet Post Danmark accepterede påbuddet om at ændre prispolitik i relation til disse problemstillinger²⁴.

Østre Landsret stadfæstede ligeledes, hvorefter Post Danmark ankede til Højesteret, der afsagde dom d. 15/02/2013 efter at EU-domstolen havde besvaret præjudicielle spørgsmål under sagsbehandlingen. Det tilbageværende spørgsmål der kom til behandling for Højesteret, var spørgsmålet om misbrug af dominerende stilling på primary-line-niveau – spørgsmålet om konkurrencebegrænsende adfærd til skade for Forbruger-Kontakt jf. Konkurrencerådets afgørelse jf. pkt. 13. På baggrund af EU-domstolens besvarelser fandt Højesteret – i modsætningen til Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet og Østre Landsret – ikke at der var belæg for at fastslå at Post Danmark havde misbrugt sin dominerende position, hvorfor der skete frifindelse ved ophævelse af Konkurrencerådets afgørelse i pkt. 13.

Som nævnt blev ikke alle forhold indbragt for de almindelige domstole, herunder spørgsmålet om

18 Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, jf. pkt. 199-200

19 Jf. C-53/85 (AKZO-dommen)

20 Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2004, jf. pkt. 22.

21 Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, jf. pkt. 201.

22 Konkurrencerådets afgørelse af 29. september 2004, jf. pkt. 16.

23 Konkurrenceankenævnets kendelse af 01/07/2005

24 Jf. rådsmødet af 23/02/2005

secondary-line diskrimination. Konkurrenceankenævnets stadfæstelse fra 2005 er således gældende på dette punkt. Alligevel kan det dog givetvis overvejes, om secondary-line-misbruget står stærkt som præjudikat, med tanke på Højesterets omstødelse af misbruget i relation til pkt. 13 omkring primary-line diskrimination. Der er jo for såvidt tale om to sider af samme sag.

Præjudiciel behandling ved Domstolen – C-209/10

Domstolens behandling og besvarelse af en række principielle spørgsmål, viste sig at få afgørende indflydelse på Højesterets omstødelse af afgørelsen fra 2004. Det er centralt at få fastlagt at Konkurrencerådets afgørelse fra 2004, tog udgangspunkt i den blotte konstatering af at Post Danmark anvendte forskellige priser overfor egne og Forbruger-Kontakts kunder. Der blev således ikke foretaget en særlig økonomisk analyse af variationerne. Derudover blev det umiddelbart konkluderet at prisniveauet var egnet til at ekskludere Forbruger-Kontakt fra markedet, uden nærmere at specificerer i hvilket dette omfang dette skete.

En grundigere økonomisk analyse af omkostningsniveauet for de af Post Danmark leverede ydelser, blev først beskrevet under Konkurrencerådets behandling af spørgsmålet omkring predatory-pricing²⁵. Ved Konkurrencerådets behandling blev det således konkluderet at Post Danmark havde tilbudt priser til sine kunder, der i alle tilfælde lå over niveauet for de såkaldte *inkrementelle gennemsnitlige* omkostninger, hvorfor Post Danmark frifandtes hvad angik spørgsmålet omkring predatory-pricing. En konkret elimineringshensigt kunne ej heller påvises²⁶.

Der hvor Konkurrencerådets efterfølgende økonomiske analyse af predatory-pricing-problematikken bliver relevant for Konkurrencerådets afgørelse i relation til det ekskluderende misbrug, er ved Højesterets formulering af de præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen, hvor det første lyder:

Skal [artikel 82 EF] fortolkes således, at en dominerende befordringspligtig postvirksomheds selektive prisnedsættelse til et niveau lavere end postvirksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men over virksomhedens gennemsnitlige inkrementelle omkostninger, kan udgøre et ekskluderende misbrug, såfremt det lægges til grund, at priserne ikke er sat på dette niveau med det formål at eliminere en konkurrent?

Hertil fastslår Domstolen at anvendelsen af forskellige priser ikke i sig selv kan udgøre et misbrug. Der kræves således også en i hvert fald sandsynlig elimineringshensigt af konkurrenten, til skade for konkurrencen på markedet²⁷. Det forhold at den selektive prispolitik ikke i sig selv er tilstrækkelig til at statuere misbrug, er udslagsgivende for Højesterets frifindelse af Post Danmark hvad angår spørgsmålet om ekskluderende misbrug af dominerende stilling, dvs. primary-line diskrimination.

Spørgsmålet der herefter indtræffer, er om fraværet af ekskluderende misbrug på primary-line-niveau, i princippet kan spille ind på vurderingen af misbruget på secondary-line-niveau.

25 Jf. rådsmødet af 24/11/2004

26 Jf. pkt. 224 og 227 jf. rådsmødet af 24/11/2004

27 Jf. præmis 44 i C-209/10

Prisdiskrimination – en økonomisk betragtning

Formålet med dette afsnit er at understrege at der kan opstå modsætninger mellem lovgivningen på den ene side og økonomisk teori og praksis på den anden. Visse forhold der i juraen således antages at begrænse konkurrencen, til skade for samfundet, kan i nogle situationer faktisk have den modsatte virkning. Mens diskriminationsbestemmelserne i KL § 11, stk. 3, nr. 3 og artikel 102, litra c) ikke nævner nogle lovlige anvendelser af prisdiskrimination (eller prisdifferentiering), og dermed principielt forbyder alle former for forskelsbehandling der indvirker på konkurrencen, er den økonomisk teori tilsyneladende ikke lige så entydig i retorikken overfor anvendelse af prisdiskriminerende adfærd.

Det er almindeligt kendt at forskellige forbrugere har forskellige præferencer, der kan begrundes i en principielt uendelig lang række faktorer, og at disse præferencer har nær tilknytning til begreber som købekraft, personlige behov og lign. Således vil forbrugere med mange penge typisk være mere tilbøjelige til at betale en anden pris for i øvrigt andre typer produkter, end det vil være tilfældet for forbrugere med få penge.

Dette giver ikke umiddelbart anledning til særlige overvejelser, da en virksomhed ofte ikke vil have mulighed for at prisdifferentierer efter fx indkomstgrupper. En supermarkedskæde er således nød til at udbyde sine varer til samme pris. Dette skyldes det forhold at en supermarkedskæde ikke har mulighed for at individualiserer deres kunder og prissætte forskelligt herefter. Anderledes forholder det sig imidlertid i situationer, hvor prisen på varer og tjenesteydelser er genstand for individuel forhandling mellem sælger og køber, eller hvor sælger udbyder varer og tjenesteydelser på markeder der er relativt adskilte fra hinanden.

I den økonomiske teori benyttes *priselasticitet* som et centralt begreb, når en vare eller en tjenesteydelse skal prisfastsættes. Priselasticiteten – en matematisk størrelse der dækker over en defineret kundegrupes prisfølsomhed – er karakteriseret ved at være et resultat af tre faktorer: kundernes indkomst, kundernes behov og prisen på andre substituerbare varer²⁸.

Det er ingen hemmelighed at det for de fleste virksomheder handler om profitmaksimering, og et middel til at opnå dette kan være ved at anvende priser og vilkår der maksimerer dækningsbidraget. For store virksomheder der afsætter sine varer på forskellige markeder rundt om i verden, vil man erfaringsmæssigt se at en vares pris varierer alt efter afsætningsland. Baggrunden for dette skal netop ofte findes i priselasticitetens størrelse, omend afvigelser i nationale afgifter naturligvis også spiller ind på en vares pris.

Man kan fx sammenligne Danmark og Polen. Polakkernes gennemsnitlige indkomst ligger alt andet lige på et lavere niveau en tilfældet er for danskernes ditto. Da det henholdsvis polske og danske dagligvaremarked ydermere er to relativt adskilte størrelser, giver dette mulighed for anvendelsen af prisdifferentiering²⁹. Da priselasticiteten for henholdsvis det danske og det polske dagligvaremarked, sandsynligvis vil variere fra hinanden, vil dagligvareproducenten føle et incitament til at anvende prisdifferentiering, alene med det formål at maksimere virksomhedens dækningsbidrag.

Allerede den omstændighed at prisdifferentiering er et attraktivt værktøj, hvis man isoleret set betragter virksomheden og dens kunder (og dermed ignorerer det forhold at der muligvis er konkurrenter for hvem adfærden kan forvolde skade), kan være relevant når man skal nuancere det

28 Driftsøkonomi af Peter Lynggard, 7. udgave, side 240

29 Driftsøkonomi af Peter Lynggard, 7. udgave, side 339

generelle forbud i artikel 102, litra c). Det er således åbenbart at prisdifferentiering ikke altid er begrundet i ønsket om at ekskludere konkurrenter.

Et spørgsmål der trænger sig på, er om anvendelsen af prisdifferentiering også kommer forbrugerne til gavn. En øget profit for virksomheden er trods alt er en relativt ensidig gevinst, der ikke direkte kommer borgerne til gavn. Besvarelsen af dette spørgsmål er ikke entydigt, men kræver en nærmere analyse af de konkrete omstændigheder og forhold på et givent marked.

Med udgangspunkt i de økonomiske principper der kommer til udtryk i driftsøkonomien, vil forskellige markeder og kundegrupper typisk, som nævnt, have forskellige priselasticiteter – forhold der kan være interessante at udnytte for virksomheden. Forholder det sig imidlertid således at virksomheden er tvunget til at anvende en ensartet pris på de forskellige markeder, eksempelvis fordi der ikke er tale om klart adskilte markeder, eller – hvilket er mere interessant i nærværende sammenhæng – fordi lovgivningen forbyder prisdiskrimination, vil virksomheden skulle undersøge om det overhovedet kan betale sig at udbyde sine produkter på alle markeder.

