

Adgang til væsentlige faciliteter

I et konkurrenceretligt og økonomisk perspektiv

af JONAS ANDERSEN og EMIL MELDGAARD

Hovedformålet med denne afhandling har været at analysere, hvorvidt gældende ret på området for væsentlige faciliteter er optimal ud fra et økonomisk perspektiv. Derudover bidrager afhandlingen med at belyse, hvordan gældende ret om væsentlige faciliteter ser ud i dag, samt hvordan retsstillingen bør ændres, således den er i overensstemmelse med økonomisk teori. Herunder belyser afhandlingen, hvilke betingelser der skal opfyldes for at kunne tilegne sig adgang til andre virksomheders væsentlige faciliteter, hvordan disse betingelser skal fortolkes, og afslutningsvist hvordan prisen for at leje den pågældende facilitet kan fastsættes, således EU-konkurrenceret ikke overtrædes. Der er på nuværende tidspunkt et fravær af en praktisk anvendelig vejledning på dette område, hvilket denne afhandling søger at råde bod på ved at udarbejde en vejledning af praktisk anvendelig karakter til gavn for såvel parterne i sager om væsentlige faciliteter som forbrugerne.

Gennem afhandlingens analyser diskuterer forfatterne, hvorvidt det er mest optimalt, om adgang til faciliteten skal være underlagt en restriktiv eller en lempelig doktrin. Det konkluderes, at gældende ret i sin nuværende form indtager en balance mellem en lempelig og restriktiv doktrin, hvilket i henhold til økonomisk teori er optimalt. Teorien kombinerer et statisk syn med et dynamisk syn for, at den bedste brancheperformance til gavn for forbrugerne kan sikres. Balancen kan dog optimeres yderligere ved, at der implementeres bestemte de lege ferenda-betragtninger på området for væsentlige faciliteter. Disse betragtninger identificeres løbende gennem afhandlingen og rangerer fra ændringer i adgangsvilkårene til måden, hvorpå ejeren af en væsentlig facilitet skal kompenseres, når en konkurrent tillades adgang til en væsentlig facilitet. Ændringerne implementeres i vejledningen sidst i afhandlingen, således at området kan optimeres bedst muligt i henhold til økonomisk teori. Den dynamiske udvikling i samfundet har dog den effekt, at optimeringen kun er optimal i henhold til gældende ret i sin nuværende form, hvormed doktrinen skal ændres, efterhånden som gældende ret udsættes for ændringer.

Abstract

The main purpose of this thesis is to analyze whether the applicable law regarding essential facilities is optimal from an industrial organization perspective. The thesis has its foundation in the Treaty on the Functioning of the European Union article 102 along with minor contributions from American law, from which the essential facilities doctrine originates.

Throughout the thesis different methodologies will be used, which will affect the analysis carried out, hence affecting the results of the study.

The concept of essential facilities is rather diversified, because the facilities can vary in many ways. They can be tangible as a railway or a harbor and they can be intangible such as an IT system. Regardless the form of the essential facilities, they all have in common that they have a pivotal role in the functioning of our society. These facilities are, however, able to cut off competition, which most likely will harm consumers. Therefore, a doctrine that ensures establishment of the facilities as well as competition on the market will be the optimal scenario.

Due to a conflict of interest between the owner of a facility and a competitor trying to get access and a complex duty to contract, the essential facility doctrine is an area of great interest involving diverse challenges to explore. The field is relevant to analyze, due to an absence of practical guidelines, which this thesis will seek to shed light on in order to close the gap. To draft this guideline, we have to analyze the present doctrine and seek to optimize it according to the theory of industrial organization.

Throughout the analysis we discuss whether a doctrine based on a principle of easy or strict access is the best solution. We conclude that the applicable law is balanced, which according to new empirical industrial organization is preferable. This theory combines a static view to a dynamic view to secure the best performance of the industry for the benefit of consumers. This balance can, however, be optimized by implementing certain *de lege ferenda* considerations, which are identified throughout the thesis.

These considerations range from a change in the access criteria to a change in the way the owner of a facility can be compensated when access is granted. The changes will be implemented in a guideline at the end of the thesis in order to contribute to closing the gap in the current doctrine, hence making the optimization complete according to the theory of industrial organization. This optimization will only be temporary as the dynamic society develops over time causing a necessity for the doctrine to be changed as well.

Indholdsfortegnelse

1 Indledning	3
1.1 Problemformulering.....	4
1.2 Emneafgrænsning	4
1.3 Metodeanvendelse	4
1.3.1 Juridisk metode	4
1.3.2 Økonomisk metode	5
1.3.3 Tværfaglig metode	6
1.3.4 Kilder og kildekritik.....	6
1.4 Struktur	7
1.5 Definition af væsentlige faciliteter	8
2 Den industriøkonomiske baggrund for gældende ret.....	9
2.1 De ekstreme markedsmodeller	9
2.1.1 Fuldkommen konkurrence.....	9
2.1.2 Monopoler	11
2.2 Industriøkonomi.....	12
2.2.1 Klassisk SCP-teori.....	13
2.2.2 Kritik af Harvard-skolens klassiske SCP-teori.....	18
2.3 Delkonklusion.....	21
3 Gældende ret	22
3.1 TEUF art. 102.....	22
3.1.1 En eller flere virksomheder	22
3.1.2 Dominerende stilling	23
3.1.3 Misbrugsbegrebet	26
3.1.4 Delkonklusion	31
3.2 Hvordan skal og bør betingelserne for tvungen adgangstilladelse fortolkes?	31
3.2.1 Ikke substituerbar eller duplikerbar facilitet	33
3.2.2 Eliminering af konkurrencen.....	39
3.2.3 Ikke objektiv retfærdiggørelse	41
3.2.4 Delkonklusion	46

3.3 Kontraheringspligt.....	46
3.3.1 Transaktionsomkostninger	52
3.3.2 Delkonklusion	53
4 Ændringsforslag til doktrinen om væsentlige faciliteter.....	53
4.1 Bør doktrinen indrettes mere restriktivt hhv. lempeligt?.....	54
4.2 Ex ante meddelelser.....	57
4.2.1 Vejledning om adgang til væsentlige faciliteter.....	58
5 Samlet konklusion.....	63
Litteraturliste.....	65
Afgørelser	65
Artikler	66
Bøger	68
Meddelelser	69
Love.....	70
Bilag 1: Notationsark	71

1 Indledning

Begrebet 'væsentlig facilitet' dækker over en facilitet, som er nødvendig for at kunne drive virksomhed på et givent marked. De klassiske eksempler herpå er infrastrukturfaciliteter såsom; havne, lufthavne, jernbanenetværk og telekommunikationsnetværk. I nyere tid er der også kommet mere moderne former for faciliteter såsom IT-systemer,¹ hvilket indikerer at problemstillingen om væsentlige faciliteter er aktuel, da samfundsudviklingen gør, at flere nye væsentlige faciliteter vil fremkomme.

Begrebet anvendes i sammenhæng med nægtelse af adgang til enten eksisterende faciliteter eller fremtidige leverancer af bestemte produkter. Begrebet 'leveringsnægtelse' vil kun bruges om levering af produkter/ydelser, hvor adgangsnægtelse vil bruges som et bredt begreb om både adgang til produkter/ydelser samt faciliteter.

En dominerende virksomhed, der ejer en væsentlig facilitet, kan retligt være forpligtet til at give en adgangssøgende virksomhed tilladelse til at anvende faciliteten på ikke-diskriminerende vilkår, såfremt visse betingelser er opfyldt. Betingelserne og fortolkningen af disse vil analyseres nærmere igennem afhandlingen med henblik på fortolkningspræciserende forslag.

Problemstillingerne på området opstår typisk, når en (potentielt) konkurrent ønsker at anvende den pågældende facilitet, hvorfor indehaveren af faciliteten har et incitament til at nægte virksomheden adgang. Der er både en interessekonflikt i tilladelse af adgangen til faciliteten og i fastsættelse af vilkårene for dens anvendelse. Spørgsmålet er her, hvordan denne interessekonflikt løses på den mest hensigtsmæssige måde; under hvilke betingelser skal der gives adgang og på hvilke vilkår?

I løsningen heraf vil økonomisk teori bidrage til, at hensyn tages til både forbrugere, virksomheder og samfundet generelt. Flere konkurrenter på markedet vil typisk gavne forbrugeren på længere sigt, grundet eliminering af monopoltilstande og dermed en formindskelse af dødvægtstabet. Derudover skal der være en beskyttelse af ejeren af faciliteten, da virksomheden formentligt har haft store investeringsomkostninger forbundet med at etablere denne, og virksomheden ikke ville have haft et incitament til investeringen uden beskyttelse. Det samfundsmæssige hensyn skal tilgodeses for at undgå unødigt spild af ressourcer og sikre samfundsmæssig efficiens.

¹ Eksempelvis sag T-201/04 (Microsoft).

Kerneproblemstillingen er derfor, hvordan gældende ret skal fortolkes og evt. præciseres gennem både økonomiske og juridiske perspektiver. Gældende ret er på nuværende tidspunkt ikke konkretiseret i nogen praktisk form, som virksomhederne let kan tilgå. Dette søges lige så ændret gennem udarbejdelse af en vejledning, hvor al udbytte gennem analyserne kan sammenfattes til gavn for de involverede parter.

1.1 Problemformulering

Formålet med afhandlingen er at analysere gældende ret med baggrund i TEUF artikel 102 om, hvornår og på hvilke vilkår en potentiel og/eller aktuel konkurrent på downstream-markedet skal tillades adgang til en væsentlig facilitet, som ejes af en dominerende virksomhed. Dette gøres for at vurdere, hvorvidt gældende ret er optimal i henhold til industriøkonomisk teori. Formålet hermed er at skabe klarhed for virksomheder i form af en vejledning, der belyser, hvordan retsstillingen på området skal og bør forstås.

1.2 Emneafgrænsning

Det juridiske fokus vil primært være på EU-retten med bidrag fra amerikansk ret, idet problemstillingen om væsentlige faciliteter oprindeligt stammer fra USA. På EU-rettens område vil TEUF art. 102 hovedsageligt anvendes, da denne regulerer misbrug af dominerende stilling. Der vil dog ikke kommenteres på kriteriet om samhandelspåvirkning, da det ikke bidrager til analysen om væsentlige faciliteter.

Det er utvivlsomt, at juridiske bidrag fra andre lande også kunne supplere analysen, men for at holde et klart fokus har vi begrænset os til ovenstående områders juridiske bidrag.

Der kan være specialregler om adgang til væsentlige faciliteter i bestemte brancher. Eksempelvis findes der en meddelelse om netadgang i telesektoren.² Disse vil dog ikke analyseres nærmere, da der i denne afhandling ikke er fokus på ét område, hvorfor et overordnet perspektiv må anlægges.

Afhandlingens økonomiske analyser vil hovedsageligt bestå af monopolteori sammenholdt med teori om fuldkommen konkurrence, da disse danner fundamentet for industriøkonomisk teori. Analyserne vil primært foretages ud fra Harvard-skolens og Chicago-skolens synspunkter. Andre skolers input kunne ligeså være relevante, men da Harvard og Chicago-skolerne er de mest betydningsfulde bidragsydere til industriøkonomisk teori, er disse de vigtigste i nærværende afhandling.

1.3 Metodeanvendelse

Den anvendte metode er essentiel at få klarlagt, da den tydeliggør baggrunden for vores tilgang til afhandlingen og fremhæver vores forståelse for arbejdsprocessen. Nedenstående afsnit vil give et indblik i, hvad vi har haft i tankerne under udarbejdelsen af denne afhandling.

1.3.1 Juridisk metode

Afhandlingen vil være funderet i den retsdogmatiske metode. Udgangspunktet i denne disciplin er at systematisere, beskrive og fortolke/analysere den gældende retstilstand.³ Retsdogmatikken vil finde anvendelse ved de lege lata at beskrive denne retstilstand, men de lege ferenda-betragtninger vil desuden finde anvendelse. Det vil sige, at den gældende retstilstand

² Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren.

³ Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth; Retskilder & Retsteorier, side 30.

undersøges retspolitisk, mhp. normativt at vurdere hensigtsmæssigheden af denne, hvorefter en eventuel forbedring kan foreslås.⁴

Vores arbejdsproces vil inspireres af juridisk hermeneutik. Den juridiske hermeneutik tilstræber at kaste lys over lovgivningen for derefter at kunne udlægge den. Lovgivningens helhed skal forstås på baggrund af dens enkelte bestanddele - paragrafferne. Bestanddelene skal dog også forstås ud fra den helhed, de indgår i - lovgivningen. Man kan således ikke blot læse ordene i en paragraf for at få den fulde forståelse. Ordene skal læses ud fra den lovgivning, de indgår i samt i overensstemmelse med lovgivers hensigt. Dette er, hvad der inden for hermeneutik betegnes hensættelse. Man skal sætte sig i forfatterens (lovgivers) sted for at opnå den korrekte forståelse af formålet med hans ytringer (loven).⁵ Det er dermed utilstrækkeligt at foretage en ordlydsfortolkning af den enkelte bestemmelse, da der også skal være overensstemmelse med lovens formål for at sikre korrekt anvendelse. Det vil sige, at vi eksempelvis skal have in mente, at TEUF art. 102 har til formål at forhindre konkurrencefordrejning, men ikke beskyttelsen af bestemte konkurrenters position.⁶

Denne forståelsesproces kan visuelt illustreres som en proces, hvor forståelse opbygges og viderebygges over tid - kendetegnet den hermeneutiske spiral. Vi starter med en forforståelse, som løbende bliver revideret, efterhånden som vi tilegner os ny viden gennem vores arbejde, hvor vi fortolker juridiske og økonomiske teorier. Indledningsvist har vi en generel forventning om, hvad der er påkrævet for at opnå adgang til en væsentlig facilitet, hvilken vil blive revideret og præciseret nærmere, i takt med at afhandlingen tager form. Der er her tale om en endeløs proces, da området bliver mere nuanceret jo flere forfattere, der bidrager til emnet, og yderligere retspraksis fremkommer. Derved vil den komplette forståelse aldrig endegyldigt opnås, men vil konstant blive videreudviklet i håb om en udvidet forståelse.

1.3.2 Økonomisk metode

Den økonomiske metode vil være baseret på den industriøkonomiske teori med neoklassisk virksomhedsteori som bannerfører. Denne tager afsæt i teorien om, at fuldkommen konkurrence skal tilstræbes, og monopoltilstande skal undgås. Den neoklassiske virksomhedsteori vil blive suppleret af SCP-teori⁷ fra Harvard-skolen, som ydermere vil blive kritiseret med input fra Chicago-skolen. Dette gøres mhp. at fastlægge optimale markedsstrukturer, så lovgivningen kan tilpasses derefter for at sikre hensigtsmæssighed og optimalitet i henhold til industriøkonomisk teori.

Den neoklassiske virksomhedsteori har et teoretisk fundament, hvor SCP-teori fokuserer på empirisk analyse. Derfor vil SCP-teori være mere funderet i samfundet, hvor den neoklassiske virksomhedsteori er baseret på antagelser om samfundet.⁸ Neoklassisk virksomhedsteori demonstrerer i denne sammenhæng de mest ekstreme markedsstrukturer, hvor SCP-teorien kan bruges til at analysere strukturerne inden for de opstillede rammer. Derfor er begge teorier relevante at inddrage i nærværende afhandling.

Ved anvendelse af ovenstående markedsteorier er det dog stadigvæk vigtigt at være forbeholden overfor, at disse scenarier illustrerer et simplificeret verdensbillede. Dette begrænser dog ikke muligheden for at bruge økonomiske teorier af denne karakter som målsætninger og arbejdsredskaber, når blot man tager deres begrænsede anvendelse i betragtning.

⁴ Ibid., side 31.

⁵ Holm, Andreas Beck; Videnskab i Virkeligheden, side 89.

⁶ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 58.

⁷ Structure-Conduct-Performance.

⁸ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 6.

Formålet med at anvende de økonomiske teorier vil være at deducere disse teorier til vores specifikke problemstilling om hensigtsmæssigheden i den gældende ret ud fra både et juridisk og økonomisk perspektiv. Den deduktive metode vil derfor anvendes til at analysere de generelle økonomiske teorier til brug for et specifikt emne; som i afhandlingen er markeder med væsentlige faciliteter.

1.3.3 Tværfaglig metode

Udgangspunktet for opgaven er, om den gældende retstilstand kan optimeres gennem fortolkningspræciserende og mere transparente retningslinjer for, hvornår man skal give adgang til en væsentlig facilitet, og på hvilke vilkår dette skal gøres. Til at styrke argumenterne for disse retningslinjer vil Poppers falsifikationsteori anvendes som videnskabsteori pga. induktionsproblemet.⁹ Det vil sige, at hvis ikke retningslinjerne kan falsificeres, vil dette udgøre det optimale punkt på det nuværende samfundsøkonomiske udviklingstrin i den hermeneutiske spiral. Retningslinjerne vil måske fremtidigt kunne falsificeres, men på det nuværende vidensniveau er dette den mest optimale løsning.

Økonomisk teori søger at fastlægge den mest efficiente regel (the first best solution); i denne sammenhæng fuldkommen konkurrence, uden nødvendigvis at tage hensyn til eksisterende regler. I relation til væsentlige faciliteter vil dette betyde, at det er omkostningsfrit at tilegne sig adgang til andres faciliteter (free market entry), hvilket er et af kriterierne for fuldkommen konkurrence.¹⁰ En anden betingelse, der ligger til grund for fuldkommen konkurrence, er fuldkommen information.¹¹ Grundet 'bounded rationality' for aktørerne på markedet er dette et utopisk scenarie, som umuligt kan forekomme i virkeligheden, da der bl.a. er nogle juridiske begrænsninger i relation til informationsdeling. Herved kan det ses, at juraen formår at opstille nogle realistiske rammer, således vi kan bruge økonomien til at finde det bedste alternativ inden for virkelighedens rammer (the second best solution).¹²

Hertil anvender vi den nye forskningsdisciplin; komparativ juridisk og økonomisk analyse. Denne disciplin kombinerer komparativ juridisk analyse med økonomisk analyse mhp. at undersøge et samfundsrelateret problem. De to analyseredskaber komplementerer hinanden ved, at den komparative juridiske metode kan anvende økonomisk analyse til at demonstrere effekten af ændringer i lovgivningen, og den juridiske analyse kan supplere den økonomiske analyse ved at opstille en restriktiv henholdsvis lempelig regulering, så den økonomiske effekt af disse juridiske rammer kan undersøges.¹³ Den komparative del vil derfor ligge i at sammenligne forskellige udlægninger af EU-lovgivningen i modsætning til traditionel komparativ analyse, hvor forskellige nationers regelsæt sammenlignes.

1.3.4 Kilder og kildekritik

I afhandlingen anvendes der forskelligartede kilder til at danne inspiration såvel som belæg for de anførte påstande. Der vil anvendes dokument- og litteraturstudier som dataopbejldningsteknik, hvilket betyder, at til besvarelse af vores problemformulering vil vi gøre brug af sekundær data, som dermed er oparbejdet af andre i anden forbindelse.¹⁴

Prioriteringen af de anvendte primære kilder vil være baseret på en kritisk vurdering af forskellige parametre, der i sammenhæng skaber grundlaget for kildernes troværdighed. Flere af

⁹ Holm, Andreas Beck; Videnskab i Virkeligheden, side 47 - 49.

¹⁰ Pindyck, Robert og Rubinfeld, Daniel; Microeconomics, side 280.

¹¹ McDowell, Moore et al.; Principles of Economics, side 156.

¹² Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth; Retskilder & Retsteorier, side 507.

¹³ Ibid., side 505 - 507.

¹⁴ Heldbjerg, Grethe; Grøftegravning i metodisk perspektiv, side 13.

kilderne vil være højt placeret på den franske rangliste, der kategoriserer tidsskrifter; “CNRS Categorization of Journals in Economics and Management” fra november 2015. Tidsskrifterne rangeres fra 1-4, hvor de højt-rangerede naturligvis vil prioriteres.

De anvendte bøger vil blive udvalgt på baggrund af udgivelsesår og forfattere for at sikre aktualitet og forskelligartethed, således at vores analyser ikke vil farves af enkelte forfatters holdninger.

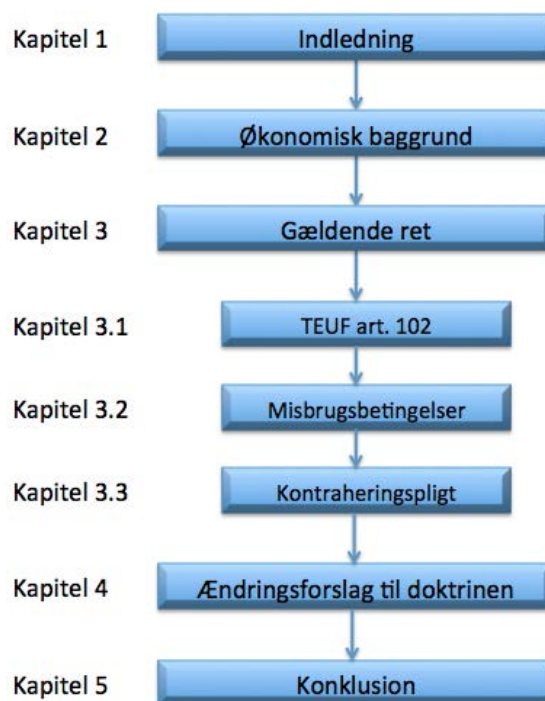
Anvendelsen af retspraksis vil tillige baseres på præjudikatværdi, hvilken vil blive vurderet ud fra den afsigende instans, afgørelsens alder og konsensus i domspraksis.

Som supplement til analysen vil både hard- og soft law blive anvendt. Generaladvokatens forslag samt Kommissionens meddelelser er at betragte som soft law, men disse bliver ofte refereret til af domstolene i EU, hvorfor de må betegnes som en troværdig og gyldig kilde. Dette er eksempelvis tilfældet ved Kommissionens Meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, som er blevet refereret til i bl.a. AstraZeneca-dommen.¹⁵

Den nærværende afhandling vil desuden gøre brug af afgørelser af forskellige aldre. Gennem tiden har artiklerne i TEUF ændret placering. Den nuværende art. 102 har således både heddet art. 82 og art. 86, men ordlyden heraf har været identisk, hvorfor der blot vil refereres til art. 102.

1.4 Struktur

Med henblik på at demonstrere rammerne for afhandlingens opbygning, har vi i nedenstående figur 1 visualiseret strukturen. Denne skaber klarhed for læseren over, hvordan problemformuleringen søges besvaret gennem de forskellige kapitler, som hver især bidrager til den endelige besvarelse.



Figur 1: Afhandlingens struktur

Opgaven tager sit afsæt i indledningen, der skitserer baggrunden for den valgte problemformulering og danner rammerne for arbejdsprocessen, der er præciseret i metodeafsnittet. Her-

¹⁵ Sag T-321/05 (AstraZeneca), præmis 86.

efter tydeliggøres den økonomiske baggrund for konkurrenceretten med henblik på at fremhæve, hvad der søges tilstræbt hhv. undgået samt begrundelserne herfor. Dette vil lede vejen til en analyse af TEUF art. 102 i kapitel 3.1, hvor de generelle juridiske rammer fremhæves i relation til væsentlige faciliteter, som udmønter sig i tre misbrugsbetingelser, der analyseres og præciseres i kapitel 3.2. Opfyldelsen af disse tre betingelser vil medføre en tvungen kontraheringspligt, der vil være omdrejningspunktet i kapitel 3.3. Dernæst vil kapitel 4 have sit fokus på at udlægge og vurdere ændringsforslagene til doktrinen, således den samfundsøkonomisk mest optimale udlægning kan udledes. Ovenstående vil sammenfattes i en vejledning, grundet det nuværende fravær af generelle og praktiske vejledninger på området for væsentlige faciliteter.

1.5 Definition af væsentlige faciliteter

For at sikre en konsistent forståelse af begrebet 'væsentlig facilitet', vil dette afsnit bruges til at definere begrebet.

Til at fastslå om en facilitet er væsentlig, er det for det første nødvendigt at forstå, hvad en facilitet er, og derefter hvornår den er væsentlig. En facilitet er typisk blevet forbundet med store investeringer og historisk set har man set den som værende noget stort og håndgribeligt. Uhåndgribelige ting såsom intellektuelle ejendomsrettigheder er dog også blevet underlagt begrebet i nogle få sager. Som dette viser, er der et fravær af en præcis/eksakt definition af facilitetsbegrebet, og dette fravær indikeres ligeledes af, at de amerikanske domstole kun i begrænset grad har søgt at hjælpe med en definition. I nærværende afhandling vil facilitetsbegrebet defineres bredt, hvorved produkter, immaterialrettigheder, netværk og andre former for faciliteter er inkluderet.

Tidligere har fokusområdet i højere grad været på at undersøge, hvad "væsentlig"-delen dækker over. Præcist hvor påkrævet eller anvendelig en facilitet skal være, før den bliver væsentlig er dog ikke endegyldigt fastslået, men domstolene er enige om, at faciliteten skal være mere end blot fordelagtig, før man kendetegner den som værende væsentlig. Dette er bl.a. blevet fastslået i Bronner-dommen, hvilket senere vil gennemgås yderligere.¹⁶

Generelt siges det, at en facilitet er væsentlig, hvis den er det eneste mulige input for det pågældende output. Det vil sige, at faciliteten er en nødvendighed for at kunne operere på det ønskede downstream-marked.¹⁷

Ved gennemgang af relevant litteratur på området kan fire generelle betingelser på EU-området udledes, for at adgang til en væsentlig facilitet skal tillades.¹⁸ Dette medfører, at ansøgeren (den potentielle konkurrent på downstream-markedet) og indehaveren af den væsentlige facilitet bliver pålagt at kontrahere mhp. at fastlægge de nærmere anvendelses-/adgangsvilkår.

De fire kumulative betingelser er som følger:

- 1) Facilitetsindehaveren skal have en dominerende stilling på det relevante marked.
- 2) Faciliteten må ikke kunne duplikeres eller substitueres.
- 3) Facilitetsnægtelsen må ikke føre til eliminering af effektiv konkurrence.
- 4) Facilitetsnægtelsen må ikke kunne retfærdiggøres objektivt.

Disse fire betingelser vil blive nærmere analyseret i afsnit 3.

¹⁶ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 41 - 47.

¹⁷ Troy, Daniel; Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine, side 459.

¹⁸ Lang, John Temple; Defining Legitimate Competition, side 476. Whish, Richard and Bailey, David; Competition Law, side 740. Jessen, Pernille et al.; Regulering af konkurrence i EU, side 513 og 547.

2 Den økonomiske baggrund for gældende ret

For at kunne svare på problemformuleringen vedrørende, hvorvidt gældende ret er optimal i henhold til økonomisk teori, er det nødvendigt at få fastlagt den økonomiske baggrund. Den økonomiske baggrund tager sit udspring i neoklassisk virksomhedsteori omkring de ekstreme markedsmodeller, der nutidigt stadigvæk bidrager til forståelsen, idet moderne økonomi fortsat er baseret på disse grundsten. Økonomi anerkender herved de rammer, som de klassiske virksomhedsteorier har opsat.¹⁹ Harvard-skolens teori om Structure-Conduct-Performance (herefter benævnt SCP) blev udviklet som en empirisk modpart til den teoretisk funderede neoklassiske virksomhedsteori.²⁰ Denne teori er senere blevet kritiseret af andre anerkendte økonomiske skoler, hvorefter den er blevet viderebygget. Det økonomiske bidrag til konkurrenceretten fandt for alvor indpas i amerikansk regi i 1970'erne på baggrund af Chicago-skolens bidrag, men har senere hen også fået en primær rolle indenfor EU-konkurrenceret.²¹

Den økonomiske baggrund er således relevant for forståelsen af væsentlige faciliteter i EU, grundet deres relation til økonomien. Økonomi er netop med til at analysere, om markedet kan opnå en efficient tilstand ved at justere sig selv, eller om lovgivning er påkrævet. Dette giver anledning til at spørge, hvor meget regulering der er påkrævet for at sikre samfundsmæssig efficiens.

Bør Adam Smiths usynlige hånd²² lægges i håndjern via juridisk indgriben?

2.1 De ekstreme markedsmodeller

De økonomiske markedsmodeller kan opstilles på en akse rangerende fra fuldkommen konkurrence til monopol. For at kunne forstå baggrunden for den konkurrenceretlige regulering er det essentielt at få klarlagt de to ekstreme markedsmodeller, hvoraf den ene tilstræbes og den anden forsøges undgået.²³ I nedenstående afsnit om fuldkommen konkurrence vil det derfor analyseres, hvorfor denne markedsmodel tilstræbes, men også hvorfor den synes umulig at opnå i sin fuldkommenhed.

2.1.1 Fuldkommen konkurrence

Fuldkommen konkurrence er en markedstilstand, der besidder de fire nedenstående kendetegn:

- 1) Alle virksomheder sælger det samme standardiserede produkt.
- 2) Markedet har mange købere og sælgere, hvoraf alle kun køber og sælger en lille del af den totale mængde.
- 3) Der er ingen adgangsbarrierer.
- 4) Købere og sælgere er velinformerede.²⁴

Som ovenstående viser, er der tale om et marked med homogene produkter. Dette bevirker, at der kun kan konkurreres på pris. Denne er i forvejen bestemt af markedet, da alle virksomheder bliver pristagere under fuldkommen konkurrence, som følge af at nye konkurrenter vil tilgå markedet så længe, der er profit at hente. Da udbud og efterspørgsel er i ligevægt i det sociale optimum på et marked med fuldkommen konkurrence, er No-Cash-on-the-Table prin-

¹⁹ Pepall, Lynne et al.; Contemporary Industrial Organization, side 9.

²⁰ Bain, Joe; Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, side 293.

²¹ Neven, Damien; Competition economics and antitrust in Europe, side 746.

²² Adam Smith anvender betegnelsen "Den usynlige hånd" om markedets evne til at regulere sig selv optimalt.

²³ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 70.

²⁴ McDowell, Moore et al.; Principles of Economics, side 156.

cippet²⁵ således opfyldt. Hvis der på et givent tidspunkt vil være 'cash on the table' vil andre virksomheder have denne viden, grundet det velinformerede marked, hvilket vil betyde, at nye virksomheder vil tilgå markedet, indtil der ikke er mere tilgængelig profit. Dette sker hurtigt under fuldkommen konkurrence, da der ingen adgangsbarrierer eksisterer. Kendeteg- nende for et fuldkomment konkurrencemarked er ligeledes, at de pågældende udbydere kun besidder en ubetydelig del af det samlede marked, hvilket betyder, at der ingen dominerende aktører er på markedet.

Fuldkommen konkurrence sikrer, at det sociale optimum realiseres, hvilket er den primære årsag til at tilslutte denne markedsstruktur. Som vist herunder, skal dette fortrinsvist ske uden indgriben.

