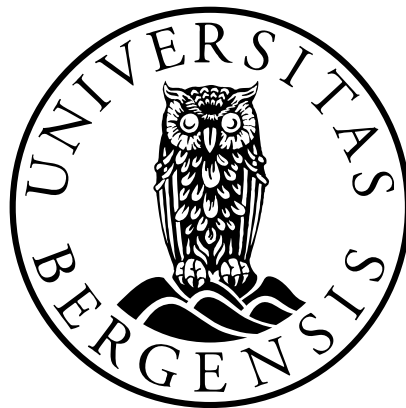


Virkningskravet ved misbruk av dominerende stilling

*Terskelen for å etablere
konkurransbegrensende virkning og
betydningen av foretakets intensjon*

Kandidatnummer: 202

Antall ord: 14917



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. mai 2020

Forord

Denne masteroppgaven ble skrevet med stipend fra forskningsprosjektet «Skyldkravet i konkurranseretten og alternative håndhevelsesformer», med tildeling fra Det alminnelige prisreguleringsfondet. Forskningsprosjektet omhandler prinsipper for foretaksansvar i konkurransesaker, med betydning også for annen økonomisk kriminalitet, og er ledet av professor Tina Søreide (NHH) og professor Erling Hjelmeng (UiO). Jeg vil gjerne rette en takk til prosjektets ledere for å vise interesse for min masteroppgave og for å dele sin kunnskap med meg. En særlig takk til professor Erling Hjelmeng for gode innspill og oppfølging underveis i skriveprosessen.

En stor takk rettes til min veileder, førsteamanuensis Ronny Gjendemsjø (UiB), for solid veiledning.

Oslo, juni 2020

Helene Eiane Rasmussen

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Presentasjon av problemstillingen	3
1.2	Problemstillingens aktualitet	5
1.3	Metode.....	6
1.3.1	Rettskildebildet	6
1.3.2	Metodiske avklaringer	6
1.4	Avgrensning og videre fremstilling	8
2	Betydningen av atferdsspesifikke tester	9
3	Intensjon.....	11
3.1	Innledning.....	11
3.2	Intensjonsbaserte tester	12
3.2.1	Intensjon som vilkår for misbruk	12
3.2.2	Rovprising mellom GVK og GTK.....	12
3.2.3	Sjikanerende søksmål	15
3.2.4	Oppsummering.....	16
3.3	Annen bruk av intensjon	17
3.3.1	Intensjon som ett av flere momenter i misbruksvurderingen	17
3.3.2	Oppsummering.....	21
3.4	Konklusjon om intensjoners rolle i rettspraksis	21
4	Terskelen for virkning	23
4.1	Innledning.....	23
4.2	Terskelen for virkning i EU-praksis.	24
4.3	Å forstå EU-domstolenes vekslende begrepsbruk	27
4.4	Er virkning en bevisstandard eller et materielt krav?	29
4.5	Konklusjon om terskelen for virkning	31
5	Intensjon og terskelen for virkning i Telenorvedtakene	32
5.1	Om Telenorsaken.....	32
5.2	Konkurransetilsynets Telenorvedtak	33
5.3	Konkurranseskjemenemndas Telenorvedtak	35
5.4	Hvordan skal man forstå vedtakene?	37
6	Kunne Telenorsaken vært løst som en ny test, basert på intensjon og egnethet?	39

6.1	En alternativ tilnærming.....	39
6.2	Hvordan ville testen sett ut?	40
6.3	Kunne og burde den alternative testen stått seg?.....	40
6.4	Oppsummering	43
7	Konklusjon	45
	Litteraturliste.....	46

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Temaet for denne oppgaven er hva som er terskelen for å påvise at en atferd har konkurransebegrensende virkning når det skal vurderes om atferden utgjør et misbruk av dominerende stilling, og betydningen av et foretaks intensjon i denne misbruksvurderingen. Problemstillingen er: *Hvilken rolle spiller intensjon og hva er terskelen for virkning i vurderingen av misbruk av dominerende stilling?*

Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) artikkel 102, EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11 oppstiller identiske forbud mot misbruk av dominans. Konkurranseloven § 11 lyder som følger:

«Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.»

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår for misbruk. For det første må foretaket inneha en «dominerende stilling», og for det andre må det foreligge en «utilbørlig utnyttelse» av denne stillingen. Bestemmelsens andre ledd inneholder en ikke-uttømmende liste over eksempler på misbrukshandlinger. I forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen og TEUV gjelder det i tillegg et vilkår om at misbruket må kunne påvirke samhandelen mellom to eller flere medlemsland.¹

Denne oppgaven vil konsentrere seg om vilkåret om «utilbørlig utnyttelse», som gjerne omtales som «misbruk».²

Misbruk ble for første gang definert i EU-dommen *Hoffmann-La Roche*. Dommens avsnitt 91 har blitt et vanlig utgangspunkt for misbruksvurderingen i senere EU-praksis:

«The concept of abuse is an objective concept relating to the behavior of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from

¹ Det skal lite til før dette vilkåret er oppfylt ifølge NOU 2003:12, kapittel 4.2.1.3.

² Ordlyden i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 er «utilbørlig utnyttelse». I Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) artikkel 102 er ordlyden «abuse» og på dansk «misbrug», derfor benyttes ofte begrepet «misbruk» på norsk. Meningsinnholdet er det samme i begrepene «utilbørlig utnyttelse» og «misbruk», og sistnevnte begrep vil brukes hyppigst i min oppgave.

those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition».³

EU-domstolen oppstiller et krav om at foretakets atferd må ha en negativ virkning på konkurransen, ved at bare metoder som er «such as to influence the structure of a market» og/eller har «the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition» kvalifiserer til misbruk.⁴ EU-domstolen slår også fast at misbruk er et «objective concept». Definisjonen på misbruk hjelper oss likevel ikke med å forstå *hva som skal til* før en atferd har en slik negativ virkning på konkurransen. Utpenslingen av dette virkningskravet er sentralt for oppgaven.

Formålet med konkurransereglene er å sikre en best mulig konkurranse som skaper konkurranseeffektivitet, lavere priser, valgfrihet for forbrukeren og som stimulerer til kreativitet og innovasjon fra aktørene.⁵ En sunn konkurranse øker dermed forbrukervelferden og kommer samfunnet til gode. Derfor er det nødvendig at misbruksregelen ikke er for uttømmende og spesifikk, slik at man har fleksibiliteten til å reagere mot atferd som kan skade konkurransen og samtidig beskytte den «gode» konkurransen. Samtidig kan regelen heller ikke være for vid og uklar, på grunn av hensynet til forutberegnelighet. Forutberegnelige regler gjør at dominerende foretak tør å konkurrere hardt og effektivt, som igjen skaper grobunn for økt konkurranseintensitet som øker forbrukervelferden. Dermed finnes det en spenning mellom hensynet til forutberegnelighet og fleksibilitet i forbudsbestemmelsen. Domstolene i EU har tilnærmet seg denne spenningen ved å utvikle forskjellige tester for å vurdere om det foreligger et misbruk, der testenes rammer og anvendelsesområde avhenger av atferdens art og omstendigheter. Intensjon spiller en ulik rolle innen disse forskjellige testene, og terskelen for virkning er også påvirket av hvorvidt atferden omfattes av en predefinert test eller ikke.

Intensjon og terskelen for virkning griper inn i hverandre. Den sentrale begrunnelsen for å tillegge intensjon vekt i en misbruksvurdering er at det aktuelle foretaket kjenner konkurransesituasjonen best, og derfor står nærmest til å forutse konsekvensene av sin egen

³ Sak 85/76, *Hoffman-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 91.

⁴ Østerud (2017) s. 124.

⁵ Whish og Bailey (2018) s. 18. Se også Hjelmeng og Sørgard (2014) s. 20-22.

markedsatferd.⁶ Dersom foretaket har handlet med en målsetting om at deres atferd skal begrense konkurransen, er det derfor nærliggende at atferden vil materialisere seg i konkurransebegrensende virkninger. Slik kan intensjon fungere som en proxy for atferdens mulige virkninger.⁷ For å vite hva som skal til før en atferd oppfyller kravet om en konkurransebegrensende virkning på konkurransen, må vi imidlertid kjenne til selve terskelen for virkning. Slik henger temaene tett sammen.

1.2 Problemstillingens aktualitet

Kommisjonens Veiledning fra 2009 (heretter «Veiledningen») representerte en utvikling mot en mer virkningsbasert tilnærming til misbruksvilkåret.⁸ Veiledningen nevner også uttrykkelig at foretakets intensjon kan være et relevant moment i vurderingen av om det skal reageres mot foretakets atferd.⁹ Som denne oppgaven vil belyse har det retningsskiftet Veiledningen representerer blitt fulgt opp i rettspraksis, og vi ser en utvikling mot en case-by-case vurdering av atferdens virkning i hver enkelt sak. Når rettsutviklingen går mot en stadig mer virkningsbasert tilnærming til misbruksvilkåret, er det helt sentralt at innholdet i virkningskravet er avklart for å sikre en forutberegnelig regel. Dette aktualiserer en redegjørelse for hva som skal til før en atferd har en konkurransebegrensende virkning, altså terskelen for virkning, og hvilken betydning foretakets intensjon kan få i denne vurderingen.

En redegjørelse for intensjon og terskelen for virkning er særlig aktuelt i kjølvannet av Telenorvedtakene fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda. I vedtakene kom bruken av intensjon og terskelen for virkning på spissen, og de er derfor et egnet uttrykk for temaet i norsk konkurranserett. Saken er bragt inn for domstolsapparatet og det er forventet at den behandles i Gulating Lagmannsrett i begynnelsen av 2021.

⁶ Blant dem som argumenterer for at intensjon er et nyttig verktøy i misbruksvurderingen er Blockx (2019) s. 360-361.

⁷ Se f.eks Lao (2004) s. 157, Blockx (2019) s. 360-361 og sak T-340/03, *France Télékom mot Kommisjonen*, avsnitt 195.

⁸ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Veiledningen).

⁹ Veiledningen, avsnitt 20.

1.3 Metode

1.3.1 Rettskildebildet

Oppgaven handler om virkningskravet ved misbruk av dominerende stilling etter norsk konkurranserett, EØS-konkurranserett og EU-konkurranserett.

Norsk konkurranserett er knyttet tett sammen med EU/EØS-konkurranseretten. Forbudet mot misbruk av dominans fremgår av TEUV artikkel 102, og et identisk forbud finnes i EØS-avtalen artikkel 54. EØS-avtalens artikkel 54 gjelder direkte i norsk rett. I tillegg har man valgt en likelydende bestemmelse i nasjonal konkurranserett, som en frivillig harmonisering med EU/EØS-rettens misbruksforbud. Dette betyr at konkurranseloven § 11 er identisk med EØS-avtalen artikkel 54 og TEUV artikkel 102.

Av hensyn til et homogent og effektivt indre marked skal misbruksforbudet tolkes likt i hele EU/EØS-området. For å sørge for så like rettsregler som mulig er rettspraksis fra EU derfor en viktig og legitim rettskilde for EØS-konkurranserett og norsk konkurranserett. Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at «forbudet i § 11 svarer med nasjonale tilpasninger til EØS-avtalen artikkel 54. På samme måte som for § 10, vil praksis i EU og EØS være relevant ved tolkning av bestemmelsen og veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av den norske forbudsbestemmelsen».¹⁰ Det har vært lite praksis i norsk rett vedrørende intensjon og terskelen for virkning. Fordi rettskildebildet er tynt i norsk rett, vil rettspraksis fra EU analyseres i den videre fremstillingens første del. Funnene fra denne gjennomgangen vil bli viktige utgangspunkter for gjennomgangen av de norske Telenorvedtakene fra Konkurransetilsynet og Konkurranseskjennemnda i oppgavens andre del.

1.3.2 Metodiske avklaringer

Formålet med oppgaven er å klarlegge rettstilstanden rundt bruken av intensjon og terskelen for virkning i misbruksvurderingen. Derfor vil jeg bruke en rettsdogmatisk metode. Mot slutten av oppgaven vil jeg også komme inn på noen rettspolitiske betraktninger. Dette gjelder særlig

¹⁰ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 225. Tilsvarende ble lagt til grunn i Rt. 2011 s. 910, *Tinedommen*, avsnitt 63-64.

under oppgavens punkt 6.3, der jeg vurderer hensiktsmessigheten ved en test basert på intensjon og egnethet som terskelen for virkning.

Det er et behov for avklaringer om enkelte rettskilder. Når det gjelder avgjørelser fra EU-domstolene oversettes disse til alle EUs offisielle språk.¹¹ Dommene er imidlertid kun formelt autentiske på prosessspråket.¹² Når jeg tolker EU-praksis i oppgaven har jeg valgt å først og fremst forholde meg til den engelske språkversjonen, fordi jeg mener dette gir best flyt i oppgaven. Noen steder i denne oppgaven vil imidlertid EU-domstolenes begrepsbruk være helt sentralt. Da vil jeg benytte meg av flere språkversjoner for å unngå at en språkversjons begrepsbruk legges til grunn som den riktige, uten å nyanseres av andre språkversjoner. Jeg behersker dansk og tysk språk best og har derfor valgt disse språkversjonene til dette formålet.

Jeg bruker praksis fra både EU-domstolen og Underretten i oppgaven.¹³ EU-domstolen har kompetanse til å overprøve Underrettens rettsanvendelse, og er ikke bundet av deres avgjørelser.¹⁴ Fordi Underrettens avgjørelser kan tilsidesettes, har de mindre rettskildemessig vekt enn EU-domstolens avgjørelser. Det hender imidlertid at EU-domstolen ikke tar stilling til spørsmål som ble avklart i Underretten, eller at Underrettens dom ikke ankes til EU-domstolen. Spørsmålet blir da hvor stor rettskildemessig vekt Underrettens avgjørelser kan tillegges. Underretten er gitt en relativt stor rettsavklarende kompetanse i EU-retten, og spiller en sentral rolle på konkurranseretts område.¹⁵ Derfor kan Underrettens avgjørelser ha en viss rettskildemessig vekt og bidra til å klargjøre rettsstilstanden, selv om de ikke er like tungtveiende uttrykk for gjeldende rett som dommer fra EU-domstolen.

Veiledningen vil refereres til enkelte steder i oppgaven. Veiledningen er et prioriteringsnotat som skal veilede Kommisjonen ved anvendelsen av TEUV artikkel 102.¹⁶ Veiledningen gjelder for Kommisjonen, og er ikke rettslig bindende for domstolene i EU.¹⁷ Som rettskilde har den liten vekt. Likevel er det interessant at Veiledningen inneholder flere normative uttalelser som legger opp til en endring i hvilke typer atferd Kommisjonen skal reagere mot. Dette gjør at Veiledningen likner litt på bindende retningslinjer for Kommisjonen.¹⁸ Ettersom EU-domstolen

¹¹ Jf. Consolidated version of the Rules of Procedure of the Court of Justice (Rettergangsordningen) artikkel 40.