Hvis vi koncentrerer os om det danske og det polske marked, og anfører den forudsætning at det danske marked har en væsentlig lavere priselasticitet end det polske, og at en given virksomhed i øvrigt er tvunget til at anvende samme pris, vil det være op til virksomheden at beslutte om det kan betale sig at afsætte sine produkter på alle markeder, eller om optimalsituationen er at koncentrere sig om afsætning på det marked med lav priselasticitet (det danske). Konsekvensen bliver i sidstnævnte situation at de polske forbrugere går glip af produkterne, fordi virksomheden vurderer det mest rentabelt at begrænse sig til afsætning på det danske marked.

Tillades en prisdifferentiering imidlertid, vil virksomheden have mulighed for at anskue markederne på hver deres præmisser, og fastsætte forskellige priser der maksimerer afsætningen i forhold til profitten. I denne situation vil det ikke være aktuelt for virksomheden at udelade nogle af markederne. Dette kan eksemplificeres ved et matematisk regnestykke³⁰. Vi kan forudsætte at der på henholdsvis det danske og det polske marked, for et givent produkt, er følgende sammenhænge mellem pris og afsætning:

Danmark:

$$\text{Pris} = 200 - 1/200 \times \text{afsætningsmængde}$$

Polen:

$$\text{Pris} = 120 - 1/200 \times \text{afsætningsmængde}$$

Ovenstående udtrykker lineære sammenhænge, forstået på den måde at des højere prisen bliver, des lavere bliver afsætningen. Maksimumprisen kan aflæses umiddelbart og er for det danske marked 200 kr, mens den for det polske marked er 120 kr.

Vi forudsætter derudover at de variable omkostninger, der i øvrigt er forbundet med at producere produktet kan udtrykkes således:

$$\text{Samlede omkostninger} = 40 \times \text{afsætningsmængde} + 1/1000 \times \text{afsætningsmængde}^2.$$

³⁰ Der tages udgangspunkt i det eksempel som Peter Lynggard skitserer fra side 336 i Driftsøkonomi – 7. udgave. Eksemplet af Peter Lynggard er dog redigeret for at ændre optimalløsningen.

Den optimale prissætning for virksomheden vil ved brug af prisdifferentiering medføre en salgpris på 137 kr på det danske marked, mens den optimale prisætning på det polske marked vil være 97 kr. I alt vil virksomheden herved opnå en profit på imod 1,2 mio. kr. Den samlede afsætning af varer vil være lidt over 17.000 stk.

Er virksomheden imidlertid tvunget til at anvende en ensartet pris, vil virksomheden herefter stå over for et valg. Således vil det ved matematisk udregning vise sig at der er to potentielt optimale løsninger. Den første løsning angår en salgpris på ca. 133 kr, og vil resultere i en afsætning af produkter udelukkende på det danske marked (som det ses af den lineære sammenhæng for det polske marked, er den maksimalt opnåelige pris 120 kr). Den anden løsning vil være en salgpris på ca. 117 kr, og vil medføre afsætning på både det danske og polske marked. Ved en pris på 133 kr, vil virksomheden kunne opnå en samlet afsætning på i alt ca. 13.300 stk. Ved en pris på 117 kr, vil virksomheden opnå en samlet afsætning på i alt ca. 17.000 stk.

Herefter må virksomheden udregne hvilken af de to situationer der giver den største profit (dækningsbidrag), og det vil rent faktisk vise sig at virksomheden er bedst stillet ved at vælge salgsprisen på de 133 kr og en afsætning udelukkende på det danske marked, frem for en salgpris på 117 kr og afsætning på både det danske og polske marked. I førstnævnte situation vil virksomheden opnå et dækningsbidrag på ca. 1,06 mio. kr, mens dækningsbidraget i sidstnævnte situation vil være 1,02 mio kr. Bemærk i øvrigt at dækningsbidraget under alle omstændigheder vil være lavere end de 1,2 mio kr der kan opnås ved at benytte prisdifferentiering.

Den centrale pointe er at under de ovennævnte forudsætninger, vil en virksomhed under ensartet prisfastsættelse, se sig tvunget til kun at udbyde 13.300 stk. af sine produkter. Gives der imidlertid tilladelse til prisdifferentiering, vil over 17.000 forbrugere få gavn af produkterne. Omvendt vil danskerne isoleret set lukre på en ensartet pris. Således vil antallet af danskere der får gavn af produkterne være højere, mens den pris der udbydes på det danske marked tilmed vil være lavere.

Secondary-line diskrimination i retspraksis

Nedenfor følger en gennemgang af en række afgørelser, der har det til fælles at de inddrager spørgsmålet om overtrædelse af secondary-line diskrimination – artikel 102, litra c) i TEUF. Der skal gøres opmærksom på at diskussionen omkring secondary-line diskrimination i mange af afgørelserne kun udgør et delelement af den samlede afgørelse. Således behandles i flere af afgørelserne også den korrekte afgrænsning af det relevante marked og definitionen af *dominerende stilling*. I nærværende sammenhæng koncentrerer der dog om de forhold der er af relevans i forhold til secondary-line diskrimination, og om Domstolens tilsagn i relation til dette delelement, uagtet hvad Domstolen i øvrigt når frem til om de øvrige problemstillinger.

Det vil ses at det gennemgående er konkurrenter til den misbrugsanklagede virksomhed, der står som initiativtager til sagerne. Som følge af at der optræder en forurettet part, behandles misbrugsspørgsmålet typisk på både primery-line- og secondary-line-niveau, og ofte vil det ses at misbrugets hovedtema netop vil være diskriminationen på primery-line-niveau, grundet det forhold at sagens parter typisk befinder sig i et primery-line-forhold til hinanden. Dette stemmer i øvrigt overens med den tilsvarende danske behandling i Post Danmark-sagerne.

C-85/76 – Hoffman-La Roche

Hoffman-La Roche-sagen vedrørte en vitaminproducent af samme navn (herefter HLR), der af Kommissionen fandtes at have misbrugt sin dominerende stilling på markedet for salg af vitaminer. Dette var sket gennem anvendelsen af diverse loyalitetspræmier med det formål at tilskynde deres handelspartnere til at dække hele deres købsbehov hos HLR til skade for konkurrencen på vitaminmarkedet i strid med artikel 102.

Hovedtemaet for afgørelsen var konkurrencevirkningerne på primery-line-niveau, idet den loyalitetsskabende effekt først og fremmest fandtes at have skadelig virkning for de forskellige konkurrerende vitaminproducenter. Inddirekte medførte loyalitetspræmierne imidlertid også at der indtraf diskrimination mellem de forskellige handelspartnere til HLR, hvortil Kommissionen fandt at der også her var tale om misbrug efter artikel 102, nærmere bestemt litra c)³¹.

Afgørelsen behandlede bl.a. en principiel problemstilling, der angik spørgsmålet om niveauet for konkurrencefordrejningen mellem handelspartnerne. Således påpegede HLR i relation til overtrædelse af traktatens artikel 102, litra c) at det var en betingelse for overtrædelse at aftagerne ikke blot blev stillet ulige, hvad angik priser og vilkår, men at det også var en forudsætning at der skete en mærkbar forringelse af konkurrencen³². HLR anfægtede således ikke at der principielt skete en prisdiskrimination efter bestemmelsens ordlyd, men pointerede at det ydermere var en betingelse for misbrug at denne prisdiskrimination rent faktisk medførte en konkret konkurrenceforvridning, jf. bestemmelsens sidste led.

Vitaminsalget fra HLR skete som nævnt til underliggende handelspartnere/producenter, hvor den videre anvendelse af vitaminer bl.a. skete i forbindelse med produktionen af diverse levnedsmidler. Prisdiskriminationens størrelse, sammenholdt med vitaminernes andel af producenternes færdigvarer, medførte efter HLR's opfattelse at selvom der skete afsætning af vitaminer på forskellige rabatvilkår, medførte denne variation ikke meget andet end en kosmetisk prisændring i færdigvarerne, hvorved konkurrencen mellem handelspartnerne indbyrdes ikke led skade – og derved var betingelsen efter artikel 102, litra C således ikke opfyldt. Synspunktet var i afgørelsen

31 C-85/76, side 468, pkt. 4.

32 C-85/76, side 37.

formuleret således:

Hertil har sagsøgerne bemærket, at der i artikel 86, litra c) opstilles den yderligere betingelse, at kunderne »derved stilles ringere i konkurrencen«; denne betingelse er ikke opfyldt. Da vitaminindholdet i de af kunderne fremstillede produkter var minimalt og højst udgjorde 5 % — i reglen dog kun 1 % — kan de påståede skadevirkninger i konkurrencen, når bonusydelsen varierede med 1,2 % eller endog 5 %, næppe beregnes. For en levnedsmiddelproducent ville en forskel i rabatydelser selv på 5 % kun slå igennem med 0,05 % i salgspriserne og ville således aldrig kunne påvirke prisfastsættelsen.

Som modsvar hertil anførte Kommissionen imidlertid at et sådant mærkbarhedskrav ikke kunne kræves – eller stillede i hvert fald ikke særligt store krav til denne mærkbarhedseffekt. Således noteredes det:

At nogen »stilles ringere i konkurrencen« er efter Kommissionens opfattelse ikke ensbetydende med »forringet konkurrenceevne «; også prisforskelle på 1-2 % — i hvert fald prisforskelle på 5 % — kan principielt stille kunder ringere i konkurrencen.

Domstolen afsagde dom i overensstemmelse med Kommissionens synspunkter, og accepterer tilsyneladende at de krav der stilledes til de konkurrenceskadelige virkninger, ikke behøvede at være videre markante. I sidste afsnit af præmis 123 udtalte Domstolen således:

...da der desuden er tale om en adfærd, som udvises af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et marked, hvor konkurrencestrukturen allerede af den grund er svækket, kan enhver yderligere begrænsning af denne konkurrencestruktur inden for anvendelsesområdet for artikel 86 udgøre et misbrug af en dominerende stilling.