Et selvjusterende marked blev første gang beskrevet af Adam Smith i værket *The Wealth of Nations* (1776). I dette argumenterer han for, at den bedste ressourcefordeling sker uden indgriben, hvilket betegnes 'the invisible hand', da markedet styres af en usynlig hånd, som sik- rer optimal ligevægt. Denne optimale ressourcefordeling vil være at finde under fuldkommen konkurrence, da markedet her er i ligevægt uden dødvægtstab.²⁶

Som det blev pointeret indledningsvist (se afsnit 1.3.2), er en fuldkommen konkurrencesitua- tion at tilstræbe, men i realiteten umulig at opnå. Alle betingelserne er utvivlsomt uholdbare på længere sigt, da der vil eksistere en vis grad af heterogenitet for produkterne. Desuden vil der være adgangsbarriere (enten økonomiske eller i form af know-how), der gør, at nye ind- trædere ikke vil have samme fordel som virksomhederne, der allerede agerer på markedet. Betingelsen om velinformerede købere og sælgere indebærer, at man er bevidst om alle rele- vante muligheder, der er tilgængelige, hvilket umuligt kan forekomme. Opfyldelse af betin- gelserne er således urealistisk. Her forsøger teorierne om 'workable competition', 'effektiv konkurrence' og 'contestable markets' at give mere realistiske målsætninger.

2.1.1.1 Andre markedsteorier med afsæt i fuldkommen konkurrence

Workable competition (virksom konkurrence) er en mere prosaisk målsætning end fuldkom- men konkurrence. Denne er dog ligeså blevet kritiseret for at være urealistisk, hvorfor den ikke har erstattet målet om fuldkommen konkurrence. Derfor har det været debatteret, hvor- vidt konkurrencelovgivningen skal tilstræbe det bedste (men mest urealistiske) scenarie eller det næstbedste (men mindre urealistiske) scenarie.²⁷ Selvom markedsstrukturerne er urealisti- ske, vil de stadigvæk danne forståelse for, hvad der skal tilstræbes. Derfor kan fuldkommen konkurrence endnu bruges som målsætning.

Konkurrencemyndighederne opererer dog hverken med begrebet fuldkommen konkurrence eller virksom konkurrence, men anvender derimod konceptet effektiv konkurrence. Dette er dog baseret på samme antagelser som fuldkommen konkurrence,²⁸ men med en mere lempe- lig tilgang, således konkrete betingelser ikke søges opfyldt, før der kan være tale om effektiv konkurrence. Konkurrencelovgivningen skal således sikre, at der er effektiv konkurrence på det relevante marked, hvilket doktrinen om væsentlige faciliteter skal være med til at opret- holde. Dette vil blive yderligere gennemgået i afsnit 3.2.2.

Contestable markets er en tredje markedsteori, der er blevet udviklet, grundet de urealistiske betingelser ved fuldkommen konkurrence. Markedet siges at være konkurrenceudsat (con-

²⁵ Lipczynski, John et al.; *Industrial Organization*, side 220.

²⁶ McDowell, Moore et al.; *Principles of Economics*, side 201.

²⁷ Whish, Richard and Bailey, David; *Competition Law*, side 16 - 17 og Kirzner, Israel; *How Markets Work: Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery*, side 59.

²⁸ Whish, Richard and Bailey, David; *Competition Law*, side 18.

testable), når der ingen adgangsbarrierer er til markedet, således virksomheder kan komme ind og ud af markedet uden sunkne omkostninger og tab. Det adskiller sig fra fuldkommen konkurrence ved, at konkurrencen ikke behøver at være *fuldkommen*. Herved menes, at det ikke er nødvendigt, at der er mange købere og sælgere, da antallet af potentielle konkurrenter er uendeligt, grundet de ikke eksisterende adgangsbarrierer. Derfor er contestable marketsteorien mere lempelig overfor få konkurrenter end fuldkommen konkurrence. Resultatet heraf er ift. konkurrencelovgivning, at hvis der ikke er adgangsbarrierer (eller disse blot er lave), vil teorien om contestable markets tale for en deregulering.²⁹

Ved væsentlige faciliteter vil denne teori være vanskelig at anvende, da der vil være visse adgangsbarrierer. Det er dog muligt, at disse er lave, såfremt facilitetsindehaveren frivilligt giver adgang, eller udbyttet af nærværende afhandling gør, at det let kan gennemskues, om ansøgeren kan gennemtvinge en adgang. Uanset hvad vil der være visse omkostninger forbundet med etableringen på markedet; herunder transaktionsomkostninger i kontraheringspligten, som senere vil gennemgås.

Den modsatte ekstreme markedsmode afviger på mange måder fra de strukturer, der kendetegner markeder, som ønskes tilstræbt. I denne markedsmode er der kun én sælger, hvorfor denne sælger har et monopol på markedet (af monos 'ene' og polein 'sælge').

2.1.2 Monopoler

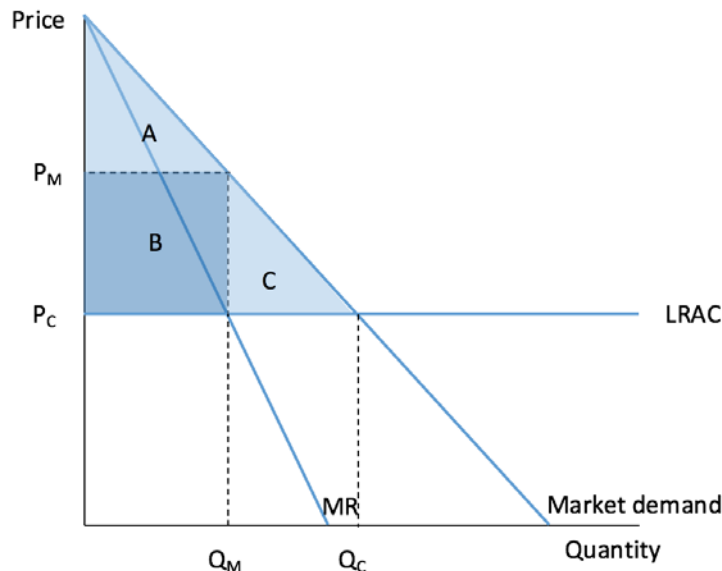
Betingelserne for et monopol er de modsatte af betingelserne for fuldkommen konkurrence. Markedstilstanden er kendetegnet ved, at der kun er én virksomhed, der operer på det pågældende marked. Det solgte produkt er unikt, og der er for høje adgangsbarrierer til at nye virksomheder finder markedet attraktivt.³⁰ Det vil sige, at monopolisten har 100 % af markedsandelen, og er derfor i en dominerende position til at bestemme markedsvilkårene. Dette er netop tilfældet, hvis en virksomhed ejer en væsentlig facilitet, således den er den eneste operatør på det pågældende marked.

Hvor virksomheder under fuldkommen konkurrence tjener en normal profit, har en monopolist muligheden for at tjene en overnormal profit, da den netop kan sætte prisen over, hvad markedsprisen ville være under fuldkommen konkurrence. Mere teknisk kan det forklares ved, at monopolisten kan formindske output, således at den pris, en forbruger er villig til at betale, overstiger de marginale omkostninger, monopolisten har ved at producere den enhed. Under fuldkommen konkurrence vil prisen altid være lig med de marginale omkostninger, hvorved ingen overnormal profit eksisterer. Dette blev omtalt det sociale optimum mellem udbud og efterspørgsel i afsnit 2.1.1.

En begrænsning af output vil medføre et dødvægtstab, da summen af forbruger- og producentoverskud er lavere under et monopol end under fuldkommen konkurrence. Dette er illustreret nedenfor i figur 2.

²⁹ Ibid., side 17.

³⁰ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 68.



Figur 2: Negative effekter ved monopoler³¹

Ejeren af en væsentlig facilitet skaber dermed et dødvægtstab (trekant C i modellen ovenfor), hvis han undlader at give tilladelse til, at andre virksomheder kan benytte faciliteten. Under fuldkommen konkurrence vil det samlede producent- og forbrugeroverskud have været A, B og C, hvor overskuddet kun er A og B, når der er en monopolist. Effekterne er dog ikke nødvendigvis udelukkende negative, såfremt der er andre effektivitetsgevinster ved monopoliet, der er større end dødvægtstabet. Dette vil analyseres nærmere i afsnit 4.1.

En anden negativ effekt kan være, at monopolisten ikke har samme incitament til videreudvikling som under fuldkommen konkurrence, fordi der ingen konkurrenter er. Dette bidrager dermed ikke til udvikling af samfundet, hvilket er en negativ effekt, der ligger ud over, hvad der måles i dødvægtstabet. Når monopolisten ikke konkurrerer mod andre, er der også en risiko for, at der er et reduceret fokus på omkostninger, da den ikke skal priskonkurrere (og dermed omkostningskonkurrere). Dette vil betyde, at deres gennemsnitlige omkostninger og marginale omkostninger kan ligge over det niveau, som virksomheder under fuldkommen konkurrence vil have. Hermed reduceres forbrugeroverskuddet yderligere, og der skabes et endnu større dødvægtstab.³² Monopolisten opererer dog stadigvæk med profit for øje, hvorfor omkostningsminimering vil være et fokuspunkt, dog i mindre grad end hvis der var hård konkurrence. Da monopoler sædvanligvis har overvægt af negative effekter, er det væsentligt, at lovgivningen er indrettet således, at de negative effekters udfoldelse begrænses. Derfor er monopolistens adfærd reguleret i TEUF art. 102, som gennemgås i afsnit 3.1.

Den neoklassiske virksomhedsteori er blevet kritiseret for at være for teoretisk. Industriøkonomien blev derfor udviklet som et empirisk modsvar hertil.

2.2 Industriøkonomi

Industriøkonomisk teori anvender empiriske data til induktivt at opstille teorier, der forklarer markedets struktur, virksomhedernes ageren heri og derved deres performance.³³

³¹ Inspiration hentet fra Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 72 (figur 3.5).

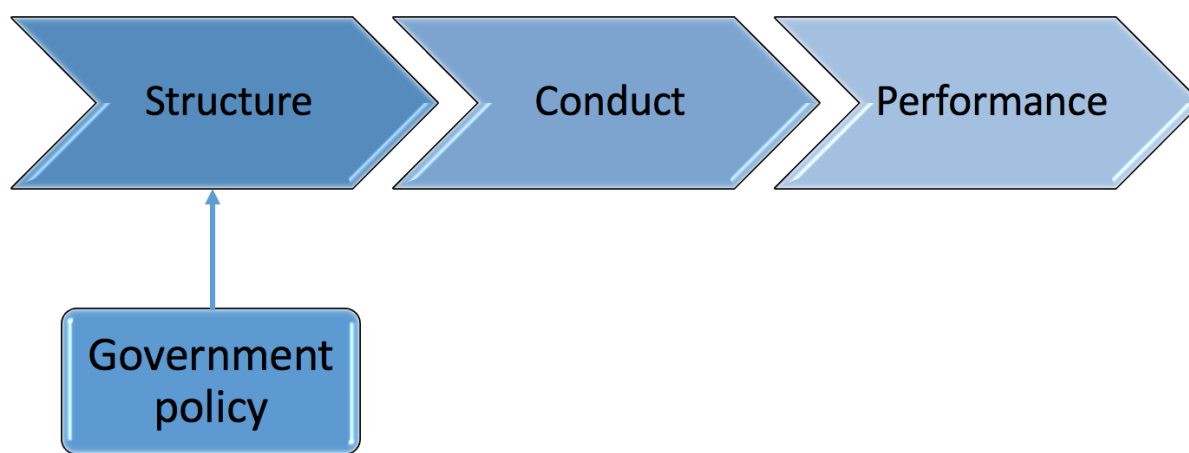
³² Ibid., side 671.

³³ Schmalensee, Richard; Industrial Economics, side 643 og 676 samt Caves, Richard; In praise of the old I.O., side 2.

2.2.1 Klassisk SCP-teori

Den klassiske industriøkonomi tog sit primære afsæt i Harvard-skolens SCP-model, der netop demonstrerer denne empiriske tilgang.³⁴ Udgangspunktet for SCP-modellen er en trikotomisk tilgang om, at strukturen på markedet påvirker virksomhedernes adfærd og dermed også deres performance. Dette påvirker også branchens performance, hvormed performancebegrebet dækker såvel branchens som virksomhedernes performance.³⁵ Der er således tale om et ensrettet kausalt forhold mellem de tre elementer,³⁶ hvor lovgivningen skal sikre optimal markedsstruktur, som i sidste ende påvirker alle elementer. Lovgivningsmyndighederne³⁷ i den klassiske SCP-teori skulle derfor koncentrere sig om strukturen på markedet, således der ikke opstod høje adgangsbarrierer, der kunne medføre, at markedsstrukturen blev for koncentreret, hvormed konkurrencen svækkedes.³⁸

Den ensrettede proces er visuelt fremstillet i nedenstående figur.



Figur 3: Den traditionelle SCP-model

For at kunne undersøge, hvor godt en branche performer, tages der udgangspunkt i at undersøge strukturen på et givent marked.

2.2.1.1 Structure (markedstruktur)

I processen hvor markedsstrukturen skal undersøges, er der flere elementer, der kan være relevante at betragte. Adgangsbarrierer og markedsconcentration er to af de primære elementer.

Harvard-skolen fandt en direkte sammenhæng mellem disse og profitabilitet, som er en indikator for virksomheders performance. Hvis markedsstrukturen var kendetegnet ved høj concentration og høje adgangsbarrierer, ville denne struktur være lukrativ for virksomheder.³⁹ Dette er tilfældet, fordi der i så fald er få aktuelle og potentielle konkurrenter, hvormed markedet tilnærmelsesvist minder om et monopolistisk marked. Derved kan virksomhederne begrænse output for at opnå en overnormal profit.

³⁴ Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 5, punkt 1.10.

³⁵ Cabral, Luis; Introduction to Industrial Organization, side 12.

³⁶ Delorme, Charles; Structure, conduct and performance: A simultaneous equations approach, side 2135.

³⁷ Ved "Government policy" i SCP-modellen fokuseres der i nærværende afhandling på konkurrencemyndighederne.

³⁸ Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 5, punkt 1.11.

³⁹ Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 6, punkt 1.10.

Ovenstående sammenhæng indikerer, at det er markedsstrukturen, der er den vigtigste parameter for konkurrence, hvormed konkurrencelovgivningen skal tage sigte på dette element, hvilket også fremgår i figur 3.

Adgangsbarriererne er relevante at undersøge, da de vil påvirke strukturen på markedet. Ifølge Bain dækker disse over *“the advantages of established sellers in an industry over potential entrant sellers, these advantages being reflected in the extent to which established sellers can persistently raise their prices above a competitive level without attracting new firms to enter the industry”*.⁴⁰ Dette betyder således, at virksomheden, der allerede er eksisterende på markedet, har visse fordele, der gør den i stand til at forhøje produktprisen på downstream-markedet over minimum ATC (average total costs), uden at dette tiltrækker nye konkurrenter. En potentiel indtræder vil naturligvis forsøge at tilgå markedet, hvis der er profit at hente, men de høje adgangsomsomkostninger (adgangsbarrierer) resulterer i mindsket incitament.

I forhold til væsentlige faciliteter vil den virksomhed, der allerede eksisterer på markedet, være indehaveren af den væsentlige facilitet. Herved kan den sætte prisen over for forbrugerne unormalt højt, fordi der er høje adgangsbarrierer grundet facilitetens væsentlighed.

Bain identificerede implicit fire fordele, som en eksisterende virksomhed på markedet vil have over den potentielle indtræder; 1) stordriftsfordele, 2) absolutte omkostningsfordele, 3) fordele ved produktdifferentiering og 4) kapitalkrav.⁴¹ Disse vil derfor være de samme ved en virksomhed, der besidder en væsentlig facilitet, og som ikke har tilladt andre adgang. De fire fordele vil gennemgås i kronologisk rækkefølge herunder.

Hvis det antages, at indehaveren af en væsentlig facilitet har været på markedet i en længere periode, kan han have opbygget nogle velfunderede leverandørrelationer, og selv være blevet så stor, at han kan opnå stordriftsfordele i form af eksempelvis kvantumsrabatter. Dette vil mindske incitamentet for nye indtrængere, da det vil tage tid og kræve mange ressourcer, før tilsvarende aftaler kan opnås, hvorfor de i denne periode er underlagt højere omkostninger end facilitetsindehaveren.

Til at eksemplificere dette kan der tages udgangspunkt i en havn som den væsentlige facilitet. Hvis indehaveren af havnen er på markedet for færgedrift, hvor en ny virksomhed gerne vil benytte havnen til opstart af en konkurrerende ydelse af passagertransport, vil indehaveren have en fordel, såfremt den har opnået stordriftsfordele. Stordriftsfordelene kunne her være favorable aftaler med restauranter/caféer ombord og billigere aftaler med virksomheder, der udfører service/vedligeholdelse af færger. Derudover vil en velfunderet virksomhed have mere tilbøjelighed til at tiltrække andre velkendte virksomheder, således eksempelvis en kendt restaurant/café ønsker at indrette en virksomhed ombord.⁴² Virksomhedens stordriftsfordele og renommé kan derfor fungere som adgangsbarrierer for nye virksomheder. Derfor er det ikke udelukkende selve adgangen til faciliteten, der kan være vanskelig, men også konkurrencen efterfølgende.

Den anden fordel er som nævnt absolutte omkostningsfordele.

En virksomhed, der allerede er etableret på markedet, kan have opnået nogle omkostningsfordele i den periode, hvor den har været monopolist. Disse omkostningsfordele kan ses som adgangsbarrierer, hvis det antages, at alle virksomheder skal igennem nogenlunde samme proces for at få samme omkostningsfordele. Eksempelvis kan den eksisterende virksomhed

⁴⁰ Bain, Joe; Barriers to New Competition, side 3.

⁴¹ Bain, Joe; Barriers to New Competition, side 211-217 og Tirole, Jean; The Theory of Industrial Organization, side 305-306.

⁴² Her gøres antagelsen at kunder ceteris paribus hellere vil sejle med en færge, hvorpå der er en kendt i stedet for en ukendt kaffebar. Virksomhederne kan således nyde godt af hinandens renommé til fordel for indehaveren af den væsentlige facilitet, som derved styrkes ift. den nye potentielle indtrænger.

have bedre produktionsteknikker end nye indtrængere,⁴³ hvilke er opnået gennem erfaringer samt forskning og udvikling.⁴⁴ Antagelsen om, at nye indtrængere skal igennem samme proces, kan dog kritiseres. Teknologien brugt til produktionen er evt. blevet forbedret gennem tiden, hvorfor nye indtrængere ikke vil investere i forældet teknologi. Derfor vil den nye indtrænger være mere velinformeret sammenlignet med, da den eksisterende virksomhed var ny på markedet. Trods dette vil den nye indtrænger (ceteris paribus) starte på et lavere informationsniveau end den eksisterende virksomhed, grundet asymmetrisk information på markedet. Til eksemplificering for væsentlige faciliteter gøres brug af ovennævnte færgeeksempel. Facilitetsindehaveren kan gennem erfaringer med færgedrift strømline den logistiske proces fra ankomst til afgang, hvor den derved sparer tid i læsning af biler og passagerer. Herved er der færre omkostninger, hvor en ny færgevirksomhed er nødt til at gøre egne erfaringer, før den kan nå til samme omkostningsminimerende logistik. Derfor er der en adgangsbarriere for den nye færgevirksomhed, som gør indtrængning på markedet for færgedrift mindre rentabelt på kort sigt.

Den tredje fordel, som Bain pointerer, relaterer sig til fordele ved produktdifferentiering.

En virksomhed, der har været på markedet i en længere periode, vil have opbygget en fast kundegruppe. Denne vil være mere tilbøjelig til at vælge det allerede kendte varemærke (den allerede etablerede virksomhed) ift. et nyt ukendt varemærke (en ny indtrænger på markedet), grundet effekterne af varemærkeloyalitet.⁴⁵ Loyaliteten overfor bestemte varemærker skaber tryghed over for forbrugere, som herved finder købsbeslutningen lettere. Det er derfor en adgangsbarriere overfor nye indtrængere på markedet, hvis den eksisterende virksomhed har et stort kundeklientel. Derfor bliver nye indtrædere presset ud i produktinnovation, således deres produkter differentierer sig fra de produkter, der allerede findes på markedet. Dette er naturligvis forbundet med omkostninger, der derfor er en adgangsbarriere.⁴⁶

Færgeeksemplet kan igen finde anvendelse til at demonstrere denne fordel i relation til væsentlige faciliteter. Den eksisterende virksomhed er eneoperatør, og har på baggrund af sin position opnået en kundeloyalitet, der vil styrke dens position sammenlignet med en ny indtrænger. Ydermere kan det antages, at de andre fordele har gjort virksomheden konkurrencedygtig på pris. En ny indtræder vil derfor have problemer med at være lige så konkurrencedygtig på pris, grundet dens manglende kendskab til markedet, hvormed den er nødt til at differentiere sig gennem eksempelvis hurtigere transport, hyppigere sejltider, mere luksuriøst inventar, etc. Differentieringen er dog ikke uden omkostninger, hvilket således gør det mindre attraktivt at tilgå markedet og skaber dermed adgangsbarrierer.

Den fjerde og sidste fordel i relation til adgangsbarrierer er kapitalkrav.

I mange brancher er det nødvendigt med en startkapital, der dog kan volde vanskeligheder for nye indtrængere, da finansiering skaber en risiko for kreditorerne.⁴⁷ Ved væsentlige faciliteter kan denne startkapital være udviklingen af den pågældende facilitet, som den allerede eksisterende virksomhed har haft. Hvis udviklingen af en ny facilitet ikke er økonomisk rentabel kan virksomheden dog under visse omstændigheder få adgang til den eksisterende.⁴⁸ Hvis dette ikke er tilfældet, vil virksomheden være nødsaget til at udvikle sin egen facilitet. Begge disse scenarier er forbundet med adgangsbarrierer, da der er omkostninger forbundet med adgangstilladelsen og endnu større omkostninger forbundet med udviklingen af egen facilitet.

⁴³ Bain, Joe; Barriers to New Competition, side 144.

⁴⁴ Tirole, Jean; The Theory of Industrial Organization, side 306 og 322 og Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 376, punkt 4.214.

⁴⁵ Bain, Joe; Barriers to New Competition, side 114-115 og 216 samt Tirole, Jean; The Theory of Industrial Organization, side 306.

⁴⁶ Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 376, punkt 4.214.

⁴⁷ Tirole, Jean; The Theory of Industrial Organization, side 306.

⁴⁸ Se afsnit 3.2.1 for nærmere analyse af denne vurdering.

I færgeeksemplet er adgangen til havnen forbundet med omkostninger, som kræver en vis startkapital, hvorved kapitalkrav ses som en adgangsbarriere. Herudover vil der også være omkostninger ved køb/leje af færger og træning af mandskab etc.

Markedsstrukturen er som nævnt påvirket af adgangsbarrierer. Ovenstående demonstrerer, at adgangsbarriererne skaber fordele for den eksisterende virksomhed og komplicerer en ny indtrængers mulighed for at tilgå markedet. Det tidsmæssige aspekt påvirker, hvor høje disse adgangsbarrierer er, da alle fordelene fordrer, at virksomheden har været på markedet i længere tid. Derfor er det essentielt, at lovgivningen om væsentlige faciliteter er udformet på en overskuelig og transparent måde, så adgangstilladelsen til den væsentlige facilitet og kontraheringen herom hurtigt kan færdiggøres på en effektiv måde. Hvis lovgivningen ikke er let gennemskuelig, vil dette medføre endnu en adgangsbarriere, som påvirker markedets attraktivitet, således at markedsconcentrationen forøges til skade for konkurrencen og derved den pågældende branche.⁴⁹ Den uigennemskuelige lovgivning vil eksempelvis føre til flere retsager, der både er bekostelige og kan trække i langdrag.⁵⁰ Derved vil den allerede eksisterende virksomhed have tid til at opbygge de andre fordele, således adgangsbarriererne blot bliver endnu højere.

I tilfælde af at markedsconcentrationen er høj i en given branche, vil dette påvirke performance negativt, da få virksomheder har større tilbøjelighed til ulovlig adfærd ved samordning af praksis.⁵¹ Hvis der kun er én virksomhed på markedet, kan denne tage en monopolpris på downstream-markedet. En ny virksomhed vil forsøge at vinde markedsandele eksempelvis ved at prissætte under monopolprisen. Dette kan medføre priskonkurrence til gavn for forbrugere, men til skade for begge virksomheder, hvorfor de har incitament til at samordne deres praksis. Såfremt der kun er et få antal virksomheder på markedet vil det være relativt lettere at samordne, hvorfor en høj concentration kan hæmme konkurrencen ift. en lav concentration. Hvis flere virksomheder trænger ind på markedet, kan det gøre det vanskeligere for virksomheder at udføre denne ulovlige samordning, da samordningen bliver mere ustabil, jo flere virksomheder der skal koordineres imellem.

Herved mener Harvard-skolen, at den høje markedsconcentration i strukturen på markedet vil påvirke virksomhedernes incitament til at samordne, hvorved deres adfærd ændres.

2.2.1.2 Conduct (adfærd)

Som figur 3 viser, vil virksomhedernes adfærd afhænge af markedets struktur. Det vil sige, at hvis markedsstrukturen er præget af høje adgangsbarrierer, vil virksomhederne være mere tilbageholdende over for at tilgå markedet, da den profit, der er på markedet, vil være formindsket proportionelt med omkostningerne for at overvinde disse adgangsbarrierer.

Dette betyder også, at hvis der kun er én virksomhed på et givent marked, vil denne kunne opnå en overnormal profit op til niveauet mellem profitten på markedet og adgangsbarriererne. Så længe den overnormale profit ikke overstiger dette niveau, vil nye indtrængere ikke have incitament til at tilgå markedet. Den eksisterende virksomhed vil som udgangspunkt gå efter denne monopolpris som forårsager den overnormale profit, da det er en generel antagelse i neoklassisk virksomhedsteori, at virksomhederne opererer med profit for øje.⁵²

Forskning og udvikling er en ikke-prisbaseret konkurrenceform, men på et monopolistisk marked vil monopolisten have et begrænset incitament til at udvikle, da forskning og udvik-

⁴⁹ Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; *The EU Law of Competition*, side 370, punkt 4.187 og 4.188.

⁵⁰ Tirole, Jean; *The Theory of Industrial Organization*, side 305.

⁵¹ Bain, Joe; *Barriers to New Competition*, side 25 og 26.

⁵² Lipczynski, John et al.; *Industrial Organization*, side 9.

ling er økonomisk byrdefuldt, og fordi den ikke risikerer at udkonkurreres ved manglende udvikling.⁵³ Når flere virksomheder indtræder på markedet, vil virksomhederne dog være nødsaget til at have en innoverende adfærd, hvis de ønsker at have en god performance og forblive på markedet, da de ellers udkonkurreres af de mere innovationsdygtige konkurrenter. Til eksemplificering kan der tages udgangspunkt i, at information om et operativsystem er væsentligt for at kunne udvikle og udbyde et bestemt produkt, som er kompatibelt med dette operativsystem. Informationsansøgeren vil udvikle et konkurrerende program til det allerede eksisterende, som operativsystemindehaveren udbyder. Hvis ikke ansøgeren får tilladelse til denne information, vil indehaveren af operativsystemet ikke have incitament til at innovere yderligere, grundet manglende konkurrence (for høje adgangsbarrierer). Han har dog et vist incitament til videreudvikling, men dette er kun såfremt, udviklingen kan resultere i omkostningsminimering, som kan bruges til profitmaksimering, og ikke til nedsættelse af prisen på downstream-markedet til gavn for forbrugerne. Hvis informationsansøgeren fik adgang, ville markedsstrukturen dekoncentreres, hvorved videreudviklingen i højere grad ville bruges til prisnedsættelse på downstream-markedet pga. øget konkurrencepres, hvorved forbrugerne får gavn af konkurrencen.

Ovenstående er under antagelse af, at virksomhedernes adfærd udelukkende er lovlig. Hvis virksomhederne derimod har mulighed for ulovligt at samordne deres praksis, vil de kunne begrænse innovationen og fastholde den overnormale profit.

Alle disse former for adfærd vil have en direkte indvirkning på både virksomhedernes og branchens performance, uanset om der er tale om lovlig eller ulovlig adfærd.

2.2.1.3 Performance

Performance ses i figur 3 som værende afhængig af adfærden, som er afhængig af strukturen. Herudfra kan det derfor udledes, at performance også er en funktion af struktur.

Der er en positiv sammenhæng mellem høj markedskoncentration i branchen og virksomhedernes performance, hvilket skyldes manglende konkurrencepres.⁵⁴ Det samme er dog ikke tilfældet, hvis perspektivet lægges på selve branchens performance, da der er andre faktorer end blot virksomhedernes profit, som påvirker hele branchen.

Hvis virksomhederne udelukkende har profit for øje på et monopolistisk marked, vil en omkostningsminimering udelukkende komme virksomheden selv til gode. Denne gavner følgelig branchen, men da forbrugerne ikke får del i gevinsten, kunne der ske en yderligere forbedring, hvis gevinsten tilfaldt forbrugerne. Branchen optimeres således, såfremt omkostningsminimeringen resulterer i lavere priser på downstream-markedet til gavn for forbrugerne, hvilket sker som et resultat af et dekoncentreret marked. At virksomhederne har profit for øje er derfor positivt, men det vil specielt være tilfældet, såfremt der er et konkurrencepres på markedsstrukturen, så virksomhedernes adfærd bliver ændret i forbrugernes interesse.

Virksomhederne er netop ikke de eneste, der anvendes som indikatorer for branchens performance. Forbrugerne er også en del af branchen, hvorfor kvaliteten og udbuddet af produkter og services lige såvel er en vigtig indikator.⁵⁵ Såfremt der er flere aktører på markedet, hvorved innovationsniveauet er højere, vil dette afspejle sig i flere valgmuligheder og produkter/services med højere kvalitet. Derfor er de teknologiske fremskridt, som gøres på baggrund af forskning og udvikling, også at anse som en performanceindikator.⁵⁶

⁵³ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 9.

⁵⁴ Cabral, Luis; Introduction to Industrial Organization, side 156-157.

⁵⁵ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 10.

⁵⁶ Ibid.

Efficiens er en yderst relevant performanceindikator for branchen,⁵⁷ hvorfor begrebet også vil anvendes fremover i nærværende afhandling. På baggrund heraf er det vigtigt, at få uddybet hvordan begrebet skal forstås, og hvilke efficiensvurderinger der er relevante i denne sammenhæng.

2.2.1.3.1 Efficiensvurderingen

Formålet med denne afhandlings redegørelser og analyser er at nå frem til en vurdering af, om den gældende retstilstand i sin nuværende form er optimal i henhold til industriøkonomi, hvilken bruger begrebet efficiens som performanceindikator. Konkurrencepolitikens primære formål er at sikre en effektiv ressourceallokering, hvilket i denne sammenhæng forstås ækvivalent med efficiens. Det er dermed relevant at få fastlagt, hvad efficiensbegrebet dækker over. Efficiens er den situation, der opstår, når "*all goods and services are produced and consumed at their respective socially optimal level*".⁵⁸ Efficiens skal i denne opgave forstås ud fra et samfundsmæssigt synspunkt, hvor det netop er det samfundsmæssige optimale niveau, der fokuseres på.

