

# Prisbasert atferd og like-effektiv-testen

av

Signe Kårstad

**Masteroppgave**

Masteroppgaven er levert for å fullføre graden

**Master i samfunnsøkonomi**

Universitetet i Bergen, Institutt for økonomi  
Desember 2011

UNIVERSITETET I BERGEN



## Forord

Jeg vil først og fremst takke min veileder Tommy Staahl Gabrielsen som har bidratt med god veiledning og spisskompetanse innenfor fagfeltet.

Jeg vil også rette en stor takk til familie og venner som har gitt støtte og oppmuntring undervegs. Astrid Lunde Kårstad har lest korrektur, og for det er jeg svært takknemlig.

Avslutningsvis vil jeg også benytte anledningen til å rette en takk til mine fantastiske medstudenter her på institutt for økonomi og ikke minst Rubbellosegjengen, U(flax)>E(kr).

*Signe Kårstad*

---

Signe Kårstad, Bergen 01. desember 2011

## Sammendrag

---

### **Prisbasert atferd og like-effektiv-testen**

av

**Signe Kårstad, Master i samfunnsøkonomi**

Universitetet i Bergen, 2011

Veileder: Tommy Staahl Gabrielsen

---

Like-effektiv-testen er en kostnadsbasert test som benyttes for å undersøke hvorvidt prisbasert atferd utgjør et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102. At testen er kostnadsbasert innebærer at dominerende foretak har muligheten til å dra nytte av kostnadsfordeler som bredde- og stordriftsfordeler. Ettersom foretaket er dominerende kan dette utgjøre et problem for eksisterende og potensielle konkurrenter som ikke har like høye markedsandeler. Følgelig søker denne oppgaven å klargjøre hvor godt like-effektiv-testen fungerer og da spesielt i tilknytning til bredde- og stordriftsfordeler. Slik sett foretas en kvalitativ vurdering og dette innebærer både et deskriptivt hvordan og et normativt bør.

Hvordan like-effektiv-testen utføres, redegjøres for i tilknytning til predasjon, retroaktive rabatter og marginskvis. To konkrete saker fra EUs rettspraksis presenteres og disse er Intel-saken og saken mot Deutsche Telekom. Dette utgjør henholdsvis en sak om retroaktive rabatter og en marginskvis sak. En svakhet ved oppgaven er således at en sak i tilknytning til predasjon ikke er håndtert.

Å basere konkurranseanalysen på en kostnadsbasert test, setter et tøft krav til potensielle og eksisterende konkurrenters effektivitet. Dette bør trolig anses som en styrke ved testen siden dette gir dominerende aktører, konkurransemyndigheter og domstoler et klart og tydelig rammeverk å forholde seg til. Hvor tøft kravet til effektivitet er, styres av kostnadsstandarden som velges å benytte. I tråd med Kommisjonens anbefalinger representerer dette et valg mellom to ulike standarder. Kommisjonen gir imidlertid ingen konkret veiledning til hvilken av disse kostnadsstandardene som bør benyttes. En betraktning er imidlertid at ulike sektorer er tilknyttet særegne markeds karakteristika og kan slik sett behandles forskjellig uten å rokke ved testens tydelige og klare symboleffekt.

## Innholdsfortegnelse

Forord .....	ii
Sammendrag .....	iii
Innholdsfortegnelse .....	iv
Tabeller* .....	v
Figurer* .....	vi
1.0 Innledning.....	1
2.0 Misbruk av dominerende stilling.....	4
2.1 Dominerende stilling .....	4
2.2 Misbruk .....	6
2.2.1 Predasjon .....	7
2.2.2 Marginskvis .....	8
2.2.3 Retroaktive rabatter .....	9
2.3 Relevante problemstillinger for TFEU-traktaten artikkel 102 .....	11
3.0 Like-effektiv-testen .....	12
3.1 En test for prisbasert atferd .....	12
3.1.1 Predasjon .....	13
3.1.2 Marginskvis .....	13
3.1.3 Retroaktive rabatter .....	15
3.2 Fordeler og ulemper .....	16
3.3 Effektivitetshensyn .....	19
4.0 Effektivitetshensyn .....	22
4.1 Effektivitet og effektivitetsgevinster .....	22
4.1.1 Statisk effektivitet .....	23
4.1.2 Dynamiske effektivitet .....	24
4.2 Bredde- og stordriftsfordeler .....	24
4.2.1 Stordriftsfordeler .....	25
4.2.2 Breddefordeler.....	26
4.3 Kostnadsmål .....	28
4.3.1 AAC .....	28
4.3.2 LRAIC .....	30
4.4 Kostnadsallokering .....	32
5.0 TFEU-traktaten artikkel 102 og EUs rettspraksis .....	36
5.1 Intel vs. AMD.....	36
5.2 Deutsche Telekom.....	43
6.0 Like effektiv i like-effektiv-testen.....	48
6.1 Hvilken kostnadsstandard .....	48
6.2 Prisbasert atferd og testens tilnærming .....	53
7.0 Oppsummering .....	57
Referanser.....	59
Appendiks A.....	62

**Tabeller\***

Tabell 1 Allokering av felleskostnader, fordeler og ulemper til hver metode ..... 33

**Figurer\***

Figur 1 Marginskvis .....	<u>8</u>
Figur 2 Retroaktive rabatter .....	<u>9</u>

## 1.0 Innledning

*Price competition is the essence of the free and open competition which it is the objective of Community policy to establish on the internal market. It favors more efficient firms and it is for the benefit of consumers both in the short and the long run. Dominant firms not only have the right but should be encouraged to compete on price (EU 1998a).*

Aktører som er i en dominerende stilling har muligheten til å sette priser som avviker fra prisene til øvrige konkurrenter i markedet. Konkurransforholdet i slike markeder skiller seg dermed fra den teoretiske idealtilstanden med perfekt konkurranse der aktører ikke har markedsrett og kun er passive pristakere<sup>1</sup>. Etter TFEU-traktaten artikkel 102 har ikke dominerende foretak muligheten til å misbruke dets dominerende stilling.

Brudd på TFEU-traktaten artikkel 102 kan ta form av utnyttende og ekskluderende misbruk. Denne oppgaven er rettet mot ekskluderende misbruk i form av predasjon, retroaktive rabatter og marginskvis. Disse tre misbruksformene er prisbasert, og slik prisbasert atferd kan representere en utfordring for konkurransemyndigheter idet prissettingen rokker med spørsmålet om hva som utgjør effektiv konkurranse. Hvor lavt kan den dominerende aktøren sette prisene, og hvor lavt er for lavt? Hva utgjør effektiv priskonkurranse, og hvor tydelig er rammeverket som den dominerende aktøren navigerer i forhold til.

I følge veiledning fra EU skal dominerende aktører ha muligheten til å konkurrere på marginen. Et problem med denne begrepsbruken er imidlertid at konkurranse på marginen representerer et vagt begrep (OECD 2005). Konkurransmyndigheter er gjerne enige om hvilke mål som bør etterstrebnes for å oppnå konkurranse på marginen, men klarer imidlertid ikke å samle disse målene til en helhetlig definisjon av begrepet. For å kompensere for dette problemet er en rekke tester utarbeidet. Eksempler på slike tester er tapstesten, konsumentvelferdstesten og like-effektiv-testen. Disse testene representerer i stor grad et forsøk på å gi et klart rammeverk for hvordan konkurranseskadelig atferd bør håndteres. Målet er å beskytte konkurransforholdet og ikke aktørene som operer i markedet.

---

<sup>1</sup> I perfekt konkurranse eksisterer det heller ikke etableringshindringer eller exit-barrierer og aktører setter pris

Testene som er utarbeidet er forankret i økonomisk teori og er således effektbasert. Denne oppgaven søker å problematisere like-effektiv-testen. Testen benyttes i tilknytning til prisbasert atferd og dens underliggende normative idé er tuftet på effektivitetshensyn.

Like-effektiv-testen representerer en kostnadsbasert test som undersøker hvorvidt en hypotetisk og like effektiv konkurrent har muligheten til å konkurrere i samme marked som den dominerende aktøren. Denne testen er fordelaktig for den dominerende aktøren ettersom den er basert på en sammenligning mellom kostnadene og prisene til den dominerende aktøren. Slik sett gir like-effektiv-testen dominerende aktører et klart og tydelig rammeverk å forholde seg til. Testen er likevel kontroversiell ettersom den tillater dominerende aktører å realisere bredde- og stordriftsfordeler.

Muligheten til å utnytte bredde- og stordriftsfordeler er omdiskutert ettersom den dominerende aktøren har høyere markedsandeler enn øvrige konkurrenter. Dette innebærer at den dominerende aktøren gjerne kan ha lavere gjennomsnittskostnader og det til tross for et tenkt tilfelle der øvrige konkurrenter og den dominerende aktøren har identisk kostnadsfunksjon. En slik problemstilling rokker ved spørsmålet om hva som utgjør effektiv konkurranse. Denne oppgaven søker derfor å klargjøre hvor godt like-effektiv-testen fungerer og hvordan testen benyttes i praksis og da spesielt i tilfeller der den dominerende aktøren har bredde- og stordriftsfordeler. Dette representerer fundamentet og begrensningen til oppgaven.

Kapittel 3 presenterer like-effektiv-testen i tilknytning til predasjon, retroaktive rabatter og marginskvis samt redegjør for fordeler og ulemper som kan tilknyttes testen. Det er kostnadene til den dominerende aktøren som ligger til grunn for testen og kapittel 4 presenterer derfor to relevante kostnadsmål og disse er gjennomsnittlige unngåelige kostnader (AAC) og langsiktige gjennomsnittlige og inkrementelle kostnader (LRAIC). Kostnadsfunksjonen til hver enkelt bedrift kan gi opphav til effektivitetsgevinster i form av bredde- og stordriftsfordeler og slike fordeler presenteres og defineres også i kapittel 4.

For å undersøke hvordan like-effektiv-testen fungerer i praksis presenteres to saker i kapittel 5. Disse to sakene er hentet fra en høyteknologisk sektor og en nettverksindustri som i stor grad er preget av svært høye faste kostnader, lave marginale kostnader, nettverkseffekter og bredde- og stordriftsfordeler. Slike markeder representerer dynamiske markeder og i den



sammenheng er det interessant å se hvilke effektivitetshensyn og prioriteringer som ligger til grunn i sakene.

Helt tilslutt i kapittel 6 kommenteres hvilken kostnadsstandard som bør ligge til grunn for testen og ikke minst hvilke konsekvenser testens ulike tilnærminger har for effektivitetshensynet som ligger til grunn i testen. Denne diskusjonen søker å kaste lys over hvor godt like-effektiv-testen fungerer i tilknytning til bredde- og stordriftsfordeler og underforstått hva like effektiv faktisk utgjør.

Nå først presenteres imidlertid en kort introduksjon til TFEU-traktaten artikkel 102. Loven utgjør nemlig springbrettet for konkurransemyndigheters vurdering av prissettingen til dominerende aktører.

## 2.0 Misbruk av dominerende stilling

Det er Konkurranseloven § 11 og TFEU-traktaten artikkel 102 i henholdsvis Norge og EU som setter visse grenser for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet (Evensen og Sæveraas, 2009)<sup>2</sup>. En dominerende stilling er imidlertid ikke i seg selv ulovlig og i følge veiledning fra Kommisjonen har dominerende foretak mulighet til å konkurrere på marginen (EU, 2009a).

Selv om dominerende aktører skal kunne konkurrere på marginen, kan ikke aktøren kutte prisene i tilsvarende grad som øvrige konkurrenter (Evensen og Sæveraas, 2009). Dette følger av the European Court of Justice (heretter «ECJ») som har slått fast at dominerende foretak har et spesielt ansvar og dets atferd skal følgelig ikke svekke eller hindre konkurransen i markedet<sup>3</sup>. Det spesielle ansvaret er knyttet opp mot ordlyden *misbruk av dominerende stilling* og dette er i strid med TFEU-traktaten artikkel 102<sup>4</sup>. *Dominerende stilling* og *misbruk* er to vilkår som må være oppfylt for at atferden til foretak utgjør et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102 og disse begrepene gjennomgås nå fortløpende.

### 2.1 Dominerende stilling

Begrepet dominerende stilling defineres ikke i TFEU-traktaten artikkel 102. En definisjon er gitt i EUs rettspraksis i en sak tilknyttet United Brands fra 1978, og det er fortsatt denne definisjonen som benyttes (O`Donoghue og Padilla, 2006). I denne saken går det frem at en *dominerende stilling* er:

*(..) a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers* (EU, 1978)<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Konkurranseloven § 11 trådte i kraft med ny lovgivningen fra 2004. Bestemmelsen har søkt å harmonisere de norske konkurransereglene for foretak med tilsvarende regler i EU/EØS, og konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82.

<sup>3</sup> Sak 322/81 Michelin v Commission (Michelin I) [1983] ECR I-3461, avsnitt 57, sak T-65/89 BPB Industries v Commission and British Gypsum v Commission [1993] ECR II-00389, avsnitt 67. Konkurransetilsynet følger ECJ på dette punktet, se vedtak V2005-9, SAS AB, side 14.

<sup>4</sup> I konkurranseloven § 11 benyttes ikke ordlyden misbruk, men snarere utilbørlig utnyttelse. At begrepsbruken er forskjellig er ikke ment å utgjøre noen realitetsforskjeller. Misbruk og utilbørlig utnyttelse kan derfor betraktes som synonymer i forklaring som presenteres under.

<sup>5</sup> Se avsnitt 65.

Fra definisjonen over er *dominerende stilling* en posisjon med økonomisk styrke som innebærer at et foretak kan hindre effektiv konkurranse i det relevante markedet ved merkbart å handle uavhengig sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere<sup>6</sup>. For å etablere hvorvidt en aktør er i en dominerende stilling, følger det av definisjonen at det relevante markedet må avgrenses og dessuten må konkurranseforholdet i markedet vurderes.

Å avgrense det relevante markedet gir et rammeverk for vurderingen av konkurranseforholdet og i den sammenheng avgrenses både *det relevante produktmarkedet* og *det relevante geografiske markedet* (Konkurransetilsynet, 2010)<sup>7</sup>. Det relevante produktmarkedet omfatter alle varer og tjenester som forbrukerne har mulighet til å substituere ut fra egenskaper, pris og bruksområdet, mens det relevante geografiske markedet utgjør det området som foretak tilbyr varer eller tjenester i. Konkurransforholdene i det geografiske markedet må være tilstrekkelig ensartet, og det må være mulig å skille avgrensningen fra tilgrensende områder der konkurranseforholdene er merkbart forskjellige.

Når det relevante markedet er avgrenset langs disse to dimensjonene, kan konkurransemyndigheter vurdere hvorvidt et foretak er dominerende. I den sammenheng foretas en helhetsvurdering av konkurranseforholdet og faktorer som undersøkes er markedsandeler, kjøpermakt og etableringshindringer.

Markedsandeler i underkant av 40 % blir sjelden regnet som et tegn på dominans, mens markedsandeler over 40 % indikerer at foretaket innehar en dominerende stilling (EU, 2009a)<sup>8</sup>. Likevel trenger ikke markedsandeler som overstiger 40 % medføre at foretaket er dominerende i det relevante markedet. Det er mulig at foretaket har svært høye markedsandeler uten nødvendigvis å ha tilstrekkelig markedsrett til merkbart å handle uavhengig sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere. Høy kjøpermakt kan for eksempel redusere handlingsrommet til foretaket og det til tross for svært høye markedsandeler. I slike situasjoner er det kundens preferanser som innskrenker handlingsrommet til foretaket<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Konkurransetilsynets praksis samsvarer med EUs, jf. sak V2005-9, SAS AB, side 19.

<sup>7</sup> Se gjerne også Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community law, OJ 97/C 372/03, 09.12.1997.

<sup>8</sup> I Case C-62/86, AKZO Chemie VB v the Commission, (1991) ECR I-3359, ble det fastslått at det er presumpsjon om at et foretak er dominerende dersom dette har markedsandeler over 50 %.

<sup>9</sup> Kunder kan her for eksempel representere andre foretak som er plassert lenger oppstrøms eller nedstrøms.

Også etableringshindringer kan innskrenke eller bekrefte hvorvidt et foretak innehar en dominerende stilling (Konkurransetilsynet, 2010). Etableringshindringer er et viktig moment i denne oppgaven ettersom sakene som presenteres i kapittel 5 er fra markeder som er beskyttet av svært høye faste kostnader, informasjonsfortrinn, bredde- og stordriftsfordeler. Også begrenset tilgang til sentrale innsatsfaktorer og distribusjonskanaler utgjør en etableringshindring. Når et marked er preget av slike etableringshindringer, innskrenker dette potensielle aktørers mulighet til å etablere seg i markedet. Svært høye etableringshindringer indikerer dermed at foretaket innehar en dominerende stilling.

Gode indikatorer på hvorvidt et foretak er i en dominerende stilling er derfor markedsandeler som ligger godt over 40 %, svært høye etableringshindringer og når kjøpermakten ikke i tilstrekkelig grad disiplinerer atferden til det dominerende foretaket. Det er likevel viktig å påpeke at et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102 eksisterer kun dersom foretaket *misbruker* dets dominerende stilling.

## 2.2 Misbruk

Misbruk av dominerende stilling kan ta form som utnyttende misbruk eller ekskluderende *misbruk* (EU, 2005). Denne oppgaven er rettet mot prisbasert ekskluderende misbruk og derfor gjennomgås bare denne kategorien her)<sup>10</sup>.

Ekskluderende misbruk er en handling som innskrenker eller hindrer konkurranse fra aktører som anses å være like effektive som det dominerende foretaket (EU, 2009a). Det er viktig å påpeke at å ekskludere ikke nødvendigvis betyr å eliminere all øvrig konkurranse, men kan snarere betraktes som en handling som svekker konkurrentenes mulighet til å konkurrere effektivt i markedet (EU, 2005). Dette innebærer at handlinger som virker ekskluderende er i stand til å marginalisere øvrige konkurrenter.

I følge Kommisjonen begrenser ekskluderende misbruk seg til å gjelde atferd som hindrer effektiv konkurranse og som ikke gagnar forbrukeren (EU, 2009a). Hvorvidt atferden ikke gagnar forbrukeren kan igjen forstås i sammenheng med en lite gunstig virkning på konsumentvelferden. Kommisjonen påpeker at forbrukerne er tjent med konkurranse ettersom

---

<sup>10</sup> Atferd som er direkte *utnyttende* omfatter for eksempel urimelig høye priser og atferd som undergraver arbeidet om å oppnå et integrert marked i EU, se EU 2009a i avsnitt 7.

dette gir lavere priser, bedre kvalitet og flere alternativ i sammenheng med nye eller forbedrede varer eller tjenester. Dominerende foretak har dermed muligheten til å konkurrere på marginen, men kan ikke ekskludere like effektive konkurrenter fra markedet. Dette innebærer at konkurrenter kan måtte forlate markedet dersom disse ikke er like effektive som det dominerende foretaket. Konkurransemyndigheters mål er å beskytte konkurranseforholdet og ikke aktørene som operer i markedet.

Ekskluderende misbruk omfatter predasjon, rabatter, marginskvis og forretningsnektelse, eksklusivavtaler og kopleingssalg<sup>11</sup>. Denne oppgaven er rettet mot prisbasert atferd i form av predasjon, marginskvis og rabatter. Avgrensningen er et direkte resultat av at like-effektiv-testen er en test for prisbasert atferd og følgelig vil disse misbruksformene kommenteres.

### 2.2.1 Predasjon

Predasjon eller underprising forekommer når et dominerende foretak med overlegg setter priser som ikke dekker kostnadene på kort sikt (EU, 2009a)<sup>12</sup>. I slike tilfeller ofrer det dominerende foretaket profitt på kort sikt, for derigjennom å ekskludere potensielle eller eksisterende konkurrenter i det relevante markedet. På kort sikt generer slik atferd lavere priser, noe som forbrukerne tjener på. I et langsiktig perspektiv øker derimot prisene igjen som en konsekvens av svekket konkurranse og dette gir forbrukerne et tap.