Efter samme præmis' første afsnit, lagde Domstolen i øvrigt vægt på at HLR efter kontraktens ordlyd (kontrakterne der blev indgået med handelspartnerne), indirekte selv havde tilkendegivet at bonusydelse måtte have en betydning for deres handelspartnere. Når HLR således aktivt udformede kontrakter, hvor rabatterne forekom at være af central af betydning, havde det således formodningen for sig at der ikke var tale om rabatter af kun kosmetisk størrelse.

I tråd hermed tilkendegav Domstolen desuden i præmis 125 at artikel 102 ikke kun fandt anvendelse i misbrugssituationer der berørte forbrugere direkte, men også på:

...adfærdsmåder, som indirekte forvolder dem skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur som den, der skal skabes ifølge traktatens artikel 3, litra f);

Dommens relevans skal findes i det forhold at den peger i en retning, der stiller relativt begrænsede krav til de konkurrenceskadelige virkninger på secondary-line-niveau, der er nødvendige for at statuere misbrug efter artikel 102, litra c). En konkret konkurrenceskadelig virkning for den indbyrdes konkurrence mellem handelspartnerne, findes der således tilsyneladende ikke behov for at konstatere. Det var tilstrækkeligt at der var en formodning for konkurrencefordrejning, bl.a. baseret på HLR's egen adfærd omkring rabatterne.

C-95/04 – British Airways

British Airways-dommen er endnu et eksempel på en afgørelse der behandles på flere niveauer. Således var det et tema hvorvidt der i sig selv var sket overtrædelse af forbuddet mod

prisdiskrimination på secondary-line-niveau, mens misbruget på primary-line-niveau ikke overraskende også blev behandlet, idet sagen var initieret af en klage fra et til British Airways' konkurrerende selskab (Virgin Atlantic Airways Ltd.).

Omdrejningspunktet var her en række præmieordninger, der belønnede de af deres underliggende handelspartnere – forskellige rejsebureauer – som valgte hovedsageligt at forhandle billetter til British Airways' fly. Et eksempel på en sådan præmieordning tog udgangspunkt i antallet af det af rejsebureauet forhandlede billetter i det forgangene år, og niveauet for stigningen af dette salg i det efterfølgende. Havde det pågældende rejsebureau således haft en stigning i antallet af solgte billetter til British Airways' fly, opnåede selskabet en større provisionssats, som i øvrigt ikke kun fandt anvendelse for de af billetterne der udgjorde stigningen, men en provisionssats der vedrørte alle solgte billetter i perioden³³.

(Ved sagens behandling i Retten, skete der også behandling af en lang række yderligere problemstillinger, herunder bl.a. Kommissionens kompetence, markedets afgrænsning og British Airways' dominans. Kun spørgsmålet omkring misbrug blev dog anket til Domstolen – både secondary-line og primary-line).

Secondary-line-diskriminationen bestod herefter således i at to konkurrerende rejsebureauer i en periode principielt kunne have solgt lige mange billetter, men hvor det ene bureau alligevel ville få en højere provision, hvis det havde oplevet en større stigning i salget fra det foregående år. Det modsatte kunne i princippet også indtræffe og statuere secondary-line diskrimination – at to rejsebureauer havde solgt et forskelligt antal billetter, men blev tildelt samme provisionssats. Hertil argumenterede British Airways i Rettens afgørelse (T-219/99):

Den omstændighed, at to rejsebureauer, som har solgt BA-billetter i forskellige mængder, kan modtage de samme fordele, og at to rejsebureauer, der har solgt det samme antal BA-billetter, kan opnå forskellige fordele, medfører ikke, at det kan anses for bevist, at der foreligger en forskelsbehandling som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra c), EF.

Retten bestemte imidlertid i overensstemmelse med Kommissionen beslutning at præmieordningen udgjorde et misbrug, bl.a. fordi rejsebureauerne befandt sig i hård konkurrence med hinanden og at det derfor spillede væsentligt ind på konkurrencen, i det omfang rejsebureauerne blev honoreret forskelligt, og i det omfang honoreringen i øvrigt ikke havde tilknytning til mængden af solgte billetter men i stedet den forøgede stigningstakst³⁴.

Det er her relevant at påpege at hverken Kommissionen eller Retten (som i Hoffman-La Roche-dommen) fandt anledning til at påvise en konkret konkurrenceforvridning. Der var nærmere tale om en konstatering af at der skete en forskelsbehandling, og en tilhørende formodning for at denne spillede ind på konkurrenceforholdet mellem rejsebureauerne.

Denne, efter British Airways' opfattelse, fejlagtige og utilstrækkelige formodning, fremførtes herefter som argument overfor den senere behandling ved Domstolen, for at der ikke kunne påvises en overtrædelse af artikel 102, litra c). I Domstolens afgørelse anførte British Airways yderligere at selve betingelserne for udregningen af provisionens størrelse, var ens for alle parter, hvorfor der ikke kunne være sket en forskelsbehandling³⁵. Det blev desuden anfægtet at der er tale om sammenlignelige ydelser og slutteligt påpegede British Airways det forhold – i tråd med hvad

33 T-219/99, præmisserne 17 og 23.

34 T-219/99, præmisserne 237-240.

35 Jf. præmis 129 i C-95/04.

tidligere misbrugs-anklagede virksomheder har anført – at Kommissionen ikke havde påvist en konkret konkurrenceforvridning rejsebureauerne imellem³⁶.

Som modsvar hertil anførtes det bl.a. i præmis 132:

...Kommissionen har tilføjet, at det ikke er retligt krævet, at der foretages en dybtgående analyse af, hvorvidt de pågældende rejsebureauer stilles ringere i konkurrencen...

Hvad angik vurderingen af om ydelserne kunne kvalificeres som værende af ulige vilkår, dømte Domstolen til fordel for Retten og Kommissionen³⁷, tilsyneladende med afgørende vægtning på det forhold at den af rejsebureauerne opnåede provisionsats påvirkede det samlede antal af afsatte billetter for et rejsebureau indenfor en periode, og ikke kun de billetter der blev solgt efter målopfyldelsen.

I spørgsmålet om hvorvidt konkurrenceforholdene reelt blev påvirket, blev der også dømt til fordel for Retten og Kommissionen. Domstolen fastslog at der ikke i alle sammenhænge var behov for en dybdegående analyse (som anført af Kommissionen), særligt i den situation hvor misbrugsvirksomheden tilsigtede en konkurrencefordrejning. Det forhold at misbruget var tilsigtet, lempede således – efter Domstolens opfattelse – domstolens bevisbyrde hvad angik konkurrenceforholdene på secondary-line-niveau. Domstolen formulerede bl.a. i præmis 145:

...I en sådan situation kræves det kun, at der derudover føres bevis for en effektiv kvantificerbar fordrejning af handelspartnernes konkurrencestilling enkeltvis betragtet.

Derudover lænede Domstolen sig desuden op af en formodning, ved i præmis 146 at argumentere for at rejsebureauerne konkurrerede indbyrdes på primært to parametre, hvoraf prisen var den ene, og hvor provisionsatsen derfor var af særlig stor betydning for driften af rejsebureauerne. Der syntes at ske en konstatering af at når provisionsatsen åbenlyst påvirkede rejsebureauernes bundlinje, så måtte det være naturligt at konstatere konkurrencefordrejningen og følgelig overtrædelsen af artikel 102, litra c).

I præmis 149 udtaler Domstolen afslutningsvis:

Det kan således ikke lægges Retten til last, at den har foretaget urigtig retsanvendelse ved ikke at kontrollere eller kun summarisk at kontrollere, om og i hvilket omfang de nævnte betingelser havde påvirket konkurrencesituationen mellem BA's handelspartnere.

C-27/76 – United Brands Company

Dommen vedrørte en overtrædelse af forbuddet mod secondary-line diskrimination, praktiseret ved banansalg til handelspartnere til forskellige priser. Den misbrugs-anklagede part var United Brands Company – en amerikansk banankoncern der afsatte bananer på globalt plan, og i store dele af Europa fra deres datterselskab United Brands Continentaal BV (UBC).

Banansalget i Europa skete fra UBC til underliggende nationale forhandlere/handelspartnere – eller modnere, som de blev karakteriseret i dommen – og misbrugsspørgsmålet angik herefter der forhold at prisfastsættelsen varierede, afhængigt af hvilken medlemsstat modneren havde hjemsted. Nogle modnere måtte således tåle betydeligt højere priser for indkøbene af bananer end andre, til trods for

³⁶ Jf. præmis 131 i C-95/04.

³⁷ Jf. præmisserne 138-140 i C-95/04.

at bananerne i det store hele alle blev shippet til samme havn i Rotterdam, og i øvrigt oprindede fra samme land. Muligheden for efterfølgende salg på tværs af medlemsstaterne blev desuden besværliggjort, grundet den omstændighed at UBC's forretningsstruktur forbød modnerne at videresælge bananerne, mens de endnu var grønne og umodne.

Ved Kommissionens undersøgelse af bananpriserne indenfor fællesmarkedet, blev det konstateret at der fandtes store prisvariationer sted³⁸. Kommissionen indtog herefter det standpunkt at disse prisvariationer ikke var tilstrækkeligt begrundet i objektive forhold, hvorfor der var tale om et misbrug efter artikel 102, litra c). Kommissionen fastslog i forlængelse heraf at kriteriet om *objektive forhold* kunne opfyldes ved eksempelvis en konkret priskonkurrence på et givent marked, men noterede samtidig at en *varig generel politik* der differentierede priser mellem medlemsstater ikke var acceptabel.