Der eksisterer forskellige efficiensbegreber, hvor denne afhandling vil have sit fokus på allokativ efficiens. Allokativ efficiens betegner, at "*social welfare is maximized at the market equilibrium*".⁵⁹ Allokativ efficiens sikres gennem produktiv efficiens, der bygger på, at produktionsinput anvendes mest omkostningsminimerende mhp. at producere et givent output. Den produktive efficiens skal dermed sikre, at produktionen af de input og ydelser, der ud fra et allokativt synspunkt bedst repræsenterer behovene på markedet, sker på den mest omkostningsminimerende måde.

Ved høj markedsconcentration vil der eksistere en vis grad af produktiv efficiens, da monopolisten ønsker at profitmaksimere, hvorved han kan tage en overnormal profit. Den produktive efficiens skal således bidrage til, at monopolisten kan reducere sine produktionsomkostninger til gavn for sig selv. Når nye virksomheder tilgår markedet, vil det dog øge nødvendigheden af at producere det bedst mulige output med det givne input, hvormed den produktive efficiens stiger. Allokativ efficiens stiger ligeledes markant, når der kommer nye virksomheder på markedet, således at markedsbehovene i højere grad kan opfyldes.

Hvis indehaveren af et operativsystem (se afsnit 2.2.1.2) tillader adgang til informationsansøgeren, vil den allokativ efficiens stige under antagelse af, at de udelukkende agerer lovligt. Branchens overordnede performance vil dermed stige, fordi der kommer et øget konkurrencepres.

Den klassiske SCP-teori udviklet af Harvard-skolen har været genstand for diskussion, hvor forskellige andre skoler har videreudviklet teorien, hvilket nedenstående afsnit vil belyse.

2.2.2 Kritik af Harvard-skolens klassiske SCP-teori

I Harvard-skolens initiale SCP-teori er der en grundlæggende antagelse om, at markedsstrukturen er eksogen. De andre elementer i SCP-teorien påvirker således ikke strukturen, men strukturen påvirker elementerne, hvilket figur 3 viser. I Chicago-skolens tilgang er markedsstrukturen dog ikke givet, men kan derimod påvirkes af de andre faktorer, hvormed den bliver

⁵⁷ Viscusi, William et al.; Economics of Regulation and Antitrust, side 66.

⁵⁸ McDowell, Moore et al.; Principles of Economics, side 100.

⁵⁹ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 11.

endogen.⁶⁰ Eksempelvis vil en monopolist have et incitament til at opnå fordelene om adgangsbarrierer hurtigst muligt, således der kommer naturlige og lovlige adgangsbarrierer i branchen. Det kan den gøre i form af eksempelvis forskning og udvikling eller markedsføring, hvorved den skaber kundeloyalitet, som mindsker markedets attraktivitet for nye indtrængere.⁶¹ Herved påvirker markedsstrukturen adfærden, som derefter vil påvirke markedsstrukturen igen, da der kommer flere adgangsbarrierer.

Chicago-skolen argumenterede for, at konkurrencelovgivningen skulle have et mindre fokus på markedsstrukturen og i stedet have fokus på allokativ efficiens.⁶² Markedsstrukturen er en endogen variabel, der afhænger af virksomhedernes performance, hvor koncentrationen påvirkes af, hvordan virksomhederne agerer. Hvis en virksomhed er efficient, vil den udkonkurrere de øvrige konkurrenter, hvorfor koncentrationen bliver høj. Det er dog ikke negativt, da der er tale om naturlig konkurrence, og fordi der vil komme ny konkurrence fra potentielle indtrængere over tid. Dette er under en antagelse om, at adgangsbarriererne kan nedbrydes over tid. Derfor vil en monopolist ikke være alene på markedet i en længere periode.⁶³ Dette skildrer den dynamiske tilgang, som kendetegner Chicago-skolen, og som også er blevet anerkendt af den østrigske skole.⁶⁴ Dynamisk efficiens dækker over en efficient allokering af ressourcer over tid, hvor statisk efficiens dækker over, at man forholder sig til den efficiente fordelingen af samfundets ressourcer nutidigt.⁶⁵ Det er således væsentligt at distingvere mellem de to begreber, da det vil påvirke, hvor fokus skal ligge. Det statiske koncept er det hensyn, der traditionelt ligger bag den neoklassiske virksomhedsteori, hvilket blev videreført i Harvard-skolens SCP-teori.⁶⁶

I den seneste udvikling af SCP-teorien er alle tidligere forskningsresultater blevet sammensat, således hovedstrukturen i modellen fortsat er et kausalt forhold fra struktur til performance via adfærden, men der også er mekanismer med tilbagegående virkning,⁶⁷ hvilket illustreres i nedenstående model med stiplede linjer.

⁶⁰ Phillips, Almarin; A Critique of Empirical Studies of Relations Between Market Structure and Profitability, side 248.

⁶¹ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 9.

⁶² Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 6, punkt 1.12.

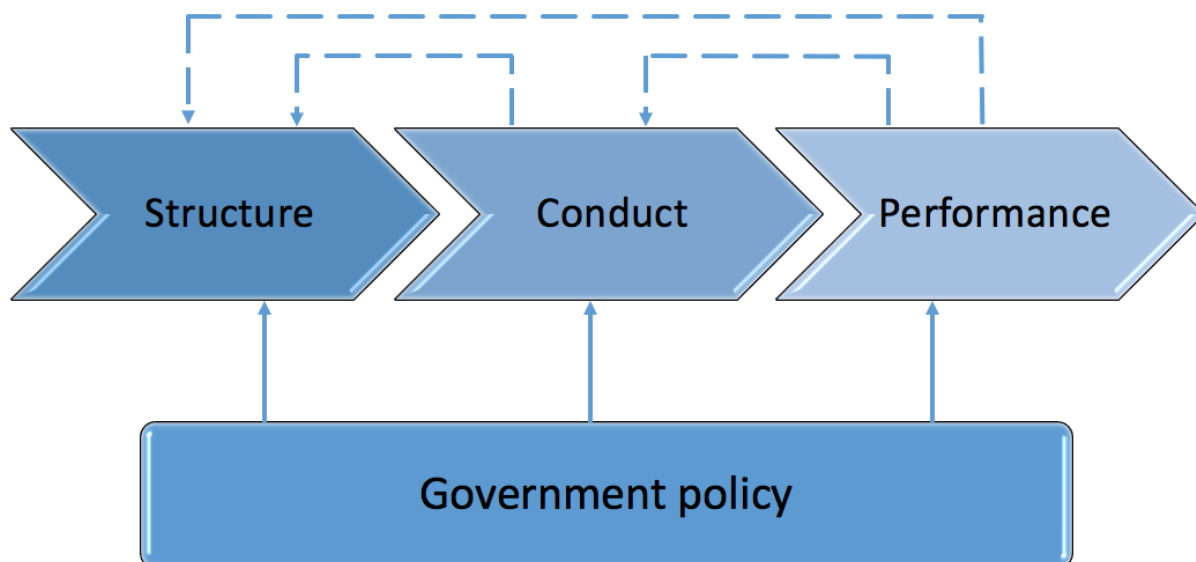
⁶³ Ibid., side 7, punkt 1.14.

⁶⁴ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 5.

⁶⁵ Ghemawat, Pankaj et. al.: The organizational tension between static and dynamic efficiency, s. 59.

⁶⁶ Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 5.

⁶⁷ Ibid., side 7 og Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 7, punkt 1.16.



Figur 4: *New Empirical Industrial Organization*

Det blev understreget, at teknologiske fremskridt kan anses som en performanceindikator. I den ovenstående figur 4 har performance en stiplede pil tilbage mod adfærd og struktur. Denne går direkte tilbage i modellen, men i højere grad vil de teknologiske fremskridt (som hører under performance) have en væsentlig påvirkning på forudsætningerne for markedsstrukturen. Disse forudsætninger dækker over udbud og efterspørgsel. Teknologiske fremskridt vil påvirke udbuddet, fordi omkostningsstrukturen hos virksomhederne bliver ændret. Når omkostningsstrukturen ændres positivt, kan det blive billigere at producere, hvilket reducerer adgangsbarriererne. Hermed kan markedsstrukturen blive dekoncentreret.⁶⁸ Når omkostningsstrukturen forbedres, vil dette afspejle sig i lavere priser, hvilket øger efterspørgslen på markedet.

I modellen ses også, at 'government policy' skal rettes mod alle elementerne i stedet for blot strukturen. Markedsstrukturen er stadigvæk udgangspunktet i overvejelserne om konkurrencecelovgivningen, hvilket skyldes at visse strukturer direkte har en påvirkning på virksomhedernes adfærd og derfor markedets performance. Markedsstrukturen kan derfor gøre det lettere for virksomheder at misbruge deres dominerende stilling, men denne struktur er ikke ulovlig i sig selv. Adfærd er derimod et vigtigt element at rette lovgivningen mod, da det er virksomhedernes adfærd, der kan være ulovlig.⁶⁹ Blot fordi en virksomhed er effektiv, og derfor udkonkurrerer de øvrige konkurrenter, vil den ikke nødvendigvis udføre ulovlige handlinger. Derfor er per se-regler mod monopoler (høj koncentration) ikke at foretrække, da det også kan hæmme effektiv konkurrence.

Netop effektiv konkurrence er blevet et mål for konkurrencemyndighederne,⁷⁰ hvilket indikeres af forbindelsen mellem 'government policy' og performance. Den effektive konkurrence skal sikres gennem lovgivningen mod misbrug.

Under antagelsen af at virksomheder opererer med profit for øje, er det relevant at gøre sig tanker om, hvordan denne profit søges opnået. Ovenstående analyser indikerer, at virksomhederne kan finde det ønskværdigt at agere ulovligt. Harvard-skolen er af den opfattelse, at lov-

⁶⁸ Volkerink, Bjørn et al.; Study of regulatory restrictions in the field of pharmacies - Appendices, side 12.

⁶⁹ Faull, Jonathan og Nikpay, Ali; The EU Law of Competition, side 7-8, punkt 1.17.

⁷⁰ Se bl.a. ordlyden i Konkurrencecelovens § 1.

givningen skal søge at forhindre disse ulovligheder i at opstå, ved at ændre på markedsstrukturen. Chicago-skolen har et mere dynamisk syn, hvorfor de argumenterer for, at markedet er selvregulerende over tid, da ulovlige samarbejdsaftaler vil bryde sammen på sigt, fordi de er ustabile i længden.⁷¹ Generelt kan det derfor siges, at Chicago-skolen i mindre grad er tilhænger af offentlig indgriben, end Harvard-skolen er.

Kombinationen af de ovenstående skolers tankegange kan sammenfattes under begrebet New Empirical Industrial Organization (herefter NEIO). I denne teori antages det, at markedet vil være selvregulerende, men at lovgivningsmæssig indgriben alligevel er nødvendig under visse omstændigheder for at opnå en optimal markedsstruktur. Lovgivningen skal rettes mod virksomhedernes adfærd, således incitamentet til ulovlig ageren på markedet mindskes.⁷²

Lovgiver skal forstå sammenhængen, således den kun griber ind overfor misbrugende adfærd, som resulterer i eliminering af konkurrence. Det ville være inefficiant at lovgive for meget, så Adam Smiths usynlige hånd ikke kan regulere markedet optimalt. Dog ville det heller ikke være efficiant, såfremt virksomheder frit kunne misbruge deres dominerende stilling til skade for forbrugerne.

Der skal tillades adgang til væsentlige faciliteter, men kun under visse omstændigheder, så det frie marked ikke begrænses mere end højst nødvendigt. Derfor er lovgiver nødt til at finde en balance i lovgivningen. Hvor restriktiv/lempelig denne skal være søges nærmere belyst i afsnit 4.1.

2.3 Delkonklusion

SCP-teorien er bygget på neoklassisk virksomhedsteori. Denne opstiller rammerne for markedsstrukturer, hvor fuldkommen konkurrence skal søges tilstræbt. Den klassiske SCP-teori fokuserede primært på struktur, herunder især adgangsbarrierer og markedsconcentration.

Problemstillingen ved væsentlige faciliteter er netop adgangsbarriererne, da adgangen til faciliteten er en barriere i sig selv, således markedsconcentrationen bliver større, da adgangsbarrierer mindsker incitamentet til at trænge ind på markedet.

Ovenstående analyse og gennemgang af SCP-teorien illustrerer, hvordan forskellige markedsstrukturer påvirker virksomhedernes adfærd, som i sidste ende påvirker performance. Ligeledes er dette kausalforhold også modsatrettet, således alle elementer kan påvirke hinanden uanset rækkefølge. Dette er væsentligt at vide for konkurrencemyndighederne, således de kan sætte de optimale rammer op for branchen, hvormed performance forhøjes mest muligt.

Spørgsmålet om, hvorvidt Adam Smiths usynlige hånd skal lægges i håndjern, afhænger af hvilken tilgang, man antager, men generelt er det antaget, at en vis offentlig indgriben er nødvendig for at sikre optimalitet. I nærværende afhandling vil der fremover anvendes såvel perspektiver fra Harvard-skolen som Chicago-skolen.

Som nævnt ovenfor skal lovgiver under anvendelse af NEIO lovgive om virksomhedernes adfærd frem for markedets struktur. Dette er også tilfældet i EU-konkurrenceret, hvor netop misbruget fremgår i ordlyden af TEUF art. 102. Denne artikel vil være genstand for analyse i nedenstående afsnit, da den danner baggrunden for doktrinen om væsentlige faciliteter.

⁷¹ Posner, Richard; *The Chicago School of Antitrust Analysis*, side 932.

⁷² Lipczynski, John et al.; *Industrial Organization*, side 24.

3 Gældende ret

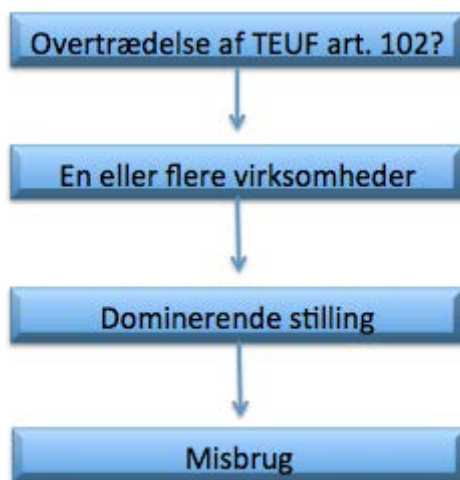
Nedenstående afsnit vil bruges til at analysere de lege lata, hvordan de toneangivende konkurrenceregler i Europa er reguleret, idet de danner baggrunden for området om væsentlige faciliteter. Det er art. 102, der i denne forbindelse er relevant i TEUF, da en virksomhed, der besidder en væsentlig facilitet, har en dominerende stilling, hvorfor evt. misbrug er reguleret i denne artikel. Dette vil danne fundament for en komparativ analyse om, hvilke regler og tankegange der både er juridisk og økonomisk mest effektive.

3.1 TEUF art. 102

EU-retligt er dominerende virksomheders adfærd reguleret i TEUF art. 102 og lyder som følger:

“En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt [...]”.

Ud fra ordlyden af ovenstående bestemmelse kan det udledes, at bestemmelsen finder anvendelse, hvis en eller flere virksomheder (afsnit 3.1.1) indtager en dominerende stilling (afsnit 3.1.2), og denne misbruges (afsnit 3.1.3). Såfremt disse tre kumulative betingelser er opfyldt, er der tale om overtrædelse af art. 102. Dette visualiseres gennem nedenstående figur, der vil blive udbygget efterhånden, som afhandlingen tager form. Figuren illustrerer ligeledes strukturen i de kommende afsnit.



Figur 5: Overtrædelse af TEUF art. 102.

Analyserne af de tre kriterier vil kun blive foretaget i den udstrækning, det er relevant for problemstillingen omkring væsentlige faciliteter.

3.1.1 En eller flere virksomheder

Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, regulerer denne *'en eller flere virksomheders'* misbrug. Virksomhedsbegrebet skal konkurrenceretligt forstås som en enhed, der udøver økonomisk aktivitet ved at udbyde varer eller tjenesteydelser på markedet.⁷³ Reglerne gør sig gældende for såvel private som offentligt ejede virksomheder.⁷⁴ En yderligere gennemgang af

⁷³ Fejø, Jens og Ølykke, Grith; EU-Konkurrenceret, side 56.

⁷⁴ Lang, John Temple; Defining Legitimate Competition, side 440.

virksomhedsbegrebet vil ikke være nødvendig for denne afhandling, grundet lidet relevans for problemstillingen omkring væsentlige faciliteter. Af relevans er dog at fastslå, hvornår flere individuelle virksomheders ageren skal betragtes kollektivt.

Såfremt flere virksomheder går sammen om etableringen eller købet af en facilitet, der er væsentlig for virksomhedsudøvelse på et givent marked og undlader andre potentielle konkurrenter adgang hertil, kan der opstå misbrug af en kollektiv dominerende stilling. Derfor må det klarlægges, hvornår virksomhederne kan anses som én kollektiv enhed.

EU-Domstolen fastslog i *Compagnie Maritime*-dommen, at "flere virksomheder" skal forstås således, at flere økonomisk afhængige, men juridisk uafhængige enheder, kan indtage en dominerende position, hvis de økonomisk set agerer samlet på et givent marked som en kollektiv enhed.⁷⁵ Videre blev det pointeret, at der tillige må foretages en vurdering af det økonomiske samarbejde og de indbyrdes økonomiske relationer mellem virksomhederne for at fastslå kollektiv dominans. Relationerne skal undersøges, så det kan fastlægges om samarbejdet medfører, at der kan handles uafhængigt af virksomhedernes konkurrenter og kunder.⁷⁶

I relation til væsentlige faciliteter er det som udgangspunkt gavnligt, at to virksomheder går sammen om etableringen af en facilitet, hvis én af virksomhederne ikke selv har tilstrækkeligt kapital hertil. Det er sågar mere gavnligt, end hvis blot den ene virksomhed etablerede faciliteten selv, da markedsstrukturen dekoncentreres jo flere aktører, der opererer på downstream-markedet. Herved kommer der et konkurrencepres, som der ellers ikke ville være ved den umiddelbare facilitetsetablering af den ene virksomhed. Ydermere var faciliteten evt. slet ikke blevet etableret, hvis ikke der i lovgivningen var plads til denne type aftaler.

Under antagelse af at virksomheder eksempelvis har en markedsandel på 50 % hver, vil de ikke hver især have en dominerende stilling. Dog vil de indtage en kollektivt dominerende stilling, som kan misbruges, såfremt de nægter alle andre virksomheder adgang til faciliteten. Det er derfor vigtigt, at lovgivningen her rammer virksomhedernes adfærd og ikke markedsstrukturen, hvilket udviklingen i industriøkonomien også har vist. Dette er netop tilfældet her, hvor det er adfærden, der udgør den ulovlige handling.

3.1.2 Dominerende stilling

Artikel 102 vil kun være overtrådt, hvis virksomheden besidder en dominerende stilling på det relevante marked. Hvorvidt virksomheden besidder en dominerende stilling, vil derfor afhænge af afgrænsningen af det relevante marked, da en bred afgrænsning vil forøge substitutionsmulighederne. En væsentlig facilitet er netop defineret som en facilitet uden substitutions- og duplikationsmuligheder, hvilket vil analyseres nærmere i afsnit 3.2.1. Det relevante marked vil derfor blive afgrænset meget snævert i sager om væsentlige faciliteter. Det relevante marked bliver normalt afgrænset ift. det produkt, virksomheden afsætter på downstream-markedet. I sager om væsentlige faciliteter skal det relevante marked dog analyseres ift. faciliteten,⁷⁷ hvorved det relevante marked vil blive faciliteten, såfremt den reelt er væsentlig. Det samme er fastslået i amerikansk ret, hvor faciliteten skal være det relevante marked, før faciliteten kan anses som væsentlig.⁷⁸ Spørgsmålet lyder derfor på, om virksomheden er dominerende på markedet for mulige faciliteter for det pågældende downstream-marked. Dette blev illustreret i *Hugin/Liptons*-dommen, hvor en mindre virksomhed blev kendt skyldig i overtrædelse af art. 102. Hugin var en producent af kasseapparater, som besad omkring 13 % af markedsandelen på markedet for kasseapparater. Liptons var en virksomhed, der ydede

⁷⁵ Forenede sager C-395/96 P og 396/96 P (*Compagnie Maritime Belge Transports*), præmis 36.

⁷⁶ *Ibid.*, præmis 41 og 42.

⁷⁷ Whish, Richard and Bailey, David; *Competition Law*, side 740-741.

⁷⁸ Hovenkamp, Herbert; *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*, side 413.

service, reparationer, efterså og ombyggede kasseapparater. I sit virke havde Liptons brug for reservedele til de forskellige mærker, men Hugin nægtede levering af disse. De to virksomheder havde i en årrække samarbejdet, hvor Liptons varetog reparation af Hugin-apparater, hvilket udgjorde 80-90 % af Liptons omsætning fra 1969-1972. Fra ultimo oktober 1972 meddelte Hugin dog, at de ikke længere ville levere reservedele til Liptons. Kommissionen vurderede, at dette var misbrug af dominerende stilling, da Liptons ikke havde mulighed for at skaffe Hugin-reservedele fra andre leverandører, hvilket betød, at Hugin sad på 100 % af markedandelen.⁷⁹ Det relevante marked er derfor i denne sag leverancer af Hugin-reservedele og ikke hele kasseapparat-markedet, som Hugin kun besad ca. 13 % af. Sagen blev dog anket til EU-Domstolen, som omstødte afgørelsen, da samhandelspåvirkning ikke kunne dokumenteres. Domstolen ændrede dog ikke vurderingen af den dominerende stilling.⁸⁰

Dette viser, at det ikke er størrelsen på virksomheden, der er afgørende, men derimod den dominerende stilling, som afhænger af afgrænsningen af det relevante marked, hvilket i denne sag var markedet for Hugin-reservedele. Levering af Hugin-reservedele var derfor en væsentlig facilitet, hvor Hugin var monopolist.

Ved væsentlige faciliteter er der ikke en realistisk mulighed for at anvende en substituerende facilitet, da adgangen til faciliteten er den eneste mulighed for at agere på markedet, hvormed det relevante produktmarked vil blive den pågældende facilitet. Derfor vil udfaldet af en SSNIP-test⁸¹ blive, at der ikke er andre substitutionsmuligheder. Hvis der er andre muligheder, vil faciliteten som udgangspunkt ikke blive kategoriseret som værende væsentlig.

Det er i udgangspunktet nok at være potentielt dominerende, når indehaveren af en væsentlig facilitet besidder kontrollen over faciliteten.⁸² Som udgangspunkt vil indehaveren være dominerende, men hvis virksomheden har tilladt andre virksomheder adgang til faciliteten, kan konkurrencen bevirke, at indehaveren mister markedandelene, således den ikke længere er dominerende. Den besidder dog stadigvæk kontrollen over faciliteten, hvorfor den har kontrollen til at blive dominerende, idet den kan ekskludere de øvrige brugere. Hvis ikke dette var tilfældet, ville det betyde, at virksomheden kunne blive tvunget til at give andre adgang, og brugerne derefter ville have mulighed for at opnå så store markedandele, at indehaveren ikke længere var dominerende, hvorefter indehaveren lovligt måtte ekskludere brugerne. Hermed ville den igen opnå en dominerende stilling, og således blive tvunget til at give adgang på ny. Det er netop den økonomiske magtposition, der er relevant. Indehaveren besidder en dominerende stilling, såfremt den er "...i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydelig omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter...".⁸³ Det er derfor tilstrækkeligt, at virksomheden har kontrollen over det relevante marked, således den hurtigt kan blive dominerende.

Ovenstående vil ligeledes betyde, at en virksomhed ikke nødvendigvis behøver at eje faciliteten, før forholdet kan være omfattet af doktrinen om væsentlige faciliteter. Hvis virksomheden har *kontrollen* over faciliteten, vil dette være tilstrækkeligt til, at den kan ekskludere an-

⁷⁹ Kommissionens beslutning; sag 78/68/EØF (Hugin/Liptons).

⁸⁰ Sag C-22/78 (Hugin), præmis 10, 20 og 26.

⁸¹ Small but Significant and Non-transitory Increase in Price.

⁸² Lang, John Temple; *The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law*, side 384.

⁸³ Sag 85/76 (Hoffmann-La Roche), præmis 38, sag T-193/02 (Laurent Piau), præmis 109 og sag C-52/09 (TeliaSonera), præmis 23.

dre, hvilket er den ulovlige adfærd.⁸⁴ Ejerskab og kontrol vil ofte følges ad, men det er ikke utænkeligt, at en virksomhed ejer en facilitet, som en tredjepartsvirksomhed har kontrollen over. At virksomheden skal have kontrollen over faciliteten vil med andre ord betyde, at virksomheden skal være operatøren, der styrer denne facilitet. Ejerskab er dermed ikke et krav, men vil også kunne opfylde kravet om kontrol, da ejeren af en facilitet normalt også vil kunne give tilladelse til andres brug. Dette afhænger dog af aftalen mellem facilitetsindehaver og kontrolindehaver. Fremadrettet i afhandlingen vil ordet facilitetsindehaver anvendes, men ordet kontrolindehaver kunne lige såvel være anvendt.

I art. 102 står, at misbruget skal være "på det indre marked eller en væsentlig del heraf". Ved en ordlydsfortolkning kunne dette forstås som, at det geografiske marked altid skal være internationalt, således det mindst kunne påvirke en væsentlig del af det indre marked. Hvis ikke dette kunne bevises, ville det være et nationalt anliggende. Dette er dog ikke nødvendigt, da art. 102 også har betingelsen om, at samhandlingspåvirkning skal kunne påvises, før artiklen finder anvendelse. Derfor har Kommissionen og EU-Domstolen accepteret, at nationale markeder kan integreres til et indre marked.⁸⁵ Det geografiske marked kan sågar være regionalt eller helt lokalt, men skal dog stadigvæk kunne påvirke en væsentlig del af det indre marked. I Porto di Genova-dommen blev en havn i Genova anset for at kunne påvirke en væsentlig del af det indre marked pga. omfanget af handelen i denne havn og dens betydning i forhold til den pågældende medlemsstats samlede import og eksport ad søvejen.⁸⁶ Herved ses, at det ikke er geografien, der er afgørende, men derimod de økonomiske forhold. Dette betyder også, at en væsentlig facilitet kan udgøre hele det relevante marked, da der netop ikke er nogen økonomisk realistiske substitutionsmuligheder. Denne vurdering er blevet foretaget i en række sager om klassiske infrastrukturfaciliteter⁸⁷ såvel som i Hugin-dommen ovenfor.

Nogle grundlæggende efterspørgselskarakteristika såsom nationale præferencer kan også være afgørende for, hvordan markedet afgrænses. Det samme er tilfældet ved præferencer for nationale varemærker, sprog, kultur, livsstil og evt. behovet for lokal tilstedeværelse.⁸⁸ Heraf ses det ligeså, at et lokalt marked kan leve op til betingelserne i artiklen. Det relevante geografiske marked afgrænses blot mere snævert.

3.1.2.1 Super-dominerende stilling

Når en virksomhed besidder en signifikant høj markedsandel på det relevante marked, kan denne betegnes som værende super-dominant, hvormed den har en mere end blot almindelig dominerende stilling. I sager hvor en super-dominant stilling er blevet nævnt, har markedsandelen været på omkring 90 % eller højere.⁸⁹ Dette vil netop ofte være tilfældet ved væsentlige faciliteter, hvor markedet afgrænses til at være selve faciliteten. Sådanne super-dominante virksomheder har et udvidet ansvar for ikke at misbruge denne stilling. Derfor skal super-dominerende virksomheder være ekstra påpasselige med, at deres adfærd ikke fordrejer konkurrencen, idet adfærd fra en super-dominerende virksomhed påvirker markedet kraftigere

⁸⁴ I amerikansk ret er en af betingelserne for brug af doktrinen om væsentlige faciliteter, at en monopolist netop har *kontrollen* over en væsentlig facilitet. Se hertil sag; MCI Communications Corp. v. AT&T. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983)).

⁸⁵ Fejøl, Jens og Ølykke, Grith: EU-Konkurrenceret, side 297-298.

⁸⁶ Sag C-179/90 (Porto di Genova), præmis 15.

⁸⁷ Kommissionens beslutninger; sag 94/119/EF (Rødby Havn), præmis 7, sag 94/19/EF (Sea Containers mod Stena Sealink), præmis 12 og 61-65 og sag 95/364/EF (Bruxelles-National lufthavn (Zaventem)), præmis 8.

⁸⁸ Kommissionens Meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), punkt 46.

⁸⁹ Se bl.a. Kommissionens beslutning; sag COMP/C-3/37.792 (Microsoft), præmis 435 og forenede sager C-395/96 P og 396/96 P (Compagnie Maritime Belge Transports), præmis 119.

end normalt.⁹⁰ Et sådant udvidet ansvar er blevet anerkendt i generaladvokatens forslag til Compagnie maritime-dommen.⁹¹

I klassisk industriøkonomisk teori har dominerende stillinger været underlagt en del kritik, da de har stor magt over branchen. Formålet med denne teori er netop at opnå et marked lignende fuldkommen konkurrence. Chicago-skolen har dog haft en anden tilgang til spørgsmålet om monopoler, og derved også dominerende stilling. En dominerende virksomhed er blot et resultat af at have været effektiv i konkurrencen. Den dynamiske udvikling medfører, at monopoltilstanden ikke er der for evigt. Dette er naturligvis under forudsætning af, at adgangsbarriererne ikke er eksorbitant høje, således der ingen potentiel konkurrence forekommer på markedet. Derfor skal facilitetsindehavere under visse betingelser give adgang til andre for at lempe disse adgangsbarrierer. Hvis de ikke giver adgang, vil dette udgøre misbrug, hvilket i henhold til art. 102 er ulovligt. Hvad der nærmere skal forstås ved misbrug, vil i afsnittet herunder gennemgås.

3.1.3 Misbrugsbegrebet

At besidde en dominerende stilling er som hovedregel lovligt. Lovbruddet forekommer først, hvis den dominerende stilling misbruges. Hvad der skal forstås ved misbrug, er ikke blevet defineret i art. 102, men en yderligere elaborering af begrebet blev foretaget i Hoffmann-La Roche-dommen.⁹²

Misbrugsbegrebet blev her defineret som et objektivt begreb, der dækker over den adfærd, en markedsdominerende virksomhed har udvist. Denne adfærd kan efter sin art påvirke markedsstrukturen, hvor konkurrencen allerede er udsat for en vis begrænsning som følge af virksomhedens tilstedeværelse. Den misbrugende adfærd består i, at der anlægges hindringer, som begrænser den endnu bestående konkurrence på markedet, eller udviklingen af denne konkurrence ved at der tages andre (illegitime) midler i brug, end dem der normalt anvendes i konkurrence mellem virksomheder.