Predasjon kan dermed forstås i et dynamisk perspektiv der kortsiktige inntekter ofres i påvente av økte inntekter i fremtiden. Incentivene til å underprise svekkes dersom det dominerende foretaket ikke forventer at det kortsiktige tapet kan gjenvinnes på lang sikt. Dersom forventninger om økt inntekt på lang sikt er fraværende er sannsynligheten svært lav for at det dominerende foretaket med overlegg vedstår et kortsiktig tap. Slik sett kan predasjon betraktes som en strategi der oppofrelse på kort sikt anses å være en investering i økt fremtidig profitt.

---

<sup>11</sup> Se Guidance Paper kapittel iv A til D for en nærmere beskrivelse, EU 2009a.

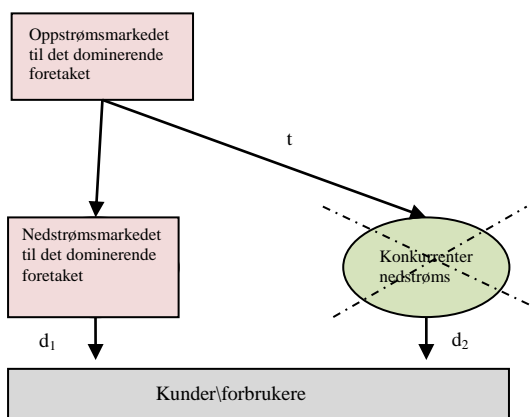
<sup>12</sup> Ofrer profitt skal her forstås som *sacrifice*. Predasjon kan for øvrig også forekomme dersom det dominerende foretaket er involvert i et sekundært marked, selv om foretaket ikke er dominerende i det sekundære markedet. Predasjon er dermed et resultat av krysssubsidiering. I slike tilfeller finansierer foretaket det kortsiktige tapet i det sekundære markedet med profitt fra markedet der foretaket er dominerende.

Predasjon er ikke ønskelig ettersom det ikke kommer forbrukerne til gode og slik atferd anses som et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102. I følge Kommisjonen er det ikke nødvendig å demonstrere at øvrige konkurrenter må forlate markedet. Det er tilstrekkelig å bevise at atferden virker ekskluderende på en like effektiv konkurrent ettersom det er lite sannsynlig at slik prisatferd vil gi opphav til effektivitetsgevinster.

### 2.2.2 Marginskvis

En marginskvis ligner på predasjon, men forskjellen er at misbruksformen utelukkende relaterer seg til situasjoner der dominerende foretak er vertikalt integrert i markedet (O'Donoghue og Padilla, 2006). Å være vertikalt integrert i markedet innebærer at det dominerende foretaket operer i oppstrøms- så vel som i nedstrømsmarkedet<sup>13</sup>. Dette medfører at en marginskvis kan oppstå på to nivåer i den vertikale kjeden.

En marginskvis oppstår dersom det dominerende foretakets *tilgangspris er så høy* at det dominerende foretaket ikke dekker egne kostnader i nedstrømsmarkedet, eller dersom *detaljprisen på sluttproduktet i nedstrømsmarkedet er så lav* at det dominerende foretaket ikke dekker egne kostnader i nedstrømsmarkedet. Dette er illustrert i figur 1.



**Figur 1 Marginskvis med for høy tilgangspris**

I figur 1 betegner notasjonen  $d_1$  den dominerende aktørens detaljpris for sluttproduktet, og  $t$  betegner tilgangsprisen for oppstrømsvaren som den dominerende aktøren produserer<sup>14</sup>. Tilgangsprisen representerer derfor her prisen på en innsatsfaktor som er nødvendig for

<sup>13</sup> Jo lenger nedstrøms et foretak opererer, desto nærmere er aktiviteten forbrukeren. Oppstrømsmarkedet er slik sett ikke i direkte kontakt med forbrukeren, men produksjonen eller tjenesten går via et eller flere mellomledd lenger nedstrøms i markedet.

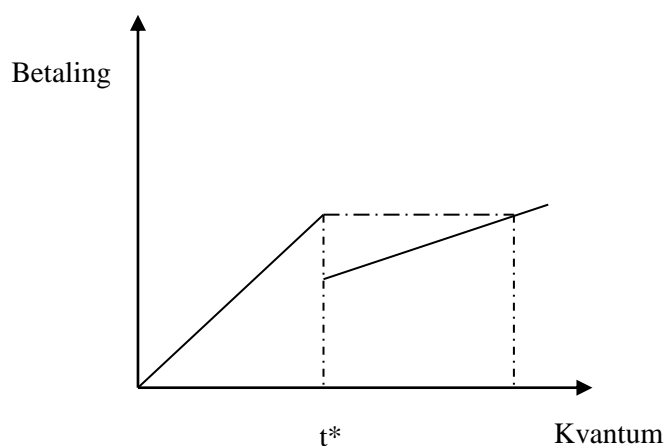
<sup>14</sup> Detaljpris skal her forstås som prisen på sluttproduktet i nedstrømsmarkedet.

produksjonen i nedstrømsmarkedet<sup>15</sup>. Konkurrentene til den dominerende aktøren er aktive i nedstrømsmarkedet, men ikke i oppstrømsmarkedet. Dette innebærer at konkurrentene er avhengige av den oppstrømsvaren eller innsatsfaktoren som den dominerende aktøren tilbyr til tilgangspris  $t$ , for videre å kunne produsere varen i nedstrømsmarkedet til sluttpris lik  $d_2$ .

Figur 1 er presentert for å klargjøre hvilke to nivåer en marginskvis kan forekomme. En mer presis definisjon av misbruksformen er hentet fra EUs rettspraksis. I henhold til EUs rettspraksis oppstår en *marginskvis* dersom spredningen til det dominerende foretakets tilgangspris og detaljpris er negativ eller ikke tilstrekkelig dekker det dominerende foretakets egne nedstrømskostnader og så lenge tilgangsprisen og detaljprisen er sammenlignbare (EU 2003)<sup>16</sup>. En slik definisjon innebærer at en marginskvis oppstår som et resultat av høye tilgangspriser eller lave detaljpriser dersom det dominerende foretaket ikke dekker egne kostnader i nedstrømsmarkedet.

### 2.2.3 Retroaktive rabatter

Rabatter eller prisavslag som gis på alle kjøp i en gitt referanseperiode idet en terskel er nådd kalles retroaktive rabatter (EU, 2005). Slik sett er retroaktive rabatter en betinget rabattordning som krever at kunden overgår en viss terskel før prisavslaget gis på alle tidligere kjøp<sup>17</sup>. Dette er illustrert i figur 3 nedenfor der kurven gjør et hopp og fortsetter med samme eller slakkere helning idet terskelen ( $t^*$ ) er nådd.



Figur 2 Retroaktive rabatter

<sup>15</sup> Tilgangspris kalles gjerne engrospris.

<sup>16</sup> For å klargjøre hva som menes med *sammenlignbare priser* gis et eksempel (O'Donoghue og Padilla 2006). Dersom det dominerende foretaket benytter innsatsfaktor  $x$ , mens konkurrenter i nedstrømsmarkedet benytter innsatsfaktor  $z$  som også tilbys av det dominerende foretaket, gir det ingen mening å undersøke hvorvidt det dominerende foretaket kan operere lønnsomt dersom det dominerende foretaket måtte betale samme tilgangspris på innsatsfaktor  $z$  som øvrige konkurrenter.

<sup>17</sup> Inkrementelle rabatter er også en betinget rabattordning som gir kunden prisavslag til en bestemt terskel.

Et dominerende foretak som tilbyr retroaktive rabatter kan gi prisavslag til hele etterspørselsgruppen (EU, 2005). Med hele etterspørselsgruppen menes den kundeandelen som er villig til å substituere bort produktet eller tjenesten som det dominerende foretaket tilbyr, og den kundegruppen som alltid vil ønske å kjøpe fra det dominerende foretaket. Dette skillet kalles henholdsvis *konkurransesatt etterspørsel* (eng: contestable share) og *ikke-konkurransesatt etterspørsel* (eng: non-contestable share)<sup>18</sup>.

Ettersom retroaktive rabatter kan tilbys til hele etterspørselsgruppen, fremmer slike rabatter lojalitet hos kundene (EU, 2005). Hvor lojale kundene er, påvirkes av rabattens terskel og prosentnivå. Jo høyere terskel og prosentnivå på rabatten, desto større volum må kunden kjøpe for å utnytte rabattordningen fullt ut. Når terskelen og prisavslaget er høyt er det lite tiltalende for kunden å skifte små deler av etterspørselen mot en alternativ tilbyder ettersom kunden bare mottar prisavslaget såfremt volumsterskelen nås<sup>19</sup>.

Det er viktig å påpeke at retroaktive rabatter kan komme forbrukerne til gode ettersom etterspørselen stimuleres av lavere priser (EU, 2005). Likevel kan slik atferd virke ekskluderende dersom rabattene tilbys av en dominerende aktør. Misbruk av dominerende stilling, forekommer dersom det dominerende foretakets rabattordning ekskluderer potensielle eller eksisterende konkurrenter fra markedet. I slike tilfeller utgjør rabattordningen et hinder for en like effektiv konkurrent ettersom dets produkt eller vare ikke når frem til kundegruppen som i utgangspunktet kunne tenke seg å kjøpe produktet eller varen.

Fellesnevneren for predasjon, marginskvis og retroaktive rabatter er at misbruksformene er prisbasert. Slike misbruksformer utgjør et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102 såfremt atferden ekskluderer potensielle eller eksisterende konkurrenter fra det relevante markedet. Like-effektiv-testen kan benyttes for å undersøke disse atferdsformene virker ekskluderende eller ei og denne testen presenteres i kapittel 3. Nå først gjøres det imidlertid kort rede for relevante problemstillinger for TFEU-traktaten artikkel 102.

---

<sup>18</sup> Konkurransesatt etterspørselsandel og ikke-konkurransesatt etterspørselsandel er henholdsvis prissensitive (elastisk etterspørsel) og ikke prissensitive (uelastisk etterspørsel).

<sup>19</sup> Dersom kunden overgår terskelen som er satt vil prisen til produktet falle over terskelen, men også for alle tidligere kjøp innenfor referanseperioden (suction effect). Jo høyere terskel, desto høyere er suction effect.



### 2.3 Relevante problemstillinger for TFEU-traktaten artikkel 102

TFEU-traktaten artikkel 102 er den formelle forankringen for å undersøke hvorvidt en aktør misbruker dens dominerende stilling. Et omstridt spørsmål er imidlertid hvordan en skal håndtere konkurranseskadelig atferd når foretak er dominerende. Slike aktører skal nemlig kunne konkurrere på marginen, men hva som utgjør konkurranse på marginen er ikke like tydelig.

Både Vickers, O'Donoghue og Padilla har påpekt at en trenger et sterkere og mer solid fundament for hvordan en skal håndtere dominansspørsmålet for å sikre effektiv konkurranse og at effektivitet blir tatt hensyn til i rettspraksis (2005, 2006). En streng linje virker gjerne mot sin hensikt og kjøler ned fordelaktige konkurranseforhold i markedet, mens en laissez fair tilnærming gjerne setter markedets konkurranseforhold på spill (Vickers 2005). Dette reflekterer igjen balansegangen mellom to effektivitetshensyn.

TFEU-traktaten artikkel 102 er i følge O'Donoghue og Padilla ikke tydelig nok og mangler et normativt innhold. Ettersom en dominerende bedrift har et spesielt ansvar i markedet, kan det tenkes at fraværet av normative retningslinjer hindrer handlingsrommet til det dominerende foretaket. I den sammenheng er det likevel viktig å påpeke at ulike tester har blitt utviklet for å imøtekomme og kompensere for slike problemer.

Like-effektiv-testen er et eksempel på en slik test og denne testens underliggende normative idé er tuftet på effektivitetshensyn. En hypotetisk konkurrent skal være like effektiv som det dominerende foretaket for å kunne konkurrere i markedet. Dersom den hypotetiske konkurrenten er like effektiv som det dominerende foretaket, men likevel ekskluderes helt eller delvis fra markedet, er atferden til det dominerende foretaket i strid med TFEU-traktaten artikkel 102. Denne testen presenteres i det påfølgende kapitlet.

### 3.0 Like-effektiv-testen

Like-effektiv-testen er en test for prisbasert atferd og kan derfor brukes til å undersøke ekskluderende virkninger av predasjon, marginskvis og retroaktive rabatter. Testens underliggende normative idé er tuftet på effektivitetshensyn og testens formål er å undersøke hvorvidt dominerende foretak setter konkurransevridende priser i det relevante markedet (EU, 2009a). For å utføre like-effektiv-testen må først dominans påvises og dessuten må det relevante markedet avgrenses. Hvordan dette gjøres, ble kort presentert i forrige kapittel og kommenteres derfor ikke videre her. Når slike forhold er kartlagt kan like-effektiv-testen benyttes til å undersøke hvorvidt det dominerende foretaket misbruker dets dominerende stilling.

Like-effektiv-testen utdypes først i tilknytning til prisbasert atferd, deretter presenteres testens fordeler og ulemper og til slutt presenteres den dominerende foretakets mulighet til å forsvare egen atferd basert på et effektivitetsforsvar.

#### 3.1 En test for prisbasert atferd

Like-effektiv-testen er en test for prisbasert atferd og kan derfor brukes til å undersøke ekskluderende virkninger av predasjon, marginskvis og retroaktive rabatter (EU, 2009a). Utgangspunktet for testen er å undersøke hvorvidt en hypotetisk og like effektiv konkurrent som det dominerende foretaket, har muligheten til å konkurrere i samme marked som det dominerende foretaket. Det er prissettingen til det dominerende foretaket i forhold til dets egne kostnader som er den avgjørende faktoren for utfallet til testen. Dersom prisen ikke dekker kostnadene, er atferden til det dominerende foretaket i stand til å ekskludere en like effektiv konkurrent fra markedet. En hypotetisk og like effektiv konkurrent har derimot muligheten til å konkurrere i markedet dersom prisen dekker kostnadene.

Å være like effektiv som det dominerende foretaket i like-effektiv-testen, løses ved å basere seg på det dominerende foretakets kostnader. I testen sidestilles dermed det dominerende foretaket og den hypotetiske konkurrenten og tanken er at dette gir et rimelig og fordomsfritt utfall ettersom verken eksisterende eller potensielle konkurrenter er av betydning for utfallet til testen. Slik sett er kostnadene til øvrige konkurrenter irrelevant for testens utfall. Nedenfor

presenteres en oversikt over hvordan like-effektiv-testen anvendes i forbindelse med predasjon, marginskvis og retroaktive rabatter

### 3.1.1 Predasjon

I saker tilknyttet predasjon sammenlignes prisen med relevant kostnadsstandard. Dersom prisen ligger under kostnadene til det dominerende foretaket er prissettingen til det dominerende foretaket i stand til å ekskludere en hypotetisk og like effektiv konkurrent som det dominerende foretaket. For å utføre like-effektiv-testen benyttes gjerne en periode-for-periode-analyse og denne metoden måler lønnsomheten til en bedrift (EU, 2007)<sup>20</sup>.

I en periode-for-periode-analyse sammenlignes observerte inntekter og kostnader for hvert år eller innenfor et kortere tidsrom. Kostnadspostene som inngår i periode-for-periode-analysen er delt i to hovedkategorier. Den første kostnadsposten representerer utgifter som er beregnet med hjelp av standard regnskapsmetoder og disse utgiftene allokeres bare i den perioden som kostnadene inntreffer. Den andre kostnadsposten representerer investeringer i kapital. Disse kostnadene allokeres over flere tidsperioder og da typisk i form av lineær depresiering. Å benytte lineær depresiering innebærer at initiale investeringer innhentes med identisk depresieringsrate for hvert år i eiendelens forventede levetid (Brealy et. al, 2007).

### 3.1.2 Marginskvis

En marginskvis kan opptre på to nivåer i den vertikale kjeden og da enten via urimelig høye tilgangspriser eller urimelig lave detaljpriser. Det er spredningen mellom tilgangsprisen og detaljprisen som er avgjørende for hvorvidt en hypotetisk og like effektiv konkurrent som den dominerende aktøren ekskluderes fra markedet eller ei. Prissettingen til det dominerende foretaket er i følge like-effektiv-testen i stand til å ekskludere en like effektiv konkurrent dersom marginen ikke dekker kostnadene i nedstrømsmarkedet (O'Donoghue og Padilla, 2006).

For å kunne beregne marginen i en marginskvis sak og basert på like-effektiv-testen behøves informasjon om tilgangspriser, detaljpriser og kostnader i nedstrømsmarkedet. Hvilken

---

<sup>20</sup> ECJ (European Court of Justice) har tidligere basert seg på periode-for-periode metoden i henholdsvis Case C-62/86 *Akzo Chemie v Commission* [1991] ECR I-3359 (heretter «Akzo») og Case C-333/94 P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951, se avsnitt 331 i Case COMP/38.784 *Wanadoo España vs. Telefónica* [2007] (heretter «Telefónica»). Det er hovedsakelig i tilknytning til prisbasert atferd i form av predasjon og marginskvis at denne metoden er benyttet.

kostnadsstandard som utgjør sammenligningsgrunnlaget for testen gjennomgås i kapittel 4 og kommenteres derfor ikke videre her.

En kompliserende faktor når en dominerende aktør er vertikalt integrert er at denne aktøren gjerne tilbyr en rekke tjenester eller produkter i nedstrømsmarkedet som til en viss grad kan betraktes som differensierte med hensyn på pris og kvalitet. For å utføre like-effektiv-testen må derfor konkurransemyndigheter velge hvorvidt testen skal utføres på det individuelle nivået til hver enkelt tjeneste nedstrøms eller om disse tjenestene skal aggregeres (EU, 2007)<sup>21</sup>. Når dette er avgjort er neste skritt å sikre at tilgangsprisen og detaljprisen er sammenlignbare<sup>22</sup>.

Kravet om å sikre at prisene oppstrøms og nedstrøms er sammenlignbare kan utføres basert på «retail-minus» metoden (Geradin og O'Donoghue, 2005). Dette er en metode der tilgangsprisen gjenspeiler detaljprisen, men der et avslag gis på tilgangsprisen for å sikre avkastning til tjenesten som tilbys i nedstrømsmarkedet. Avslaget som gis på tilgangsprisen må dermed være litt større enn kostnadene i nedstrømsmarkedet.

En styrke med å benytte «retail minus»-metoden er at den dominerende aktøren ikke lenger er i stand til å sette tilgangspriser som er lavere eller lik detaljprisene. Metoden er dessuten effektiv i den forstand at den fremmer effektive nyetableringer og den tillater dominerende aktører å beholde deler av profitten som oppstår i nedstrømsmarkedet. En fordel ved denne metoden er således at den dominerende aktøren ikke lenger har insentiver til å sette en utilstrekkelig margin ettersom aktøren beholder deler av profitten som oppstår i nedstrømsmarkedet.

Når relevante kostnader i nedstrømsmarkedet, tilgangspris og detaljpris er identifisert og fastsatt kan like-effektiv-testen utføres. Selve lønnsomhetsanalysen eller sammenligningen mellom kostnadene nedstrøms og prisene utføres gjerne basert på en periode-for-periode-analyse og denne metoden ble kort presentert i del 3.1.1<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Se avsnitt 387 i Telefónica, (EU, 2007).

<sup>22</sup> Se fotnote 17 for et eksempel på sammenlignbare priser.

<sup>23</sup> I marginskvissaken mot Telefónica foretok Kommisjonen en lønnsomhetsanalyse som både var basert på en periode-for-periode analyse og en Discounted Cash Flow metode (heretter «DCF-metode»), se avsnitt 326 (EU, 2007).

I kapittel 5 presenteres en marginskvissak mot Deutsche Telekom som er basert på like-effektiv-testen. Denne saken representerer en marginskvis som tar form av for lave detaljpriser.

### 3.1.3 Retroaktive rabatter

Like-effektiv-testen i tilknytning til retroaktive rabatter undersøker hvorvidt pris ligger over eller under kostnadene, og tilnærmingen kan utføres på to måter. Den ene tilnærmingen sammenligner konkurranseutsatt etterspørselsandel med påkrevd andel, mens den andre tilnærmingen sammenligner effektiv-pris med kostnadene til det dominerende foretaket. Disse tilnærmingene forklares nå fortløpende.