¹² Jf. Rettergangsordningen artikkel 41. Se også Fredriksen og Mathisen (2018) s. 156.

¹³ «The Court of Justice» vil i denne oppgaven omtales som «EU-domstolen». «The General Court» vil omtales som «Underretten».

¹⁴ Jf. TEUV artikkel 256.

¹⁵ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 160.

¹⁶ Veiledningen, avsnitt 2.

¹⁷ Veiledningen, avsnitt 3.

¹⁸ O'Donoghue og Padilla (2013) s. 75-77.

har fulgt opp retningslinjene som er presentert i Veiledningen i nyere saker som *Intel*, er den et betydningsfullt uttrykk for retnings-skiftet mot en mer virkningsbasert tilnærming. Dette gjør Veiledningen til en relevant kilde for oppgaven.

1.4 Avgrensning og videre fremstilling

Denne oppgaven tar ikke sikte på å gi en fullstendig redegjørelse for virkningskravet. Oppgaven fokuserer på intensjon og terskelen for virkning, som var omtvistet i Telenorvedtakene fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg ikke gå i dybden på hvordan man beviser intensjon. Dette er et omdiskutert tema som krever en grundigere redegjørelse enn hva ordgrensen i denne oppgaven tillater.

Før jeg går inn på temaene intensjon og terskelen for virkning, er det nødvendig å si noe om betydningen av atferdsspesifikke tester. Dette gjør jeg i kapittel 2. Oppgaven består videre av to hoveddeler. I første del, kapittel 3 og 4, vil jeg redegjøre for bruken av intensjon og terskelen for virkning i misbruksvurderingen ved å gjennomgå relevant rettspraksis fra EU-retten. I annen del, kapittel 5 og 6, vil jeg se på bruken av intensjon og terskelen for virkning i Telenorvedtakene fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda. Jeg vil også lansere en hypotese om at Telenorsaken kunne vært løst som en ny misbrukstest, basert på intensjon og egnethet som terskelen for virkning, og jeg vil undersøke hensiktsmessigheten ved en slik test. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 7 oppsummere funnene i oppgaven og konkludere om betydningen av intensjon og hva som er terskelen for virkning i vurderingen av misbruk av dominerende stilling.

2 Betydningen av atferdsspesifikke tester

I mangel på klare definisjoner av misbruk i lovtekstene har rettspraksis vært en sentral kilde for å utpense innholdet i vilkåret. Som nevnt i innledningen har domstolene i EU utviklet flere forskjellige måter å vurdere misbruk på, for å sikre en så treffsikker forbudsregel som mulig. Det finnes altså ikke bare én bestemt fremgangsmåte for å etablere et misbruk.

Østerud har i sin doktoravhandling fra 2010 identifisert og redegjort for hvordan EU-domstolen anvender ulike tester for misbruk avhengig av hva slags atferd foretaket har utvist. Avhandlingen hans viser at det ikke finnes en generell «one size fits all»-test som kan anvendes i alle misbrukstilfeller.¹⁹ Ytterpunktene kan sies å være de «formbaserte» og «virkningsbaserte» testene. Den «formbaserte» tilnærmingen betyr at atferden erfaringsmessig medfører konkurransebegrensende virkning og derfor er ulovlig etter sin art (per se).²⁰ Her kan misbruk etableres uten noen inngående markedsøkonomisk analyse, og det er en svært allmenngyldig tilnærming med høy forutberegnelighet. Motsetningsvis har domstolen en «virkningsbasert» tilnærming til andre typer atferd, som innebærer en konkret markedsøkonomisk virkningsanalyse i hvert konkrete tilfelle.²¹ Dette er en mer økonomisk tilnærming til misbruk der det må påvises at atferden faktisk hadde et konkurransebegrensende potensiale i det konkrete tilfellet.

De siste årene har det imidlertid skjedd en utvikling mot en mer virkningsbasert tilnærming til misbruksvurderingen generelt, blant annet drevet fremover av Veiledningen. Veiledningens formål er å styrke forutberegneligheten til TEUV artikkel 102 ved å klargjøre hvilke typer atferd som vanligvis fører til intervensjon fra Kommissjonen.²² Videre presenteres forbrukervelferd som et hovedhensyn bak TEUV artikkel 102, og fokuset på å reagere mot atferd til skade for forbrukere oppfordrer til en konkret økonomisk analyse av atferdens virkninger i hvert enkelt tilfelle.²³ Veiledningen legger opp til et større fokus på konkurransebegrensende virkning i

¹⁹ Østerud (2010) s. 1-4 og 127-128.

²⁰ Ibid, s. 57-58.

²¹ Ibid, s. 159-160.

²² Veiledningen, avsnitt 2.

²³ Ibid, avsnitt 5.

misbruksvurderingen, og skyver dermed fokuset vekk fra en formbasert tilnærming til TEUV artikkel 102 og i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Det har vist seg at det retnings-skiftet Veiledningen representerer har fått tilslutning i EU-domstolen. *Intel* ble nemlig en gamechanger som utfordret den etablerte inndelingen av atferdsspesifikke tester. Saken gjaldt eksklusivitetsrabatter som misbruk av dominerende stilling, en type atferd som i tidligere rettspraksis hadde vært ansett som ulovlig per se. I *Intel* modererte EU-domstolen dette utgangspunktet. Domstolen fremholdt at når et foretak har anført at deres atferd ikke var «capable of restricting competition», og fremlegger bevis for dette, må domstolen gjøre en konkret vurdering av de relevante omstendighetene i saken.²⁴ *Intel* ble et retnings-skifte der man forkastet den tradisjonelle per se tilnærmingen til rabatter som misbruk. Dommen viser at EU-domstolen beveger seg i en retning av konkrete virkningsvurderinger case-by-case, i tråd med Veiledningen.

Når rettsutviklingen drives fremover, og vi beveger oss mot en stadig mer virkningsorientert tilnærming til misbruk, må de atferdsspesifikke testene potensielt redefineres eller utvides. Det dukker stadig opp «nye» former for misbruksatferd som ikke omfattes av de predefinerte testene. I slike tilfeller må domstolene måtte drive rettsutviklingen fremover ved å definere hva som skal til for at atferden utgjør et misbruk. Dette skaper utvikling i misbruksregelen.

I den videre fremstillingen vil EUs atferdsspesifikke tester utgjøre et viktig bakteppe, men jeg vil så godt det lar seg gjøre si noe om intensjon og terskelen for virkning på generelt grunnlag.

²⁴ Sak C-413/14 P, *Intel mot Kommisjonen*, avsnitt 138-139. Se også Colomo (2018) s. 293 og 296.

3 Intensjon

3.1 Innledning

Å ha en «intensjon» kan forstås som å ha til hensikt, planlegge eller ha et mål om at en handling skal føre til et bestemt resultat.²⁵ I en konkurranserettslig kontekst må denne intensjonen kunne tilskrives foretaket. En mer konkret definisjon av intensjon finnes verken i rettslig litteratur eller i rettspraksis.²⁶

Intensjon vil alltid bære preg av subjektivitet, fordi det å ha en målsetning er en menneskelig egenskap. Å vurdere intensjonen til et foretak vil derfor i realiteten handle om hva én eller flere fysiske personer planla at atferden skulle føre til. Ofte brukes uttalelser fra høyere hold i foretaket for å bevise intensjon, slik at det subjektive elementet er veldig tydelig.²⁷ Intensjon kan også bevises på en mer objektiv måte ved å trekke slutninger basert på ytre observasjoner, for eksempel at det ikke finnes andre forklaringer på foretakets atferd enn at de har intensjon om konkurranseskade.²⁸

Bruk av intensjon i misbruksvurderingen er kontroversielt og mye omdiskutert i fagmiljøet. Likevel har intensjon unektelig blitt et legitimt argument for misbruk i europeisk konkurranserett. Tanken er at intensjon er en proxy for virkning, basert på premisset om at et foretak som handler med en intensjon om konkurranseskade vil bruke en atferd som er egnet til å nå dette målet.²⁹ Derfor kan et foretaks intensjon fortelle oss noe om atferdens mulige konkurransebegrensende virkninger.

I dette kapittelet vil jeg gjennomgå rettspraksis for å se på hvordan domstolene i EU har brukt intensjon i misbruksvurderingen. Jeg vil særlig se nærmere på hvor stor vekt domstolene har

²⁵ I rettspraksis snakkes det om et foretaks «object», «intention», «aim», «plan» eller «purpose». Man må forstå begrepene som synonymer som alle gir uttrykk for intensjon. Dette legges til grunn i bla.a Akman (2014) s. 334 og Østerud (2010) s. 142.

²⁶ Akman (2014) s. 317.

²⁷ Som bevis for intensjon har skriftlige eller muntlige uttalelser blitt sentralt i rettspraksis, så lenge disse kommer fra kvalifisert hold i foretaket. Lao (2004) s. 206 og Blockx (2019) s. 359 mener det er trygt å legge uttalelser fra foretaks øverste ledere til grunn som intensjonsbevis. Uttalelsene må stå i tilstrekkelig sammenheng med handlingen for å være av verdi i bevisvurderingen.

²⁸ Se f.eks sak C-62/86, *AKZO mot Kommisjonen* som gjennomgås under punkt 3.2.2, der domstolen bruker uttalelser som intensjonsbevis i tillegg til å trekke slutninger om intensjon basert på ytre observasjoner.

²⁹ Se f.eks Lao (2004) s. 157 og Blockx (2019) s. 360-361. Premisset er også uttalt i sak T-340/03, *France Télékom mot Kommisjonen*, avsnitt 195: «If it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to restrict competition, that conduct will also be liable to have such an effect».

lagt på foretakets intensjon i de ulike sakene. Gjennomgangen vil deles opp etter tester der intensjon tjener som et vilkår for misbruk under punkt 3.2 og annen bruk av intensjoner under punkt 3.3.

3.2 Intensjonsbaserte tester

3.2.1 Intensjon som vilkår for misbruk

EU-domstolen behandler intensjon som et vilkår for misbruk ved to typer misbrukende atferd: rovprising der prisene ligger høyere enn gjennomsnittlig variabel kostnad (GVK) og under gjennomsnittlig total kostnad (GTK), og sjikanerende søksmål.³⁰ Som gjennomgangen vil vise har intensjon vært av betydning også for andre typer atferd, men det er bare ved tilfeller av rovprising og sjikanerende søksmål at intensjon utgjør et selvstendig vilkår for å kunne etablere misbruk.³¹

De intensjonsbaserte testene er bygget opp som to-trinnstester, der det første vilkåret er at det må dreie seg om et spesifikt typetilfelle av atferd. Dette vilkåret definerer et snevert virkeområde for testen. I tillegg gjelder et vilkår om at foretaket må ha hatt en intensjon om konkurransebegrensende virkning. Intensjonsvilkåret medfører at atferd som ikke er begrunnet i en konkurransebegrensende motivasjon vil falle utenfor misbruksforbudet. Derfor fungerer intensjonsvilkåret som en sikkerhetsventil som skal forhindre at testen favner for vidt.

3.2.2 Rovprising mellom GVK og GTK

Rovprising er en type ulovlig prisstrategi der dominerende foretak i en periode legger sine priser svært lavt for å oppnå en negativ påvirkning på konkurransen. Denne påvirkningen kan være å eliminere en konkurranse, å disiplinere markedsatferden til konkurrenten eller å forhindre potensielle konkurrenters inntreden i markedet. I *AKZO* formulerer EU-domstolen et prinsipielt skille mellom to typer rovprising, avhengig av hvor lavt prisene er lagt. Når prisene er lavere

³⁰ Jeg har basert meg på Østerud (2010) kapittel 5 sin kategorisering av rovprising mellom GVK og GTK og sjikanerende søksmål som omfattet av intensjonsbaserte tester.

³¹ Østerud (2010) legger til grunn at intensjon er et selvstendig vilkår i de intensjonsbaserte testene, se bla.a s. 127-128, 153 og 155. Sammenholdt med den rettspraksis som gjennomgås i dette kapitlet virker det som om man trygt kan omtale intensjon som et vilkår i en materiell test ved tilfeller av rovprising mellom GVK og GTK og sjikanerende søksmål. Intensjonsvilkåret er likevel ikke absolutt ved rovprising mellom GVK og GTK, jf. sak C-209/10, *Post Danmark I*, avsnitt 44 (mer om dette under oppgavens punkt 3.2.2).

enn gjennomsnittlig variabel kostnad (GVK) utgjør atferden alltid et misbruk per se, fordi foretaket ikke kan antas å ha noen annen interesse enn å eliminere konkurrenten ved en slik prisstrategi. Dersom prisene ligger høyere enn GVK og under gjennomsnittlig total kostnad (GTK) er atferden imidlertid bare å regne som et misbruk dersom prisene er en del av en «plan» om å eliminere en konkurrent.³² Altså kan misbruk bare fastslås hvis det også kan påvises en intensjon om konkurransebegrensende virkning hos foretaket.

I *AKZO* var prisene mellom GVK og GTK, og derfor måtte domstolen vurdere om foretaket hadde en intensjon om å eliminere sin konkurrent ECS. Flere dokumenter beviste at AKZO ønsket å presse konkurrenten til å trekke seg ut av et relevant marked, og at de var villige til å selge under produksjonskostnad med et stort tap for å oppnå dette målet.³³ I tillegg hadde AKZOs manager formulert et notat med en «detailed plan, with figures, describing the measures that would be put into effect if ECS did not refrain from supplying its products».³⁴ Notatet viste ifølge domstolen at AKZO planla å overta alle kundene til konkurrenten med denne prisstrategien.

Domstolen fant at AKZOs priser «can only be explained by AKZO's intention to damage ECS and not by its endeavour to restore its profit margins».³⁵ Det fremstår som om domstolen har eliminert at det finnes noen annen forklaring bak foretakets atferd enn en intensjon om konkurranseskade, slik at prissettingen i seg selv er et objektivt argument for at det forelå en intensjon hos foretaket. I tillegg hadde et notat fra en av AKZOs representanter vist at disse prisene var kalkulert til å være godt under prisene til konkurrenten, som viste at «AKZO's intention was not solely to win the order, which would have induced it to reduce its prices only to the extent necessary for this purpose».³⁶

For å oppsummere ble det stadfestet en intensjon basert på både subjektive intensjonsbeviser, som dokumenter og utsagn fra representanter, og mer objektive beviser, som at prissettingen i seg selv indikerte konkurransebegrensende intensjon. Bevisene hadde tett tilknytning til den aktuelle atferden. Dette var et tilstrekkelig grunnlag for å konstatere en konkurransebegrensende intensjon.