Af definitionen kan det udledes, at misbrug betyder, at unormale midler tages i brug. Normale midler er således fuldt lovlige at anvende i konkurrencen. Hvis virksomheden anvender normale midler til at styrke sin konkurrencemæssige position, og dette betyder, at mindre konkurrencedygtige virksomheder udkonkurreres, er det således et udtryk for almindelig effektiv konkurrence og dermed ikke et misbrug af en dominerende stilling.⁹³

En vigtig pointe at få slået fast i henhold til misbrugsbegrebet er, at når misbrug skal fastslås, så betragtes ikke blot konkrete konkurrencebegrænsninger. Dette betyder, at hvis det kan dokumenteres, at en konkurrencebegrænsende situation *kan* opstå, og at denne vil kunne udelukke en lige så effektiv konkurrent fra markedet, så er dette nok til at statuere lovbrud.⁹⁴ Dette underbygger således, at der også eksisterer et proaktivt hensyn i bestemmelsen, der sigter på at forebygge mod fremtidigt misbrugende adfærd.

Litra a) til d) i bestemmelsen tager sigte på de mest gængse former for misbrug, hvormed en gennemgang heraf (tilknyttet væsentlige faciliteter) vil være med til at belyse misbrugsbegrebet yderligere. Denne gennemgang foretages i de nedenstående afsnit, hvor litra a, c og d er

⁹⁰ Whish, Richard og Bailey, David; Competition Law, side 198-199.

⁹¹ Generaladvokatens forslag til forenede sager C-395/96 P og 396/96 P (Compagnie Maritime Belge Transports), præmis 137.

⁹² Sag 85/76 (Hoffmann-La Roche), præmis 91.

⁹³ Sag C-209/10 (Post Danmark A/S), præmis 22.

⁹⁴ Sag C-52/09 (TeliaSonera), præmis 64.

relevante ift. kontraheringspligten, når adgangen er givet, og hvor litra b er relevant ift. adgangstilladelsen. Som indledende bemærkning til de gængse misbrugsformer står der i litraen skrevet, at misbrug især kan bestå i:

a. Direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelig forretningsbetingelser.

Opstillingen af litra a) på ovenstående måde indikerer delvist en antagelse om, at såfremt der ikke blev reguleret mod en sådan adfærd, så ville dominerende virksomheder søge at misbruge deres markedskraft til at sætte urimelige priser.⁹⁵ Vurderingen af, om en given pris er "urimelig" - hvormed der foreligger misbrug - kan dog være kompliceret at foretage, da det kan være problematisk at afgøre, hvad der skal lægges til grund for afgørelsen heraf. Kommissionen har også udvist dens holdning til komplikationerne forbundet hermed i flere sager.⁹⁶

I sagen GT-Link mod DSB blev der fremsat, hvad der menes med urimelige priser. Urimelelige priser skal forstås som priser, der ikke står i rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den leverede ydelse.⁹⁷ I forståelsen har der således inkorporeret sig et proportionalitetsprincip, der skal sikre, at priserne holdes på et niveau, der afspejler ydelsen. Sager omkring urimeligt høje priser er sjældent det eneste grundlag for at statuere misbrug, men kan dog tænkes at stå i sammenhæng med andre misbrugsformer,⁹⁸ hvor eksempelvis margin squeeze (avancepres) er af høj relevans for væsentlige faciliteter.

Avancepres kan eksempelvis forekomme, hvor den dominerende virksomhed har et input, der er nødvendigt for et givent output. "Presset" (der er udtryk for misbrug) opstår, hvis forskellen mellem en dominerende virksomheds egen pris på downstream-markedet og prisen på engrosproduktet solgt til konkurrenterne er så begrænset, at det ikke giver mulighed for, at konkurrenterne kan få dækket de omkostninger, de måtte have (engrosprisen såvel som faste- og variable omkostninger). Dette medfører således, at deres ageren på downstream-markedet udmunder i et tab.⁹⁹ Man kan forestille sig, at en virksomhed, der lever af passagertransport via tog, ønsker at tilgå et jernbanenetværk, men at den påkrævede pris for at anvende jernbanenetværket er sat for højt af indehaveren. Dette kan betyde, at den avance, virksomheden kan tage for passagertransport, er lig nul eller endda negativ, da billetprisen evt. ikke overstiger den påkrævede adgangspris til netværket. Hermed fjernes virksomhedens incitament til at operere på markedet, hvormed konkurrencen hæmmes. Derfor udgør dette avancepres i sig selv et misbrug.

Herved vises, at den dominerende virksomheds adfærd påvirker markedsstrukturen, som koncentrerer, hvilket dermed er i disharmoni med målet om at højne den effektive konkurrence.

b. Begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne

Denne litra søger bl.a. at ramme tilfælde, hvor monopolisten tilbageholder sin produktion mhp. at forøge prisen. Konsekvenserne af dette misbrug blev demonstreret under afsnit 2.1.2, hvor tilbageholdelsen af mængden (Q) gav monopolisten mulighed for at opnå en overnormal profit, som følge af at mængden blev kunstigt begrænset. Som figur 2 viser, medfører dette et

⁹⁵ Van Bael & Bellis; Competition Law of The European Community, side 808.

⁹⁶ Se eksempelvis i sagen; Scandlines Sverige mod Port of Helsingborg (COMP/A.36.568/D3), hvor Kommissionen gennemgik problemstillingerne forbundet med at fastsætte urimelighed fra præmis 162-248.

⁹⁷ Sag C-242/95 (GT-Link mod DSB), præmis 39.

⁹⁸ Fejøl, Jens og Ølykke, Grith; EU-Konkurrenceret, side 334-335.

⁹⁹ Kommissionens beslutning; sag 2003/707/EØF (Deutsche Telekom AG), præmis 107.

dødvægtstab, hvilket er negativt, men dog undtagelsesvist kan opvejes af effektivitetsgevinster (se afsnit 4.1). Der er et udgangspunkt om, at virksomheder selv bestemmer, hvorvidt de ønsker at producere, afsætte eller udvikle sig teknisk. Litraen indikerer derimod det modsatte, da der netop står, at virksomheders begrænsninger af ovenstående kan udgøre misbrug. Misbruget forekommer dog kun, såfremt begrænsningerne sker til skade for forbrugerne.

En virksomhed kan dermed (iflg. ordlyden af litraen) begrænse sine konkurrenters muligheder, hvis blot det ikke resulterer i en skadende effekt på forbrugerne.¹⁰⁰ Hverken EU-Domstolen eller Kommissionen har eksplicit taget stilling til, hvad udstrækningen af at begrænse sine konkurrenters muligheder dækker over. Dog er det klart, at effekten skal være tilstrækkelig markant til at påvirke konkurrencen og forbrugerne. Såfremt påvirkningen af forbrugerne er dokumenterbar, så vil der næsten automatisk være tilstrækkelig effekt på konkurrencen, da effekten på forbrugerne normalt vil komme som et resultat af den begrænsede konkurrence.¹⁰¹ Dette giver et indtryk af, at ved at begrænse sine konkurrenters adfærd, så vil dette næsten automatisk have en negativ effekt på forbrugerne. Så ved at statuere at der ikke må ske skade på forbrugerne, vil dette også begrænse virksomhedens mulighed for at begrænse sine konkurrenters ageren.

En af de begrænsende adfærdsformer, virksomheden kan udvise, (hvormed der kan forekomme misbrug) er leveringsnægtelse. Dette var tilfældet i Zoja-dommen, der har været påberåbt som grundlag for, at doktrinen om væsentlige faciliteter finder anvendelse på EU-rettens område.

Commercial Solvent Corporation (CSC) havde i samarbejde med et datterselskab et verdensomspændende monopol på kemiske produkter, der skulle bidrage til at bekæmpe tuberkulose. I en periode havde CSC solgt produkterne gennem uafhængige virksomheder (herunder Zoja) og virksomhedens datterselskaber.

Den misbrugende adfærd opstod, da CSC ønskede at sælge produkterne på downstream-markedet, hvorved den ville blive konkurrent med Zoja. Derfor var det nærliggende at stoppe leverancerne til Zoja. Denne adfærd blev kendetegnet som misbrug, grundet den eliminerende effekt leveringsnægtelsen ville have på konkurrencen, hvorved forbrugerne ville lide skade.¹⁰² Leveringsnægtelsen udgjorde dermed et misbrug af den form, litra b omfavner.

Misbrug i form af leveringsnægtelse blev også slået fast i UBC-dommen. Her fastslog EU-Domstolen, at den leveringsnægtelse United Brands Company (UBC) havde opstillet over for bananimportør Olesen, som den tidligere havde haft samarbejde med, udgjorde misbrug af en dominerende stilling.

Domstolen gjorde blandt andet gældende, at en virksomhed, der besidder en dominerende stilling, og som udnytter prestigen ved sit mærke, der er vellidt blandt forbrugerne, ikke kan indstille levering til en gammel kunde, der overholder handelssædvane og ikke har unormale ordrer. Årsagen hertil er, at dette vil modstride traktatens formål og ultimativt begrænse afsætningen til skade for forbrugerne og ydermere fjerne den pågældende aktør fra markedet.¹⁰³

I sagen blev leveringsnægtelsen således betragtet som værende misbrug af dominerende stilling.¹⁰⁴ Denne sag bidrager til at belyse misbrugsområdet ved at vise, at leveringsnægtelse ikke må foretages, såfremt handelssædvane og normal markedsadfærd finder sted.

¹⁰⁰ Lang, John Temple; Anticompetitive non-pricing abuses under European and National Antitrust Law, side 241 i i International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003.

¹⁰¹ Ibid., side 242.

¹⁰² Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja), præmis 25.

¹⁰³ Sag 27/76 (United Brands Company), præmis 182 og 183.

¹⁰⁴ Ibid., præmis 201-203.

Misbruget kan både forekomme i form af en leverings-/adgangsnægtelse, men kan tillige være en bevidst forsinkelse af adgang/leverance eller en begrænsning af mængde eller kvalitet af den udbudte facilitet.¹⁰⁵ Det vil sige, at hvis facilitetsindehaveren forhindrer effektiv anvendelse af den væsentlige facilitet, vil dette kunne udgøre misbrug.

Litra b) forsøger også at forhindre begrænsning af den tekniske udvikling til skade for forbrugerne. Der sigtes således på de situationer, hvor en dominerende virksomheds adfærd vil medføre, at innovationen på markedet begrænses.¹⁰⁶ Hermed søger lovgivningen at sikre opretholdelsen af et vist innovationsniveau, hvilket også harmonerer med målet om at øge den tekniske udvikling til gavn for branchen under industriøkonomisk teori.

c. Anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

Her sigter bestemmelsen på at ramme diskriminerende adfærd.

I en sag med British Airways udviste EU-Domstolen et meget kritisk syn på adfærd, der kan medføre diskriminerende effekter. Det blev således gjort gældende, at et prissystem, der *kan* have diskriminerende virkninger, vil udgøre misbrug, også selvom det i praksis ikke har haft denne virkning.¹⁰⁷ Overtrædelse af litra c) forekommer kun, hvis 1) der er tale om tilsvarende transaktioner, 2) de andre handelspartnere er i konkurrence med hinanden, og 3) at der ikke er tale om et isoleret tilfælde, men en situation der kan medføre en signifikant konkurrencemæssig ulempe.¹⁰⁸ Såfremt der ikke er tilsvarende transaktioner, men transaktionerne alligevel bliver behandlet ens (hvor de burde have været behandlet forskelligt), vil dette også udgøre diskrimination og dermed misbrug.¹⁰⁹

Når det skal fastlægges, om en pris repræsenterer diskriminerende adfærd, er det således først og fremmest væsentligt at fastlægge, om der er tale om tilsvarende ydelser. Vurderingen heraf vil være kompliceret, da der kan være et utal af faktorer, der kan påvirke sammenligningen af tilsyneladende tilsvarende ydelser - eksempelvis produktet i sig selv og omkostningerne forbundet med at levere produktet.¹¹⁰

Ordlyden i litra c) indikerer eksplicit, at anvendelsen af forskellige priser kun betragtes som diskriminerende, når kunden, der udsættes for den højere pris, stilles ringere konkurrencemæssigt. Dog er der ikke blevet fokuseret meget på at klargøre, hvornår dette gør sig gældende i praksis, da det bl.a. i Irish Sugar-dommen er blevet indikeret, at såfremt prisfastsættelsen udgør diskrimination, så vil den også have den konkurrenceforringende effekt.¹¹¹

Når diskriminerende adfærd skal vurderes i henhold til væsentlige faciliteter, vil det ligeledes være kompliceret at slå fast, om transaktionerne er tilsvarende eller ej. To virksomheder, der yder transport af passagerer til samme lokation fra samme lokation, vil nok kunne statueres som tilsvarende, men der kan være faktorer (som indikeret ovenfor), der påvirker, om dette

¹⁰⁵ Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 79.

¹⁰⁶ Dette har eksempelvis været omdrejningspunktet i sag T-201/04 (Microsoft), som senere vil analyseres nærmere.

¹⁰⁷ Sag T-219/99 (British Airways plc.), præmis 235.

¹⁰⁸ Temple Lang, John; Anticompetitive non-pricing abuses under European and National Antitrust Law, side 245 i i International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003.

¹⁰⁹ Kommissionens beslutning; sag COMP/A.36.568/D3 (Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg), præmis 276.

¹¹⁰ Whish, Richard og Bailey, David; Competition Law, side 804.

¹¹¹ Sag T-228/97 (Irish Sugar), præmis 138.

nu også er tilfældet. Hvis den ene virksomhed eksempelvis modtager en bedre beliggende havnekaj, er der så stadigvæk tale om tilsvarende faciliteter/ydelser? For at vurdere dette, skal samtlige vilkår tages i betragtning,¹¹² og dette komplicerer netop afgørelsen heraf.

Den anden betingelse for at der forekommer overtrædelse af litra c) er, at handelspartnerne er i konkurrence med hinanden. Her tages såvel potentielle som aktuelle konkurrenter med i betragtningen.¹¹³ Den dominerende virksomheds konkurrencemæssige adfærd må således ikke kunne påvirke konkurrencen i andre led af forsyningskæden, hvilket eksempelvis vil sige mellem leverandører eller mellem virksomhedens kunder.¹¹⁴ Hvis ikke denne fordrejning forekommer, vil forskelsbehandlingen (uanset om den forekommer en eller flere gange) ikke medføre en konkurrencemæssig ulempe. Hvis den dominerende virksomhed selv har forhindret handelspartnerne i at konkurrere eksempelvis ved at opstille begrænsninger, foreligger der dog alligevel overtrædelse som følge heraf.¹¹⁵

Hvis en facilitetsindehaver tillader to kunder (f.eks. virksomheder der driver færgetransport) adgang til en facilitet (en havn), hvor begge virksomheder får stillet tilsvarende dele af faciliteten til rådighed, men på forskellige præmisser, så vil betingelsen være opfyldt. Da betingelsen også skal vurderes i henhold til potentielle konkurrenter, vil det ligeledes være tilfældet, hvis en ansøger diskrimineres i forbindelse med sin adgang til faciliteten, såfremt der er en operatør på faciliteten i forvejen.

Den tredje betingelse, der kan udledes, omfavner situationen, hvor der ikke er tale om et isoleret tilfælde. Det er legitimt for en dominerende virksomhed at differentiere mellem forskellige partnere, fordi der er forskellige omstændigheder, der ligger til grund for det pågældende samarbejde. Dette er uanset, om forskellene i sig selv legitimerer denne forskelsbehandling, eller om det eksempelvis er en følge af, at der ikke er tale om tilsvarende ydelser (som gennemgået tidligere).¹¹⁶ I denne betingelse fremgår det, at isolerede tilfælde ikke kan vurderes i henhold til denne litra. Dette skyldes, at isolerede tilfælde ikke har noget sammenligningsgrundlag, hvormed forskelsbehandling ikke kan fastslås, da det netop påkræver et sammenligningsgrundlag.

Den samme sondring skal gøres for væsentlige faciliteter. Er der tale om sammenlignelige situationer (og ikke isolerede tilfælde), hvormed det kan bekræftes, at adfærden fører til en konkurrenceforvridning, vil misbrug således foreligge. Her er det dog en nødvendighed, at der ikke er forskellige forhold, der legitimerer, at netop den ene virksomhed er blevet behandlet anderledes end den anden. Ved isolerede tilfælde kan der dog også forekomme misbrug, men her vil der ikke være tale om diskriminering efter litra c. Her ville litra a skulle anvendes.

d. At det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahtenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand

Litra d) omhandler kombinationssalg, som ofte benævnes tying og bundling. Der er visse forskelle mellem disse to begreber, men da de ligeså til dels er overlappende begreber, vil de

¹¹² Sag T-228/97 (Irish Sugar), præmis 164.

¹¹³ Temple Lang, John; Anticompetitive non-pricing abuses under European and National Antitrust Law, side 247-248 i International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003.

¹¹⁴ Fejø, Jens og Ølykke, Grith; EU-Konkurrenceret, side 370.

¹¹⁵ Temple Lang, John; Anticompetitive non-pricing abuses under European and National Antitrust Law, side 248 i International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003.

¹¹⁶ Ibid., side 247.

behandles under ét. Kombinationssalg er, hvor den dominerende virksomhed påtvinger en samhandelspartner et sekundært produkt, når denne vil købe det primære produkt. Dette er ulovligt, hvis der er tale om særskilte produkter, hvor kunder ville have købt det primære produkt uden at købe det sekundære, og hvis kombinationssalget vil kunne udelukke konkurrencen.¹¹⁷

Dette kan ske ved væsentlige faciliteter, såfremt facilitetsindehaveren vil påtvinge ansøgeren et andet produkt som forudsætning for adgangen til den væsentlige facilitet. Det vil sige, at hvis en virksomhed ejer jernbanenetværket, som en konkurrerende virksomhed gerne vil leje til brug for passagertransport med tog, men ejeren af netværket stiller som krav til lejen, at virksomheden også lejer togkonduktører for at få denne adgang.

3.1.4 Delkonklusion

Det er principielt ikke ulovligt at have en dominerende stilling, men såfremt denne misbruges, er forholdet reguleret i artiklen, hvilket også er i overensstemmelse med ny industriøkonomisk teori, da TEUF art. 102 sigter på adfærd frem for markedsstrukturen. Ved misbrug forstås en adfærd, der har en negativ påvirkning af konkurrencen, der dermed skader forbrugere. I relation til væsentlige faciliteter vil misbrug ofte være i form af adgangs nægtelse, diskriminerende adfærd og/eller urimelige vilkår i kontraheringsfasen om adgangen til faciliteten. Alle misbrugsvarianterne fra litra a) til d) er derfor relevante ift. væsentlige faciliteter.

I analysen af en dominerende stilling blev det konkluderet, at når der er tale om en væsentlig facilitet, vil den pågældende facilitet alene kunne udgøre det relevante marked, hvormed markedsstyrken også bliver signifikant høj med en markedsandel på op mod 100 % af det relevante marked. Det vil sige, at hvis det relevante marked afgrænses til en bestemt facilitet, som ejes af én, og adgang ikke er givet til andre, må denne betegnes at være monopolist på markedet. Faciliteten er hermed væsentlig for at operere på markedet, da denne er markedet. Såfremt virksomheden alene ikke har en dominerende stilling, men kan anses som værende kollektivt dominerende som følge af samarbejde med andre, vil dette også være underlagt artiklen. Dette vurderes hovedsageligt ud fra virksomhedernes sammenhængende ageren og ikke blot ud fra virksomhedernes ejerskab.

3.2 Hvordan skal og bør betingelserne for tvungen adgangstilladelse fortolkes?

De europæiske konkurrenceregler stammer tilbage fra 1950'erne, hvor USA allerede havde en veletableret administrativ og juridisk praksis på området. Da USA samtidig havde en førende position efter 2. Verdenskrig, blev både deres økonomiske og juridiske overvejelser videreført til Europa.¹¹⁸ Den første sag vedrørende væsentlige faciliteter udspillede sig i USA og kendes som Terminal Railroad-sagen fra 1912. Terminal Railroad Association var en sammenslutning af jernbaneselskaber, der havde et væsentligt jernbanekryds, som skulle passeres for, at man kunne komme ind til St. Louis. De amerikanske konkurrencemyndigheder fastslog, at konkurrerende selskaber skulle tillades adgang til dette kryds, grundet dets væsentlige egenskab for at kunne konkurrere på markedet for jernbanetransport til og fra St. Louis.¹¹⁹ Afgørelsen førte således til et princip om, at hvis man kontrollerer en væsentlig facilitet, skal der under visse omstændigheder tillades andre adgang. Op gennem det 20. århundrede bidrog flere sager til området for væsentlige faciliteter,¹²⁰ og i 1983 blev der af den

¹¹⁷ Sag T-201/04 (Microsoft), præmis 842 og 869.

¹¹⁸ Fejøl, Jens og Ølykke, Grith; EU-Konkurrenceret, side 26-27.

¹¹⁹ Sag United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 US 383 (1912) og Reiffen, David and Kleit, Andrew; Terminal Railroad Revisited: Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly?, side 419.

¹²⁰ Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 436 U.S. 956, 98 S. Ct. 3069, 57 L. Ed. 2d 1121 (1978). See Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366, 93 S. Ct. 1022, 35 L.

amerikanske Court of Appeal fastslået fire kumulative betingelser for adgangen til en væsentlig facilitet.¹²¹ Disse harmonerer i høj grad med de kumulative betingelser, der finder anvendelse i EU-ret.

Det var først 60 år efter Terminal Railroads-sagen, at den første afgørelse om en væsentlig facilitet blev afsagt i EU. Det skete ved Zoja-dommen, som allerede blev gennemgået i afsnit 3.1.3. I denne sag fremgik det, at når en virksomhed er dominerende på markedet for råmaterialer, vil denne kunne fordreje konkurrencen på markedet for afsætning af et følgeprodukt. Har virksomheden kontrollen over et råmateriale (en facilitet), som er et essentielt input til markedet for et andet produkt, vil denne misbruge sin stilling, hvis den nægter leverancer (adgang) til dette råmateriale, således konkurrencen for afsætningen af følgeproduktet elimineres.¹²² Herved ses betingelse 1 og 3 fra afsnit 1.5; facilitetsindehaveren skal have en dominerende stilling på det relevante marked og facilitetsnægtelsen må ikke føre til eliminering af effektiv konkurrence. Følgeproduktet i Zoja-dommen er ethambutol, som kræver det specifikke råmateriale, hvorfor den ikke kan substitueres. Her ses derfor betingelse 2; faciliteten må ikke kunne duplikeres eller substitueres. Ydermere kunne leveringsnægtelse ikke retfærdiggøres objektivt. Dette blev dog undersøgt, hvorfor betingelse 4 også fremkom i afgørelsen; facilitetsnægtelsen må ikke kunne retfærdiggøres objektivt. Zoja-dommens ratio decidendi er derfor disse fire betingelser, selvom de ikke eksplicit blev fastslået. Betingelserne visualiseres i nedenstående figur, hvor betingelse 1 og 2 omfatter "en eller flere virksomheder" samt "dominerende stilling". Disse er allerede analyseret, hvorfor nedenstående afsnit skal bruges til analyse af de tre kumulative betingelser, der bevirker, at adgangs nægtelsen kan udgøre misbrug.



Figur 6: Udgør adgangs nægtelse misbrug?

Ed. 2d 359 (1973); City of Mishawaka v. American Electric Power Co., 465 F. Supp. 1320, 1336 (N.D. Ind. 1979), aff'd in relevant part, 616 F.2d 976 (7th Cir. 1980), cert. denied, 449 U.S. 1096, 101 S. Ct. 892, 66 L. Ed. 2d 824 (1981).

¹²¹ Sag MCI Communications Corp. v. AT&T. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983)).

¹²² Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja), præmis 22 og 25.

Spørgsmålet er således, hvad der er relevant at vurdere under de tre betingelser, så de implicerede parter i en sag om væsentlige faciliteter ved, hvad der skal og bør lægges vægt på i denne sammenhæng. Dette skal således sikre en effektiv vurdering i hver sag.

For at vurdere betingelserne for en tvungen adgangstilladelse vil tidligere afgørelser anvendes som den primære retskilde, hvorfra vurderingsprincipper kan udledes. Dette vil blive suppleret af de lege ferenda-betragtninger i tilfælde, hvor mangler eller uhensigtsmæssigheder identificeres.

Afsnittet omhandler kun tvungen adgangstilladelse, hvor frivillig adgangstilladelse vil blive behandlet nedenfor i afsnit 3.3, da problemstillingen i sådanne situationer omhandler kontraheringen.

3.2.1 Ikke substituerbar eller duplikerbar facilitet

Baggrunden for at medtage denne betingelse er at sikre, at incitamentet til innovation bevares. Hvis ikke denne betingelse eksisterede, ville ansøgeren kunne kræve adgang, selvom der var substituerbare faciliteter til rådighed, eller tilsvarende faciliteter kunne etableres. Således ville konkurrenter kunne 'free ride' på indehaverens facilitet, hvorved konkurrenters incitament til innovation ville mindskes, samt indehaverens incitament til at innovere i første omgang ligeså ville mindskes. Betingelsen sikrer således incitament til innovation, hvilket fremmer de teknologiske fremskridt, der netop er en indikator for branchens performance i industriøkonomisk regi.

Betingelsen er derfor vigtig, idet faciliteten ikke kan kategoriseres som væsentlig, såfremt den kan duplikeres eller substitueres. Hvis den kunne det, ville faciliteten ikke være det eneste input til det ønskede output, hvorved det ikke ville være proportionalt for indehaveren at en adgang til gavn for ansøgeren gennemtvinges. Spørgsmålet er derfor, hvad der kræves for at en facilitet hhv. kan/ikke kan karakteriseres som substituerbar eller duplikerbar. Herunder vil det blive undersøgt, om betingelsen kræver en absolut umulighed for duplikation/substitution.

I Zoja-dommen blev det fastslået ved ekspertudtalelse, at der fandtes substituerbare metoder med andre råmaterialer til fremstilling af følgeproduktet ethambutol, end den Zoja anvendte. Disse metoder var dog ikke kommercielt mulige, da det økonomisk set ikke ville være konkurrencedygtigt og derfor rentabelt at anvende disse øvrige metoder.¹²³ Herved ses det, at der skal anlægges økonomiske betragtninger ved vurderingen af denne betingelse. Betingelsen skal derfor ikke anses som absolutte duplikations- og substitutionsmuligheder, men derimod økonomisk realistiske muligheder. I tilfældet med Zoja, ville en ændring i metoden medføre, at det blev meget dyrere at producere produktet, hvorfor det måske ikke ville være rentabelt som følge af priselasticiteten, og derfor ville virksomheden blive udkonkurreret. Dette ville medføre eliminering af væsentlig konkurrence, idet Zoja var en af fællesmarkedets hovedproducenter af ethambutol.¹²⁴ Det samme er blevet pointeret i tilsvarende sager, hvor det blev fremhævet, at adgangen kun gives, hvis "...der ikke findes noget faktisk eller potentielt alternativ..."¹²⁵ eller "...såfremt disse infrastrukturer, produkter eller ydelser ikke er »substituerbare«, og såfremt infrastrukturerne, produkterne eller ydelserne er så specielle eller så dyre at reproducere — hvorved der også skal tages hensyn til den tid, der rimeligvis kræves til at reproducere dem..."¹²⁶.

¹²³ Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja), præmis 16.

¹²⁴ Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja), præmis 25.

¹²⁵ Sag T-504/93 (Tierce Ladbroke), præmis 131.

¹²⁶ Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94 (European Night Services), præmis 209.

Den økonomiske vurdering skal dog anlægges restriktivt, hvilket blev fastslået i Bronnerdommen.¹²⁷ I afgørelsen blev adgangs nægtelsen til et distributionsnet af dagblade anerkendt af EU-Domstolen, selvom ejeren af denne facilitet havde en dominerende stilling på dette tjenesteydelsesmarked, og der ikke var andre med en landsdækkende udbringningsordning.¹²⁸ Årsagen til, at nægtelsen blev accepteret, var, at udbringningen af dagbladene både kunne substitueres og duplikeres. Substitution kunne ske ved, at udbringningen skete via postvæsenet og salg i forretninger og kiosker. Dette blev anset som substitutter, selvom de var mindre fordelagtige i relation til distributionen af visse dagblade.¹²⁹ Ved vurderingen af duplikationsmuligheder blev det anført, at der ikke var "...hverken tekniske, retlige eller endog økonomiske forhold, der kan medføre, at det for enhver anden udgiver af dagblade vil være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt, alene eller i samarbejde med andre udgivere, at opbygge sin egen landsdækkende udbringningsordning og anvende den ved distributionen af sine egne dagblade".¹³⁰ Selvom en duplikation af distributionsnettet ville være urentabel pga. de få udbringninger, der skulle laves, ville det ikke være tilstrækkeligt for at få adgang. Til denne vurdering skal udbringningen på det eksisterende distributionsnet tages med i betragtningen. Det vil sige, at det skal være økonomisk urentabelt at anlægge eget distributionsnet, selvom samme antal udbringninger blev leveret som på det eksisterende netværk.¹³¹ EU-Domstolen anvendte her 'lige så efficient'-testen, som også er blevet pointet i flere senere afgørelser.¹³² Dette lever også op til formålet med selve TEUF art. 102; nemlig at fremme konkurrencen, efficiensen og forbrugernes velfærd.¹³³ I testen skal det vurderes, om den adgangssøgende virksomhed er lige så efficient som facilitetsindehaveren, idet art. 102 kun beskytter lige så efficiente konkurrenter, og dermed ikke inefficente konkurrenter.¹³⁴ Et ubesvaret spørgsmål er, om det er alle udbringningerne på det eksisterende netværk, der skal medtages i rentabilitetsvurderingen, eller kun udbringningerne på det samme downstream-marked, som adgangssøgeren (Bronner) ønsker at operere på. Denne uklarhed er relevant at få afklaret, eftersom den vil have en signifikant betydning ift. rentabilitetsvurderingen. Det er måske rentabelt at opbygge et nyt distributionsnet, hvis både der skal medtages udbringninger af aviser og magasiner, men hvis der kun skal medtages aviser, kan det lettere blive urentabelt. Rentabilitetsvurderingen er derfor afhængig af, hvor bred en produktgruppe der medtages. Ud fra domstolens valgte ordlyd i præmis 44 "og anvende den ved distributionen af sine egne dagblade", kan det tolkes som, at det kun er netop det downstream-marked, som Bronner ønsker at konkurrere på (aviser), som skal medtages i vurderingen. Dette er dog ikke nødvendigvis den fortolkning, domstolen havde haft til hensigt, da der ikke blev nævnt nogen anden udbringning end Mediaprints distribution af aviser.¹³⁵ Det vil sige, at domstolen ikke tog eksplicit stilling til uklarheden. Hvis det var tilfældet, at alle udbringninger skulle medtages, ville betingelsen for adgang være meget byrdefuld. Dette ville enten resultere i færre konkurrenter på markedet, hvilket ceteris paribus ikke er gavnligt for konkurrencen, eller i flere faciliteter, som kan tænkes at ville være ressourcspild, såfremt det ikke var nødvendigt. Det er dog en balancegang, da princippet om den frie aftaleret er udgangspunktet, og en fra-

127 Generaladvokat Jacobs fremlagde i sit forslag en række forudsætninger, der indskrænkede brugen af doktrinen om væsentlige faciliteter. Se eksempelvis præmis 56-68 i forslaget samt Doherty, Barry; *Just What Are Essential Facilities?*, side 417.

¹²⁸ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 36-37.

¹²⁹ Ibid., præmis 43.

¹³⁰ Ibid., præmis 44.

¹³¹ Ibid., præmis 45.