Å basere like-effektiv-testen på en sammenligning mellom påkrevd andel og konkurranseutsatt etterspørselsandel er den metodologiske tilnærmingen som benyttes i Intel-saken og denne saken presenteres i kapittel 5. Påkrevd andel skal forstås som et estimat for den kompensasjonen som en hypotetisk og like effektiv konkurrent må tilby kunden for fallet i rabatter fra den dominerende aktøren, dersom kunden skifter deler av etterspørselen fra den dominerende aktøren og over til konkurrenten (EU, 2005). For å beregne påkrevd andel brukes kostnadene til det dominerende foretaket, listepriisen kundene kan kjøpe varen for og rabattens prosent eller størrelse.

Resultatet til like-effektiv-testen fremkommer på følgende måte. Dersom påkrevd andel er strengt større enn konkurranseutsatt etterspørselsandel virker rabattordningen til det dominerende foretaket ekskluderende ovenfor en hypotetisk og like effektiv konkurrent som det dominerende foretaket.

Et alternativ til å sammenligne påkrevd andel med konkurranseutsatt etterspørselsandel er å beregne effektiv-pris. Effektiv-pris er den prisen som en hypotetisk og like effektiv konkurrenten må sette for å kunne konkurrere på lik linje med den dominerende aktøren (EU, 2009a). For å beregne effektiv-pris må en først finne det relevante området som rabattordningen virker i<sup>24</sup>. Relevant området som rabattordningen virker i skal her forstås som konkurranseutsatt etterspørselsandel samt eksisterende konkurrenters kapasitetsbegrensninger,

---

<sup>24</sup> Når en opererer med inkrementelle rabatter er det relevante området normalt de inkrementelle kjøpene over rabattens terskel.

og eventuelt hvilken skala en potensiell konkurrent vil entre markedet med<sup>25</sup>. Slik sett representerer det relevante området den volumstørrelsen som det er realistisk å tenke seg at kunden til det dominerende foretaket vil skifte over til en konkurrent.

Når relevant området er definert kan effektiv-pris beregnes. Effektiv-pris defineres som listepriis, dvs. pris uten fradrag av eventuelle rabatter, minus rabatten som etterspørselsgruppen taper med å skifte tilbyder. Dette innebærer at effektiv pris representerer prisen i det relevante området som en hypotetisk og like effektiv konkurrent må matche for å kunne gi tilsvarende tilbud som den dominerende aktøren. Effektiv-pris representerer således den kompensasjonen kunden må ha for å skifte tilbyder. Dette innebærer at når like-effektiv-testen utføres basert på effektiv-pris er rabattordningen i stand til å ekskludere en hypotetisk og like effektiv konkurrent fra markedet dersom effektiv-pris er strengt mindre enn kostnadene til det dominerende foretaket.

Relevant kostnadsstandard presenteres i kapittel 4 og saken mot Intel viser hvordan like-effektiv-testen er utført basert på en sammenligning mellom påkrevd andel og konkurranseutsatt etterspørselsandel. En svakhet ved oppgaven er således at det ikke vises til en konkret sak som er basert på effektiv-pris.

### 3.2 Fordeler og ulemper

Den sentrale komponenten i like-effektiv-testen er at den baserer seg på kostnadene til det dominerende foretaket. Testens tilnærming varierer alt etter hvilken type misbruksform som undersøkes. Det er nærliggende å anta at den metodologiske tilnærmingen innehar en viss grad av usikkerhet og denne usikkerheten trolig blir større desto mer omfattende testen er. For å klargjøre like-effektiv-testen ytterligere skal fokuset vendes mot testens fordeler og ulemper og disse skal nå kommenteres fortløpende.

En ivrig tilhenger av testen er Richard Posner (2001). I følge Posner bør ikke det å være dominerende frata aktøren muligheten til å sette lave priser som akkurat dekker kostnadene. En aktør bør ha mulighet til å konkurrere på lik linje med like effektiv konkurrenter og prissettingen bør godtas så lenge den ikke ekskluderer like eller mer effektive bedrifter.

---

<sup>25</sup> Området som ikke er åpent for konkurranse (etterspørselsandel som ikke er konkurranseutsatt) avhenger bl.a. av hvorvidt kundene betrakter produktet til det dominerende foretaket som et "must stock". Jo større denne andelen er, desto mindre er konkurranseutsatt etterspørselsandel.

Ettersom det er kostnadene til det dominerende foretaket som sikrer at hypotetiske konkurrenter er like effektive som det dominerende foretaket, gir testen et tydelig rammeverk som det dominerende foretaket kan forholde seg til. Prissettingen til et foretak bestemmes nemlig av hensynet til egne kostnader og etterspørselsforhold. Det er denne informasjonen som er tilgjengelig for det dominerende foretaket og dette tar like-effektiv-testen hensyn til.

Å basere seg på det dominerende foretakets kostnader gir et klart rammeverk til det dominerende foretaket og dette kan betraktes som en fordel ved testen. En ulempe ved å benytte seg av det dominerende foretakets kostnader er imidlertid at konkurransemyndigheter er avhengig av informasjon knyttet til kostnadene og prissettingen til det dominerende foretaket (EU, 2009a). Testen er bare praktisk gjennomførbar idet konkurransemyndigheter har tilgjengelig og tilstrekkelig informasjon om priser og kostnader slik at disse kan sammenlignes. Informasjon om priser er ikke særlig problematisk å innhente, men det er snarere tilstrekkelig kostnadsinformasjon som kan være vanskelig å oppdrive. Når tilstrekkelige kostnadsdata ikke er tilgjengelige, påpeker Kommisjonen at konkurrenters eller andre sammenlignbare data kan benyttes.

Et problem med å benytte annen tilgjengelig kostnadsinformasjon er imidlertid at testens utfall ikke nødvendigvis er like robust, som når det dominerende foretakets egne kostnader ligger til grunn. Dette problemet er også opphavet til noe av kritikken mot like-effektiv-testen (Bundeskartellamt, 2006). I følge den tyske konkurransemyndigheten Bundeskartellamt er kvaliteten til kostnadsdata i stor grad avhengig av samarbeidsviljen til det dominerende foretaket og samarbeidsviljen er muligens ikke alltid til stede. Dette impliserer at konkurransemyndigheters tilgang til tilstrekkelig kostnadsinformasjon avhenger av insentivene som det dominerende foretaket har til å samarbeide.

Spørsmålet er så hvorvidt denne kritikken er reell i sammenheng med prisbasert atferd. Dersom det dominerende foretaket mener at dets produksjon er mer effektiv enn produksjonen til øvrige konkurrenter, er muligens insentivene til å samarbeide tilstrekkelig når det angivelige misbruket er prisbasert. Predasjon, marginskvis eller retroaktive rabatter er prisbasert atferd som forbindes med lave priser<sup>26</sup>. Når prisene er lave, er trolig lavere kostnader å foretrekke, ettersom lavere kostnader gir større sannsynlighet for å passere testen.

---

<sup>26</sup> En marginskvis oppstår også dersom tilgangsprisen er for høy. Det er likevel spredningen mellom tilgangsprisen og detaljprisen i forhold til nedstrømskostnadene som er interessant i sammenheng med en

En annen innvending til testen er i følge Bundeskartellamt at innhenting av kostnadsinformasjon er svært tidkrevende og ressursintensivt (2006). Videre er kostnadsdefinisjonen kontroversiell i forhold til teori og praksis. Slik sett er det stor sannsynlighet for at metoden og den relevante kostnadsstandarden utfordres i retten. Ulike og relevante kostnadsstandarder diskuteres videre i kapittel 4.

Selv om Bundeskartellamt retter kritikk mot like-effektiv-testen, påpeker den tyske konkurransemyndigheten at like-effektiv-testen i prinsippet er den beste testen til å vurdere misbruk av dominerende stilling (2006). En ledetråd for konkurransemyndigheter er nemlig at konkurrenter som ikke er like effektive ikke skal beskyttes, ettersom slike konkurrenter før eller siden vil måtte forlate markedet. Å beskytte konkurrenter som ikke er like effektive innebærer muligens at sluttprisen vil øke for forbrukerne. Det er konkurranseforholdet i markedet som skal sikres og det er best tjent med å sikre at potensielle eller eksisterende konkurrenter er minst like effektive som det dominerende foretaket.

Fra diskusjonen over er ulempene til like-effektiv-testen tilknyttet informasjonsproblemer. Innhenting av relevant kostnadsinformasjon er ikke alltid mulig og det er dessuten svært tidkrevende og ressursintensivt å innhente slik informasjon. Kostnader er dessuten kontroversielt i forhold til teori og praksis

Fordelene til testen er imidlertid at den sikrer effektiv konkurranse ettersom konkurrenten(e) minst må være like effektive som det dominerende foretaket for å kunne konkurrere i markedet. En annen fordel er at testen gir et klart og tydelig rammeverk for dominerende foretak å forholde seg til, ettersom testen bygger på det dominerende foretakets kostnader og ikke prioriterer øvrige konkurrenters kostnader. En annen mulig fordel eller eventuelt ulempe er at Kommisjonen åpner for at dominerende foretak skal kunne forsvare egen atferd basert på effektivitetsgevinster. Denne muligheten kommenteres nå fortløpende.

---

marginskvis og dette innebærer at det er i det dominerende foretakets interesse at kostnadsstandarden ikke er for høy.



### 3.3 Effektivitetshensyn

Dersom utfallet til like-effektiv-testen viser at kostnadene til en like effektiv konkurrent ikke dekkes, åpner Kommisjonen for at dominerende foretak skal kunne forsvare egen atferd basert på effektivitetsgevinster (EU, 2009a)<sup>27</sup>. Det er den dominerende aktøren som må fremskaffe bevis som er overbevisende nok til å forsvare egen markedsposisjon og atferd.

Kommisjonens forslag fremsetter fire kumulative betingelser som må være oppfylt for at effektivitetsforsvaret til det dominerende foretaket skal vektlegges. Disse fire kumulative betingelsene samsvarer med TFEU-traktaten artikkel 101(3). Det er viktig å påpeke at lovteksten til TFEU-traktaten artikkel 102 ikke inkluderer dispensasjonen som gis i artikkel 101(3), men at Kommisjonens veiledning og EUs rettspraksis legger opp til at dette er mulig<sup>28</sup>. De fire kumulative betingelsene er som følger:

1. *(..) the efficiencies have been, or are likely to be, realised as a result of the conduct. They may, for example, include technical improvements in the quality of goods, or a reduction in the cost of production or distribution,*
2. *the conduct is indispensable to the realisation of those efficiencies: there must be no less anti-competitive alternatives to the conduct that are capable of producing the same efficiencies,*
3. *the likely efficiencies brought about by the conduct outweigh any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets,*
4. *the conduct does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition (EU, 2009a).*

Den første betingelsen understreker at det er atferden til det dominerende foretaket som skal gi opphav til gevinstene, mens den andre betingelsen fremholder at atferden til det dominerende foretaket bare godtas dersom det ikke eksisterer andre måter å nå effektivitetsgevinstene på. Ettersom bevisbyrden ligger hos den dominerende bedriften skaper dette insentiver til å påvise omfanget av effektivitetsgevinstene. Spørsmålet er likevel

---

<sup>27</sup> Det dominerende foretaket kan også forsvare egen atferd basert på argumentet om objektiv nødvendighet (EU 2009a). Atferden kan betraktes som objektivt nødvendig dersom det dominerende foretakets atferd kan tilskrives helseårsaker og sikkerhet. Dette er områder som ofte er underlagt og styrt av nasjonale myndigheter og utelates her ettersom et slikt argument er lite relevant for oppgaven.

<sup>28</sup> Case T-193/02, Laurent Piau v Commission (26. Januar 2005), avsnitt 119.

hvorvidt det er mulig å påvise at atferden faktisk er nødvendig og den eneste muligheten det dominerende foretaket har til å nå slike gevinster.

Den tredje betingelsen påpeker at effektivitetsargumentet bare holder dersom gevinstene som adferden gir opphav til, er store nok til å oppveie for enhver form for konkurransevridning som kan være til skade for forbrukeren (EU, 2009a). I den sammenheng er det viktig å påpeke at effektivitetsgevinster som oppstår i dynamiske markeder kan være vanskelige å måle ettersom det tar tid for slike gevinster å manifestere seg. Denne problemstillingen diskuteres ytterligere i kapittel 4, 5 og 6.

Den fjerde og siste betingelsen understreker at konkurranse er et viktig drivhjul for å oppnå effektivitet. Dersom mulighetene for potensiell konkurranse elimineres, holder ikke effektivitetsargumentet. Denne betingelsen indikerer ikke at eksisterende konkurrenter må beskyttes, men kan muligens tolkes i retning av at prissettingen til det dominerende foretaket ikke skal hindre etableringen av potensielle og minst like effektive konkurrenter.

I tilknytning til denne betingelsen er det viktig å påpeke at Kommisjonens veiledning fremhever at konkurransehensyn bør prioriteres over effektivitetshensyn i situasjon der det ikke eksisterer øvrig konkurranse eller antydninger til at nye foretak ønsker å etablere seg i markedet (EU, 2009a). Kommisjonens argument bygger på følgende vurdering. Uten konkurranse har ikke dominerende foretak insentiver til å søke effektivitetsforbedringer. Når dominerende foretak nærmer seg en monopolposisjon kan ikke lenger effektivitetsgevinster rettferdiggjøres. Dette impliserer at dominerende foretak som nærmer seg en monopolposisjon, ikke kan benytte seg av effektivitetsforsvaret.

I følge Kommisjonens veiledning bør disse fire kumulative betingelser være oppfylt for at dominerende foretak skal kunne forsvare egen atferd basert på effektivitetsgevinster. Disse betingelsene er likevel ikke juridisk bindene. For at slike argumenter skal vinne frem må hver enkelt av de fire kumulative betingelsene være oppfylt og det kan slik sett være vanskelig å forsvare atferd basert på effektivitetsargumenter.

Så langt er grunnleggende aspekt ved like-effektiv-testen presentert. Like-effektiv-testen er en test for prisbasert atferd og effektivitetshensynet som tas bygger på en sammenligning mellom pris og kostnader for predasjon og marginskvis, mens testen er litt mer omfattende i forhold til

retroaktive rabatter. Et interessant aspekt ved like-effektiv-testen er at Kommisjonen åpner for at en dominerende aktør skal kunne forsvare dens prissetting ut fra effektivitetsargumenter.

Det sentrale aspektet i like-effektiv-testen er effektivitet og en hypotetisk konkurrent er like effektiv i testen ettersom kostnadene til den dominerende aktøren ligger til grunn. I den sammenheng oppstår en interessant problemstilling. Dersom to aktører (A og B) er aktive i samme marked, begge har lik kostnadsfunksjon, og markedsandelene til hver enkelt aktør er 70 % for A og 30 % for B, hvordan skal konkurransemyndigheter vurdere atferden til den dominerende aktøren i et tilfelle der kostnadsfunksjonen er underlagt bredde- og/eller stordriftsfordeler? Denne problemstillingen rokker ved spørsmålet om hva effektiv konkurranse og konkurranse på marginen utgjør.

Bredde- og stordriftsfordeler innebærer at de gjennomsnittlige kostnadene faller når faste kostnader spres ut over et større produksjonsvolum. For å kunne diskutere denne problemstillingen ytterligere presenteres to ulike kostnadsmål samt bredde- og stordriftsfordeler i neste kapittel. I tilknytning til like-effektiv-testen er det viktig å vurdere hvilke kostnadsmål som legges til grunn i testen og da spesielt siden effektivitet er knyttet nært opp mot kostnadene til det dominerende foretaket. Problemstillingen som er skissert over diskuteres videre i kapittel 6, men i gjennomgangen av bredde- og stordriftsfordeler er det viktig å ha i mente hensikten med å presentere disse begrepene. Spørsmålet er hvor godt like-effektiv-testen tar høyde for slike hensyn og i den sammenheng er det også viktig å diskutere effektivitetsbegrepet.

## 4.0 Effektivitetshensyn

Like-effektiv-testens underliggende normative idé er tuftet på effektivitetshensyn og dette impliserer at effektivitet er noe som må vurderes. I den sammenheng er det viktig å forstå hva effektiv konkurranse er, og hvorfor effektivitet er viktig i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Oppgavens målsetting er nemlig å undersøke hvor godt like-effektiv-testen fungerer i forbindelse med bredde- og stordriftsfordeler. Slike grunnleggende effektivitetshensyn kommenteres i del 4.1.

Muligheten til å realisere bredde- og stordriftsfordeler avhenger blant annet av hvilket kostnadsmål som ligger til grunn i like-effektiv-testen. Forskjellige kostnadsmål har ulik tidshorisont og inndeling i faste og variable kostnader ligger ikke fast, men veksler alt etter hvilken tidshorisont som benyttes. Slik sett påvirkes utfallet til like-effektiv-testen av hvilket kostnadsmål som ligger til grunn. Kommisjonen har foreslått å benytte to ulike kostnadsmål og disse kommenteres i del 4.2. Helt til slutt i del 4.3 presenteres ulike metoder for å allokere felleskostnader. Dette gjøres ettersom de to kostnadsmålene som presenteres i del 4.2 ikke tar hensyn til felleskostnader som oppstår idet en bedrift produserer flere varer eller tjenester. Å allokere felleskostnader påvirker således effektivitetshensynet som ligger til i like-effektiv-testen.

### 4.1 Effektivitet og effektivitetsgevinster

Når en søker å definere effektivitet er det viktig å ha i mente hva en ønsker å presisere. I del 2.2 gikk det frem at tilnærmingen til konkurranseloven § 11 og TFEU-traktaten artikkel 102 søker å ivareta forbrukernes interesser samt å sikre effektiv konkurranse. Det er ikke konkurrentene som skal beskyttes, men konkurranse på marginen skal sikre effektivitet og dermed også effektiv konkurranse. I denne delen presenteres derfor en teoretisk tilnærming til effektivitetsbegrepet.

Effektivitet innehar to dimensjoner og den ene er statisk og den andre er dynamisk (Motta, 2006). Statisk effektivitet innebærer at ressursene utnyttes effektivt på et gitt tidspunkt eller i en gitt periode. Motsatt gjenspeiler dynamisk effektivitet et aspekt som sier noe om utviklingen av ressursbruken over tid. Denne utviklingen eller endringen kommer til uttrykk i

form av nye produksjonsprosesser eller produkter ol. Det statiske og dynamiske aspektet til effektivitetsbegrepet skal nå gis en grundig forklaring i henholdsvis del 4.11 og 4.12.

#### 4.1.1 Statisk effektivitet

Statisk effektivitet innebærer at ressursene utnyttes effektivt på et gitt tidspunkt eller i en gitt periode (Motta, 2006). Begrepet kan deles inn i to kategorier og disse er allokeringsmessig effektivitet og effektivitet i produksjonen. Disse to kategoriene kommenteres nå fortløpende.

Allokeringsmessig effektivitet er rettet mot hvordan samfunnets ressurser utnyttes i sin helhet. En allokering eller tildeling av ressurser er effektiv dersom ingen kan få det bedre uten at noen får det verre (Varian, 2010). Dette resonnementet kalles Pareto-optimalitet og brukes i økonomisk teori til å forklare en situasjon der samfunnets ressurser disponeres på den mest gunstige måten. Pareto-optimalitet krever med andre ord at en ikke sløser med samfunnets ressurser og representerer dermed et teoretisk kuriosum eller en idealtilstand som det er vanskelig å observere i praksis.

I likhet med allokeringsmessig effektivitet krever effektivitet i produksjonen at hver enkelt bedrift ikke sløser med ressursene (Motta, 2006). Men i motsetning til allokeringsmessig effektivitet er effektivitet i produksjonen ikke rettet mot samfunnet i sin helhet, men snarere hvordan en spesifikk bedrift utnytter sitt produksjonspotensial i forhold til gitte ressurser. Dette impliserer at ressursene til en spesifikk bedrift er utnyttet effektivt dersom bedriften produserer varen(e) eller tjenesten(e) til lavest mulige kostnader gitt nåværende og eksisterende teknologi.