³² Sak C-62/86, *AKZO mot Kommisjonen*, avsnitt 71-72.

³³ *Ibid*, avsnitt 79.

³⁴ *Ibid*, avsnitt 81.

³⁵ *Ibid*, avsnitt 102.

³⁶ *Ibid*, avsnitt 102.

«AKZO-testen» følges opp i senere rettspraksis. I *Tetra Pak II* bekreftes to-trinnstesten når domstolen legger til grunn at prising mellom GVK og GTK bare utgjør et misbruk hvis «an intention to eliminate can be shown».³⁷ I *France Télékom* fant retten det bevist at foretaket Wanadoo (forkortet «WIN» og eid av France Télékom) hadde priset mellom GVK og GTK, og under henvisning til AKZO-testen vurderte Underretten hvorvidt prisene til WIN var «determined as part of a plan for eliminating a competitor».³⁸ Intensjon som vilkår for misbruk er derfor en godt etablert test ved rovprising mellom GVK og GTK.

I «AKZO-testen» er intensjonsvilkåret et sjekkpunkt for at den konkrete atferden faktisk var konkurransebegrensende. Formålet er å unngå at atferd som ikke er i stand til å skade konkurransen feilaktig straffes som et misbruk. Det er ikke opplagt at det er intensjon som skal tjene som tilleggsvilkår for dette formålet. Et vilkår om konkurransebegrensende virkning, basert på en økonomisk markedsanalyse, kunne være like godt egnet som tilleggsvilkår. I teorien har det vært hevdet at intensjon er valgt av praktiske hensyn, fordi det er enklere å vurdere et foretaks plan eller strategi enn å foreta kompliserte markedsanalyser.³⁹ Etter *Post Danmark I* ser det imidlertid ut til at å etablere konkurransebegrensende virkninger er et alternativt vilkår til å etablere intensjon ved rovprising mellom GVK og GTK.⁴⁰ Intensjonsvilkåret ved rovprising mellom GVK og GTK er derfor ikke absolutt.

I en konkurransesituasjon er det naturlig for alle deltakere, også dominerende foretak, å ha et ønske om å vinne over konkurrentene. Da kan det være vanskelig å skille en konkurransebegrensende intensjon fra en legitim intensjon om å konkurrere hardt og effektivt. Saken *France Télékom* illustrerer dette. Kommisjonen hadde primært basert seg på interne dokumenter for å bevise at telekomselskapet WIN hadde en ekskluderende strategi overfor sine konkurrenter. Alle dokumentene inneholdt begrepet «pre-emption».⁴¹ Dette oversettes med å «blive den førende» i den danske versjonen av dommen. WIN anførte at dette var «informal and spontaneous, even unconsidered words», som bare var en naturlig språkbruk i beslutningsprosesser.⁴² Med anførselen indikerer WIN at det må trekkes en grense mot generelle uttalelser.

³⁷ Sak C-333/94 P, *Tetra Pak International mot Kommisjonen*, avsnitt 41-43.

³⁸ Sak T-340/03, *France Télékom mot Kommisjonen*, avsnitt 195.

³⁹ Sinclair (2004) s. 499.

⁴⁰ Sak C-209/10, *Post Danmark I*, avsnitt 44.

⁴¹ Sak T-340/03, *France Télékom mot Kommisjonen*, avsnitt 199.

⁴² *Ibid*, avsnitt 201.

Dette var ikke Underretten enig i. De la vekt på at uttalelsene kom fra ledelsesnivå i foretaket og at noen av uttalelsene var gitt i formelle presentasjoner, som en del av beslutningsprosesser eller i rammebrev.⁴³ I sin kontekst ga uttalelsene uttrykk for en intensjon om å eliminere konkurrenten. Derfor kunne de ikke anses som tilfeldige eller spontane.

Underretten argumenterte også for at dokumentene beviste at WIN «was seeking to acquire and then hold onto very significant market shares».⁴⁴ At dette blir vektlagt er imidlertid kontroversielt. Det er ikke ulovlig å være i en dominerende stilling, og derfor skal det heller ikke være ulovlig å ha en intensjon om å være størst i markedet. At et uttalt ønske om å være størst brukes som et argument for misbruk kan være å dra intensjonsvurderingen for langt.⁴⁵ Saken ble anket til EU-domstolen, som opprettholdt Underrettens beslutning.⁴⁶

3.2.3 Sjikanerende søksmål

Et sjikanerende søksmål kan beskrives som en rettsprosess som initieres for å skade konkurrenten. Søksmålet iverksettes for å begrense motkonkurransen, uten en reell motivasjon til å avgjøre et rettslig spørsmål. Dette er en type atferd som sjeldent forekommer for domstolsapparatet, og EU-domstolen har aldri tatt stilling til misbruksformen. Den sentrale dommen på området er *ITT Promedia* fra Underretten.

I dommen oppstiller Underretten to vilkår som må oppfylles for at et sjikanerende søksmål kan utgjøre et misbruk. For det første skal søksmålet ikke med rimelighet kunne anses som et forsøk fra foretaket på å etablere sine rettigheter, altså må søksmålet bare kunne tjene til det formål å trakassere konkurrenten. For det andre må den atferden være en del av en «plan» for å «eliminate competition».⁴⁷

Det ble fremholdt av Underretten at adgang til domstolsapparatet er et grunnleggende rettsprinsipp. Derfor skal det mye til før et søksmål kan være et misbruk av dominerende stilling, og vilkårene i testen må anvendes strengt.⁴⁸ I *ITT Promedia* fant domstolen at foretaket hadde til formål å etablere sine rettigheter gjennom søksmålet. Fordi vilkårene er kumulative,

⁴³ Ibid, avsnitt 202.

⁴⁴ Ibid, avsnitt 200.

⁴⁵ Tilsvarende legges til grunn i Akman (2014) s. 324.

⁴⁶ Sak C-202/07 P, *France Télékom mot Kommisjonen*, avsnitt 120.

⁴⁷ Sak T-111/96, *ITT Promedia mot Kommisjonen*, avsnitt 55.

⁴⁸ Ibid, avsnitt 60-61.

tok retten ikke stilling til tilleggsvilkåret om foretakets intensjon.⁴⁹ Dommen gir likevel klart uttrykk for at intensjon er et vilkår for misbruk ved tilfeller av sjikanerende søksmål.

3.2.4 Oppsummering

De intensjonsbaserte testene er to-trinnstester for misbruk. Atferd som er antatt å medføre konkurransebegrensende virkning er supplert med et intensjonsvilkår for å sikre at den konkrete atferden faktisk var konkurransebegrensende. Vekten av intensjon er stor i denne typen misbruksvurdering, og intensjonen kan potensielt skille lovlig fra ulovlig atferd.

Det kan være vanskelig å skille en konkurransebegrensende intensjon fra en intensjon om å konkurrere hardt og effektivt. Dette kommer særlig på spissen når uttalelser brukes som intensjonsbevis. Det er ikke ulovlig å ha et ønske om å vinne over konkurrentene, derfor må man nødvendigvis avgrense mot tilfeldige eller generelle uttalelser når man skal etablere en intensjon. Uttalelser som i sin kontekst kan knyttes til den konkurransebegrensende atferden, og som kommer fra kvalifisert hold i foretaket, kan derimot legges til grunn som beviser for intensjon.

Intensjonsvilkåret i testene er alternativet til en mer intrikat økonomisk markedsanalyse for å fastslå konkurransebegrensende virkning. Denne bruken av intensjon gir assosiasjoner til forbudet mot ulovlig samarbeid i TEUV artikkel 101, som forbyr avtaler som har til «object or effect» å begrense konkurransen. Dette er to alternative grunnlag å etablere lovbrudd på, der «object» forstås som et formål om å begrense konkurransen og «effect» forstås som en konkurransebegrensende virkning på markedet. TEUV artikkel 102 formulerer ikke slike alternative grunnlag for misbruk, men når intensjon er alternativet til en mer konkret virkningsanalyse i de intensjonsbaserte testene, kan det virke som om intensjon brukes på samme måte som «object» i TEUV artikkel 101.

EU-domstolene har i flere saker avfeid at det finnes et slikt skille under misbruksforbudet, og fastholdt at «object» og «effect» er «one and the same thing» under TEUV artikkel 102.⁵⁰ Dette understreker premisset om at intensjon faktisk er et uttrykk for atferdens mulige virkninger. I fagmiljøet har det vært diskutert om EU-domstolen i realiteten opererer med «object» som et

⁴⁹ Ibid, avsnitt 119.

⁵⁰ Se f.eks sak T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 241 og sak T-228/97, *Irish Sugar mot Kommisjonen*, avsnitt 170. Sak T-340/03, *France Télékom mot Kommisjonen*, avsnitt 195, er mer vag når domstolen uttaler at «showing an anti-competitive object and [...] effect may, in some cases, be one and the same thing».

alternativ til «effects» også under TEUV artikkel 102.⁵¹ Den diskusjonen vil jeg ikke gå nærmere inn på her.

3.3 Annen bruk av intensjon

3.3.1 Intensjon som ett av flere momenter i misbruksvurderingen

Rettspraksis viser at bruken av intensjon ikke er begrenset til de intensjonsbaserte testene. Typisk har intensjon inngått som en faktor i en mer kompleks vurdering av atferdens virkning, som ett av flere momenter. Dette vises blant annet i *Tomra*, hvor EU-domstolen tok stilling til om en produsent av pantemaskiner hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å implementere et rabattarrangement som kunne hindre konkurrenter fra å inntre i markedet. Underretten var enig i Kommissjonens konklusjon om at Tomra hadde en «strategy» om konkurransebegrensende virkning.⁵² Denne konklusjonen ble utfordret da Tomra fremholdt for EU-domstolen at Kommissjonen feilaktig hadde latt «anti-competitive intent» få en «crucial role in the finding of the infringement».⁵³

EU-domstolen begynner med å vise til at misbruk er et «objective concept», relatert til atferd som har «the effect of hindering [...] that competition».⁵⁴ Kommissjonen er pålagt å ta i betraktning «all of the relevant facts surrounding that conduct» i misbruksvurderingen.⁵⁵ Som et ledd i denne vurderingen er Kommissjonen «required to assess the business strategy pursued by that undertaking», og i den forbindelse er det «clearly legitimate» at Kommissjonen refererer til «subjective factors, namely the motives underlying the business strategy in question».⁵⁶ Altså kan subjektiv intensjon trygt vektlegges i den objektive misbruksvurderingen. Domstolen presiserer ytterligere at intensjon bare er «one of a number of facts» som kan tas med i vurderingen for å etablere misbruk, og at det er «no obligation» å påvise intensjon.⁵⁷ Altså var det legitimt å vektlegge intensjon som ett av flere momenter for å etablere misbruk, men det

⁵¹ Akman (2014) går grundig inn i temaet. Hennes konklusjon er at «intent» synes å brukes på samme måte som «object» i mange EU-dommer, og at intensjon dermed er et alternativ til å etablere «effect» (se s. 337). Se også Colomo (2018) som gjennomgående kategoriserer overtredelser etter TEUV artikkel 102 som enten «by object» eller «by effect».

⁵² Sak T-155/06, *Tomra Systems m.fl. mot Kommissjonen*, avsnitt 33-41.

⁵³ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot Kommissjonen*, avsnitt 10.

⁵⁴ *Ibid*, avsnitt 17.

⁵⁵ *Ibid*, avsnitt 18.

⁵⁶ *Ibid*, avsnitt 19.

⁵⁷ *Ibid*, avsnitt 20-21.

var ingen plikt til dette. Domstolen kom til at Kommisjonen «by no means» hadde basert seg «exclusively» på Tomras intensjon for å påvise misbruk.⁵⁸ Dermed tilbakeviser EU-domstolen at intensjon var det avgjørende argumentet for misbruk. Når domstolen omtaler intensjon som ett av flere relevante momenter i misbruksvurderingen, må man forstå vekten av foretakets intensjon som begrenset i *Tomra*.

Tomra hadde også anført at Kommisjonen skulle ha tatt i betraktning beviser for at de hadde en intensjon om å konkurrere «on the merits», altså i tråd med konkurransereglene.⁵⁹ Domstolen var ikke enig i dette. Dersom en slik intensjon kunne ha blitt påvist, ville det ikke tjene som et bevis for fraværet av et misbruk.⁶⁰ Dette kan fremstå som et paradoks, men årsaken må etter min forståelse være at rettsanvenderen ikke *må* ta stilling til intensjon i misbruksvurderingen. Intensjon er bare ett av flere momenter som *kan* belyse en atferds mulige virkninger. Derfor vil et fravær av intensjon ikke belyse vurderingstemaet. Domstolens avklaring betyr at en bevist konkurransebegrensende intensjon vil kunne være et relevant argument for misbruk, men motsetningsvis vil et fravær av konkurransebegrensende intensjon ikke være et argument mot misbruk.⁶¹

Også i *AstraZeneca* inngikk intensjon som ett av flere momenter i misbruksvurderingen. Saken gjaldt farmaselskapet AstraZenecas misbruk av patentsystemer i flere land, som hindret konkurrenter i å registrere sine medisiner. Misbruket bestod i to ulovlige praksiser: foretaket hadde villedet nasjonale patentmyndigheter, og de hadde deregistrert en versjon av tablettene «Losec». Atferden falt ikke inn i en av de allerede etablerte kategoriene av tester, og det var derfor knyttet spenning til hvordan domstolen ville gå frem for å vurdere misbruk.

For Underretten argumenterte AstraZeneca for at en intensjon om å begrense konkurransen var irrelevant for den objektive vurderingen av misbruk.⁶² Derfor viste Underretten som utgangspunkt til at misbruk er et objektivt konsept, og at beviser for «deliberate nature» og «bad faith of the undertaking» ikke er «required» for å påvise misbruk.⁶³ Dette stod likevel ikke i veien for at intensjon var en «relevant factor» som kunne tas i betraktning i

⁵⁸ Ibid, avsnitt 24.

⁵⁹ Ibid, avsnitt 9.

⁶⁰ Ibid, avsnitt 22.

⁶¹ Dette har blitt pekt på som et problem ved bruken av intensjon i misbruksvurderingen. Se Akman (2014) s. 330.

⁶² Sak T-321/05, *AstraZeneca mot Kommisjonen*, avsnitt 309.

⁶³ Ibid, avsnitt 356.

misbruksvurderingen.⁶⁴ I likhet med *Tomra* slår dommen fast at intensjon *kan* vektlegges som ett av flere momenter i misbruksvurderingen, men det er ingen plikt til dette.