¹³² Se bl.a. sag C-280/08 (Deutsche Telekom), præmis 177, sag C-52/09 (TeliaSonera), præmis 31, 39, 43, 63-64 og 70 og sag C-209/10 (Post Danmark), præmis 21, 25 og 38.

¹³³ Whish, Richard and Bailey, David; *Competition Law*, side 207.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Evrard, Sébastien; *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, side 522.

vigelse af dette kun skal ske undtagelsesvist. Hvis adgangen til væsentlige faciliteter blev lempet for meget, ville nogle virksomheder have dette med i deres betragtninger, når de skal udvikle deres egen facilitet. Det vil netop mindske incitamentet til udvikling, hvis virksomheder let kunne anvende andres faciliteter.¹³⁶

Det synes mere rationelt, hvis domstolen anlagde en mere ligefrem økonomisk rentabilitetsvurdering, hvor det undersøges, om omkostningerne ved at bygge en ny facilitet med rimelighed ville kunne tjenes hjem over en given tidsperiode ved at tage alle relevante parametre med i overvejelserne. Det vil sige, at det er ansøgerens forhold, der skal tages i betragtning i stedet for indehaverens afsætning. Ved vurderingen af alle parametre er bl.a. den forøgelse i markedsandelen, virksomheden ville vinde, og om aktuelle og potentielle konkurrenter ville dele faciliteten vigtige parametre. Hvis undersøgelsen viser, at omkostningerne ikke vil kunne hjemtages, burde adgangen gives, medmindre andre betingelser taler for det modsatte.¹³⁷ Det vil sige, at rentabilitetsvurderingen skal opfylde en udregning, der viser, at såfremt de totale omkostninger ved etableringen af faciliteten er større, end hvad der over en given tid vil kunne dækkes ved afsætning på downstream-markedet, skal adgang til den etablerede facilitet tillades.

Det vil være et urealistisk scenarie at antage, at Bronner ville kunne udbringe samme mængde i et nyt distributionssystem. For det første er markedet begrænset til en vis skare af kunder, som den dominerende virksomhed allerede har en stor markedsandel af. Blot fordi der indtræder en ny virksomhed på markedet, vil den totale efterspurgte mængde ikke forøges (signifikant). Der vil dog muligvis ske en reallokering af markedsandelene blandt de to parter, hvormed der på begge faciliteter ville være en lavere afsat mængde, end antaget i det kriterium afsagt i EU-Domstolen. For det andet er det slet ikke givet, at Bronner har et ønske om at afsætte tilsvarende mængde, som Mediaprint gør via det eksisterende distributionssystem, hvilket synes antaget af EU-Domstolen.¹³⁸ Derfor kan det undre, at det er mængden på det eksisterende distributionssystem, der gøres til fundament for analysen. I stedet for bør det være Bronners forhold, hvormed forstås et estimat af, hvad han faktisk har mulighed for at afsætte inden for en given periode, hans andre økonomiske forhold (OBS på lige så efficientesten) samt muligheden for at dele etableringsomkostningerne med andre virksomheder.

Ovenstående ville ikke have ændret konklusionen i Bronner-dommen, da der også er substitutionsmuligheder i form af udbringning via postvæsenet og salg gennem forretninger og kiosker.¹³⁹

Bronner-dommen viste desuden, at det ikke er tilstrækkeligt, at adgangen til faciliteten vil medføre konkurrencefordele for ansøgeren.¹⁴⁰ Som pointeret tidligere skal faciliteten være teknisk, retlig eller økonomisk realistisk umulig at duplikere.¹⁴¹ Lige nu er dette udelukkende gældende for duplikationsvurderingen, men det samme bør være gældende for substitution. Dette betyder, at der ikke må være substituerbare realistiske leverandører, således faciliteten kan erstattes af samme eller tilsvarende faciliteter. Hvad der nærmere skal forstås ved de tre parametre vil nærmere analyseres herunder.

Den tekniske umulighed vil være tilstede, såfremt der ikke findes substituerbare metoder på det nuværende udviklingsstadium. Dette var ligeså Kommissionens anbringende i Zoja-dommen, hvor de anførte, at nogle af de alternative metoder til fremstilling af ethambutol er

¹³⁶ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 57.

¹³⁷ Evrard, Sébastien; Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond, side 522.

¹³⁸ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 46.

¹³⁹ Ibid., præmis 43.

¹⁴⁰ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 57.

¹⁴¹ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 44.

under udvikling eller testes på forsøgsanlæg.¹⁴² Det vil sige, at der var tekniske hindringer for at anvende disse metoder, hvorfor den tekniske umulighed var opfyldt for disse. Det kan også være en fysisk umulighed. Eksempelvis hvis der kun er ét sted langs hele kystlinjen, hvor der kan anlægges en dybhavs-havn, vil denne havn være fysisk umulig at duplikere, hvis der allerede er anlagt én på det pågældende sted.¹⁴³

Retlig umulighed vil forekomme, hvis den alternative metode er ulovlig, eksempelvis såfremt en tilladelse ikke kan gives. Det kan være en tilladelse til at bygge en havnefacilitet ved siden af en allerede anlagt havn. Ift. Zoja-dommen kunne den retlige vurdering laves, hvis der faktisk fandtes en kommerciel konkurrencedygtig alternativ metode til fremstilling af ethambutol, men denne metode var ulovlig, grundet skadelige affaldsstoffer eller lignende.

Det kan være meget individuelt hvilke økonomiske vurderinger, der bør foretages ift. substitution. Hvis det antages, at de alternative metoder til fremstilling af ethambutol i Zoja-dommen var tilgængelige til samme pris som den metode, der i sagen blev anvendt, ville substitutionsmulighederne umiddelbart være både tekniske, retlige og økonomiske realistiske. En yderligere økonomisk vurdering vil dog skulle anlægges i sagen, idet Zoja i forvejen havde fået gentagne leveringer af det råmateriale, som der nu nægtes leveringer af. Det vil sige, at deres produktionsudstyr og metode nu skulle ændres fuldstændigt. Omkostninger i den forbindelse vil også skulle medtages i en økonomisk vurdering. Hvis omkostningerne ved omlægning af produktionen er af en sådan størrelse, at markedet bliver uopnåeligt at komme ind på, burde adgang alligevel gives til det oprindelige råmateriale. I denne betragtning skal det netop have sig i mente, at virksomheden allerede har haft store omkostninger forbundet med oprettelsen af den eksisterende produktionsfacilitet. Derfor skal antallet af år efter oprettelsen af denne facilitet samt afskrivningsbeløbene medtages. Kommissionen har også anerkendt, at det er mere sandsynligt, at misbrug konstateres, hvis der nægtes levering til en eksisterende kunde. Dette skyldes bl.a. de investeringsomkostninger, den eksisterende kunde har haft i relation til produktionsudstyr til det (tidligere) leverede materiale.¹⁴⁴ En adgangstilladelse i en sådan situation lever også op til den restriktive forudsætning fremsat i Generaladvokat Jacobs forslag til Bronner-dommen; hvis hindringen udelukkende skyldes omkostningerne, “så skal hindringen være så stor, at den vil afholde enhver fornuftig virksomhed fra at gå ind på markedet”.¹⁴⁵ Udtalelsen bør ikke forstås stringent som enhver fornuftig virksomhed, men derimod enhver fornuftig virksomhed i den pågældende situation. Yderligere omkostninger for virksomheden skal dog ikke medregnes, da det udelukkende vedrører rentabiliteten i opbygningen af den nye facilitet. Derfor skal virksomheder vurderes på lige vilkår; der er ikke forskel på, om det er en resourcesvag eller –stærk virksomhed, der skal vurderes økonomisk.¹⁴⁶ Alligevel vil der være forskel på, om produktionen skal omlægges som følge af en leveringsnægtelse (ligesom i Zoja-dommen), eller om det er en ny indtrænger på markedet. Ved førstnævnte tilfælde er det den dominerende virksomhed, der misbruger sin stilling til at tvinge konkurrenten til at omlægge produktionen med det håb, at det medfører en eliminering af konkurrencen. Derfor skal både omkostningerne ved etablering af den nye facilitet medtages samt de tilbageværende afskrivningsbeløb på den ældre facilitet. Hvis det er en ny indtrænger på markedet, skal det naturligvis kun være rentabiliteten ved oprettelsen af en ny facilitet, der skal medtages i den økonomiske vurdering.

¹⁴² Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja), side 234 (“vedr. 2” og “vedr. 7”).

¹⁴³ Whish, Richard and Bailey, David; Competition Law, side 743.

¹⁴⁴ Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 84.

¹⁴⁵ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 66.

¹⁴⁶ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 45.

Ud over tekniske, retlige og økonomiske vurderinger synes det rationelt at tage en yderligere faktor med i betragtningen. De tre ovenstående vurderinger skal laves ud fra et objektivt virksomhedshensyn, da adgangen kun skal gives undtagelsesvist, når andre alternativer er umulige. Et alment hensyn til samfundet og forbrugerne vil også være relevant at inddrage. Dette er generaladvokat Jacobs opmærksom på, hvilket han viste i sit forslag til Bronner-dommen. Her nævnte han, at almene hensyn også kan tale for ikke at tilvejebringe en ny facilitet.¹⁴⁷ Med dette mente han sandsynligvis, at der er visse samfundsmæssige hensyn, der kan have afgørende betydning. Det ville eksempelvis ikke give mening at anlægge et nyt jernbanenet parallelt med et eksisterende, selvom alle betingelser ellers var opfyldte. Det almene hensyn vil her være miljøet og borgerne, der måske ville blive udsat for ekspropriation. Det ville tale imod det konkurrenceretlige princip om effektiv ressourceanvendelse.¹⁴⁸ Hensynet kunne også dækkes under den retlige vurdering, men det giver et mere eksplicit vurderingsgrundlag, når de almene hensyn bliver pointeret separat, således det er klart, hvilke faktorer der er relevante.

Selvom generaladvokat Jacobs nævnte de almene hensyn i relation til duplikation, vil det også være relevant ift. substitution. Hvis det antages, at der i Zoja-dommen var en alternativ metode, der var kommerciel konkurrencedygtig, men der var nogle stoffer i det råmateriale, der skulle anvendes til fremstilling af ethambutol via den metode, som kunne forårsage hårde bivirkninger i ethambutol-lægemidlet mod tuberkulose. Dette burde føre til, at det råmateriale ikke blev anset som substituerbart, idet der findes et råmateriale uden disse bivirkninger.

Visse forfattere har argumenteret for, at det restriktive syn anlagt i Bronner-dommen kontra Zoja-dommen skyldes forskelle i de to sager.¹⁴⁹ Zoja-dommen omhandlede en nægtelse af at fortsætte leverancer til en *eksisterende* kunde, hvor Bronner-dommen omhandlede nægtelse af adgang til en *ny* "kunde". Ikke desto mindre har sagerne den samme kernetvist; en dominerende virksomhed som har kontrollen over et input, som er så væsentlig til et downstream-marked, at hvis andre ikke får adgang dertil, kan de ikke konkurrere på markedet.¹⁵⁰ Generaladvokat Poiares Maduro har også i Telekom-dommen henvist til flere sager om væsentlige faciliteter; herunder både Zoja og Bronner, hvormed han antyder, at de hører til samme familie.¹⁵¹ Sagerne har derfor præjudikatværdi over for hinanden, selvom der har været mindre forskelle fra sag til sag. Der bør heller ikke være forskelle i, hvor strenge betingelserne skal være i sager om eksisterende kunder kontra nye kunder, ud over forskellen i den økonomiske vurdering hvor etableringsomkostninger i en allerede anlagt facilitet kan medinddrages som konkluderet ovenfor. Hvis betingelserne i sager om eksisterende kunder var strammere, ville det skabe et incitament til ikke at starte på leveringerne, da man ellers ville kunne blive låst i en samarbejdsaftale. Et sådant incitament ville skade samfundsøkonomien, idet der (*ceteris paribus*) ville blive indgået færre samarbejdsaftaler.¹⁵² Der har dog været en forskel i nogle sager, som derfor indtager en ny form for væsentlig facilitet. Forskellen ligger i, at de har omhandlet immaterialrettigheder.

3.2.1.1 Væsentlige immaterialrettigheder

Den første sag om en immaterialret som væsentlig facilitet blev afprøvet i Magill-dommen. Her blev det fastslået, at man som det klare udgangspunkt har eneret over en immaterialret,

¹⁴⁷ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 65.

¹⁴⁸ Konkurrencelovens § 1.

¹⁴⁹ Se bl.a. Vassilis, Hatzopoulos; Case C-418/01, IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH, side 1613.

¹⁵⁰ Ritter, Cyril; Refusal to Deal and "Essential Facilities", side 283.

¹⁵¹ Generaladvokatens forslag til sag C-109/03 (Telekom mod OPTA), præmis 32.

¹⁵² Ritter, Cyril; Refusal to Deal and "Essential Facilities", side 284-285.

hvorved der ikke kan ske misbrug ved at nægte en licens. Dette udgangspunkt er dog kun gældende, såfremt der ikke foreligger særlige omstændigheder.¹⁵³ Disse særlige omstændigheder viste sig at være de samme fire betingelser for adgang til væsentlige faciliteter som tidligere udledt af Zoja-dommen,¹⁵⁴ og som Bronner-dommen senere også anerkendte (dog under en mere restriktiv fortolkning).¹⁵⁵ Der kom dog en ændring i Magill-dommen, hvor det blev fastlagt, at der ikke var nogle substituer- eller duplikerbare muligheder, således et nyt produkt til gavn for forbrugerne ikke kunne skabes.¹⁵⁶ Derfor kom der her et krav om, at nægtelsen skulle medføre at et nyt produkt, som forbrugerne efterspurgte, ikke kunne frembringes.¹⁵⁷ Der ses herved et krav om, at der eksplicit påvises forbrugerne en skade, hvilket også er medtaget i Kommissionens meddelelse.¹⁵⁸ At denne betingelse er implementeret er sandsynligvis en følge af, at der foretages en indgriben i den eneret, indehaveren er blevet tildelt i form af en immaterialret. I sager om materielle faciliteter er "til skade for forbrugerne" en mere implicit antagelse ved opfyldelse af de øvrige betingelser. Kommissionens retskilder i meddelelsen indikerer ligeledes, at det kun er eksplicit gældende i sager om immaterialret, hvilket tyder på, at den forholder sig mere restriktivt til disse sager.

Den ekstra betingelse, om at nægtelsen skal medføre, at et nyt produkt ikke kan skabes som følge af adgangs nægtelsen, er derfor et resultat af denne eksplicite bevisbyrde om forbrugerskade. I Magill-dommen var der tale om, at virksomheden Magill ville lave en generel TV-guide om den kommende uges programmer, hvilket ikke fandtes på daværende tidspunkt i Irland og Nordirland. Det var et produkt, som der var efterspørgsel på, men Magill kunne ikke få informationerne om den kommende uges programmer fra de tre uafhængige selskaber ITP, RTE og BBC, som alle selv udgav en TV-guide for deres egen kanal. De ville ikke dele informationer, og mente dette var berettiget i henhold til lovgivningen om immaterialret.¹⁵⁹

Magill kunne derfor ikke lave en generel ugentlig TV-guide, idet den manglede information fra de tre selskaber, som havde en betydelig markedsandel. Adgangen til informationerne blev givet, grundet forbrugernes efterspørgsel efter en generel TV-guide, og der ikke fandtes nogen komplette substitutter til denne generelle TV-guide. Dette er en begrænsning af udviklingen til skade for forbrugerne, hvorved misbrug kan idømmes efter art. 102, litra b.

Definitionen af forbrugernes efterspørgsel skal forstås bredt, da en potentiel efterspørgsel er tilstrækkeligt.¹⁶⁰ En direkte aktuel efterspørgsel kan også være væsentligt sværere at dokumentere, da produktet ikke er eksisterende endnu, og prisen på produktet derfor heller ikke kendes.

IMS Health-dommen omhandlede også en immaterialrettighed. EU-Domstolen anerkendte her de samme betingelser som i Magill-dommen, hvorfor der synes, at være en fast retspraksis på området for immaterialretlige væsentlige faciliteter og andre (mere generelle) væsentlige faciliteter.¹⁶¹ I IMS Health-dommen blev det også endeligt fastslået, at der var tale om kumulative betingelser.¹⁶²

Denne form for immaterialret inden for konkurrenceret er tidligere blevet kritiseret, men der er også blevet illustreret komplementære effekter af forholdet mellem de to retssystemer, hvorfor eneretten inden for immaterialret ikke er immun, og kan derfor skærpes af konkur-

¹⁵³ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P (Magill), præmis 49-50.

¹⁵⁴ Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja), præmis 25-28.

¹⁵⁵ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 41 og Doherty, Barry; Just What Are Essential Facilities?, side 418-419.

¹⁵⁶ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P (Magill), præmis 42-54.

¹⁵⁷ Ritter, Cyril; Refusal to Deal and "Essential Facilities", side 285.

¹⁵⁸ Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 81 og 86-87.

¹⁵⁹ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P (Magill), præmis 7-9.

¹⁶⁰ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P (Magill), præmis 30 og 54.

¹⁶¹ Lévêque, François; Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, side 73.

¹⁶² Sag C-418/01 (IMS Health), præmis 38.

reneretten.¹⁶³ Derfor kan konkurrenceretten skride ind i situationer, hvor en immaterialret har en så begrænsende effekt over for konkurrenter, at det skader konkurrencen og derved forbrugerne. Det betyder, at konkurrenceretten kan være med til at sikre et mere balanceret immaterialretssystem, hvor der dog stadigvæk skal tages hensyn til, at immaterialretsindehaverens incitament til at udvikle formentligt har været, at en eneret kunne opnås. Dette vil analyseres nærmere i afsnit 3.2.3.1 nedenfor.

3.2.2 Eliminering af konkurrencen

Betingelsen om at en adgangsnægtelse ikke må eliminere konkurrencen bunder i det økonomiske udgangspunkt, at en dekoncentreret markedsstruktur er til gavn for branchens performance. I udgangspunktet vil der være en positiv sammenhæng mellem et dekoncentreret marked med effektiv konkurrence og forbrugervelfærd i en branche med høj performance. Derfor må en adgangsnægtelse ikke føre til eliminering af konkurrencen.

Formålet med TEUF art. 102 er at forhindre konkurrencefordrejning,¹⁶⁴ hvorfor denne betingelse er væsentlig. Doktrinen om væsentlige faciliteter finder kun anvendelse på situationer, hvor der sker en konkurrencefordrejning, og hvor TEUF art. 102 derfor aktiveres. Som illustreret i figur 6 udgør "eliminering af konkurrencen" derfor en af de kumulative betingelser for, at en adgangsnægtelse udgør misbrug. Det er i denne forbindelse essentielt at få fastlagt, hvad begrebet 'eliminering' dækker over. Er der her tale om total eksklusion af al konkurrence, således det kun gælder for monopoler, eller hvad er påkrævet for at opfylde betingelsen? I Zoja-dommen var der tale om eliminering af Zoja, da leverandøren stoppede sine leverancer af de væsentlige råstoffer, hvormed der var en *fare* for, at Zojas mulighed for at operere på downstream-markedet blev totalt udelukket. Zoja var en af hovedproducenterne af ethambutol, hvormed der ikke var tale om en total eliminering af konkurrencen, men en kraftig reduktion, da hovedproducenten blev fjernet fra markedet.¹⁶⁵ Eliminering blev således fastslået i sagen, hvor der var en risiko for at udelukke en hovedproducent, hvorved den samlede konkurrence ville nedsættes væsentligt. Dette bidrager til forståelsen af begrebet 'eliminering' ved, at det er tilstrækkeligt, at en af hovedaktørerne på markedet bliver ekskluderet, således konkurrencen "blot" nedsættes.

I CBEM-dommen og IMS Health-dommen blev det ligeså fastslået, at hvis der er en *fare* for, at *al* konkurrencen fra en tredje virksomhed udelukkes, må dette være omfattet af forbuddet i artikel art. 102, hvis ellers de øvrige betingelser ligeledes er opfyldte.¹⁶⁶ Herved fremgår det igen, at *risikoen* for eliminering i sig selv er nok til, at der statueres misbrug. Domstolen brugte dog i begge sager ordlyden, at *al* eller *enhver* konkurrence blev udelukket fra den pågældende virksomhed, hvilket er i overensstemmelse med Zoja-dommens ordvalg. Samme ordvalg blev underbygget i Magill-dommen og Bronner-dommen.¹⁶⁷ Dette tyder på en beskyttelse af virksomheden, hvilket ikke er i overensstemmelse med formålet i art. 102, som det tidligere er beskrevet. Derfor må det forstås som, at udelukkelse af enhver konkurrence fra den pågældende virksomhed har haft en så stor betydning på den samlede konkurrence, at det er direkte konkurrenceforvridende.

I Microsoft-dommen ændrede de formuleringen fra at have brugt begreberne *al* konkurrence eller *enhver* konkurrence til nu blot at omfatte eliminering af *effektiv* konkurrence. Det vil

¹⁶³ Kommissionens Meddelelse - Retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler (2004/C 101/02), punkt 7.

¹⁶⁴ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 58.

¹⁶⁵ Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja), præmis 23 - 25.

¹⁶⁶ Sag 311/84 (Centre belge d'études de marché), præmis 26 og sag C-418/01 (IMS Health), præmis 39 og 47.

¹⁶⁷ Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P (Magill), præmis 56 og sag C-7/97 (Bronner), præmis 41.

sige, at Retten lempet eller i det mindste tydeliggør fortolkningen af eliminering af konkurrence-betingelsen. Gældende ret er derfor, at såfremt adgangsnægtelsen skaber en risiko for, at den effektive konkurrence vil blive elimineret, vil denne betingelse kunne anses for opfyldt.¹⁶⁸

Effektiv konkurrence skal forstås ud fra idéen om, at virksomhederne skal være udsat for et vist konkurrencemæssigt pres fra aktuelle og potentielle konkurrenter samt kunder.¹⁶⁹ En indehaver af en væsentlig facilitet vil ikke være udsat for effektiv konkurrence, såfremt han er monopolist på downstream-markedet. Hvis der er konkurrenter på downstream-markedet (eventuelle brugere af faciliteten), vil der dog være en konkurrence. Hvis denne konkurrence er effektiv, men vil miste sin effektive effekt ved en pludselig adgangsnægtelse, vil betingelsen være opfyldt.

I forhold til risikovurderingen har Retten i Microsoft-dommen fastsat, hvad der skal lægges vægt på, hvilket sikrer en konsistent fremgang. Kommissionen bør basere vurderingen på "accurate, reliable and coherent evidence which comprises all the relevant data that must be taken into consideration in order to assess a complex situation and which are capable of substantiating the conclusions drawn from them".¹⁷⁰ Hvad der bør lægges i de tre vurderingskriterier vil variere fra sag til sag, men kriterierne vil kort uddybes generelt herunder for at sikre en mere pragmatisk fremgang. Helt overordnet vil risikoen først og fremmest afhænge af betingelsen om substituerbarhed og duplikerbarhed, da hvis denne utvivlsomt er opfyldt, vil risikoen klart være tilstede. Der kan dog være tvivl, da økonomiske beregninger af estimater og eventuelle tilladelser skal indhentes, etc. Derfor vil vurderingskriteriet "akkurat" betyde, at beregningerne skal være så præcise som muligt. Herunder ligger nødvendigvis, at beregningsmetoderne skal være 'state of the art'. Derudover kunne det være fordelagtigt, at anvende en uafhængig tredjepart til at gennemgå og underskrive dokumentationen. Det vil ligeledes sikre opfyldelse af kriteriet pålidelighed (reliable). Til dette kan eksempelvis benyttes brancheorganisationer eller revisorer, konsulenter eller lignende. Endvidere skal det sikres, at dokumentationen er sammenhængende og kohærent med virkeligheden.

Umiddelbart vil en facilitet, der ikke er substituerbar eller duplikerbar, medføre, at en adgangsnægtelse vil føre til eliminering af ansøgerens mulighed for at konkurrere, og dermed eliminere al konkurrence, såfremt han er den eneste (potentielle) bruger af faciliteten. Derfor vil en opfyldelse af betingelsen i afsnit 3.2.1 ofte medføre, at denne betingelse også er opfyldt. Et scenarie kan dog opstå, hvor betingelserne kan pege i hver sin retning. Man kan således forestille sig en situation, hvor en virksomhed med kontrollen over en havn nægter at give adgang til en ansøger. Betingelsen i afsnit 3.2.1 kan siges at være opfyldt, såfremt der ikke kan gives tilladelse til opførelsen af en ny havn, og såfremt der ikke findes andre substitutionsmuligheder. Alligevel kan betingelsen om eliminering af konkurrence vurderes ikke at være opfyldt, hvis ansøgeren er en inefficent konkurrent, idet der hermed ikke sker en konkurrencefordrejning, eftersom konkurrencen ikke undergår påvirkning fra den nye (potentielle) indtrænger. Det er netop ikke beskyttelsen af konkurrenter, konkurrenceretten regulerer, men derimod opretholdelsen af effektiv konkurrence. I relation hertil har Kommissionen meddelt, "at konkurrenter, der er mindre interessante for forbrugerne, når det [bl.a.] gælder priser... må forlade markedet".¹⁷¹ Hvis udelukkelsen af ansøgeren ikke fører til en forringelse af konkurrencen, vil betingelsen om eliminering af konkurrence ikke være opfyldt. Konkur-

¹⁶⁸ Sag T-201/04 (Microsoft), præmis 563. Kommissionen har bekræftet, at der er tale om eliminering af *effektiv* konkurrence: Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 81.

¹⁶⁹ Whish, Richard and Bailey, David; Competition Law, side 18.

¹⁷⁰ Sag T-201/04 (Microsoft), præmis 564.

¹⁷¹ Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 6.

rencen vil netop ikke svækkes væsentligt,¹⁷² da ansøgeren skal have dækket sine omkostninger, som ud fra antagelsen om ineffektivitet er højere end facilitetsindehaverens, og dermed vil han fastsætte prisen højere på downstream-markedet. Forbrugerne vil derfor ikke vælge ansøgerens produkter, under antagelse af rationel købsadfærd, hvorfor konkurrencen ikke vil svækkes ved en udelukkelse. Derfor vil adgangsnægtelsen ikke være i modstrid med formålet i art. 102.¹⁷³

Dette leder frem til den pragmatiske problemstilling om, hvordan virksomheden skal dokumentere sin effektivitet. Ansøgerens omkostningsstruktur vil netop ændre sig ved en adgang til faciliteten. Derfor vil ansøgeren skulle foretage kalkulationer af dens omkostninger, såfremt en adgang gives. Disse estimater skal naturligvis være af en vis dynamisk karakter, da ansøgeren har visse engangsomkostninger ved etableringen på markedet. Den dynamiske tilgang sikrer, at problemet om 'false negatives'¹⁷⁴ ikke opstår, således at ansøgeren som følge af den dynamiske tilgang har mulighed for at dokumentere, at han på sigt kan blive lige så efficient som facilitetsindehaveren.¹⁷⁵

En anden situation er gældende, såfremt det er en adgangsnægtelse til en kunde/konkurrent, som pt. har adgang til faciliteten (dvs. ikke de novo-nægtelse), eller såfremt virksomheden er på downstream-markedet qua brugen af en andens facilitet. I disse tilfælde vil omkostningsstrukturen være lettere at fastslå. I tilfældet hvor ansøgeren i forvejen er tilstede på markedet vil betingelsen om substituerbarhed/duplikarbarhed ikke være opfyldt, men såfremt den anden facilitet har en eksorbitant omkostningsminimerende effekt, således effektiv konkurrence vil elimineres ved en adgangsnægtelse, vil betingelsen kunne være opfyldt.¹⁷⁶

3.2.3 Ikke objektiv retfærdiggørelse

Hvis der ikke findes substituerende faciliteter og den effektive konkurrence bliver elimineret, foreligger der prima facie misbrug. Dog kan adfærden retfærdiggøres, såfremt den dominerende virksomhed objektivt begrunder denne, eller at der kan påvises betydelige effektivitetsgevinster til gavn for forbrugerne.¹⁷⁷ Såfremt rationalet bag adfærden ikke bunder i ulovlige hensigter, men derimod har til hensigt at gavne branchens performance, bør facilitetsindehaveren have mulighed for at retfærdiggøre denne handling, hvilket denne betingelse sikrer.¹⁷⁸

Der er fire kumulative betingelser, der skal være opfyldte, før der kan dokumenteres effektivitetsgevinster som forsvar for indehaverens misbrugslignende adfærd. Den fjerde betingelse er, at adfærden ikke må eliminere den effektive konkurrence, hvilket står i modsætning til betingelsen om eliminering af konkurrence i sager om væsentlige faciliteter.¹⁷⁹ Såfremt eliminering af den effektive konkurrence statueres, vil de fire kumulative betingelser ikke være opfyldte, hvorfor der aldrig i denne type sager kan påvises effektivitetsgevinster som forsvar.

¹⁷² Artikel 102 vil være overtrådt, såfremt adgangsnægtelsen medfører, at konkurrencen svækkes væsentligt. Se Jessen, Pernille et al.; Regulering af konkurrence i EU, side 284.

¹⁷³ Phillip Areeda er af samme opfattelse. Facilitetsansøgeren skal bidrage positivt til konkurrencen til gavn for forbrugerne. Areeda, Phillip; Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, side 852, punkt 2 og 3.

¹⁷⁴ False negatives betegner, at der udelukkes en virksomhed som pt. ikke synes at være lige så efficient, men som på længere sigt forventes at blive lige så efficient.

¹⁷⁵ Mandorff, Martin og Sahl, Johan; The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance, side 14.

¹⁷⁶ Areeda, Philip og Hovenkamp, Herbert; Antitrust Law, side 736 punkt 1a. Kilde taget fra andet værk grundet manglende adgang til primær kilde: Hylton, Keith; Economic Rents and Essential Facilities, side 1251.

¹⁷⁷ Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 28.

¹⁷⁸ Phillip Areeda er også af den opfattelse, at der bør være mulighed for objektiv retfærdiggørelse. Areeda, Phillip; Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, side 852, punkt 4.

¹⁷⁹ Ibid., punkt 30.

Selv hvis det kan påvises, at effektivitetsgevinsterne kan kompensere for misbruget, og at det opvejer sandsynlige negative virkninger for konkurrencen, samt at effektivitetsgevinsterne medfører lavere produktionsomkostninger qua tekniske forbedringer til gavn for forbrugerne, vil dette hovedsageligt være statiske effektivitetsgevinster. Over tid vil virksomhederne miste incitamentet til udvikling, grundet manglende konkurrencemæssigt pres fra andre aktører, hvormed den allokative efficiens mindskes. Det er derfor essentielt at betragte de dynamiske effektivitetsgevinster i stedet for de statiske. Ovenstående begrundes, hvorfor effektivitetsgevinster ikke kan bruges som forsvar for indehaverens adfærd i denne type sager.

Det er desuden aldrig set, at effektivitetsgevinster har kunnet begrunde en virksomheds misbrugslignende adfærd i EU-retten, hvilket indikerer, at konkurrencemyndighederne er yderst varsomme med at godkende effektivitetsgevinster som begrundelse for misbrug.¹⁸⁰

I sager om væsentlige faciliteter er det dermed den objektive retfærdiggørelse, der er værd at lægge vægt på, hvorfor denne vil være genstand for analyse i nærværende afsnit.