En begrensning med å betrakte statisk effektivitet isolert, er at effektivitetsbegrepene baserer seg på teorien om perfekt konkurranse<sup>29</sup>. Det er med andre ord vanskelig å observere statisk effektivitet i praksis ettersom markedsaktører til en viss grad har markedsrett og er slik sett ikke passive pristakere. Videre tar ikke effektivitetsbegrepet hensyn til at eksisterende teknologi hele tiden utbedres. Teknologisk utvikling og innovasjon kan realisere effektivitetsgevinster i form av høyere kvalitet på varen eller tjenesten til samme mengde

---

<sup>29</sup> Innenfor rammeverket til perfekt konkurranse har ikke bedriftene markedsrett og dermed ikke muligheten til å kontrollere produksjonen eller prisene. Det eksisterer heller ikke etableringshindringer eller exit-barrierer. I perfekt konkurranse settes derfor pris lik marginalkostnadene og intuisjonen til dette er som følger. Dersom en bedrift oppnår økt profitt på kort sikt i form av høyere priser vil profitt tiltrekke flere aktører til markedet. Flere aktører og økt konkurranse reduserer prisene til de igjen er lik marginalkostnadene.

ressurser samt å benytte færre ressurser i fremstillingen av samme produksjonsvolum. Slike utbedringer skjer over tid, noe som innebærer at effektivitet også kan forstås i et dynamisk perspektiv.

#### **4.1.2 Dynamiske effektivitet**

Dynamisk effektivitet er et aspekt som sier noe om utviklingen av ressursbruken over tid. Slik sett representerer dynamisk effektivitet en stadig skiftende prosess (O'Donoghue og Padilla, 2006). På sikt kan bedrifter ta enkelte grep som forbedrer utnyttelsen av ressursene og dette gir igjen opphav til økt allokeringmessig effektivitet og effektivitet i produksjonen. Slik sett er forbedret effektivitet ønskelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv ettersom dette gir gevinster som hele samfunnet kan tjene på ved at varen eller tjenesten for eksempel oppnår økt kvalitet eller dersom prisene reduseres.

Hvordan den dynamiske prosessen utvikler seg over tid avhenger av bedriftens produksjonsstrategi og mulighet til å tilpasse seg en innovasjonsprosess. Dersom bedrifter mangler insentiver til å innovere, påvirker dette utviklingen av nye produkter og produksjonsprosesser (Varian og Farrell, 2004). Manglende insentiver kan for eksempel oppstå dersom en bedrift innehar en monopolposisjon og representerer den eneste tilbyderen av varen eller tjenesten. Likevel trenger ikke en monopolposisjon være ensbetydende med fravær av insentiver til å innovere. Muligheten for nyetableringer og utvikling av ny teknologi kan disiplinere insentivene til et monopol.

Dynamisk effektivitet kan på mange måter anses som et potensial i stadig endring som påvirkes av teknologiske utbedringer og omlegging av produksjonen. Del 4.2 konkretiserer dette ytterligere ved å peke på faktorer som kan gi opphav til slike effektivitetsgevinster. Slike faktorer kan for eksempel være økt erfaring, spesialisering, og markedsføring og disse faktorene kan igjen gi opphav til bredde- og stordriftsfordeler (O'Donoghue og Padilla, 2006). Slike fordeler presenteres under.

#### **4.2 Bredde- og stordriftsfordeler**

Bredde- og stordriftsfordeler representerer en gunstig situasjon som kan oppstå i produksjonsprosessen til en bedrift. Dersom en bedrift har slike fordeler er den mest

sannsynlig mer effektiv enn andre konkurrerende bedrifter. Slike fordeler er dermed av interesse i forbindelse med like-effektiv-testen ettersom potensielle eller eksisterende konkurrenter gjerne ikke har muligheten til å dra nytte av slike fordeler.

#### 4.2.1 Stordriftsfordeler

Stordriftsfordeler avhenger av kostnadsstrukturen til en bedrift (Gravelle og Rees, 1992). Kostnadene til en bedrift bestemmes igjen av den underliggende teknologien og dermed også av utnyttelsen av innsatsfaktorer i produksjonsprosessen.

En tilstrekkelig definisjon av begrepet er at stordriftsfordeler oppstår idet marginalkostnadene ved å produsere en ekstra enhet er lavere enn gjennomsnittskostnadene. En mer utdypende forklaring er som følger. Dersom gjennomsnittskostnadene faller med økt produksjon, og disse samtidig er høyere enn marginalkostnadene, kan produksjonen økes og dette skjer samtidig som inntektene fra etterspørselen øker med produksjonen (Varian og Farrell, 2004). I slike tilfeller vil effektiviteten bedres og ofte vil også sluttprisen på varen eller tjenesten reduseres. Slik sett gir stordriftsfordeler en gevinst både til produsenten og konsumentene som nyter lavere priser.

At gjennomsnittskostnadene faller med økt produksjon kan vises med hjelp av elastisiteten til kostnader med hensyn til produksjonen (Gravelle og Rees, 1992). Dette er et mål som viser reaksjonen til kostnadene dersom produksjonsvolumet endres. Målet er definert som den proporsjonelle kostnadsendringen i forhold til en proporsjonell endring i produksjonen:

$$E_y^c = C_y(w, x, y) \frac{y}{C(w, x, y)} \quad (1)$$

I notasjonen som brukes i (1) representerer  $E_y^c$  elastisiteten og  $C(w, x, y)$  uttrykker kostnader og disse avhenger av priser på innsatsfaktorer ( $w$ ), innsatsfaktorer ( $x$ ) og produksjonen ( $y$ ).  $C_y(w, x, y)$  uttrykker at kostnadene er derivert med hensyn på produksjonen. Dersom uttrykket i (1) skrives om, angir elastisiteten forholdet mellom langsiktige marginale kostnader (LMC) og langsiktige gjennomsnittlige kostnader (LAC):

$$E_y^c = C_y(w, x, y) \frac{y}{C(w, x, y)} = \frac{C_y(w, x, y)}{\frac{C(w, x, y)}{y}} = \frac{LMC}{LAC} \quad (2)$$

Uttrykket i (2) er mindre enn en når LMC er mindre enn LAC, når LMC er lik LAC er elastisiteten lik en, mens når LMC er større enn LAC er elastisiteten større enn en. Kostnadsfunksjonen innehar stordriftsfordeler dersom kostnadselastisiteten er mindre enn en, dvs. når  $E_y^c < 1$ . Dette innebærer at det bare vil være lønnsomt å ekspandere produksjonsvolumet dersom  $E_y^c < 1$ , mens fra og med  $E_y^c = 1$  finnes det ikke lenger muligheter for å effektivisere produksjonen gitt kostnadsfunksjonen ( $C(w, x, y)$ ) ligger fast<sup>30</sup>.

Markedsføring, spesialisering og læringsutbytte av egen drift er faktorer som kan drive fram en situasjon der varen eller tjenesten vil kunne tilbys på en mer effektiv måte og dette kan igjen gi opphav til stordriftsfordeler ettersom kostnadene reduseres (O'Donoghue og Padilla, 2006). Også nettverkseffekter kan drive frem en situasjon der stordriftsfordelene kan realiseres. Nettverkseffekter oppstår idet et produkt eller en tjeneste avhenger av antall forbrukere som benytter varen (Varian og Farrell, 2004). Når flere forbrukere tar varen i bruk, gir dette en positiv effekt til produsenten av varen<sup>31</sup>.

Stordriftsfordeler har sitt opphav i bedriftens kostnadsfunksjon. Fra presentasjonen over har vi sett at faktorer som påvirker stordriftsfordeler både har sitt opphav fra tilbudssiden og etterspørselssiden til hver enkelt bedrift. Slike faktorer påvirker også breddefordeler som har en lignende forklaring som stordriftsfordeler. Forskjellen er at breddefordeler bare oppstår dersom en bedrift produserer *flere* varer eller tjenester.

#### 4.2.2 Breddefordeler

At breddefordeler oppstår har en lignende forklaring som stordriftsfordeler (Gravelle og Rees, 1992). Som i tilfellet med stordriftsfordeler synker de faste kostnadene når to eller flere

---

<sup>30</sup>  $E_y^c = 1$  kalles gjerne den minimale kapasitetsgrensen til produksjonen (eng; minimum efficient scale), dvs. det produksjonsnivået der stordriftsfordeler er utnyttet (Black et. al, 2009).

<sup>31</sup> Dette kalles for en direkte nettverkseffekt og et klargjørende eksempel er mobiltelefoner. Jo flere som bruker mobiltelefoner, desto større verdi får produktet for forbrukeren. En indirekte nettverkseffekt oppstår dersom tilgjengelig ekstrautstyr er avgjørende for varen verdi. Eksempler på dette er f.eks. e-bøker og musikkjenester som Spotify eller Whimp. Disse tjenestene stiger i verdi når det eksisterer henholdsvis flere bøker, sanger og artister for tjenesten som tilbys.



produkter produseres samtidig og dette kan videre illustreres med hjelp av elastisiteten ( $E_t^c$ ) til kostnadene ( $C$ ) med hensyn til omfanget ( $t$ ) til produksjonen ( $y_i$ )<sup>32</sup>:

$$E_t^c = \frac{\partial C(ty_1, ty_2, w)}{\partial t} \cdot \frac{t}{C(ty_1, ty_2, w)} = \sum_i C_i y_i \cdot \frac{t}{C} \quad (3)$$

Bedriften har breddefordeler dersom elastisiteten er mindre enn en, dvs. dersom  $E_t^c < 1$  (Gravelle og Rees, 1992).

Elastisiteten i (3) kan i stor grad sammenlignes med uttrykket i (1), som definerte relevant elastisitet i forbindelse med stordriftsfordeler. Men der elastisiteten i (1) viste kostnader i forhold til produksjonen, angir elastisiteten i (3) kostnader i forhold til produksjonens skaleringsparameter ( $t$ ). En gitt økning i skaleringsparameteren  $t$  impliserer en proporsjonal økning i produksjonen.

Elastisiteten i (1) og (3) har tilnærmet samme tolkning. Breddefordeler har sitt opphav i kostnadsstrukturen til den respektive bedriften og dermed også den underliggende teknologien samt utnyttelsen av innsatsfaktorene. Idet de faste kostnadene spres utover det totale produksjonsvolumet oppstår breddefordelene (O'Donoghue og Padilla, 2006).

Selv om elastisiteten i (1) og (3) har tilnærmet samme tolkning er det viktig å presisere at elastisiteten i (1) anga forholdet mellom LMC og LAC. Elastisiteten i (3) baserer seg imidlertid på forholdet mellom "ray marginal costs" og den inverse av "ray average costs", dvs. henholdsvis av  $\sum_i C_i y_i$  samt  $t/C(ty_1, ty_2, w)$  (Gravelle and R. 1992)<sup>33</sup>.

Både bredde- og stordriftsfordeler oppstår som en konsekvens av den underliggende kostnadsfunksjonen til hver enkelt bedrift. Dersom en bedrift innehar bredde- og

<sup>32</sup> Det er her antatt at bedriften produserer to enheter  $y_i = (y_1, y_2)$ . Bedriften ønsker å minimere kostnadene til et spesifikt produksjonsnivå. Løsningen på dette minimeringsproblemet gir den optimale bruken av innsatsfaktorene ( $x_i^*$ ). Dersom vi setter det optimale nivået til innsatsfaktorene inn i kostnadsfunksjonen får vi at:  $C = \sum w_i x_i^* = C(y_1, y_2; w)$ . Denne kostnadsfunksjonen gir de minimale produksjonskostnadene som en funksjon av produksjonsnivået og prisene på innsatsfaktorene ( $w$ ).

<sup>33</sup> "Ray marginal cost" angir hvordan kostnader endres når bedriften øker skaleringsparameteren. "Ray average costs" har tilnærmet samme betydning som LAC, men forskjellen er at kostnadene deles på skaleringsparameteren og ikke produksjonen ( $y$ ).

stordriftsfordeler kan det tenkes at slike foretak produserer til lavere kostnader enn sine konkurrenter. I forbindelse med like-effektiv-testen sammenlignes prisen med en relevant kostnadsstandard og Kommisjonens veiledning åpner for å bruke to ulike mål i tilknytning til denne testen.

### 4.3 Kostnads mål

Så langt har fokuset vært på effektivitet, faktorer som gir opphav til effektivitet og at bedrifters produksjonspotensial bestemmes av kostnadsfunksjonen. Bedriftens kostnadsfunksjon bestemmes igjen ut fra underliggende teknologi, utnyttelse av innsatsfaktorer og i hvilken grad bedriften setter av ressurser til innovasjon. Slike forhold påvirker hvor effektiv hver enkelt bedrift er i markedet.

Ettersom effektiviteten til en bedrift i stor grad bestemmes av kostnadsfunksjonen er det interessant å undersøke de to kostnadsmålene som Kommisjonens veiledning anbefaler å bruke i tilknytning til like-effektiv-testen. Disse to kostnadsstandardene er *gjennomsnittlige unngåelige kostnader* (AAC) og *langsiktige og gjennomsnittlige inkrementelle kostnader* (LRAIC). Det første målet er kortsiktig, mens det andre målet har et langsiktig perspektiv.

#### 4.3.1 AAC

Gjennomsnittlige og unngåelige kostnader (heretter AAC) er et kortsiktig mål og omfatter de gjennomsnittlige kostnadene om kunne vært unngått dersom bedriften ikke hadde produsert en diskret mengde (ekstra) output (EU, 2009a). Slik sett representerer AAC en tilnærming til summen av de marginale kostnadene som kan tilknyttes økningen i produksjonen (Baumol, 1996). Det er med andre ord ikke totalproduksjonen som undersøkes, men snarere de gjennomsnittlige, variable og faste kostnadene som kunne vært unngått dersom den dominerende aktøren ikke hadde redusert prisene. Tilstrekkelig informasjon om AAC begrenser seg dermed til relevant *produksjonsøkning* og den *tidsperioden* som det angivelige misbruket til det dominerende foretaket skal ha funnet sted.

AAC kan brytes ned i to kategorier, den ene er variable kostnader, mens den andre er irreversible og faste kostnader. Disse kategoriene skal nå presenteres.

De variable kostnadene som inngår i AAC tilsvarer gjennomsnittlige variable kostnader (heretter AVC) forbundet med produksjonsøkningen (EU, 2009a). AVC er kostnader som

varierer med produsert mengde og er en funksjon av innsatsfaktorer, faktorpriser samt produksjonsvolumet (Varian, 1992). I de fleste tilfeller er AAC og AVC identiske (EU, 2009a). Forskjellen mellom disse målene oppstår bare i det øyeblikket den dominerende aktøren har tatt enkelte faste eller irreversible investeringer innenfor perioden til det angivelige misbruket. I slike tilfeller er AAC større enn AVC.

Irreversible kostnader skal her forstås i snever forstand og omfatter kun enveis investeringer som er foretatt innenfor en gitt tidsperiode og i sammenheng med produksjonsøkningen<sup>34</sup>. Eksempelvis representerer en irreversibel kostnad i tilknytning til AAC-målet en enveis investering som søker å oppnå et høyere kapasitetsnivå slik at produksjonsforholdene legges til rette for underprising. For konkurransemyndigheter er betydningen av faste og irreversible kostnader essensiell, ettersom slike kostnader er tilknyttet det angivelige misbruket. Å utelate slike kostnader vil dermed underestimere det dominerende foretakets kostnader og gir følgelig ikke et fullstendig bilde av kostnadene. At faste og eller irreversible kostnader inkluderes i AAC tilfører dermed større grad av nøyaktighet

Basert på informasjonen ovenfor er en tilstrekkelig definisjon av AAC at kostnadmålet representerer de gjennomsnittlige variable, faste og irreversible kostnadene til en gitt produksjonsøkning som finner sted innenfor en gitt periode. Dette impliserer at det er opp til konkurransemyndigheter å vurdere hvor stor produksjonsøkningen er, og hvilken periode som ligger til grunn. Dersom prissettingen til det dominerende foretaket ikke dekker AAC, indikerer dette at slike kostnader kunne vært unngått. Tanken er at å øke produksjonsvolumet ved å redusere prisene samt å foreta enkelte investeringer, bare kan anses som nødvendig dersom det dominerende foretakets priser minst dekker kostnadene forbundet med økningen i produksjonen.

I like-effektiv-testen benyttes AAC til å vurdere hvorvidt produksjonen til det dominerende foretaket er lønnsom eller ei. Dersom prisen(e) ikke dekker AAC er ikke produksjonsøkningen til det dominerende foretaket lønnsom og motsatt er økningen lønnsom dersom prissettingen dekker AAC. I det første tilfellet er prisen(e) til et dominerende foretak i stand til å ekskludere en hypotetisk og like effektiv konkurrent som det dominerende

---

<sup>34</sup> Irreversible kostnader (eng: sunk cost) angir vanligvis de kostnadene som ikke kan gjenvinnes dersom bedriften legger ned produksjonen (Black et.al, 2009). Baumol inkluderer ikke irreversible kostnader i definisjonen av AAC, og kaller slike kostnader faste kostnader. EUs definisjon benytter imidlertid irreversible kostnader i snever forstand og jeg baserer meg derfor på EUs tilnærming.

foretaket, mens en hypotetisk og like effektiv konkurrent har muligheten til å konkurrere i markedet i det andre tilfellet.

### 4.3.2 LRAIC

Det andre målet som Kommisjonen åpner for å benytte i like-effektiv-testen er *langsiktige og gjennomsnittlige inkrementelle kostnader* (heretter LRAIC) (O'Donoghue og Padilla, 2006)<sup>35</sup>.

En definisjon av LRAIC presenteres av Baumol:

*(..) Average Incremental Costs (AIC) of product X is defined as total company cost minus what the cost of the company would be in the absence of production of X, all divided by the quantity of X being produced. Total costs refer to those that would prevail in the long run with the output combinations specified (1979).*

Definisjonen til Baumol baserer seg på gjennomsnittlige unngåelige kostnader (AIC) og bruker ikke benevnelsen LRAIC. I følge Bolton, Brodley og Riordan tilsvarer denne definisjonen LRAIC og derfor benyttes denne forkortelsen i den følgende diskusjonen av kostnadsmålet (2000)<sup>36</sup>.

Fra definisjonen går det frem at LRAIC representerer de langsiktige og gjennomsnittlige inkrementelle kostnadene til totalproduksjonen (Baumol, 1979). For å skille ut de inkrementelle kostnadene har Baumol benyttet notasjonen X. Inkrementelle kostnader er derfor de kostnadene som oppstår som en konsekvens av å produsere det spesifikke gode X, disse kostnadene skilles ut fra de totale produksjonskostnadene til bedriften og divideres på produksjonsvolumet til X. Slik sett skiller LRAIC ut gode X fra øvrig produksjon. Det kan nemlig tenkes at bedriften også produserer andre varer og tjenester og disse inngår ikke i kostnadsestimatet for X.

Når produktet X skilles ut fra bedriftens totalproduksjon innebærer det at LRAIC inkluderer alle produktspesifikke kostnader som oppstår i produksjonsprosessen av X (Bolton et. al,

<sup>35</sup> I sektoren for telekommunikasjon benyttes gjerne LRIC i stedet for LRAIC. LRIC kan defineres som: *(..) the cost avoided through no longer providing the output of a defined increment (..)* (Ofcom, 2000). LRIC inkluderer dermed kostnader som kunne vært unngått dersom en spesifisert og trinnsvis økning av produksjonen ikke ble foretatt. Å anvende LRIC krever dermed at en først definerer og spesifiserer den trinnsvis eller inkrementelle produksjonsøkningen. Dette innebærer at LRIC er en smalere standard enn LRAIC ettersom LRAIC omfatter den totale inkrementelle produksjonsøkningen.

<sup>36</sup> Bolton, Brodley og Riordan benytter forkortelsen LAIC for "long run average incremental costs" og dette tilsvarer LRAIC og derfor benyttes denne benevnelsen.