I ankesaken opprettholdt EU-domstolen at intensjon var en relevant faktor i misbruksvurderingen. I den konkrete misbruksvurderingen konkluderte domstolen med at det første misbruket oversteg normal konkurranseatferd som et brudd på TEUV artikkel 102. AstraZeneca hadde med overlegg villedet patentmyndigheter og opptredt på en måte som var «characterised by the notification to the patent offices of highly misleading representations and by a manifest lack of transparency».⁶⁵ Denne atferden likner litt på sjikanerende søksmål fordi begge former for atferd gjelder misbruk av et offentlig apparat. Likevel kan jeg, i motsetning til *ITT Promedia*, ikke se at intensjon behandles som et selvstendig vilkår i *AstraZeneca*. Det uttrykkes at AstraZeneca «deliberately» forsøkte å villedde patentmyndighetene for å beholde sitt monopol i markedet «as long as possible».⁶⁶ At foretaket hadde handlet forsettlig forutsetter naturligvis at de hadde en intensjon om konkurransebegrensende virkning. Imidlertid var selve grunnlaget for at atferden utgjorde et misbruk den klanderverdigheten som lå i å forsøke å lure patentmyndighetene. Derfor er det vanskelig å slå fast hvor avgjørende selve intensjonen ble i denne misbruksvurderingen.

I forbindelse med deregistreringen av tablettene «Losec» vurderte domstolen dokumentbevis med uttalelser fra høyere hold i AstraZeneca. Disse ga uttrykk for en forventning om at atferden kunne ekskludere parallelimport til foretakets fordel. Domstolen fant imidlertid at forventningene «do not suffice to prove» at foretakets handlinger objektivt sett var egnet til å medføre konkurransebegrensende virkning.⁶⁷ Altså var denne intensjonen *ikke* et tilstrekkelig grunnlag å konkludere med et misbruk på, i mangel på flere objektive faktorer. Dette forteller oss at intensjonene var relevante, men ikke nok til å etablere et misbruk alene.

Dommen *Intel* gjaldt eksklusivitetsrabatter som misbruk av dominerende stilling, og medførte en banebrytende utvikling innen EU-retten. Den tidligere oppfatningen av eksklusivitetsrabatter var at de var ulovlig per se, men i *Intel* stadfester domstolen at det må gjøres en konkret vurdering av atferden i alle tilfeller der foretaket har anført at rabattarrangementet deres ikke hadde konkurransebegrensende potensiale.⁶⁸ Dette var en utvikling mot en virkningsbasert

⁶⁴ Ibid, avsnitt 359.

⁶⁵ Sak C-457/10 P, *AstraZeneca mot Kommisjonen*, avsnitt 93.

⁶⁶ Ibid, avsnitt 93.

⁶⁷ Ibid, avsnitt 197.

⁶⁸ Sak C-413/14 P, *Intel mot Kommisjonen*, avsnitt 138.

tilnærming til rabatter, der virkningene til den konkrete atferden er avgjørende i misbruksvurderingen. Domstolen uttaler at i en slik konkret vurdering er Kommissjonen «required» til å vurdere «the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market».⁶⁹ Akkurat som i *Tomra* oppstiller domstolen en plikt til å undersøke foretakets strategi, som gjør eventuell intensjon relevant. Det EU-domstolen *ikke* uttaler seg om, er hvor stor betydning intensjon skal ha i den konkrete vurderingen dersom dette foreligger. Man kan imidlertid spørre seg om intensjon vil komme på spissen ved denne typen atferd når det tradisjonelt har vært en sterk presumsjon for at eksklusivitetsrabatter er ekskluderende per se.

I *Compagnie Maritime Belge* var spørsmålet om flere foretak i Cewal, en sammenslutning av shipping-foretak, i en kollektivt dominerende stilling hadde forsøkt å eliminere sin største konkurrent. Foretakene hadde innført en prisstruktur der de satte ned takstene på dager eller nærliggende dager til det konkurrerende foretakets avgangstider, en praksis kjent som «fighting ships».⁷⁰ I misbruksvurderingen fant Underretten det bevist at Cewals «intention» var å eliminere konkurrenten. Blant annet ble det lagt frem interne møtereferater fra Cewal der det ble referert til å «getting rid» av konkurrenten, og Cewal hadde opprettet en egen «Fighting Ships Committee».⁷¹ Domstolen konkluderte med at atferden ikke var en legitim handling for å beskytte Cewals interesser, og dermed oversteg normal konkurranseatferd som et misbruk av dominerende stilling. Saken ble anket til EU-domstolen som opprettholdt Underrettens misbrukskonklusjon. EU-domstolen understreket i tillegg at Cewal aldri hadde «seriously disputed», og faktisk «admitted at the hearing», at de hadde en intensjon om å eliminere sin konkurrent.⁷²

Saken var spesiell fordi Cewal hadde en markedsandel på 90 % og bare én reell konkurrent, som atferden rettet seg mot. Dette gjør det vanskelig å slå fast hvor stor vekt foretakets intensjon fikk i misbruksvurderingen. Intensjon fremstår absolutt som et sentralt argument for misbruk, men maktforholdet mellom Cewal og konkurrenten er i seg selv så uproporsjonalt at det trolig skulle lite til for å kategorisere denne prisatferden som et misbruk.

⁶⁹ Ibid, avsnitt 139.

⁷⁰ Forente saker T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommissjonen*, avsnitt 15.

⁷¹ Ibid, avsnitt 147.

⁷² Forente saker C-395/96 P og C-396 P, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommissjonen*, avsnitt 119 og 120.

3.3.2 Oppsummering

Basert på den gjennomgåtte rettspraksis kan man trygt si at intensjon har fått en plass misbruksvurderingen på et generelt grunnlag. Selv om intensjon tilsynelatende aldri har blitt et *avgjørende* moment utenfor de intensjonsbaserte testene, har intensjon inngått som ett av flere argumenter for misbruk. Rettspraksis viser også at konkurransebegrensende intensjon er relevant dersom dette foreligger, mens et fravær av intensjon ikke er et relevant argument *mot* misbruk.

3.4 Konklusjon om intensjoners rolle i rettspraksis

At misbruk er et «objective concept», som definert i *Hoffman-La Roche*, har ikke stått i veien for at subjektiv intensjon har fått sin plass i misbruksvurderingen. Når et foretak har en bevist konkurransebegrensende intensjon er dette et relevant argument for misbruk, som et uttrykk for atferdens mulige virkninger. Likevel er det bare innen de intensjonsbaserte testene at EU-domstolene går så langt som å behandle intensjon som et vilkår for misbruk. Utenfor de intensjonsbaserte testene har intensjon blitt akseptert som en relevant faktor på tvers av mange ulike former for atferd. Dermed er det tydelig at en vurdering av intensjon i misbruksvurderingen ikke er forbeholdt tilfeller av rovprising og sjikanerende søksmål, men anvendes på tvers av ulike typer misbruksatferd i utstrakt grad.⁷³ Det er fremholdt at det ikke finnes noen *plikt* til å legge vekt på intensjon. Derfor er fraværet av konkurransebegrensende intensjon ikke være et relevant argument *mot* misbruk.

Vekten av intensjon er naturligvis stor innen de intensjonsbaserte testene, der foretakets intensjon kan skille lovlig fra ulovlig atferd. Utenfor disse testene har intensjon aldri blitt et uttalt avgjørende argument for misbruk. I *Tomra* og *AstraZeneca* har EU-domstolen uttrykket at intensjon bare kan vektlegges som ett av flere relevante momenter i misbruksvurderingen. I *Intel* har EU-domstolen ikke uttalt seg om vekten. I *Compagnie Maritime Belge* og i forbindelse med villedelsen av patentmyndighetene i *AstraZeneca* fremstår intensjon som et helt sentralt argument, men det er uklart om det er intensjonen eller atferdens klanderverdighet i seg selv som fører til konklusjonen om misbruk. Konklusjonen må derfor bli at rettspraksis ikke gir noe krystallklart svar på hvor stor vekt intensjon skal få i misbruksvurderingen, men det må antas

⁷³ Denne observasjonen støttes i litteraturen. Akman (2014) s. 331 identifiserer det som en «trend» at intensjon brukes som en del av en generell test for misbruk, uavhengig av atferdstype.

at intensjon ikke kan tillegges avgjørende vekt utenfor de intensjonsbaserte testene etter dagens rettstilstand.

Bruken av intensjon i misbruksvurderingen har både blitt rost og kritisert i fagmiljøet. Den diskusjonen vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven.

4 Terskelen for virkning

4.1 Innledning

Helt siden misbruk for første gang ble definert i *Hoffman-La Roche* har EU-domstolen fastholdt at misbruksvilkåret forutsetter at atferden har til «effect», typisk omtalt som «virkning» på norsk, å hindre opprettholdelsen eller veksten av konkurransen i markedet.⁷⁴ Forbudet mot misbruk er basert på en forutsetning om kausalitet og konkurranseskade.⁷⁵ Dette betyr at det må påvises en tilstrekkelig sammenheng mellom foretakets atferd og en konkurransebegrensende virkning på markedet for at atferden skal kategoriseres som et misbruk. Ved tilfeller av atferd som typisk er ulovlige per se anses virkningskravet som oppfylt uten en inngående virkningsanalyse, fordi atferden erfaringsmessig medfører konkurransebegrensende virkninger. Ved tilfeller som krever en vurdering av virkning i hvert enkelt tilfelle må det imidlertid gjøres en konkret virkningsvurdering, der terskelen man vurderer opp mot er sentralt.

Det er enda viktigere å definere terskelen for virkning nå som rettstilstanden drives mot en virkningsbasert tilnærming til misbruksforbudet. Da vil terskelen for virkning kunne definere hvor grensen går mellom lovlig og ulovlig atferd. Er terskelen lav, og omfatter all atferd med en mulighet for å begrense konkurransen, vil misbruksforbudet favne vidt. Med en høyere terskel for virkning, som for eksempel bare omfatter atferd som med høy sikkerhet vil begrense konkurransen, blir anvendelsesområdet snevret inn.⁷⁶ Hvorvidt det er faktiske, sannsynlige, potensielle eller hypotetiske virkninger som kreves for å oppfylle misbruksvilkåret, følger ikke av begrepet «effect». Terskelen for virkning må derfor søkes i rettspraksis.

I det følgende vil jeg forsøke å fastslå terskelen for virkning. Under punkt 4.2 vil jeg gjennomgå rettspraksis fra EU og undersøke hvordan terskelen for virkning har blitt omtalt av EU-domstolene. Under punkt 4.3 og 4.4 vil jeg tolke EU-domstolenes behandling av terskelen for virkning og drøfte det nærmere innholdet i denne.

⁷⁴ Se f.eks sak 85/76, *Hoffman-La Roche mot Kommisjonen*, avsnitt 91; sak 322/81, *Michelin I*, avsnitt 70; sak T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 54; sak C-62/86, *AKZO mot Kommisjonen*, avsnitt 69; sak T-228/97, *Irish Sugar mot Kommisjonen*, avsnitt 11; sak T-219/99, *British Airways mot Kommisjonen*, avsnitt 241; sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 17; sak C-52/09, *Konkurrensverket mot Telia Sonera*, avsnitt 27; sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 26; sak C-280/08, *Deutsche Telekom mot Kommisjonen*, avsnitt 174.

⁷⁵ Hjelmeng (2016) s. 19.

⁷⁶ Mer om dette i Østerud (2010) s. 204.

4.2 Terskelen for virkning i EU-praksis.

Rettspraksis har vært preget av en sprikende begrepsbruk i omtalen av virkningskravet. I *Michelin II* uttaler Underretten:

«The 'effect' [...] does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of. For the purposes of establishing an infringement [...] it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect».⁷⁷

Dommen slår tydelig fast at det ikke kreves faktisk inntrufne virkninger for å oppfylle virkningskravet. Det er tilstrekkelig at atferden «tends to» eller «is capable of» å ha en konkurransebegrensende virkning. Begrepene er bundet sammen av formuleringen «in other words», som indikerer at de to begrepene er ment å uttrykke akkurat det samme. I den danske versjonen brukes begrepene «til hensigt» eller «med andre ord [...] egnet til» på de samme stedene. I den tyske versjonen uttrykkes det at atferd som «darauf gerichtet ist, den Wettbewerb zu beschränken, anders ausgedrückt, dass das Verhalten eine solche Wirkung haben kann» oppfylder virkningskravet. Alle språkversjonene fokuserer på at virkningskravet oppfylles når atferden tar sikte på å begrense konkurransen, eller med andre ord, kan ha denne virkningen.

I rabattsaken *Tomra* uttaler EU-domstolen:

«[...] it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect».⁷⁸

I den danske versjonen av dommen uttales at det er tilstrekkelig at atferden «har til formål at begrense konkurransen, eller at adfærden kan have denne virkning». I den tyske versjonen uttales det at virkningskravet er oppfylt når atferden «darauf ausgerichtet sei, den Wettbewerb zu beschränken, oder dass es eine solche Wirkung haben könne». Det fokuseres altså på om atferden tok sikte på eller kunne begrense konkurransen.

⁷⁷ Sak T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 239.

⁷⁸ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 68.

I *British Airways* slår Underretten fast at det ikke er nødvendig å demonstrere faktiske virkninger på markedet, men at man må demonstrere at atferden:

«[...] tends to restrict competition, or, in other words, that the conduct is capable of having, or likely to have, such an effect».⁷⁹

Retten benytter tre ulike begreper når de omtaler virkningskravet, nemlig at atferden «tends to», «is capable of» eller er «likely to have» konkurransebegrensende virkning. Formuleringene «in other words» og «or» binder begrepene sammen. I den danske versjonen av dommen uttales det at det er «tilstrækkelig at godtgøre» at atferden «har til formål at begrense konkurransen, eller med andre ord, at adfærden vil eller kan have en sådan virkning». I den tyske versjonen står det at det er tilstrekkelig å vise at atferden har til «Tendenz» å begrense konkurransen, eller at atferden «eine solche Wirkung haben kann». I alle språkversjonene av dommen brukes forskjellige uttrykk om hverandre, med bindeord som gir inntrykk av at begrepene er ment å uttrykke det samme. Likevel er ikke begrepene naturlige synonymmer. Begrepene oversettes heller ikke konsekvent i de forskjellige språkversjonene. Alle disse faktorene gjør det vanskelig å forstå hva begrepene virkelig er ment å uttrykke om terskelen for virkning.