Det forhold at modnerne blev pålagt kun at videresælge bananerne i moden tilstand, forstærkede efter Kommissionens opfattelse desuden den konkurrencebegrænsende effekt, idet medlemsstaterne blev hindret i at gennemføre handler på tværs af landegrænserne, grundet bananernes lette fordærvelighed. Havde modnerne modsat haft mulighed for at videresælge umodne bananer, ville priskonkurrencen ifølge Kommissionen være blevet skærpet, og det ville så ikke have været helt så oplagt at statuere misbrug³⁹.

UBC indtog imidlertid det standpunkt at medlemsstaternes forskellighed i udbud og efterspørgsel, var et objektivt forhold der berettigede anvendelsen af forskellige priser. Til støtte for deres synspunkt anførte de bl.a. at priserne på landbrugsprodukter i almindelighed var bestemt af udbud og efterspørgsel, og at dette også i øvrigt var tilfældet i de situationer hvor en markedsbestemt pris ikke engang gav dækning for omkostninger⁴⁰. Den markedsbestemte pris burde således principielt være et objektivt forhold, i hvert fald hvad angik landbrugsprodukter.

Domstolen anerkendte i nogen grad eksistensen af den markedsbestemte pris, og at flere nationale forhold i øvrigt kunne berettige anvendelsen af forskellige salgspriser, men fastslog dog i den konkrete situation at det ikke tilkom UBC at udnytte forskellene i udbud og efterspørgsel. I præmis 230 fastsloges det således at prisen måtte bestemmes ud fra de forhold der gjorde sig gældende på det sted hvor bananerne solgtes til de forskellige modnere (dvs. i Rotterdam). Den endelige prisfastsættelse af bananerne i henhold til udbud og efterspørgsel, måtte herefter tilkomme de modnere der stod for afsætningen af bananerne på de nationale markeder. Et principielt standpunkt kom desuden til udtryk i præmis 229:

loven om udbud og efterspørgsel må efter sin natur kun anvendes i det led, hvor den rent faktisk har virkning;

Det må herefter forstås at den omstændighed at UBC havde kendskab til de nationale markedsforhold, ikke var et objektivt forhold der kunne udnyttes i forhold til prisforhandlingerne med modnerne, idet det var modnerne der havde beføjelsen til at fastsætte den nationale salgspris og dermed lade prissætningen ske i henhold til udbud og efterspørgsel. På baggrund heraf statuerede Domstolen således misbrug af dominerende stilling, hvad angik spørgsmålet om secondary-line diskrimination i henhold til artikel 102, litra c) jf. præmis 234.

38 C-27/76, side 216.

39 C-27/76, side 253.

40 C-27/76, side 251.

C-163/99 – Den Portugisiske Lufthavnsafgift

Nærværende sag adskiller sig fra de øvrige, ved primært at vedrøre misbrug af dominerende stilling på secondary-line-niveau. Baggrunden for dette kan skyldes det forhold at der er tale om en offentlig virksomhed, der agere indenfor en branche hvor den ikke naturligt oplever konkurrence.

Sagen vedrørte en portugisisk offentlig lufthavnsvirksomhed, der bestyrede en række lufthavne i Portugal. Det af Kommissionen påståede misbrug omfattede overtrædelse af artikel 102, litra c), ved anvendelse af en lufthavnsafgift og en dertilhørende rabatordning, der tilgodeså de af luftfartsselskaberne der havde en højere frekvens af flyvninger til og fra de pågældende lufthavne. En praksis der i øvrigt viste sig særligt at belønne to portugisiske luftfartsselskaber, omend sagens tema ikke var diskrimination på baggrund af nationalitet.

Det var Kommissionens opfattelse at der ikke kunne udpeges forhold, der berettigede en sådan forskelsbehandling. Tværtimod måtte prisforholdene karakteriseres som udtryk for secondary-line-diskrimination, idet de luftfartsselskaber der benyttede lufthavnene i stort omfang, modtog en rabat i lufthavnsafgiften, som ikke tilstrækkeligt kunne begrundes ud fra en omkostningsbetragtning. De enkelte luftfartsselskabers træk på tjenesteydelser og infrastruktur, var således det samme pr. flyvning, uagtet hvor mange flyvninger det enkelte selskab gennemførte. Foruden de rent kvantitative forhold, blev afgiftssatsen desuden – ubegrundet – differentieret i forhold til hvorvidt der var tale om indenrigs- eller udenrigsflyvninger⁴¹.

Den Portugisiske Republik anførte imidlertid at der ikke var tale om forskelsbehandling af luftfartsvirksomhederne, ud fra det synspunkt at der ikke var noget i lufthavnenes forretningsmodel, der hindrede nogen af luftfartsselskaberne i at udføre de samme flyvninger og derved opnå den samme afgiftssats⁴². Ydermere påpegede Den Portugisiske Republik at kvantumsrabatter var et anerkendt forretningsinstrument, som fandt relevans, idet lufthavnene havde en naturlig interesse i tiltrække flere flyvninger til lufthavnene, for derved at sikre et bedre udnyttelsesniveau af det omkostningstunge lufthavnsapparat⁴³.

Det berørtes undervejs hvorvidt der var tale om forskelsbehandling på baggrund af nationalitet. Dette spørgsmål afstod Kommissionen dog fra at besvare, da forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, i øvrigt ikke var en forudsætning for at statuere misbrug efter artikel 102, litra c)⁴⁴. Det forhold at det i den pågældende situation var to portugisiske luftfartsselskaber der modtog den største rabatsats, ændre ikke på den principielle behandling af spørgsmålet om overtrædelse af artikel 102, litra c).

I forhold til kvantumsrabatterne fastslog Domstolen i præmis 50 at det som udgangspunkt var et lovligt instrument at benytte. I præmis 52 og 53 tilføjede Domstolen dog at i det omfang at der anvendtes *tærskelsværdier*, var lufthavnsvirksomheden forpligtet til – på objektiv baggrund – at kunne begrunde disse tærskelværdier. I præmis 53 noteredes det bl.a.:

Hvis ikke der findes objektive begrundelser, kan indicier for en sådan forskelsbehandling bestå deri,... at rabatsatsen ikke stiger lineært med mængderne.

Domstolen traf herefter den afgørelse at den rabatpraksis der førtes, var et udtryk for secondary-

41 C-163/99, præmis 11.

42 C-163/99, præmis 43.

43 C-183/99, præmis 48.

44 C-163/99, præmis 44-

line-diskrimination, hvorfor Kommissionens afgørelse blev stadfæstet.

Hvad angik spørgsmålet omkring differentiering af rabatsatserne i forhold til inden- og udenrigsflyvninger, anførte Den Portugisiske Republik at denne skulle vurderes i det perspektiv at indenrigsflyvningerne var af kortere distance, og derfor ikke kunne bære de samme afgiftsmæssige belastninger. Domstolen påpegede dog at rabatpolitikken ud fra denne logik, også burde gælde udenrigsflyvninger af kort distance, og dømte derfor i dette spørgsmål igen til fordel for Kommissionen⁴⁵.

C-82/01 – Aéroports de Paris

Her er der også tale om fortrinsvis secondary-line diskrimination, og igen skyldes det givetvist det forhold at der er tale om en offentlig lufthavnsvirksomhed. Således var der her tale om en klage indgivet til Kommissionen fra en handelspartner til den dominerende virksomhed, grundet det forhold at handelspartneren anså sig for at være blevet diskrimineret i forhold til andre handelspartnere.

Den dominerende virksomhed var en offentlig virksomhed – Aéroports de Paris (AP) - der varetog driften af to franske lufthavne. Som led i driften af denne virksomhed, udstedtes der tilladelser til forskellige private virksomheder, der ønskede at drive virksomhed i lufthavnene indenfor navnlig cateringvirksomhed. Den klagende part var en cateringvirksomhed ved navn Alpha Flight Services (AFS), der anfægtede lovligheden af lufthavnens varierende afgiftssatser, der efter Alpha Flight Services opfattelse stred mod EU's konkurrenceregler og udgjorde et misbrug af dominerende stilling.

Konkret var der tale om at en til AFS konkurrerende virksomhed – Orly Air Traiteur (OAT) – afregnede en anden afgiftstakst overfor AP. OAT's position på markedet for cateringvirksomhed var dog ikke helt af samme art som AFS, idet førstnævnte for en stor del af sin virksomhed, leverede catering til selskabets moder – Air France – såkaldt *egen-handling*. Den afgiftssats der afregnedes, var en procentssats der var knyttet op på omsætningens størrelse. OAT modtog herefter en afgiftssats der var særlig lav, hvad angik den andel af omsætningen der vedrørte egen-handling, mens afgiftssatsen for den del af omsætningen der vedrørte catering for andre var ens for alle⁴⁶.

Både Kommissionen, Retten og Domstolen dømte til fordel for klager, og anså et misbrug i form af secondary-line-diskrimination for at have fundet sted.

Under domstolsbehandlingen blev der behandlet en lang række juridiske problemstillinger, hvor dem der direkte knyttede sig til misbrugs-spørgsmålet særligt var spørgsmålene om bl.a. bevisbyrde, ydelseernes sammenlignelighed og påvirkningen af konkurrencen.