2000). Produktspesifikke kostnader kan for eksempel være forskning og utvikling (F&U) og markedsføring. Slik sett inkluderer LRAIC alle irreversible kostnader som allerede er vedstått før den angivelige misbruksperioden til det dominerende foretaket. I motsetning til AAC skal ikke irreversible kostnader forstås i snever forstand, men inkluderer de kostnadene som ikke kan gjenvinnes dersom bedriften legger ned produksjonen. Ettersom LRAIC inkluderer alle produktspesifikke kostnader inkluderer dette estimatet flere kostnadsposter enn AAC. LRAIC reflekterer som AAC kostnader som kunne vært unngått, men forskjellen er at LRAIC gir et estimat på kostnader som kunne vært unngått dersom produktet ikke ble produsert i det hele tatt. AAC omfatter imidlertid kun kostnader som kunne vært unngått innenfor en gitt periode til et gitt produksjonsvolum.

At LRAIC er et langsiktig begrep må forklares nærmere. I økonomisk teori opererer en ofte med at alle langsiktige og gjennomsnittlige kostnader er variable (Varian, 1992). Dette er likevel ikke alltid tilfellet. Lang sikt og kort sikt er to relative begreper og hvilke faktorer som er variable og hvilke faktorer som ligger fast varierer i ulike sektorer og avhenger dessuten av hvilket tidsperspektiv en benytter. Det er først etter å ha valgt relevant tidsperiode en kan undersøke hvilke faktorer som ligger fast og hvilke faktorer som varierer med produksjonen. Dette innebærer at LRAIC både inneholder variable og faste kostnader, selv om det er et langsiktig mål.

Dersom en bedrift kun produserer ett produkt tilsvarer LRAIC i stor grad gjennomsnittlige totale kostnader (heretter ATC) (EU, 2009a). ATC består av to uttrykk (Varian, 1992). Den ene er gjennomsnittlige faste kostnader (heretter AFC), og den andre er AVC. Det er kun i situasjoner der en bedrift produserer ett produkt at ATC i stor grad sammenfaller med LRAIC (EU, 2009a). Dersom bedrifter produserer flere produkter er ikke lenger dette tilfellet. Dette skyldes at LRAIC ikke inkluderer felleskostnader som oppstår i produksjonen av flere produkter eller tjenester (EU, 2009a)<sup>37</sup>. Slike felleskostnader er nemlig ikke unngåelige slik som LRAIC er.

Når en bedrift innehar felleskostnader samt breddefordeler vil LRAIC ligge under ATC for hvert enkelt produkt (EU, 2009a). I forhold til like-effektiv-testen kan en slik situasjon gi opphav til enkelte praktiske problemer dersom felleskostnadene er markante. Dette skyldes at

---

<sup>37</sup> Se del 4.4 for en definisjon av felleskostnader.

andre bedrifter gjerne bare konkurrerer direkte med det dominerende foretaket innenfor ett produkt eller en tjeneste. I en slik situasjon gir breddefordelene et konkurransefortrinn til det dominerende foretaket og dette er et fortrinn som øvrige konkurrenter ikke har muligheten til å innhente så lenge de bare produserer ett produkt. Et eksempel presenteres i følgende avsnitt for å problematisere et slikt tilfelle i forhold til like-effektiv-testen.

Vi antar at et dominerende foretak produserer tre produkter og innehar breddefordeler, mens øvrige konkurrenter bare produserer ett produkt. I en slik situasjon har ikke øvrige konkurrenter breddefordeler. Det er videre antatt at det dominerende foretaket er anklaget for underprising av det ene produktet og at konkurransemyndighetene velger å benytte LRAIC som kostnadsstandard i like-effektiv-testen. I like-effektiv-testen er det kostnadene til det dominerende foretaket som legges til grunn for å undersøke hvorvidt en hypotetisk og like effektiv bedrift kan konkurrere med det dominerende foretaket. Dersom utfallet av testen er at prisen overstiger LRAIC, eksisterer det ikke grunnlag for å dømme det dominerende foretaket for underprising. Likevel kan det tenkes at denne prisen ikke dekker kostnadene til øvrige konkurrenter.

Dette eksempelet gir opphav til enkelte problemer. Skal en ta hensyn til felleskostnader i like-effektiv-testen for å kunne ivareta konkurransen i markedet? Denne problemstillingen må ikke bare ses i lys av et ønske om å beskytte konkurrentene. Å unngå at det dominerende foretaket får en monopolposisjon i markedet kan muligens gagne forbrukerne ettersom konkurranse disiplinere prisene. I den sammenheng er det viktig å påpeke at veiledning fra Kommisjonen åpner for å allokere felleskostnadene dersom disse er tilstrekkelig høye, men anser dette som unødvendig dersom felleskostnadene er lave (EU, 2009a). Felleskostnader skal her forstås som de kostnadene som oppstår dersom en virksomhet produserer to eller flere produkter og disse kostnadene inkluderer ikke unike produksjonskostnader som er tilknyttet en spesifikk vare eller tjeneste (EU, 2005; Ofcom 2000). Hvordan en allokere felleskostnader skal diskuteres nærmere i del 4.4.

#### **4.4 Kostnadsallokering**

I like-effektiv-testen benyttes vanligvis AAC eller LRAIC og disse kostnadsmålene inkluderer utelukkende kostnader som er unike for produksjonen av et særskilt og bestemt produkt. Slik sett heves relevant kostnadsstandard som ligger til grunn i like-effektiv-testen

dersom felleskostnadene allokeres. Å allokere felleskostnader innebærer at effektivitetskravet ikke er like tøft for potensielle eller eksisterende. I tilknytning til betydelig bredde- og stordriftsfordeler kan dermed allokering av felleskostnader i utførselen av like-effektiv-testen redusere dominerende foretaks kostnadsfordeler. Hvorvidt dette er et fornuftig tiltak kommenteres videre i kapittel 6, nå først presenteres imidlertid enkelte tilnærminger som kan benyttes. De ulike tilnærmingenes fordeler og ulemper er sammenfattet i tabell 1 under.

	Metode	Hensyn til etterspørsels-siden	Hensyn til tilbudssiden	Enkel å utføre	Tydlig resultat
<b>Teoretisk</b>	Ramsey-Boiteux-priser	+	+	-	+
<b>Tilnærming</b>	EPMU	-	+	+	-
	Pro-rata appointment	-	+	-	-
	Incremental and stand-alone costs	-	+	+	-

**Tabell 1 Allokering av felleskostnader, fordeler og ulemper til hver metode**

Ramsey-Boiteux-priser er i tabell 1 presentert som den teoretiske og optimale løsningen til kostnadsallokering (Laffont og Tirole, 2001). For å finne Ramsey-Boiteux-priser maksimeres bedriftens profitt med hensyn til et minimalt velferdsnivå, se Appendix A. Metoden innebærer at felleskostnadene allokeres i et inverst og proporsjonalt forhold til hvert enkelt produkts priselastisitet. At kostnadene allokeres i et inverst forhold innebærer at produktet med lavest priselastisitet bærer den høyeste kostnadsbyrden.

Ramsey-Boiteux-priser anses å være den teoretisk optimale metoden ettersom den både tar hensyn til tilbudsside- og etterspørselsforhold. Metoden gir dessuten et tydelig resultat. Ulempen med metoden er imidlertid at den er problematisk å utføre i praksis ettersom det kreves inngående kunnskap om elastisiteter og kostnader for å kunne ta den i bruk. Slik kunnskap er sjelden tilgjengelig eller mulig å innhente og av praktiske årsaker benyttes dermed andre metoder eller tilnærminger.

Et alternativ er å allokere felleskostnader basert på *Equal Proportinate Mark-Up (EPMU)*. Denne metoden innebærer at hvert enkelt produkt bærer felleskostnadene i et likt og proporsjonalt forhold i forhold til hvert enkelt produkts kostnader (Europe Economics, 2000). At fordelingen skal være lik innebærer at hvert enkelt produkt må bære samme prosentandel av felleskostnadene. Videre skal fordelingen være proporsjonal og dette medfører at produktet med høyest produktspesifikke kostnader bærer høyest andel av felleskostnadene.

For å klargjøre EPMU-metoden ytterligere presenteres et eksempel (O`Donoghue og Padilla, 2006). Vi antar at en dominerende aktør produserer to produkt. Felleskostnadene i produksjonen av disse produktene er på €10 og de inkrementelle kostnadene til produkt A er €12, og €8 til produkt B. Samme prosentvise andel innebærer i dette eksempelet at hvert produkt bærer 50 % av felleskostnadene og dette tilsvarer €6 for A og €4 for B. Denne fordelingen er proporsjonal ettersom produkt A bærer  $\frac{3}{5}$  av felleskostnadene, mens produkt B bærer  $\frac{2}{5}$  av felleskostnadene.

Fordelen ved å benytte EPMU er at denne metoden er enkel å gjennomføre og at den tar hensyn til tilbudssideforhold (Europe Economics, 2000). Metoden tar imidlertid ikke hensyn til etterspørselsforhold og dette utgjør en ulempe da kundenes betalingsvillighet ignoreres. Slik sett kan fordelingen av felleskostnadene på hvert enkelt produkt både være for høy eller lav. Tilnærmingen kan dermed betraktes som vilkårlig og mekanisk og gir følgelig heller ikke et klart resultat. En konsekvens av disse manglene er at allokeringmessig effektivitet ikke ivaretas i like stor grad som kostnadsallokering under Ramsey-Boiteux-priser (DTe, 2000).

En annen mulighet er å benytte en metode som kalles *pro-rata appointment* (DTe, 2000; EU, 2005). Dette er en metode som allokere felleskostnadene basert på det dominerende foretakets fortjeneste. Fordelingen av felleskostnadene på hvert produkt bestemmes ut fra en fast andel av fortjenesten til hvert produkt. Hvordan denne faste andelen beregnes kan skje på ulike måter. I følge Kommissjonen er den mest treffende måten å beregne den faste andelen basert på objektive kriterier (EU, 1998b). Slike objektive kriterier kan for eksempel være volum, tidsforbruk (arbeid) eller produksjonsintensiteten. En ulempe ved metoden er således at det er nokså ressurskrevende å fastsette relevante objektive kriterier. Metoden er dessuten utelukkende basert på tilbudssideforhold. Samlet sett indikerer dette at metodens utfall og resultat kan tilknyttes usikkerhet.



En siste mulighet er å kalkulere felleskostnadene med hjelp av en øvre og en nedre grense (DPe, 2000). Den nedre grensen bestemmes av de *inkrementelle kostnadene* og disse kan for eksempel være basert på LRAIC-standarden. Øvre grense består da av *stand-alone cost* og dette representerer kostnadene som ville ha inntruffet dersom den spesifikke varen eller tjenesten ble tilbydd alene og ikke av en bedrift som produserer flere varer og tjenester. Felleskostnadene som hvert enkelt produkt må bære utgjør dermed differansen mellom øvre og nedre grense og metoden kalles derfor for *incremental and stand-alone costs*.

Et problem med å benytte denne metoden er at kostnadsinformasjon om stand-alone costs ikke er tilgjengelig og må derfor estimeres. Det mest hensiktsmessige er dermed å skille ut totalkostnadene og LRAIC (O'Donoghue og Padilla, 2006). Slik sett tilfører ikke denne metoden videre klarhet til hvordan felleskostnader kan allokere. Denne svakheten innebærer at metoden er litt mer vilkårlig enn EPMU. Metoden tydeliggjør imidlertid hva som forårsaker kostnader og dette kan betraktes som en fordel, men igjen

Utenom Ramsey-Boiteux-priser er en ulempe med hver enkelt metode at de utelukkende er basert på tilbudssideforhold og ignorer etterspørselssiden i økonomien. Slik sett gjenspeiler ikke tilnærmingene virksomhetens faktiske prissettingsproblem og allokeringen av felleskostnadene kan dermed betraktes som vilkårlig. Å ta i bruk en vilkårlig tilnærming kan være problematisk siden det å estimere for høye felleskostnader kan hindre effektiv konkurranse (Canoy et. al, 2004). Dersom dominerende foretak må ta hensyn til kunstig høye kostnader kan dette medføre at prisene øker og dette påvirker kundene og i siste instans forbrukerne. Spørsmålet er så hvorvidt forbrukerne er tjent med kostnadsallokering i det hele tatt. Konkurransemyndigheter må dermed trå varsomt dersom felleskostnader skal allokere.

## 5.0 TFEU-traktaten artikkel 102 og EUs rettspraksis

Så langt har fokuset vært på en diskusjon av effektivitetsbegrepet, kostnader og bredde- og stordriftsfordeler samt ulike metoder for allokering av felleskostnader. For å undersøke slike forhold nærmere er det nødvendig å se hvordan slike forhold behandles i et konkurranserettslig perspektiv. Teori og veiledning fra Kommissjonen er en ting, men praktisk gjennomføring er en annen<sup>38</sup>.

I den sammenheng gjennomgås to saker som er hentet fra høyteknologiske sektorer. Det spesielle med slike sektorer er at kostnadsstrukturen ofte ligger nært opp mot de teoretiske antakelsene som en benytter i økonomisk litteratur, dvs. at en antar at marginalkostnadene er lik null og de faste kostnadene er konstante (Varian og Farrell, 2004). Høyteknologiske sektorer er interessante for denne oppgaven ettersom det eksisterer svært høye etableringshindringer i form av svært høye faste kostnader, lave marginal kostnader, stordriftsfordeler, hyppige endringer og kompleks teknologi. Spørsmålet er så hvordan Kommissjonens tilnærming i forbindelse med like-effektiv-testen er i slike sektorer.

I del 5.1 presenteres derfor Intel-saken, som er relatert til retroaktive rabatter, og i del 5.2 presenteres marginskvissaken mot Deutsche Telekom. Et problem og en svakhet ved oppgaven er således at en predasjonssak ikke gjennomgås på tilsvarende måte.

### 5.1 Intel vs. AMD

13. mai 2009 besluttet Kommissjon at Intel misbrakte sin dominerende stilling i det verdensomspennende markedet for mikroprosessorer i perioden mellom oktober 2002 og desember 2007 (EU, 2009b)<sup>39</sup>. Kommissjonens beslutning fastslår to brudd på TFEU-traktaten artikkel 102 og påla derfor Intel en bot på €1.06 milliarder. Disse bruddene relaterer seg til

---

<sup>38</sup> I EUs rettspraksis vises det ofte til AKZO-saken for å begrunne hvilken kostnadsstandard som legges til grunn i konkurranseanalysen (EU, 1991). Saken representerer en predasjonssak og slo fast at priser under de gjennomsnittlige og variable kostnader må anses som misbruk av dominerende stilling, mens priser som ligger over de gjennomsnittlige og variable kostnadene, men under de totale kostnadene bare kan anses som misbruk dersom intensjon kan påvises, se avsnitt 71 og 72.

<sup>39</sup> Mikroprosessorer gjelder her typen *x86 Central Processing Units* og dette er en nøkkelkomponent i enhver datamaskin og betraktes som datamaskinens ”hjerne”.

retroaktive rabatter og direkte utbetalinger til Intels kunder<sup>40</sup>. Det er Kommisjonens tilnærming i forbindelse med rabattordningene som kommenteres her ettersom like-effektiv-testen ble benyttet for å avklare hvorvidt rabattene utgjorde et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102.

Intels dominerende posisjon var et resultat av svært høye markedsandeler på 70 % og at foretaket i stor grad kunne handle uavhengig sine konkurrenter. Det eksisterer svært høye etableringshindringer i dette markedet og Intels nærmeste og eneste konkurrent var AMD. Intels kunder ble tilbydd hele eller delvis skjulte rabatter, gitt kunden kjøpte alle eller nesten alle mikroprosessorer fra Intel<sup>41</sup>. Omfanget av rabattordningen var forskjellig for hver enkelt kunde. I enkelte tilfeller var hele rabattordningen betinget, mens for andre kunder var kun deler av rabattordningen betinget. Denne konklusjonen er basert på like-effektiv-testen.

Metoden som like-effektiv-testen baserer seg på er å sammenligne *konkurransesatt etterspørselsandel* med *påkrevd andel* og tidsperspektivet for disse estimatene er ett år. En tidshorisont på ett år begrunnes ut fra hensyn om produktets korte hylletid og at det forekommer hyppige utskiftninger i denne sektoren.

*Konkurransesatt etterspørsel* er den andelen av den totale etterspørselen som det er realistisk å tenke seg at vil gå over til en ny konkurrent for hver periode. Det er viktig å skille ut konkurransesatt etterspørsel ettersom den totale etterspørselen etter mikroprosessorer ikke er åpen for konkurranse. Årsaken til dette er at Intel betraktes som en nødvendig handelspartner med et produkt som er et must stock. Dessuten er Intels og AMDs mikroprosessorer av typen x86 forskjellige i enkelte aspekt. Å skille ut konkurransesatt etterspørsel tar slik sett høyde for det faktiske konkurranseforholdet i sektoren, og i et konkurranseøkonomisk perspektiv er dette fordelaktig ettersom tilnærmingen er effektbasert.

*Påkrevd andel* er et estimat som baserer seg på Intels gjennomsnittlige salgspris, kostnader, samt rabattens omfang og type. Påkrevd andel kan betraktes som den kompensasjonen en hypotetisk og like effektiv bedrift må gi for å kunne matche tilbudet til Intel. Ettersom tilbudet til Intel er basert på ulike typer rabattordninger, forsøker estimatet for påkrevd andel å

---

<sup>40</sup> Intel ga detaljhandlere og dataprodusenter direkte utbetalinger i den hensikt å hindre tilgjengeligheten for datamaskiner basert på AMDs mikroprosessorer.

<sup>41</sup> Datamaskinprodusenter eller dataprodusenter tilsvarer *Original Equipment Manufacture*.

reflektere den spesifikke rabattformen som ble gitt til hver enkelt dataprodusent. Dette innebærer at beregningen av estimatet er forskjellig for hver enkelt dataprodusent. Slik sett representerer påkrevd andel den minimale etterspørselsandelen en hypotetisk og like effektiv bedrift må ha for å kunne konkurrere i markedet med Intel til samme kostnadsnivå.

Kostnadsstandarden som benyttes for å beregne påkrevd andel er gjennomsnittlige unngåelige kostnader (AAC) og dette målet er basert på Intels kostnader<sup>42</sup>. I følge Kommisjonen er dette målet mer troverdig på sikt ettersom bedriften minst må dekke produksjonens total kostnader i perioden som Intel undersøkes for. Svært høye faste kostnader i sektoren innebærer at priser i gjennomsnittet må være betraktelig høyere enn marginalkostnadene for at bedriften skal kunne dekke total kostnadene innenfor en gitt periode. I den sammenheng er det viktig å påpeke at hyppig utskiftninger, innovasjon og svært kostbare produksjonsanlegg innebærer at Intels faste kostnader er høye selv om kostnads målet kun tar høyde for den angivelige misbruksperioden. Et særegent og spesielt dynamisk trekk ved denne sektoren er nemlig at foretakene som opererer i sektoren er avhengig av nye produktløsninger for å kunne konkurrere i markedet.

Utfallet til like-effektiv-testen fremkommer når påkrevd andel sammenlignes med konkurranseutsatt etterspørselsandel. Dersom påkrevd andel er strengt større enn konkurranseutsatt etterspørselsandel klarer ikke en hypotetisk og like effektiv konkurrent å tilby produktet uten å vedstå tap. Dette innebærer at en konkurrent som er like effektiv som Intel ikke dekker kostnadene. I dette tilfellet misbruker foretaket dets dominerende stilling og vi har et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102. Situasjonen stiller seg likevel annerledes dersom påkrevd andel er strengt mindre eller lik konkurranseutsatt etterspørselsandel. I dette tilfellet dekker en hypotetisk og like effektiv konkurrent kostnadene og foretakets atferd representerer ikke et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102.