Baggrunden for at anvende objektiv retfærdiggørelse i EU-konkurrenceret er, at der har været et ønske om at adskille henholdsvis adfærd, der udgør misbrug, og adfærd der foretages mhp. at beskytte indehaverens kommercielle interesser.¹⁸¹ Det vil sige, at den objektive retfærdiggørelse skal kunne anses som værende sund rationel virksomhedsadfærd, der ikke hæmmer konkurrencen, men er normal adfærd under konkurrencepres.¹⁸²

Der kan være adskillige grunde, som kan legitimere en misbrug. Det er dog generelt antaget, at det skal være en objektiv grund, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt, at facilitetsindehaveren ikke vil hjælpe en konkurrent. Der skal mere til, at begrundelsen kan anses som objektiv end blot, at det skærper konkurrencen, hvilket går ud over den mulige overnormale profit, monopolisten kan opnå. Det er netop meningen med TEUF art. 102, at der skal tilstræbes effektiv konkurrence. Hvad der i stedet kan anses som objektiv retfærdiggørelse vil blive analyseret herunder.

Gennemgående for alle typer af objektive grunde er, at de skal være proportionale, hvilket betyder, at der skal være sammenhæng mellem mål og middel. Facilitetsindehaverens adgangsnægtelse skal derfor stå i proportionelt forhold til dens målsætning.¹⁸³ Det vil sige, at begrundelsen til at nægte adgang skal være proportionel med eksklusionen af en konkurrent. Proportionalitetsprincippet betyder ligeså, at der ikke må være mindre skadelige metoder til at opnå samme målsætning. Hvis en facilitetsindehaver nægter en ansøger adgang, f.eks. fordi en ansøger ikke er blevet sikkerhedscertificeret til at anvende den pågældende facilitet, så kan indehaveren objektivt begrunde adgangsnægtelsen. Dette vil være proportionalt, fordi konsekvensen af anvendelsen eksempelvis kan forårsage livsfare eller store skader på faciliteten. Netop sundheds- og sikkerhedsmæssige samt tekniske grunde kan være begrundelser, der anses som objektivt nødvendige.¹⁸⁴ I Hilti-dommen anførte Hilti, at anvendelse af andre bolte end Hiltis ville medføre sikkerhedsfare, grundet de tekniske omstændigheder forbundet med at anvende andre bolte. I afgørelsen konkluderede Retten, at Hilti burde have kontaktet myndighederne, såfremt der var en problem med sikkerheden, da denne opgave er pålagt de offentlige myndigheder og ikke en dominerende virksomhed. Retten tilføjede, at EU-

¹⁸⁰ Whish, Richard and Bailey, David; Competition Law, side 223.

¹⁸¹ Van Bael & Bellis; Competition Law of The European Community, side 803.

¹⁸² Sag T-191/98 og T-212/98 - T-214/98 (Atlantic Container Line), præmis 1114.

¹⁸³ Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 28.

¹⁸⁴ Tekniske krav som begrundelse er fastsat i sag 311-84 (Centre belge d'études de marché), præmis 26. For sundheds- og sikkerhedsmæssige grunde; se Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 29.

konkurrenceretten ville undermineres, såfremt en virksomhed selv kunne fortolke en medlemsstats egne bestemmelser, således disse havde forrang for Fællesskabets bestemmelser.¹⁸⁵ Det samme konkluderede Retten og EU-Domstolen i Tetra Pak-dommen, der omhandlede sundhedsfare.¹⁸⁶

Ikke desto mindre har Kommissionen stadig i sin meddelelse om håndhævelse af art. 102 medtaget muligheden for, at ovenstående kan anvendes som objektiv retfærdighedsgrund. Det vidner dog om en umulig bevisbyrde (*probatio diabolica*), idet Domstolen aldrig direkte har accepteret en sådan objektiv retfærdiggørelse.¹⁸⁷ Kommissionens inddragelse af virksomheders mulighed for at retfærdiggøre dens adfærd i deres meddelelse om håndhævelse af art. 102, er dog stadigvæk yderst relevant, da det sikrer, at en normal adfærd ikke ulovliggøres. Hvis muligheden fjernes, ville adfærden være ulovlig per se, uden at virksomheden kunne retfærdiggøre den, hvorved retfærdighedshensynet ville fjernes.¹⁸⁸

Såfremt en facilitetsindehaver kan dokumentere, at baggrunden for adgangs nægtelsen er et forsøg på at forhindre en ulovlig adfærd, vil dette utvivlsomt kunne retfærdiggøre en adgangsnægtelse. Dette er set i en engelsk sag, hvor telekommunikationsvirksomheden Floe Telecom ville agere ulovligt på markedet, såfremt adgang blev givet. Derfor var adgangsnægtelsen legitim.¹⁸⁹ Det vil formentligt være tilstrækkeligt, hvis der er tale om en stærk formodning om, at ansøgeren vil have en adfærd, der er uforenelig med det indre marked. Ydermere kan dette have en besudlende effekt på facilitetsindehaverens varemærke, såfremt han kan identificeres med en ulovlig adfærd, hvormed han er berettiget til at sikre sine kommercielle interesser ved netop at nægte den pågældende virksomhed adgang.

I sager hvor ansøgeren vil bruge faciliteten (i dette tilfælde et produkt) til paralleleksport, må indehaveren lovligt nægte adgang. Det er dog kun tilladt i det omfang, hvor produktet vil bruges til paralleleksport. Det vil sige, at indehaveren vil blive pålagt at levere produktet i "normale" ordrer.¹⁹⁰ Normale ordrer dækker over, at indehaveren ikke kan blive pålagt, at levere væsentligt mere, end hvad der vil skulle anvendes i det importerende land. Den mængde, der ville kunne bruges til paralleleksport, må derfor gerne nægtes leveret.

Sager kan også forekomme, hvor ansøgeren ikke er betalingsdygtig, hvorfor det ikke giver mening for indehaveren at anvende tid og ressourcer på kontrahering, idet der er en overhængende risiko for, at ansøgeren ikke kan betale eller sågar går i betalingsstandsning/konkurs. Derfor er det også en objektiv retfærdiggørelse, hvis adgangsnægtelsen sker på grund af en meget lav kreditvurdering, eller en overvejende sandsynlighed for en snarlig betalingsstandsning.¹⁹¹

En yderligere og meget relevant grund til adgangsnægtelse er kapacitetsbegrænsninger. Der skelnes imellem faciliteter med begrænset kapacitet og ubegrænset kapacitet. I sager om faci-

¹⁸⁵ Sag T-30/89 (Hilti), præmis 20 og 118-119. Rettens dom blev stadfæstet af EU-Domstolen i sag C-53/92 P (Hilti).

¹⁸⁶ Sag T-83/91 (Tetra Pak), præmis 138-140 og stadfæstes af EU-Domstolen i sag C-333/94 P (Tetra Pak), præmis 36-38.

¹⁸⁷ Fejøl, Jens og Øylkke, Grith; EU-Konkurrenceret, side 386.

¹⁸⁸ Vijver, Tjarda van der; Article 102 TFEU: How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of *prima facie* Dominance Abuses, side 122.

¹⁸⁹ Forenede sager A3/ 2007/0658 & 2007/0665 (Ofcom v Floe Telecom) [2007] EWCA Civ 47, præmis 119.

¹⁹⁰ Forenede sager C-468/06 - C-478/06 (GlaxoSmithKline), præmis 77.

¹⁹¹ Whish, Richard and Bailey, David; Competition Law, side 749 og Lang, John Temple; The Principle of Essential Facilities In European Community Competition Law, side 386.

liteter med ubegrænset eller ledig kapacitet vil det være sværere at retfærdiggøre nægtelse af adgang.¹⁹²

I situationer, hvor der foreligger kapacitetsbegrænsninger, kan det være relevant at undersøge, hvorfor denne begrænsning eksisterer. Er begrænsningen en konsekvens af, at indehaveren bevidst udnytter hele faciliteten inefficiënt, hvormed forstås at indehaveren kunne nøjes med en mindre del af faciliteten, vil kapacitetsbegrænsningen ikke kunne retfærdiggøre adgangsnægtelsen. En lignende situation kan forekomme, hvor udnyttelsen af faciliteten reelt er fuldt kontraheret, men at parterne, som burde anvende faciliteten, faktisk ikke udnytter hele den købte kapacitet. Her ville facilitetsindehaveren få en svær bevisbyrde, da denne reelt kan skabe mere kapacitet til fordel for konkurrencen og i sidste ende forbrugerne, uden nogen parter lider skade herefter.¹⁹³

Der kan sågar forekomme sager, hvor en virksomhed på efficient vis anvender al kapacitet, men hvor der alligevel skal tillades adgang til nye ansøgere i form af en udbygning af faciliteten. Dette vil være tilfældet, hvor der er en formodning om, at nye indtrædere vil kunne bidrage positivt til konkurrencen. Begrundelsen herfor ligger i, at det netop er konkurrencen, der i første omgang er vigtig at sikre, da denne vil have en gavnlig effekt på forbrugerne i form af et øget udbud og/eller lavere priser.¹⁹⁴ Det vil sige, at hvis der ikke er andre brugere af faciliteten end indehaveren, vil kapacitetsbegrænsninger aldrig kunne anvendes som en objektiv retfærdiggørelse, da der pt. ingen konkurrence er på markedet, hvorfor der er en klar formodning om, at én konkurrent vil kunne bidrage positivt til konkurrencen. Det skal dog nævnes, at det er facilitetsansøgeren, der må bекoste en sådan udbygning af faciliteten, således der frigives kapacitet til gavn for denne, og det er under antagelse af, at faciliteten faktisk kan udbygges.

Det synes rationelt at lade ansøgeren bекoste den påkrævede udvidelse, da det er denne, der ønsker at tilgå faciliteten. Ansøgeren kan imidlertid opleve økonomiske vanskeligheder herefter, da en sådan udbygning kan være yderst bекostelig, og der allerede i forvejen kan være dokumenteret, at den ikke har økonomiske midler til en duplikation. Det ville dog ikke være gavnligt, såfremt indehaveren blev pålagt at benytte en mindre del af faciliteten selv. Hvis det var tilfældet, ville dette medføre en markant reducereing af incitamentet til, at faciliteterne udvikledes i første omgang.

I sager om væsentlige immaterialrettigheder er der som tidligere pointeret en ekstra betingelse om et mere eksplicit bevis vedr. forbrugerskade, som kan påvises ved, at adgangsnægtelsen vil medføre, at et nyt produkt ikke kan skabes. Denne forbrugerskade kan dog også påvises på anden vis, hvilket vil analyseres nærmere herunder.

3.2.3.1 Væsentlige immaterialrettigheder

Forbrugerskade kan ses som en begrænsning af den tekniske udvikling, hvilket kan læses direkte i TEUF art. 102, litra b. Her er der tale om et ex post incitament til udvikling, som anklageren har bevisbyrden for. Ved ex post incitament til udvikling menes innovation, efter adgang er givet.

Retten havde også dette fokus på incitament til innovation i Microsoft-dommen, hvor den konkluderede, at Kommissionen havde dokumenteret tilstrækkeligt, at ex post incitamentet til innovation (som følge af konkurrencepres) ville reduceres til skade for forbrugerne, såfremt

¹⁹² Lang, John Temple; *Defining Legitimate Competition*, side 493.

¹⁹³ Lang, John Temple; *The Principle of Essential Facilities In European Community Competition Law*, side 387, fodnote 18.

¹⁹⁴ Kommissionens beslutning; sag 94/119/EF (Rødby Havn), præmis 15-16.

adgang til Microsofts information blev nægtet.¹⁹⁵ Dog havde Microsoft alligevel muligheden for at legitimere adfærden, hvis denne kunne retfærdiggøres objektivt.

Microsofts anbringende var i denne sammenhæng et reduceret incitament til innovation, såfremt der blev givet tvungen adgang. Retten konkluderede dog, at Microsoft ikke havde løftet bevisbyrden for dette anbringende. Microsofts bevisførelse var for upræcis, generel og teoretisk, hvormed der modsætningsvist kan slutes, at dokumentationen skal være præcis, specifik og praktisk, såfremt den skal kunne bruges til objektivt at retfærdiggøre adfærden. Med dette menes bl.a., at den anklagede part skal konkretisere for hvilke teknologier eller produkter, innovationen vil hæmmes.¹⁹⁶

Bevisbyrden for at kunne objektivt retfærdiggøre den ekskluderende adfærd som følge af en adgangs nægtelse er derfor, at den anklagede part skal kunne dokumentere, at de positive effekter ved ikke at tillade adgang mere end kompenserer for de negative effekter, der er, såfremt adgang tillades. Ved de positive og negative effekter tænkes på incitamentet til udvikling, hvorfor denne test er blevet benævnt 'The Incentives Balancing Test'. Det vil sige, at fokus bliver på, hvad der samfundsmæssigt er mest gavnligt.

Testen minder på den måde om den procedure, der skal gennemgås, såfremt effektivitetsgevinster anvendes som begrundelse for den misbrugende adfærd. I denne procedure er der som nævnt fire betingelser, hvor betingelse fire er, at der ikke må ske eliminering af effektiv konkurrence, da det har for store negative effekter. Det samme vil være omdrejningspunktet her, da den effektive konkurrence vil elimineres ved en eksklusion af alle konkurrenter på det relevante marked. Dog kan det ikke udelukkes, at gavnlige innovationseffekter er så store, at de mere end kompenserer for det manglende konkurrencepres, hvorved det faktisk gavner forbrugerne. At sikre forbrugernes interesser er et af de primære formål med konkurrenceretten, hvor sikring af den effektive konkurrence skal bidrage til, at dette ultimative forbrugerformål kan opnås, hvorved effektiv konkurrence kun er et delmål.¹⁹⁷ Hvis det ultimative mål kan opnås, uden at delmålet om effektiv konkurrence opnås, så bør dette de jure være tilstrækkeligt til, at handlingen legitimeres. Bevisbyrden vil dog være svær at løfte, da der typisk vil være en sammenhæng mellem effektiv konkurrence og forbrugervelfærd; bl.a. som følge af ex post incitament til innovation, som forøges under effektiv konkurrence pga. et konkurrencepres.

Testen indikerer, at der i konkurrenceretligt regi er et stort fokus på netop incitamenterne til at innovere, når sagerne omhandler væsentlige immaterialrettigheder. Rationalet bag 'The Incentives Balancing Test' er at nå til det optimum, hvor bidraget til samfundet er størst. Testen er relativt nyudviklet, og den har kun fundet anvendelse i Microsoft-dommen, som omhandlede væsentlige immaterialrettigheder. Et nærliggende spørgsmål hertil er følgelig, om den også vil kunne anvendes i sager om materielle væsentlige faciliteter. Umiddelbart virker det rationelt at lade det samme gælde for materielle væsentlige faciliteter, da det ikke er vejen til forbrugervelfærd, der er vigtig, men at målet nås inden for lovens rammer. Der er også tidligere lagt vægt på incitamentet til innovation i sager om materielle faciliteter, hvormed konkurrencemyndighederne har indikeret, at det er et vigtigt parameter i vurderingen.¹⁹⁸ Det negative aspekt ved at lade testen gælde er en subjektivering af lovgivningen, idet der er flere forhold, som kan bevirke undtagelser.

Under performance-elementet i NEIO-teorien ses teknologiske fremskridt (innovation) som en væsentlig påvirkning på en branches performance. Derfor må det gælde, at lovgivningen

¹⁹⁵ Sag T-201/04 (Microsoft), præmis 647-649.

¹⁹⁶ Sag T-201/04 (Microsoft), præmis 696-701.

¹⁹⁷ Ritter, Cyril; Refusal to Deal and "Essential Facilities", side 298.

¹⁹⁸ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 57.

skal indrettes således, at der sikres det højest mulige incitament til udvikling, hvormed performance højnes mest muligt. Dette gøres ved at tillade 'The Incentives Balancing Test' i alle sager om væsentlige faciliteter, hvormed der dog sker en subjektivering af lovgivningen.

3.2.4 Delkonklusion

Som figur 6 viser, er der tre kumulative betingelser, der skal være opfyldt, før en adgangs-nægtelse udgør misbrug.

For det første må der ikke være substituerbare eller duplikerbare faciliteter, som gør, at faciliteten ikke er væsentlig. I denne vurdering er der ikke tale om absolutte substituerbare og duplikerbare muligheder, I stedet er betingelsen opfyldt, såfremt der er tekniske, retlige eller økonomiske årsager, der gør, at ansøgeren ikke vil kunne substituere eller duplikere faciliteten. I vurderingen af duplikationsmulighederne er de økonomiske årsager de mest vanskelige at vurdere. I gennemgangen af betingelsen konkluderedes det, at der i denne vurdering bør lægges vægt på, om omkostningerne ved at bygge en ny facilitet med rimelighed ville kunne tjenes hjem over en given tidsperiode ved at tage alle relevante parametre med i overvejelserne. Ud over disse vurderingsparametre vil også almene hensyn skulle tages i betragtning i relation til både substitution og duplikation. Alle disse parametre er relevante, uanset om der er tale om adgangsnægtelse til en eksisterende kunde eller en ny kunde.

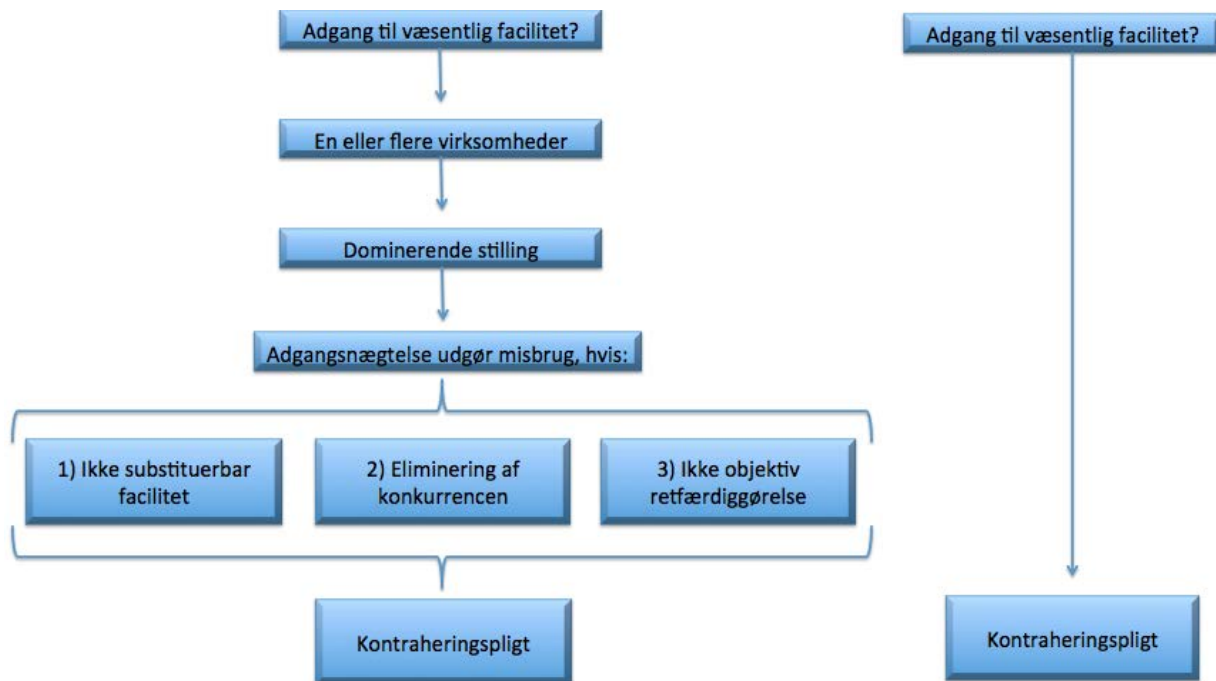
For det andet må der ikke ske eliminering af den effektive konkurrence. Eliminering i henhold til gældende ret udstrækkes til at dække over tilfælde, hvor der er en risiko for, at den effektive konkurrence vil elimineres. Risikovurderingen bør involvere akkurate, pålidelige og sammenhængende beviser, hvilket skal sikre den mest præcise risikovurdering. Hvis der ikke er risiko for en eliminering, vil adgangsnægtelsen være lovlig, hvorfor der ikke kan påtvinges en kontraheringspligt.

Selvom ovenstående betingelser er opfyldte, har facilitetsindehaveren mulighed for objektivt at retfærdiggøre adgangsnægtelsen. Kan indehaveren påvise, at adgangsnægtelsen hindrer en ulovlig adfærd i at opstå, vil dette ubestridt retfærdiggøre adgangsnægtelsen. Sundheds- og sikkerhedsbegrundelser samt ansøgerens kreditværdighed kan ligeså begrunde en adgangsnægtelse objektivt. Kapacitetsbegrænsninger kan tillige legitimere en nægtelse af adgang, men her er vurderingen mere omfattende end for ovenstående tilfælde. Såfremt facilitetens kapacitet er fuldt udnyttet, kan ansøgeren kun kræve adgang, såfremt denne står for og bekoster en udvidelse af faciliteten. Hvis kapaciteten er udnyttet på inefficent vis, vil indehaveren få svært ved at dokumentere, at adgangsnægtelse er objektivt begrundet. Den generelle svære bevisbyrde ved objektivt at begrunde en adgangsnægtelse kan mindske incitamentet til innovation. Denne problematik søger The Incentives Balancing Test at løse ved at muliggøre en objektiv retfærdiggørelse, såfremt incitamentet til innovation har flere gavnlige effekter ved en adgangsnægtelse end vice versa. Testen er indtil videre kun benyttet ved immaterialret-tigheder, men bør også gælde for materielle faciliteter. Bevisbyrden i denne test er dog svær at løfte.

Såfremt ovenstående betingelser er opfyldte, vil der foreligge misbrug, hvormed kontraheringspligt vil blive pålagt facilitetsindehaveren. Dette vil nærmere gennemgås herunder.

3.3 Kontraheringspligt

Når betingelserne for kontrahering ifbm. væsentlige faciliteter er opfyldte, er der pålagt en tvungen kontraheringspligt. Dette illustreres i venstre side af nedenstående figur 7 om adgangstilladelse.



Figur 7: Adgang til kontraheringspligt

Der kan dog også opnås kontraheringspligt ved en frivillig adgangstilladelse. Som højre side af figuren viser, er dette en mere simplificeret proces, hvor facilitetsindehaveren frivilligt giver ansøgeren adgang til den væsentlige facilitet, hvorefter vilkårene for anvendelsen skal fastlægges. At tillade frivillig adgang vil være rationelt for indehaveren, såfremt den reducerede omkostning, han får ved at tillade adgang, er større end det tab, han forventer pga. mistede markedsandele. En adgangstilladelse vil netop reducere indehaverens omkostninger, da omkostningerne dermed kan fordeles ud på flere aktører, således der er flere til at dække omkostningerne end blot indehaveren. Herved sænkes indehaverens LRAC¹⁹⁹ (udgangspunktet er vist i figur 2), hvilket medfører at mængden (Q) øges og prisen (P) reduceres til gavn for forbrugerne.

Kontraheringspligten vil være den samme, uanset om der er givet frivillig eller tvungen adgang, hvorfor de vil behandles under ét.

Kommissionen er i sager, hvor doktrinen omkring væsentlige faciliteter er blevet påberåbt, blevet kritiseret for ikke at fastsætte klare regler i problemstillingen vedr. prisfastsættelsen, som ofte er det væsentligste vilkår i kontraheringen.²⁰⁰ Kommissionen har blot udtalt, at priserne skal være rimelige og ikke-diskriminerende, men ved ikke at forholde sig mere nøjagtigt til hvad dette dækker over, har Kommissionen pålagt det mere specifikke arbejde herved til andre. Det er dog ikke nyt, at priserne skal være således, eftersom det direkte er fastlagt i art. 102, litra a og c. Fralæggelsen af ansvaret fra Kommissionens side kan dog retfærdiggøres ved, at stillingtagen til prisfastsættelse er uden for dens kompetenceområde, hvormed det kunne skabe ineffektive kontrakter, såfremt de blev pålagt at tage stilling i hver sag.²⁰¹ Kommissionen kunne dog indhente ekspertoplysninger i hver sag, hvilket dog heller ikke

¹⁹⁹ Long run average cost.

²⁰⁰ Doherty, Barry; Just What Are Essential Facilities?, side 432.

²⁰¹ Report by the EAGCP; An economic approach to Article 82, side 46.

ville være effektivt. Derimod kunne udstedelse af ex ante meddelelser, der dækker over lovlig prisfastsættelsesmetoder og typiske aftalevilkår ift. væsentlige faciliteter, være gavnlige for både facilitetsindehaveren og ansøgeren. Det ville skabe transparens på området og mindske transaktionsomkostningerne for alle parter, hvilket vil være yderst belejligt, idet konkurrencemyndighederne i forvejen har pålagt omkostninger for parterne i form af en kontraheringspligt. Ligeledes ville ex ante meddelelser skabe retssikkerhed på et område, der pt. ikke er tilstrækkeligt gennemskueligt. Afsnittet her vil derfor søge at skabe klarhed over, hvilke faktorer der er relevante at involvere i en kontrahering, hvor fokus hovedsageligt vil være på prisfastsættelsen.

Kontraheringspligten dækker over, at facilitetsindehaveren og ansøgeren har pligt til at kontrahere mhp. at fastsætte vilkårene for anvendelsen af faciliteten og adgangen hertil.²⁰² For at sikre at der er en proportional sammenhæng mellem den ydelse, der skal erlægges og anvendelsen af faciliteten, skal parterne først og fremmest nå til enighed om, hvilket omfang anvendelsen dækker over. Facilitetsindehaveren vil have et incitament til at sætte vederlaget højt, så han kan opnå en højere indtægt ved adgangsstillelsen. Principperne om, at adgang skal ske på rimelige betingelser (såsom lige og ikke-diskriminerende vilkår),²⁰³ søger at forhindre, at prisen sættes uforholdsmæssigt højt.

I Bronner-dommen udtalte generaladvokat Jacobs, at såfremt en dominerende virksomhed er tvunget til at stille sin facilitet til rådighed, skal indehaveren af faciliteten kompenseres ved, at den kan pålægge ansøgeren en passende del af sine investeringsomkostninger og ligeledes opnå en passende fortjeneste ved investeringen, set i forhold til den risiko virksomheden har påtaget sig.²⁰⁴ En vurdering af denne udtalelse giver dermed indikation af, at når en indehaver har tilladelse til at få et investeringsafkast, så har den principielt også tilladelse til at opnå en avance ved facilitetsudlejningen.²⁰⁵ Der tages således et hensyn til, at facilitetsindehaveren har haft omkostninger/risici forbundet med at etablere faciliteten, og at han skal kompenseres "passende" herfor. Såfremt man ikke anerkendte dette, men derimod tillod adgang til ansøgere uden vederlag (som f.eks. ved fuldkommen konkurrence, der netop er kendetegnet ved fravær af adgangsbarrierer), ville dette mindske incitamentet til at udvikle og etablere faciliteten i første omgang.

At fastsætte prisen for anvendelsen af faciliteten kan medføre komplikationer, hvilket specielt er tilfældet, hvis produktet eller servicen kun er tilgængelig fra én kilde (den væsentlige facilitet).

Problemstillingen ved prisfastsættelsen kan nogle gange løses ved, at indehaveren på nuværende tidspunkt har en fast pris, den pålægger sine egne downstream-operationer. Denne pris kan dermed danne et referencegrundlag for, hvad der er rimeligt at pålægge en ny ansøger.²⁰⁶ Herved undgår facilitetsindehaveren at overtræde art. 102, litra c, såfremt han følger dette princip.

I UBC-dommen forholdte EU-Domstolen sig til, hvordan 'rimeligt' skal forstås i et art. 102-henseende. Her blev det udtalt, at spørgsmålet om hvorvidt grænsen for rimelighed er overskredet eksempelvis kan undersøges objektivt ved at betragte omkostningen ved at producere en vare og salgsprisen på varen.²⁰⁷ Det vil sige, at hvis salgsprisen er væsentligt højere end omkostningerne ved at producere varen, vil det være et indicium på, at salgsprisen er for høj.

²⁰² Jessen, Pernille et al.; Regulering af konkurrence i EU, side 513.

²⁰³ Ibid., side 512 - 513.

²⁰⁴ Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Bronner), præmis 64.

²⁰⁵ Doherty, Barry; Just What Are Essential Facilities?, side 431.

²⁰⁶ Ibid., side 432.

²⁰⁷ Sag 27/76 (United Brands Company), præmis 251.

Hermed kan det slås fast, at rimelighed vurderes på baggrund af et proportionalitetsprincip. Prisen skal således repræsentere anvendelsen af ydelsen. Dog er denne test sjældent nok til i sig selv at bevise misbrug af en dominerende stilling.²⁰⁸

Til at fastsætte prisen om adgangen til væsentlige faciliteter i USA har 'The Efficient Component Pricing Rule' (ECPR) været anvendt som dokumentation for den pris, der højst må tages.²⁰⁹ Derfor virker denne også relevant at inddrage i EU. Formålet med testen er overordnet set at sikre, at facilitetsindehaveren kan kompenseres for sine alternativomkostninger samt sikre, at indehaveren ikke tager en eksorbitant høj adgangspris, som følgelig vil udelukke potentielle konkurrenter. Dette princip følger ligeledes af art. 102, litra a. Alternativomkostningerne skal i denne sammenhæng forstås, som den kompensation indehaveren kan modtage, således han kan få dækket nogle af sine investeringsomkostninger samt opnå en passende fortjeneste.

ECPR vil medføre, at den pris facilitetsindehaveren kan tage for at stille faciliteten til rådighed ($P_{A,F}$) ikke må være større end forskellen mellem prisen, som den tager på downstream-markedet ($P_{I,D}$) og dens marginalomkostninger på downstream-markedet ($MC_{I,D}$).²¹⁰ Dette vil sige, at indehaveren skal følge nedenstående formel:²¹¹

$$P_{A,F} \leq P_{I,D} - MC_{I,D}$$

Indehaveren må kun sætte en pris, der gør, at såfremt ansøgeren er lige så efficient som indehaveren, vil denne have en profit på minimum nul. Derfor sikrer ECPR, at det kun er efficiente (og mindst lige så efficiente som indehaveren) aktører, der kommer ind på markedet.

Problematikken omkring ECPR er dog, at den ikke tager højde for, hvilken pris på downstream-markedet facilitetsindehaveren tager. Hvis indehaveren er den eneste på markedet, vil han være monopolist, hvorved prisen kan være en monopol-pris, der er fastsat højere end prisen ville være under effektiv konkurrence.²¹² Ved anvendelse af ECPR skal myndighederne være opmærksomme på, at $P_{I,D}$ ikke skal være en downstream-pris, der er højere end under effektiv konkurrence.