I *Post Danmark II* oppsummeres nesten samtlige uttrykk fra rettspraksis når de bruker begrepene «tends to», «potentially», «capable of», «probable» og «likely to» for å beskrive virkningskravet.⁸⁰

Når man skal prøve å forstå denne inkonsistente begrepsbruken, er det relevant at for noen typer atferd gjelder det klart definerte tester for vurdere misbruk. Da vil spørsmålet om virkning sjeldent komme på spissen. For eksempel har EU-domstolen i marginskvis-sakene *Deutsche Telekom* og *Telia Sonera* formulert et krav om at atferden må ha en ekskluderende virkning overfor konkurrentene i markedet og være «capable of» å vanskeliggjøre eller hindre andre foretaks inntreden i markedet.⁸¹ I *TeliaSonera* presiserer domstolen i tillegg at det er nok å demonstrere at atferden «potentially» kan utestenge minst like effektive konkurrenter for at den kvalifiserer til konkurransebegrensende virkning.⁸² I *Telefonica* beskrives terskelen for virkning som atferd som «tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is

⁷⁹ Sak T-219/99, *British Airways mot Kommisjonen*, avsnitt 293.

⁸⁰ Sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 64, 66-68 og 74.

⁸¹ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom mot Kommisjonen*, avsnitt 253 og sak C-52/09, *Konkurrensverket mot Telia Sonera*, avsnitt 63.

⁸² Sak C-52/09, *Konkurrensverket mot Telia Sonera*, avsnitt 64.

capable of having, or likely to have, that effect», og med henvisning til *TeliaSonera*-saken påpeker Underretten at det er tilstrekkelig å påvise «a potential anti-competitive effect» som kan utestenge av minst like effektive konkurrenter.⁸³ Dommene indikerer en terskel som oppfylles når atferd potensielt kan begrense konkurransen, men fordi marginskvis etter sin art er antatt å skade konkurrentene, må det antas at terskelen for virkning ikke ble avgjørende for om atferden kunne regnes som et misbruk. Også i rabattsaken *Tomra* var rabattarrangementet antatt å medføre konkurranseskade per se, derfor behøvdes ingen inngående vurdering av virkning.⁸⁴ Da kan det tenkes at det er testen i seg selv som bestemmer om atferden kvalifiserer til misbruk og at selve terskelen for virkning er av underordnet betydning. Derfor bør man være litt tilbakeholden med å legge for mye i terskelformuleringene til domstolene i EU i saker med tydelig definerte misbrukstester, fordi terskelen for virkning ikke settes på spissen i disse sakene.

I *Intel* hadde EU-domstolen et insentiv til å adressere terskelspørsmålet mer direkte enn tidligere. Her måtte domstolen for første gang foreta en konkret virkningsanalyse i en rabattsak, og innholdet i virkningskravet var derfor svært sentralt. Generaladvokat Wahl fokuserte i sin rådgivende uttalelse på terskelen for virkning. Han viste til den vekslende språkbruken i tidligere rettspraksis, og at begrepene til og med brukes om hverandre. Det var hans oppfatning at begrepene er ment å uttrykke det samme og peker mot et felles krav til virkning.⁸⁵ Når det gjaldt den konkrete terskelen, argumenterte Generaladvokaten for at det gjaldt en relativt høy terskel for virkning der «the fact that an exclusionary effect appears more likely than not is simply not enough».⁸⁶ Han mente altså at det må være svært sannsynlig at virkningen inntreffer før virkningskravet er oppfylt. Denne forståelsen avgrenser mot en terskel der all atferd som potensielt kan begrense konkurransen oppfyller virkningskravet.

Tematikken ble likevel ikke adressert av EU-domstolen i rettssaken. Domstolen vurderte utelukkende om atferden var «capable of» å begrense konkurransen.⁸⁷ I den danske versjonen benyttes begrepene «egnet til», «kunne» og «evne til» på de samme stedene. På tysk brukes begrepet «geeignet». Domstolen definerte ikke det nærmere innholdet i begrepene. Derfor kan

⁸³ Sak T-336/07, *Telefonica mot Kommissjonen*, avsnitt 268.

⁸⁴ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot Kommissjonen*, avsnitt 79: «When such a trading instrument exists, it is therefore unnecessary to undertake an analyse of the actual effects of the rebates on competition given that [...] it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is capable of having an effect on competition [...]».

⁸⁵ Rådgivende uttalelse fra Generaladvokat Wahl i sak C-413/14 P, *Intel mot Kommissjonen*, avsnitt 115.

⁸⁶ *Ibid*, avsnitt 117.

⁸⁷ Sak C-413/14 P, *Intel mot Kommissjonen*, avsnitt 132-147.

man ikke si at Generaladvokatens synspunkter fikk gjennomslag, ei heller at hans forståelse av terskelen for virkning er forkastet. Terskelen for virkning forble dermed udefinert i *Intel*.⁸⁸

4.3 Å forstå EU-domstolenes vekslende begrepsbruk

Hvis man ser for seg at man skal plassere terskelen for virkning på en skala, vil ytterpunktene være hypotetiske virkninger i den ene enden og faktisk inntrufne virkninger i andre enden.⁸⁹ I rettspraksis gjøres det tydelig at virkningskravet ikke forutsetter faktisk inntrufne virkninger.⁹⁰ Samtidig forteller summen av begrepene oss at det kreves en reell mulighet for konkurranseskade før atferden kvalifiserer til misbruk. Rent hypotetiske virkninger faller utenfor en slik forståelse.⁹¹ Terskelen for virkning ligger derfor et sted mellom ytterpunktene på skalaen. Den inkonsistente ordbruken i rettspraksis gjør det imidlertid umulig å slå fast en klar og universell terskel.

Når sprikende begreper som «tends to», «capable of», «probable», «potentially» og «likely» blir benyttet om hverandre og innad i samme resonnementer i rettspraksis, kan det virke som om EU-domstolene ser på begrepene som synonymer. En slik forståelse blir enda mer nærliggende ved at bindeord som «in other words» brukes mellom begrepene i en rekke dommer. Dette kan forstås som at begrepene er forskjellige uttrykk for én og samme terskel. Dette forteller oss likevel ingenting om hvor streng denne terskelen skal være. Er det tilstrekkelig at atferden har et potensiale til å begrense konkurransen, selv om det så bare er en svært liten sjanse for at virkningen materialiserer seg? Eller kreves det en sannsynlighetsovervekt, der det er mer sannsynlig at konkurranseskade inntreffer enn at det ikke gjør det?

Teoretikere tolker den uklare begrepsbruken i rettspraksis ulikt. Diskusjonen har særlig dreid seg om begrepene «capability» og «likely», muligens fordi det ligger en spenning mellom disse begrepene som gjør at de ikke umiddelbart kan oppfattes som synonymer. O'Donoghue og

⁸⁸ Se også Colomo (2018) s. 298.

⁸⁹ Dette bildet på terskelen for virkning er lånt fra O'Donoghue og Padilla (2013) og deres «sliding scale» på s. 269.

⁹⁰ Formålet med konkurransereglene er å regulere atferden til næringsdrivende selskap for å sikre samfunnsøkonomisk velferd, ikke bare straffe atferd som viste seg å skade konkurransen. Et krav om faktiske virkninger ville ikke ivaretatt hensynet til prevensjon og effektivitet, fordi konkurransemyndighetene måtte ha ventet med å gripe inn mot foretak som bedrev konkurransebegrensende atferd til de konkurransebegrensende effektene materialiserte seg. Se tilsvarende O'Donoghue og Padilla (2013) s. 269.

⁹¹ EU-domstolen har også sagt uttrykkelig at det kreves mer enn hypotetiske virkninger i sak C-23/14, *Post Danmark II*, avsnitt 65.

Padilla er blant dem som mener at begrepene er ment å uttrykke en felles terskel, og finner støtte for dette i nyere rettspraksis som *British Airways* og *Telefonica*.⁹² Om den konkrete terskelen mener de at den ikke kan være så lav at all atferd med en potensiell konkurransebegrensende kapasitet omfattes, fordi det må være en viss grad av «objective likelihood» for at virkningene materialiserer seg. De tar tilsynelatende til orde for en allmenngyldig terskel som er relativt høy, tett opp mot at det må være mer sannsynlig at virkningen realiserer seg enn at den ikke gjør det.

Andre tar til orde for at «capability» og «likely» er to forskjellige terskler for virkning. Colomo hevder at en terskel for «capability», som er relativt lav og omfatter enhver atferd som har kapasitet til å begrense konkurransen, gjelder typisk for formbaserte og intensjonsbaserte tester.⁹³ Begrunnelsen er at man ved disse testene skal kunne slå fast virkning uten en inngående virkningsanalyse, og med en terskel om «capability» fungerer testene som de skal. Utenfor disse testene gjelder en terskel om «likelihood», som krever en konkret vurdering av atferdens virkninger i hvert enkelt tilfelle. Den strengere terskelen skal forhindre at atferd kan regnes som et misbruk bare fordi det finnes en potensiell mulighet for konkurransebegrensende virkning.⁹⁴ Colomo kan etter min mening utfordres på denne tolkningen. Selv om det ikke gjøres inngående virkningsanalyser i de typisk form- og intensjonsbaserte testene, betyr ikke det at terskelen for virkning må være lavere for disse atferdstypene. Det betyr bare at vilkåret om konkurransebegrensende virkning antas oppfylt i testen, fordi atferden vanligvis medfører konkurranseskade. Sannsynlige virkninger kan imidlertid antas oppfylt på samme måte som potensielle virkninger. Altså kan den samme terskelen for virkning gjelde for all misbruksatferd, selv om metoden for å påvise denne virkningen varierer.

Det er kanskje et poeng i seg selv at domstolene veksler mellom så mange begreper uten å definere terskelen klart. Det kan bety at domstolen ikke har ønsket å formulere en generell og allmenngyldig terskel. Med en udefinert terskel for virkning finnes det en fleksibilitet i virkningskravet som kan være en fordel ved rettsutviklingen, fordi virkningskriteriet kan tilpasses den typen atferd vi har med å gjøre. For eksempel kan rettsanvenderen legge en strengere terskel til grunn i tilfeller der rammene for misbruksvurderingen er uklare, for å snevre

⁹² O'Donoghue og Padilla (2013) s. 270.

⁹³ Colomo (2018) bruker uttrykket «by object»-overtredelser for å beskrive virkeområdet til «capability»-terskelen, men ut fra dommene han bruker som eksempler fremstår det som om han sikter til typiske form- og intensjonsbaserte tester.

⁹⁴ Colomo (2018) s. 300.

inn virkeområdet til TEUV artikkel 102. Dette er imidlertid en lite forutberegnelig løsning, som skaper tvil om dette virkelig har vært domstolens ønske.

Den uklare begrepsbruken rundt terskelen fører i alle fall til en usikker rettstilstand. Ut fra den gjennomgatte rettspraksis kan man rett og slett ikke vite sikkert om det er slik at all atferd som kan begrense konkurransen oppfyller virkningskravet, eller om det kreves noe mer. Det som er klart er at atferden i det minste må ha et konkurransebegrensende potensiale, eller med andre ord, være egnet til å begrense konkurransen.

4.4 Er virkning en bevisstandard eller et materielt krav?

Om kravet til virkning er en bevisstandard eller et materielt krav har betydning for terskelen for virkning. Dersom virkningskravet handler om å påvise at en bestemt virkning skal eller kan inntre som følge av atferden, er virkningsvurderingen underlagt et beviskrav om mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁹⁵ Dersom virkningskravet er et materielt krav, er det derimot tilstrekkelig å påvise en «årsaksevne» gjennom en mer abstrakt vurdering av om atferden har potensiale til å frembringe konkurransebegrensende virkninger.⁹⁶ En atferd har «årsaksevne» når den innebærer en konkret risiko for at den konkurransebegrensende virkningen vil realisere seg, gitt de omstendighetene som forelå på handlingstidspunktet. Det som da skal påvises er at atferden i prinsippet har kunnet skape den aktuelle konkurransebegrensende virkningen, uten at det er noe krav at denne virkningen faktisk inntraff.

Denne forskjellen kan bli avgjørende for terskelen for virkning. Dersom virkning er et bevisspørsmål, må terskelen man vurderer virkning opp mot nødvendigvis være minst sannsynlighetsovervekt, i tråd med beviskravet. Motsetningsvis, dersom virkning er et materielt spørsmål om årsaksevne, vil en lavere terskel kunne være tilstrekkelig.

Domstolene i EU har aldri avklart spørsmålet eksplisitt. Likevel er det er god støtte i rettspraksis for å hevde at virkningskravet er materielt. I denne oppgavens gjennomgatte dommer behandles aldri virkning som et bevisspørsmål, og i de standardiserte testene presumeres virkning uten

⁹⁵ Se NOU 2012:7, kapittel 6.5.4 og Hellesylt (2012) s. 80-81 om at beviskravet i EU/EØS er høyere grad av sannsynlighet enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

⁹⁶ Begrepet er lånt fra erstatningsretten, men er også illustrerende for virkningskravet i konkurranseretten. Se f.eks Nygaard (2007) s. 325 og 330.

noen konkret vurdering, som neppe kunne blitt gjort dersom virkning var et faktum som måtte bevises. Dette må tas til inntekt for at virkningskravet er et materielt krav.

Betydningen av faktisk utvikling kan kanskje også gi oss en pekepinn. Det skal være mulig å gripe inn mot atferd før virkninger har materialisert seg i markedet, i tråd med hensynet til prevensjon og effektivitet. Dette hensynet ivaretas best dersom virkning er et materielt krav om årsaksevne. Da skal det påvises at atferden var egnet til å skape en konkurransebegrensende virkning på hendelsestidspunktet, som er en virkningsvurdering som enkelt lar seg gjennomføre uten at man kjenner til den faktiske utviklingen.

I rettspraksis finnes det flere eksempler på at faktisk utvikling tas i betraktning, men ikke påvirker rettens vurdering. I *Compagnie Maritime Belge* visste man at atferden ikke førte til at motkonkurrenten ble presset ut av markedet, altså hadde Cewal ikke lyktes med sin konkurransebegrensende intensjon. Domstolen uttalte at for «a practice whose aim is to remove a competitor» er det faktum at «the result sought is not achieved» ikke til hinder for at atferden utgjør et misbruk.⁹⁷ I *France Télékom* refererte domstolen til *Compagnie Maritime Belge* når den stadfestet at «the fact that the result hoped for is not achieved is not sufficient to prevent that being an abuse of a dominant position [...]».⁹⁸ Samme syn på faktisk utvikling uttales i *Michelin II* og *British Airways*.⁹⁹ Dommene viser at atferd kan oppfylle virkningskravet til tross for den faktiske utviklingen. At EU-domstolene har vært restriktive med å la faktisk utvikling spille en rolle i misbruksvurderingen kan tyde på at virkning er et materielt krav der man skal påvise årsaksevne ut fra omstendighetene på handlingstidspunktet, og ikke et beviskrav der virkninger skal bevises ut fra alle relevante omstendigheter.