Det er viktig å påpeke at konkurranseutsatt etterspørselsandel og påkrevd andel er forskjellig i tilknytning til hver enkelt dataprodusent. Dette har Kommisjonen tatt hensyn til og testen er følgelig utført flere ganger for å korrigere for ulike etterspørselsforhold, rabatter, kostnader og priser. Slik sett har Kommisjonen skreddersydd testen for å gjenspeile at Intels kundegruppe

---

<sup>42</sup> Det er viktig å påpeke at Kommisjonen ikke fikk tak i tilstrekkelige kostnadsdata fra Intel. En løsning ble dermed å beregne et kostnads mål av antall solgte varer (Costs of goods sold). Slike kostnader var nemlig tilgjengelig i Intels periodiske regnskap.

ikke er homogen. Ulike premisser krever forskjellige estimater slik at utfallet av testen ikke baserer seg på feilaktig og misvisende informasjon. For å belyse metoden gjennomgås testen som lå til grunn i forbindelse med rabattordningen Intel tilbydde Hp.

Hp representerer en kunde som er strategisk viktig både for Intel og AMD. Høye markedsandeler, profitt og ikke minst muligheten til å lansere nye mikroprosessorer av typen x86 på markedet er trekk som gjør at Hp er en strategisk viktig kunde.

Hps konkurranseutsatte etterspørselsandel er beregnet ut fra informasjon som er gjort tilgjengelig av Hp. For å sikre at testen utfall er robust har Kommisjonen benyttet det øverste anslaget som Hp oppga. Dette er fordelaktig for Intel ettersom et høyere anslag øker sannsynligheten for å passere like-effektiv-testen<sup>43</sup>. Det oppgis imidlertid ikke hvor høy konkurranseutsatt etterspørselsandel er.

For å kartlegge påkrevd andel trenger Kommisjonen spesielt informasjon om hvilken type rabattordning det er snakk om og hvor stor andel av rabattordningen som er betinget. I Hps tilfelle var hele rabatten betinget. Denne konklusjonen er basert på de formelle aspektene ved rabattavtalene samt informasjon fra Hp<sup>44</sup>. Betingelsene som rabattavtalene var underlagt var mange og følgelig nevnes ett eksempel. Hp skulle kjøpe 95 % av dets totale behov fra Intel. At Hp skulle kjøpe 95 % av dets totale behov, var egentlig et forslag som Hp selv initierte og dette argumentet ble benyttet av Intel for å forsvare egne handlinger. Intels argument ble likevel ikke vektlagt ettersom det er irrelevant hvilken part som initierer forholdet eller avtalen i henhold til EUs rettspraksis<sup>45</sup>.

Mellom november 2002 og mai 2004 overholdt Hp betingelsene til rabattavtalene. I tillegg til informasjon om rabattordningen, trengs også annen informasjon for å beregne påkrevd andel. Kommisjonen hentet også informasjon om gjennomsnittlig salgpris, kostnader og hvor stort

---

<sup>43</sup> I Hps tilfelle har Intel aktivt forsøkt å blåse opp konkurranseutsatt etterspørselsandel.

<sup>44</sup> To rabattavtaler mellom Intel og Hp ble inngått og disse kalles for HPA1 og HPA2. Den første trådte i kraft 2002 og hadde en varighet på ett år. Denne avtalen ble fornyet hvert år frem til mai 2004 da HPA2 trådte i kraft. Hp kunne forlate rabattordningen dersom Hp varslet Intel 30 dager i forkant, men i perioden november 2002 til mai 2005 overholdt Hp betingelsene som var nedfelt i HPA1 og HPA2 samt uskrevne betingelser.

<sup>45</sup> Dette følger av saken mot Hoffman-La Roche i avsnitt 45-48 hvor det ble slått fast at et dominerende foretak misbruker dets dominerende stilling når foretaket binder kjøperne, selv om dette gjøres etter noens ønske, og gir et løfte eller inngår en forpliktelse for å oppnå at hele eller deler av behovet til kunden dekkes eksklusivt fra det dominerende foretaket (EU, 1979).

volum som var underlagt rabattordningen<sup>46</sup>. Følgende formel presenteres for påkrevd andel i forbindelse med Hp:

$$S = \left[ \frac{R}{(ASP - AAC)V} \right]$$

Påkrevd andel (S) viser her rabatten som ble gitt til Hp (R) i forhold til differansen mellom gjennomsnittlig salgspris (ASP) og gjennomsnittlige unngåelige kostnader (AAC) og denne differansen er igjen multiplisert med volumet Hp kjøpte fra Intel (V). Dette innebærer at påkrevd andel er beregnet i absolutte pengeenheter.

Tall for gjennomsnittlig salgspris er basert på informasjon fra Hp og kostnadene er basert på Intels kostnader. Etersom hele rabatten var betinget innebærer dette at volumet Hp kjøpte fra Intel representerer 95 % av Hps etterspørsel. En slik betinget rabattordning representerer dermed en retroaktiv rabattordning. Idet Hp når en viss terskel, som i dette tilfellet utgjorde 95 % av Hps totale behov, faller prisen på alle tidligere kjøp. Dette reduserer utgiftene til Hp betraktelig og hvor mye utgiftene reduseres avhenger av hvor stort prisavslag Intel tilbydde. Fra formelen ser vi at påkrevd andel øker med prisavslaget til rabatten. Dette indikerer at estimatet for påkrevd andel i tilknytning til Hp var nokså høyt ettersom prisavslaget ble gitt på 95 % av Hps totale behov for mikroprosessorer.

Spørsmålet er dermed hvorvidt en like effektiv konkurrent har muligheten til å matche Intels tilbud og dette spørsmålet avklares ved å sammenligne konkurranseutsatt etterspørselsandel med påkrevd andel. Utfallet av denne sammenligningen viser at påkrevd andel lå konsekvent over konkurranseutsatt etterspørselsandel i hele perioden. Dette resultatet holder både når Kommisjonens kostnadsestimater benyttes, når Intels egne kostnadsberegninger er benyttet og når Hps øverste anslag for konkurranseutsatt etterspørselsandel benyttes. Lignende analyser ble også gjennomført i forbindelse med andre kunder<sup>47</sup>.

Kommisjonens beslutning i tilknytning til Intel representerer et eksempel på en effektbasert konkurranseanalyse. Denne konkurranseanalysen er dessuten solid ettersom Kommisjonen har basert seg på mål som er fordelaktig for Intel. At det er AAC og ikke LRAIC som ligger til

<sup>46</sup> Informasjon om volum er bare nødvendig så lenge påkrevd andel beregnes i absolutte pengeenheter. I Dells tilfelle ble ikke informasjon om volum benyttet ettersom påkrevd andel var beregnet i prosent.

<sup>47</sup> Andre kunder representerer Dell, Nec, Lenovo, Acer og MSH.

grunn i like-effektiv-testen er trolig hensiktsmessig ettersom Intel ga prisavslag i form av rabatter i et svært dynamisk marked. Det er kostbart for Intel og AMD å utvikle nye produkter, men når produktet først er utviklet koster det svært lite å produsere flere enheter, og dette innebærer at prisene ikke trenger å settes svært høyt. Likevel bør ikke prisene settes så lavt at de faste kostnadene ikke dekkes. Dette tar kostnadmålet hensyn til ettersom AAC bare representerer variable og faste kostnader i perioden for det angivelige misbruket.

Intels atferd må trolig forstås i sammenheng med at AMD utgjorde en større konkurransetrussel i form av forbedrede produktprestasjoner og i enkelte tilfeller hadde AMD lavere gjennomsnittlige priser fra og med 2001. I enkelte tilfeller ble også AMDs mikroprosessorer regnet for å være et raskere og bedre alternativ enn tilbudet til Intel. Rabattordningene til Intel var likevel så gunstige at kundene valgte å overholde rabattbetingelsene. Slik sett hindret Intels atferd tilgjengeligheten til andre alternativer for hver enkelt kunde og i siste instans forbrukerne. Dette er også en slutning Kommisjonen valgte å vektlegge i sin beslutning.

Resultatene fra like-effektiv-testen viser at Intels atferd virket ekskluderende på en hypotetisk og like effektiv konkurrent. Rabattordningen hindret dermed konkurrentenes mulighet til å konkurrere på marginen med sine produkter. Dette markedet er nemlig svært dynamisk, noe som innebærer at produktutvikling er preget av risiko, høye faste kostnader, høye investeringer og immaterielle rettigheter. Når et nytt produkt lanseres dekkes produksjonskostnadene vanligvis bare dersom nyvinningen blir solgt før en konkurrent svarer med et mer innovativt produkt. Rabattordningen til Intel virket dermed i stor grad ekskluderende og hindret effektiv konkurranse og innovasjon.

Spørsmålet er så hvorvidt Intel hadde belegg for å hevde at dets atferd kunne forsvares basert på effektivitetsargumenter i tråd med de fire kumulative betingelsene som ble gjennomgått i del 3.2. Intel hevdet selv at rabattordningen var berettiget basert på argumentet om stordriftsfordeler. I følge Intel sikret rabattordningen at kundenes etterspørsel samsvaret med full kapasitetsutnyttelse. Et høyere kapasitetsnivå gir lavere kostnader ettersom de faste kostnadene spres utover et større produksjonsvolum. Intel klarte imidlertid ikke å demonstrere hva de spesifikke effektivitetsgevinstene var og ei heller bevise at slike effektivitetsgevinster ikke kunne nås på andre måter. Kommisjonen valgte derfor ikke å prioritere

effektivitetsforsvaret som Intel fremsatte. Muligheten dominerende aktører har til å forsvare atferd basert på et effektivitetsforsvar diskuteres videre i kapittel 6.

Denne saken viser i stor grad at dominerende foretak har et spesielt ansvar i markedet og at det kan være vanskelig å forsvare egen atferd basert på effektivitetsargumenter når atferden ekskluderer en like effektiv konkurrent. Når konkurransen er hard bør muligens ikke dominerende foretak sette pris under kostnader selv om øvrige konkurrenter gjør det. Dette impliserer at Intel ikke kunne matche et tilbud fra AMD, dersom tilbudet til AMD ikke dekket kostnadene. Dette gjorde likevel Intel og dette går frem av en presentasjon som ble holdt av Hp i oktober 2002. I denne presentasjonen stod det *”OK for AMD to price below cost- not the leading supplier”* og *“OK for Intel to match an AMD bid, even if below Intel cost”* (s.396). Intel vant denne avtalen med Hp og dette indikerer at Intel var klar over at prisene lå under kostnadene.

At små foretak kan sette priser under kostnadene, mens store og dominerende foretak ikke kan gjøre det kan virke urettferdig for det dominerende foretaket. Det er likevel viktig å påpeke at det er konkurransepress fra øvrige konkurrenter som er med på å disiplinere prissettingen i et marked, mens prissettingen til et monopol ofte gir høyere priser. At små foretak har muligheten til å sette priser som ikke dekker kostnadene gir slike foretak muligheten til å vinne markedsandeler og dette skjerper konkurransen ytterligere. Dersom dominerende foretak har muligheten til å ekskludere øvrig konkurranse helt, er spørsmålet hvorvidt nye konkurrenter vil etablere seg i markedet. I et dynamisk marked som er preget av svært høye etableringshindringer er ikke sannsynligheten for nyetableringer svært stor da det trengs høy kompetanse, høy ressursbruk og nyvinnende teknologi.

Slike problemstillinger diskuteres ytterligere i kapittel 6 hvor like-effektiv-testen i forbindelse med bredde- og stordriftsfordeler diskuteres ytterligere. Nå først presenteres derimot en undersøkelse der vinklingen var predasjon og der like-effektiv-testen ikke er benyttet. Undersøkelsen inkluderes selv om like-effektiv-testen ettersom enkelte vurderinger er av interesse for oppgavens mål, nemlig hvor godt like-effektiv-testen fungerer dersom dominerende aktører har bredde- og stordriftsfordeler. Gjennomgangen er imidlertid nøktern og søker kun å belyse aspekt som er av betydning for oppgavens mål.



## 5.2 Deutsche Telekom

Saken mot Deutsche Telekom representerer en marginskvis fra det tyske markedet for telekommunikasjon og saken er behandlet av Kommisjonen, Førsteinstansdomstolen og ECJ (EU, 2003; EU, 2010). Denne saken er interessant ettersom like-effektiv-testen er benyttet i en sektor som var underlagt regulering og som var og er i en liberaliseringsprosess. Dette utgjør på mange måter bakteppet til denne saken og slik sett er det interessant å vurdere hvordan like-effektiv-testen er utført. Tilnærmingen som ligger til grunn samsvarer i stor grad med gjennomgangen av like-effektiv-testen som ble presentert i del 3.1.2. For å tydeliggjøre denne tilnærmingen presenteres derfor relevante saksopplysninger og interessante ankepunkt som direkte kritiserte den metodologiske tilnærmingen som lå til grunn.

Deutsche Telekom var aktiv på to nivåer i den vertikale kjeden. I oppstrømsmarkedet hadde Deutsche Telekom nødvendig infrastruktur og nettverk som gjorde det mulig å tilby bredbånd og smalbånd (eng: narrowband) til kunder og sluttbrukere via nedstrømsmarkedet. Nettverket oppstrøms, og bredbånd og smalbånd i nedstrømsmarkedet representerer tre markeder som Deutsche Telekom var aktiv i<sup>48</sup>. Markedsandelene i disse tre markedene utgjorde henholdsvis 100 %, 94 % og 95,6 % i perioden mellom 1998 til slutten av 2001, og det geografiske markedet var ikke større enn Tyskland. I forkant av denne perioden opererte Deutsche Telekom som en lovfestet monopolist og hadde dermed et utbygd nettverk idet markedet ble liberalisert.

Å eie et utbygd nettverk representerer en stor kostnadsfordel siden utbygging av nødvendig infrastruktur krever betydelige investeringer som ikke er lønnsomme på kort sikt. Slik sett kan det være vanskelig for nye aktører å etablere seg i markedet, ettersom konkurranseforholdet er sårbart for prissettingen til den dominerende aktøren (EU, 2005). Ikke minst fordi dominerende aktører, i sektoren for telekommunikasjon, gjerne har muligheten til å realisere bredde- og stordriftsfordeler. Som et skritt i liberaliseringsprosessen ble derfor oppstrømsmarkedet til Deutsche Telekom underlagt regulering og Deutsche Telekom hadde en lovfestet plikt til å tilby konkurrenter i nedstrømsmarkedet tilgang i oppstrømsmarkedet (EU, 2003; EU, 2010).

---

<sup>48</sup> Tilgang til oppstrøms-tjenesten kalles unbundled local loop, i nedstrømsmarkedet tilbys bredbånd med ADSL-teknologi (eller DSLAM-teknologi) og smalbånd tilbys med ISDN-teknologi.

Den tyske reguleringsmyndigheten RegTP satte en enkelt tilgangspris som Deutsche Telekom måtte tilby aktører i nedstrømsmarkedet<sup>49</sup>. Videre var også Deutsche Telekom forpliktet til å redusere detaljprisene i nedstrømsmarkedet. Denne forpliktelsen var basert på et pristakssystem som ble beregnet med hjelp av to varekurver i detaljmarkedet og disse to varekurvene skilte mellom sluttbrukere i privatmarkedet og kunder i bedriftsmarkedet. Dette innebærer at Deutsche Telekom måtte overholde pristaket til hver enkelt varekurv i detaljmarkedet. Ettersom hver enkelt varekurv bestod av en rekke tjenester, var pristakssystemet fleksibelt<sup>50</sup>. Slik sett kunne Deutsche Telekom i stor grad fastsette detaljpriser i nedstrømsmarkedet så lenge pristaket ble overholdt.

Deutsche Telekom foretok priskutt i detaljmarkedet som i stor grad avvek fra RegTPs pristaksregulering og atferden ble slik sett klagd inn til Kommisjonen av en rekke nye aktører i markedet. Kommisjonen baserte seg på like-effektiv-testen. Et interessant moment i denne saken er at Kommisjonen ikke baserte seg på tilgangsprisen som var regulert av RegTP, men benyttet snarere retail-minus metoden for å sikre at prisene oppstrøms og nedstrøms var sammenlignbare. Retail-minus er en metode som sikrer at tilgangsprisen gjenspeiler detaljprisen ved at et avslag gis på tilgangsprisen for å sikre avkastning til tjenesten som tilbys i nedstrømsmarkedet, se del 3.1.2 for en nærmere beskrivelse av metoden.

I et rammeverk som baserer seg på like-effektiv-testen synes det å være fornuftig å basere seg på retail-minus metoden selv om en reguleringsmyndighet allerede har fastsatt en tilgangspris. Testen søker nemlig å avklare hvorvidt den dominerende aktøren setter priser som en like effektiv konkurrent klarer å matche eller ei. Å basere seg på den regulerte tilgangsprisen gir slik sett ikke en indikasjon på Deutsche Telekoms egne forretningsmessige vurderinger, men gjenspeiler snarere reguleringsmyndighetenes prioriteringer. I den sammenheng bør trolig Kommisjonens valg om å justere tilgangsprisene, basert på retail-minus metoden, anses som et rimelig tiltak i utførelsen av like-effektiv-testen. Spesielt ettersom denne metoden er fordelaktig for konkurranseforholdet i markedet da den fremmer effektive nyetableringer.

For å anvende retail-minus metoden har Kommisjonen foretatt en vektet tilnærming til prisene og kostnadene<sup>51</sup>. Prisene i detaljmarkedet bestod av et engangsutlegg for nye brukere og en

---

<sup>49</sup> RegTP er en forkortelse for Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post.

<sup>50</sup> Se avsnitt 2 (13) (EU, 2010).

<sup>51</sup> Se avsnitt 111 og 113 (EU, 2003).

månedsavgift som varierte med hensyn til kvalitet og relevant tjeneste<sup>52</sup>. For å beregne marginskvisen har Kommisjonen beregnet et årlig gjennomsnitt av disse detaljprisene basert på månedsavgiften og engangsutlegget til hver enkelt tjeneste. Videre har denne detaljprisen blitt vektet. Det fremgår at Kommisjonen har vektet med hjelp av «pro rata» og dette synes å innebære at objektive vilkår er lagt til grunn. Fra kapittel 4 har vi at objektive vilkår representerer for eksempel volum, tidsforbruk (arbeid) eller produksjonsintensiteten. Det fremgår imidlertid ikke av saken hvilket eller hvilke objektive vilkår som er benyttet i vektingen.

Med utgangspunkt i den vektete tilnærmingen har Kommisjonen aggregert en enkelt årlig gjennomsnittlig salgspris i nedstrømsmarkedet og oppstrømsmarkedet. Også kostnadene som ble benyttet for å utføre testen var vektet. Nok en gang presiseres det her at det ikke fremgår av saken hvordan denne vektingen er gjennomført, men kostnadsdata til hver enkelt tjeneste er trolig vektet på tilsvarende måte og da basert på samme objektive vilkår som detaljprisene. Den relevante kostnadsstandard som lå til grunn for testen var basert på LRIC<sup>53</sup>. Dette kostnads målet var ikke basert på informasjon fra Deutsche Telekom, men var snarere stipulert av RegTP<sup>54</sup>. Årsaken til det var at Kommisjonen ikke hadde mottatt tilstrekkelig kostnadsdata fra Deutsche Telekom.

For å utføre like-effektiv-testen undersøkes hvorvidt spredningen mellom tilgangsprisen og detaljprisen dekker kostnadene i nedstrømsmarkedet (LRIC). Resultatet fra like-effektiv-testen viste at i perioden mellom 1998 til 2001 satte Deutsche Telekom så lave priser i nedstrømsmarkedet at en at en hypotetisk og like effektiv konkurrent som Deutsche Telekom ikke kunne dekke nedstrømskostnadene. Dette innebærer at Deutsche Telekom ville ha blitt ekskludert fra markedet dersom foretaket måtte betale tilgangsprisen (den justerte) til sitt eget oppstrømssegment. Slik sett er en marginskvis i stand til å hindre effektiv konkurranse ettersom ikke engang Deutsche Telekom ville hatt mulighet til å konkurrere i nedstrømsmarkedet.

---

<sup>52</sup> Deutsche Telekom tilbydde en rekke tilgangstjenester i nedstrømsmarkedet til sluttbrukere basert på ulike teknologi som analog, ADSL og ISDN.

<sup>53</sup> LRIC er et smalere begrep enn LRAIC, jf. fotnote 35.

<sup>54</sup> LRIC var beregnet med hjelp av regnskapsmetoder som var utarbeidet av det tyske rådgivingselskapet Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste (WIK).