Hvad det første angik, var det udgangspunktet efter rådets forordning nr. 1/2003 artikel 2 at bevisbyrden påhvilede *...den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende* (dette var i øvrigt også tilfældet efter den tidligere forordning nr. 17). Efter Rettens afgørelse i T-128/98, var denne bevisbyrde imidlertid tilstrækkeligt opfyldt, på det tidspunkt hvor Kommissionen konstaterede at der ikke kunne findes objektive/saglige grunde, der berettigede anvendelsen af diskriminerende priser, og hvor den sagsøgende part i øvrigt heller ikke kunne fremkomme med saglige argumenter for en sådan forskelsbehandling. Hertil kan citeres fra T-128/98, præmis 202:

45 C-163/99, præmis 77.

46 C-82/01, præmis 112.

...Hvis ADP fastsætter forskellige afgiftstakster for disse virksomheder, må selskabet derfor godtgøre, at der foreligger objektivt forskellige situationer eller omstændigheder, der kan berettigg denne afvigende behandling.

Retten afviste at der kunne diskuteres omvendt bevisbyrde, og noterede i øvrigt at Kommissionen i bevisspørgsmålet var berettiget til at formode eller *udlede* at der var tale om diskriminerende priser, medmindre AP kunne dokumentere et sagligt grundlag⁴⁷.

Hvad angik spørgsmålet om sammenlignelighed af ydelserne, var det et centralt argument for AP at den omsætningsafgift der vedrørte den ene virksomheds omsætning indenfor koncernen – egen-handling – var en faktisk forskel der berettigede en anden afgiftstakst, så længe afgiftstaksten der relaterede sig til samme virksomheds omsætning udenfor koncernen, var den samme for alle cateringvirksomhederne⁴⁸. Denne sondring afvist imidlertid af Retten, der fandt at det centrale var karakteren af de ydelser der leveredes af AP til underliggende handelspartnere. Den omstændighed at visse af ydelserne af handelspartnere anvendtes indenfor koncernen, ændrede ikke ved det forhold at ydelserne var de samme, og derfor skulle takseres ens⁴⁹.

Det sidste spørgsmål omkring påvirkning af konkurrencen lagde sig desuden tæt op af det foran nævnte, idet den omstændighed at der blev afregnet en lavere afgiftstakst for egen-handling, gav den pågældende virksomhed en konkurrencemæssig fordel. Den besparelse som OAT kunne opnå via egen-handling, kunne således ikke klart afgrænses overfor de aktiviteter der fungerede ved siden af⁵⁰.

Hvad angik de konkurrencemæssige skadevirkninger, noteredes det i øvrigt at det ikke var en forudsætning at skadevirkningerne indtraf på det samme marked hvorpå den dominerende virksomhed opererede. Således opererede AP på markedet for lufthavnsforvaltning, mens de konkurrenceskadelige virkninger kom til udtryk på markederne for de typer af tjenesteydelser som handelspartnere leverede. Dette forhold, konkluderede Retten, spillede ikke ind på muligheden for anvendelsen af artikel 102, litra c).

- I dansk kontekst

Omfanget af danske afgørelser der inddrager § 11, stk. 3, nr. 3 og secondary-line diskrimination er indtil videre relativt begrænset. Der findes dog en række myndighedsafgørelser, der bl.a. besvarer nogle spørgsmål på dette område, herunder hvad der i øvrigt skal til for at to virksomheder kan anses for at være i konkurrence. Dette gælder bl.a. i forhold til en afgørelse fra 1997 truffet af Konkurrencerådet, der vedrørte et påstået misbrug i form af secondary-line diskrimination overfor færgeselskaber. Konkurrencerådet afviste dog umiddelbart sagen ud fra den betragtning at det påståede misbrug angik to selskaber, der drev forretning indenfor to forskellige forretningsområder. Mens det ene selskab således beskæftigede sig med personbefordring, drev det andet hovedsageligt forretning ved erhvervmæssig fragt. Det forhold at de to selskaber i princippet modtog forskelligartede afgiftssater, var uvæsentligt for misbrugsvurderingen, idet de to selskaber ikke var i konkurrence med hinanden⁵¹.

Mængden af domstolspraksis der angår secondary-line diskrimination i Danmark, findes der stort set ikke eksempler på. Som det er nævnt i forbindelse med Post Danmark-sagen, var secondary-

47 T-128/98, præmis 201 og 203.

48 T-128/98, præmis 205.

49 T-128/98, præmis 206.

50 T-128/98, præmis 215.

51 Konkurrencerådets afgørelse af 17. december 1997.

line-spørgsmålet ganske vist et tema for behandling, men blev netop ikke anket videre til landsretten, efter at Konkurrenceankenævnet havde afsagt kendelse.

Secondary-line diskrimination i litteraturen

Ved fastlæggelsen af retstilstanden på området for secondary-line diskrimination, spiller retspraksis selvsagt en stor rolle. I forlængelse heraf kan det dog være af relevans at undersøge hvad fagfolk og andre i øvrigt mener om emnet, hvorfor der nedenfor følger en gennemgang af nogle udvalgte artikler, der beskriver den eksisterende retstilstand, samt diskuterer visse uhensigtsmæssigheder der kan være forbundet hermed.

Først og fremmest skal der henvises til en artikel forfattet af økonomen Penelope Papandropoulos, der er *Member of The Chief Competition Economist's team, European Commission - DG Competition* (Generaldirektoratet for Konkurrence). I artiklen bliver forholdet mellem konkurrencelovgivningen i relation til artikel 102, litra c) og virksomhedernes økonomiske adfærd diskuteret nærmere under overskriften *How should price discrimination be dealt with by competition authorities*⁵²? Artiklens relevans skal naturligvis findes i selve indholdet, men interessen skærpes kun af at der er tale om en artikel forfattet af en person der har tilknytning til Kommissionen. Derudover skærpes interessen i kraft af at hun inddrager et økonomisk perspektiv.

I artiklen fastslås det at formuleringen i artikel 102, litra c) synes relativt bred. Således stiller hun spørgsmålstejn ved hvad der i praksis skal til for at opfylde betingelsen om *...ydelser af samme værdi overfor handelspartnere... (equivalence of transactions)*. I forlængelse heraf påpeges det modsat at formuleringen *...som derved stilles ringere i konkurrencen*, er med til at indsnævre anvendelsesområdet for bestemmelsen, da forskelsbehandlingen efter ordlyden skal have en konkret konkurrencefordrejende effekt, og at det derfor ikke er tilstrækkeligt at der kun konstateres at foreligge forskelsbehandlingen. Dette er i overensstemmelse med mange af de argumenter der fremføres af de sagsøgende virksomheder, der er behandlet ovenfor.

Hun beskriver desuden hvorfor en prisdiskriminerende adfærd kan være et attraktivt instrument for en virksomhed og forklarer hertil at eksistensen af adskilte markeder med varierende prisfølsomhed (priselasticitet), kan udnyttes af virksomheder til profitmaksimering ved prisdifferentiering⁵³. En central pointe i artiklen er at den udnyttelse der sker ved virksomhedens brug af prisdiskrimination, ikke ud fra generelle betragtninger kan siges at være udelukkende negativ eller udelukkende positiv. Om en konkret prisdiskrimination er ønskværdig, set ud fra et samfundsperspektiv, forudsætter at man inddrager en masse konkrete omstændigheder og betragtninger. En typesituation der taler for anvendelse af prisdiskrimination, skal findes i den situation at en virksomheds samlede afsætning af varer stiger som følge af anvendelsen af prisdiskrimination, og det forhold at en stigende afsætning af varer medfører at flere forbrugere får gavn af produkterne (Dette er i øvrigt eksemplificeret i mit driftsøkonomiske eksempel ovenfor). Omvendt vil prisdiskriminationen i andre situationer imidlertid kunne optræde som et instrument, til realisering af en strategi om at ekskludere en konkurrent fra et marked (primary-line), til skade for den frie konkurrencen og dermed for forbrugerne⁵⁴.

En central pointe i artiklen, angår netop om hvorvidt prisdiskriminerende adfærd i sig selv bør anses som konkurrencebegrænsende adfærd, eller om prisdiskrimination snarere bør betragtes som en

52 Droit & économie – Concurrences nr. 3-2007 – s. 34-38 – Penelope Papandropoulos

53 Droit & économie – Concurrences nr. 3-2007 – s. 35, pkt. 7 – Penelope Papandropoulos

54 Droit & économie – Concurrences nr. 3-2007 – s. 36, pkt. 10 og pkt. 15 – Penelope Papandropoulos

indikation på en konkurrencebegrænsende adfærd på primary-line-niveau. Det formuleres af forfatteren således:

...In particular, we argue that price discrimination should only in exceptional circumstances constitute an abuse of Article 82 in itself. In exclusionary cases, price discrimination will be the manifestation of exclusionary pricing but does not constitute an abuse in itself⁵⁵...

Hun indtager det standpunkt at man med fordel kunne overveje en lovgivning, der tager hensyn til at prisdiskrimination ikke altid bør anses som et misbrug. Prisdiskriminationen i sig selv er således ikke det uønskede element, men derimod de bagvedliggende bevæggrunde for at anvende prisdiskrimination. Dvs. en lovgivning der i højere grad sonderer mellem anvendelse af prisdiskrimination med et ekskluderende formål, og så anvendelsen af prisdiskrimination der blot tager sigte på at udnytte forskellige priselasticitet.

Katja Høegh diskuterer i U.2002B.32 bl.a. secondary-line diskrimination ud fra en sondring mellem den *rene* diskrimination på den ene side, og diskrimination i forbindelse med diverse rabat- og bonusordninger på den anden, og konstaterer desuden, hvad det første angår, at myndighederne her hidtil har udvist en vis tilbageholdenhed med at statuere misbrug.