Basert på EU-domstolenes virkningsvurderinger og regelens hensyn er det etter min mening mest nærliggende at virkningskravet er et materielt krav om påvist årsaksevne. En konklusjon om virkningskravet som et materielt krav betyr at terskelen for virkning ikke nødvendigvis må være sannsynlighetovervekt. Altså *kan* terskelen være lavere.

⁹⁷ Forente saker T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 149.

⁹⁸ Sak T-340/03, *France Télékom mot Kommisjonen*, avsnitt 196.

⁹⁹ Sak T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 245 og sak T-219/99, *British Airways mot Kommisjonen*, avsnitt 297.

4.5 Konklusjon om terskelen for virkning

Som vist over, benytter EU-domstolene ulike begreper om hverandre for å beskrive virkningskravet, knyttet sammen av bindeord. Slik jeg tolker EU-praksis, tilsier den sprikende begrepsbruken innad i samme resonnementer, og på tvers av mange typer misbruksatferd, at det finnes en allmenngyldig terskel for virkning som all atferd må nå opp til for å kvalifisere til misbruk. Akkurat hvor streng denne terskelen skal være er imidlertid vanskelig å fastslå. I mangel på klare definisjoner og konsekvent begrepsbruk fra domstolene, er det umulig å konkludere med en konkret terskel etter dagens rettstilstand.

Likevel viser analysen av rettspraksis flere konkrete funn. For det første at standarden for konkurransebegrensende virkning avgrenses mot rent hypotetiske virkninger. Det kreves altså en konkret og reell mulighet for at virkningen vil materialisere seg før atferden utgjør et misbruk. For det andre gjelder det ikke et krav om faktiske virkninger. Derfor står man igjen med et virkningskrav som ligger et sted mellom de hypotetiske og faktiske virkningene.

Selv om det ikke er mulig å fastslå en klar terskel på bakgrunn av rettspraksis, vil jeg si noe om hva jeg mener er den mest nærliggende konklusjonen om terskelen for virkning etter dagens rettstilstand. Som vist under punkt 4.4, er det gode holdepunkter for å tolke virkning som et materielt krav om årsaksevne, fremfor en bevisstandard. Basert på hvordan virkningskravet behandles i rettspraksis og regelens bakenforliggende hensyn, mener jeg at det er riktig å behandle virkning som et materielt krav om årsaksevne. Legger man dette til grunn er det tilstrekkelig å påvise at atferden er objektivt egnet til å skape konkurransebegrensende virkning, gitt omstendighetene på handlingstidspunktet. Slik jeg tolker terskelen for virkning, må all atferd med et potensiale til å skape den konkurransebegrensende virkningen det er snakk om kunne kvalifisere til virkningskravet, uten at det må sannsynliggjøres at denne virkningen vil realisere seg. Dette kan også forklares som at all atferd som er egnet til å frembringe den aktuelle konkurransebegrensende virkningen når opp til terskelen for virkning. En terskel om konkurransebegrensende potensiale vil favne om mange nok tilfeller til å sørge for en fleksibilitet i misbruksregelen, samtidig som den sørger for at atferden har en reell evne til å skape den aktuelle konkurransebegrensende virkningen. Det kan hende at terskelen er ment å være strengere, men ettersom dette har aldri blitt definert uttrykkelig av domstolen mener jeg at min tolkning er holdbar.

5 Intensjon og terskelen for virkning i Telenorvedtakene

5.1 Om Telenorsaken

I juni 2018 ble mobilselskapet Telenor ilagt en bot av Konkurransetilsynet på 788 millioner kroner for overtredelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. Dette er den hittil høyeste boten Konkurransetilsynet noensinne har utstedt. Tilsynet konkluderte med at Telenor hadde misbrukt sin dominerende stilling i det norske mobilmarkedet da de la om prisstrukturen i sin avtale med Network Norway om gjesting av Telenors nasjonale mobilnett. Prisstrukturen ble endret gjennom inngåelsen av den såkalte «Tilleggsavtale 2». Bakgrunnen for avtaleforholdet var at Network Norway trengte å leie nettilgang av Telenor mens deres eget nasjonale mobilnett ble bygget. Telenor og Netcom (nå Telia) var lenge de eneste mobilselskapene med landsdekkende mobilnettverk i Norge, og utbyggingen av et tredje mobilnett hadde vært et viktig telepolitisk mål for å øke konkurransen i telemarkedet.

Før Tilleggsavtale 2 var Network Norways leiekostnader basert på antall ringeminutter, SMS og megabyte data kundene brukte i Telenors nett. I Tilleggsavtale 2 reduserte Telenor prisen for kundetraffikk vesentlig, men innførte i tillegg en månedlig avgift per aktive sim-kort (en prisstruktur som gjerne kalles for en «todelt tariff»). Konkurransetilsynet konkluderte med at innføringen av en todelt tariff reduserte Network Norways lønnsomhet i å bygge ut sitt eget mobilnett, og at prisendringen derfor svekket utbyggingsinsentivene deres. Den nye prisstrukturen var derfor egnet til å begrense konkurransen i strid med misbruksforbudet. I realiteten bygget Network Norway ut sitt nettverk i tråd med sin byggeplan, så noen faktisk begrensning av konkurransen realiserte seg aldri.

Telenor klaget Konkurransetilsynets vedtak inn for Konkurranseskjennemnda, som offentliggjorde sitt vedtak i juni 2019. Nemnda kom under dissens 2-1 til at Konkurransetilsynets vedtak skulle opprettholdes. Telenor har bragt nemndas vedtak inn for domstolsapparatet, og det er forventet at saken vil behandles i Gulating Lagmannsrett i begynnelsen av 2021.

5.2 Konkurransetilsynets Telenorvedtak

Telenorsaken gjaldt en «ny» form for atferd som ikke var omfattet av noen av de predefinerte misbrukstestene. Derfor fantes det ingen klare rammer for hvordan Konkurransetilsynet skulle gå frem for å etablere et misbruk.

Som rettslige utgangspunkter for misbruksvurderingen uttalte Konkurransetilsynet at virkningskravet er tilstrekkelig oppfylt når foretakets atferd er «tilbøyelig til», eller med andre ord «egnet til» eller «i stand til», å begrense konkurransen. Dette gjaldt uavhengig av om foretaket lyktes med sin atferd eller om virkningen faktisk inntraff.¹⁰⁰ Videre uttaler de at i «vurderingen av de reelle eller potensielle effektene av atferden, herunder om atferden er egnet til å utestenge en konkurrent eller på annen måte begrense konkurransen, må det tas hensyn til alle de relevante omstendighetene i den konkrete sak. Dette innebærer at atferden må vurderes i lys av den rettslige og økonomiske konteksten på handlingstidspunktet».¹⁰¹ Terskelen er dermed at atferden må være «egnet til» å begrense konkurransen.

Tilsynet uttaler videre at selv om det ikke er «nødvendig» å påvise en konkurransebegrensende intensjon hos foretaket, vil dette kunne være relevant «sammen med andre forhold» i misbruksvurderingen.¹⁰² Videre uttales det at «[i]ntensjonsbevis vil kunne tillegges betydelig vekt i den konkrete vurderingen av bakgrunnen for handlingene og i vurderingen av hvorvidt atferden var egnet til å begrense konkurransen [...]».¹⁰³ Det blir altså lagt til grunn en adgang til å legge «betydelig vekt» på foretakets intensjon i misbruksvurderingen. Intensjon har her betydning i to sammenhenger: som en del av egnethetsvurderingen og som en del av vurderingen av bakgrunnen for handlingene.

I den konkrete misbruksvurderingen går tilsynet først inn i en vurdering av Telenors intensjon.¹⁰⁴ Konkurransetilsynet fremholdt at «interne dokumenter» ga «viktig innsikt for bakgrunnen for omleggingen av prisstrukturen, og dermed også for dens sannsynlige konsekvenser».¹⁰⁵ Etter en bevisvurdering konkluderer Konkurransetilsynet med at Telenor

¹⁰⁰ KT-2018-20V, Konkurransetilsynets vedtak i Telenorsaken (Konkurransetilsynets Telenorvedtak), avsnitt 726.

¹⁰¹ Konkurransetilsynets Telenorvedtak, avsnitt 727.

¹⁰² Ibid, avsnitt 727.

¹⁰³ Ibid, avsnitt 727.

¹⁰⁴ Ibid, kapittel 11.4.

¹⁰⁵ Ibid, avsnitt 750.

hadde som mål å redusere utbyggingsinsentivene til Network Norway og dermed utbyggingen av det tredje mobilnettet.

Det tilsynet ikke uttaler om, er hvorfor de behandler intensjon i et eget kapittel som startpunktet for misbruksvurderingen. Selv om tilsynet ikke uttrykkelig omtaler intensjon som et vilkår for misbruk, kan den selvstendige konklusjonen om at det forelå intensjon tyde på at dette var et sjekkpunkt i misbruksvurderingen.

Etter å ha etablert at det forelå en konkurransebegrensende intensjon hos Telenor, går Konkurransetilsynet over til en vurdering av om Tilleggsavtale 2 var «egnet til» å redusere konkurransen i markedet.¹⁰⁶ Hva Konkurransetilsynet legger i terskelen kommer ikke helt tydelig frem i vedtaket. Fra de rettslige utgangspunktene er det klart at begrepet «egnet til» ikke skal omfatte faktisk inntrufne virkninger, og at meningsinnholdet i «egnet til» er det samme som «tilbøyelig» eller «i stand til».¹⁰⁷ Dette tilsier at atferden må ha en reell evne til å begrense konkurransen, altså at den innebærer minst en potensiell mulighet for konkurransebegrensning.

Konkurransetilsynet vurderer prisstrukturens egnethet til å begrense konkurransen ved å sammenlikne den nye og gamle avtalen mellom partene, og kommer frem til at prisendringen gjorde det «vesentlig mindre lønnsomt» for Network Norway å bygge ut eget nett og derfor reduserte insentivene til utbygging.¹⁰⁸ Telenors intensjon om at endringen i prisstrukturen ville begrense utbyggingen underbygget at prisstrukturen var egnet til å begrense utbyggingen.¹⁰⁹ Her brukes altså intensjon som et argument for egnethet.

Konkurransetilsynet konkluderer med at Tilleggsavtale 2 var egnet til å begrense og/eller forsinke utbygging av det tredje nettet.¹¹⁰

For å oppsummere: tilsynet valgte å løse spørsmålet om misbruk ved å i stor grad belage seg på Telenors intensjon og atferdens egnethet til å begrense konkurransen. Det fremgår imidlertid ikke klart, verken fra de rettslige utgangspunktene eller fra den konkrete misbruksvurderingen, om intensjon har vært et selvstendig vilkår i misbruksvurderingen eller om intensjon kun er et argument i en mer abstrakt egnethetsvurdering. Ved at tilsynet går rett på en vurdering av intensjon og konkluderer med at intensjon foreligger, kan det fremstå som om intensjon er et

¹⁰⁶ Ibid, kapittel 11.5.

¹⁰⁷ Ibid, avsnitt 726.

¹⁰⁸ Ibid, avsnitt 796.

¹⁰⁹ Ibid, avsnitt 815-816.

¹¹⁰ Ibid, avsnitt 802 og 817.

inngangsvilkår til misbruksvurderingen. Vedtakets oppbygging kan dermed forstås som at Telenors intensjon er både et etablerende argument for misbruk og et støtteargument for at atferden var egnet til å begrense konkurransen. Hvis man forstår vedtaket slik, er Konkurransetilsynets Telenorvedtak et «konkurranserettslig nybrottsarbeid», slik det ble omtalt av Foros, Hjelmeng og Kind i Dagens Næringsliv i kjølvannet av vedtaket.¹¹¹ For utenfor de intensjonsbaserte testene for rovprising og sjikanerende søksmål har intensjon aldri blitt et avgjørende argument for misbruk.

5.3 Konkurransesklagemenndas Telenorvedtak

Som belyst ble bruken av intensjon og terskelen for virkning satt på spissen i Konkurransetilsynets vedtak. Derfor ble det sentralt å avklare dette i klagebehandlingen til Konkurransesklagemennda.

Partene hadde «sterkt divergerende oppfatninger» av betydningen av intensjon i misbruksvurderingen.¹¹² Telenor anførte blant annet at intensjonsbevis ikke bare hadde vært tillagt betydelig, men helt avgjørende vekt i Konkurransetilsynets vedtak.¹¹³ Konkurransetilsynet opprettholdt på sin side at det var adgang til å legge «betydelig» vekt på intensjon i en misbruksvurdering etter omstendighetene, men bestred at de hadde lagt «avgjørende» vekt på intensjonsbevisene.¹¹⁴

Konkurransesklagemennda var ikke enig med Konkurransetilsynet i at intensjon kunne tillegges «betydelig» vekt i misbruksvurderingen.¹¹⁵ Tilsynet hadde anført *Compagnie Maritime Belge* og *AstraZeneca* til inntekt for sitt synspunkt, men nemnda fant ikke at dommene ga uttrykk for at intensjon er av «betydelig» vekt på generelt grunnlag.¹¹⁶ Nemnda vurderte det slik at de nyere dommene *Intel* og *Tomra* talte ytterligere mot et slikt generelt prinsipp.¹¹⁷ På bakgrunn av gjennomgangen konkluderer nemnda med at en konkurransebegrensende intensjon kan være *relevant* i misbruksvurderingen, og at det kan foreligge tilfeller der den relative vekten av

¹¹¹ Foros, Hjelmeng og Kind (2018).

¹¹² V03/2019 19. juni 2019, Konkurransesklagemenndas vedtak om opprettholdelse av Konkurransetilsynets Telenorvedtak (Konkurransesklagemenndas Telenorvedtak), avsnitt 221.

¹¹³ Konkurransesklagemenndas Telenorvedtak, avsnitt 222.

¹¹⁴ Ibid, avsnitt 226.

¹¹⁵ Ibid, avsnitt 227-237.

¹¹⁶ Det er i tråd med denne oppgavens analyse av dommene under punkt 3.3.1, der intensjon fremstår som et sentralt, men ikke uttalt avgjørende moment.