Dog er der et yderligere krav, som indehaveren skal følge for at prissætte lovligt. Såfremt en ydelse er ækvivalent med en tidligere ydelse, bør prisen være tilsvarende ækvivalent. Derfor skal de samlede omkostninger (indehaverens faste omkostninger ifm. faciliteten ($FC_{I,F}$) plus indehaverens variable omkostninger ifm. faciliteten ($VC_{I,F}$)) fordeles ligeligt ud blandt antallet af facilitetsaktører (y). Nedenstående formel gør sig derfor gældende sideløbende med ovenstående ECPR-formel.

$$P_{A,F} = \frac{FC_{I,F} + VC_{I,F}}{y}$$

Formlen er udledt af art. 102, litra c, hvoraf det fremgår, at tilsvarende ydelser skal behandles ens.

Som det blev pointeret ovenfor, har Generaladvokaten i Bronner udvist tolerance over for, at facilitetsindehaveren kompenseres rimeligt for etableringen af faciliteten. Her skal særligt

²⁰⁸ Kommissionens beslutning; sag COMP/A.36.568/D3 (Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg), præmis 102.

²⁰⁹ Baumol, William et al.; Parity Pricing and its Critics: Necessary Condition for Efficiency in Provision of Bottleneck Services to Competitors, side 146.

²¹⁰ Cabral, Luis; Introduction to Industrial Organization, side 81.

²¹¹ For notationer til afhandlingens formler henvises til bilag 1.

²¹² Cabral, Luis; Introduction to Industrial Organization, side 81-82.

tages hensyn til de hermed forbundne risici. Umiddelbart kan der påtænkes to overordnede kompensationsmuligheder.

Den første mulighed er, at indehaveren opnår en monopoltilstand efter facilitetsetableringen, således at han kan opnå en overnormal profit i en periode, hvor det er umuligt for andre at tilgå faciliteten, så længe indehaveren har denne eneret.²¹³ Det er svært at fastsætte en generel periode for denne eneret, men perioden skal være proportional med de risici og de omkostninger, der har været forbundet med investeringen. Det betyder, at hvis indehaveren har fået meget statsstøtte, og derved ikke har haft mange omkostninger i forbindelse hermed, skal perioden naturligvis være tilsvarende kortere.

Den anden mulighed er mere priskompareret. Her skal indehaveren have mulighed for en decideret økonomisk kompensation. Dette kan enten være i form af en engangsydelse i starten af anvendelsesperioden, eller det kan være en brugspris i en periode, som vil kompensere indehaveren tilsvarende den manglende profit, han deraf ikke opnår.

Der kan dog opstå problemer ved at anvende engangsydelse som kompensation. Det kan nemlig være en yderst bekostelig affære, som ansøgeren måske ikke har råd til. Ansøgeren har evt. ikke haft kapital til at duplikere faciliteten, hvorfor det kan blive et problem at erlægge en stor engangsydelse. Et alternativ hertil er at fordele kompensationen ud over anvendelsesperioden i form af månedlige ydelser. I modsætning til en engangsydelse, hvor der bliver lagt ét beløb i starten af anvendelsesperioden, vil en løbende betaling begrænse ansøgerens risiko, da der i tilfælde af konkurs ikke er erlagt en sum, som ikke kan refunderes. I stedet vil indehaveren være kompenseret i den periode, ansøgeren er på markedet, og såfremt ansøgeren forlader markedet igen i tilfælde af en eventuel konkurs, vil indehaveren genvinde sin magtposition som monopolist, hvorved ingen kompensation er påkrævet. Derudover er det lettere ved en løbende betaling at udarbejde en agil kontrakt, der kan justeres løbende, efterhånden som de faktiske omstændigheder viser sig. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvor parterne har estimeret et beløb til vedligeholdelse af faciliteten, grundet ansøgerens brug, men omkostningerne viser sig at være anderledes.

Ulempen ved priskompensation frem for en midlertidig retlig monopoltilstand er, at prisen vil være et estimat, som kan være svært at fastsætte. Dette er netop fordelene ved en midlertidig monopoltilstand, da det er en reel kompensation, og ikke er estimatbaseret. Dette mindsker dermed usikkerheden, som estimater giver anledning til. Dog har det den konsekvens, at det er helt umuligt at tilgå faciliteten i beskyttelsesperioden, hvilket vil kunne skade forbrugerne. Her opstår fordelene ved priskompensation, da denne netop giver mulighed for, at yderst effektive konkurrenter kan tilgå markedet, hvilket bidrager til den effektive konkurrence og endeligt forbrugerne. Selvom det formentligt er meget få konkurrenter, der vil være så effektive, at de finder markedet attraktivt under disse vilkår, er der en sandsynlighed for, at konkurrence kan opstå, hvilket er helt umuligt, hvis indehaveren får den midlertidige eneret. Herved er det reelt muligt, at der kan forekomme en dekoncentration af markedet, hvorved virksomhedernes adfærd bliver påvirket til gavn for branchens performance, herunder forbrugerne. Priskompensationen vil ligeledes betyde, at der øjeblikkeligt kan komme tilgang af virksomheder på markedet, hvorved facilitetindehaveren ikke har tid til at iværksætte yderligere adgangsbarrierer, som den ellers har mulighed for.²¹⁴ Yderligere adgangsbarrierer betyder netop, at færre vil finde markedet attraktivt, hvormed markedsstrukturen koncentrerer sig til skade for konkurrencen. Derfor vil priskompensation i form af løbende betalinger være den mest favorable kompensationsform i henhold til industriøkonomisk teori.

²¹³ Dette var medtaget i Kommissionens discussion paper; DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, præmis 235.

²¹⁴ Dette blev analyseret i afsnit 2.2.1.1.

Ovenstående gennemgang af kompensationsmuligheder demonstrerer dermed, at formelen ovenfor bør udvides med et kompensationsled for alternativomkostningerne i en tidsbegrænset periode, herunder benævnt OC_t :

$$P_{A,F} = \frac{FC_{I,F} + VC_{I,F}}{y} + OC_t$$

OC_t -leddet er dog ikke relevant, hvis indehaveren i forvejen har været monopolist igennem periode t , da han i så fald er blevet kompenseret for sine alternativomkostninger.

Formlen er baseret på en fysisk facilitet, som virksomheder kan tilgå. Hvis den væsentlige facilitet derimod er et produkt (ligesom i Zoja-dommen), vil en nogenlunde tilsvarende formel være gældende. Her skal omkostningen dog ikke divideres ud på antallet af brugerne, men derimod er det de samlede omkostninger pr. stk. ganget på det samlede antal, der skal aftages.

Denne formel gælder udelukkende ved ækvivalente transaktioner, som er dækket af art. 102, litra c. For produkter vil det sædvanligvis være ækvivalente transaktioner, idet produktet ikke tilpasses den enkelte aftager. I Zoja-dommen var det eksempelvis et råstof, som flere kunne aftage, hvilket betyder, det ikke var individualiseret.

Såfremt de ikke er helt ækvivalente, vil formelen ikke være direkte brugbar, da der så vil være forskel på, hvor store omkostninger facilitetsindehaveren vil have ifm. eksempelvis vedligeholdelse. Derfor kan de samlede omkostninger ikke blot divideres ud på antallet af brugere, hvis transaktionerne ikke er helt ens. En mere individuel vurdering er således påkrævet. Det vil sige, jo mere individuelle transaktionerne er, jo større vanskelighed vil der være forbundet med prisfastsættelsen.

De faste omkostninger (eksempelvis en fast afgift) vil kunne deles ud blandt brugerne baseret på, hvor meget faciliteten anvendes af den enkelte bruger. Denne ressourceallokering kan være baseret på flere variable, såsom hvor stor en del af kapaciteten, de bruger, eller hvor stor procentdel af den samlede tid, de anvender faciliteten. Hvis en havn eksempelvis anvendes 16 timer om dagen, og der er tre brugere af havnen, hvoraf bruger 1 anvender den 8 timer, hvor de resterende anvender den i 4 timer hver, vil beregningen lyde således: En afgift for havnedrift på 10.000 kr. skal fordeles ud, således at bruger 1 skal betale 5.000 kr., og de resterende skal betale 2.500 kr. hver.

Formlen ovenfor ser derfor anderledes ud, hvis der er tale om transaktioner, som ikke er helt ens. For de faste omkostninger skal der ganges et led på (z), der viser den ovenstående ressourceallokering i procent. Det vil sige, at bruger 1 i eksemplet ovenfor vil have $z = 50\%$.

Det vil netop ikke være rimeligt, at såfremt en virksomhed, der blot anvender faciliteten i meget begrænset omfang, vil pålægges at skulle dække en lige så stor procentdel af de faste omkostninger, som de øvrige brugere af faciliteten.

For at der kan ske en rimelig fordeling af de variable omkostninger, skal disse ganges på en faktor (x), der vægtes efter, hvor meget ansøgeren slider på faciliteten, hvilket fordrer ekstra vedligeholdelse. Denne faktor vil naturligvis være et kvalificeret estimat, som følgelig ikke er en fuldkommen repræsentativ omkostning. Derfor vil det være gavnligt i denne situation, hvis der blev indgået en agil kontrakt, således værdien af x kunne tilpasses løbende efter fastsatte perioder.

Den udvidede formel for ikke ækvivalente transaktioner kommer således til at se ud som følger, hvor leddet " $VC_{I,F} * x - VC_{I,F}$ " dækker over de ekstra variable omkostninger, der fremkommer som følge af ansøgerens brug af faciliteten.

$$P_{A,F} = FC_{I,F} * z + VC_{I,F} * x - VC_{I,F} + OC_t$$

Et tænkt eksempel kunne være, at en facilitetsindehaver alene har faste omkostninger for 100 kr. og variable omkostninger for 50 kr. De omkostninger skal naturligvis dækkes af indehaveren alene. Såfremt der kommer én yderligere virksomhed ind på faciliteten, vil der ikke nødvendigvis ske en stigning i de faste omkostninger, hvorfor de blot skal allokeres mellem brugerne. Lad os antage at indehaveren bruger faciliteten 70 %. Derimod vil de variable omkostninger stige proportionalt med de ekstra omkostninger, facilitetsindehaveren vil have ifm. vedligeholdelse grundet yderligere slid. Vedligeholdelsesomkostninger vil ikke nødvendigvis blot fordobles, når der kommer en ekstra bruger af faciliteten. Slitagen afhænger af, hvilket maskinel der anvendes på faciliteten. Eksempelvis vil det afhænge af, hvilke toge der anvendes, hvor meget slitage der sker på togskinneerne. Lad os antage at de nye toge slider mindre end facilitetsindehaverens, hvorfor de kun kræver halvt så meget vedligeholdelse, hvorved værdien af x er 1,5 (svarende til 150 %).

Derfor vil prisen for at anvende faciliteten for den nye indtrænger blive 55 kr. plus alternativomkostninger, som nedenstående beregning viser:

$$P_{A,F} = 100 * 0,3 + 50 * 1,5 - 50 + OC_t = 55 + OC_t$$

Ovenstående formel er baseret på vedligeholdelse som eneste variable omkostning. Der vil formentligt være yderligere omkostninger, der vil stige i takt med flere brugere af faciliteten, men vedligeholdelse vurderes at være den mest signifikante. Yderligere variable omkostninger kunne eksempelvis være strømforbruget.

Uanset om der er tale om ækvivalente transaktioner eller ej, vil en kontrahering mellem konkurrenter kunne føre til en adfærd, som transaktionsomkostningsteori kan være behjælpelig med at analysere. Dette vil være formålet med afsnittet herunder.

Lovgivningen skal være indrettet på en måde, der er bevidst om alle adfærdsmønstre, som doktrinen om væsentlige faciliteter kan medføre.

3.3.1 Transaktionsomkostninger

Kontrahering vil automatisk medføre transaktionsomkostninger. I transaktionsomkostningsteori er der en antagelse om, at parterne har en 'bounded rationality' som følge af, at de har en begrænset information om markedet. Derudover findes antagelsen om opportuniste, der medfører, at parterne vil agere med henblik på at styrke egne interesser.²¹⁵

Konsekvensen heraf er, at der kan opstå scenarier, der gavner parten selv, men på bekostning af andre. Under kontraheringsfasen vil denne opportunistiske adfærd ses ved, at facilitetsindehaveren vil søge at opnå så høj en pris som muligt for faciliteten. Netop derfor er det nødvendigt med ovenstående regler om prisfastsættelsen. Den opportunistiske adfærd kan også opstå, når kontraheringen er afsluttet. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvor indehaveren bevidst stiller materiel af ringe kvalitet til rådighed for den nye indtræder, eller bevidst forsinker leveringen af det væsentlige produkt til skade for den nye indtræder.²¹⁶

Ansøgeren vil ligeledes kunne agere opportunistisk ved, at han forsøger at reducere estimatet af slitage, som han vil forårsage på faciliteten, til sin egen fordel, da dette vil afspejle sig i prisen.

Under fuldkommen konkurrence er der en antagelse om, at der er fuldkommen information på markedet. 'Bounded rationality' begrænser denne antagelse til blot at dække over den information, som parterne rent faktisk har adgang til. Parternes rationalitet er således begrænset

²¹⁵ Williamson, Oliver; *The Economic Institutions of Capitalism*, side 30.

²¹⁶ Meddelelse fra Kommissionen om håndhævelse af artikel 82, punkt 79.

af, at der er begrænset information tilgængeligt. Når parter kontraherer, øges deres informationsniveau, da information nødvendigvis må deles mellem konkurrenter. Dette gør, at vi bevæger os mod fuldkommen konkurrence, hvilket umiddelbart lyder positivt. Dog er der også en negativ side herved. Når parternes asymmetriske information mindskes, hvormed de når til større kendskab om hinandens forretning, vil fundamentet for ulovlig samordning øges. Hermed gøres parterne i stand til at handle mhp. at sikre deres egne interesser, men på bekostning af samfundet. Dette er også årsagen til, at informationsdeling kan være direkte ulovligt, da det kan skade konkurrencen.²¹⁷ Det er netop essentielt, at samarbejdet mellem konkurrenter, der skal dele en facilitet, ikke medfører konkurrencebegrænsende aktivitet.²¹⁸ Konkurrencemyndighederne er derfor nødt til at agere overvågningsorgan for at sikre, at den opportunistiske adfærd ikke skader konkurrencen. Selvom lovgivningen sigter på at løse problemerne, er det påkrævet, at der findes et organ, som skal overvåge og kontrollere, at lovgivningen også overholdes.

3.3.2 Delkonklusion

Når en facilitetsindehaver kontraherer mhp. at tillade adgang til den væsentlige facilitet, kan det enten være som følge af tvang eller frivillighed. Denne kontrahering dækker over, hvilke betingelser der skal gælde for anvendelsen af faciliteten, hvorunder det vigtigste parameter vil være prisen. Her vil det være hensigtsmæssigt, hvis Kommissionen udstedte ex ante meddelelser, der dækker over lovlige prisfastsættelsesmetoder samt typiske aftalevilkår, hvilket sikrer en mere effektiv kontrahering.

Overordnet skelnes mellem ækvivalente og ikke-ækvivalente transaktioner, som prisfastsættes forskelligt. Ikke desto mindre skal begge transaktioner leve op til ECPR-formlen, der sikrer en pris, som effektive virksomheder kan profitere på. Hvis der er tale om ækvivalente transaktioner, skal prisfastsættelsen derudover ske på ikke-diskriminerende vilkår. Derfor kan de samlede omkostninger ifbm. faciliteten fordeles ligeligt ud på aktørerne plus et tidsbegrænset led, som kompenserer facilitetsindehaveren for de risici, han har påtaget sig ved innovationen. Det samme tidsbegrænsede led er på ved ikke-ækvivalente transaktioner, hvor den resterende formel dog ser anderledes ud. Her skal omkostningerne fordeles ud på, hvor meget faciliteten anvendes af den enkelte. Det vil sige, at fordelingen bliver mere individuelt baseret på de behov, som ansøgeren har.

Denne kontrahering giver anledning til risici, hvilket transaktionsomkostningsteori kan belyse nærmere. Ved anvendelse af denne teori er det klart, at myndighederne er nødt til at agere overvågningsorgan, således det sikres, at lovgivningen overholdes. Kontraheringen medfører nemlig et øget informationsniveau, som parterne kan misbruge til skade for konkurrencen.

4 Ændringsforslag til doktrinen om væsentlige faciliteter

Ovenstående analyser har dannet grundlag for overvejelser omkring, hvilke ændringsforslag der kan optimere den nuværende lovgivning på området for væsentlige faciliteter. Disse ændringsforslag vil være i relation til doktrinen, idet TEUF art. 102 allerede er udformet på en måde, der er i overensstemmelse med nyere industriøkonomisk teori, da bestemmelsen sigter på adfærden frem for markedsstrukturen.

Diskussionen af ændringsforslagene til doktrinen vil tage sit afsæt i nedenstående spørgsmål.

²¹⁷ Informationsdeling er reguleret i TEUF artikel 101.

²¹⁸ Lang, John Temple; Defining Legitimate Competition, side 491.

4.1 Bør doktrinen indrettes mere restriktivt hhv. lempeligt?

For at vurdere hvorvidt gældende ret er optimal ift. industriøkonomisk teori, må det vurderes, hvad konsekvensen ville være, hvis doktrinen om væsentlige faciliteter var mere restriktivt hhv. lempelig. Dette vil blive baseret på en initial analyse, der viser, hvad konsekvensen af at have en yderst restriktiv og yderst lempelig doktrin er.

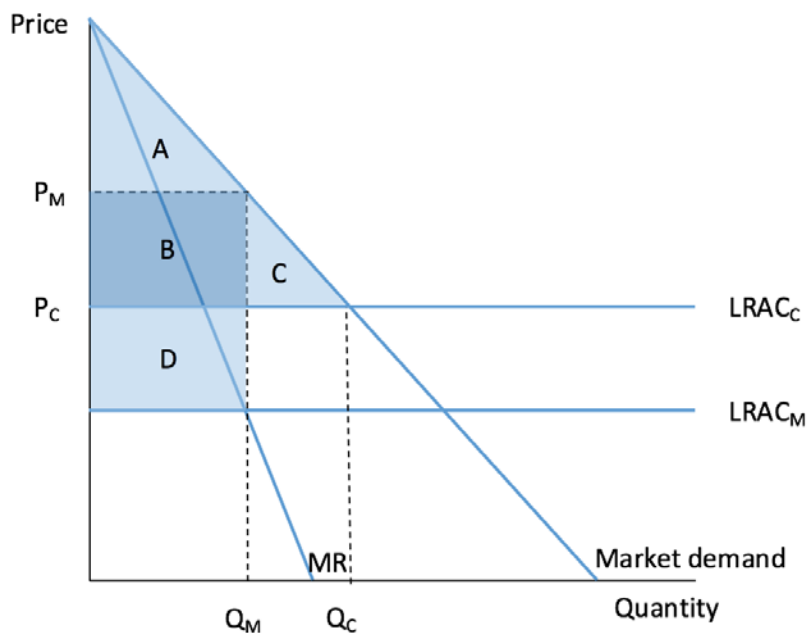
I det følgende vil betegnelsen restriktiv doktrin bruges om doktrinen, når det er svært at tilegne sig adgang til andres væsentlige faciliteter. Det vil sige, når betingelserne for adgangstilladelsen er restriktive. Følgelig er en lempelig doktrin det modsatte.

En doktrin, der er restriktivt indrettet, vil både have positive og negative effekter, hvor de mest signifikante effekter vil være et øget incitament til udvikling ex ante, hvormed menes, incitamentet til udvikling af den pågældende facilitet. Såfremt en virksomhed ved, at doktrinen er restriktiv, således det er vanskeligt for andre at anvende faciliteten, vil den have et større incitament til at innovere og udbygge dens egen facilitet. Innovationen er således udelukkende til gavn for virksomheden selv. Denne udvikling er en naturlig gevinst for samfundet, da industriøkonomisk teori har sammenkædet innovation og performance. Ligeledes følger det af udgangspunktet om aftalefrihed, at virksomheder selv har ret til at vælge hvem, hvornår, hvordan og med hvilket indhold, de ønsker at indgå aftaler. Komplet aftalefrihed ville være det samme som under en fuldstændig restriktiv doktrin, hvor facilitetsindehavere udelukkende ville give adgang, hvis de selv ville gavnnes af adgangstilladelsen. Det er dog ikke et ønskværdigt scenarie, da det ville pålægge ansøgeren en ikke ubetydelig byrde, der i yderste potens ville ekskludere denne fra markedet. Konsekvensen af den restriktive doktrin er nemlig også, at der vil være flere monopoler, end hvis doktrinen var lempelig. Der ville kun være adgang for andre, såfremt virksomheden gav frivillig adgang. Neoklassisk virksomhedsteori vil påpege dette som værende det væsentligste argument for, at doktrinen bør være lempelig, hvilket er en følge af et mere statisk syn. Når der anlægges et statisk syn, medfører dette, at det er "her og nu"-betragtninger, der anlægges. Dette vil indikere, at markedet vil koncentreres til skade for branchen og forbrugerne. Andre skoler såsom Chicagoskolen har et mere dynamisk syn, hvor de er fortalere for en restriktiv doktrin, da monopolstatussen skyldes virksomhedens innovation, som på sigt vil nedbrydes i takt med, at andre virksomheder opbygger en efficient forretning, og er i stand til at udvikle deres egen facilitet. Problemet her kan dog være, at der kan gå en lang tidsperiode, før der kommer en ny virksomhed, som kan opbygge egen facilitet, hvorfor der i denne tidsperiode eksisterer en monopolist, der kan opnå en monopolprofit til skade for forbrugerne. Derudover vil der i denne periode også være et lavere incitament til udvikling ex post, hvormed menes incitamentet til udvikling under et konkurrencepres, når flere virksomheder opererer på det relevante marked. Den lempelige doktrin medfører dog et lavt incitament til udvikling ex ante, idet virksomheder relativt nemt vil kunne komme ind på andres faciliteter, og fordi den pågældende facilitetsindehaver, da han etablerede faciliteten, ikke ville have haft incitamentet til at udvikle faciliteten i første omgang.

Som pointeret i afsnit 3.2.1 er der også almene hensyn, der skal tages i betragtning i vurderingen af duplikerbarhed, således der undgås ressourcspild. En restriktiv doktrin vil netop medføre mere ressourcspild end en lempelig doktrin, da det begrænser mulighederne for, at faciliteten kan anvendes af flere aktører. Såfremt doktrinen gøres mere lempelig, er det således muligt at komme problematikken omkring ressourcspild til livs, da man dermed kan sikre, at der kan ske en mere effektiv kapacitets- og ressourceanvendelse på faciliteterne i stedet for at have flere ineffektive faciliteter. Derudover er det utvivlsomt lettere for en forbruger at skifte fra én forsyningsvirksomhed til en anden på denne samme facilitet, kontra hvis forbrugerens skulle skifte til en anden facilitet, såfremt vedkommende var interesseret i at

skifte.²¹⁹ Dette er dog kun under den antagelse, at den lempelige doktrin ikke medfører, at faciliteten slet ikke vil blive udviklet, grundet det lavere incitament til ex ante innovation.

Chicago-skolen vil dog påpege, at monopoler ikke udelukkende er negative. Det er bestemt fastslået, at de kan have negative effekter, idet de har mulighed for at begrænse output og derved hæve prisen til skade for forbrugerne, men der kan bestemt også være positive effekter ved monopoler, hvilket nedenstående figur 8 kan bidrage til at demonstrere.



Figur 8: Positive effekter ved monopoler²²⁰

Under fuldkommen konkurrence er forbrugeroverskuddet illustreret ved figur A, B og C, mens producentoverskuddet er nul, og virksomhedernes tilhørende langsigtede omkostningskurve er $LRAC_C$. Ved monopoler begrænses udbuddet, hvormed prisen stiger og allokeringen af producent- og forbrugeroverskud ændres. Hermed opnår producenterne overskuddet af figur B, mens forbrugernes overskud reduceres til mængden af A. Der opstår dermed et dødvægtstab; C.

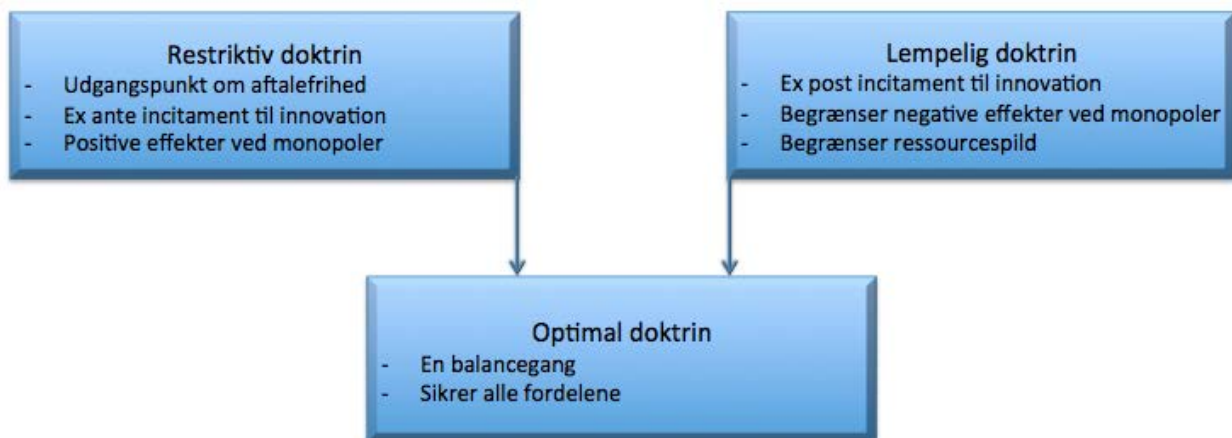
Det kan dog tænkes, at monopolisten er i stand til at reducere sine LRAC til et niveau, der ligger under det niveau, som kan opnås på et marked under fuldkommen konkurrence (illustreret ved $LRAC_M$). Hvis monopolisten eksempelvis kan anvende stordriftsfordele til at etablere en højeffektiv produktionsteknologi og dermed være mere omkostningsminimerende end muligt under fuldkommen konkurrence, vil monopoltilstanden medføre, at det samlede producent- og forbrugeroverskud er større end overskuddet under fuldkommen konkurrence under antagelse af, at LRAC falder så meget, at figur D er større end C. I så fald vil summen af forbruger- og producentoverskuddet være større ved monopoltilstanden end under fuldkommen konkurrence. Allokeringen af disse vil dog være til gavn for producenten på bekostning af forbrugerne. Forbrugerne mister B og C, hvor producenten tjener B og D mere. Ud fra Kaldor-Hicks-kriteriet vil dette være mere samfundsgavnligt end ved fuldkommen konkurrence, da kriteriet ikke tager højde for hvilken allokering, der sker, men udelukkende hvad summen af forbruger- og producentoverskuddet er. Producenten, der får større overskud, skal dog kompensere forbrugerne for det tab, de har lidt (figur B+C), hvorefter der vil være tale

²¹⁹ Jessen, Pernille et al.; Regulering af konkurrence i EU, side 512.

²²⁰ Inspiration hentet fra Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 672 (figur 23.1).

om en Kaldor-Hicks efficient situation.²²¹ Denne compensation kan eksempelvis ske via en nedgang i prisen. Således tjener monopolisten forskellen mellem størrelsen på figur C og D. Det kan dog ikke fastslås de facto, at monopoler altid er gavnlige, da det vil afhænge af LRAC, hvorfor de gavnlige effekter ved monopoler er nødt til at blive påvist i hver individuel sag.²²² Derfor ville en per se-regel hverken for eller imod monopoler følgelig ikke være gavnlige.

Af ovenstående kan det udledes, at det afhænger af hvilken industriøkonomisk skole, man er tilhænger af, om doktrinen skal være restriktiv eller lempelig. En fuldstændig restriktiv doktrin vil medføre, at monopolisten opnår en sakrosankt position, hvormed han kan udelukke andre fra faciliteten. En sådan per se-regel er ikke at foretrække, selvom den har visse gavnlige effekter såsom en simpel og objektiv lovgivning. En fuldstændig lempelig tilgang har tillige negative effekter, såsom de negative indvirkninger der vil være på innovationen, såfremt der per se skal tillades adgang til en facilitet. Derfor vil en balancegang, hvor der både eksisterer et incitament til udvikling (ex ante og ex post) samt en mere effektiv konkurrence end under monopoltilstanden være at foretrække. Det vil sige en balancegang, hvor man forsøger at inkorporere alle fordelene fra hhv. en restriktiv og lempelig doktrin i en optimal doktrin, hvilket er illustreret i nedenstående figur 9. Ulempen ved en balancegang frem for en per se-regel er dog, at lovgivningen kompliceres. Når lovgiver alligevel tillader disse undtagelser til hovedreglerne, er dette en indikation af, at der er overvægt af positive sider herved. Derfor ønskes en balancegang tilstræbt. Der er både fordele ved det ene yderpunkt såvel som det andet, hvor en per se-regel kun giver fordelene fra det ene yderpunkt.



Figur 9: Samling af fordelene i en optimal doktrin

En sådan balancegang er også søgt at ramme med gældende ret, hvor der er en mulighed for at komme ind på markedet (doktrinen er ikke ekstremt restriktiv) under visse betingelser (doktrinen er ikke ekstremt lempelig), men kan den nuværende doktrin yderligere optimeres? Igennem afhandlingen er der gentagne gange lavet de lege ferenda-betragtninger, hvilket betyder, at der er områder, hvor der er grundlag for optimering af doktrinen. Nogle af disse har effekter, som vil gøre doktrinen mere restriktiv hhv. lempelig, hvilket vil analyseres nærmere herunder.

²²¹ Wolfgang, Kerber; Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, side 7-8.

²²² Afsnittet om de gavnlige effekter ved monopoler er udarbejdet med inspiration fra Lipczynski, John et al.; Industrial Organization, side 672 og Williamson, Oliver; Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoff's samt Williamson, Oliver; Economies as an Antitrust Defense: Correction and Reply.

Et af de ændringsforslag, der er blevet fundet i ovenstående analyser, drejer sig om et rimelighedshensyn for ansøgeren. Forslaget går på en ændring af rentabilitetsvurderingen under betingelsen om en duplikerbar facilitet. I Bronner-dommen fremgik det, at det skal være økonomisk urentabelt at anlægge sit eget distributionsnet, før betingelsen er opfyldt. Dette skal vurderes på baggrund af, at ansøgeren skal levere samme antal udbringninger som indehaveren.²²³ Det virker dog mere rationelt at anlægge en ligefrem økonomisk rentabilitetsvurdering, hvor formålet er at undersøge, om omkostningerne ved anlæggelsen af en ny facilitet på rimelig sigt kan tjenes hjem. Hvis dette er tilfældet, pålægges han selv at etablere en facilitet, og hvis ikke skal der gives adgang. Dette ændringsforslag vil dermed gøre doktrinen mere lempelig, da ansøgeren således blot skal kunne bevise, at den mængde, han med rimelighed vil kunne udbringe, ikke legitimerer en ny facilitetsetablering, hvormed adgang skal tillades.

Ud over økonomiske forhold blev det yderligere nævnt i Bronner-dommen, at tekniske og retlige parametre også kunne afgøre, om der eksisterer substitutions- eller duplikationsmuligheder.²²⁴ Herudover bør der tilføjes et parameter om almene hensyn, som bl.a. vil sikre begrænset ressourcetilstand samt forbrugernes sikkerhed og sundhed. Da disse vurderingsparametre ikke er kumulative betingelser, vil en tilføjelse af et ekstra parameter lempeliggøre doktrinen.