Derudover berører Høegh også det forhold at efterspørgselsforholdene i sagens natur varierer på et frit marked, og at en pris mellem en virksomhed og en underliggende handelspartner, principielt kan være et resultat af en forhandlingsproces – og ikke nødvendigvis er ensidigt dikteret af den dominerende virksomhed. Det forhold at visse handelspartnere er mere forhandlingsivrige end andre, bør principielt også komme dem til gode, idet omfang de vælger at prioritere tid og energi på at forhandle en god pris. Samtidig er der en vis logik i at det må komme den ”dovne” handelspartner til skade, når denne uden videre acceptere den første og den bedste pris. Man kan tolke hendes synspunkt således at lovgivningen indeholder det paradoks at den dårlige forhandler i princippet – forudsat at betingelserne for anvendelse af artikel 102, litra c) i øvrigt er opfyldt – kan gøre krav på en ligeså fordelagtig pris, som den der er blevet forhandlet på plads af den dygtige (og stædige) handelspartner, der måske endda har valgt at afsætte ressourcer til forhandlingen⁵⁶.

Et modstridende element, mener Høegh, skal findes i det forhold at Domstolen tidligere har udtalt at misbruget bl.a. forudsætter at misbrugsanklagede virksomheder anvender andre midler end hvad der gør sig gældende for den *normale* konkurrence. Det modstridende element skal her findes i det forhold at mange af de værktøjer som mindre ikke-dominerende virksomheder lovligt kan benytte i deres afsætningsstrategi, også omfatter prisdiskrimination. Prisdiskriminerende adfærd er således i praksis langt fra et fænomen der kun forekommer, når der er tale om dominerende virksomheder⁵⁷.

Konkurrencestyrelsens vejledninger

Konkurrencestyrelsen har fundet anledning til at vejlede om secondary-line diskrimination i en række sammenhænge. Kort efter at den nye konkurrencelov trådte i kraft i Danmark, var Konkurrencestyrelsen i 1998 ude med en beskrivende redegørelse om retstilstanden i overordnede vejledende træk⁵⁸.

Konkurrencestyrelsen redegørelse baserer sig naturligvis i høj grad på bl.a. den eksisterende

55 Droit & économie – Concurrences nr. 3-2007 – s. 34 – Penelope Papandropoulos

56 U.2002B.32, side 3.

57 U.2002B.32, side 1.

58 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination.

retspraksis, men inddrager også diskriminationen i relation til den økonomiske teori (værd at bemærke er i øvrigt at der i den økonomiske teori benyttes en mere stringent begrebsmæssig sondring mellem prisdifferentiering og prisdiskrimination, hvor førstnævnte vedr. det forhold at forskellene i prisen er omkostningsbestemte, mens sidstnævnte vedr. det modsatte⁵⁹).

Styrelsen bidrager ikke med nogle skelsættende nye betragtninger, men konkretiserer dog at Kommissionens og Domstolens praksis er vejledende for den danske tolkning af §§ 6 og 11⁶⁰. Derudover fremføres det synspunkt at den EU-retlige praksis nok bør ses i en kontekst som særligt angår den overordnede vision for EU og det indre marked⁶¹.

Af principielle overvejelser kan ydermere fremhæves at prisdiskrimination efter lovgivningens ordlyd, også principielt kan finde sted i situationer hvor diskriminationen involverer private forbrugere⁶². Større praktisk betydning har dette dog næppe, da det i praksis kun er erhvervskøbere der oplever diskriminationen og opfylder betingelserne for konkurrencefordrejning. Endvidere fremhæves det at misbruget også kan vedr. en enslydende pris overfor handelspartnere, men hvor denne pris vedr. forskelligartede ydelser. Der findes dog ikke nogen praksis på området der belyser dette forhold nærmere⁶³.

Det er af afgørende betydning om handelspartnere befinder sig på samme marked, for at et misbrug kan statueres, dvs. der skal forekomme reel konkurrence mellem handelspartnere⁶⁴. Dette krav om konkurrencefordrejning går således igen, i overensstemmelse med manges opfattelse af secondary-line diskrimination.

59 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination, pkt. 1.1.

60 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination, pkt. 3.3.

61 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination, pkt. 3.5.

62 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination, pkt. 3.4.

63 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination, pkt. 5.4.

64 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination, pkt. 5.1 og 5.3.

Meeting competition – en undtagelse til hovedreglen

Meeting competition er et begreb der relaterer sig til konkurrenceretten, også når temaet vedr. secondary-line diskrimination, men som dog ikke begrænser sig hertil. Meeting competition er et princip, som er udtrykt i retspraksis og i den juridiske litteratur⁶⁵, og som vedr. særlige markedssituationer, hvor en dominerende virksomhed bliver udfordret på et afgrænset marked af en anden, typisk en mindre ikke-dominerende virksomhed, på lavere priser, med risiko for at miste markedsandele til følge, hvis ikke den dominerende følger trop med en tilsvarende prisnedsættelse.

Det er som bekendt kendetegnende for KL § 11 og artikel 102 at disse kun finder anvendelse for dominerende virksomheder. Dvs. adfærd som ville udgøre et misbrug af en dominerende virksomhed, vil ikke tilsvarende udgøre en misbrugende adfærd, hvis udført af en ikke-dominerende. Denne omstændighed medfører at den ikke-dominerende i princippet kan benytte sig af en særligt aggressiv prispolitik, med det hovedmål at vinde markedsandele fra eksempelvis en konkurrerende dominerende virksomhed, uden at den dominerende virksomhed efter den generelle bestemmelse må opføre sig tilsvarende. Dette har i konkurrenceretten givet anledning til nogle overvejelser, og er i realiteten fundamentet for meeting competition-princippet.

Det er her vigtigt at holde sig for øje at misbruget i § 11 og artikel 102 ikke relaterer sig til den dominerende position som sådan, men derimod til det forhold at en dominerende virksomhed udnytter sin position til at opnå særlige fordele overfor konkurrenterne på en urimelig måde. De restriktioner som en dominerende virksomhed må acceptere i forhold til at sikre at en sådan udnyttelse ikke sker, bør dog imidlertid ikke komme den dominerende til last så længe der ikke sker et urimeligt misbrug. Dette kan illustreres ved at det ville være urimeligt forlange at en dominerende virksomhed uden videre måtte tåle at miste markedsandele, fordi en nedsækning af prisforholdene ville medføre statuering af ulovlig prisdiskrimination.

Meeting competition er således et begreb der for en dominerende virksomhed berettiger anvendelsen af prisdiskrimination, forudsat at virksomheden oplever priskonkurrence på et givent marked, initieret af andre. Man indrømmer således et spillerum af en vis størrelse for den dominerende virksomhed til at reagere på særlige markedsforskeligheder på et afgrænset marked. Og dette tiltrods for at en sådan adfærd i princippet kan udgøre en overtrædelse af secondary-line diskrimination, og i øvrigt ville udgøre et misbrug såfremt virksomheden ikke oplevede særlig priskonkurrence på det pågældende marked.

En velkendt frase lyder *...Meeting, but not beating competition*⁶⁶, der understreger at prisdiskrimination i nærmere omfang kan accepteres til imødegåelse af en trussel fra en konkurrent, men at der dog ikke herefter er tale om et fripas til en videre vilkårlig prissætning.

Det er en forudsætning for anvendelsen af meeting competition-princippet at der er tale om ”trusler” fra konkurrerende virksomheder, idet berettigelsen ligger i det forhold at en konkurrerende virksomhed udøver en bestemt adfærd. I de situationer hvor der udelukkende er tale om secondary-line diskrimination, vil det ikke være relevant at diskutere meeting competition-princippet, idet de objektive forhold der berettiger diskriminationen, således ikke vil være til stede. Som det sås i sagen med Post Danmark, er det dog kendetegnende for diskussionen om secondary-line diskrimination at denne tit optræder i forening med primary-line-forhold til andre virksomheder, og i det omfang dette er tilfældet, bliver meeting competition-princippet også relevant for secondary-line diskrimination.

65 U.2006B.137, side 2-3.

66 Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination, pkt. 5.3.

Det amerikanske perspektiv

De oprindelige europæiske fællesskabslande kan ikke tildeles ophavsretten til grundidéen om en konkurrencelovgivning, der sætter rammerne for det i udgangspunktet ellers frie marked. Således er det almindeligt anerkendt at den europæiske konkurrenceret er stærkt inspireret af den amerikanske ditto, der har rødder helt tilbage til 1890⁶⁷. Således har der i mange år eksisteret en amerikansk såkaldt *antitrust*-lovgivning, der har haft til hensigt at begrænse bl.a. monopolers misbrug og anden type af konkurrencebegrænsende adfærd⁶⁸.

Ordet *trust* referer til en juridisk selskabskonstruktion, hvor fx en række investorer i forskellige konkurrerende virksomheder, optimerer deres forretningsførelse/afkast, ved at samkører deres virksomheder i en fælles trust. Følgen af en sådan konstruktion, kan naturligvis være gavnlig for de involverede, men kan også have modsatrettede skadelige virkninger for udestående konkurrenter og forbrugere⁶⁹. Heraf stammer begrebet *antitrust*.

Lovgivningen der ofte refereres til som grundlæggeren af principperne omkring modarbejdelse af konkurrencebegrænsende adfærd, findes i The Sherman Act fra netop 1890⁷⁰. Formålsbestemmelsen i den pågældende lovgivning blev formuleret således:

To protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies.

Denne grundpille i amerikansk antitrust-lovgivning blev fulgt op af The Clayton Antitrust Act i 1914, der udvidede mulighederne for at hindre konkurrencebegrænsende adfærd, og sidenhen af The Robinson-Patman Act fra 1936⁷¹. Netop sidstnævnte inkorporerer de nærmere forbudsbestemmelser omkring secondary-line diskrimination i særligt § 13, a) i Title 15 i US Code.