¹¹⁷ Konkurransesklagemenndas Telenorvedtak, avsnitt 230.

intensjon kan eller bør være høy avhengig av hvilke andre objektive forhold som taler for misbruk. Det kan imidlertid ikke oppstilles et generelt rettsprinsipp om at et foretaks intensjon eller hensikt kan eller skal tillegges betydelig vekt. Å fokusere på atferden alene må kunne være nok til å konstatere misbruk.¹¹⁸

Om terskelen for virkning peker nemnda på den inkonsistente språkbruken fra EU-domstolen og bemerker at det er «vanskelig å slå fast at nettopp formuleringen «egnet til» gir uttrykk for den terskelen som gjelder for å påvise en virkning».¹¹⁹ Altså mener nemnda at også andre begreper enn egnethet kunne vært anvendt for å uttrykke terskelen for virkning. De mener at når EU-domstolen benytter de ulike begrepene for virkning om hverandre, må det tolkes som at uttrykkene er ment å si det samme. Det betyr at «egnet til ikke betyr noe annet enn sannsynlig eller kapabel til».¹²⁰ Det viktigste disse begrepene gir uttrykk for er at det ikke kreves en faktisk inntruffen virkning, og at atferden må «være av en slik karakter at den i sin kontekst vil kunne ha en negativ virkning på konkurransen».¹²¹ Da vil en hypotetisk virkning ikke være tilstrekkelig.¹²² Det virker altså som om nemnda benytter seg av begrepet «egnethet» fordi det avgrenser klart mot faktisk inntrufne virkninger.

Nemnda benytter altså egnethet som sitt uttrykk for virkning, men presiserer at også andre begreper kunne ha vært brukt for å uttrykke terskelen for virkning. Bruken av egnethetsbegrepet avklarer derfor ikke hvor terskelen ligger. Om det nærmere innholdet i terskelen viser nemnda til forarbeider, der det er uttalt at «[v]ed avgjørelsen av rettslige og økonomiske vurderinger skal konkurransemyndighetene og domstolen legge til grunn den løsning som de finner at alt i alt har de beste grunner for seg».¹²³ Motsetningen til rettslige og økonomiske vurderinger er faktiske omstendigheter, som må bevises med klar sannsynlighetsovervekt i tråd med beviskravet.¹²⁴ Nemnda tar imidlertid ikke eksplisitt stilling til om dette betyr at virkningskravet er et materielt krav til årsaksevne, der det er tilstrekkelig å påvise en atferd som har evnen til å skape konkurransebegrensende virkning, eller om en virkning må påvises med sannsynlighetsovervekt. En løsning som har «de beste grunner for seg» er ikke nødvendigvis en terskel som omfatter all atferd med konkurransebegrensende potensiale. Derfor er det uklart

¹¹⁸ Ibid, avsnitt 234-237 med henvisning til sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 20-21.

¹¹⁹ Ibid, avsnitt 210.

¹²⁰ Ibid, avsnitt 212.

¹²¹ Ibid, avsnitt 212.

¹²² Ibid, avsnitt 212.

¹²³ NOU 2012:7, s. 70 med tilslutning i Prop. 75 L (2012–2013), s. 67-68.

¹²⁴ NOU 2012:7, s. 70.

hvor streng nemndas terskel egentlig er, og hva som faktisk kreves av atferden for at virkningskravet er innfridd.

Nemndas konkrete misbruksvurdering er strukturert på en annen måte enn i Konkurransetilsynets vedtak. Flertallet formulerer et overordnet vurderingstema om hvorvidt Telenors atferd var «egnet til» å begrense konkurransen. Dermed er egnethet selve rammen for misbruksvurderingen. I den konkrete egnethetsvurderingen uttaler flertallet at Telenors intensjon om redusert utbygging «er en viktig faktor i egnethetsvurderingen, som trekker i retning av at atferden utgjorde et misbruk av dominerende stilling».¹²⁵ Altså var foretakets intensjon tilsynelatende ett av flere argumenter for misbruk i en mer abstrakt egnethetsvurdering. Mindretallet var enige i de rettslige utgangspunktene, også at vurderingstemaet for misbruksvurderingen er om atferden var «egnet til» å begrense konkurransen. Også mindretallet anså intensjon som et relevant moment i en større egnethetsvurdering, men vurderte det slik at når den faktiske utviklingen var at utbyggingen fortsatte i tråd med planen kunne ikke intensjon om å begrense utbyggingen veie opp for usikkerheten om hvorvidt tilleggsavtalen på avtaletidspunktet var egnet til å begrense konkurransen.¹²⁶

5.4 Hvordan skal man forstå vedtakene?

Både Konkurransetilsynet og Konkurransesklagenemnda refererer til egnethet som sin terskel for virkning. Konkurransetilsynet definerer ikke hvor terskelen for egnethet ligger og hva som faktisk kreves før terskelen er nådd. Nemnda mener at også andre uttrykk enn egnethet kunne ha vært benyttet for å uttrykke virkningskravet, og legger til grunn at den løsning som har «de beste grunner for seg» gir uttrykk for terskelen for virkning, under forutsetningen om at virkning er et rettslig eller økonomisk spørsmål. Nemnda tar imidlertid ikke eksplisitt stilling til om all atferd som har et konkurranseskadelig potensiale oppfyller terskelen om egnethet, eller om det kreves noe mer, som at virkningen må være en sannsynlig følge av atferden.

Når det gjelder den konkrete misbruksvurderingen, er det forskjell på vedtakene. I Konkurransetilsynets vedtak brukes det egne kapitler på å vurdere intensjon og egnethet hver for seg, som kan gi et inntrykk av at dette er to selvstendige argumenter for at misbruk foreligger.

¹²⁵ Konkurransesklagenemndas Telenorvedtak, avsnitt 392. Det samme uttales i den samlede vurderingen i avsnitt 416.

¹²⁶ Ibid, kapittel 8.11.

Fordi tilsynet ikke er eksplisitte om betydningen av intensjon, kan det virke som om intensjon er et etablerende vilkår for misbruk. Imidlertid anførte tilsynet i klagesaken at de ikke hadde latt intensjon få «avgjørende vekt» i vedtaket og at intensjon bare var «ett av flere momenter» i en helhetlig misbruksvurdering.¹²⁷ Dette modererer tolkningen av vedtaket som en misbrukstest bestående av intensjon og egnethet som to selvstendige vilkår. Fordi tilsynet ikke er eksplisitte om hva slags vilkår de stiller i misbruksvurderingen, står vi uten en definitiv forklaringsmodell på deres fremgangsmåte for å etablere misbruk.

Konkurranseskjennemnda løser misbruksvurderingen på en annen måte enn tilsynet. Nemnda baserer tilsynelatende selve misbruksspørsmålet på en vurdering av om atferden var «egnet til» å begrense konkurransen. Intensjonen er et relevant argument for misbruk, men behandles som ett av flere momenter i eghethetsvurderingen. Nemnda er uenige med Konkurransetilsynet i at man kan legge «betydelig» eller «stor» vekt på intensjon, men understreker at intensjon kan tillegges vekt som et relevant moment.

¹²⁷ Konkurranseskjennemndas Telenorvedtak, avsnitt 226.

6 Kunne Telenorsaken vært løst som en ny test, basert på intensjon og egnethet?

6.1 En alternativ tilnærming

Som vist over ble intensjon og egnethet som terskel for virkning viet mye plass i Telenorvedtakene. Selv om Konkurransklagenemnda avviste at intensjon kan tillegges *avgjørende* vekt, er det tydelig at intensjon var sentralt i misbruksvurderingen i begge vedtakene. Jeg vil nå beskrive en alternativ tilnærming til misbruksvurderingene i Telenorvedtakene, som en forklaringsmodell på hvordan intensjon *kunne* ha fått avgjørende vekt i vedtakene. I min hypotetiske test for å etablere misbruk er «intensjon» et etablerende inngangsvilkår, og «egnethet» er et supplerende vilkår.

Intensjon har aldri blitt spaltet ut som et selvstendig inngangsvilkår i tidligere rettspraksis. Derfor presenterer denne alternative testen en helt annen bruk av intensjon enn tidligere. Det finnes spesielt to grunner til at intensjon burde være et selvstendig og etablerende vilkår i en misbrukstest. For det første: det kan være utrolig vanskelig å slå fast at atferden oppfyller virkningskravet basert på en økonomisk virkningsanalyse. Derfor bør man heller vektlegge et foretaks intensjon om konkurranseskade som et uttrykk for atferdens sannsynlige virkninger, basert på premisset om at et foretak ikke ville ha gjennomført atferd som det ikke mente var egnet til å nå deres målsetting.¹²⁸ For det andre: at dominerende foretak handler ut fra en intensjon om konkurranseskade kan være så klanderverdig at det er ønskelig å knytte ansvar til atferden, fordi den så tydelig strider mot foretakets spesielle ansvar overfor medkonkurrentene. Med intensjon som inngangsvilkår kan man reagere mot dette som et avvik fra normal konkurranseatferd. Intensjonen representerer derfor selve grunnlaget for inngripen i testen, som skiller legitim fra illegitim konkurranseatferd.

Den hypotetiske testen er en alternativ løsning på misbruksvurderingen i Telenorvedtakene. At intensjon og egnethet er uttalte vilkår for misbruk skiller testen fra tilsynets og nemndas misbruksvurderinger. Testen vil ikke nødvendigvis bli strengere enn tilsynets og nemndas

¹²⁸ Se Blockx (2019) s. 360-361.

misbruksvurderinger, men den er bygget opp på en annen måte. Intensjon er spaltet ut som et selvstendig inngangsvilkår i testen, i motsetning til å inngå som ett av flere momenter i en egnethetsvurdering. Intensjonsvilkåret er supplert med et krav om egnethet, som skal sørge for at atferden faktisk hadde en objektiv evne til å skape konkurransebegrensende virkning. Tilleggsvilkåret er en sikkerhetsventil i testen, som skal sørge for at bare atferd som var objektivt egnet til å svekke konkurransen regnes som et misbruk.

Jeg vil under punkt 6.2 illustrere den alternative tilnærmingen med faktum fra Telenorsaken, og under punkt 6.3 vurdere om en slik to-trinnstest kunne og burde stått seg.

6.2 Hvordan ville testen sett ut?

I en alternativ test basert på intensjon og egnethet er misbruksvurderingen en to-trinnstest. Inngangsvilkåret er at det foreligger en konkurransebegrensende «intensjon» hos foretaket, som representerer selve inngrepsgrunnen, som et avvik fra normal konkurranseatferd. Intensjon er en faktisk omstendighet som er underlagt et beviskrav om klar sannsynlighetsovervekt. Skissert ved faktum i Telenorsaken, er det første steget i vurderingen om Telenor hadde en intensjon om å begrense utbyggingsinsentivene til Network Norway da de la om prisstrukturen i Tilleggsavtale 2. Dette beror på en konkret bevisvurdering av uttalelser og dokumenter, hvor uttalelsenes tilknytning til foretakets ledelse og intensjonens sammenheng med innføringen av en todelt tariff ville blitt sentralt.

Dersom det kan konstateres en konkurransebegrensende intensjon hos foretaket, vil man gå videre til vilkåret om at atferden må være «egnet til» å skade konkurransen. I egnethetsvurderingen må det påvises at atferden var i stand til å skape de konkurransebegrensende virkningene i sin kontekst. I Telenorsaken vil spørsmålet være om den endrede prisstrukturen er «egnet til» å begrense konkurransen i det aktuelle markedet, som beror på en konkret vurdering av atferden under dennes omstendigheter.

6.3 Kunne og burde den alternative testen stått seg?

Ovenfor skisserte jeg en alternativ tilnærming til misbruksvurderingen i Telenorsaken med en to-trinnstest basert på intensjon og egnethet som kumulative vilkår. Spørsmålet er imidlertid om det er en test som kunne ha vært gjennomført. Er det en test som *burde* eksistere? Og *kunne* den i det hele tatt eksistere?

Det finnes gode argumenter både for og i mot en test basert på intensjon som etablerende vilkår. Når et dominerende foretak iverksetter atferd som er motivert av en intensjon om konkurranseskade, strider dette med dominerende foretaks særlige ansvar overfor medkonkurrentene. En adgang til å reagere mot atferd begrunnet i en konkurransebegrensende intensjon kan skape for signaleffekt og bevisstgjøre andre dominerende foretak. Som jeg har belyst i denne oppgaven har intensjon blitt akseptert som et relevant argument innen et bredt spekter av misbruksatferd av domstolene i EU, og det er tydelig at en vurdering av intensjon under misbruksvurderingen ikke er forbeholdt tilfeller av rovprising og sjikanerende søksmål. EU-domstolenes økende aksept for intensjon i misbruksvurderingen kan forsvare at man tar steget videre og lar intensjon bli det etablerende vilkåret i misbruksvurderingen.

På en annen side skal vurderingen av misbruk være objektiv. Intensjon vil bære sterkt preg av subjektivitet så lenge bevisbildet består av skriftlige eller muntlige uttalelser fra naturlige personer, og dette utgjør ofte de sentrale bevisene intensjonsvurderinger. Riktignok har EU-domstolen i mange dommer anerkjent at intensjon kan spille en rolle i en objektiv virkningsvurdering, både i intensjonsbaserte tester og i en helhetsvurdering av foretakets atferd under misbruksvurderingen. Men i de gjennomgåtte sakene har EU-domstolen aldri latt intensjon bli en *avgjørende* faktor utenfor de intensjonsbaserte testene. Derfor har utviklingen trolig ikke kommet så langt at det er legitimt å spalte ut intensjon som et etablerende vilkår i en misbrukstest.

Intensjon er en kontroversiell faktor som er sterkt omdiskutert i det internasjonale juridiske miljøet, og ekspertene er uenige om hvorvidt dette burde være en faktor av betydning i det hele tatt. Akman er blant dem som har tatt til orde for at intensjon ikke bør ha en plass i misbruksvurderingen overhodet.¹²⁹ Hun mener intensjon er overflødig når konkurransebegrensende virkning kan demonstreres gjennom en vurdering basert på økonomisk teori, markedsfaktorer og liknende. Også dersom slike objektive faktorer ikke er tilstrekkelige for å etablere misbruk skal tvilen komme foretaket til gode, slik at intensjon er overflødig også i dette scenariet. Akman peker dessuten på at bruken av intensjon skaper problemer for forutberegneligheten, fordi rammene for intensjon som faktor i misbruksvurderingen er uklare. Dette kan lede til ulike resultater fra sak til sak.¹³⁰ Et annet vanlig argument mot bruk av intensjon er at intensjonsbevis enkelt kan bli dekket over, eller

¹²⁹ Akman (2014) s. 331.

¹³⁰ Ibid, s. 337.

skjult, av foretak. Det kan også være vanskelig å vurdere om uttalelser fra ansatte virkelig er uttrykk for foretakets intensjon.¹³¹ Slike beviser kan også fabrikeres.¹³² Alt dette belyser betenkeligheter ved å la intensjon være et etablerende vilkår.