Deutsche Telekom anket denne beslutningen først til Førsteinstansdomstolen og deretter til ECJ (EU, 2010). Det er viktig å poengtere at Deutsche Telekom ikke var grunnleggende uenig i at like-effektiv-testen ble benyttet, men snarere at misbruksformen som de var anklaget for utgjorde en marginskvis. I følge Deutsche Telekom kunne ikke atferden betegnes som en marginskvis, ettersom tilgangsprisen var regulert og godkjent av den tyske reguleringsmyndigheten. Etter Deutsche Telekoms syn burde vinklingen til Kommisjonen heller ha vært predasjon i nedstrømsmarkedet og ikke en sammenligning mellom marginen og nedstrømskostnadene til foretaket. I følge ECJ hadde Deutsche Telekom mulighet til å justere detaljprisen og denne innvending ble derfor avvist.

Et annet ankepunkt gjaldt tilgangsprisen. I følge Deutsche Telekom burde like-effektiv-testen vært modifisert ettersom foretaket var pliktet til å tilby nettverkstilgang til enhver kunde i nedstrømsmarkedet. Ettersom øvrige konkurrenter ikke har slike forpliktelser påpekte Deutsche Telekom at testen burde ha vært modifisert.

Kostnadmålet LRIC tar ikke høyde for kostnader som oppstår av å tilby tilgangstjenester i oppstrømsmarkedet (Geradin og O'Donoghue, 2005). I følge Geradin og O'Donoghue gir dermed bruken av LRIC den dominerende aktøren insentiver til å utføre en marginskvis. ECJ avviste derimot Deutsche Telekoms innvending i sin helhet (EU, 2010). I følge ECJ åpner nemlig forslaget om en modifisert test for at dominerende aktørers atferd skal kunne forsvares basert på argumentet om ikke å være like effektive som sine konkurrenter. I følge ECJ skal ikke konkurranselovgivningen beskytte foretak som ikke er like effektive.

ECJ fastslo at like-effektiv-testen gir et tydelig rammeverk som dominerende foretak kan forholde seg til, da testen baseres på kostnadene til det dominerende foretaket. Dersom testen hadde blitt utført basert på kostnadene til en temmelig like effektiv konkurrent ville dette ha innskrenket Deutsche Telekoms muligheter til å fastsette tilstrekkelige priser ettersom slike kostnader ikke er tilgjengelige for Deutsche Telekom.

Denne saken viser at konkurransemyndigheters handlingsrom ikke innskrenkes, selv om sektoren er underlagt delvis regulering. En konsekvens av domsavgjørelsen til ECJ var slik sett at Deutsche Telekom måtte heve detaljprisene. Å redusere tilgangsprisen var ikke mulig ettersom den var underlagt regulering. Økte priser gir redusert velferd til forbrukerne, men ECJ påpekte imidlertid at et styrket konkurranseforhold i fremtiden muligens ville

kompensere for dette problemet. Et styrket konkurranseforhold i fremtiden vil nemlig gi opphav til reduserte detaljpriser.

Både saken mot Deutsche Telekom og Intel-saken er basert på like-effektiv-testen og disse sakene viser til dels hvilke premisser som danner grunnlaget for testen. Det er kostnadene til den dominerende aktøren som legges til grunn for å sammenligne kostnadene med prisene. Sakene viser imidlertid at Kommisjonen må foreta enkelte justeringer for å kunne utføre like-effektiv-testen i praksis. Interessante tilnærminger er at konkurranseutsatt etterspørselsandel skilles ut i Intel-saken og at tilgangsprisen i Deutsche Telekom justeres slik at detaljprisen og tilgangsprisen faktisk kan sammenlignes. Et annet interessant moment i saken mot Deutsche Telekom er at prisene og kostnadene ble vektet og aggregert i en enkelt årlig størrelse. Selve marginskvistesten ble således ikke utført på det individuelle nivået til hver enkelt tjeneste i nedstrømsmarkedet.

Når det gjelder valg av kostnadsmål i saken mot Deutsche Telekom er det viktig å påpeke at bruken av LRIC i stedet for LRAIC i sektoren for telekommunikasjon er vanlig praksis ettersom denne sektoren ofte er underlagt regulering og i den sammenheng stipuleres vanligvis LRIC snarere enn LRAIC (O'Donoghue og Padilla, 2006)<sup>55</sup>.

Gjennomgangen av disse sakene illustrer hvordan konkurransemyndigheter har muligheten til å anvende en effektbasert metode for å nå en formell beslutning. Det er i spenningsfeltet mellom effekt og form at konkurransemyndigheter og domstoler må vurdere konsekvenser av prisbasert atferd som utføres av dominerende aktører. Prisene til dominerende aktører rokker ved konkurranseforholdet i markedet og slik sett påvirker atferden effektiviteten i markedet. For å avgjøre hvorvidt slike priser er for lave er en imidlertid avhengig av et formelt grunnlag for å håndtere slik praksis. I den sammenheng er det viktig å forsøke å stadfeste premissene som ligger til grunn i like-effektiv-testen. Jo mer konsis testen faktisk er, desto lettere er det for domstoler og konkurransemyndigheter å håndtere saker der denne testen faktisk er benyttet. Følgende kapittel forsøker dermed å klargjøre premissene i like-effektiv-testen ved å vurdere hva like effektiv faktisk innebærer. Slike betraktninger rokker ved selve effektivitetsbegrepet og når like-effektiv-testen anvendes er det viktig at slike forhold er vurdert.

---

<sup>55</sup> Se fotnote 35 for en definisjon av LRIC.

## 6.0 Like effektiv i like-effektiv-testen

Like-effektiv-testen tillater dominerende foretak å realisere bredde- og stordriftsfordeler og dette åpner for en rekke interessante problemstillinger. I hvilken grad klarer potensielle konkurrenter å etablere seg i markedet og i hvilken grad klarer eksisterende konkurrenter å konkurrere i markedet. Et annet relevant spørsmål er hvorfor testen utføres forskjellig for hver enkelt misbrukstype. Er den metodologiske tilnærmingen for hver enkelt misbrukstype med på å styre utfallet til testen og underforstått hva innebærer *like effektiv* i testen. Dersom testens ulike tilnærminger gir opphav til ulik vurdering og prioritering av hva like effektiv utgjør kan muligens ikke testen betraktes som å gi et fordomsfritt resultat for de tre misbruksformene samlet sett. Videre kan heller ikke testen anses for å gi en bredere forståelse av hva konkurranse på marginen faktisk er.

Slike spørsmål går til selve kjernen av denne oppgavens målsetting. Det kan tenkes at hvor godt like-effektiv-testen fungerer, og da spesielt i tilfeller der den dominerende aktøren har bredde- og stordriftsfordeler, påvirkes av hvilken type misbruksform den dominerende aktøren utfører. For å undersøke hvor godt testen fungerer har denne oppgaven startet med å undersøke hvordan testen faktisk utføres med å vise til de ulike metodologiske tilnærmingene samt EUs rettspraksis. I dette kapittelet skal derfor testens fellesnevnerne og ulikheter trekkes frem. Dette gjøres for å fremheve hvorfor testen har ulike tilnærminger, hvilke konsekvenser dette har for hva like effektiv utgjør i testen og videre hvilke følger dette har for konkurranseforholdet i markedet.

Del 6.1 diskuterer hvilken kostnadsstandard som bør ligge til grunn i like-effektiv-testen og del 6.2 vurderer testens ulike metodologiske tilnærminger.

### 6.1 Hvilken kostnadsstandard

I like-effektiv-testen er det kostnadene som utgjør sammenligningsgrunnlaget med prisene. Slik sett representerer kostnadsstandard en benchmark som den dominerende aktøren må forholde seg til. Hvilken kostnadsstandard som velges påvirker dessuten utfallet til testen og muligens konkurranseforholdet i markedet. Det er kostnadsstandard som gir en pekepinn på hvor lavt den dominerende aktøren kan sette prisene og hvor lavt som er for lavt. Slik sett er

det viktig å være konsekvent i hvilken standard som ligger til grunn for testen. I det følgende vurderes derfor AAC og LRAIC i lys av de ovennevnte forhold.

Både LRAIC og AAC inkluderer gjennomsnittlige, variable og irreversible kostnader. Likevel representerer AAC en smalere standard enn LRAIC ettersom AAC ikke er et mål for totalproduksjonen, men snarere et mål for produksjonsøkningen. Det faktum at det ene målet er større enn de andre påvirker hvilke priser som dominerende aktører har mulighet til å sette i markedet og følgelig kravet til å være like effektiv. Felles for disse kostnadsmålene er imidlertid at de tillater dominerende aktører å realisere bredde- og stordriftsfordeler.

Bredde- og stordriftsfordeler er en kompliserende faktor å ta stilling til i like-effektiv-testen da høyere markedsandeler og et større produksjonsvolum kan generere lavere gjennomsnittskostnader i forhold til øvrige konkurrenter. Dette kan for eksempel skje dersom markedet er preget av svært høye faste kostnader. Å være i en dominerende stilling vil nemlig gjøre det lettere å spre de faste kostnadene utover et større produksjonsvolum. Slik sett kan den dominerende aktøren oppnå lavere gjennomsnittlige kostnader enn øvrige konkurrenter, og det selv om markedsaktørene har identiske kostnadsfunksjoner. På den måten er den dominerende aktøren i stand til å redusere prisene uten å misbruke dens dominerende stilling. Spørsmålet er så hvorvidt dette faktisk er ønskelig.

I den sammenheng er det viktig å påpeke at konkurransemyndigheter gjerne er enige i hvilke mål som bør etterstrebes for å oppnå konkurranse på marginen (OECD, 2005). Målet er å beskytte konkurranseforholdet og ikke aktørene som opererer i markedet. Dette målet klarer imidlertid ikke å løse følgende problemstilling og kritikk som er rettet mot like-effektiv-testen av den tyske konkurransemyndigheten Bundeskartellamt (2006). Kritikken baserer seg på at den dominerende aktøren er i en overlegen situasjon og viser til at dominerende aktører gjerne har lavere gjennomsnittskostnader i nettverksindustrier til tross for at kostnadsfunksjonen ligger over konkurrentenes kostnadsfunksjon. Slik sett representerer ikke nødvendigvis den dominerende aktøren den mest effektive løsningen for markedet.

Saken mot Deutsche Telekom er satt i sektoren for telekommunikasjon og dette representerer en nettverksindustri. I slike sektorer har gjerne dominerende aktører et fortrinn i forhold til øvrige konkurrenter på grunn av sin overlegne størrelse og kapasitet. Videre representerer dette en sektor som tidligere har bestått av statlig eide monopoler. Innenfor EU er denne

sektoren underlagt en rekke direktiv<sup>56</sup>. For å realisere policymålene som er forankret i disse direktivene er sektoren gjerne i en liberaliseringsprosess eller nylig liberalisert. En rimelig slutning er dermed at dette gir implikasjoner for hva like effektiv utgjør i like-effektiv-testen ettersom sektoren gjerne er regulert. Saken mot Deutsche Telekom viste imidlertid at en slik slutning ikke holder. Deutsche Telekom var underlagt regulering, men Kommisjonen valgte likevel ikke å ta hensyn til den regulerte tilgangsprisen. Saken illustrerer slik sett at regulerte og dominerende foretak må forholde seg til konkurranselovgivningen på lik linje med dominerende markedsaktører i uregulerte sektorer.

I nettverksindustrier har gjerne dominerende foretak kostnadsfordeler og slik sett bør trolig et strengt mål ligge til grunn i like-effektiv-testen. Et strengere mål vil i større grad ta hensyn til den dominerende aktørens overlegne størrelse og kapasitet. I tråd med Kommisjonens to anbefalte kostnadsstandarder medfører dette at LRAIC bør ligge til grunn i like-effektiv-testen da dette målet er et høyere og strengere mål for den dominerende aktøren enn hva AAC er.

En styrke med å anvende LRAIC er at dette målet tar hensyn til de langsiktige utsiktene til en like effektiv konkurrent (Elhauge, 2004; Bolton et. al, 2000; Posner, 2001). At lave priser innenfor et kort intervall ikke er i stand til å ekskludere like effektive konkurrenter, hindrer nemlig ikke muligheten for at prissettingen til den dominerende aktøren totalt sett virker ekskluderende over tid. Dette tilsier at når markedet er preget av svært høye etableringshindringer i form av svært høye faste kostnader, informasjonsfortrinn, bredde- og stordriftsfordeler og begrenset tilgang til sentrale innsatsfaktorer, kan det være fornuftig å benytte LRAIC som relevant kostnadsstandard.

En mulig innvending til dette resonnementet er hensynet til effektivitet. Å benytte en lavere standard som AAC gjør det nemlig mulig å foreta høyere investeringer som igjen kan generere økt effektivitet på sikt. Spørsmålet er imidlertid hvorvidt denne innvendingen er relevant innenfor en nettverksindustri som sektoren for telekommunikasjon. Det er vanskelig å kommentere dette ettersom denne sektoren gjerne er i en liberaliseringsprosess. En bemerkning er imidlertid at dersom økt konkurranse er ønskelig bør ikke dette skje i regi av

---

<sup>56</sup> Sektoren for telekommunikasjon er underlagt syv direktiv: Directive 2009/19, se O.J., L 108/07 (2002); Directive 2002/20, se O.J., L 108/21 (2002); Directive 2002/21, se O.J., L 108/33 (2002); Directive 2002/22, se O.J., L 108/21 (2002) og tilføyelser til denne, Directive 2009/136/EC, se O.J., L337 (2009); Directive 2002/58, se O.J., L 201/37 (2002); og Directive 2009/140/EC, se O.J. L337 (2009).



konkurransemyndigheter, men dette bør snarere håndteres av regulatoriske myndigheter som utfører mål som er forankret i policy.

Slik sett er trolig innvendingen om å basere seg på AAC av hensynet til effektivitet et mer treffende resonnement for velfungerende markeder som ikke kjennetegnes av å være en nettverksindustri. Intel-saken representerer en sak som er hentet fra et dynamisk marked der AMD utøvde konkurransepress. I slike dynamiske markeder er det ikke nødvendigvis bare den dominerende aktøren som drar nytte av kostnadsfortrinn i form av bredde- og stordriftsfordeler. Slik sett konkurrerer markedsaktørene hardt og problemer oppstår idet priskonkurransen blir for tøff, og dette var tilfellet i Intel-saken.

I velfungerende og dynamiske markeder bør derfor trolig relevant kostnadsstandard utgjøre AAC. Dette bør imidlertid anses å være et minimumskrav som dominerende foretak faktisk må overholde. AAC representerer nemlig en tilnærming til summen av de marginale kostnadene. Dette innebærer at målet bare inkluderer de gjennomsnittlige og variable kostnadene forbundet med å øke produksjonen i en gitt periode. Fra et økonomisk ståsted er det ikke fornuftig at prisene faller under marginalkostnadene ettersom aktøren går i underskudd. AAC representerer slik sett et minimalt krav som den dominerende aktøren må overholde og et strengt krav til eksisterende og potensielle konkurrenters effektivitet.

Å benytte AAC som relevant kostnadsstandard støttes av Elhauge (2003)<sup>57</sup>. I følge Elhauge har aldri den dominerende aktøren mulighet til å innhente tapet som følger av de lave prisene dersom øvrige konkurrenter er like effektive som det dominerende foretaket.

En siste bemerkning relatert til hvilken kostnadsstandard som bør ligge til grunn i like-effektiv-testen er hvorvidt felleskostnader skal inkluderes i analysen eller ei. Å inkludere felleskostnader i testen øker den relevante kostnadsstandarden som ligger til grunn og slik sett impliserer kostnadsallokering at effektivitetsbegrepet i testen påvirkes. I den sammenheng er det viktig å påpeke at å allokere felleskostnader ikke fratrukker den dominerende aktøren muligheten til å utnytte bredde- og stordriftsfordeler (O'Donoghue og Lang, 2002).

---

<sup>57</sup> Elhauge baserer argumentet på gjennomsnittlige og variable kostnader (AVC), men dette utgjør ingen betydelig vesensforskjell.

Kommisjonens anbefaling er å inkludere felleskostnader dersom disse er betraktelig store. Dette er en veldig lite konkret tilnærming til hvordan felleskostnader bør håndteres. I den sammenheng kan det tenkes at en kan snu på problemet og snarere betrakte det som fordelaktig at verken LRAIC eller AAC inkluderer felleskostnader. Dette er i tråd med vurderingen til Bolton, Brodley og Riordan (2002). Å benytte LRAIC og AAC i en kostnadsbasert test sikrer en konsis tilnærming og ikke minst en robust tilnærming som kan tillegges større vekt dersom saken ender opp hos domstolene.

Et problem med å inkludere felleskostnader i like-effektiv-testen er at de ulike tilnærmingene som ble presentert i del 4.4 er vilkårlige, at de fokuserer utelukkende på tilbudssideforhold i økonomien og ignorerer etterspørselssideforhold. Slik sett reflekterer ikke de ulike tilnærmingene en bedrifts prissettingsproblem og det er således uklart hvorvidt utfallet representerer et rimelig anslag av felleskostnadene eller ei. Dette innebærer at kostnadsallokering trolig ikke bidrar til en effektiv løsning for like-effektiv-testen da usikkerhetsmomentet er for stort. Dersom for høye felleskostnader beregnes kan det tenkes at den dominerende aktørens prissetting ikke passerer like-effektiv-testen og den dominerende aktøren risikerer å bli dømt på feilaktig grunnlag. En feilaktig dom kan videre hindre den effektive ressursutnyttelsen i samfunnet og dette påvirker i siste instans forbrukerne i negativ retning.

Et siste problem med å allokere felleskostnader er at klarhet overfor dominerende aktører eroderes dersom konkurransemyndigheter ikke er konsekvente. Et tilsvarende argument holder også for muligheten til å ta i bruk to ulike kostnads mål i testen. Det bør være åpenbart hvilken kostnadsstandard som den dominerende aktøren skal overholde, for at prisingen ikke skal kunne munne ut i et brudd på TFEU-traktaten artikkel 102. Dette vil dessuten sikre at dominerende aktører, konkurransemyndigheter og øvrige domstoler har et klart og tydelig rammeverk å forholde seg til. Dersom dette ikke er tilfellet gir ikke like-effektiv-testen et tydelig signal om hvor lavt prisene i et marked kan settes og følgelig heller ikke hvor lavt som er for lavt. Å ikke ha en konsis tilnærming til hver enkelt sektor rokker trolig ved symboleffekten og den disiplinerende virkningen som rettspraksis bør ha ovenfor dominerende aktører.

I ønske om å oppnå større klarhet og tydelighet er det viktig å påpeke at hver enkelt sak er unik, og tilknyttet særegne karakteristika som markedsstruktur, markedsforhold og ikke minst

forskjellig grad av etableringshindringer. En mulig løsning er således at kostnadsstandarden i testen varierer i ulike sektorer. Hvilken kostnadsstandard som utgjør sammenligningsgrunnlaget i like-effektiv-testen vil således etableres ved hjelp av presedensen til fremtidige saker og eksisterende saker. Slik sett gir trolig ECJ's håndtering av saken mot Deutsche Telekom en tydelig indikasjon på at det er LRAIC som bør ligge til grunn for like-effektiv-testen i sektoren for telekommunikasjon. Også Kommisjonens håndtering av Intel-saken indikerer at AAC bør utgjøre sammenligningsgrunnlaget i like-effektiv-testen i dynamiske markeder. Denne saken er imidlertid på nåværende tidspunkt ikke håndtert ferdig av domstolene.

Hva like effektiv faktisk utgjør må i stor grad ses i lys av hvilket kostnadsmål som legges til grunn i testen. Likevel er det også viktig å påpeke at tilnærmingen til predasjon, marginskvis og retroaktive rabatter er ulik og tar forskjellige hensyn. Dette impliserer at like effektiv ikke innskrenkes til bare å gjelde relevant kostnadsmål, men bør muligens også forstås i sammenheng med tilnærmingen til hver enkelt misbrukstype. Slike forhold diskuteres i neste del.