En de lege ferenda-betragtning, der peger i retning af en restriktivisering af doktrinen, omhandler anvendelsen af 'The Incentives Balancing Test' på materielle faciliteter. Testen giver nemlig facilitetsindehaveren mulighed for at retfærdiggøre sin adgangsnægtelse, såfremt han kan dokumentere, at adgangsnægtelsens fører til et højere incitament til udvikling end en adgangstilladelse.

Under kontraheringspligten blev det konkluderet, at den optimale kompensationsløsning er, at monopolisten kan modtage en økonomisk kompensation i form af prisen frem for en fuldstændig eneret. Selve kompensation vil derfor pege i retning af en restriktiv doktrin, hvor priskompensation frem for en fuldstændig eneret vil pege i retning af en lempelse. Således opretholdes et ex ante incitament til udvikling, hvor der dog samtidig gives mulighed for, at nye ansøgere kan tilgå faciliteten.

Ovenstående indikerer, at det ikke entydigt kan slås fast, om doktrinen bør være mere lempelig eller restriktiv. Dog vil ovenstående betragtninger føre til en anderledes doktrin end den nuværende, hvilket synes at give en mere optimal balancegang mellem en restriktiv og lempelig doktrin, der sikrer fordelene fra begge yderpunkter bedst muligt. Derfor opnås der både en statisk og en dynamisk efficiens, hvor der både er fokus på den nuværende tilstand samt fremtidige konsekvenser.

Nedenstående afsnit vil have sit fokus på at undersøge, hvorvidt det er muligt, at optimere doktrinen yderligere gennem udstedelse af ex ante meddelelser.

4.2 Ex ante meddelelser

Det er blevet pointeret, at det ville være ønskværdigt, såfremt der blev udstedt en praktisk anvendelig ex ante meddelelse til hjælp i sager vedrørende adgangen til væsentlige faciliteter. På nuværende tidspunkt er der et fravær af generelle meddelelser til hjælp for parterne, hvil-

²²³ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 45.

²²⁴ Sag C-7/97 (Bronner), præmis 44.

ket skaber retsikkerhed og i sig selv kan være et negativt incitament til ex ante innovation, da indehaveren ikke kan vide sig sikker på, hvilke rettigheder der eksisterer, såfremt der etableres en væsentlig facilitet. Dette fravær af en generel meddelelse på området kan skyldes, at der ikke er et overvældende antal af sager, således Kommissionen ikke har fundet det proportionelt at anvende ressourcer på at udarbejde dette. Retsikkerheden på nuværende tidspunkt er dog af en sådan størrelse, at dette vurderes at være proportionelt. En meddelelse vil gavne retsikkerheden i form af, at parterne ved, hvornår der eksisterer en væsentlig facilitet i henhold til doktrinen, således nødvendigheden med retssager på området reduceres. Facilitetsindehaveren vil have lettere ved at vurdere betingelserne for tvungen adgangstilladelse, hvorefter han kan tillade adgang frivilligt, såfremt betingelserne er opfyldte. Således effektiviseres proceduren om adgangen, og tidsperioden med monopoler begrænses herved. Der eksisterer på nuværende tidspunkt et begrænset antal sektorspecifikke meddelelser, som overordnet beskriver adgangsprincipperne. De er dog langt fra praktisk anvendelige.²²⁵

Ex ante meddelelser er naturligvis kun soft law, men ikke desto mindre vil en sådan meddelelse kunne fungere som et informationstilførende supplement, der kan bistå de involverede parter i vurderinger relateret til væsentlige faciliteter. Derfor vil en vejledning, der tilfører dette, blive udarbejdet herunder. Vejledningen vil qua sin praktiske anvendelighed kunne benyttes direkte af parterne.

Det vil være en utopisk tanke at tro, at nedenstående vejledning i relativt simplificeret form kan indramme alle problemstillinger og bidrage til total retsikkerhed på området. Ikke desto mindre vil vejledningen kunne bidrage til at skabe mere transparens, således at doktrinen harmonerer mere med det nutidige optimale scenarie, der efterhånden, som yderligere sager fremkommer på området, vil kunne udbygges yderligere. Hermed vil vejledningen fremlægge den optimale doktrin på det nuværende udviklingstrin, der dog i takt med, at udviklingen skrider frem, betyder, at denne anvendelighed kan falsificeres. Vejledningen vil derfor indeholde den gældende ret inkl. de de lege ferenda-betragtninger, der er blevet foretaget igennem ovenstående analyser.

4.2.1 Vejledning om adgang til væsentlige faciliteter

²²⁵ Eksempelvis; Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren.

Denne vejledning er til brug for parter,
der enten ejer eller søger adgang til en
væsentlig facilitet

Adgang til væsentlige faciliteter

Vejledning

Juni 2016

Indledning

Når en virksomhed er nødt til at anvende et givent input for at kunne operere på et bestemt marked, vil virksomheden (ansøgeren) under visse betingelser kunne kræve dette input af en anden virksomhed (facilitetsindehaveren). Hvordan disse betingelser skal vurderes, og på hvilke vilkår der skal ske adgangstilladelse, vil være genstand for denne vejledning.

Denne vejledning er både rettet mod ansøgeren samt indehaveren af den væsentlige facilitet. Begge parter har interesse i at vide, hvordan betingelserne vurderes, samt på hvilke vilkår adgangen skal gives, således ansøgeren ikke på urimelige vilkår nægtes adgang, og så indehaveren ikke ubevidst misbruger sin dominerende stilling. Ved at facilitetsindehaveren har kendskab til, hvornår der kan pålægges kontraheringspligt, vil det være lettere selv at vurdere, hvornår en frivillig adgang skal tillades. Vejledningen sikrer således retssikkerheden. Formålet med vejledningen søger derfor at besvare følgende spørgsmål:

- 1) Hvornår skal der pålægges kontraheringspligt om adgangen til den væsentlige facilitet?
- 2) Hvordan sikres en optimal kontrahering om adgangen til den væsentlige facilitet?

Betingelserne for kontraheringspligt

Når en facilitetsansøger kræver adgang til en væsentlig facilitet, vil dette ske med baggrund i TEUF art. 102, hvilket vil sige, at facilitetsindehaveren skal være dominerende på det relevante marked, hvilket både kan ske individuelt eller som en kollektiv enhed. Herudover skal indehaveren misbruge sin dominerende stilling, hvilket sker ved opfyldelse af nedenstående kumulative betingelser.

Kumulative betingelser for at adgangsnægtelse udgør misbrug:

- 1) Faciliteten må ikke være substituerbar eller duplikerbar
- 2) Adgangsnægtelsen skal eliminere den effektive konkurrence
- 3) Facilitetsindehaveren må ikke kunne retfærdiggøre adgangsnægtelsen objektivt

For at opfylde betingelse 1) må faciliteten hverken være substituerbar eller duplikerbar. Der er ikke tale om en absolut umulighed, men derimod må faciliteten ikke kunne substitueres eller duplikeres på en måde, der er teknisk umulig, retlig umulig, økonomisk umulig eller strider mod almene hensyn. Følgende gennemgang vil illustrere disse fire elementer.

- ❖ Teknisk umulighed: Er alternative metoder umulige på nuværende udviklingstrin, eller er der fysiske begrænsninger for de øvrige metoder/etableringen af en ny facilitet? Hvis ja; så er denne betingelse opfyldt.
- ❖ Retlig umulighed: Er den alternative metode i modstrid med lovgivningen eller bestemte tilladelser? Hvis ja; så er denne betingelse opfyldt.
- ❖ Økonomisk umulighed:
 - Substitution: Er det muligt at konkurrere ved anvendelsen af en substituerende facilitet? Hvis nej; så er denne betingelse opfyldt.
 - Duplikation: Kan omkostningerne ved anlæggelsen af en ny facilitet på rimelig sigt tjenes hjem? Hvis nej; så er denne betingelse opfyldt. Ved vurderingen skal det have sig i mente, om duplikationen kan etableres i fællesskab med øvrige virksomheder.
- ❖ Almene hensyn: Er den alternative metode (eller en ny etablering) skadelig for samfundet på andre måder? Hvis ja; så er denne betingelse opfyldt.

For at opfylde betingelse 2) skal adgangsnægtelsen medføre en eliminering af den effektive konkurrence. Uden risiko for eliminering vil der ikke kunne foreligge misbrug, hvorfor der ikke kan påtvinges en kontraheringspligt. For at sikre en præcis risikovurdering, skal denne indeholde akkurate, pålidelige og sammenhængende beviser.

For at opfylde betingelse 3) skal adgangsnægtelsen ikke kunne retfærdiggøres objektivt. Der er flere begrundelser, som kan legitimere handlingen, hvor de mest gængse former vil nævnes her. Kan adgangsnægtelsen forhindre en ulovlig handling, sundheds- eller sikkerhedsmæssige risici, er en følge af utilfredsstillende kreditværdighed eller kapacitetsbegrænsninger, kan adgangsnægtelsen anses som objektivt begrundet. Ved kapacitetsbegrænsninger skal indehaveren dog acceptere, at ansøgeren må udbygge faciliteten på egen bekostning, såfremt dette er muligt. Herudover er der en relativt ny test, der kan virke som objektiv begrundelse. The Incentives Balancing Test - som den kaldes - legitimerer en adgangsnægtelse, såfremt incitamentet til innovation er større under adgangsnægtelse end under adgangstilladelse.

I relation til betingelse 3) er det vigtigt for begge parter at vide, at der kræves en høj grad af dokumentation fra facilitetsindehaveren, før disse begrundelser kan legitimere en misbrugs-lignende adfærd.

Såfremt alle tre ovenstående betingelser er opfyldte, vil parterne være underlagt en kontraheringspligt, som herunder vil gennemgås.

Kontraheringspligt

Kontraheringspligt dækker over, at facilitetsindehaver og ansøger har pligt til at kontrahere mhp. at fastsætte vilkårene for adgangen til faciliteten samt vilkårene til brug af denne. Her skal parterne naturligvis stadigvæk have TEUF art. 102 in mente, da der kan ske overtrædelse af både litra a) og c) i bestemmelsen, såfremt denne vejledning ikke følges.

Nedenstående formler afhjælper problemstillingen omkring prisfastsættelsen, som er det væsentligste vilkår i kontrakten.

Prisfastsættelsen skal leve op til følgende formler:

ECPR)

og

$$P_{A,F} \leq P_{I,D} - MC_{I,D}$$

Enten:

Ækvivalente transaktioner)

eller

$$P_{A,F} = \frac{FC_{I,F} + VC_{I,F}}{y} + OC_t$$

Ikke ækvivalente transaktioner)

$$P_{A,F} = FC_{I,F} * z + VC_{I,F} * x - VC_{I,F} + OC_t$$

ECPR-formlen (Efficient Component Pricing Rule) skal sikre, at facilitetsindehaveren ikke kan tage en urimelig pris for adgangen samtidig med, at det kun er efficiente konkurrenter, som finder prisen attraktiv. Ansøgerens pris for faciliteten ($P_{A,F}$) skal således være mindre end eller lig med indehaverens pris på downstream-markedet ($P_{I,D}$) fratrukket indehaverens marginalomkostninger på downstream-markedet ($MC_{I,D}$). Herved kan facilitetsindehaveren ikke tage en pris for faciliteten, som gør det teoretisk og praktisk umuligt for ansøgeren at konkurrere på downstream-markedet.

Samtidig hermed skal prisen fastsættes ud fra en af de to øvrige formler, som angiver en specifik pris, hvad enten facilitetsadgangen er ækvivalent med, hvad de øvrige brugere af faciliteten har eller ej. Såfremt der er tale om ækvivalente transaktioner, er ansøgerens pris for faciliteten lig med indehaverens samlede omkostninger for faciliteten ($FC_{I,F} + VC_{I,F}$), som deles ud på antallet af brugere af faciliteten (y) plus en kompensationsfaktor i en tidsbegrænset periode (OC_t), som tilfalder indehaveren, således der sikres et incitament til innovation af væsentlige faciliteter. Såfremt der ikke er tale om ækvivalente transaktioner, er ansøgerens pris for faciliteten lig med indehaverens faste omkostninger for faciliteten ($FC_{I,F}$) gange en anvendelsesfaktor (z), der fastsættes efter, hvor meget den enkelte aktør anvender faciliteten, således der sikres en proportional omkostningsfordeling blandt brugerne. Hertil tillægges de variable omkostninger, som ansøgeren af faciliteten forventes at øge de samlede variable omkostninger med, hvilket udregnes som de initiale variable omkostninger for indehaveren ($VC_{I,F}$) gange en vedligeholdelsesfaktor (x) minus de initiale variable omkostninger ($VC_{I,F}$), således ansøgeren kun dækker den stigning, han forårsager. Ydermere tillægges kompensationsleddet (OC_t) i en tidsbegrænset periode, der kompenserer indehaveren for de risici, der har været i forbindelse med etablering af faciliteten.

Øvrige bemærkninger

Som supplement til ovenstående vil det anbefales, at parterne kontraherer mhp. at udarbejde en agil kontrakt, således parternes behov bedst muligt afdækkes. Ofte vil parterne (især ansøgeren) være nye på dette område, hvorfor behovsafdækningen kan være vanskelig uden at

have været på markedet før. En agil kontrakt vil afhjælpe denne problematik, således kontrakten kan justeres løbende efter begge parter's behov.

Desuden er det værd at have for øje, at et samarbejde af ovenstående type vil medføre, at der deles en vis information parterne imellem. Informationsdeling er tillige reguleret i konkurrence Lovgivningen, hvorfor parterne skal være påpasselige med, hvilken type information der deles. For yderligere vejledning om denne problematik henvises til konkurrencemyndighederne.

5 Samlet konklusion

Formålet med afhandlingen er at analysere gældende ret med baggrund i TEUF artikel 102 om, hvornår og på hvilke vilkår en potentiel konkurrent skal tillades adgang til en væsentlig facilitet, som ejes af en dominerende virksomhed. Dette gøres for at vurdere, hvorvidt gældende ret er optimal i henhold til industriøkonomisk teori. Formålet hermed er at skabe klarhed for virksomheder i form af en vejledning, der belyser, hvordan retsstillingen på området skal og bør forstås.

Hvorvidt gældende ret om adgangen til væsentlige faciliteter er optimal i henhold til industriøkonomisk teori vil afhænge af, hvilken skoles synspunkter man anlægger. Harvard-skolen vil tale for en mere lempelig doktrin, end Chicago-skolen vil. Ifølge 'New Empirical Industrial Organization' vil en balancegang være at foretrække, da denne tilføjer det positive fra hver af skolerne. Gældende ret sikrer en balancegang i sin nuværende form, men afhandlingens analyser har ført til, at visse ændringer vil optimere gældende ret i henhold hertil.

Ifølge Harvard-skolen skaber væsentlige faciliteter adgangsbarrierer. Tilstedeværelsen af sådanne faciliteter medfører koncentration af markedsstrukturer, hvorfor doktrinen bør lempes mest muligt, da koncentration er statisk skadelig for forbrugerne. Dette følger af den neoklassiske virksomhedsteori, som Harvard-skolen er baseret på.

Ifølge Chicago-skolen er eksistensen af en væsentlig facilitet et resultat af innovation, som bør belønnes gennem en restriktiv doktrin. De anlægger et dynamisk syn på konkurrencen, hvormed adgangsbarriererne ikke vil være uforholdsmæssigt høje på længere sigt. En monopoltilstand er således blot resultatet af at have været den bedste på markedet i en given periode, indtil der indtræder en ny og lige så efficient konkurrent.

Disse skolers bidrag fører til 'New Empirical Industrial Organization', hvor markedsstrukturer, adfærd og performance påvirker hinanden. Lovgivningen skal derfor ikke kun rettes mod markedsstrukturen, da virksomhedernes adfærd kan påvirke strukturen gennem misbrug af en dominerende stilling. Dette søges reguleret i TEUF art. 102. Det er således i overensstemmelse med industriøkonomisk teori, at det ikke er ulovligt at besidde en dominerende stilling. Det er kun ulovligt, såfremt denne misbruges.

Det konkluderes, at når der er tale om en væsentlig facilitet, vil faciliteten alene kunne udgøre det relevante marked, hvilket bevirker en høj markedsstyrke og et stærkt indicium for en dominerende stilling. Virksomheden vil også kunne anses som værende kollektiv dominerende med andre, såfremt virksomhederne økonomisk set agerer i fællesskab uden at være juridisk forbundne. I relation til væsentlige faciliteter vil misbruget ofte være i form af adgangsnægtelse. Det kan dog ligeså være i kontraheringsfasen, hvor der kan pålægges urimelige eller diskriminerende vilkår fra facilitetsindehaveren.

En adgangsnægtelse udgør misbrug, når tre kumulative betingelser er opfyldte. Dette er tilfældet, når 1) faciliteten ikke er substituerbar eller duplikerbar, 2) adgangsnægtelsen medfører eliminering af den effektive konkurrence, og 3) adgangsnægtelsen ikke kan retfærdiggøres objektivt.

Ved betingelse 1 er det ikke nødvendigt, at faciliteten er absolut umulig at substituere eller duplikere. Der er fire elementer, der skal vurderes i relation hertil. Er der på nuværende udviklingstrin nogen tekniske forhindringer, der gør, at faciliteten ikke kan substitueres/duplikeres? Er det retligt umuligt at substituere eller duplikere faciliteten? Er det økonomisk umuligt som følge af omkostninger ved alternative substitutionsmuligheder at konkurrere på downstream-markedet, eller vil en duplikation af faciliteten være urentabel på længere sigt? Sidstnævnte er en de lege ferenda-betragtning, der anlægger en mere ligefrem rentabilitetsvurdering end hidtil. Ligeledes bør der tages hensyn til, om der herudover er almene hensyn, der taler imod en substitution eller duplikation af faciliteten. Såfremt blot ét af ovenstående punkter bekræftes, vil betingelse 1 være opfyldt.

Ved betingelse 2 skal facilitetsansøgeren påvise, at der er risiko for, at den effektive konkurrence elimineres, såfremt der ikke tillades adgang. Denne risikovurdering skal involvere akkurate, pålidelige og sammenhængende beviser, således der sikres en præcis risikovurdering. Når det er den *effektive* konkurrence, der tillægges vægt, vil betingelsen ikke opfyldes, såfremt ansøgeren ikke (dynamisk set) er lige så efficient som indehaveren, da den rationelle forbruger ikke ville benytte en sådan virksomhed, hvorved konkurrencen ikke påvirkes.

Ved betingelse 3 har facilitetsindehaveren mulighed for at legitimere adgangsnægtelsen i form af en objektiv begrundelse. Typiske eksempler herpå er sundheds- og sikkerhedsmæssige risici, ulovlig adfærd, kreditværdighed og kapacitetsbegrænsninger. Der er høje dokumentationskrav for disse begrundelser, hvor der ved kapacitetsbegrænsninger bl.a. skal foretages en undersøgelse af, hvorvidt den nuværende kapacitet er anvendt på efficient vis. Herudover er der i nyere retspraksis blevet anvendt testen 'The Incentives Balancing Test', der ligeså kan legitimere adgangsnægtelsen. Her skal indehaveren dokumentere et forøget innovationsniveau ved adgangsnægtelse kontra under den situation, der opstår ved adgangstilladelse. Testen stammer fra en sag på immaterialrettens område, men vil ligeså være rationel at anvende på området for materielle faciliteter. Et forøget innovationsniveau har netop en gavnlig effekt på forbrugerne og branchens performance ifølge industriøkonomisk teori.

Når de tre betingelser er opfyldte, vil parterne blive pålagt en kontraheringspligt, hvor prisfastsættelsen er den vigtigste parameter. Prisen skal her leve op til 'the efficient component pricing rule', hvorfra følger, at prisen ikke må sættes højere end forskellen mellem indehaverens pris på downstream-markedet og dens marginale omkostninger. Ydermere skal der tages stilling til, om der er tale om ydelser, der er sammenlignelige med de nuværende på faciliteten eller ej. Dette er vigtigt at få fastslået, da det vil påvirke prisberegningemetoden. Fælles for prisberegningen er, at indehaveren må kompenseres for de investeringsrisici, der har været ved etableringen af faciliteten. Denne compensation skal ske i form af en pris, da dette er mindst indgribende på konkurrencen.

Afhandlingens analyser har udmundet sig i en praktisk anvendelig vejledning til parterne i sager om væsentlige faciliteter, hvor der er direkte råd til, hvad virksomhederne skal tillægges vægt, samt hvad de skal være opmærksomme på i adgangsfasen såvel som i kontraheringsfasen. Dette er netop en mangel på nuværende tidspunkt. Vejledningen vil derfor styrke retssikkerheden på området, ved at reguleringen bliver mere transparent. Vejledningen vil således bidrage yderligere til, at gældende ret optimeres i henhold til industriøkonomisk teori, da den sikrer hurtigere adgang til væsentlige faciliteter, hvilket er essentielt, da det reducerer muligheden for, at facilitetsindehaveren kan forhøje adgangsbarriererne.

Litteraturliste

Afgørelser

Sag T-321/05 (AstraZeneca AB).

Sag T-191/98 og T-212/98 - T-214/98 (Atlantic Container Line).

Sag T-219/99 (British Airways plc).

Sag 95/364/EF (Bruxelles-National lufthavn (Zaventem)).

City of Mishawaka v. American Electric Power Co., 465 F. Supp. 1320, 1336 (N.D. Ind. 1979), aff'd in relevant part, 616 F.2d 976 (7th Cir. 1980), cert. denied, 449 U.S. 1096, 101 S. Ct. 892, 66 L. Ed. 2d 824 (1981).

Sag 311/84 (Centre belge d'études de marché).

Forenede sager C-395/96 P og 396/96 P (Compagnie Maritime Belge Transports).

Generaladvokatens forslag til forenede sager C-395/96 P og 396/96 P (Compagnie Maritime Belge Transports).

Sag C-280/08 (Deutsche Telekom).

Sag 2003/707/EØF (Deutsche Telekom).

Forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94 (European Night Services).

Forenede sager C-468/06 - C-478/06 (GlaxoSmithKline).

Sag C-242/95 (GT-Link mod DSB).

Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 436 U.S. 956, 98 S. Ct. 3069, 57 L. Ed. 2d 1121 (1978).

Sag T-30/89 (Hilti).

Sag C-53/92 P (Hilti).

Sag 85/76 (Hoffmann-La Roche).

Sag 78/68/EØF (Hugin/Liptons).

Sag C-22/78 (Hugin).

Sag C-418/01 (IMS Health).

Sag T-228/97 (Irish Sugar).

Sag T-193/02 (Laurent Piau).

Forenede sager C-241/91 P og 242/91 P (Magill).

Sag MCI Communications Corp. v. AT&T. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983)).

Sag C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova).

Sag T-201/04 (Microsoft).

Forenede sager A3/ 2007/0658 & 2007/0665 (Ofcom v Floe Telecom) [2007] EWCA Civ 47.

Sag C-7/97 (Oscar Bronner mod Mediaprint).

Generaladvokatens forslag til sag C-7/97 (Oscar Bronner mod Mediaprint).

Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366, 93 S. Ct. 1022, 35 L. Ed. 2d 359 (1973).

Sag C-209/10 (Post Danmark A/S).

Sag 94/119/EF (Rødby Havn).

Sag COMP/A.36.568/D3 (Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg).

Sag 94/19/EF (Sea Containers mod Stena Sealink).

Generaladvokatens forslag til sag C-109/03 (Telekom mod OPTA).

Sag C-52/09 (TeliaSonera).

Sag T-83/91 (Tetra Pak).

Sag C-333/94 P (Tetra Pak).

Sag T-504/93 (Tierce Ladbroke).

Sag 27/76 (United Brands Company).

Sag United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 US 383 (1912).

Forenede sager 6/73 og 7/73 (Zoja).

Artikler

Areeda, Phillip. 1989, "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", Anti-trust Law Journal, vol. 58, nr. 3, side 841-853.

Areeda, Philip og Hovenkamp, Herbert; "Antitrust Law". Kilde taget fra andet værk grundet manglende adgang til primær kilde:

Bain, Joe. 1951, "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 65, nr. 3, side 293-324.

Baumol, William J. og Ordover, Janusz A. og Willig, Robert D. 1997, "Parity Pricing and its Critics: Necessary Condition for Efficiency in Provision of Bottleneck Services to Competitors", *Yale Journal on Regulation*, vol. 14, no. 1, side 145-164.

Caves, Richard. 2007, "In praise of the old I.O", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 25, nr. 1, side 1-12.

Delorme, Charles. 2010, "Structure, conduct and performance: A simultaneous equations approach", *Applied Economics*, vol. 34, nr. 13, side 2135-2141.

Doherty, Barry. 2001, "Just What Are Essential Facilities?", *Common Market Law Review*, vol. 38, nr. 2, side 397-436.

Evrard, Sébastien. 2003, "Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond", *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, nr. 3, side 491-526.

Ghemawat, Pankaj et. al. 1993, "The organizational tension between static and dynamic efficiency", *Strategic Management Journal*, vol. 14, nr. S2, side 59-73.

Hylton, Keith. 1991, "Economic Rents and Essential Facilities", *Brigham Young University Law Review*, vol. 1991, nr. 3, side 1243-1284.

Kirzner, Israel. 1998, "How Markets Work: Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery", *A Journal of Public Policy Ideas*, vol. 14, nr. 3, side 59-63.

Lang, John Temple. 2003, "Anticompetitive non-pricing abuses under European and National Antitrust Law", i *Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, redigeret af Hawk, Barry, Juris Publishing, side 235-340.

Lang, John Temple. 1994, "Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities", *Fordham International Law Journal*, vol. 18, nr. 2, side 436-524.

Lang, John Temple. 2000, "The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position Since Bronner", *Journal of Network Industries*, vol. 1, nr. 4, side 375-406.

Lévêque, François. 2005, "Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case", *World Competition*, vol. 28, nr. 1, side 71-91.

Mandorff, Martin og Sahl, Johan. 2013, "The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance", *Konkurrenserket Working Paper Series in Law and Economics*, vol. 2013, nr. 1, side 1-18.

Neven, Damien. 2006, "Competition economics and antitrust in Europe", Oxford University Press, vol. 21 i Economic Policy, nr. 48, side 742-791.

Phillips, Almarin. 1976, "A Critique of Empirical Studies of Relations Between Market Structure and Profitability", Journal of Industrial Economics, vol. 24, nr. 4, side 241-249.

Posner, Richard. 1979, "The Chicago School of Antitrust Analysis", University of Pennsylvania Law Review, vol. 127, nr. 4, side 925-948.

Reiffen, David and Kleit, Andrew. 1990, "Terminal Railroad Revisited: Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly?", The Journal of Law & Economics, vol. 33, nr. 2, side 419-438.

Ritter, Cyril. 2005, "Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?", World Competition, vol. 28, nr. 3, 281-298.

Schmalensee, Richard. 1988, "Industrial Economics", The Economic Journal, vol. 98, nr. 392, side 643-681.

Troy, Daniel. 1983, "Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine", Columbia Law Review, vol. 83, nr. 2, side 441-487.

Vassilis, Hatzoupoulos. 2004, "Case C-418/01, IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH", Common Market Law Review, vol. 41, nr. 6, side 1613-1648.

Vijver, Tjarda van der. 2013, "Article 102 TFEU: How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of prima facie Dominance Abuses", Journal of European Competition Law & Practice, vol. 4, nr. 2, side 121-133.

Williamson, Oliver. 1968, "Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Tradeoff's", The American Economic Review, vol. 58, nr. 1, side 18-36.

Williamson, Oliver. 1968, "Economies as an Antitrust Defense: Correction and Reply", The American Economic Review, vol. 58, nr. 5, side 1372-1376.

Bøger

Van Bael & Bellis. 2010, "Competition Law of The European Community", 5. udgave, Kluwers Law International.

Bain, Joe. 1956, "Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries", 1. udgave, Harvard University Press.

Cabral, Luis. 2001, "Introduction to Industrial Organization", 1. udgave, The MIT Press.

Faull, Jonathan og Nikpay, Ali. 2014, "The EU Law of Competition", 3. udgave, Oxford University Press.

Fejø, Jens og Ølykke, Grith. 2014, "EU-Konkurrenceret", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Heldbjerg, Grethe. 1997, "Grøftegravning i metodisk perspektiv", 1. udgave, Samfundslitteratur.

Holm, Andreas Beck. 2011, "Videnskab i Virkeligheden", 1. udgave, Samfundslitteratur.

Hovenkamp, Herbert. 2015, "Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice", 5. udgave, West Academic Publishing.

Jessen, Pernille Wegener og Ole Gram Mortensen, Bent og Steinicke, Michael og Sørensen, Karsten Engsig. 2016, "Regulering af konkurrence i EU", 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Lipczynski, John og Wilson, John og O.S. Goddard, John. 2013, "Industrial Organization: Competition, Strategy and Policy", 4. udgave, Pearson.

McDowell, Moore og Thom, Rodney og Pastine, Ivan og Frank, Robert H. og Bernanke, Ben. 2012, "Principles of Economics", 3. europæiske udgave, McGraw-Hill Education.

Pepall, Lynne og Richards, Dan og Norman, George. 2010, "Contemporary Industrial Organization", 1. udgave, Wiley.

Pindyck, Robert og Rubinfeld, Daniel. 2013, "Microeconomics", 8. udgave, Pearson.

Tirole, Jean. 1988, "The Theory of Industrial Organization", 1. udgave, The MIT Press.

Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth. 2014, "Retskilder & Retsteorier", 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Viscusi, William Kip og Werner, John M. og Harrington, Joseph E. 2005, "Economics of Regulation and Antitrust", 4. udgave, The MIT Press.

Volkerink, Bjørn og Bas, Patrick de og Gorp, Nicolai van. 2007, "Study of regulatory restrictions in the field of pharmacies - Appendices", A study for the European Commission, Internal Market and Services DG. ECORYS Netherlands BV.

Whish, Richard and Bailey, David. 2015, "Competition Law", 8. udgave, Oxford University Press.

Williamson, Oliver. 1985, "The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting", 1. udgave, The Free Press.

Meddelelser

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005).

Kommissionens Meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03).

Kommissionens Meddelelse - Retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler (2004/C 101/02).

Meddelelse fra Kommissionen - Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (2009/C 45/02).

Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren (98/C 265/02).

Report by the EAGCP (Economic Advisory Group on Competition Policy); "An economic approach to Article 82" (2005).

Love

Konkurrenceloven, Lovbekendtgørelse nr. 700 af 18. juni 2013.

The Sherman Antitrust Act, 2. juli 1890, kapitel 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. 1-7.

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, C-326/47 af 26. oktober 2012.

Bilag 1: Notationsark

$P_{A,F}$: Ansøgerens pris for anvendelse af faciliteten

$P_{I,D}$: Indehaverens pris på downstream-markedet

$MC_{I,D}$: Indehaverens marginalomkostninger på downstream-markedet

$FC_{I,F}$: Indehaverens faste omkostninger ved facilitetsanvendelsen

$VC_{I,F}$: Indehaverens variable omkostninger ved facilitetsanvendelsen

y : Antal brugere af faciliteten

OC_t : Alternativomkostninger i periode t

z : Procentvis anvendelse

x : Faktor for vedligeholdelse