Den kanskje mest rungende kritikken går på at det kan være omtrent umulig å skille en intensjon om å konkurrere hardt og effektivt fra en intensjon om konkurranseskade.¹³³ Derfor er kanskje ikke intensjon egnet til å skille lovlig fra ulovlig atferd. Det ligger i konkurransens natur å ønske å vinne over konkurrentene, og dermed er det ikke uvanlig at dominerende foretak ytrer seg kompetitativt. At det kan være problematisk å skulle skille en konkurransebegrensende intensjon fra en intensjon om å konkurrere hardt er en svakhet i en test med intensjon som et etablerende vilkår.

Motsetningsvis argumenterer Blockx for at intensjon har en viktig funksjon i misbruksvurderingen, og bør få en enda mer fremtredende rolle. Som kjent innebærer det å etablere misbruk med en økonomisk og virkningsbasert tilnærming vanskelige og intrikate vurderinger. På grunn av disse begrensningene ved en økonomisk tilnærming mener Blockx at intensjon bør brukes som et uttrykk for atferdens mulige virkninger. Årsaken til at man skal kunne belage seg på intensjon er at foretaket selv kjenner de sannsynlige virkningene av atferden best. Derfor kan et foretaks intensjon vise atferdens mulige virkninger.¹³⁴ Blockx peker også på at verdien av intensjonsbevis er stor i tilfeller der faktiske virkninger ikke har rukket å materialisere seg i markedet. Da kan intensjon være et uttrykk for atferdens fremtidige virkninger.¹³⁵ Samtidig som han anerkjenner noe av kritikken mot intensjon, mener han at man kan ta høyde for disse risikoene og likevel gi intensjon økt betydning i misbruksvurderingen.

Å benytte «egnethet» som et selvstendig vilkår er heller ikke problemfritt. Som det fremgår av denne oppgaven, er terskelen for virkning en uklar standard som ikke har blitt tilstrekkelig definert i rettspraksis. Egnethet representerer ikke nødvendigvis en lav terskel, men det er heller ikke sikkert hvor mye som skal til før terskelen er nådd. Når det ikke finnes en tilstrekkelig definisjon av egnethet, er det usikkert hvor strengt virkningskravet skal håndheves. Dette skaper en usikkerhet i testen, som harmonerer dårlig med at egnethetsvilkåret skal være en sikkerhetsventil i denne hypotetiske testen, og sørge for at bare atferden som rent objektivt

¹³¹ Se nærmere Blockx (2019) s. 357-360 som redegjør for noe av den vanligste kritikken mot intensjon.

¹³² Akman (2014) s. 336.

¹³³ Hovenkamp (2000) s. 1039, Østerud (2010) s. 146 og Akman (2014) s. 318.

¹³⁴ Blockx (2019) s. 360.

¹³⁵ Ibid, s. 361.

hadde evne til å begrense konkurransen omfattes. At virkningskravet er udefinert er ikke bare en svakhet ved den hypotetiske testen, men et problem i alle misbruksvurderinger der terskelen for virkning er bestemmende for om atferden er lovlig eller ulovlig. Hva som skal til før atferden er egnet til å begrense konkurransen vil med dagens rettstilstand være åpent for tolkning og potensielt bero på rettsanvenderens skjønn. Den usikkerheten som finnes rundt terskelen for virkning gjør at misbruksregelen potensielt favner for vidt, og dette bør unngås ut fra hensynet til forutberegnelighet. Egnethet som vilkår medfører derfor en utfordring ved avgrensning av testen.

Nettopp hensynet til forutberegnelighet står i en særstilling når foretak er subjekter for loven. Som belyst i oppgavens innledning, vil en uklar rettsregel kunne føre til at foretak ikke tør å konkurrere så hardt som de ellers ville ha gjort. Dette vil redusere konkurransen til skade for forbrukeren, stikk i strid med konkurransereglens formål. Dette er konkurransehemmende og må unngås ut fra et effektivitetsperspektiv.

Alt i alt kunne en misbrukstest basert på intensjon og egnethet trolig ikke stått seg etter dagens rettstilstand. At intensjon aldri har vært et etablerende vilkår i tidligere rettspraksis, og er en kontroversiell faktor som har vært kritisert for å være både overflødig og risikabel i misbruksvurderingen, gjør det tvilsomt at intensjon kunne fungert som inngangsvilkår i en misbrukstest. At egnethet er en uklar standard skaper i tillegg et stort problem for forutberegneligheten i testen. Dette er ikke bare en utfordring som er spesifikk for den hypotetiske testen, men en utfordring for alle misbruksvurderinger der terskelen for virkning er avgjørende i misbruksvurderingen.

Konklusjonen er derfor at den illustrerte testen verken kunne eller burde stå seg etter dagens rettstilstand.

6.4 Oppsummering

I dette kapitlet har jeg utforsket om misbruksvurderingen i Telenorsaken *kunne* vært løst som en ny test, bestående av en to-trinns vurdering med et grunnvilkår om at det foreligger konkurransebegrensende «intensjon» og et tilleggsvilkår om at atferden er «egnet til» å skade konkurransen. Jeg har også drøftet om det *burde* være mulig å teste misbruk på denne måten.

Intensjon har aldri blitt et etablerende vilkår for misbruk før. Derfor er det i utgangspunktet tvilsomt at en test for misbruk med intensjon som inngangsvilkår kunne ha stått seg. Vurderingen over har vist at å etablere misbruk basert på intensjon og egnethet medfører flere alvorlige utfordringer for forutberegneligheten. Summen av at intensjon er en kontroversiell faktor som ikke tidligere har vært behandlet som et etablerende vilkår for misbruk, og at egnethet som terskel for virkning er en uklar standard, taler mot at det finnes et grunnlag for den alternative tilnærmingen. En usikker regel med et uklart anvendelsesområde stimulerer ikke til konkurranseeffektivitet i markeder med dominerende aktører, og må unngås.

Argumentene mot intensjon som et etablerende vilkår som jeg har belyst i dette kapitlet er ikke bare relevante for den hypotetiske testen, men illustrerer også betenkelighetene ved å la intensjon spille en rolle i misbruksvurderingen generelt. Intensjon spiller en stadig større rolle i helhetlige vurderinger av misbruk også utenfor de tradisjonelle intensjonsbaserte testene. Det finnes gode argumenter for at intensjon er nyttig som et uttrykk for atferdens mulige virkninger, men dette må veies opp mot risikoen det medfører.

7 Konklusjon

I denne oppgaven har jeg illustrert kompleksiteten ved bruken av intensjon og terskelen for virkning i misbruksvurderingen. Intensjon har fått en stadig større plass i misbruksvurderingen, og blir anvendt på tvers av så mange typer misbruksatferd at den kan ses på som et relevant moment i misbruksvurderingen generelt. Det er imidlertid bare innen de intensjonsbaserte testene at intensjon har blitt behandlet som et vilkår for misbruk. Ved at intensjon har blitt tillagt et bredere virkeområde i rettsutviklingen vil momentet neppe miste sin relevans med det første.

Som gjennomgangen har vist, er det ikke mulig å konkludere med en konkret og allmenngyldig terskel for virkning basert på rettspraksis. Det er imidlertid klart er at det ikke kreves faktisk inntrufne virkninger, og at det kreves noe mer enn hypotetiske virkninger. Det er også gode holdepunkter for at virkningskravet er et materielt krav om årsaksevne, fremfor en bevisstandard. Det innebærer at virkningsvurderingen kan gjøres helt uavhengig av sakens faktiske utvikling.

Telenorvedtakene er illustrerende for problemene som oppstår når man skal teste «nye» former for atferd, som ikke faller under en predefinert misbrukstest. Det fantes ingen tydelig presedens for hvordan man skulle etablere misbruk, og tilsynet belaget seg i stor grad på intensjon og egnethet som argumenter for misbruk i sin misbruksvurdering. Nemnda hadde tilsynelatende en annen tilnærming som man best kan forstå som en helhetsvurdering av atferdens egnethet til å begrense konkurransen, der intensjon inngikk som ett av flere momenter. Behandlingen av Telenorsaken har vært preget av den uklare rettsstilstanden rundt bruken av intensjon og terskelen for virkning. Kanskje vil behandlingen av Telenorsaken i Lagmannsretten bidra til å klarlegge hvor stor vekt man kan legge på intensjon og hva som er terskelen for virkning etter konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.

Rettsstilstanden på konkurranserettens område drives fremover i et raskt tempo. Fordi misbruksforbudet innebærer en spenning mellom hensyn som ikke alltid lar seg forene, må regelen verken være for spesifikk eller for vid. Derfor spiller rettspraksis en nøkkelrolle i å utpensle rammene for misbruk av dominerende stilling. Ny praksis på området kan bidra til å klarlegge regelen, men kan også reise nye problemstillinger rundt forståelsen av misbruksforbudet. Derfor gjenstår det å se om problemstillingene som reises i denne oppgaven blir avklart i løpet av de kommende årene.

Litteraturliste

- Akman (2014) Akman, Pinar, «The role of intent in the EU case law on abuse of dominance», *European Law Review* 39, nr. 3, 2014, s. 316-337.
- Blockx (2019) Blockx, Jan, «Revaluating the Role of Intent Evidence in EU Antitrust Law», *European Competition and Regulatory Law Review* 3, nr. 4, 2019, s. 354-362.
- Colomo (2018) Colomo, Pablo Ibáñez, «The Future of Article 102 TFEU after Intel», *Journal of European Competition Law & Practice* 9, nr. 5, 2018, s. 293-303.
- Foros, Hjelmeng og Kind (2018) Foros, Øystein, Erling Hjelmeng og Hans Jarle Kind, «Tvilsom Telenorbot», *Dagens Næringsliv*, 22. juni 2018, <https://www.dn.no/innlegg/telekom/konkurransen/konkurransetilsynet/tvilsom-telenor-bot/2-1-364332> (sist sett 4. mai 2020).
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, 2018.
- Hellesylt (2012) Hellesylt, Magnus, «Beviskrav ved Konkurransetilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven», *Lov og Rett* 51, nr. 2, 2012, s. 67-86.
- Hjelmeng og Sørgard (2014) Hjelmeng, Erling J. og Lars Sørgard, *Konkurransopolitikk: Rettslig og økonomisk analyse*, 2014.
- Hjelmeng (2016) Hjelmeng, Erling J., «Årsaksvurderinger i konkurranseretten – særlig om det kontrafaktiske scenariet», *Tidsskrift for forretningsjus* 22, nr. 1, 2016, s. 10-45.

- Hovenkamp (2000) Hovenkamp, Herbert, «The monopolization offence», *Ohio State Law Journal* 61, nr. 3, 2000, s. 1035-1049.
- Lao (2004) Lao, Marina, «Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolization Analysis», *American University Law Review* 54, nr. 1, 2004, s. 151-213.
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgave, 2007.
- O'Donoghue og Padilla (2013) O'Donoghue, Robert og Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. utgave, 2013.
- Sinclair (2004) Sinclair, Duncan, «Abuse of Dominance at a Crossroads: Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC», *European Competition Law Review* 25, nr. 8, 2004, s. 491-501.
- Whish og Bailey (2018) Whish, Richard og David Bailey, *Competition law*, 9. utgave, 2018.
- Østerud (2010) Østerud, Eirik, *Identifying exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests*, 1. utgave, 2010.
- Østerud (2017) Østerud, Eirik, «Where do we stand on discounts? – A Norwegian perspective» i Bergquist, Christian (ed), *Where do we stand on discounts? – A nordic perspective*, 2017.

Norske lover, EU/EØS-regelverk og dokumenter fra EU-kommisjonen

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 2. mai 1992.

Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) av 7. juni 2016.

Consolidated version of the Rules of Procedure of the Court of Justice (Rettergangsordningen) av 25. september 2012.

Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Veiledningen) av 24. februar 2009.

Norske forarbeider

NOU 2003:12, Ny konkurranselov.

NOU 2012:7, Mer effektiv konkurranselov.

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Prop. 75 L (2012–2013), Endringer i konkurranseloven.

Rettspraksis, rådgivende uttalelser og vedtak

EU-domstolen

Sak 85/76, *Hoffman-La Roche mot Kommisjonen*, EU:C:1979:36.

Sak 322/81, *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*, EU:C:1983:313.

Sak C-62/86, *AKZO mot. Kommisjonen*, EU:C:1991:286.

Sak C-333/94 P, *Tetra Pak International mot Kommisjonen*, EU:C:1996:436.

Forente saker C-395/96 P og C-396 P, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommisjonen*, EU:C:2000:132.

Sak C-202/07 P, *France Télékom mot Kommisjonen*, EU:C:2009:214.

Sak C-280/08, *Deutsche Telekom mot Kommisjonen*, EU:C:2010:603.

Sak C-52/09, *Konkurrenserådet mot Telia Sonera*, EU:C:2011:83.

Sak C-209/10, *Post Danmark mot Konkurrenserådet (Post Danmark I)*, EU:C:2012:172.

Sak C-457/10 P, *AstraZeneca mot Kommisjonen*, EU:C:2012:770.

Sak C-549/10 P, *Tomra Systems m.fl. mot Kommisjonen*, EU:C:2012:221.

Sak C-23/14, *Post Danmark mot Konkurrenserådet (Post Danmark II)*, EU:C:2015:651.

Sak C-413/14 P, *Intel mot Kommisjonen*, EU:C:2017:632.

Underretten

Forente saker T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot Kommisjonen*, EU:T:1996:139.

Sak T-111/96 *ITT Promedia mot Kommisjonen*, EU:T:1998:183.

Sak T-228/97, *Irish Sugar mot Kommisjonen*, EU:T:1999:246.

Sak T-203/01, *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*, EU:T:2003:250.

Sak T-219/99, *British Airways mot Kommisjonen*, EU:T:2003:343.

Sak T-340/03, *France Télékom mot Kommisjonen*, EU:T:2007:22.

Sak T-321/05, *AstraZeneca mot Kommisjonen*, EU:T:2010:266.

Sak T-155/06, *Tomra Systems m.fl. mot Kommisjonen*, EU:T:2010:370.

Sak T-336/07, *Telefonica mot Kommisjonen*, EU:T:2012:172.

Rådgivende uttalelser

Rådgivende uttalelse fra Generaladvokat Wahl, Sak C-413/14 P, *Intel mot Kommisjonen*, EU:C:2016:788.

Norsk Høyesterett

Rt. 2011 s. 910, *Tinedommen*.

Vedtak fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda

KT-2018-20V, Konkurransetilsynets vedtak i Telenorsaken (Konkurransetilsynets Telenorvedtak).

V03/2019 19. juni 2019, Konkurransklagenemndas vedtak om opprettholdelse av Konkurransetilsynets Telenorvedtak (Konkurransklagenemndas Telenorvedtak).