## **6.2 Prisbasert atferd og testens tilnærming**

Både predasjon, marginskvis og retroaktive rabatter representerer tre former for underprising. Fellesnevneren for slik atferd er således at den genererer lavere priser for sluttbrukere på kort sikt og ekskluderende virkninger for like effektive konkurrenter. Hver enkelt misbruksform er imidlertid forskjellig og tilknyttet unike særegenheter. Følgelig er også den metodologiske tilnærmingen ulik. I marginskvisaker er det for eksempel viktig å sikre at prisene er sammenlignbare og i forbindelse med retroaktive rabatter utskilles konkurransetsatt etterspørselsandel fra den totale etterspørselen. Hvorfor testen utføres forskjellig for hver enkelt misbrukstype skal nå kommenteres for å undersøke hvorvidt testens ulike tilnærminger gir opphav til ulik vurdering og prioritering av hva like effektiv utgjør.

Like-effektiv-testen i tilknytning til predasjon baserer seg på en lønnsomhetsanalyse, dvs. en sammenligning mellom priser og kostnader. Denne fremgangsmåten er ikke særlig ulik en marginskvis. Forskjellen er imidlertid at en må sikre at tilgangsprisen og detaljprisen er sammenlignbar i en marginskvis. Dette gjøres ved hjelp av retail-minus-metoden. Denne metoden ble presentert i kapittel 3 og kommenteres derfor ikke videre her. En annen forskjell

er at like-effektiv-testen kan utføres på et aggregert nivå og ikke for hvert enkelt individuelle produkt i nedstrømsmarkedet. Når testen utføres på et aggregert nivå innebærer dette at en hypotetisk og like effektiv bedrift som den dominerende aktøren skal kunne konkurrere med samme produktportefølje som den dominerende aktøren.

Utførelsen av like-effektiv-testen er til en viss grad sammenfallende i predasjonssaker og marginskvisaker. Retroaktive rabatter skiller seg imidlertid fra disse misbruksformene og dette er Intel-saken et godt eksempel på.

I Intel-saken ble konkurranseutsatt etterspørselsandel skilt ut og sammenlignet med påkrevd andel. Dette gjøres verken i predasjonssaker eller i marginskvisaker. Å skille ut konkurranseutsatt etterspørselsandel kan imidlertid virke tiltalende dersom den dominerende aktøren har overlegen kapasitet og markedsandeler. Muligens vil det å ta hensyn til konkurranseutsatt etterspørselsandel, gi en kompensasjon til potensielle og eksisterende konkurrenter slik at kostnadsfordelene til den dominerende aktøren begrenses. I den sammenheng er det imidlertid viktig å peke på en mulig årsak til at konkurranseutsatt etterspørselsandel skilles ut.

Når en dominerende aktør tilbyr retroaktive rabatter kan dette gjøres over et stort produksjonsvolum. Dette produksjonsvolumet kan dessuten til en viss grad anses å være differensiert ettersom produktet kan tenkes å være forskjellig i enkelte aspekt. Dette var for eksempel tilfellet i saken mot Intel. I denne saken ble nemlig mikroprosessorer i enkelte tilfeller ansett å være en must-stock vare. Slike etterspørselsforhold gjør det lettere for den dominerende aktøren å binde et større volum av kundens kjøp, spesielt dersom terskelen for å motta rabatten og prisavslaget er tilstrekkelig høyt.

Å binde kundens kjøp, på en slik måte som retroaktive rabatter muliggjør, kan ikke gjøres ved hjelp av predasjon eller en marginskvis. Selv om prisen på kort sikt også går ned for sluttkundene i predasjonssaker og i marginskvisaker, har fortsatt konkurrentene muligheten til å motsvare tilbudet fra den dominerende aktøren ved å konkurrere på kvalitet eller eventuelt å konkurrere hardt på pris i form av en priskrig. Denne muligheten er ikke alltid innen rekkevidde i forbindelse med retroaktive rabatter. Prisavslaget til rabattordningen kan nemlig tenkes å være så høyt, at konkurrenten uansett ikke klarer å motsvare tilbudet. Dette

kan for eksempel skje dersom konkurrenten ikke har et like bredt tilbudsspekter som den dominerende aktøren, eller dersom konkurrenten har lavere markedsandeler.

I lys av diskusjonen over synes det å være rimelig å skille ut konkurranseutsatt etterspørsel i tilknytning til retroaktive rabatter da dette representerer en betinget misbruksform. Å være like effektiv, som den dominerende aktøren i tilknytning til retroaktive rabatter, begrenser seg dermed til å gjelde det produksjonsvolumet som er åpent for konkurranse.

En ulempe med å skille ut konkurranseutsatt etterspørselsandel er at tilnærmingen kan være sårbar for feilaktige anslag. Dessuten er tilgjengeligheten av tilstrekkelig informasjon om konkurranseutsatt etterspørselsandel sakssensitiv. Generelt er det fordelaktig for den dominerende aktøren med et høyere anslag av konkurranseutsatt etterspørselsandel. Slik sett bør trolig det høyeste anslaget benyttes i et tvilstilfelle. Dette tilfører testens utfall mer kredibilitet og sikrer at den dominerende aktøren ikke blir dømt på feilaktig grunnlag.

En siste bemerkning i tilknytning til retroaktive rabatter er muligheten til å estimere effektiv pris som en alternativ fremgangsmåte til sammenligningen mellom konkurranseutsatt etterspørselsandel og påkrevd andel<sup>58</sup>. Ved utførelsen av denne metoden kan det tas hensyn til konkurrenters kapasitetsbegrensninger og eventuelt hvilken skala som potensielle konkurrenter entrer markedet med. Ettersom en dominerende aktør ikke har kjennskap til slike faktorer bør trolig disse holdes utenfor like-effektiv-testen. Den dominerende aktøren har nemlig ikke kontroll på øvrige konkurrenters kapasitetsbegrensninger og ei heller hvilken skala en potensiell konkurrent vil inntreffe markedet med. Et hovedmål med like-effektiv-testen bør nemlig muligens være at dominerende foretak har et klart og konsist rammeverk å forholde seg til.

Innledningsvis ble det påpekt at en rekke tester og deriblant like-effektiv-testen er blitt utarbeidet for å kompensere for en manglende og helhetlig definisjon av konkurranse på marginen. Et interessant aspekt ved like-effektiv-testen er at den tillater dominerende aktører å realisere bredde- og stordriftsfordeler. I den sammenheng er et sentralt spørsmål hvorvidt testen er mer fordelaktig for den dominerende aktøren enn hva den er for konkurranseforholdet i markedet.

---

<sup>58</sup> Se kapittel 3 og del 3.1.3 for en utdypning av effektiv-pris.

Innledningsvis ble det påpekt at konkurranse på marginen ikke skal beskytte konkurrentene, men snarere konkurranseforholdet i markedet. Like-effektiv-testen tillater dominerende foretak å utnytte bredde- og stordriftsfordeler og slik sett representerer dette et tøft effektivitetskrav til øvrige konkurrenter. I enkelte tilfeller kan faktisk dette også innebære et tøffere effektivitetskrav for potensielle og eksisterende konkurrenter. Årsaken til det er at dominerende foretak i kraft av høyere markedsandeler kan ha lavere gjennomsnittkostnader, og det til tross for at kostnadsfunksjonen til eksisterende konkurrenter er mer effektiv.

I den sammenheng ønskes det å bemerke at det ikke synes å være nødvendig å innlemme et effektivitetsforsvar i TFEU-traktaten artikkel 102, se del 3.3. Dominerende aktører har muligheten til å dra nytte av betydelige kostnadsfordeler. Sett i lys av den ovenstående diskusjonen synes det derfor å være unødvendig å innlemme et effektivitetsforsvar i TFEU-traktaten artikkel 102.

## 7.0 Oppsummering

Like-effektiv-testen er tuftet på effektivitetshensyn og representerer slik sett en effektbasert tilnærming til predasjon, retroaktive rabatter og en marginskvis. Det er TFEU-traktaten artikkel 102 som danner det juridiske utgangspunktet for håndteringen av prisbasert atferd som utføres av dominerende aktører. Lovbestemmelsen er avgjørende for konkurransemyndigheters og domstolers håndtering av ulike misbrukstyper. TFEU-traktaten artikkel 102 er imidlertid ikke uttømmende og i tilknytning til prisbasert atferd er det vanskelig å danne per se formelle bestemmelser som avgjør hvorvidt prisene til en dominerende aktør er i strid med TFEU-traktaten artikkel 102.

Like-effektiv-testen innehar en rekke fordeler og da spesielt at den samlet sett gir større forutsigbarhet og tilregnelighet. Dersom målet er å sikre at dominerende foretak skal ha et tydelig rammeverk å forholde seg til er like-effektiv-testen en god løsning. Utfallet av testen er dessuten robust ettersom det er kostnadene til den dominerende aktøren som ligger til grunn for analysen.

At testen er kostnadsbasert kan videre både anses som en fordel og en ulempe. Fordelen er at dette gir dominerende foretak et klart rammeverk å forholde seg til, mens ulempen knytter seg til situasjoner der den dominerende aktøren har kostnadsfordeler i form av bredde- og stordriftsfordeler. At dominerende aktører har muligheten til å realisere bredde- og stordriftsfordeler trenger ikke å være utelukkende negativt. Slike kostnadsfordeler innebærer nemlig at sluttprisene kan reduseres og dette er til gagn for forbrukerne.

Bredde- og stordriftsfordeler kan imidlertid utgjøre en betydelig etableringshindring som ikke potensielle eller eksisterende konkurrenter kan overkomme lett. Like-effektiv-testen innehar således et strengt effektivitetskrav til potensielle og eksisterende konkurrenter. Både saken mot Intel og Deutsche Telekom har vist hvordan eksisterende og potensielle konkurrenter har vært særlig utsatt for prissettingen til dominerende foretak.

Hvor tøft kravet til effektivitet i testen er, styres av kostnadsstandard som velges å benytte. I tråd med Kommisjonens anbefalinger representerer dette et valg mellom to ulike standarder og disse er AAC og LRAIC. Av disse to målene utgjør AAC en smalere standard enn LRAIC. AAC er nemlig ikke et mål for totalproduksjonen av en vare, men snarere et mål for

produksjonsøkningen innenfor en gitt tidsperiode. Verken LRAIC eller AAC inkluderer felleskostnader. Dette kan trolig betraktes som en styrke da ulike måter å allokere felleskostnadene på, representerer en usikker og vilkårlig tilnærming.

Et problem med å fastsette relevant kostnadsstandard i like-effektiv-testen er at Kommisjonen ikke gir konkret veiledning til hvilken av disse kostnadsstandardene som bør benyttes. Innenfor sektoren for telekommunikasjon benyttes imidlertid gjerne LRAIC eller LRIC. En slik kostnadsstandard er nemlig ofte allerede er stipulert av reguleringsmyndigheter. I forhold til øvrige sektorer gis imidlertid ingen konkret veiledning til valget av relevant kostnadsstandard. En betraktning er imidlertid at ulike sektorer er tilknyttet særegne markedskarakteristika og kan slik sett behandles forskjellig, uten at det røkkes ved testens tydelige og klare symboleffekt.

Like-effektiv-testen sender et tydelig signal til hvilke priser et dominerende foretak kan sette. At testen baserer seg på den dominerende aktørens kostnader, gir dessuten et holdepunkt til hvor lavt prisene i et marked kan settes og ikke minst hvor lavt som er for lavt. Det er ikke ulovlig å inneha en dominerende stilling og dominerende foretak har et spesielt ansvar i markedet. Ettersom det er domstolene som har etablert dette vilkåret, synes det å være passende at også domstolene klargjør hva det spesielle ansvaret i markedet utgjør.

Dominerende foretak skal kunne konkurrere på marginen og i like-effektiv-testen innebærer det at konkurranse og priser disiplineres av AAC eller LRAC samt potensielle og eksisterende aktører. At testen tillater dominerende aktører å realisere bredde- og stordriftsfordeler kan både anses som en fordel og en ulempe. Men dersom like-effektiv-testen klarer å etablere et klart og tydelig rammeverk for dominerende foretak, konkurransemyndigheter og domstoler kan det tenkes at fordelene er større enn ulempene.



## Referanser

- Ahlborn C., Denicolò V., D. Geradin og A. J. Padilla (2006) *DG Comp`s Discussion Paper on Article 82: Implications of the proposed Framework and Antitrust Rules of the proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*. URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/057.pdf>.
- Ahlborn C., Evans og A. J. Padilla (2001) Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge? *European Competition Law Review* 22(5), s. 156-167.
- Brealey R. A., Stewart S.C. og A. J. Marcus (2007) *Fundamentals of corporate finance*. New York, McGraw-Hill Irwin.
- Baumol W.J. (1979) Quasi-Performance of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing. *The Yale Law Journal*, vol 89(1).
- Baumol W. J. (1996) Predation and the logic of the average variable cost test. *Journal of Law and Economics*, vol 39(1).
- Black J., Hashimzade N. og G. Myles (2009) *Oxford dictionary of Economics* (3.Utg.). New York (USA), Oxford University Press.
- Bundeskartellamt (2006) *Written Statement of the German Bundeskartellamt and the German Ministry of Economics and Technology on the DG Competition discussion paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*. URL: [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/0703\\_Stellungnahme\\_DE\\_Art82\\_e.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Stellungnahmen/0703_Stellungnahme_DE_Art82_e.pdf).
- Bolton, P., Brodley J. F., og M. H. Riordan (2000). Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. *Georgetown Law Journal* 88(8). URL: <http://www0.gsb.columbia.edu/faculty/pbolton/PDFS/BBRPrincetonDP.pdf>
- Canoy, M., Bijl P. d, og Kemp R.. (2004) Access to telecommunications network. I: Buiges P.A., og P. Rey (2004) *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications*. Cheltenham UK, Edward Elgar, s.135-168.
- DTe (2000) *Guidelines on the price cap regulation of the Dutch electricity sector*. URL: <http://www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/tilec/publications/discussionpapers/2003-007.pdf>

- Elhaug E. (2003) Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory- and the Implications for Defining Costs and Market Power. *Yale Law Journal*, vol. 112 (4), s. 681-828.
- EU (1998b) Meddelelse fra Kommisjonen om anvendelse af Konkurrancereglerne på postsektoren og på vurderingen af visse statslige fornastaltninger i relation til posttjenesterne. *OJ C39(2)*.
- EU (2005) DG Commission discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. URL:  
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>
- EU (2009a) Guidance on the Commission`s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. *OJ C 45 (2)*.
- Europe Economics (2000) *Airport Cost Allocation Report for the CAA*. URL:  
<http://www.caa.co.uk/docs/5/ergdocs/eereportcostallocation.pdf>.
- Geradin D. og O`Donoghue R. (2005) The Concurrent Application law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector. *The Global Competition Law Centre Working Paper Series, GCLC Working Papers 04/05*.
- Gravelle H. og Rees R. (1992) *Microeconomics* (2.utg.). London: Longman.
- Konkurransetilsynet (2010). *Konkurranseloven § 11: Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling*. URL:  
[http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%C2%A711\\_DOMINERENDE\\_STILLING.pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/%C2%A711_DOMINERENDE_STILLING.pdf).
- Kroes, N. (2005) *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*. URL:  
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537>.
- Laffont, J.J. og J. Tirole (2000). *Competition in Telecommunications*. Cambridge, Massachusetts, MIT Press.
- Lang J. T. og O`Donoghue R. (2002) Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses Under Article 82 EC. *Fordham International Law Journal* 26(1).
- Messina M. (2006) Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation? *The Competition Law Review* 2(2), s. 73-98.
- Motta M. (2006) *Competition Policy Theory and Practice*. USA, Cambridge University Press.
- O`Donoghue R. og Padilla A. J. (2006) *The law and economics of Article 82 EC*. Oxford, Hart.

- Ofcom (2000) *Statement on the implementation of shared access to the local loop in the UK*.  
 URL:<http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/broadband/llu/shac1200.htm>
- Posner R. A. (2001) *Antitrust Law (2.Utg)*. USA, The University of Cichago Press.
- Varian H. R. (2010) *Intermediate microeconomics: a modern approach*. New York, W.W. Norton.
- Varian H. R., og J. V. Farrell (2004). *The economics of information technology: an introduction*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Varian R. H. (1992). *Microeconomic Analysis*. New York, Norton.

### **EUs rettspraksis:**

- EU (1978) Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978].
- EU (1979) Case 85/79 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities* [1979].
- EU (1991) Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities.- Article 86-Eliminatory practices of a dominant undertaking* [1991] ECR I-3359.
- EU (1996) Case C-333/94 P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951.
- EU (2001) Case Comp/35.141 *Deutsche Post AG* [2001] *OJ L* 125(27).
- EU (2003) Case C-280/08 *Deutsche Telekom AG v. European Commission* [2003].
- EU (2007) Case Comp/38.784 *Wanadoo España vs. Telefónica* [2007]. URL:  
[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38784/38784\\_311\\_10.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38784/38784_311_10.pdf).
- EU (2009b) Case C-3/37.990 *Intel* [2009b]. URL:  
[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37990/37990\\_3581\\_11.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_11.pdf)
- EU (2010) Case C-280/08 *Judgement of the Court of 14 October 2010* (ikke rapportert). URL:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0280:EN:HTML>

## Appendiks A

### Ramsey-Boiteux priser

Når kostnadene allokeres i et inverst forhold innebærer det at produktet med lavest priselastisitet bærer den høyeste kostnadsbyrden. For å forklare dette må en først ha en forståelse av hvordan Ramsey-Boiteux priser er. Ramsey-Boiteux priser tar hensyn til at bedrifter har stordriftsfordeler, at bedriften produserer flere varer og at bedriften gjerne priser med et påslag over marginalkostnadene for å dekke produksjonskostnadene. Spørsmålet er så: *Hva er den optimale prisen til en regulert aktør som produserer flere varer eller tjenester?*

For å finne optimale Ramsey-Boiteux priser til et foretak som produserer flere varer maksimeres konsumentoverskuddet med hensyn til foretakets profitt. Slik sett maksimerer Ramsey-Boiteux priser aktørens profitt med hensyn til et minimalt velferdsnivå.

Notasjon:

$k=1,2,\dots,n$  varene/tjenestene som tilbys,

$q=(q_1, \dots, q_n)$ , kvantum som tilbys,

$p=(p_1, \dots, p_n)$  prisvektor til etterspørsel,

$q_k=D_k(p_1, \dots, p_n)$  etterspørselen gitt prisvektoren,

$q_k$  er en funksjon av  $p_k$  når:

$$\eta_k = - \left[ \frac{\partial D_k}{\partial p_k} \right] / \left[ \frac{D_k}{p_k} \right], \text{ egenpriselastisiteten til etterspørselen for tjeneste } k$$

$$R(q) = \sum_{k=1}^n p_k q_k, \text{ inntekten til bedriften}$$

$$C(q_1, \dots, q_n) = k_0 + \sum_{k=1}^n c_k q_k, \text{ er kostnadsfunksjonen som bedriften forholder seg til.}$$

$k_0$ , er felleskostnadene til foretaket

$$S(q) \text{ angir brutto konsumentoverskudd, der } \frac{\partial S}{\partial q_k} = p_k$$

Vi antar uavhengig etterspørsel og at marginalkostnadene er konstante. Da kan problemet settes opp på følgende måte:

$$(1) \quad \max_q [S(q) - C(q)] \text{ s.t. } R(q) - C(q) \geq 0$$

$\Leftrightarrow$

(2)  $\max_q [R(q) - C(q)]$  s.t.  $S(q) - C(q) \geq S(q^*) - C(q^*)$ , der \* angir Ramsey-Boiteux nivå.

Vi lar  $\frac{1}{\lambda}$  angi skyggeprisen til skranken i ligning 2. Vi får så et førsteordensvilkår (FOV):

$$\text{FOV } \lambda \left( p_k - c_k + \sum_{j=1}^n \frac{\partial p_j}{\partial q_k} q_j \right) + p_k - c_k = 0,$$

Løser opp og får:

$$\frac{p_k - c_k}{p_k} = \frac{\lambda}{1 + \lambda} \frac{1}{\eta_k}$$