Det er åbenbart at lovgivning og afgørelser fra USA, ikke har retskraft i EU og Danmark. Når det imidlertid alligevel kan være af interesse at kaste et blik på den amerikanske lovgivning, skyldes det bl.a. det forhold at der som nævnt er tale om en lovgivning der historisk går længere tilbage end den europæiske, samtidig med at det som nævnt antages at den amerikanske lovgivning i øvrigt fungere som inspirationskilde for EU-lovgivningen.

Derudover er det af relevans at de forhold som lovgivningen sigter på at regulere – både i USA og i EU – tager udgangspunkt i en grundlæggende tro på det frie marked, og at økonomisk og samfundsmæssig vækst i øvrigt udspringer af frie markedsvilkår og en sund konkurrence. De grundlæggende økonomiske spilleregler og teorier der eksisterer ved siden af lovgivningen, gør sig således gældende på principielt samme måde, uanset hvilken side af Atlanten man befinder sig på. Berettigelsen ved at se på de amerikanske forhold skal findes i den omstændighed at amerikansk praksis kan bidrage med en relevant perspektivering.

Der er en formodning for at EU-retten i historisk sammenhæng har været tilbageholdende med at inddrage økonomiske teorier ved udformning af konkurrencelovgivningen, noget som der dog efterhånden viser sig en tendens i retningen af (måske bl.a. understreget ved den præjudicielle afgørelse ved EU-domstolen i Post Danmark-sagen). USA har imidlertid historisk været mere tilbøjelige til at inkludere dette forhold, hvilket yderligere skærper interessen omkring den

67 EU-konkurrenceret, 4. udgave, side 27 og Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, side 6.

68 Denstoredanske.dk om "Trust"

69 Juridisk Ordbog, 13. udgave, Bo von Eyben, side 385.

70 Ourdocuments.gov

71 Law.cornell.edu

amerikanske lovgivning⁷².

Den indledende formulering af § 13 a) forekommer genkendelig:

*It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce*⁷³...

Forbudsbestemmelsen leder således tankerne hen på de tilsvarende forbudsbestemmelser i artikel 102 i TEUF og § 11 KL. Uden at gå ind i en dybdegående analyse af den amerikanske lovgivning, må det således stå klart at vi er inde på et område der i substansen er den samme..

I en afgørelse fra 2006⁷⁴ får den amerikanske højesteret lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om secondary-line diskrimination i forbindelse med en påstået overtrædelse af forbudsbestemmelsen. Sagen udspiller sig indenfor det amerikanske bilmarked, hvor den påståede forurettede part er et selskab, Reeder-Simco GMC, Inc, der videreformidler salg af Volvo-biler til detailforretninger.

Salget sker gennem en særlig forhandlings-/udbudspraksis, hvor detailforretningerne først beskriver hvilke biler de er interesserede i at indkøbe, hvorefter videreformidleren – her Reeder – byder ind med en pris for det efterspurgte indkøb. Detailforretningerne forespørger typisk hos flere forskellige formidlere (der typisk fører forskellige bilmærker), og vælger herefter det mest fordelagtige tilbud.

Den pris som Reeder tilbyder til detailforhandlerne, er bl.a. bestemt af den indkøbspris der kan opnås fra producenten, i nærværende sammenhæng Volvo. Des lavere indkøbspris formidleren kan opnå hos producenten, des lavere pris kan formidleren tilbyde detailforhandleren. Processen er i øvrigt karakteriseret ved at såfremt detailforhandleren afslår det af videreformidleren afgivet tilbud, så sker der ej heller nogen handel mellem producenten og videreformidleren.

Misbrugsspørgsmålet angår herefter det forhold at producenten, Volvo, udbyder varierende rabatsatser til forskellige videreformidlere, herunder Reeder. Ikke overraskende er det følgelig Reeders synspunkt at selskabet er blevet stillet ringere i konkurrencen, som følge af at de har modtaget rabatsatser på et lavere niveau end konkurrerende virksomheder.

Den amerikanske højesteret vælger en relativt lempelig tolkning af forbudsbestemmelsen i denne sammenhæng. Særligt i de situationer hvor Reeder påviseligt har modtaget en afvigende rabatsats i forhold til konkurrerende formidlere, findes det ikke tilstrækkeligt bevist at dette opfylder betingelserne for overtrædelse af forbudsbestemmelsen. I en situation er det således ikke tilstrækkeligt at Reeder har tabt en udbudsrunde til en konkret detailforhandler, da den vindende konkurrent først har modtaget sin særlige rabatsats efter handlens afslutning. I en anden situation har Reeder ganske vist opnået en mindre rabatsats under budsaftgivelsen til detailhandleren i forhold til en konkurrent, men hverken Reeder eller konkurrenten vandt udbuddet i sidste ende⁷⁵.

I øvrigt inddrager den amerikanske højesteret et mere overordnet perspektiv, og anskuer situationen i en bestemt konkurrencekontekst. Således kan det ikke afvises at forholdet har

72 Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, side 13.

73 uscode.house.gov

74 Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco, Inc.

75 [Law.cornell.edu](http://law.cornell.edu), Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc – Opinion, side 13.

konkurrencebegrænsende effekter i den konkrete situation, men hvis der er tale om en praksis der i det store billede faktisk er berigende for konkurrencen, bør der anlægges en praksis der tager hensyn til dette. Således formuleres det:

Even if the Actis text could be construed in the manner urged by Reeder and embraced by the Court of Appeals, we would resist interpretation geared more to the protection of existing competitors than to the stimulation of competition. In the case before us, there is no evidence that any favored purchaser possesses market power, the allegedly favored purchasers are dealers with little resemblance to large independent department stores or chain operations, and the supplier's selective price discounting fosters competition among suppliers of different brands⁷⁶.

I en anden sag af ældrer dato⁷⁷ – som også udspilleer sig indenfor det amerikanske bilmarked – bliver det fastslået at den sagsøgende part i et spørgsmål omkring prisdiskrimination i form af kvantumrabatter, ikke i tilstrækkelig grad har løftet bevisbyrden for at have lidt skade som følge af forskelsbehandlingen. Der er tale om en forhandler af Chrysler-biler, der af Chrysler bliver honoreret med en bonus i forhold til det opnåede salgsmål, men som ikke i samme omfang bliver honoreret som andre forhandlere, idet salgsmålene er højere for den pågældende.

Til trods for at forhandleren kan påvise en varierende honorering, findes det imidlertid ikke tilstrækkeligt bevist at konkurrenterne har lukreret på denne diskrimination iform lavere priser til deres kunder. Konstateringen er således at når ikke forskelsbehandlingen i øvrigt manifesterer sig i prisforskelle mellem forhandlerne, er det principielt udenfor anvendelsesområdet af loven at statuere secondary-line diskrimination. Det er i øvrigt uvæsentligt for denne vurdering at forhandleren anfører at forskellene i bonusser, også kan have indirekte effekt, idet prisdiskriminationen kan give sig udslag i fx mere markedsføring eller andre forhold, som principielt også kan anses som konkurrenceparameter ved siden af den direkte anførte pris.

I modsætning til KL § 11 og artikel 102, litra c), indeholder den amerikanske lovgivningen i øvrigt udtrykkelige bestemmelser der anerkender visse typer af prisdiskrimination (jf. § 13 a):

...Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered...

Dette medfører dog ikke at de samme principper ikke også gør sig gældende i EU og i Danmark. Tværtimod er omkostningsbegrundede prisdifferentieringer anerkendt i praksis som et objektivi forhold der kan berettigge anvendelsen af prisdifferentiering.

76 Law.cornell.edu, Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc – Opinion, side 13.

77 J. Truett Payne Co., Inc. v. Chrysler Motors Corp. - 451 U.S. 557

Diskussion

Det er tydeligt hvad angår mængden af praksis indenfor konkurrenceområdet at den største interesse samler sig omkring primary-line diskrimination. Dette må formodes at have nær tilknytning til det forhold at konkurrencesituationen som den dominerende virksomhed selv befinder sig i, ofte vil være den der tilegner sig mest opmærksomhed, idet den dominerende virksomhed sandsynligvis her vil have den konkurrencemæssige største interesse.

Der findes imidlertid også et forbud mod secondary-line diskrimination der fungerer ved siden af primary-line. En grund til at dette tema ofte træder i baggrunden, kan skyldes det forhold – i forlængelse af det ovenfor nævnte – at en dominerende virksomhed sjældent vil have samme forretningsmæssige interesser forbundet til konkurrenceforholdene mellem handelspartnerne. Som det fx er tilfældet ved prisdiskrimination, er det typisk profitmaksimeringen der er hovedmotivet bag adfærden, mens konkurrencefordrejningen mellem handelspartnerne blot er en utilsigtede følgevirkning. Dette underbygges af fx Post Danmark-sagerne, hvor man må antage at Post Danmark ikke umiddelbart havde nogen særlig interesse i at påvirke konkurrencen mellem de forskellige supermarkedskæder internt.

Man kan på baggrund heraf reflektere over i hvilke type situationer KL § 11, stk. 3, nr. 3 og artikel 102, litra c) egentlig har sit hjemsted. Det er således realiteten at overtrædelse af bestemmelserne, typisk bliver statueret i sager hvor der også foreligger primary-line diskrimination (som vi så det i fx sagerne om Post Danmark, Hoffman-La Roche og British Airway) og i den kontekst får secondary-line diskriminationen en mere supplerende rolle, der læner sig op af det primære spørgsmål om primary-line diskrimination. Alligevel hjemles der i lovgivningen mulighed for at statuere misbrug, udelukkende ud fra det forhold at handelspartnerne påvirkes, uden at der i øvrigt skal påvises ond tro i form af elminieringshensigt eller lign.

Hvis formålsbestemmelsen i § 1 i KL skal stå til troende, så har forbuddet mod secondary-line diskrimination til hensigt at *fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse til gavn for virksomheder og forbrugere*. Som Penelope Papadranpoulos pointerer i sin artikel, kan man dog diskutere hvorvidt det i alle situationer giver mening at statuere misbrug ud fra den blotte konstatering af forskellige priser. Som det gør sig gældende for prisdiskrimination, så vil denne således ikke altid udspringe af et ønske om at skade konkurrenter, men kan derimod udspringe af et ”harmløst” ønske om at udnytte forskelligheder i efterspørgsel. Papadranpoulos kan således have en pointe, når hun understreger at prisdiskriminationen i sig selv ikke bør betragtes som misbrug, men derimod som en indikation på de bagvedliggende bevæggrunde (fx ekskluderingshensigt af direkte konkurrenter).

Med tanke på den tidligere artikel 3, litra g) i EF-traktaten, giver det imidlertid fuldt ud mening at hjemle et forbud mod secondary-line diskrimination. Således stod det her udtrykkeligt beskrevet at *konkurrencefordrejning* skulle modarbejdes og er derfor fuldt ud i overensstemmelse med artikel 102, litra c), som tilsigter at hindre adfærd der netop fordrejer konkurrencen. Det må dog konstateres at praksis peger i retningen af et relativt lempeligt beviskrav, hvad angår konkurrencefordrejningen. I hvert fald er der noget der tyder på at Domstolen vurderer det konkurrencefordrejende element anledes sammenholdt med eksempelvis de amerikanske domstole.

Med udgangspunkt i den praksis der foreligger, er det tendensen hos de amerikanske domstole at der anlægges en praksis der i højere grad baserer sig på den konkrete konkurrenceforvriddning og beviset af om en part reelt er blevet stillet ringere i konkurrencen. Man kan overveje hvad der er

mest i tråd med ordlyden af lovgivningerne – om det er den tendens der udvises i amerikansk praksis, eller den tendens der udvises i EU. Således vil det umiddelbart være mest i overensstemmelse med ordlyden at der skærpes opmærksomhed omkring konstateringen af den konkrete konkurrencefordrejning, omend det også er centralt at påpege at besværlighederne der kan være forbundet hermed, kan være af betydelig størrelse. Således er det tilfældet for de nævnte amerikanske afgørelser at konkurrencefordrejningen ikke kan konstateres ikke at foreligge, men derimod at det ikke i tilstrækkelig grad anses for bevist.

Hvad angår den lave grad af konkurrencefordrejning der skal påvises, er det i forhold til nationalitetsdiskrimination relevant at pointere at selvom Domstolen fx understreger at misbruget i lufthavnssagerne ikke er påvirket af diskussionen om nationalitetsdiskrimination, kan det imidlertid ikke udelukkes at nationalitetsdimensionen, er med til at trække afgørelserne i en retning. Denne mistanke understøttes bl.a. Katja Høegh, der mener at se en tendens i praksis, der er karakteriseret ved at når den diskriminerende adfærd reelt kommer til udtryk mellem nationer, vil de supplerende krav til bevis være af mere begrænset karakter⁷⁸. Også sagen om United Brands Company bærer præg heraf, idet prisdiskriminationen netop baserer sig på forskellene i medlemsstaternes markedsforhold.

Med udgangspunkt i de eksempler på secondary-line diskrimination der kan findes i retspraksis, kan man overveje hvad der præcist er hensigten med at have en bestemmelse der principielt forbyder alle former for diskrimination mellem handelspartnere. Ud fra flere betragtninger kunne det således give mening at skærpe opmærksomheden de elementer der modvirker den effektive ressourceanvendelse, og så først derefter fastslå om dette sker via brug af prisdiskrimination. Hertil kan man i øvrigt henvise til konkurrencelovsudvalget, som jo netop foreslog en bibeholdelse af kontrolprincippet i relation til § 11, ud fra det synspunkt at vurderingen omkring misbrug af dominerende stilling i høj grad måtte være af skønsmæssig karakter og et resultat af en afvejning.

78 U.2002B.32, side 5, pkt. 34.

Konklusion

Hvad angår overtrædelse af KL § 11, stk. 3, nr. 3, og TEUF artikel 102, litra c), må man konstatere at praksis i dag peger i retning af en relativt streng tolkning. Dette gælder ikke mindst bedømmelsen af det niveau af konkurrencefordrejning der skal til, førend et misbrug kan statuere. Tiltrods for at der påhviler konkurrencemyndighederne en udtrykkelig bevisbyrde, må det konstateres at denne i praksis er relativt lempelig. I det omfang en diskriminerende adfærd kan opgøres i kroner og øre, vil der være en formodning for at betingelsen om konkurrencefordrejning er opfyldt. I andre situationer negligeres dette spørgsmål måske endda. Som det i øvrigt var tilfældet under Post Danmark-sagen, blev det ikke under sagsbehandlingen behandlet, hvorvidt supermarkeds kæderne overhovedet oplevede en konkurrencefordrejning, som følge af de forskellige reklamepriser. Og som det sås i Hoffman-La Roche, så kunne prisvariationer der ikke nødvendigvis afspejlede sig i handelspartnernes videresalgpriser, alligevel være tilstrækkeligt til at statuere misbrug.

Hvad angår særligt retspraksis indenfor EU, er det i øvrigt en tendens at hvor den diskriminerende adfærd baserer sig på forhold der er nationalitetsbestemte, vil Domstolen være tilbøjelig til at statuere misbrug, selvom Domstolen ganske vist selv har tilkendegivet at dette er uvæsentligt for misbrugsvurderingen. Under alle omstændigheder må det konstateres at diskrimination der involvere elementer af nationalitetsdiskrimination, i hvert fald sjældent vil være et forhold der direkte taler for anvendelsen af prisdiskrimination. Det er i denne sammenhæng nok relevant at vurdere Domstolens praksis, ud fra den betragtning at EU har et overordnet mål, der knytter sig til styrkelsen af samhandlen på tværs af medlemsstaterne, og modarbejdelse af de nationale handelsrestriktioner.

Det anerkendes i praksis at objektive forhold kan berettige anvendelsen af prisdiskrimination. Disse objektive forhold skal imidlertid oftest have snæver sammenhæng med omkostningsniveauet. Det er således gennemgående at selv forskellige former for kvantumsrabatter, der ikke har den fornødne sammenhæng med omkostningerne, kan være tilstrækkeligt til at statuere misbrug. Selvom Domstolen statuerede misbrug i de i opgaven nævnte afgørelser, var der dog flere udtalelser der åbnede op for anvendelsen af diskrimination. Dette gjaldt bl.a. anvendelsen af kvantumsrabatter, hvor Domstolen ikke fuldstændigt afviste at kvantumsrabatter kunne tillades. Hvad angik sagen om den Portugisiske lufthavnsafgift, blev det dog udtrykkeligt beskrevet at særlige tærskelværdier, trods alt skulle have en rimelig konkret begrundelse.

Hvad angår statuering af secondary-line diskrimination i Post Danmark-sagen, må det konstateres at denne umiddelbart stemmer overens med den praksis der er anlagt af Domstolen. Det er således gennemgående at prisdifferentieringer der ikke synes tilstrækkeligt begrundet i omkostninger, allerede her kan medføre statuering af diskrimination. Berettigelsen i anvendelsen af prisdiskrimination, skal herefter findes i særligt forhold der er omkostningsbegrundet, eller ud fra meeting-competition-princippet. Hvad angår berettigelsen i anvendelsen af prisdifferentiering, er det indtil videre en andelse uklart om hvorvidt dette kan accepteres. I United Brands Company-sagen var det således ikke entydigt om en virksomhed kunne indrømme at gøre brug af differentiering på baggrund af markedernes prisforhold, men konstaterede imidlertid blot at det i den konkrete kontekst i hvert fald ikke tilkom United Brands Company at udnytte denne.

Hvad angår de konkurrencemæssige effekter af anvendelsen af prisdiskrimination, må det desuden konstateres at man ikke entydigt kan fastslå om denne er skadelig eller gavnlige for konkurrencen. I visse situationer vil den således kunne have begrænsende og udnyttende karakter, mens også det modsatte kan være tilfældet.

Litteraturliste

Artikler og redegørelser:

- Konkurrenceredegørelse 1997 – Konkurrencestyrelsen
- Betækning nr. 1297, Konkurrencelovgivningen i Danmark
- Droit & économie – Concurrences nr. 3-2007 – Penelope Papandopoulos
- U.2010B.168
- U.2010B.31
- U.2002B.32
- U.2006B.137
- ”The pros and Cons on Price Discrimination” af Det Svenske Konkurrenceverket
- Konkurrencestyrelsens redegørelse fra 1998 om prisdiskrimination

Afgørelser

- Konkurrencerådets afgørelser af 17/12/1997, 29/09/2004, 30/08/2007, 24/06/2009, 22/12/2010
- Konkurrencestyrelsens rådsmøder af 31/10/2007, 23/02/2005, 24/11/2004
- Konkurrenceankenævnets kendelse af 8/12/2011
- Konkurrenceankenævnets kendelse af 01/07/2005
- C-53/85
- C-209/10
- C-85/76
- C-95/04 og T-219/00
- C-27/76
- C-163/99
- C-82/01 og T-128/98
- J. Truett Payne Co., Inc. v. Chrysler Motors Corp.
- Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco, Inc.

Bøger:

- Konkurrenceretten i EU, 3. udgave,
- Driftsøkonomi af Peter Lynggard, 7. udgave
- EU-konkurrenceret, 4. udgave af Jens Fejø
- Juridisk ordbog, 13. udgave, Bo von Eyben

Hjemmesider:

- Denstoredanske.dk
- Ourdocuments.gov
- Law.cornell.edu
- Uscode.house.gov